

*Balance de la legislación de urgencia emitida en
el marco de la emergencia sanitaria por la Covid
19 en el Perú y propuesta de reforma*

*Balance of the Emergency Legislation Issued
in the Framework of the Health Emergency by
Covid 19 in Peru and Reform Proposal*

Carlos A. Ponce Rivera* <https://orcid.org/0000-0002-2878-6303>
Darwin E. Hidalgo Salas** <https://orcid.org/0000-0002-7071-2914>
<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v20i30.2443>

- * Abogado, magister en Derecho Constitucional, especialista en Derecho Administrativo. Perú.
Correo electrónico: carlosponcerivera@gmail.com
- ** Abogado, master en Derecho Sanitario y Bioética, docente universitario. Perú.
Correo electrónico: darwinhidalgo@hotmail.com

Lex





Fraternidad. Óleo sobre lienzo, 125 x 214 cm.
Diego Alcalde, artista plástico peruano (Lima, Perú 1986)
<https://www.instagram.com/diegoalcaldeart/?hl=es>

RESUMEN

La pandemia producida por el virus del SARS COV 2, es el episodio más importante a nivel mundial durante los últimos años por cuanto además de sus efectos sanitarios ha cambiado aspectos muy sensibles de la vida social y económica de las sociedades en todo el mundo. La necesidad de enfrentar los efectos de la enfermedad ha obligado a los Estados a recurrir a la emisión de normas de urgencia dictadas en el marco de prerrogativas excepcionales establecidas en la Constitución Política pero que no están diseñadas para enfrentar eventos de la magnitud y características de una emergencia sanitaria de proporciones mundiales. Por esa razón es necesario evaluar la pertinencia de dicha legislación en un contexto en donde la posibilidad de un nuevo episodio similar al vivido desde el 2020 no es un cálculo ajeno a la realidad, y en donde fenómenos como el calentamiento global, la contaminación y la sobre explotación de recursos naturales hacen pensar en la posibilidad de la presentación de emergencias sanitarias que con mayor recurrencia afecten a las sociedades. En esa línea de pensamiento, el siguiente artículo pretende aportar en ese análisis a partir de la descripción de las acciones que el Estado peruano implementó durante los años 2020 y 2021 para concluir en la necesidad de una reforma constitucional que permita al Poder Ejecutivo enfrentar eventos como los vividos en un marco de legalidad y respecto al equilibrio de poderes.

Palabras clave: *Decreto de Urgencia, COVID 19, Poder Ejecutivo, emergencia sanitaria..*

ABSTRACT

The pandemic caused by the SARS COV 2 virus is the most important episode worldwide in recent years because, in addition to its health effects, it has changed very sensitive aspects of the social and economic life of societies around the world. The need to face the effects of the disease has forced the States to resort to the issuance of emergency regulations issued within the framework of exceptional prerogatives established in the Political Constitution, but which are not designed to face events of the magnitude and characteristics of a health emergency of global proportions. For this reason, it is necessary to evaluate the relevance of said legislation in a context where the possibility of a new episode similar to the one experienced since 2020 is not a calculation unrelated to reality, and where phenomena such as global warming, pollution and on the exploitation of natural resources suggest the possibility of the presentation of health emergencies that affect societies with greater recurrence. In this line of thought, the following article aims to contribute to this analysis based on the description of the actions that the Peruvian State implemented during the years 2020 and 2021 to conclude on the need for a constitutional reform that allows the Executive Branch to face events such as those lived within a framework of legality and regarding the balance of powers.

Keywords: *Emergency Decree, COVID 19, Executive Power, health emergency.*

I. INTRODUCCIÓN

Las sociedades humanas han tenido que soportar a lo largo de su existencia el ataque de epidemias que en algunos casos determinaron su desaparición y en otros, cambios sustanciales en su conformación poblacional y en las características de las relaciones económicas y sociales, que desencadenaron a su vez cambios en sus formas de organización política.

Así, fueron epidemias como las de Viruela y la gripe las que permitieron la conquista de América por los europeos¹, y enfermedades como la peste que influyeron de forma determinante en el desarrollo de la Edad Media Europea eliminando a un cuarto de la población y produciendo la recesión más larga de la historia²³. Las epidemias son fenómenos que acompañan a la humanidad a lo largo de su historia, porque finalmente estamos ante mecanismos de control de la misma naturaleza que están diseñados para contener, modificar, preservar, extinguir especies y acelerar sus procesos evolutivos, y en el caso de los hombres estimular su desarrollo tecnológico y científico.

La pandemia producida por el virus del SARS COV 2 que produce la enfermedad de la COVID 19, en sus efectos no ha sido diferente de otras, por cuanto a pesar de que aún es muy pronto para verificar su real impacto, de momento ha determinado -quizás de forma definitiva- el cambio en las relaciones sociales y la estructura económica de las sociedades, viene influyendo en el cambio de los regímenes políticos y en algunos casos habría tenido inclusive un efecto demográfico impulsando el número de embarazos y disminuyendo el contingente poblacional adulto mayor; a estimulado el desarrollo acelerado de tecnologías médicas y de

¹ *BBC de Londres*. Redacción. “La pandemia que mató a miles hace 500 años en México (y cómo ayudó a la conquista española)”. Acceso 18 de agosto de 2022 <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54924678>

² Francisco José Cano Galán. “La peste negra: ¿punto de inflexión y fin de la Edad Media?”. Acceso 18 de agosto de 2022. <https://affordablehas-hvac.com/es/la-pestes-negra-punto-de-inflexi%C3%B3n-y-fin-de-la-edad-media/>

³ Joshua J. Mar. “Los efectos de la peste negra en Europa”. Acceso 18 de agosto de 2022. <https://www.worldhistory.org/trans/es/2-1543/los-efectos-de-la-pestes-negra-en-europa/>

comunicación a distancia democratizando la virtualidad en las relaciones humanas, y ha propiciado la aparición de demandas de atención de secuelas que son producto de la COVID 19 y de las medidas tomadas para controlarla (principalmente el aislamiento social), disparando por ejemplo, el número de enfermedades asociadas a la salud mental⁴, incrementando la necesidad de atención de patologías vinculadas a lo que se llama “COVID prolongado” y exigiendo de los sistemas de salud públicos mayores prestaciones debido entre otros factores al incremento de la pobreza en los países en vías de desarrollo en donde los estados no han sido capaces de asimilar a través de sus sistemas de asistencia social las necesidades de grandes grupos sociales que han visto disminuidos sus ingresos imposibilitándoles atender sus necesidades en salud con gasto de bolsillo.

Así, la pandemia ha hecho retroceder en todo el mundo los avances en materia económica y social que ha costado años de esfuerzo colectivo, haciendo que millones de familias retornen al umbral de la pobreza y la informalidad económica, impidiendo el acceso a mejores niveles de educación y a otros beneficios que los sistemas públicos no pueden dar de forma gratuita.

La crisis ha tenido efectos negativos en amplios grupos de la población de América Latina y el Caribe, especialmente en los estratos de menores ingresos, que reflejan la matriz de la desigualdad social en la región, cuyos ejes estructurantes son la pertenencia a distintos estratos socioeconómicos o clases sociales, el género, la etapa del ciclo de vida, la condición étnico-racial y el territorio, a lo que se suman otros factores como la situación de discapacidad o el estatus migratorio. Estas desigualdades se acumulan, se potencian e interactúan entre sí, causando múltiples discriminaciones que conllevan diferencias en el ejercicio de los derechos.

Según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe en 2020, en América Latina la tasa de pobreza extrema habría alcanzado el 12,5% y la de pobreza habría sido del 33,7%. Por tanto, el número de personas en situación de pobreza extrema alcanzaría los 78 millones (8 millones más que en 2019) y el número de personas en situación de pobreza llegaría a 209 millones (22 millones más que el año anterior). En 2020, en América Latina y el Caribe también aumentó la inseguridad alimentaria, un fenómeno estrechamente ligado a la pobreza extrema. La incidencia de la inseguridad alimentaria moderada o grave alcanzó al 40,4% de la población, frente a un 33,8% en 2019⁵.

La pandemia, como sucede con casi todas las catástrofes, se ensaña con las poblaciones pobres y vulnerables porque estas no tienen condiciones para enfrentar sus consecuencias,

⁴ Organización Mundial de la Salud. “La pandemia por COVID-19 provoca un aumento del 25% en la prevalencia de la ansiedad y la depresión en todo el mundo”. <https://www.paho.org/es/noticias/2-3-2022-pandemia-por-covid-19-provoca-aumento-25-prevalencia-ansiedad-depresion-todo>

⁵ Informe COVID 19 CEPAL- OPS, *La prolongación de la crisis sanitaria y su impacto en la salud, la economía y el desarrollo social*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47301/1/S2100594_es.pdf

y abrió, aún más, las brechas económicas en casi todas las sociedades, especialmente las latinoamericanas, generando las condiciones idóneas para el desarrollo de los populismos de izquierda y de derecha, con un efecto negativo en las expectativas de crecimiento, la huida de capitales y en general, el declive de las perspectivas de inversión y generación de empleo que impactan principalmente a los sectores medios y populares que no son dueños de sus medios de producción y que por tanto se encuentran más expuestos a los efectos negativos que la inflación y recesión subyacentes a estas crisis generan.

La pandemia de esa forma ha tenido un impacto transversal a todos los aspectos de la vida social, siendo el mundo jurídico la expresión formal de ese proceso. El ordenamiento jurídico administrativo tuvo que adecuarse para enfrentar el desafío que implicaba paralizar economías casi por completo, habilitar recursos de forma casi ilimitada en muy poco tiempo, modificar el cómputo de plazos procesales establecidos en normas con rango de ley, disminuir las funciones estatales hasta el extremo de suspenderlas temporalmente, modificar las relaciones laborales, prestar incentivos económicos para permitir la reactivación económica, y facilitar la prestación de servicios de salud vinculados a la enfermedad de la COVID 19 por lo que se tuvieron que dictar medidas de emergencia en donde se puso a prueba la pertinencia del modelo constitucional diseñado para su emisión.

En el Perú, la historia juzgará con balance objetivo el resultado de las gestiones que involucraron en 36 meses, cuatro Presidentes de la República de los cuales solo uno fue elegido constitucionalmente para ese cargo, dos Congresos, más de cien ministros de Estado, y en el que a pesar de todas sus debilidades y problemas la clase tecnocrática pudo mantener islas de institucionalidad que evitaron un colapso mayor en un contexto de permanente inestabilidad política y económica, así como de exposición al contagio.

Cierto es que ninguna sociedad está preparada para contingencias como la que ha experimentado el mundo a partir de noviembre de 2019, pero también lo es que el nivel de efectividad de la respuesta ha estado vinculado a la eficiencia administrativa de los Estados y a su fortaleza económica. Estados con alta capacidad de hacer cumplir sus mandatos, han podido implementar de forma más eficaz las medidas sanitarias diseñadas que los países con baja cultura social de respeto a la ley.

En ese sentido, la experiencia ha demostrado la necesidad de contar con un Estado fuerte y con legitimidad política, que le permita imponer su voluntad sin violentar garantías fundamentales; además, se ha evidenciado el fracaso del modelo minimalista que ha vendido la tesis de que a menos Estado hay más libertad y por tanto más desarrollo, al demostrarse que esa relación inversa en realidad no es tan cierta. En ese contexto también se ha demostrado que no han sido las dictaduras o democracias de baja intensidad las que han tenido mayores éxitos sino

los sistemas democráticos basados en instituciones y en los que prima el respeto a las libertades individuales, demostrando que Democracia no es sinónimo de debilidad.

Asimismo, se ha evidenciado el costo económico y social que significa el tener organizaciones gubernamentales débiles y estructuras estatales deficientes debido a que al no tener aparatos administrativos eficaces fueron incapaces de dictar medidas de control eficiente para disminuir el avance de la enfermedad. Además, se ha podido verificar el impacto negativo que tiene la informalidad económica, y el individualismo como filosofía de vida, en un contexto en el que el éxito de las primeras medidas dictadas radicaba en su acatamiento individual, al estar diseñadas no para evitar que la persona se contagie sino para que en caso estuviera enferma, evite contagiar a los demás.

En esa medida, el Perú, en donde históricamente convive una sociedad fragmentada, informal y disfuncional, el Estado en un período de tiempo bastante corto, tuvo que adecuar su engranaje jurídico para enfrentar el desafío que implicaba contener una pandemia de efectos imprevisibles y de duración indeterminada, con un sistema de salud precario, sin recursos, con brechas de cobertura y deficiencias a nivel organizativo. En dicho esfuerzo, la principal herramienta a nivel normativo fue la emisión de normas con rango de ley denominadas “Decretos de Urgencia” en el marco de una declaratoria de emergencia nacional y otra de emergencia sanitaria que permitieron dotar de medidas de carácter temporal a la ejecución presupuestal, una mayor flexibilidad a la gestión administrativa, adecuando el funcionamiento de las diferentes entidades en especial las del sector salud a las exigencias que demandaba la atención de la pandemia.

II. LA DECLARACIÓN DE LA EMERGENCIA. - EL DECRETO SUPREMO N° 008-2020-SA Y EL DECRETO SUPREMO N° 044-2020-PCM

El ordenamiento jurídico peruano en materia de salud, tiene como base los artículos 7 y 9 de la Constitución Política que establece que todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, y que el Estado determina la política nacional de salud, correspondiendo al Poder Ejecutivo normar y supervisar su aplicación, siendo responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

Dichas declaraciones de principio son desarrolladas a través de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, establece que la protección de la salud es de interés público, y que es responsabilidad del Estado regular, vigilar y promover las condiciones que garanticen una adecuada

cobertura de prestaciones de salud a la población estableciendo que la Autoridad de Salud es decir el Ministerio de Salud, queda facultado a dictar las medidas de prevención y control para evitar la aparición y propagación de enfermedades transmisibles.

En ese marco, durante el proceso de reforma del sistema de salud impulsado en 2013 se dictó, como producto de una delegación de facultades otorgada por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo, el Decreto Legislativo N° 1156, Decreto Legislativo que dicta medidas destinadas a garantizar el servicio público de salud en los casos que exista un riesgo elevado o daño a la salud y la vida de las poblaciones, con la finalidad de identificar y reducir el potencial impacto negativo en la población ante la existencia de situaciones que representen un riesgo elevado o daño a la salud y la vida de las poblaciones y disponer acciones destinadas a prevenir situaciones o hechos que conlleven a la configuración de éstas.

El artículo 5 de dicha norma define a una emergencia sanitaria como “un estado de riesgo elevado o daño a la salud y la vida de las poblaciones, de extrema urgencia, como consecuencia de la ocurrencia de situaciones de brotes, epidemias o pandemias”. Igualmente, el mismo artículo señala que constituye emergencia sanitaria “cuando la capacidad de respuesta de los operadores del sistema de salud para reducir el riesgo elevado de la existencia de un brote, epidemia, pandemia o para controlarla es insuficiente ya sea en el ámbito local, regional o nacional”; siendo responsabilidad del Ministerio de Salud establecer esta condición.

En esa medida, el artículo 6 de la norma establece como supuestos que constituyen la configuración de una Emergencia Sanitaria

- a) El riesgo elevado o existencia de brote(s), epidemia o pandemia.
- b) La ocurrencia de casos de una enfermedad calificada como eliminada o erradicada.
- c) La ocurrencia de enfermedades infecciosas emergentes o reemergentes con gran potencial epidémico.
- d) La ocurrencia de epidemias de rápida diseminación que simultáneamente afectan a más de un departamento.
- e) **La ocurrencia de Pandemias, declaradas por la Organización Mundial de la Salud**
- f) La existencia de un evento que afecte la continuidad de los servicios de salud, que genere una disminución repentina de la capacidad operativa de los mismos.
- g) Las demás situaciones que como consecuencia de un riesgo epidemiológico elevado pongan en grave peligro la salud y la vida de la población, previamente determinadas por el Ministerio de Salud.

Asimismo, el artículo 9° faculta al Ministerio de Salud a disponer acciones inmediatas que garanticen la continuidad del servicio de salud, quedando habilitado a efectuar la contratación del personal necesario tal fin y atender la emergencia surgida, mediante el proceso especial de contratación administrativa de servicios (RCAS), utilizando un procedimiento abreviado, y estableciendo además la exoneración de procesos de selección establecidos en la ley de contrataciones del Estado.

Por tanto, cuando el 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud declaró al brote del Coronavirus (COVID-19) como una pandemia al haberse extendido en más de cien países del mundo de manera simultánea se presentó el supuesto de hecho necesario para permitir declarar la emergencia sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, por la existencia del COVID-19.

El Decreto Supremo N° 008-2020-SA, norma a través de la cual se declaró la emergencia sanitaria nacional, dictó una serie de medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19, en los medios de transporte, **restringiendo el ingreso al territorio de la República**, la obligación de someterse a aislamiento obligatorio cuando los viajeros precedían de la República Italiana, el Reino de España, República Francesa y República Popular de China, la **suspensión de las actividades educativas en todo nivel**, la restricción del uso de Espacios públicos y privados, entre otras medidas destinadas principalmente a disminuir la velocidad del contagio, esto al no existir ni tratamientos probadamente eficaces ni vacunas que la prevengan.

Dicha norma estuvo acompañada de una declaración de emergencia nacional a través del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM publicado el 15 de marzo de 2020, que dispuso entre otras medidas, el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por 15 días calendarios, suspendiendo la mayor parte de las actividades económicas y sociales, así como la vigencia de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio comprendidos en los incisos 9, 11 y 12 del artículo 2 y en el inciso 24, apartado f del mismo artículo de la Constitución Política, limitando el acceso a las vías públicas, los servicios públicos y bienes esenciales, la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público, el cierre o restricción a la circulación por carreteras, el cierre de fronteras internacionales; la suspensión del acceso al público a casi todos los locales y establecimientos, a excepción de los establecimientos comerciales minoristas de alimentación, bebidas, productos y bienes de primera necesidad, establecimientos farmacéuticos, médicos, ópticas y productos ortopédicos, productos higiénicos, grifos y establecimientos de venta de combustible; y en general toda actividad pública. Dichas medidas fueron prolongándose durante todo el mes de abril de 2020 y salvo la inmovilización social obligatoria (cuarentena), hasta finales de dicho año en donde, con la nueva administración gubernamental fue implementándose un esquema de gradualidad en función a la evolución de la pandemia en las regiones.

Entonces, la primera parte de la emergencia estuvo caracterizada por la implementación de medidas extremadamente restrictivas que, como se señaló anteriormente, tuvieron por finalidad principalmente contener la velocidad del contagio ante el reconocimiento de que el sistema de salud no se encontraba preparado para enfrentar las exigencias que la atención en salud demandaba, siendo esa la finalidad de la inmovilización social de una duración de casi 40 días y que se cuenta entre las de mayor duración y dureza a nivel mundial, si bien no está entre las

que tuvieron una mayor efectividad debido a factores vinculados a la compleja realidad social del país, a la escasa capacidad del Estado para imponerla entre otros.

La declaración de la emergencia sanitaria y las medidas dictadas para implementarla exigieron del Poder Ejecutivo la emisión de normas de aplicación inmediata para adecuar la gestión pública a la emergencia y principalmente atender las urgentes necesidades que se venían presentando. Acá destaca la verificación de que al inicio de la pandemia no existían registros que permitieran determinar el impacto ni la duración de la enfermedad; de hecho, la primera declaración de emergencia sanitaria fue sólo por 90 días a partir del 12 de marzo de 2020 y existía una corriente de opinión que consideraba que ese tiempo sería suficiente para contener el avance de la enfermedad; sin embargo, la emergencia sanitaria ha ido prorrogándose sucesivamente por espacio de más de dos años habiéndose ampliado hasta finales de 2022.

Asimismo, las medidas que se dictaron sin mayor conocimiento de su efecto tuvieron que ir modificándose en el tiempo adecuándolas tanto al conocimiento que se iba adquiriendo sobre la enfermedad como a la constatación de su efectividad. En este punto destacan medidas sin ningún efecto real como la que dispuso la salida interdiaria de personas a la calle según su sexo (Decreto Supremo N° 057-2020-PCM)⁶ denominada “pico y sexo” en alusión al “pico y placa” que aplica para la circulación de vehículos según el día y número de placa de rodaje, en contraste con otras que demostraron mayor efectividad como las referidas al uso de mascarillas, control de aforos en lugares públicos así como las destinadas a exigir que las personas se vacunen para acceder a ellos⁷.

La razón para haber tenido resultados tan diversos estriba en la falta de conocimiento sobre la evolución, efectos y comportamiento de la enfermedad debido a que esta fue identificada por la ciencia en 2019, es decir solo unos meses antes de que la pandemia mundial sea declarada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020⁸, (habiendo sido pre-

⁶ La referida norma publicada el 02 de abril de 2020, modificó el numeral 3.8 al artículo 3 del Decreto Supremo N° 051-2020-PCM, mediante el cual se prorrogó el Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo 044-2020-PCM estableciendo que “Para la adquisición de víveres o productos farmacéuticos, solo está permitido el desplazamiento de una persona por núcleo familiar. Los días lunes, miércoles y viernes únicamente podrán transitar personas del sexo masculino y los martes, jueves y sábados las personas del sexo femenino. Asimismo, el día domingo, la inmovilización social obligatoria es para todos los ciudadanos en el territorio nacional durante todo el día. Para la aplicación y control de la presente disposición, queda prohibido cualquier tipo de discriminación”.

⁷ El fundamento científico de dichas medidas contrasta con el fundamentalismo de las corrientes que niegan los efectos positivos de los programas de vacunación que al final fueron los que evitaron la generación de un incalculable número de víctimas mortales durante la tercera ola de contagios producida por Omicron, así como los efectos positivos que tuvo el control de aforos en lugares públicos y el uso de mascarillas como medidas de contención.

⁸ Organización Mundial de la Salud, “La OMS caracteriza a COVID-19 como una pandemia”. Acceso setiembre de 2022. <https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-como-pandemia>

viamente declarada como emergencia de salud pública de importancia internacional el 30 de enero de 2020) por lo que resultaba materialmente imposible que los operadores gubernamentales tuvieran un conocimiento cabal que les permitiera tomar medidas adecuadas oportunas y pertinentes, porque contaban únicamente con la información procedente de experiencias de otras pandemias como la producida por la llamada “gripe española” a inicios del siglo XX que obviamente se desarrolló en un escenario no globalizado y sustancialmente diferente al que se vive actualmente, así como la que provenía de otros países que implementaban medidas cada uno según su propia realidad.

El problema de considerar la aplicación de medidas tomadas en otros países es que el Perú tiene una realidad social única y por tanto es de esperar que las medidas tomadas en países como los europeos (donde las olas de contagio se producían unos meses antes que en Latinoamérica) tuvieran resultados diferentes al ser aplicadas en realidades como la peruana, lo cual en efecto sucedió por ejemplo con la cuarentena que en el Perú no cumplió el objetivo de inmovilizar a toda la población y frenar el número de contagiados porque las condiciones de vida en las zonas populares simplemente impedía el aislamiento y porque el Estado peruano no es capaz de imponer su presencia para exigir el cumplimiento de las medidas que dicta a lo que se suman otros factores como la informalidad, escasa cultura de acatamiento de las normas y de respeto a las instituciones, las cuales hicieron que las últimas semanas de vigencia de la norma esta dejó de ser aplicada de forma progresiva sin que se haya verificado ninguna reacción de parte de las autoridades para hacerla cumplir.

Sin embargo, la evaluación de estos resultados es necesario realizarla considerando el contexto histórico en el que se emitieron. En 2020 el confinamiento obligatorio fue práctica común en muchos países y era de esperarse que el Perú también la implementara porque se consideraba que era el medio para contener el avance de la pandemia; inclusive los profesionales de la salud la apoyaron tal como lo evidencian las declaraciones del mismo Colegio Médico del Perú que respaldó de forma abierta dicha medida^{9 10 11}; asimismo, la Organización Mundial de la Salud, no se expresó en contra de dicha medida sino que por el contrario estuvo de acuerdo con su implementación aunque en la medida que se demostraban sus efectos devastadores para la economía y salud de las personas, de forma progresiva se mostró partidaria de confinamientos más cortos y ya muy tardíamente señaló que no era la medida más recomendable

⁹ Colegio Médico del Perú. Comunicado del 06 de abril de 2020. Acceso 15 de agosto de 2022. <https://www.cmp.org.pe/colegio-medico-sugiere-que-cuarentena-se-aplace-por-lo-menos-todo-abril/> (extraído 15-08-2022)

¹⁰ Colegio Médico del Perú. Comunicado del 15 de abril de 2020. Acceso 15 de agosto de 2022. <https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2020/04/WEB-Comunicado-N31-1333x1000-1.png>

¹¹ Colegio Médico del Perú. Comunicado del 08 de abril de 2020. Acceso 15 de agosto de 2022. <https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2020/04/WEB-Comunicado-N25-1333x1000-CC18-2.png>

III. LOS DECRETOS DE URGENCIA

Como se ha señalado anteriormente, para poder enfrentar la pandemia el Poder Ejecutivo apeló a la facultad otorgada por la Constitución Política para emitir normas con rango de ley denominadas Decretos de Urgencia.

En efecto, el artículo 125 del contrato social de 1993 establece que es facultad del Consejo de Ministros aprobar Decretos de Urgencia que dicta el Presidente de la República, los cuales son definidos, conforme lo señala el artículo 118, como normas con rango de Ley en materia económica y financiera cuando así lo requiere el interés del país y se dictan con cargo de dar cuenta al Congreso de la República.

En esa línea, el numeral 2 del artículo 11 de la Ley N 29158 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, define a los Decretos de Urgencia como

normas con rango y fuerza de ley por las que se dictan medidas extraordinarias en materia económica y financiera, salvo materia tributaria. Se expiden cuando así lo requiere el interés nacional. Se fundamentan en la urgencia de normar situaciones extraordinarias e imprevisibles. Son aprobados por el Consejo de Ministros, rubricados por el Presidente de la República y refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de Economía y Finanzas y, en los casos que corresponda, por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia esté referido.

Dichas normas, señala el artículo “entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte”.

Para poder entender mejor la forma como es que el Poder Ejecutivo ejerció esta facultad debe considerarse que mediante Decreto Supremo N° 165-2019-SA del 30 de setiembre de 2019 el Presidente de la República disolvió el Congreso por lo que durante el interregno parlamentario se legisló mediante Decretos de Urgencia que se pueden emitir para regular situaciones no relacionadas con materia económica, con excepción de aquellas que tienen reserva de ley declarada en la Constitución; la duda existente en muchos sectores de la administración respecto a la legalidad de las medidas que iban dictando fue resuelta por el Tribunal Constitucional cuando estableció que cuando el Congreso de la República no se encuentra en funciones resulta viable el emitir decretos de urgencia con materia diferente a la establecida en la Constitución.

En ese sentido, estamos ante dos tipos de decretos de urgencia: los emitidos cuando el Congreso estaba en funciones y los que se emitieron durante el interregno parlamentario. A los primeros, se les denomina “ordinarios” y deben cumplir con los requisitos señalados en el

artículo 118 mientras que a los segundos denominados “extraordinarios” y “se dictan en cumplimiento de las funciones establecidas en el artículo 135 de la Constitución Política (y) no les es aplicable dichas exigencias pudiendo legislar diferentes materias a excepción de reformas constitucionales, y leyes de desarrollo constitucional”¹².

Con relación a los requisitos de constitucionalidad de los Decretos de Urgencia “ordinarios” el Tribunal Constitucional estableció anteriormente que estos requisitos son los siguientes:

- a) **Excepcionalidad:** La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la “voluntad” de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español -criterio que este Colegiado sustancialmente comparte- que “en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma” (STC 29/1982, fundamento 3).
- b) **Necesidad:** Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.
- c) **Transitoriedad:** Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.
- d) **Generalidad:** El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Sentencia 00001-2003-AI/TC y 00003-2003-AI/TC, fundamento 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, debe ser el “interés nacional” el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello 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.
- e) **Conexidad:** Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él “cualquier género de disposiciones: ni aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna (...) con

¹² Tribunal Constitucional STC. Expediente 00001-2021-PI/TC Fs 32 .
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00001-2021-AI.pdf>

la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad” (STC 29/1982, fundamento 3).¹³

Asimismo, dicha sentencia señala que “las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o, menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada”.

Entonces, se tiene que en el caso peruano, la constitucionalidad de las medidas dictadas durante la emergencia sanitaria por la COVID 19 deben ser evaluadas considerando en primer término el momento en el que fueron emitidas, por cuanto, si estas fueron publicadas durante el interregno parlamentario generado entre la disolución del Congreso (mediante Decreto Supremo N° 165-2019-PCM) el 30 de setiembre de 2019 y la instalación del nuevo el 17 de marzo de 2020, no se aplica el test de constitucionalidad para determinar su validez, ejercicio necesario en el caso de los decretos emitidos durante el resto de la emergencia sanitaria.

IV. LOS DECRETOS DE URGENCIA ORDINARIOS Y LOS REQUISITOS PARA SU CONSTITUCIONALIDAD

La existencia de una situación de emergencia como condicionante necesaria para su emisión y que justifica la transitoriedad de los decretos de urgencia, es el presupuesto de hecho que justifica su emisión y por tanto su constitucionalidad. La emisión de un Decreto de Urgencia sólo se justifica si es que se está ante una circunstancia excepcional que lo justifique; dicha excepcionalidad es el gatillante para determinar la necesidad de emitir una norma que en otro escenario debería ser aprobada por el Congreso de la República.

Dicha situación excepcional determina, por definición, que es temporal y extraordinaria. Nótese que esta condición no tiene que ver con lo grave que puede ser la situación que se presenta por cuanto, esta puede ser grave pero permanente, como sucede con la pobreza extrema o la violencia urbana que, por sí mismas, no motivan la dación de medidas de urgencia, sino que estas tienen que aprobarse por el Congreso. Sin embargo, si es que se presenta una situación de agravamiento de la crisis alimentaria, o una situación de agravamiento de la violencia sistémica, entonces podría motivarse medidas temporales y de excepción para contenerla, lo cual como se puede apreciar dependerá de la naturaleza objetiva de dichas circunstancias para justificar su emisión.

¹³ Tribunal Constitucional STC. Expediente N° 00008-2003-PI/TC. FS 60.

Otro requisito de constitucionalidad es la transitoriedad de la medida. Siguiendo a Cantuarias¹⁴, partiendo de la premisa que el hecho que motiva la medida es uno extraordinario, temporal y grave, una vez solucionada su causa, lo lógico es que la medida desaparezca. Sostener lo contrario equivaldría a permitir una potestad legislativa del gobierno, lo que es incompatible con la división de poderes (o separación de funciones). Entonces, la transitoriedad tiene que ver con la vigencia en el tiempo de la norma que está ligada a su vez a la atención de la situación excepcional. Así podría ser el propio Ejecutivo el que le asigne determinada temporalidad, o la ley establecer un período máximo de vigor, lo cual depende de la situación de hecho y de la medida tomada; entonces será la evaluación de pertinencia de la vigencia asignada por el legislador la que determine su constitucionalidad. Una norma emitida para una situación excepcional, cuya vigencia se establece más allá de la duración de la emergencia o que se prorroga indefinidamente, no es constitucional y excede a la prerrogativa constitucional. Queda sin embargo vigente la potestad del Congreso de prorrogarla mediante el procedimiento parlamentario regular, lo cual sucede por ejemplo con ciertas medidas presupuestales que son prorrogadas anualmente en las leyes de presupuesto aprobadas por el Congreso de la República.

Ahora, siguiendo siempre a Cantuarias una situación es urgente si el factor de tiempo es elemento determinante y constitutivo del fin perseguido; lo que, como resultará evidente, es lo que ocurre cuando debe recurrirse a esta facultad legislativa extraordinaria, para emitir una norma que devendría en ineficaz si se aplica el procedimiento ordinario establecido para la dación de leyes por el Congreso.

Así, la urgencia de la medida constituye uno de los presupuestos de la necesidad, cual es la de obrar rápidamente, sin dilación de tiempo una materia que, en situaciones regulares, debiera ser regulada por ley formal.

Entonces, resulta imprescindible considerar no solo la existencia de una situación de hecho que motive la medida sino además que esta se adecúe al caso concreto; es decir, debe existir conexidad entre la medida dictada y el presupuesto de hecho. Este ejercicio no es puramente político, sino que tiene un alto componente objetivo y técnico porque si la medida no busca solucionar la contingencia o no es idónea, aunque se invoque como justificante, carecerá del elemento formal que justifique su emisión y por tanto su constitucionalidad.

Por tanto, la determinación de este presupuesto fáctico no está sujeta a una facultad discrecional del Poder Ejecutivo, sino que es susceptible de ser apreciado y revisado en sede judicial si su

¹⁴ Luis Felipe Cantuarias Salaverry y Sergio Oquendo Heraud. “Acerca de los decretos llamados de urgencia y de la adecuación a sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional”. *Revista Derecho* N°45 (diciembre, 1991). Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6167/6194/>

definición constituye un concepto jurídico indeterminado. La causa habilitante debe ser una real emergencia pública que debe existir realmente y ser susceptible de comprobación jurisdiccional.

Esto tendría relación directa con el “interés nacional” el cual se presenta, cuando sirve en un momento determinado a los objetivos fundamentales del Estado. En ese sentido, la medida extraordinaria tiene que responder a la utilidad, conveniencia o bienestar de la mayoría para que responda al interés nacional.

Al respecto, resulta interesante rescatar el análisis que realizó la Comisión de Constitución del Congreso de la República con relación a la constitucionalidad del Decreto de Urgencia N° 086-2021 que aprobó un crédito suplementario para enfrentar la pandemia por la COVID 19, señalando, al hacer referencia al requisito de excepcionalidad que:

este criterio se fundamenta en que la norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles y que si bien es cierto la pandemia del COVID-19 ha sido una situación imprevista que afrontó el país para el mes de marzo del año 2020, para el día 16 de setiembre del 2021, fecha en que fue emitido el decreto de urgencia examinado, ya se conocía que los efectos del COVID-19 seguirían aun en el país, perdiendo el carácter de situación extraordinaria e imprevisible que tuvo en el año 2020 por lo que el Poder Ejecutivo tuvo que prever los gastos que se tenían que realizar para enfrentarla debiendo preverlos en la ley del presupuesto del año 2022¹⁵.

Se debe señalar que dicho análisis podría ser cierto sólo si es que se demuestra que cuando se elaboró y discutió el proyecto de ley de presupuesto para el año 2021 se hubiera tenido certeza de la duración de la pandemia y sus efectos. Para realizar dicha evaluación debe considerarse que el proyecto de ley se comienza a elaborar en el primer semestre de cada año y se presenta al Congreso de la República el 31 de agosto, debatiéndose hasta el mes de noviembre para finalmente entrar en vigencia el 1 de enero del año siguiente. Al mes de mayo de 2021 no se tenía certeza de la duración de la pandemia ni de sus efectos, por cuanto en principio no se conocía el efecto que tendría el proceso de vacunación ni la forma como evolucionaría la pandemia. Esto es fácilmente contrastable cuando se compara la curva de casos prevista por ESSALUD para el año 2021 (grafico 1) y la que se presentó realmente (gráfico 2).

Como se puede apreciar la evolución de la enfermedad no siguió el patrón previsto ni durante el año 2021 ni durante el año 2022; factores como la imposibilidad de determinar la duración de la pandemia, el número de contagiados, las zonas en donde se podrían presentar el mayor número de casos, y otros factores como la evolución del virus que hace que aparezcan variantes potencialmente más contagiosas o que producen un mayor daño a las personas, la falta de medicamentos que combatan directamente la enfermedad, la mayor movilización social y el incremento

¹⁵ Congreso de la República. Comisión de Constitución y Reglamento. “Dictamen de control constitucional recaído en - el Decreto de Urgencia 086-2021, que establece medidas extraordinarias para el financiamiento de los mayores gastos en el marco de la emergencia sanitaria y la reactivación económica. 16 de diciembre de 2021”, 17.



Gráfico 1. Fuente: Seguro Social de Salud

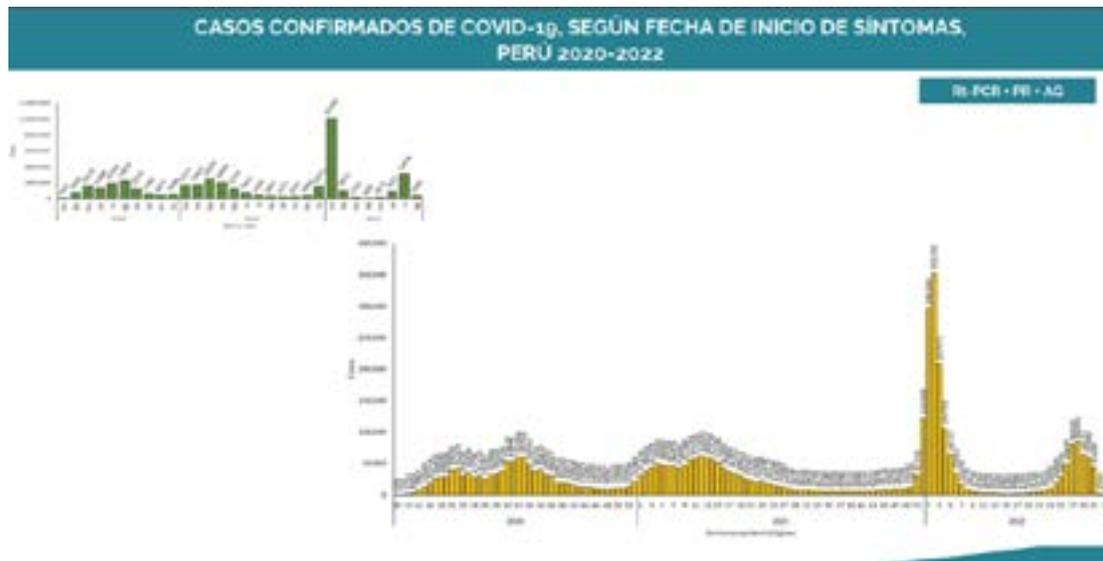


Gráfico 2. Fuente: Ministerio de Salud. Sala Situacional COVID 19 (15-08-2022).
<https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/coronavirus/coronavirus150822.pdf>

de la informalidad, determinaros que no sea posible establecer con exactitud la evolución de la pandemia, por lo que en buena cuenta se estaba ante una situación en donde únicamente se tenían aproximaciones que en realidad estuvieron muy lejos de lo que sucedió en 2022.

Esto es porque, en el mundo, la pandemia no ha tenido un patrón de comportamiento único, sido que este ha sido variado en función a una multiplicidad de variables que han interactuado de forma dinámica y constante haciendo que la imprevisibilidad sea una de sus características debido a que por su naturaleza no es posible determinar ni su duración ni su comportamiento a lo largo del tiempo. Esto ha sido confirmado reiteradamente por el Centro Nacional de Epidemiología y Control de Enfermedades (CDC) del Ministerio de Salud que ha indicado que la actual pandemia se caracteriza entre otras por su comportamiento impredecible expresado en forma de olas, con periodos inter epidémicos variables como los observados en países europeos que fueron inicialmente afectados por la pandemia, y cuyos modelos se replican en algunos países de las Américas.

Esta característica, ha sido un factor para que la emergencia sanitaria declarada a través del Decreto Supremo N° 008-2020-SA, Decreto Supremo que declara en Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario, haya sido prorrogada sucesivamente mediante los Decretos Supremos N° 020-2020-SA, N° 027-2020-SA, N° 031-2020-SA, N° 009-2021-SA, N° 025-2021-SA, N° 003-2022-SA y N° 015-2022-SA.

Asimismo, la aparición de variantes como la “Delta” y la “Ómicron” durante el año 2021, ambas con efectos diferenciados e imprevisibles antes de su aparición, demuestran claramente que no es posible determinar el desarrollo de la enfermedad en la comunidad; el año 2021 no podía preverse que en los primeros trimestres de 2022 aparecerían dos olas de contagios con niveles extraordinarios de crecimiento en el número de contagiados y bajo impacto en la mortalidad de las personas ni tampoco podría preverse el impacto real del proceso de vacunación. Esto es porque la enfermedad es nueva entre las personas (tiene dos años de descubierta la transmisión entre humanos), y las vacunas han demostrado ser eficaces para contener principalmente el incremento del número de fallecidos mostrando tener una efectividad cada vez menor en la medida que el virus muta y se aleja más de su estructura original.

Para demostrar lo antes dicho se muestra en el Gráfico 3 la tendencia de tasas de ataque de COVID 19 en Lima y Callao desde el 2020 hasta el 2022; allí se aprecia que la tercera ola de contagios, producida por el avance de “Omicron” representó un crecimiento exponencial en el número de contagiados en un período de menos de cuatro semanas, haciendo que se contagien personas en una cantidad mayor a las que se contagiaron durante las dos olas anteriores y en un tiempo mucho menor. Esta situación, no pudo ser prevista ni siquiera en el período de discusión del proyecto de ley de presupuesto para el año 2022 porque la variante “Omicron” se diseminó por el Perú en los meses de diciembre de 2021 y enero de 2022.



Gráfico 3. Fuente: Ministerio de Salud. Sala Situacional COVID 19 (15-08-2022).
<https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/coronavirus/coronavirus150822.pdf>



Gráfico 4. Fuente: Ministerio de Salud. Sala Situacional COVID 19 (15-08-2022).
<https://www.dge.gob.pe/portal/docs/tools/coronavirus/coronavirus150822.pdf>

Asimismo, dicha evolución se vio reflejada también en el número de fallecidos. En el Gráfico 4 se aprecia claramente como es que la tercera ola de contagios producida por “Omicron” en los meses de diciembre de 2021 a febrero de 2022, semanalmente se produjo un mayor número de fallecidos que en todo el año 2021. Asimismo, se puede apreciar que la segunda ola de contagios fue de larga duración dando la apariencia de presentarse como una meseta alta en todo el 2021 para dar pase directamente a un crecimiento exponencial en 2022 y de ahí, verse reducida dramáticamente hasta alcanza niveles mínimos para luego volver a incrementarse en el segundo semestre de ese año dando pase a lo que se conoce como “cuarta ola”.

En ese sentido, la situación antes descrita no pudo ser prevista al momento de la elaboración de la programación presupuestal para el año 2022 porque la variante Ómicron no había sido identificada y por lo tanto no existía la posibilidad de prever un incremento exponencial del número de contagios. Entonces, el criterio centrado en la supuesta existencia de certeza respecto a la duración o efectos de la pandemia producida por la COVID 19 carecería de sustento fáctico.

Cabe en este extremo recordar que la Organización Mundial de la Salud, al mes de agosto de 2022 no ha levantado el estado de emergencia mundial y en forma reiterada ha declarado que el final de la pandemia todavía no puede verse en un horizonte corto de tiempo. Al respecto, por ejemplo, basta citar la Declaración acerca de la undécima reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) del 13 de abril de 2022 en donde se señala que:

el Comité reconoció que el SARS-CoV-2 constituye un patógeno respiratorio nuevo que aún no ha establecido su nicho ecológico. La evolución vírica del SARS-CoV-2 sigue siendo impredecible. La situación se ve agravada por la amplia circulación e intensa transmisión del virus entre los humanos, así como por la introducción generalizada de la infección en una variedad de especies animales con potencial para establecer reservorios animales. La morbimortalidad del SARS-COV-2 todavía es muy elevada, especialmente entre los grupos humanos vulnerables” por lo que “acordó por unanimidad que la pandemia de COVID-19 sigue constituyendo un evento extraordinario que continúa afectando negativamente a la salud de grupos poblacionales de todo el mundo, conlleva un riesgo de propagación internacional y de interferencia con el tráfico internacional, y requiere una respuesta internacional coordinada.¹⁶

Otro de los requisitos de constitucionalidad establecidos por el Tribunal Constitucional, el de la necesidad que está vinculado a la urgencia de su emisión para enfrentar una situación de

¹⁶ Organización Mundial de la Salud. “Declaración acerca de la undécima reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19)”. Acceso 11 de agosto de 2022. [https://www.who.int/es/news/item/13-04-2022-statement-on-the-eleventh-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/es/news/item/13-04-2022-statement-on-the-eleventh-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic)

emergencia. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la emisión de un Decreto de Urgencia se justifica cuando “el procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables”. Es decir, su emisión será constitucional cuando en atención a una situación objetiva es necesario tomar medidas urgentes e inmediatas que permitan afrontar de forma eficaz la emergencia, por lo que se justifica obviar el procedimiento parlamentario establecido para una situación regular, de ahí que, a diferencia de otras legislaciones en donde la habilitación presidencial existe solo para tiempos en donde el Congreso no sesiona, en el Perú el Presidente de la República puede dictar Decretos de Urgencia en cualquier momento cuando existe un estado de necesidad y urgencia.

Nótese que hablamos de dos condiciones: necesidad y urgencia, esto porque una norma puede ser necesaria pero no urgente por lo que, cuando se está en este caso es el Congreso quien tiene que darla y será la decisión política de la Cámara la que determine la celeridad con la que se debata y apruebe la propuesta. “Esto justifica la exigencia de que para la emisión de un Decreto de Urgencia se requiera de un presupuesto de hecho habilitante que es la urgente y excepcional necesidad que debe ser solucionada”¹⁷.

Otro elemento de constitucionalidad es el contenido de la medida. No basta que esta tenga por finalidad atender la emergencia, sino que la medida solo puede ser de naturaleza económica y financiera que puede entenderse como todo lo relacionado a la hacienda pública, ósea a la administración de recursos públicos; entonces cabe preguntarse si una medida de urgencia que no tiene este contenido podría ser inconstitucional. El problema es que las medidas de urgencia no solo pueden tener este contenido sino que generalmente, la disposición de recursos viene acompañada de medidas administrativas que complementan su uso, tal es el caso de las normas emitidas en materia de recursos humanos durante la emergencia, o las normas que regularon el funcionamiento de los servicios públicos durante el período de aislamiento; si nos atenemos a esta definición en sentido estricto podríamos concluir en el sentido de que dichas normas son inconstitucionales; sin embargo, este razonamiento se aleja de la objetividad y el sentido finalista que las normas emitidas para combatir la pandemia tuvieron, por lo que debería ser descartado ya que en estas prima también el criterio del interés general que justifica su emisión.

En ese sentido, las medidas extraordinarias deben dirigirse a enfrentar riesgos que afecten la economía del país o las finanzas públicas. La definición amplia que proporciona Ochoa Cardich quien señala que las medidas extraordinarias deben dirigirse a enfrentar riesgos que afec-

¹⁷ Luis Felipe Cantuarias Salaverry - Sergio Oquendo Heraud. “Acerca de los decretos llamados de urgencia y de la adecuación a sus caracteres y peculiar naturaleza sin necesidad de una previa reforma constitucional”. *Revista Derecho* N°45, diciembre (1991): 374. Pontificia Universidad Católica del Perú. Acceso 11 de agosto de 2022. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6167/6194/>

ten la economía del país o las finanzas públicas¹⁸, podría servir para otorgar una margen mayor de discrecionalidad para emitir las leyes, aunque, para el caso de la pandemia por la COVID 19 aún resulta siendo insuficiente, dada la cantidad y diversidad de normas emitidas que podrían considerarse que no tienen relación directa con las finanzas públicas o la economía nacional.

Asimismo, cabe resaltar lo señalado por el Tribunal Constitucional cuando señala que:

pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico. Sin embargo, corresponde distinguir entre los medios o mecanismos de la norma que integran su contenido de los fines que la inspiran. De esta manera, la concreta regulación o estado de cosas que persigue la norma debe ser de naturaleza económica, o financiera, o incidir directamente en el mercado, entre otros supuestos análogos.¹⁹

En otra sentencia, el intérprete de la Constitución señala que:

el requisito endógeno de la “materia económica y financiera”, interpretado a la luz del principio de separación de poderes, exige que dicha materia sea el contenido y no el continente de la disposición, pues en sentido estricto pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando en todo caso proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria (párrafo tercero del artículo 74° de la Constitución). Escaparía a los criterios de razonabilidad, empero, exigir que el tenor económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en el común de los casos la adopción de medidas económicas no es sino la vía que auspicia la consecución de metas de otra índole, fundamentalmente sociales.²⁰

Al respecto, resulta interesante evaluar el contenido de las normas emitidas durante la emergencia en materia de recursos humanos para fortalecer el sistema de salud, y que tuvieron como finalidad permitir que el Estado pueda contar con el contingente humano mínimo necesario para atender el incremento desmesurado e intempestivo de la demanda de servicios de salud durante los años 2020 y 2021 especialmente en las áreas de emergencia y hospitalización. Dichas normas fueron emitidas durante y después del interregno parlamentario por lo que la exigencia del contenido económico sería aplicable únicamente para las segundas.

Para evaluar su pertinencia es necesario considerar que, cuando se declaró la emergencia nacional el sistema de salud ya estaba colapsado desde hace tiempo, el déficit de médicos

¹⁸ Cesar Ochoa Cardich, (2004). “Los Decretos de Urgencia en la Constitución Peruana de 1993”. *Revista Derecho & Sociedad*, 23 (2004): 30-35, p. 33. Acceso 11 de agosto de 2022
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16840>

¹⁹ Tribunal Constitucional. STC. Expediente N.º 00001-2021-PI/TC Fs. 24. Acceso 11 de agosto de 2022
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00001-2021-AI.pdf>

²⁰ Tribunal Constitucional. STC. Expediente N.º 00004-2011-PI/TC N.º Fs. 17. Acceso el 11 de agosto de 2022
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00004-2011-AI.html>

especialistas superaba los 11 mil^{21 22 23} y sin posibilidad de cerrar esa brecha debido a la falta de profesionales acreditados para realizar labores asistenciales. Cuando la primera ola comenzó a cobrar víctimas el contingente de profesionales de la salud asignados a la atención de pacientes se vio desbordado y también sensiblemente afectado por las bajas que se producían debido a que los mismos profesionales enfermaban y morían; asimismo, las medidas tomadas para proteger la salud del personal con mayor posibilidad de ver afectada su salud terminaron mermando aun más la capacidad de respuesta al obligar a miles de trabajadores a confinarse, realizar trabajo remoto o a tomar licencias con goce de haber, por lo que tuvieron que emitirse normas excepcionales para eximir el cumplimiento de requisitos formales y procedimentales para la contratación de profesionales apelando a toda la capacidad existente para incrementar la oferta de servicios y así incrementar su número.

En efecto, tomando como antecedente el Decreto de Urgencia N° 029-2020, publicado el 20 de marzo de 2020 es decir fuera del interregno parlamentario, mediante el Decreto de Urgencia N° 004-2021, se autorizó al Seguro Social de Salud -EsSalud, a realizar la contratación de personal bajo la modalidad del régimen del Decreto Legislativo N° 1057, para que preste servicios para la prevención, control, diagnóstico y tratamiento de la COVID-19. Para tal efecto, se le exoneró de lo dispuesto en el artículo 8 del citado Decreto Legislativo N° 1057; Disposición similar fue dictada para los establecimientos de salud y unidades ejecutoras del Ministerio de Salud y gobiernos regionales, mediante el Decreto de Urgencia N° 053-2021. En todos estos casos el cumplimiento del requisito de la materia fue sustentado en la transferencia de partidas para la contratación de personal, lo cual sin embargo no sostiene la necesaria exoneración del procedimiento regular.

En otro caso, mediante los Decretos de Urgencia N° 034-2021 y N° 083-2021 se autorizó a las unidades ejecutoras del Ministerio de Salud a realizar concursos para la contratación de personal CAS para prestar servicios durante la emergencia sanitaria; en estos casos no hubo exoneración del procedimiento, y el sustento relacionado a la materia siempre fue la transferencia de partidas, mas no la medida concreta autorizada para la ejecución de dichas partidas.

²¹ Luis Enrique Pérez. "Coronavirus: el 26% de hospitales tiene déficit de personal calificado y 57 mil colegios no cuentan con agua potable". Acceso el 22 de agosto de 2022. <https://convoca.pe/agenda-propia/coronavirus-el-26-de-hospitales-tiene-deficit-de-personal-calificado-y-57-mil>

²² Liliana Pinedo Machaca. Congreso de la República presentación "Proyecto de Ley que propone modificar el artículo 40° de la Constitución Política del Perú, para que los médicos que ostenten una especialidad puedan percibir 2 remuneraciones del Estado". Acceso 22 de agosto de 2022 https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/ConstitucionReglamento/files/presentaciones/05.08_29n_art_40194176_cp.pdf

²³ *Diario La República*. Ministra Zulema Tomás, "Hacen falta más de 16 mil médicos especialistas". Acceso 22 de agosto de 2022. <https://larepublica.pe/sociedad/2019/10/05/ministerio-de-salud-ministra-zulema-tomas-hacen-falta-mas-de-16-mil-medicos-especialistas-hospital/>

De otro lado, se dictaron medidas para permitir el uso de infraestructura del Estado para atender a los pacientes enfermos con COVID 19, tal es el caso del Decreto de Urgencia N° 055-2020 que permitió el uso de las instalaciones de la Villa Panamericana -construidas para la realización de los Juegos Panamericanos de 2019- para la instalación de un Centro de Atención y Aislamiento Temporal (CAAT) que en algún momento albergó a 1600 pacientes. Para dicha medida fue necesaria una autorización especial al Seguro Social de Salud ESSALUD para que lo administre en la medida que en el CAAT atendería pacientes asegurados y no asegurados y dicha entidad de manera regular tiene competencia sólo para atender a sus asegurados; asimismo, fue necesaria una transferencia de recursos, y otras autorizaciones de carácter administrativo que permitieron su funcionamiento.

Estas medidas difícilmente pueden considerarse de contenido financiero, y solo si se considera como que regulan actividades económicas (prestación de servicios, uso y adquisición de bienes) podría dotárseles como que fueron emitidas conforme a lo dispuesto por la normativa constitucional. Sin embargo, evidentemente fueron necesarias para permitir en el primer caso la contratación de más de 70 mil profesionales y técnicos asistenciales durante los años 2020 y 2021 para atender principalmente en las áreas COVID de los establecimientos de salud a nivel nacional y en el segundo la habilitación para el uso de instalaciones del Estado en la atención de pacientes. Resulta curioso que en el caso del Decreto de Urgencia N° 055-2020, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso no se haya pronunciado respecto de ese requisito y haya preferido abordar el de necesidad que obviamente la norma si cumplía²⁴.

Finalmente, el otro elemento a tener en cuenta es el período de vigencia. Si consideramos que los decretos de urgencia tienen como finalidad el atender situaciones de emergencia, entonces su vigencia tendría que también tener duración limitada, y estar supeditada a la situación de hecho que pretende regular o atender, entonces no cabría considerar la vigencia de decretos de duración indefinida en el tiempo. Asimismo, esto lleva a considerar que las medidas dictadas bajo este ámbito no tendrían como efecto derogar de forma definitiva normas de carácter general, sino que solo suspenderían su vigencia para dar pase a una legislación temporal. Esto podría justificar el hecho de que en los decretos de urgencia emitidos durante la pandemia en la mayor parte de los casos se considera el articulado vinculado a la vigencia de la norma, el mismo que varía pudiendo considerar como fecha el 31 de diciembre de 2020, 31 de diciembre de 2021 o la finalización de la emergencia sanitaria, supuesto este último que remite la vigencia de la norma a la vigencia del Decreto Supremo N° 008-2020-SA y sus “prorrogas” que si bien es cierto tienen fecha cierta de duración en la práctica pueden extenderse indefinidamente mientras la situación así lo exija.

²⁴ Congreso de la República. Comisión de Constitución y Reglamento. Informe del Decreto de Urgencia N° 055-2020. Informe recaído en el Decreto de Urgencia 055-2020. 20-11-2020. https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/ConstitucionReglamento/files/informe_du_055-2020.pdf

En ese sentido cabe preguntarse que sucede con las competencias otorgadas a las entidades durante la emergencia sanitaria, tales como por ejemplo las que figuran en el Decreto de Urgencia N° 026-2020-SA le conceden al Instituto Nacional de Salud la facultad de verificar que los laboratorios privados para verificar que reúnan condiciones para que realicen pruebas COVID-19, durante la emergencia sanitaria, en un contexto en donde era la única entidad a nivel nacional con capacidad para hacer dichos procedimientos de diagnóstico. En este caso, debería entenderse que dicha facultad extraordinaria es otorgada solo mientras dure la emergencia sanitaria, por lo que terminada la vigencia de la norma que la declara se extinguiría; sin embargo, aquí surge otro problema, y es el vinculado a las exigencias establecidas para que los laboratorios privados realicen pruebas de descarte de COVID-19, y a la vigencia de las autorizaciones otorgadas.

V. APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE EMERGENCIA

Hemos señalado anteriormente que los Decretos de Urgencia deben cumplir para su constitucionalidad con el requisito de la necesidad de la medida que no es otra cosa que la urgencia de su aprobación para atender una situación extraordinaria prescindiendo del procedimiento regular que determina que sea el Congreso el que las apruebe. Esta urgencia se relaciona directamente con la inmediatez de la aplicación de las medidas aprobadas. No cabe un decreto de urgencia cuya aplicación no sea urgente e inmediata porque lo contrario implicaría que simplemente no tenía esa característica.

Entonces deberíamos considerar que, salvo alguna excepcionalidad los decretos de urgencia deberían contener medidas autoaplicativas y de carácter temporal, porque, como se mencionó ante estas son solo para atender de manera inmediata una situación urgente, una emergencia y por lo tanto pasada la emergencia deben perder vigencia, por eso es que se exige que las normas de ese tipo tengan duración determinada en el tiempo.

Esta característica permite a su vez darle constitucionalidad a medidas temporales que exceden o incluso son contrarias a la legislación ordinaria en el sentido que establecen reglas diferentes para situaciones iguales considerándolas como excepcionales. Tal es el caso de las medidas dadas en materia de recursos humanos que exoneran del requisito del concurso para acceder a un puesto de trabajo, o las antes mencionadas que establecen facultades extraordinarias para la verificación de las condiciones para la realización de una actividad que contribuye a la respuesta y vigilancia sanitaria de la pandemia. Dichas medidas deben ser de aplicación inmediata y por lo tanto las normas reglamentarias emitidas o su ausencia no son impedimento para ser implementadas.

Debe considerarse que este requisito sería aplicable únicamente para los decretos de urgencia emitidos fuera del interregno parlamentario, por cuanto los decretos emitidos durante el interregno al tener una naturaleza especial no requieren de esta condición para ser considerados como constitucionales.

De otro lado, debe considerarse que los decretos de urgencia emitidos durante la emergencia, en muchos casos fueron complementados, pero no con Decretos Supremos que sería lo usual, sino con normas de menor jerarquía tales como resoluciones ministeriales, vice ministeriales o jefaturales, las cuales facilitan la aplicación de las medidas dictadas. En ese sentido, es necesario considerar que en general las normas de emergencia deberían ser autoaplicativas, por lo que las normas complementarias emitidas únicamente deberían tener como finalidad facilitar su aplicación mas no condicionarlas, por cuanto, como se ha señalado precedentemente, de tener esta condición perderían el sentido de urgencia e inmediatez que finalmente es el que determina la necesidad de evadir el procedimiento parlamentario y justifican su emisión.

Ahí surge el problema de considerar a las normas emitidas de forma complementaria como reglamentos que condicionan la aplicación y exigencia de las normas de emergencia. Consideramos que en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 109 de la Constitución Política que establece que las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación salvo disposición expresa de la misma ley, y que las leyes son reglamentadas en principio, a través de Decretos Supremos conforme lo señala el numeral 3 del artículo 11 de la Ley N° 29158 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE), concordante con lo señalado en el numeral 2 del artículo 13 de dicha norma que establece que los reglamentos se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley, estaríamos ante normas autoaplicativas, es decir de cumplimiento inmediato conforme lo establece la LOPE al indicar que los decretos de urgencia son obligatorios desde el día siguiente de su publicación. Las medidas que hayan requerido normas complementarias tendrían que ser consideradas como excepciones a la regla y por tanto ser evaluadas de forma individual para determinar su constitucionalidad.

Al respecto, una norma es autoaplicativa cuando las obligaciones derivadas de la ley nacen con ella misma, independientemente de que no se actualice condición alguna.²⁵ En ese sentido, considerando que en general las medidas emitidas en los decretos de urgencia generaron vinculación con los gobernados sin mediar condición alguna, se debería considerar que se está normas autoaplicativas.

A mayor abundamiento, la Corte Suprema de Justicia de México considera que una ley es autoaplicativa, cuando se está ante cualquiera de los siguientes supuestos: 1) Cuando la legisla-

²⁵ Tesis: P-/J. 55/97 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época t.VI julio de 1997. Fernando Silva García. “El nuevo concepto de “leyes autoaplicativas” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. www.juridicas.unam.mx p. 437.

ción y/o la norma jurídica reclamada, desde su entrada en vigor, produce efectos vinculantes y genera obligaciones concretas de manera incondicionada para quienes se ubican en la hipótesis legal, es decir, sin que para ello resulte necesario la emisión de acto o autoridad alguno; 2) tratándose de un sistema normativo complejo, donde es difícil establecer si su articulado es de aplicación condicionada o incondicionada, debe atenderse al núcleo esencial de la estructura, siendo que, si éste radica en una vinculación de los gobernados al acatamiento del cuerpo legal sin mediar condición alguna, debe considerarse que todo el esquema es de carácter autoaplicativo; 3) cuando la legislación y/o la norma jurídica reclamada, desde el inicio de su vigencia y en automático, incorpora obligaciones o desincorpora derechos de la esfera jurídica de una categoría de sujetos claramente identificable, colocándolos dentro de un nuevo contexto normativo, transformando substancialmente su situación jurídica en relación con terceros y/o con el Estado, con independencia de la ejecución concreta de la ley respectiva²⁶.

De otro lado, el Tribunal Constitucional peruano vincula la definición a la dación de normas reglamentarias o actos conexos cuando señala que una “Norma heteroaplicativa: es aquella cuya aplicabilidad no depende de su sola vigencia, sino de la verificación de un evento posterior, sin cuya existencia la norma carecerá indefectiblemente de eficacia. (...) Con otras palabras, puede decirse que las normas heteroaplicativas carecen de eficacia directa frente a las personas o las entidades que se encuentran sometidas a su regulación, pues requieren necesariamente contar con reglamentación y/o actos de implementación o aplicación”²⁷.

Sin embargo, es necesario precisar que los decretos de urgencia emitidos durante la emergencia sanitaria, muchas veces contenían medidas no relacionadas directamente unas con otras por lo que la evaluación final tendrá que realizarse no en función al decreto en su conjunto sino a cada medida por cuanto podría darse el caso -y de hecho existen varios ejemplos de esto- en donde lo que existe como medida principal es una transferencia presupuestal para comprar equipos o contratar personal, pero además que se haya aprobado adicionalmente como disposición complementaria una medida para el trabajo remoto por ejemplo u otras que no tienen ninguna relación con la medida principal.

Al respecto debe considerarse que el criterio algo frecuente de considerar que una norma es autoaplicativa únicamente porque en su contenido no se señala que necesita de un reglamento para entrar en vigencia no es del todo acertado. Ciertamente es que cuando la misma ley señala que se emitirán normas complementarias para hacerla efectiva no hay ninguna discusión respecto a su aplicación inmediata por cuanto del texto de la misma norma se desprende que no es así;

²⁶ *Ibidem*, 441.

²⁷ Expediente 1136-1997-AA/TC, de 25 de octubre de 1999, fundamento jurídico 2. “Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y la Propiedad Intelectual INDECOPI. Carta 208-2021/ST-CLC-INDECOPI”. Acceso 28 de agosto de 2022. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2154356/Carta%20208-2021-ST-CLC-INDECOPI.pdf>

sin embargo, en el caso de los decretos de urgencia emitidos durante el estado de emergencia sanitaria, muy pocos tienen ese articulado; además, es fácil ubicar normas complementarias referidas a algunos aspectos no relacionados a la medida principal, lo cual complica el análisis por cuanto si se parte del criterio de que la norma será autoaplicativa cuando vincula de forma directa a través de sus efectos al gobernado creándole derechos u obligaciones o en general modificando su aurea jurídica entonces no todas las normas que tienen desarrollo normativo posterior serán heteroaplicativas. Esto se complica más cuando se aprecia que dichas normas de desarrollo no son decretos supremos sino generalmente resoluciones ministeriales, por lo que se puede pensar que inclusive en algunos casos sin su existencia, la norma sigue siendo exigible.

Entonces, considerando que, siguiendo a Castillo Córdova, las normas autoaplicativas son “aquellas que llevan incorporadas en sí mismas un principio de ejecución, de modo tal que la afectación al derecho constitucional se produce con la sola entrada en vigencia de la norma y, por tanto, sin necesidad de actos posteriores”²⁸ podría considerarse que en general las normas con rango de ley emitidas al amparo de la emergencia sanitaria deberían ser autoaplicativas, lo cual como se ha señalado anteriormente, iría de la mano con su naturaleza extraordinaria inmediata y urgente, y con el hecho de que las normas que las complementan, al ser generalmente resoluciones ministeriales, no condicionan su aplicación sino que generalmente establecen procedimientos o criterios complementarios para facilitarla. Esta discusión no es solamente teórica sino que tiene una aplicación práctica al momento de determinar por ejemplo la procedencia de una acción constitucional de amparo conforme a lo dispuesto en el Código Procesal Constitucional, (que establece su procedencia contra normas autoaplicativas) o más importante aun para efectos de la administración, determinar el momento en el que la norma es exigible, por cuanto si es heteroaplicativa será válida, vigente, pero no exigible, y por tanto su incumplimiento no será imputable.

La enorme cantidad de normas emitidas, así como la variedad de su contenido evitan hacer una clasificación general por cuanto, como se tiene dicho, inclusive dentro de una misma norma se encuentran una variedad de materias vinculadas a aspectos económicos (transferencias de partidas), de seguridad, administración de bienes del Estado, autorizaciones especiales a las entidades para realizar actos que no son de su competencia regular (caso atención a pacientes con COVID 19 no asegurados en los Centros de Aislamiento y Atención Temporal administrados por el Seguro Social), laborales (como el trabajo a distancia), atención de entidades, etc. Por tanto, el análisis de determinar el momento de aplicación deberá ser medida por medida en función a la característica de cada una y a su naturaleza.

²⁸ Luis Castillo Córdova. “Normas autoaplicativas, alternatividad y amparo contra amparo en el Código Procesal Constitucional”. *Revista Jurídica del Perú*, (59): 33-45. Acceso 30 de agosto de 2022. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1897/Normas_autoaplicativas_alternatividad_amparo.pdf?sequence=1

VI. PROPUESTA DE REFORMA

La necesidad de que el Poder Ejecutivo cuente con una mayor libertad para poder emitir medidas de carácter urgente no condicionadas a las restricciones que la Constitución establece en un escenario regular se muestran con la emisión de los Decretos de Urgencia N° 034-2021, N° 086-2021 y N° 100-2021, que entre otras cosas aprobaron créditos suplementarios, materia económica pero con reserva de ley por lo que el Congreso de la República los declaró inconstitucionales por no haber observado las normas constitucionales que establecen cuales son las materias que no se pueden regular a través de un Decreto de Urgencia.

Si bien es cierto, en el caso del Decreto de Urgencia N° 100-2021, el cumplimiento del requisito de la necesidad de la medida, es decir la urgencia de que el Congreso no la evalúe previamente, no queda muy claro, debido a que la norma se aprobó en octubre de 2021, es decir cuando ya había pasado más de un año y medio desde la declaración de la emergencia sanitaria y en la exposición de motivos se aprecia que el crédito suplementario aprobado y el presupuesto transferido no tiene relación con la emergencia sanitaria sino con proyectos de infraestructura agraria y saneamiento, y en el caso del Decreto de Urgencia N° 086-2021 no se establece el destino concreto del dinero transferido, resulta que dicha posibilidad puede resultar importante en un contexto en donde es necesario insertar recursos económicos a las entidades para que enfrenten la emergencia, siendo el mecanismo legislativo muy largo y complicado para facilitar la implementación de medidas que deben permitir disponer del dinero de forma inmediata para atender la emergencia.

Lo mismo sucede con las medidas en materia laboral, las cuales permitieron implementar el trabajo remoto durante la emergencia sanitaria y que se emitieron durante el interregno parlamentario; en un escenario regular, en donde el Congreso está en período de sesiones esto no hubiera sido posible y habría obligado al Poder Ejecutivo a presentar iniciativas legislativas de final incierto; Lo mismo ocurre con las medidas dictadas respecto a las medidas relativas a la seguridad pública.

Entonces, queda claro que para enfrentar adecuadamente una emergencia de la magnitud que ha tenido la producida por la COVID 19 el marco legal existente no es el más adecuado por lo que se hace necesario revisarlo. La prerrogativa legislativa del Poder Ejecutivo ha sido vista siempre con reticencia por parte de la doctrina por cuanto generalmente ha sido utilizada para legalizar medidas abusivas e inconstitucionales. El caso peruano no es una excepción porque durante la vigencia de las constituciones de 1979 y 1993, el Poder Ejecutivo ha utilizado su prerrogativa para emitir decretos de contenido variopinto que han excedido a las facultades otorgadas por el legislador y han legalizado medidas que no hubieran sido aprobadas por el Congreso de la República.

Sin embargo, es necesario considerar también la experiencia de la pandemia que aún se vive por el virus que produce la enfermedad de la COVID 19; por cuanto al ser una experiencia totalmente ajena a los criterios de regularidad existentes modificó radicalmente casi todos los aspectos de las relaciones sociales obligando al Estado a adecuar su legislación para poder seguir prestando servicios, y en general garantizar una adecuada convivencia así como la continuidad de las actividades económicas luego de las restricciones impuestas al inicio de la primera ola de contagios en 2020.

Esta realidad lleva a considerar la idea de que, si no era porque se estaba en un período de interregno parlamentario, no habría sido posible emitir muchas de las normas que se aprobaron bajo la forma de decretos de urgencia extraordinarios y esa imposibilidad habría dificultado su emisión y aplicación posterior.

Se podría considerar que en el escenario en donde el Congreso estuviera en funciones el Poder Ejecutivo, habría podido solicitar facultades para legislar a través de Decretos Legislativos; sin embargo, el problema es que la propia dinámica parlamentaria muy posiblemente habría determinado que la delegación sea incompleta o insuficiente. Lamentablemente, el proceso parlamentario, que es un proceso fundamentalmente político no necesariamente culmina con el resultado esperado por el Poder Ejecutivo sino que, especialmente en escenarios en donde existe un alto nivel de confrontación, cuando se solicitan facultades extraordinarias, estas o son negadas o se otorgan con restricciones; entonces se estaría ante espacios no cubiertos por la legislación de emergencia y que tienen que ser abordados mediante iniciativas aprobadas por el Congreso cuyos mecanismos no son céleres ni eficaces cuando de rapidez se trata.

Entonces se está ante la constatación de que el Poder Ejecutivo necesita contar con mecanismos que le permitan enfrentar situaciones de emergencia sin crear falacias argumentativas para darle a las medidas urgentes y necesarias que se necesitan emitir el carácter económico del cual muchas veces carecen. En ese sentido, se requiere modificar la Constitución Política estableciendo que mediante Ley Orgánica se establecen los requisitos para legislar mediante Decretos de Urgencia en casos de emergencia grave, siempre con cargo de dar cuenta al Congreso de la República.

En ese sentido, el Congreso, al aprobar la ley de reforma constitucional consideraría un apartado en donde se modifique la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo estableciendo que cuando la República se encuentra en un estado de emergencia nacional producida por una pandemia o un acontecimiento extraordinario que ponga en riesgo la seguridad nacional, el Poder Ejecutivo pueda legislar en materias distintas a las señaladas en la Constitución, con cargo de dar cuenta al Congreso de la República, estableciendo que las medidas implementadas no pueden tener una vigencia no mayor de 30 días y que en caso se necesite un período mayor, el

Congreso deba autorizar su prórroga, mediante resolución legislativa y a pedido del Poder Ejecutivo. Asimismo, dicha facultad no permitiría al Poder Ejecutivo modificar la Constitución Política del Estado, ni leyes orgánicas.

El mecanismo propuesto tiene la virtud de involucrar al Congreso en la administración de la crisis a través del control parlamentario de los actos del Poder Ejecutivo, y dota a estos una temporalidad mínima que garantiza que las medidas tomadas no tengan una duración que pueda afectar a la ciudadanía o implique cierto abuso de poder.

La crítica a este planteamiento, que nace del uso histórico a los decretos de urgencia que los gobiernos le han dado, puede tener sustento en el hecho de que un Estado con baja institucionalidad siempre es vulnerable al abuso de poder especialmente en contextos en donde hay un equilibrio de poderes afectado por la baja capacidad de gestión y manejo político; sin embargo, a la luz de la experiencia cabe preguntarse si el riesgo de enfrentar un nuevo escenario de emergencia nacional como la vivida en 2020 sin un marco general adecuado puede ser más perjudicial que el exceso que se pudiera presentar al momento de ejercer una prerrogativa legislativa ampliada y excepcional.

REFERENCIAS

- *BBC de Londres*. Redacción. “La pandemia que mató a miles hace 500 años en México (y cómo ayudó a la conquista española)”. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54924678>
- Cano Galán Francisco José. “La peste negra: ¿punto de inflexión y fin de la Edad Media?” <https://affordablehas-hvac.com/es/la- peste-negra-punto-de-inflexi%C3%B3n-y-fin-de-la-edad-media/>
- Cantuarias Salaverry Luis Felipe y Oquendo Heraud, 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. *Revista Derecho* N°45, (diciembre, 1991): 374. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6167/6194/>
- Castillo Córdova Luis. “Normas autoaplicativas, alternatividad y amparo contra amparo en el Código Procesal Constitucional”. *Revista Jurídica del Perú*, (59): 33-45. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1897/Normas_autoaplicativas_alternividad_ amparo.pdf?sequence=1
- CEPALOPS Informe COVID 19. *La prolongación de la crisis sanitaria y su impacto en la salud, la economía y el desarrollo social*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47301/1/S2100594_es.pdf
- Congreso de la República. Comisión de Constitución y Reglamento. “Dictamen de control constitucional recaído en el Decreto de Urgencia 086-2021, que establece medidas extraordinarias para el financiamiento de los mayores gastos en el marco de la emergencia sanitaria y la reactivación económica. 16 de diciembre de 2021”.
- Congreso de la República. Comisión de Constitución y Reglamento. “Informe del Decreto de Urgencia N° 055-2020. Informe recaído en el Decreto de Urgencia 055-2020. 20-11-2020”. https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/ConstitucionReglamento/files/informe_ du_055-2020.pdf
- Colegio Médico del Perú. Comunicado del 06 de abril de 2020. <https://www.cmp.org.pe/colegio-medico-sugiere-que-cuarentena-se-aplace-por-lo-menos-todo-abril/>
- Colegio Médico del Perú. Comunicado del 15 de abril de 2020. <https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2020/04/WEB-Comunicado-N31-1333x1000-1.png>
- Colegio Médico del Perú. Comunicado del 08 de abril de 2020 <https://www.cmp.org.pe/wp-content/uploads/2020/04/WEB-Comunicado-N25-1333x1000-CC18-2.png>
- *Diario La República*. Ex Ministra Zulema Tomás, “Hacen falta más de 16 mil médicos especialistas”. Acceso 22 de agosto de 2022. <https://larepublica.pe/sociedad/2019/10/05/ministerio-de-salud-ministra-zulema-tomas-hacen-falta-mas-de-16-mil-medicos-especialistas-hospital/>
- Expediente 1136–1997–AA/TC, de 25 de octubre de 1999, fundamento jurídico 2. “Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y la Propiedad Intelectual INDECOPI. Carta 208-2021/ST-CLC-INDECOPI”. Acceso 28 de agosto de 2022 <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2154356/Carta%20208-2021-ST-CLC-INDECOPI.pdf>

- Informe COVID 19 CEPALOPS, “La prolongación de la crisis sanitaria y su impacto en la salud, la economía y el desarrollo social”
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/47301/1/S2100594_es.pdf
- Mar Joshua J. “Los efectos de la peste negra en Europa”.
<https://www.worldhistory.org/trans/es/2-1543/los-efectos-de-la- peste-negra-en-europa/>
- Ochoa Cardich, César. “Los Decretos de Urgencia en la Constitución Peruana de 1993”. *Revista Derecho & Sociedad*, 23 (2004): 30-35.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16840>
- Organización Mundial de la Salud. “Declaración acerca de la undécima reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19)”. [https://www.who.int/es/news/item/13-04-2022-statement-on-the-eleventh-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/es/news/item/13-04-2022-statement-on-the-eleventh-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic)
- Organización Mundial de la Salud. “La OMS caracteriza a COVID-19 como una pandemia”.
<https://www.paho.org/es/noticias/11-3-2020-oms-caracteriza-covid-19-como-pandemia>
- Organización Mundial de la Salud. “La pandemia por COVID-19 provoca un aumento del 25% en la prevalencia de la ansiedad y la depresión en todo el mundo”. <https://www.paho.org/es/noticias/2-3-2022-pandemia-por-covid-19-provoca-aumento-25-prevalencia-ansiedad-depresion-todo>
- Pérez Luis Enrique. “Coronavirus: el 26% de hospitales tiene déficit de personal calificado y 57 mil colegios no cuentan con agua potable”. <https://convoca.pe/agenda-propia/coronavirus-el-26-de-hospitales-tiene-deficit-de-personal-calificado-y-57-mil>
- Pinedo Machaca Liliana. Congreso de la República del Perú. el artículo 40° de la Constitución Política del Perú, para que los médicos que ostenten una especialidad puedan percibir dos remuneraciones del Estado”.
- Tribunal Constitucional Expediente 1136-1997-AA/TC, de 25 de octubre de 1999
- Tribunal Consticional STC. Expediente 00001-2021-PI/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00001-2021-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional STC. Expediente N° 00008-2003-PI/TC.
- Tribunal Constitucional. STC. Expediente N.° 00004-2011-PI/TC
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00004-2011-AI.html>
- Tesis: P-/J. 55/97 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época t.VI julio de 1997. Fernando Silva García. *El nuevo concepto de “leyes autoaplicativas” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. www.juridicas.unam.mx.

RECIBIDO: 01/09/2022

APROBADO: 17/10/2022



Paisaje peruano. Óleo sobre lienzo, 60 x 80 cm.
Diego Alcalde, artista plástico peruano (Lima, Perú 1986)
<https://www.instagram.com/diegoalcaldeart/?hl=es>