

La actuación del Poder Ejecutivo y la estructura del orden jurídico

Marcial Rubio

- 1/ Introducción
- 2/ La Administración Pública y el Poder Ejecutivo frente a los reglamentos, decretos y resoluciones en la Constitución de 1933
- 3/ Los reglamentos, decretos y resoluciones en la práctica jurídica y en la legislación vigente
- 2./ Las Leyes de Ministros
- b/ Las normas del Sistema Nacional de

- Planificación
- c/ Otras normas jurídicas
- 4/ Líneas generales de una sistematización del problema jurídico de la actuación administrativa
- a/ Reorganización de la Administración Pública
- b/ Estructura jerárquica del orden jurídico

1/ Introducción

El objeto de este trabajo es sistematizar, a nivel de la estructura del orden jurídico, los actos administrativos y de gobierno que realiza el Poder Ejecutivo, cada vez más indisolublemente confundido con lo que, en términos históricos, ha sido sólo una de sus partes: la Administración Pública.

Nos interesa tratar el problema desde el punto de vista jurídico, lo que implica centrarnos en las formas legales que asume la actuación de funcionarios y gobernantes. En este sentido, nos ocuparemos básicamente de los problemas actualmente existentes a nivel de decretos y resoluciones de diversos tipos, y de las posibles líneas de solución tanto en

el plano constitucional como en el legislativo.

Es previsible que, al margen de ideologías dominantes, el rol del Estado en la vida general del país se mantenga gruesamente en los niveles actuales, o incluso se intensifique. Es importante, por ello, tratar de contribuir a racionalizar su funcionamiento. El tema que trabajamos es, desde el punto de vista del Derecho, uno de los focos de mayor interés en la actividad de la Administración.

Este estudio tiene tres partes: la primera analiza el tema desde la perspectiva de la Constitución vigente; la segunda lo trabaja desde el aporte de normas legislativas y reglamentarias actualmente vigentes, que se ocupan del problema de los actos del Poder

Ejecutivo; y, a partir de lo anterior, la última parte trata de dar líneas generales de solución a los problemas encontrados.

2/ La Administración Pública y el Poder Ejecutivo frente a los reglamentos, decretos y resoluciones en la Constitución de 1933

El tema fue tratado en la Constitución de manera superficial y totalmente asistemática. En lo referido a decretos y resoluciones, así como en lo tocante a su jerarquía dentro del orden legal, guarda casi total silencio. Esta situación, por lo demás perjudicial, se manifiesta en varios aspectos.

La única norma sustantiva en la que existe una referencia genérica a reglamentos, decretos y resoluciones, es el inciso octavo del artículo 154^o de la Constitución, que señala: *"Artículo 154^o—Son atribuciones del Presidente de la República:*

8^o—Reglamentar las leyes sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas y, con esta misma restricción, dictar decretos y resoluciones;

...»

La norma concentra en el Presidente la capacidad de producir este tipo de actos administrativos, sin tomar en cuenta siquiera las normas pre-existentes en las diversas Leyes de Ministros dadas en años anteriores. De entre ellas resalta el inciso primero de la Ley del 4 de diciembre de 1856 que establece:

"Artículo 12^o—Los ministros firmarán por sí solos:

1^o—Las notas que dirijan sobre el asunto que tengan a su cargo.

También son importantes los artículos 28^o y 37^o de la Ley del 13 mayo de 1861 que establecen:

"Artículo 28^o—Basta la firma del Ministro para que sean cumplidas las notas oficiales en que ordene la ejecución de las leyes, reglamentos y disposiciones vigentes o sobre asuntos y despacho, o transcribiendo decretos o resoluciones.

Artículo 37^o—Los Ministros resolverán, sin necesidad de acordar con el Presidente, los asuntos comunes sobre cumplimiento de las leyes y reglamentos".

Según Dale Furnish, estas normas son las que dan pie a las resoluciones ministeriales que conocemos y que diariamente producen los Ministros. No deja de ser sintomático de la superficialidad con que la Constitución trató este problema, el hecho de atribuir sólo al Presidente la facultad de dar resoluciones, cuando la práctica anterior y posterior a ella, apoyada en las leyes citadas, ha dado un lugar de importancia a la Resolución Ministerial.

Un segundo aspecto del problema es la intervención que cabe a los diversos organismos del Poder Ejecutivo en la dación de estas normas. Al respecto hay dos normas constitucionales de importancia:

"Artículo 164^o—El Consejo de Ministros tiene voto deliberativo y voto consultivo en los casos que señala la ley.

Artículo 166^o—Los actos de gobierno y administración del Presidente de la República son refrendados por el Ministro del Ramo. Sin este requisito son nulos".

Estas normas tienen que ver con la estructuración y funciones del Poder Ejecutivo. En términos generales, éste está compuesto por el Presidente de la República y el Consejo de Ministros. Este último organismo sesiona con el Presidente, quien puede convocarlo y presidirlo en todas sus sesiones (Constitución, art. 163).

El Presidente de la República y su Consejo de Ministros, en conjunto, aparecerían así como la instancia más alta dentro del Poder Ejecutivo desde que el Consejo, de acuerdo con las leyes, debe ser consultado o decidir en la mayoría de los actos de administración y gobierno y, en todo caso, dado el hecho que el Presidente no puede realizar ninguno de estos actos sin la firma de uno o más Ministros.

Si ello es así en teoría, no lo es dentro de la estructura sistemática de la Consti-

tución donde, como hemos visto, la atribución de dar decretos y resoluciones es mencionada solamente en el artículo 154?, inciso octavo, que es referido a las atribuciones del Presidente. Por tanto, la Constitución no peca exactamente de vaguedad, pero sí de asistematicidad.

Más adecuada sería una norma constitucional que estableciera que la facultad de dar decretos y resoluciones corresponda al Presidente conjuntamente con el Consejo de Ministros, o uno o más Ministros, en los casos determinados por la misma Constitución o las leyes.

Un tercer aspecto en el que la Constitución es ambigua, consiste en la materia sobre la que deben versar los decretos y resoluciones. Ya existía demarcación en la doctrina peruana antes de la Constitución de 1933, sobre ambos tipos de actos. Toribio Alayza y Paz Soldán señalaba en 1927:

El Decreto.—*Generalmente se llama decreto la reglamentación escrita de alguna ley: las leyes por lo regular, tocan sólo los puntos centrales o sustantivos; no cuidan del detalle: así, por ejemplo, crean una contribución pero no indican en qué fechas se recauda ni la autoridad que se encarga de esta gestión, los medios de que debe valerse para hacerla efectiva ni las sanciones a los omisos. ES allí donde viene el decreto; a llenar los vacíos de detalle, a señalar la manera como debe hacerse funcionar esa ley.*

Se refiere, pues, el decreto, siempre a reglamentar cuestiones generales, la generalidad es su esencia; tiende a reglamentar una ley, a indicar los modos como debe cumplirse, la manera como ha de hacerse efectiva en la vida práctica.

El decreto, pues, es siempre general y, por lo regular, se da reglamentando alguna ley, esto es, llenando los detalles de funcionamiento de ésta.

El Reglamento.—*Es lo mismo que el decreto, alcances y finalidades son las mismas.*

La Resolución.—*Esta tiene por objeto resolver un caso concreto y particular. No tiene*

la generalidad del decreto. Así un nombramiento, lo mismo que una concesión para una industria a un individuo o una empresa, la aceptación de un contrato, etc., se hacen por medio de una resolución. Se refiere siempre la resolución a casos concretos, a un asunto determinado que se presenta y no tiene la generalidad del decreto que obliga a todos"².

Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, en consecuencia, quedaba claramente diferenciado un decreto de una resolución. El primero contenía una disposición de carácter general, o un reglamento, en tanto que la segunda se ocupaba de asuntos individuales o de base social de aplicación restringida.

La Constitución, sin embargo, hizo una triple división en el artículo 154?, inciso octavo ya citado, al hablar independientemente de reglamentos, decretos y resoluciones, sin diferenciar sus vías formales, la competencia de los diversos organismos del Poder Ejecutivo para dictarlos, y la materia genérica o específica de cada uno de ellos. Todo esto a pesar que la doctrina y las leyes habían ya zanjado varios de los puntos en cuestión.

Un asunto adicional y de relativa importancia es el problema de los llamados "actos administrativos" y "actos de gobierno" del Poder Ejecutivo, mencionados de paso en el artículo 166? de la Constitución, en relación a la estructura del orden jurídico. El problema se grafica con claridad en el primer párrafo del artículo 70? de la Constitución de 1933:

Artículo 70?—*Cuando lo exija la seguridad del Estado, podrá el Poder Ejecutivo suspender total o parcialmente, en todo o en parte del territorio nacional, las garantías declaradas en los artículos 56?, 6P, 62?, 67? y 68?. Si la suspensión de garantías se decreta durante el funcionamiento del Congreso, el Poder Ejecutivo le dará inmediata cuenta de*

esta.

Queda claro, de la redacción del artículo, que es el Poder Ejecutivo el que de-

creta la suspensión de garantías. Sin embargo: ¿cuáles son los requisitos de aprobación, los organismos del Poder Ejecutivo que intervienen y la forma exterior del acto de gobierno?

La costumbre ha determinado que sea el Presidente con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros el que apruebe esta medida, y ello está bien en sustancia, pero no en la normatividad que se le ha dado. Es evidente que, en un sistema jurídico como el nuestro, la competencia de los diversos órganos del Poder Ejecutivo y la forma del acto de gobierno deberían resultar indiscutiblemente claras de los términos de la Constitución, en la que debería consignarse la atribución de adoptar esta medida al Presidente y su Consejo de Ministros. Lo contrario, actualmente vigente, puede llevar a que una suspensión de garantías pueda ser decretada por el Presidente y su Ministro del Interior (con una interpretación laxa del artículo 70², es cierto, pero tan factible como peligrosa en términos de concentración de poder).

Igual situación existe en otros campos de la función de gobierno del Poder Ejecutivo. Entre ellos, las providencias que puede autorizarse a tomar al *Poder Ejecutivo*, tendientes a abaratar las subsistencias (artículo 49² de la Constitución); el ejercicio de la iniciativa en la formación de las leyes que el artículo 124² del mismo texto otorga al *Poder Ejecutivo*; las decisiones importantes en materia de "administrar la Hacienda Nacional", atribución que le otorga al Presidente el inciso noveno del artículo 154² de la Constitución; la iniciativa del *Poder Ejecutivo* para que el Congreso resuelva la declaración de guerra (inciso décimo-noveno del artículo 123² de la Constitución), etc., son decisiones que, a pesar de su trascendencia, no necesariamente debería aprobar el Consejo³.

Frente al silencio que la Constitución guarda en todos estos casos, está la norma de su artículo 108² que establece:

"Artículo 108²-El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede convocar al Congreso a Legislatura

Extraordinaria. En el decreto de convocatoria se fijarán las fechas de instalación y de clausura".

Esta norma debe concordarse con el inciso cuarto del artículo 154² de la Constitución que establece como atribución del Presidente de la República: "Convocar al Congreso a Legislatura Ordinaria y *Extraordinaria*".

De la integración de ambas normas aparece la pregunta de interpretación jurídica: ¿Quiere esto decir que, por analogía, en todas sus demás atribuciones de gobierno, el Presidente debe actuar con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros?; ¿o, más bien, que sólo en este caso debe recabarlos porque, al ser considerado expresamente, se lo debe tener como excepción?

La respuesta puede ser cualquiera de las dos posibles, dependiendo de la interpretación que quiera hacerse, de la seguridad (o eventualmente estilo de gobierno) que tenga el Presidente en el ejercicio de sus funciones, de las presiones que reciba y, aun, del carácter del Consejo de Ministros de que se trate. Cualquiera que sea la resultante del juego de estas variables, hay que convenir en que la Constitución deja demasiados vacíos en materias de esta importancia, tanto más si tomamos en cuenta la definición que hizo el anteproyecto de Ley de Bases de la Administración. Pública anteriormente citado:

"Artículo 5²—El Poder Ejecutivo realiza funciones de gobierno y de administración.

*Las primeras corresponden a los fines político-jurídicos del Estado; son de iniciativa libre; están destinadas a asegurar la dirección general de los asuntos de gobierno y resolver cuestiones de urgencia o de importancia relevante. No pueden ser regladas por la ley ni condicionadas en ninguna forma; se desarrollan en un plano inmediato al de la Constitución y contra las decisiones de esa naturaleza no cabe recurso alguno. Sólo dan lugar a responsabilidades políticas, de acuerdo con la Carta Constitucional, y en ésta se determina el alcance y sustanciación de dichas responsabilidades"*⁴.

Es indudable que la parte final de dicho proyecto de artículo es equivocada, desde que contra los actos de gobierno de este tipo siempre cabría, no un recurso, pero sí la acción popular consagrada en el artículo 133⁹ de la Constitución:

"Artículo 133°—Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. .."

Sin embargo, el asunto nos devuelve al problema que venimos tratando: podría ser que estas atribuciones de carácter gubernativo del Poder Ejecutivo, o del Presidente de la República, se adoptasen por vía distinta a la de reglamentos, decretos o resoluciones y que, en tal caso, no fuese posible interponer la acción popular. Esta es la única interpretación posible al proyecto de artículo citado, en cuyo caso, encontraríamos que un organismo del Estado, al elaborar el proyecto de ley, estaría interpretando que el Poder Ejecutivo, o el Presidente, pueden tomar disposiciones de carácter gubernativo no formalizadas por vía de los decretos y resoluciones a que está familiarizado nuestro sistema jurídico.

Lo obvio de toda la argumentación es que la Constitución vuelve a mostrarse asistémica y que, por las brechas que ofrece, pueden introducirse normas que, como el proyecto analizado, determinarían situaciones ambiguas y peligrosas dentro de la estructura jurídica nacional. Esto tanto más, si tomamos en cuenta que el proyecto de ley que comentamos no proviene del Sector Público gobernado por un régimen de facto (normalmente considerado como más arbitrario en el ejercicio del poder y la fijación de sus marcos), sino del régimen del Presidente Belaúnde, constitucionalmente elegido.

En resumen, del trato que la Constitución da al problema de los actos administrativos y de gobierno, podemos concluir lo siguiente:

—La delimitación de conceptos entre reglamentos, decretos y resoluciones no está ex-

presada en la Constitución a pesar que, ya con anterioridad a su aprobación, existía claridad conceptual en la doctrina respecto a sus aspectos administrativos.

—La Constitución, salvo excepciones, no deja clara y sistemáticamente establecidas las atribuciones que tienen los diversos organismos del Poder Ejecutivo (Presidente, Consejo de Ministros y Ministros individualizadamente), en la creación de los actos administrativos y de gobierno.

—Las formalidades de los decretos y resoluciones tampoco quedan delimitadas.

—Asimismo, es totalmente inexistente la definición de las materias que corresponden a cada uno de los actos administrativos.

Como corolario, podemos decir que este tratamiento constitucional deja brechas para interpretaciones peligrosas sobre la naturaleza y derechos impugnativos de los actos de gobierno del Poder Ejecutivo y, en la práctica, impide cualquier jerarquización racional de los mismos.

3/ Los reglamentos, decretos y resoluciones en la práctica jurídica y en la legislación vigente

a/ Las Leyes de Ministros

Dale Furnish resume adecuadamente el panorama de las normas que genera el Poder Ejecutivo en el Perú:

"La jerarquía de los actos administrativos actualmente en vigencia es tan antigua y tan tradicional que casi todos los abogados peruanos con quienes hablé, expresaron que era una cuestión de doctrina y no de jerarquía escrita. El sistema no se encuentra definitivamente en ninguna parte. Tiene que venir de vestigios de varias leyes muy antiguas. Las dos leyes más importantes que tratan de este asunto fueron promulgadas en 1856 (Ley de 17-11-1856) y 1861 (Ley de 2-5-1861) durante la presidencia de Ramón Castilla. Una tercera ley, promulgada en 1863, hizo pequeñas modificaciones en las dos anteriores (Ley de 18-2-1863). Estas leyes definieron, muy elementalmente, el gabinete presidencial, sus poderes y responsa-

bilidades. No contienen reglas que se refieran, por ejemplo, a "Decreto Supremo", cómo debe ser promulgado y los objetivos legales que debe contener. En este aspecto, esas leyes crean la estructura de una jerarquía y el proceso por medio del cual los actos administrativos deben promulgarse. La costumbre y el uso han creado todo un ropaje a esa estructura. Los regímenes de jactó aparentemente han respetado el sistema de los actos administrativos¹⁵.

Las normas aplicables de estas leyes (ver anexo); son los artículos 10?, 11? y 12? de la Ley del 4 de diciembre de 1856; los artículos 22°, 26°, 27°, 28°, 29° y 37° de la Ley del 13 de mayo de 1861; y, los artículos 2°, 4° y 6° de la Ley del 16 de febrero de 1863.

De ellas resaltan los siguientes lineamientos:

—Existen *decretos* que son firmados por los Ministros de Estado luego de la firma del Presidente de la República, expedidos en ejercicio de las funciones que se le conceden por la Constitución (Ley de 4 de diciembre de 1856, artículo 10?, inciso 1?). Estos decretos equivaldrían a nuestros actuales decretos supremos.

—Existen asuntos que *se deben aprobar* con el voto deliberativo del Consejo de Ministros (Ley de 16 de febrero de 1863, artículo 4?, primera parte). Estos casos equivaldrían a los actuales decretos supremos a los que se incorpora la frase "con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros", en cuyo caso la decisión del Consejo es vinculante en torno a la materia en discusión.

—Existen asuntos que el Presidente *debe consultar* necesariamente al Consejo, pero en los que el voto de dicho organismo no es vinculante, es decir, no obliga a tomar la decisión en el sentido que vote el Consejo (artículo 22° de la Ley de 13 de mayo de 1861; y artículo 4°, segunda parte, de la Ley de 16 de febrero de 1863). Aparentemente, estos casos equivaldrían a los actuales decretos supremos donde no se consigna voto del Consejo, o en los que se pone la frase "con el voto consultivo del Consejo de Ministros", pe-

ro también podría tratarse de nuestras resoluciones supremas.

—Existen asuntos que el Presidente *puede* consultar al Consejo de Ministros, "a su juicio" (Ley de 16 de febrero de 1863, artículo 2?), y que él "...o el Ministro de ramo a que pertenezca el asunto consultado son libres para resolverlo sobre su propia responsabilidad" (Ley de 16 de febrero de 1863, artículo 2?). En este caso podría tratarse bien de decretos supremos, bien de resoluciones supremas, bien de resoluciones ministeriales en el sentido que las conocemos actualmente.

—Existen casos en los que el Ministro firma resoluciones gubernativas o administrativas luego de la firma del Presidente (Ley de 4 de diciembre de 1856, artículo 10?, inciso 2?; y Ley de 13 de mayo de 1861, artículo 26?), que equivaldrían a nuestras actuales resoluciones supremas por la materia, y a los decretos supremos por la forma (en la medida que en las resoluciones supremas actuales hay rúbricas del Presidente y firma del Ministro, en tanto que en los decretos supremos hay firma de ambos). Este es un típico caso de aquellos que introducen confusión en el sistema de actos administrativos en el Perú.

—Existen "las notas acordadas y de interés público (que) irán rubricadas al margen por el Presidente de la República y firmadas por el Ministro a cuyo despacho correspondan" (Ley de 4 de diciembre de 1856, artículo 11?), que están explicadas con mayor explicitación en el artículo 29? de la Ley de 13 de mayo de 1861, cuyo texto señala:

"Artículo 29?—Si la nota oficial es sobre un asunto extraordinario, que a juicio del Presidente de la República merezca dársele mayor fuerza e importancia, el Ministro respectivo la leerá al Presidente para que éste la apruebe y rubrique".

En estos casos estamos ante la típica resolución suprema actual.

—Finalmente, existen los casos en que los Ministros firman por sí solos (Ley de 4 de diciembre de 1856, artículo 12?; Ley de 13 de mayo de 1861, artículos 28? y 37?; y el ya citado caso del artículo 2? de la Ley de 16 de

febrero de 1863). En algunos casos, las normas parecen referirse a expedientes o casos de carácter individual y, en otros, a disposiciones de carácter más general, destinadas al cumplimiento de leyes y reglamentos. En este caso estaríamos frente a lo que actualmente conocemos por resoluciones ministeriales.

La enumeración, proveniente de las tres leyes de ministros que comentamos y que Dale Furnish considera como los antecedentes legislativos más precisos de nuestro sistema de actos administrativos, prevé siete posibilidades con diversos grados de participación de los organismos del Poder Ejecutivo. En ellas puede apreciarse una falta total de delimitación y claridad al mezclarse, cuanto menos, cuatro variables: la importancia que para el Presidente o un Ministro tiene la materia; la extensión de la aplicabilidad de la norma (asunto individual o de interés general que podemos asimilar en términos teóricos el carácter de resolución o decreto, respectivamente, del acto); la diversa forma de participación del Consejo de Ministros; y el carácter formal de rúbricas y firmas.

Es indudable que entre estas Leyes de Ministros y el sistema actual de decretos supremos, resoluciones supremas y resoluciones ministeriales no existe sino un remoto vínculo, siendo previsible que a las normas de aquéllas se haya remitido el constituyente de 1933 al pensar en la estructura y finalidades de los "reglamentos, decretos y resoluciones" que menciona el inciso octavo del artículo 154° del texto constitucional vigente.

En realidad, se nota que ni aun concordando las normas constitucionales con las de las Leyes de Ministros, puede establecerse claramente una jerarquía de actos. No es extraño, por tanto, que Furnish diga:

"Si una medida es considerada Resolución Suprema o Resolución Ministerial también podría depender de lo ocupado que se encuentre en ese momento el Jefe del Ejecutivo. Aparentemente el Presidente necesita estar informado al menos en forma general del asunto de que se trata, ya que la decisión final sobre si debe sólo poner su rúbrica o de-

*be firmar este acto administrativo, es una decisión exclusivamente suya. Si el Presidente estuviese muy ocupado, puede dejar pasar el acto como Resolución Ministerial para ahorrar tiempo, hasta tanto pueda estudiarla con detenimiento, obteniendo virtualmente los mismos resultados que por medio de una Resolución Suprema"*⁶.

Esta afirmación, que encuentra fundamento en las posibilidades que plantean las Leyes de Ministros, sería, sin embargo, claramente incompatible con la opinión predominante en nuestro medio jurídico, en el sentido que una Resolución Suprema tiene rango superior que una Resolución Ministerial, por intervenir en aquella el Presidente, que es el funcionario con más alto rango en el Poder Ejecutivo.

Puede concluirse, por tanto, que si concordamos los textos legales de mayor organicidad en este campo dentro de nuestro Derecho (la Constitución y las Leyes de Ministros), encontramos que la falta de sistematización continúa, y que no existe un verdadero sistema jerarquizado de actos administrativos en el Perú.

b/ Las normas del Sistema Nacional de Planificación

Satanizada durante muchos años, la planificación fue instituida por primera vez en el Perú durante la Junta Militar del año 1962, mediante el Decreto-Ley 14220 de 19 de octubre de 1962.

Este Decreto-Ley estableció como cabeza del Sistema Nacional de Planificación al Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social, organismo que estaba compuesto originalmente por el Presidente, un grupo de Ministros y el Jefe del Instituto Nacional de Planificación (organismo técnico central del Sistema según el artículo 3° del Decreto-Ley 14220).

Esta composición fue cambiada unos años después, mediante el Decreto-Ley 17080 de 18 de octubre de 1968, cuyo artículo primero señalaba: "El Consejo estará integrado por todos los Ministros de Estado, el Jefe del

Instituto Nacional de Planificación y los Presidentes de los Bancos Central de Reserva y de la Nación".

La Ley Orgánica de la Presidencia de la República (Decreto-Ley 17532 de 25 de marzo de 1969), estableció en su artículo 2º, inciso (a), que el Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social dependía directamente de la Presidencia de la República, añadiéndole como miembro adicional al Jefe del Comité de Asesoramiento de la Presidencia de la República (artículo 32º del Decreto-Ley 17532),

En resumen, en la actualidad el Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social está compuesto por los Ministros de Estado, el Jefe del Instituto Nacional de Planificación, los Presidentes de los Bancos Central de Reserva y de la Nación, y por el Jefe del Comité de Asesoramiento de la Presidencia de la República. Naturalmente, está integrado también por el Presidente de la República, siendo un organismo dependiente de él.

El artículo 3º del Decreto-Ley 17532 establece que "El Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social, orienta la conducción de la política de desarrollo económico y social del país", y sus atribuciones están fijadas por el artículo 2º del Decreto-Ley 14220 de la siguiente manera:

"El Consejo será el organismo encargado de dar las orientaciones fundamentales al proceso de planificación. En especial le corresponderán las siguientes funciones:

- 1/ Formular la política de desarrollo económico y social del Gobierno;
- 2/ Señalar las directivas generales para la elaboración de los planes;
- 3/ Aprobar los planes de largo, mediano y corto plazo que le sean sometidos por el Instituto Nacional de Planificación;
- 4/ Acordar la política de financiación de dichos planes, con la correspondiente evaluación de las necesidades de crédito;
- 5/ Vigilar la adecuada coordinación de los planes de largo y mediano plazo con los programas anuales del sector público y con el presupuesto fiscal;

6/ Resolver la creación de organismos regionales de planificación sobre la base de los estudios técnicos que realice el Instituto Nacional de Planificación sobre las regiones geoeconómicas del país; y,
7/ Aprobar los programas de asistencia técnica internacional.

Los acuerdos que sobre todas estas materias adopte el Consejo, requerirán para su vigencia la aprobación del Presidente de la República".

La situación estructural del Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social (y por lo tanto de todo el Sistema Nacional de Planificación del que es cabeza) dentro de la Administración Pública, lo ubica como un Consejo (y un sistema), dependiente de la Presidencia de la República. Esto plantea una serie de problemas frente a los actos administrativos y de gobierno que debe realizar.

Si hacemos una revisión panorámica de las atribuciones que le fija el artículo 2º del Decreto-Ley 14220, encontraremos que sus funciones centrales consistirían en formular la política de desarrollo económico y social del Gobierno (núcleo principal de la política general del Ejecutivo); señalar las directivas generales para la elaboración de los planes (concretización de lo anterior); y aprobar los planes de largo, mediano y corto plazo. Es decir, el Consejo estaría resumiendo en sí un considerable poder de decisión sobre toda la acción global del Poder Ejecutivo, en materias que teniendo de administrativas son a la vez de estricto sentido político. En materia de planificación se aplica lo que bien ha expresado Félix Montiel:

"La Administración se ha convertido en el centro de gravedad del Estado moderno. La diferencia entre gobernar y administrar ha desaparecido. Hoy se gobierna administrando o, si no, se gobierna retrocediendo hacia las épocas más sombrías de los viejos reinos aunque la forma del Estado respete en apariencia ciertas reglas que suelen considerarse como la clave de la democracia. Hoy no se gobierna desde esferas privilegiadas que determinados especialistas denominan "nive-

*les de decisión política", mientras la Administración se supone que ejecuta desde un nivel subordinado. La toma de decisiones no es un acto único, cumplido aisladamente en la cúspide majestuosa de una pirámide institucional cuyos escalones inferiores son los órganos de "ejecución"*⁷.

Ahora bien, si consideramos estos argumentos, notaremos que el Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social tiene una función privilegiada dentro del conjunto del Poder Ejecutivo. Paralelamente, podremos notar que su ubicación jerárquica dentro de la Administración Pública está por debajo y en dependencia directa de la Presidencia de la República. En resumen: el organismo de tal vez mayor importancia política del Poder Ejecutivo está compuesto por el Presidente, el Consejo de Ministros, otros funcionarios, pero está en un claro segundo nivel jerárquico. ¿Cómo es entonces que se aprueban los lineamientos generales de política de desarrollo y los planes? La respuesta es, una vez más, asistémica: en el caso concreto del Plan de Desarrollo 1975-1978, los lineamientos fueron aprobados por Decreto Supremo N° 017-74-PM y el Plan mismo por Decreto Supremo 009-75-PM de fecha 2 de junio de 1975, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

En otras palabras, mientras el artículo 2° del Decreto-Ley 14220 establece que estas decisiones las toma el Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social y que para su validez requerirán de la aprobación del Presidente de la República, dentro del ordenamiento jurídico aparecen aprobadas por el Consejo de Ministros y puestas en vigor por Decreto Supremo.

El problema parece reducirse al ámbito puramente formal, pero no ocurre así en el momento actual.

El Consejo de Desarrollo Económico y Social es eminentemente técnico-política, participando sólo los Ministros y el Presidente, sino

funcionarios administrativos, veremos que se trata justamente de dar al Plan y sus concomitantes una determinación a la vez política administrativa. No resulta procedente, por

tanto, que sea finalmente aprobado por un organismo exclusivamente político como es el Consejo de Ministros.

Podría pensarse que, dado que en el Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social están todos los Ministros y el Presidente (que son la instancia máxima del Poder Ejecutivo según la Constitución, sesionando en Consejo de Ministros), es legítimo tomar la decisión como una de Consejo de Ministros. Sin embargo, esto es confundir los planos, las competencias y las jerarquías. En otras palabras, esto equivale a decir que los planes nacionales de desarrollo pueden ser modificados o derogados por una decisión simplemente política o coyuntural, mediante otro decreto supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Ello, definitivamente, atenta contra una sana política de desarrollo que debe ser de carácter estratégico y no debe quedar reducida a los accidentes de la coyuntura o del cambio de opinión política.

Trasladando el problema al ámbito constitucional, podemos apreciar que el artículo 182° de la Constitución de 1933 consideraba un Consejo de Economía Nacional en los siguientes términos:

"Artículo 182°—Habrá un Consejo de Economía Nacional, formado por representantes de la población consumidora, el capital, el trabajo y las profesiones liberales. Una ley determinará su organización y sus funciones".

Resulta claro que este Consejo estaba pensado como un organismo que cumpliría, al menos parcialmente, las funciones que actualmente tiene el Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social, guardando, desde luego, las distancias de concepción de la planificación existentes entre 1933 y

El problema, por lo tanto, vuelve a ser un problema de concepción del Estado. El constituyente previo una instancia separada del Poder Ejecutivo donde se realizara una tarea de planificación económica y social, cualquiera que fuese. Esto es claro en la estructura sistemática de nuestra Constitución. Sin embargo, las leyes posteriores

nunca atendieron el mandato constitucional de implementar el Consejo de Economía Nacional y, en su sustitución, crearon el Sistema Nacional de Planificación, que finalmente pasó a ser dependencia del Poder Ejecutivo.

Esto quiere decir, en otras palabras, que el proceso de planificación del desarrollo nacional, debe tener un sitio especial dentro de la estructura del Estado, que no puede quedar subordinado a la Presidencia de la República, que debe ser "claro y distinto", tanto desde el punto de vista burocrático, como desde el de competencia y jerarquía. El hecho que la composición de este Consejo (en la concepción constitucional), o sistema (en la concepción legislada), sea de corte corporativo o técnico-político, es materia de discusión ideológica y política. Sin embargo, desde el punto de vista de estructura del orden jurídico la respuesta es clara: debe haber un sitio claro y distinto para el Sistema de Planificación, no sujetando sus decisiones a la mecánica de la simple aprobación política del Consejo de Ministros, que puede atar las estrategias de desarrollo a vaivenes coyunturales, o de otro tipo, igualmente accidentales. El aprobar los planes por la vía de decretos supremos no es sino la actualización de este peligro, y se debe exclusivamente a la no implementación de un proyecto constitucional coherente, tanto desde el punto de vista estructural del Estado, como desde el punto de vista de una clara delimitación de las normas que legalizan las diversas decisiones de importancia general tomadas por el Sector Público.

Una materia adicional, pero importante, que contribuye a confundir el panorama de jerarquización de normas y competencia de la Administración Pública y el Poder Ejecutivo, es el inciso cuarto del artículo 2° del Decreto-Ley 14220 que establece como función del Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social:

"4/ Acordar la política de financiación de dichos planes, con la correspondiente evaluación de las necesidades de crédito".

Esta norma contrasta con dos normas constitucionales: la que establece que es función del Poder Legislativo "sancionar el Presupuesto" (artículo 123°, inciso quinto), y la que establece que "Los empréstitos nacionales deben ser autorizados o aprobados por una ley que fije sus condiciones y señale los objetos en que se han de invertir, que deben ser de carácter reproductivo o relacionados con la defensa nacional" (artículo 15°).

Resulta evidente que la asignación de recursos y autorización de crédito las hace el Poder Legislativo. Entonces ¿cómo darle las atribuciones mencionadas al Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social?

La respuesta es muy simple: los organismos de planificación y el Poder Ejecutivo, encargado de implementar los planes, deben tener una relativa capacidad de manejo financiero y económico para poder gobernar. Todo lo dicho hasta aquí refuerza esta afirmación. Esto quiere decir que, en principio, la norma del inciso cuarto del artículo 2° del Decreto-Ley 14220 tiene adecuada fundamentación. Desde el punto de vista jurídico, sin embargo, la decisión del Consejo Nacional de Desarrollo Económico y Social o es una simple declaración nominal (en tanto que el organismo de planificación no puede decidir), o es una norma que tiene vicio de inconstitucionalidad.

Es interesante, en este sentido, la opinión vertida en un estudio de nuestra problemática constitucional:

"Las facultades económicas y financieras del Parlamento son excesivas, reduciendo a criterios de interés político y electoral, decisiones que debieran ser de carácter técnico y sujetas a objetivos de una planificación o cuando menos a una política económica definida. Nos referimos a la amplia y absoluta potestad del Parlamento para decidir sobre el presupuesto general de la República (art. 177°), a la capacidad para imponer o suprimir contribuciones, de dictar tarifas arancelarias, de crear y suprimir empleos públicos (art. 123°, incisos 5°, 7° y respectivamen-

te). De esta forma, el Ejecutivo queda sujeto a la decisión del Parlamento, pues carece de la facultad de legislar por delegación, no tiene derecho a veto (arts. 128° y 129°) y los ministros están sujetos a la fiscalización, control y juicio político de sus actos ante el Congreso¹⁸.

Este asunto sólo vinculado a la problemática de los decretos y resoluciones en el Derecho peruano por excepción, tiene importancia en el contexto doctrinario de los decretos y las leyes.

En general, la doctrina jurídica considera como factible la dación de normas generales, creadas dentro de la Potestad Legislativa, a cargo del Poder Ejecutivo. Para nuestro sistema, Raúl Ferrero ha señalado:

*"Aun cuando autorizados tratadistas consideran la expedición de reglamentos como un acto de administración, nos parece más propio considerarlos como actos legislativos que son practicados por el Poder Ejecutivo"*¹⁹.

Esto quiere decir que ya desde la Constitución nuestro sistema jurídico, amparado por la doctrina, reconoce ciertas facultades del Poder Ejecutivo enmarcadas dentro de la Potestad Legislativa. Sería razonable pensar que, en función de la creciente importancia que tiene la asignación de los recursos públicos para el desarrollo, y en función también de la existencia de un sistema de planificación, fuese el Poder Ejecutivo el que, dentro de marcos generales de política financiera establecidos por el Poder Legislativo, aprobase la asignación de recursos y partidas, en concordancia con los planteamientos estratégicos de los planes y políticas de desarrollo. En otras palabras, opinamos que el Poder Ejecutivo debería tener atribuciones correspondientes a la Potestad Legislativa en asuntos como, por ejemplo, los de planificación y asignación de recursos. Esta posición, por lo demás, tiene fundamentos en el Derecho comparado. Tal el caso de los artículos 34° a 37° de la Constitución francesa promulgada el 4 de octubre de 1958¹⁰.

c/ *Otras normas jurídicas*

Sería tarea interminable y tediosa ocuparse de todas aquellas normas que establecen disposiciones sobre los actos administrativos y su jerarquía en el Perú. Por ello, además de lo señalado sobre problemas de planificación, queremos tomar tres ejemplos demostrativos de la falta de claridad existente en nuestro sistema.

El primero es el procedimiento de afectación de predios dentro de la Ley de Reforma Agraria. En ella se establece que la afectación en la culminación del procedimiento, será decretada mediante decreto supremo firmado por el Ministro de Agricultura (Decreto-Ley 17716, artículo 50°, inciso g).

La práctica ha determinado que estos decretos se aprueben en Consejo de Ministros y resulta contradictoria con lo que hemos venido sosteniendo. En primer lugar, porque se trata de casos individuales (muchas veces una hectárea o, incluso, menor extensión), no justificándose desde ningún punto de vista el ocupar tiempo del Consejo de Ministros y del Presidente de la República en estos asuntos. En segundo lugar, está también de por medio el grado de conocimiento que puede tener un Ministro sobre el asunto que está votando. Es indudable que, salvo un conocimiento personal del problema, ni el Presidente ni el Consejo en su conjunto tienen posibilidad de enterarse de los asuntos de fondo de la afectación. Por tanto, quedan sujetos a la responsabilidad que les compete por las decisiones que tomen, sin estar facultados, por razones incluso materiales, de enterarse de los asuntos que se ven obligados a aprobar o desaprobado. Es indudable que estos procedimientos de afectación deberían llegar, en su vía ordinaria, a nivel no mayor que el de Ministro. Sólo así se puede garantizar una Administración Pública a la vez responsable y eficiente. La desconcentración efectiva de funciones en la burocracia es un requisito indispensable para su reforma, pero no sólo para ello. También tiene importancia en el establecimiento de un racional siste-

ma de actos administrativos y jerarquización de normas, que no sea tergiversado por la práctica.

Otro caso importante lo constituyen los reglamentos de las leyes generales aprobadas para los cuatro grandes sectores económicos: Minería, Telecomunicaciones, Pesquería e Industria. De ellos tomaremos los dos últimos en vía de comparación.

Del texto de ambos, puede desprenderse que han sido aprobados por el Presidente y los Ministros interesados, pero no se infiere que hayan sido sometidos ni siquiera al voto consultivo del Consejo de Ministros.

Desde el punto de vista político, parece inverosímil que el Presidente y los Ministros firmantes hayan aprobado simplemente ante sí ambos reglamentos, pero parecería ser el caso, al menos formalmente, que no provienen del más alto nivel del Poder Ejecutivo a pesar de ser ejercicio de la Potestad Legislativa, tal como hemos visto anteriormente. En otras palabras, es imposible saber cuál es el nivel de jerarquía que ha aprobado estos reglamentos, no sólo por su expresión formal, sino porque la Constitución da pie a que el Presidente y un Ministro aprueben un reglamento.

Cabe hacerse una reflexión adicional. La Ley del 13 de mayo de 1861, establecía en su artículo 22° que "El Presidente de la República consultará al Consejo de Ministros: ... los casos de competencia y los de duda sobre la aplicación de las leyes; ... los que en uso de sus atribuciones constitucionales puede dictar el Gobierno...".

Es indudable que, ante la poca claridad existente en torno a este tema, podemos interpretar que estas normas se aplican a la atribución de reglamentar las leyes que tiene el Presidente de la República, según el artículo 154°, inciso octavo de la Constitución vigente. Esto significaría, por lo tanto, que mientras los reglamentos sólo deben recibir el voto consultivo del Consejo de Ministros, la afectación de un predio, o de una parte de él, recibe el voto aprobatorio. La conclusión sobre esta situación, en relación al orden jerárquico

de los decretos del Gobierno, es lo suficientemente clara como para abundar argumentos.

Adentrándonos más en las normas contenidas en ambos reglamentos (el de Pesquería y el de Industria), encontraremos que mientras el segundo señala que la mayoría de las decisiones que el Ministerio deba tomar frente a particulares se harán mediante resolución del Director General de Industrias", en el caso del Reglamento de Pesquería se habla genéricamente de "autorizaciones dadas por el Ministerio de Pesquería".

La situación descrita se refleja a su vez, en las leyes orgánicas de los sectores referidos. Así, mientras el artículo 23° del Decreto-Ley 20689 del 13 de agosto de 1974 establece con toda claridad y detalle las funciones de la Dirección General de Industrias (y los artículos 24°, 25° y 26° de la misma Ley las de las otras direcciones generales del Ministerio), no sucede lo mismo con la Ley Orgánica del Sector Pesquero (Decreto-Ley 18121 de 27 de enero de 1970 y sus modificatorias), que describen de manera sumamente genérica las funciones de sus organismos ejecutivos (artículo 15° del Decreto-Ley 18121).

Esto demuestra asistematicidad dentro de nuestro orden jurídico y es previsible, en el caso de Pesquería, bien que los administrados se encuentren faltos de protección por no conocer la instancia a la que recurrir en demanda de sus derechos dentro del Ministerio, bien que algunos asuntos se resuelvan en una instancia y otros, de la misma naturaleza, sean resueltos por otra instancia. Incluso podría darse el paradójico caso de que las aprobaciones de registros, autorización de licencias, concesiones, permisos, etc., fuesen otorgados por el Ministro de Pesquería mediante resolución ministerial, cuando son asuntos de menor importancia que deben desconcentrarse hacia los niveles inferiores a fin de permitir que el Ministro cumpla adecuadamente el rol que le asigna la Constitución: "Cada Ministro dirige, de acuerdo con la política general del Poder Ejecutivo, los asuntos que competen a su respectivo Ministerio" (Constitución de 1933, artículo 178°).

Como ejemplo anecdótico del desorden existente en los actos administrativos podemos añadir el artículo 187° del Reglamento de la Ley General de Industrias que establece:

Artículo 187°—Bianalmente, dentro del mes siguiente a la aprobación del Presupuesto Bional de la República, mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se establecerán por relación las actividades industriales en las que en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo Industrial, no se permitirá la constitución de nuevas Empresas Industriales".

Resulta paradójico, desde el punto de vista jerárquico, que un reglamento aprobado mediante Decreto Supremo con las firmas del Presidente y dos ministros, establezca una norma obligatoria para todo el Consejo, que se entiende está a un nivel jerárquico superior dentro de la estructura prevista por la Constitución y las leyes para el Poder Ejecutivo.

Indudablemente, una norma de este tipo puede ser cada por ley pero nunca por un conjunto de órganos que tienen jerarquía inferior a aquel organismo que recibe la obligación.

En conclusión, podemos decir que las diversas leyes y reglamentos de nuestro sistema jurídico confirman el desorden demostrado desde el nivel constitucional: casos con-

cretos que se "decretan", organismos de inferior rango que crean obligaciones a otros de mayor rango, y reglamentos que son aprobados aparentemente, sin la participación del solo voto consultivo del Consejo de Ministros, a pesar de estar considerados por conocidos tratadistas como parte de la función legislativa.

Resulta innecesario, por otro lado, referirse a resoluciones supremas, ministeriales y aun directorales que establecen normas de carácter general. Para encontrar ejemplos basta hojear, entre otras, las extensas colecciones de Derecho Laboral existentes en el

medio. Podemos ver, por tanto, cómo a través de toda la "pirámide" jurídica encontramos desorden y asistematicidad en la

determinación de la jerarquía de las normas. Ello debe cambiar como requisito indispensable para lograr un sistema jurídico total más armónico e integrado.

4/ Líneas generales de una sistematización del problema jurídico de la actuación administrativa

La intención que anuncia este título puede parecer ambiciosa y, en cierta medida, es. Somos concientes de las limitaciones que un trabajo como éste tiene para permitir trazar las líneas generales mencionadas y, por otra parte, este esfuerzo no es sólo ni básicamente jurídico, sino político. Sin embargo, consideramos que los argumentos y ejemplos trabajados a lo largo de este texto permiten plantear ciertos postulados básicos a la discusión del problema.

Nos parece importante dividirlos en dos aspectos: reorganización de la Administración Pública; y estructura jerárquica del orden jurídico. En cada uno de estos aspectos las normas jurídicas tienen niveles diferentes de ingreso. Trataremos de abordar ambos asuntos (temas y niveles de las normas jurídicas), paralelamente.

a) Reorganización de la Administración Pública

Ya hemos dicho que, según la teoría moderna, las funciones de Administración y de Gobierno resultan cada vez más entrelazadas, distinguiéndose cada vez con menos claridad, o sin distinción alguna. La diferencia que existe entre Poder Ejecutivo y Administración Pública. Esto no quiere decir que no existan funciones propiamente de gobierno y otras propiamente administrativas. Lo que quiere decir es que el Poder Ejecutivo y la Administración Pública deben presentar un esquema de estructuración básico que conjugue las diversas modalidades de "actos de gobierno" y "actos de administración" que deben realizar.

Corresponde a la Constitución del Estado determinar estos grandes lineamientos. En este sentido, la nueva Constitución que se anuncia debe delinear con mayor precisión que

la actual los organismos y funciones del Poder Ejecutivo. Debe definir, en este sentido, las funciones genéricas del Presidente, del Primer Ministro, del Consejo de Ministros y de éstos individualmente considerados. Definir funciones quiere decir, por un lado, desagregar con mayor precisión las atribuciones presidenciales que actualmente consigna el artículo 154° de la Constitución; especificar con mayor claridad los términos generales del voto consultivo y deliberativo del Consejo de Ministros; establecer las líneas generales de organización de la Administración Pública (la estructura en base a sectores y sistemas actualmente implantada) y el rol que tocaría jugar en términos genéricos a cada uso de ellos.

El siguiente escalón sería una Ley de Bases de la Administración Pública, adecuadamente definida por el documento que citamos a continuación:

"Las Leyes de Bases definen las áreas que corresponden a la administración central, descentralizada y autónoma; establecen los mecanismos de comunicación y coordinación dentro de la independencia o autonomía que les corresponde y sancionan las reglas de creación, supresión o modificación de las entidades públicas. Evitan, sin duda, que el repentismo, la improvisación o el interés circunstancial creen instituciones que sólo serán eficaces en la medida en que respondan a una concepción coherente e integral"¹³.

Esta norma tendría un carácter normativo superior a las leyes orgánicas y comunes sobre la Administración Pública. Hay quienes piensan que, por esta razón, debería ser una ley con mayor *rigidez* que las leyes ordinarias, es decir, con requisitos de aprobación y modificación más exigentes que las demás leyes. Este criterio es idealmente aceptable, pero a la vez crea la primera diferencia entre las normas legislativas, demandando por tanto una definición clara que delimite su concepto frente a las leyes ordinarias. Podría pensarse simplemente en una Ley de Bases de la Administración Pública con los mismos requisitos de aprobación y modificación de las leyes comunes, pero que operara como una ley

de rango superior por sí misma. Ejemplos actuales de este tipo de leyes pueden encontrarse en los códigos, siendo tal vez los casos salientes el título preliminar del Código Civil y el Código Tributario.

Con esta Ley de Bases, debería procederse a reformular las actuales leyes orgánicas. Este conjunto legislativo permitiría determinar procedimientos y criterios de creación, adecuación o supresión de aparato administrativo en forma armónica y sustentada, cosa que no ha ocurrido hasta el momento, a pesar del esfuerzo de racionalización hecho por el Gobierno a partir del año 1969.

b/ *Estructura jerárquica del orden jurídico*

La nueva Constitución debe establecer los criterios en base a los cuales se organiza, en nuestro sistema jurídico, la "pirámide" a que alude la doctrina del Derecho.

Los campos propiamente constitucional y legislativo de este problema no han sido trabajados en este artículo, por lo que nos eximimos de tratarlos. A partir de ellos, aparece la necesidad de una reformulación total.

A nivel de los organismos máximos del Poder Ejecutivo, la Constitución debe reconocer y sistematizar la existencia de los "actos de gobierno", "actos administrativos", y esta suerte de "actos político-administrativos" que hemos señalado al hablar de las medidas adoptadas por el Sistema Nacional de Planificación. Paralelamente, debe definirse si el Poder Ejecutivo tendrá ejercicio de la Potestad Legislativa, y en qué materias; y, desde luego, deberá mantenerse la facultad del Poder Ejecutivo de reglamentar las leyes, pudiendo esto último considerarse como función legislativa o ejecutiva. Nosotros ya hemos señalado, concordando con Raúl Ferrero, que se trata más propiamente de función legislativa.

En este sentido, la Constitución debería establecer que la norma de mayor valor jerárquico que puede otorgar el Poder Ejecutivo en el ejercicio de sus diferentes funciones es el Decreto Supremo, y que por tal debe entenderse aquella norma aprobada en el Consejo de Ministros con participación del Pre-

sidente. El Decreto Supremo debería versar sobre asuntos de carácter general, principalmente actos de gobierno (por ejemplo, la suspensión de garantías), la dación de reglamentos y, en general, todo otro acto de administración, o político-administrativo, que tenga carácter de generalidad.

Aquellos asuntos en los que el Presidente oye el voto consultivo del Consejo de Ministros o simplemente decide por sí mismo (con la necesaria concurrencia del Ministro), y que tengan importancia general deberían ser Decreto Presidencial, de rango inmediatamente inferior a los Decretos Supremos. Los casos en los que el Presidente tomaría estas decisiones, deben ser sistemáticamente establecidos.

Luego, la Constitución debería determinar cuáles otros funcionarios y gobernantes pueden emitir resoluciones y en qué jerarquía aclarando que, en todo caso, las resoluciones deben versar sobre problemas de naturaleza esencialmente individual. Este rubro daría pie, en respectivo orden jerárquico, a las resoluciones supremas (con participación del Presidente y uno o más Ministros), a las resoluciones ministeriales y aun a las directorales, sobre las que recientemente se ha legislado (por ejemplo, las normas del Reglamento de la Ley General de Industrias consignadas en una parte anterior de este trabajo).

Luego de este nivel constitucional, correspondería a las leyes de bases y orgánicas, determinar las funciones específicas de cada rango administrativo de manera que la competencia genérica de cada tipo de funcionario cuyas decisiones ingresan al sistema jurídico, esté pre-determinada por vía legislativa con criterios uniformes.

Es indudable que determinadas precisiones de competencia de los funcionarios pueden hacerse luego por vía reglamentaria (decisiones del Poder Ejecutivo), pero dentro de un marco coherente y sistemático dado previamente por las normas legislativas rectoras. Esto evitaría problemas como los que hemos encontrado al comparar los Reglamentos de las Leyes de Pesquería e Industrias.

Importa señalar que la definición de las diversas normas dadas por el Poder Ejecutivo, en cuanto a su jerarquización, no puede estar determinada simplemente por la mención a "la firma", o "la rúbrica" de tal o cual funcionario. Esto es desnaturalizar el esquema jerárquico de las normas e introducir la confusión que hemos visto producirse en nuestro ordenamiento. Los criterios no deben ser formales sino sustantivos, fijando jerarquías y competencias definidas.

De esta manera, las disposiciones del Poder Ejecutivo estarían jerarquizadas armónicamente en base a dos criterios: el de la supraordinación o subordinación del funcionario u organismo que las otorga, según el lugar que ocupe dentro de las relaciones jerárquicas de la organización del Poder Ejecutivo y la Administración Pública; y el criterio de la competencia que se ha asignado a cada funcionario en términos genéricos o específicos por la Constitución, las leyes y las normas reglamentarias del Poder Ejecutivo. Esto evitaría que se produzca lo que comenta Furnish: que una resolución ministerial pueda tener el mismo efecto que una resolución suprema, dependiendo de "lo ocupado" que pueda estar el Presidente, o de la necesidad de "ahorrar tiempo" mientras estudia el asunto.

Una anotación final es la necesidad de que la Constitución establezca las atribuciones y límites que organismos independientes a los Poderes del Estado, tendrán en la toma de decisiones, la forma que éstas asumirán, y su nivel jerárquico dentro del todo jurídico del país. Tal el caso comentado a propósito del Sistema Nacional de Planificación, en relación a la posibilidad de que dicho sistema no ocupase un lugar subordinado dentro del Poder Ejecutivo, sino que fuese una entidad estatal independiente de él, en el sentido que parece serlo el Consejo de Economía Nacional en la sistemática de la Constitución de 1933. Lo contrario abriría paso a que disposiciones de organismos no vinculados entre sí entrasen en un conflicto sin solución clara y pre-determinada, que es la única garantía de un sistema jurídico coherente.

NOTAS

1/ FURNISH, Dale B., **La Jerarquía del Ordenamiento jurídico peruano**, en **Derecho**, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1972; número 30; p. 77.

2/ ALAYZA Y PAZ SOLDAN, Toribio, **Derecho Administrativo General y del Perú**. Lima, Sanmarti y Cia., 1927; p. 15.

3/ Es importante señalar que el Proyecto de Ley de Bases de la Administración Pública elaborado por la ONRAP el año 1967, establecía en su artículo 5° que estas funciones de gobierno pertenecían al Presidente de la República, lo que implica justamente lo que venimos afirmando: que el Consejo de Ministros pudiera no tener competencia para conocer estos asuntos y emitir sobre ellos voto deliberativo, como debiera ocurrir por su importancia. Ver ONRAP, Proyecto de Ley de Bases de la Administración Pública, Setiembre 1967; texto mimeografiado; artículo 5°.

4/ ONRAP, op. cit. art. 3°

5/ FURNISH, Dale B., op. cit., p. 75.

6/ FURNISH, Dale B., op. cit., p. 77.

7/ MONTIEL, Félix, La Administración moderna y la política de los fines. Publicaciones de la Dirección General del Presupuesto Público; sin fechar; cap. I, p. 14.

8/ ALAYZA M., Ernesto, y otros. **La realidad social y el funcionamiento de las instituciones políticas de la Constitución peruana de 1933**. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú — Programa

Académico de Ciencias Sociales. Marzo de 1972; mimeo.; p. 415 del tomo III.

9/ FERRERO, Raúl, **Teoría del Estado**. Lima, Editorial Studium, 1967; p. 170.

10/ En el Perú existe el conocido antecedente de la Ley 17044 por la que se otorgaron facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo para ejercer la Potestad Legislativa por un período dado. Sin embargo, en este caso se trató de facultades extraordinarias. Nosotros consideramos que ciertos aspectos de la legislación deberían ser atribuidos al Poder Ejecutivo de manera ordinaria, tal como se hace en la Constitución francesa, de manera que se eviten los problemas que ha generado en nuestro sistema político la casi total parcelación del poder entre Legislativo y Ejecutivo, principalmente en las épocas de crisis en las que ambos poderes están enfrentados políticamente.

11/ Encontramos, a manera de ejemplo, las siguientes normas del Reglamento de la Ley General de Industrias: artículos 162°, 173°, 177°, 190°, 193°, 194°, 201°, 208°, 252°, etc.

12/ A manera de ejemplo, también, podemos citar las siguientes normas del Reglamento de la Ley General de Pesquería: artículos 36°, 49°, 50°, 57°, 59°, 60°, 81°, 131°, 259°, etc.

13/ ALTHAUS, Miguel, y otros. **La Reforma de la Administración Pública**, en **Derecho**, Lima; Pontificia Universidad Católica del Perú; número 27; p. 96.

A N E X O

**ARTICULOS CITADOS DE
LAS LEYES DE MINISTROS**

Ley de 4 de diciembre de 1856

(...)

Art. 10º—Cada uno de los Ministros de Estado autorizará con su firma, después de la del Presidente de la República :

1º Los decretos que expida en ejercicio de las atribuciones que se le conceden por la Constitución; 2º Las resoluciones gubernativas o administrativas que se dicten en cada uno de los ramos a su cargo; 3º Los títulos o despachos de los empleados en el ramo de su incumbencia, de los cuales se tomará razón en el Ministerio y además en las oficinas respectivas.

Art. 11º—Las notas acordadas y de interés público irán rubricadas al margen por el Presidente de la República y firmadas por el Ministro a cuyo despacho correspondan.

Art. 12º— Los ministros firmarán por sí solos :

1º Las notas que dirijan sobre el asunto que tengan a su cargo;

2º Las órdenes o providencias de sustanciación que tengan a bien reservarse por ser importantes, o que se refieran al Poder Legislativo o a la Corte Suprema, o que se remitan a otro Ministerio;

3º Las órdenes de aprehensión o de arresto de cualquier individuo, para ponerlo dentro del término improrrogable de veinte y cuatro horas a disposición del juez respectivo.

(...)

Ley de 13 de mayo de 1861

Art. 1º—Los Ministros de Estado forman un Consejo, cuyo objeto esencial es dar unidad y dirigir la administración de los negocios del Estado, bajo las órdenes del Presidente de la República y sujetándose a la Constitución y a las leyes.

(...)

Art. 22º—El Presidente de la República consultará al Consejo de Ministros: el nombramiento de los Agentes Diplomáticos, la presentación de Arzobispos, las ternas para la provisión de Vocales de la Corte Suprema de Justicia, los nombramientos de Jefes superiores de ejércitos o escuadras, de Prefectos, de Director General de Hacienda y de Presidente del Tribunal Mayor de Cuentas; lo relativo a tratados y las instrucciones y resoluciones sobre asuntos graves que se comuniquen a los Agentes Diplomáticos, los contratos y las disposiciones concernientes al guano, los casos de competencia y los de duda sobre aplicación de las leyes, los proyectos de ley que quiera iniciar en las Cámaras y las observaciones que sean dignas de las leyes y resoluciones que expida el Congreso; el proyecto de Presupuesto General que en cada bienio debe presentar al Cuerpo Legislativo; los que en uso de sus atribuciones constitucionales puede dictar el Go-

bierno; las resoluciones que merezcan algunas de las comprendidas en el Presupuesto; la inversión de las cantidades votadas en él para gastos extraordinarios e imprevistos; la decisión de asuntos que afectan la paz pública o de los que pueda resultar un conflicto internacional; de la celebración de contratos que impongan obligaciones al Fisco; el giro de letras para cualquier especie de gasto, pago o reembolso a cargo de las casas consignatarias del guano; el juzgamiento o remoción de las autoridades políticas acusadas de infracción de las leyes y de aquellas cuya conducta afecte el orden público o a los intereses del territorio encomendado a su administración; el mensaje que debe dirigir a las Cámaras y las Memorias de los Ministros; los asuntos de alta importancia y en general todos aquellos que, a su juicio, merezcan ser consultados al Consejo.

(...)

Art. 26º—No tienen valor legal los despachos, creenciales ni decretos en que el gobierno expida resoluciones declaratorias sobre cualquier asunto, si no están firmados por el Presidente de la República y por el Ministro del ramo respectivo.

Art. 27º—No serán cumplidas las órdenes oficiales que no están firmadas por el Ministro a quien corresponda. Sólo en caso de hallarse éste legalmente impedido, circunstancia que se anotará en el expediente o se comunicará a quien convenga, conocerá del asunto el Ministro de Gobierno; y si el impedido es él, pasará al Ministro que designe el Presidente de la República.

Art. 28º—Basta la firma del Ministro para que sean cumplidas las notas oficiales en que ordene la ejecución de las leyes, reglamentos y disposiciones vigentes, o sobre asuntos del despacho o transcribiendo decretos o resoluciones.

Art. 29º—Si la nota oficial es sobre un asunto extraordinario, o que a juicio del Presidente de la República merezca dársele mayor fuerza e importancia, el Ministro respectivo la leerá al Presidente para que éste la apruebe y rubrique.

(...)

Art. 37º—Los Ministros resolverán, sin necesidad de acordar con el Presidente, los asuntos comunes sobre cumplimiento de las leyes y reglamentos.

(...)

Ley de 16 de febrero de 1863

(...)

Art. 2º—El Presidente de la República puede consultar al Consejo de Ministros los asuntos que a su juicio lo mereciesen. La opinión del Consejo en tales casos, es solamente ilustrativa; y el Presidente de la República o el Ministro del ramo a que pertenezca el asunto consultado son libres para resolverlo sobre su propia responsabilidad.

(...)

Art. 4º—El Presidente de la República oír el voto deliberativo del Consejo de Ministros :

1° Cuando pidiere la autorización de que hablan la atribución veinte del artículo cincuenta y nueve y los artículos noventa y cinco y noventa y seis de la Constitución.

2° Para decretar bloqueos o abrir una campaña después de autorizado para ello.

Oirá el voto consultivo :

1- Cuando creyese conveniente hacer observaciones a alguna ley;

2° Cuando pidiere facultad para levantar empréstitos;

3° Para nombrar Ministros Plenipotenciarios, Enviados Extraordinarios o Ministros Residentes;

4° Para proponer Vocales y Fiscales de la Corte Suprema, nombrar General en Jefe del Ejército, Almirante de Escuadra, Prefectos, Director General de Hacienda, del Crédito Público, Presidente del Tribunal Mayor de Cuentas, y presentar para Arzobispos y Obispos.

(...)

Art. 6°—Solamente cuando ocurran los casos indicados en el artículo cuarto, que demandan el voto deliberativo del Consejo y el consignado en el artículo quinto, tendrá aplicación lo dispuesto en el artículo veinticinco de la citada ley. (Se refiere a la Ley de 13 de mayo de 1861 sobre Ministros).