

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
DIRECTOR
DANTE PAIVA GOYBURU
SECRETARIO

AÑO 23, NÚMERO 45
JULIO-DICIEMBRE DE 2022

45 / 2022

Revista Peruana de

Derecho Público

ENSAYOS

Kelsen y Schmitt: Dos juristas en Weimar
JOSU DE MIGUEL BÁRCENA / JAVIER TAJADURA TEJADA

Constitución y prisión preventiva
SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

ESPECIAL: SOBRE EL GOLPE DE ESTADO

El fallido golpe de Estado. Consecuencias políticas y jurídicas
CARLOS HAKANSSON

El golpe de Estado anunciado por Pedro Castillo y el procedimiento parlamentario de
vacancia presidencial ante un caso de flagrancia
RAÚL GUTIÉRREZ CANALES

Análisis constitucional de un golpe de Estado en el siglo XXI
ANÍBAL QUIROGA LEÓN

El *coup del trompe l'oeil*, y la flagrancia del *adieu*
CÉSAR DELGADO-GUEMBES

¿Por qué fue un golpe de Estado fallido y no un intento de golpe de Estado? (Un suicidio
político incomprensible)
DANTE PAIVA GOYBURU

Orden democrático y golpe de Estado
FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA

7D, 30S y 5A: Semejanzas y diferencias
LUIS ALBERTO PACHECO MANDUJANO

El golpe de Estado y los delitos de rebelión y conspiración
LUIS LAMAS PUCCIO

Revista Peruana de
Derecho Público

REVISTA PERUANA DE DERECHO PÚBLICO

Año 23, Número 45 • Julio - diciembre del 2022

Director

Domingo García Belaunde

Comité de Redacción

**Samuel B. Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco J. Eguiguren Praeli,
César Landa Arroyo, César Ochoa Cardich y José F. Palomino Manchego**

Secretario de Redacción

Dante Paiva Goyburu

Comité Asesor Internacional

- Alemania** : Peter Häberle, Dieter Nohlen
Argentina : Germán J. Bidart Campos (†), Agustín Gordillo, Néstor P. Sagüés,
Alejandro Pérez Hualde
Bolivia : José Antonio Rivera Santiváñez, William Herrera Áñez
Brasil : Luiz Pinto Ferreira (†), José Afonso Da Silva, Paulo Bonavides (†),
Marcelo Figueiredo, André Ramos Tavares
Chile : Humberto Nogueira Alcalá, Francisco Zuñiga Urbina
Colombia : Carlos Restrepo Piedrahita (†), Jaime Vidal Perdomo (†),
Vladimiro Naranjo Mesa (†), Eduardo Cifuentes Munoz,
Julio César Ortiz Gutiérrez
Costa Rica : Rubén Hernández Valle
E.E.U.U : Robert S. Barker
España : Pablo Lucas Verdú (†), Francisco Fernández Segado,
Eduardo García de Enterría (†), Luciano Parejo Alfonso,
Óscar Alzaga
Francia : Louis Favoreu (†), Franck Moderne (†)
Italia : Giuseppe de Vergottini, Lucio Pegoraro, Luca Mezzetti
México : Héctor Fix-Zamudio (†), Jorge Carpizo (†), Diego Valadés
Panamá : César Quintero (†)
Portugal : Jorge Miranda
Uruguay : Rubén Correa Freitas, Eduardo G. Esteva Gallicchio
Venezuela : Allan R. Brewer-Carías, Carlos Ayala Corao

Comité Consultivo Nacional

Alberto Ruiz-Eldredge (†)

Alfredo Quispe Correa (†)

Gustavo Bacacorzo (†)

Revista Peruana de Derecho Público

Número 45 • Año 23, Julio - diciembre del 2022

Tiraje: 130 Ejemplares

Correspondencia editorial:

Av. José Galvez Barrenechea 200 (Corpac)

Lima 15073 - Perú

E-mail: asociacion.cmp@hotmail.com

© **DOMINGO GARCÍA BELAUNDE**

Av. Brasil 1682 - Pueblo Libre

Lima - Perú

Teléf. 01-4016451

E-mail: adrusdyleditores@gmail.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú

Nº 1501012001-0883

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de:

Joshua V&E S.A.C.

Calle Angamos Nº 118 Urb. María Isabel, Cercado - Arequipa

en el mes de mayo de 2023

La “Revista Peruana de Derecho Público” se encuentra en versión digital en el sitio web: www.garciabelaunde.com libre de todo costo, desde el número 1 al 44. Ejemplares en físico, según nuestras existencias, pueden solicitarse al siguiente correo electrónico: asociacion.cmp@hotmail.com al precio, por ejemplar, de S/. 41.00 o US\$ 10.00. El envío a Lima y provincias tiene un costo de S/.30.00 por número. Los envíos al extranjero pagarán el importe del flete aéreo en vía normal o courier, según pedidos.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de esta revista puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, sin permiso expreso del Director y los autores.

ÍNDICE

| | |
|-----------------|----|
| Editorial | 11 |
|-----------------|----|

ENSAYOS

| | |
|--|----|
| Kelsen y Schmitt: Dos juristas en Weimar..... | 17 |
| <i>JOSU DE MIGUEL BÁRCENA / JAVIER TAJADURA TEJADA</i> | |

| | |
|---|----|
| Constitución y prisión preventiva | 63 |
| <i>SERGIO GARCÍA RAMÍREZ</i> | |

ESPECIAL: SOBRE EL GOLPE DE ESTADO

| | |
|---|----|
| El fallido golpe de Estado. Consecuencias políticas y jurídicas | 77 |
| <i>CARLOS HAKANSSON</i> | |

| | |
|--|----|
| El golpe de Estado anunciado por Pedro Castillo y el procedimiento parlamentario de vacancia presidencial ante un caso de flagrancia | 95 |
| <i>RAÚL GUTIÉRREZ CANALES</i> | |

| | |
|--|-----|
| Análisis constitucional de un golpe de Estado en el siglo XXI... | 115 |
| <i>ANÍBAL QUIROGA LEÓN</i> | |

| | |
|---|-----|
| El <i>coup del trompe l'oeil</i> , y la flagrancia del <i>adieu</i> | 131 |
| <i>CÉSAR DELGADO-GUEMBES</i> | |

| | |
|---|-----|
| ¿Por qué fue un golpe de Estado fallido y no un intento de golpe de Estado? (Un suicidio político incomprensible) | 145 |
| <i>DANTE PAIVA GOYBURU</i> | |

| | |
|--|-----|
| Orden democrático y golpe de Estado..... | 159 |
| <i>FRANCISCO MIRÓ QUESADA RADA</i> | |

| | |
|--|-----|
| 7D, 30S y 5A: Semejanzas y diferencias | 165 |
| <i>LUIS ALBERTO PACHECO MANDUJANO</i> | |
| El golpe de Estado y los delitos de rebelión y conspiración..... | 175 |
| <i>LUIS LAMAS PUCCIO</i> | |
| Golpes de estado y delito de rebelión: Lo político y lo jurídico en la perspectiva punitiva..... | 189 |
| <i>FIDEL S. ROJAS VARGAS</i> | |

NOTAS

| | |
|---|-----|
| Memoria del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Arequipa, 22-24 de septiembre de 2022)..... | 215 |
| <i>MIGUEL P. VILCAPOMA IGNACIO</i> | |

DOCUMENTOS I

| | |
|--|-----|
| Acta de la sesión del Consejo de Ministros del día 24 de noviembre del 2022 (cuestión de confianza)..... | 225 |
| Pedro Castillo Terrones Mensaje a la Nación | 231 |
| Declaración de vacancia del presidente Pedro Castillo Terrones .. | 235 |
| Acusación constitucional contra el presidente Pedro Castillo Terrones..... | 239 |
| Comunicado de las FFAA y PNP | 243 |
| Rechazamos autogolpe del presidente Castillo. APDC | 245 |
| Contra el golpe de Estado y la ruptura del orden constitucional... | 247 |

DOCUMENTOS II

| | |
|--|-----|
| Pedro Castillo: ascenso y caída de un presidente que tenía los días contados | 251 |
| <i>MARÍA ELENA CASTILLO</i> | |

| | |
|--|-----|
| Golpe y fuga..... | 255 |
| <i>RICARDO UCEDA</i> | |
| Golpe a sí mismo..... | 259 |
| <i>FERNANDO VIVAS</i> | |
| Los enfrentamientos entre el Ejecutivo y el Congreso en el último siglo | 263 |
| <i>CARLOS CONTRERAS CARRANZA</i> | |
| En defensa de la democracia. PUCP | 267 |
| No al quebrantamiento del Estado de Derecho..... | 269 |
| Habemus Senatus..... | 271 |
| <i>ALFREDO TORRES</i> | |

EDITORIAL

El gobierno de Pedro Castillo llegó a su final de la forma más abrupta e insólita esperada. Si bien su breve gestión era un rosario de errores e infracciones, era inimaginable que actuaría de forma tan directamente contraria a las disposiciones constitucionales, como es disolver al Congreso sin contarse con la única condición establecida para tal efecto, que es el haberse denegado la confianza en dos ocasiones. Su caída fue tan acelerada que, a las pocas horas de ese infame mensaje a la Nación del 7 de diciembre, fue depuesto del cargo, detenido y procesado, habiéndosele impuesto prisión preventiva por 36 meses.

Era más que conocido que el ex presidente Castillo no tenía la preparación mínima para el puesto, pero respetándose el resultado de las urnas asumió el cargo, y si bien su gestión tuvo desde el principio una fiscalización acentuada, como ninguna otra, por parte del Congreso, la prensa y la sociedad civil, sus asesores y equipo debían ser conscientes de ello y por el bien de la democracia ayudarle a realizar una correcta gestión, en especial por las ilusiones que despertaron en la población.

Bajo lo sucedido, sin conseguir logro significativo alguno, el breve periodo de Pedro Castillo será recordado como una mala anécdota dentro de la historia peruana; una gestión que fue incapaz siquiera de entender la enorme responsabilidad que pesaba sobre sus hombros: Honrar la confianza del sector postergado que apostó por su propuesta. Realmente defraudaron las expectativas de cambio y mejoras, mostrando total oportunismo y codicia al llegar al cargo solo para el provecho individual de sus allegados, que irónicamente serían los únicos pobres rescatables de un país rico (sic).

Conforme a la sucesión constitucional respectiva, Dina Boluarte relevó a Castillo del cargo, tocándole enfrentar de inmediato una escalada de protestas, las cuales mostraban pretensiones diversas, en muchos casos inviables e incomprensibles. Esto último es uno de los resultados de las peores prácticas de Castillo y sus más cercanos ministros: Haber azuzado constantemente el conflicto, el odio y la división entre peruanos, creyendo que eso lo sostendría en el cargo ¡un craso error que pagamos todos!

El proceso electoral municipal y regional del mes de octubre culminó sin mayores contratiempos, con segunda vuelta incluida para nueve regiones. En el caso de Lima Metropolitana, luego de un reñido sufragio entre los dos principales candidatos, Rafael López Aliaga, por Renovación Popular, la sorpresa en las elecciones presidenciales de 2021, fue electo para el periodo 2023-2026.

Bajo el inicio de este nuevo periodo de gobiernos regionales y locales, es pertinente llamar la atención sobre el importante papel que les ocupa a estas autoridades sobre la defensa del Estado de Derecho y el sostenimiento de la gobernabilidad. Gobernadores regionales y alcaldes les corresponden velar por la prestación de los servicios públicos cotidianos de la comunidad, ser promotores del desarrollo económico, así como velar por la limpieza, el ornato y la distribución territorial, labores que inciden en el bienestar de la población. Y sin descuidar la seguridad ciudadana.

En este sentido, las autoridades tienen que actuar procurando la mejora en la gestión de sus regiones y municipios, actuando con eficiencia y eficacia en la atención de las necesidades sociales. La corrupción, burocracia, improvisación y el clientelismo deben ser desterradas, porque son taras que obstaculizan a la gestión pública, impidiendo en muchos ámbitos que se modernicen los procesos y se profesionalice a su servicio civil.

En el mes de septiembre de 2022 se realizó con gran éxito el XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que tuvo como sede la ciudad de Arequipa, en el campus de la Universidad Católica de Santa María. El evento, de masiva concurrencia, tuvo una amplia presencia de constitucionalistas de toda Iberoamérica, quienes en recuerdo del apreciado maestro Héctor Fix Zamudio, analizaron y debatieron sobre

los desafíos del constitucionalismo y una democracia a la defensiva frente a los conflictos que se viven en los últimos años, con el avance del populismo en la región.

Como muestra de este errante proceder del populismo y la incomprensión de los propósitos de una Constitución, advertimos lo ocurrido en Chile, con su plebiscito constitucional de septiembre último, siendo rechazado el proyecto de Constitución con un abrumador 61.89% de los votos. Sobre ello, debemos tener en cuenta que los reclamos ciudadanos no pueden reducirse o limitarse a pretender un cambio de norma fundamental: eso es irresponsable y carece de sustento. Son acciones concretas en los gobiernos, medidas en materia social y económica que fortalezcan la atención de los derechos fundamentales las que necesita el ciudadano, lo cual se logra con una mejora de la gestión pública y un compromiso íntegro con el respeto a las libertades de la población.

Estando próximos a las cinco décadas desde la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, es admirable su crecimiento, organización e infatigable impulso, mediante los congresos iberoamericanos y otras acciones, en defensa de la institucionalidad, la garantía de los derechos fundamentales y el compromiso por la democracia en la región, lo cual será motivo de especial atención en el siguiente Congreso, que auguramos marcará un hito en nuestra institución y un ejemplo para el constitucionalismo iberoamericano.

Lima, diciembre de 2022

La Dirección

ENSAYOS

KELSEN Y SCHMITT: DOS JURISTAS EN WEIMAR

Josu de Miguel Bárcena^()*

*Javier Tajadura Tejada^(**)*

A Domingo García Belaunde con admiración y agradecimiento por su contribución al estudio de los “gigantes de Weimar”, y por su amistad.

I. Introducción

Weimar constituye uno de los momentos más importantes de la historia del derecho público europeo. Como se sabe, la República puso en marcha por primera vez en la historia continental, un auténtico experimento de constitucionalismo democrático⁽¹⁾. Con tal objetivo se aprobó, en 1919, una Constitución donde se pretendió superar las insuficiencias del liberalismo decimonónico, reconociendo la necesidad de conformar estatalmente la sociedad e integrar a las masas. Por supuesto, el producto final fue un Estado poliédrico e inacabado, porque el pluralismo constituyente fue incapaz de superar las tendencias organicistas a la hora de conformar la relación entre la unidad y la diversidad jurídica, establecer una forma de gobierno que se decidiera por un sistema parlamentario o

(*) Josu de Miguel Bárcena (Universidad de Cantabria)

(**) Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco/EHU)

(1) Casquete, J. y Tajadura, J.: *La Constitución de Weimar: historia, política y derecho*, CEPC, Madrid, 2020. Mauricio Fioravanti, “Estado y Constitución”, en Mauricio Fioravanti (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho*, Trotta, Madrid, 2004, pp. 13 – 43.

presidencial o concretar una carta de derechos fundamentales con cierta coherencia material.

Como ocurrió en otras experiencias comparadas de su tiempo, la endeble presencia del *homo democraticus* liberal y tolerante –Mortati habló de República sin republicanos– permitió que, sobre todo a partir de 1924, se terminara imponiendo la perspectiva neohegeliana que rechazaba que la nueva Constitución fuera un fiel reflejo de lo que se consideraba el espíritu objetivo del pueblo alemán⁽²⁾. En gran medida, no resulta exagerado afirmar que dicha Norma vivió en la sociedad más gracias a los juristas que a los propios ciudadanos. Como ha señalado Stolleis, fueron estos los que, durante sus casi 14 años de existencia, se dedicaron a realizar una tarea titánica de interpretación para intentar aplicar a la realidad un sistema constitucional con las deficiencias más arriba apuntadas⁽³⁾.

El resultado de aquella tarea fue un conjunto de aproximaciones sobre el valor del parlamentarismo, la comprensión de la representación, el papel de los partidos políticos, el concepto de ley y la relación entre el Estado de Derecho y la democracia, que todavía hoy son patrimonio común del derecho y la Teoría del Estado. Naturalmente, en torno a estas y otras cuestiones se erigió una disputa metodológica de gran relevancia. Así es como se formaron científicamente tres grupos claramente diferenciados en el contexto de los debates doctrinales centroeuropeos: uno positivista al que pertenecían Thoma, Anschütz y Nawiasky, otro que se aglutinaba bajo el rótulo neohegeliano de las ciencias del espíritu, en el que se encontraban personajes tan dispares como Schmitt, Heller y Smend y, finalmente, un tercero encabezado por Kelsen y su escuela, que mantenía posiciones beligerantes con el positivismo clásico. No se puede establecer, por tanto, un paralelismo entre la disputa metodológica y política: Heller y Kelsen, que estaban políticamente unidos por la socialdemocracia, eran intelectualmente contrincantes⁽⁴⁾.

(2) Horst Möller, *La república de Weimar: una democracia inacabada*, Antonio Machado, Madrid, 2012.

(3) Michael Stolleis, *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XXI)*, Marcial Pons, Madrid, 2017 y Constantino Mortati, “Valoración de conjunto de la experiencia constitucional”, en el Vol. *La Constitución de Weimar. (Texto de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*, Tecnos, Madrid, 2010.

(4) Federico Fernández – Crehuet, “Acerca de mitos y construcción de discursos en el derecho público”, en Michael Stolleis, *Introducción al Derecho público alemán (siglos*

El presente artículo versará sobre la contraposición del pensamiento constitucional de dos de los autores anteriormente citados: Hans Kelsen y Carl Schmitt ⁽⁵⁾. Pese a lo apuntado, no resulta descabellado afirmar, como nos ha recordado Eloy García, que ambos fueron en gran medida dos *outsiders* en lo que se refiere al despliegue de la joven República. En cuanto a Kelsen, nació en Praga y desarrolló el núcleo práctico de su vida intelectual, académica e institucional (fue presidente del Tribunal Constitucional), en Austria. Es verdad que entre 1930 y 1933 se convirtió en catedrático de la Universidad de Colonia, institución que tuvo que abandonar como consecuencia de la persecución judía impulsada por los nazis⁽⁶⁾. Su admiración por la Constitución alemana –“la más libre Constitución que un pueblo se haya dado nunca”, llegó a señalar- y su vinculación a la órbita de profesores de derecho público de habla alemana, no evita pensar en un Kelsen cosmopolita que tuvo cuatro nacionalidades y dio clases en universidades de cinco países (Austria, Suiza, Checoslovaquia, Estados Unidos y la propia Alemania). Su conexión con Weimar podría considerarse circunstancial a tales efectos.

Lo mismo podría decirse, aunque con muchísimas más cautelas, del propio Schmitt. El autor nacido en Plettenberg, nunca formó parte del núcleo original de los juristas que ayudaron a conformar el canon constitucional de Weimar (Preuss, Anschütz, Thoma). Los inicios y los años de esplendor de la República (1919 - 1928) le sitúan en su periodo de formación como profesor, realizando diferentes movimientos para intentar mejorar su situación universitaria y profesional (Estrasburgo, Múnich, Bonn, Berlín y Colonia). Su opción por el poder, y no tanto por la democracia, le sitúan, eso sí, entre 1930 y 1933, en alguna de las órbitas periféricas de la maquinaria política de Weimar, enfrentándose desde un punto de vista intelectual e ideológico, ante el dilema de tratar de salvar

XVI-XXI), *op. cit.*, p. 27.

- (5) Para un desarrollo completo remitimos a De Miguel Bárcena, Josu y Tajadura Tejada, J.: *Kelsen vs Schmit. Política y Derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar Editor, tercera edición, Madrid, 2021. A esta pléyade de eximios juristas (Kelsen Schmit, Heller y Smend) se ha referido en numerosas ocasiones el maestro García Belaunde a quien dedicamos nuestro trabajo, con la muy gráfica expresión de “gigantes de Weimar”.
- (6) Estas y otras cuestiones, en Rudolf Á. Metall, *Hans Kelsen. Vida y obra*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1976.

la República o apuntarse al nuevo credo del nazismo⁽⁷⁾. Schmitt comenzó a alcanzar prestigio en el final de Weimar, como lo demuestra su nombramiento para la Cátedra de Derecho Público de la Universidad de Berlín en otoño de 1933⁽⁸⁾.

Sin embargo, resulta inevitable que la mirada histórica, cuando vuelve al tiempo de Weimar, coloque a Schmitt y al propio Kelsen en el vértice de las disputas teóricas que en ella se produjeron, acaso porque las aportaciones clásicas de ambos han envejecido mejor que las de ningún otro, acaso porque trataron con inusitada claridad conceptos, problemas y dilemas filosóficos que hoy en día siguen presentes a la hora de descifrar una crisis –la actual–, que guarda ciertas similitudes con el excitante y trágico periodo de entreguerras⁽⁹⁾.

Hecha esta aclaración previa, que creíamos necesaria, el presente artículo se dividirá en los siguientes apartados: en el primero, dejando al margen la presente introducción, analizaremos la perspectiva metodológica de Kelsen y Schmitt teniendo en cuenta las principales obras dedicadas al derecho constitucional. En el segundo, examinaremos los conceptos relacionados con la Teoría de la Constitución y del Estado, sin ánimo de exhaustividad dado lo limitado del espacio. En el tercero, enfrentaremos los dos modelos de democracia que se detectan en sus principales obras sobre la materia. Por último, recordaremos su polémica más conocida: aquella que versa sobre quién debe ser el defensor de la Constitución. Aunque esta fue, probablemente, la disputa más clara entre Kelsen y Schmitt, adoptaremos un enfoque antagonista que abarque todo su pensamiento, cuyos presupuestos y despliegue teórico – práctico fueron radicalmente distintos⁽¹⁰⁾.

(7) Este y otros extremos, en su biografía más completa y objetiva hasta el momento; Rudolf Mehring, *Carl Schmitt: a biography*, Polity Press, Cambridge, 2014.

(8) Su influjo en España también es patente a partir de la década de 1930; al respecto, ver Gabriel Guillén Kalle, *Carl Schmitt en la Segunda República*, Reus, Madrid, 2018.

(9) José Esteve Pardo, *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

(10) Hemos desarrollado más ampliamente estas cuestiones en Josu de Miguel Bárcena y Javier Tajadura Tejada, *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*, Guillermo Escolar Editor, Madrid, 2018.

II. Ideas y conceptos para una conversación constitucional

En el presente apartado pretendemos dar unas pinceladas básicas sobre los contornos de la controversia jurídica que mantuvieron Kelsen y Schmitt. Para ello será necesario aludir a las categorías constitucionales fundamentales que desarrollaron a lo largo de su vida en sus trabajos más conocidos. Hay que tener en cuenta que todas estas cuestiones han sido abordadas durante décadas por análisis más amplios centrados en la obra de cada autor por separado. Acudan a ellos para profundizar en el tema. Nuestro objetivo, como lo acabamos de decir, tiene otros fines: mostrar las principales discrepancias siguiendo una fórmula de epístola académica donde de forma directa o indirecta Schmitt va contestando las tesis de Kelsen. Se confrontan también, al margen de las cuestiones materiales, dos estilos literarios y dos filosofías con una relación compleja –y a veces inesperada– con la tradición jurídica alemana desarrollada a partir del siglo XIX.

Partamos de una idea clara: para Kelsen y para Schmitt, el derecho es un fenómeno infundado. Para el primero, esta carencia de fundamento o legitimidad lo vuelve puro y susceptible de ser estudiado científicamente. Por ello, dará prioridad a la regularidad, a todos aquellos procesos que dan sentido a lo que vamos a denominar como “normalidad institucional”. Para el segundo, sin embargo, dicha carencia termina por ensuciar el derecho con la política: lo vuelve impuro y hace incluso posible que sea orientado hacia el enemigo político. Por ello, volcará su interés en lo irregular, en todas aquellas situaciones donde se descorre la cortina del escenario institucional y se accede a los momentos donde la certidumbre jurídica deja de operar como principio ordenador de la sociedad. Ninguna de las dos perspectivas puede ser dejada de lado, por mucho que podamos tener más simpatía o afinidad ideológica o personal por un autor o por otro.

2.1 Kelsen: el discreto encanto de la normalidad

Como fenómeno infundado, el derecho es para Kelsen una técnica social para provocar cierta conducta recíproca en los seres humanos. En dicha técnica es especialmente importante la organización de sanciones, lo que convierte al derecho en un orden coactivo donde el monopolio de la fuerza lo tiene el Estado. Kelsen es hobbesiano en el sentido de rechazar la bondad del hombre y las ideologías anárquicas que nieguen la sociedad,

sobre todo si de lo que se trata es de organizar la propia libertad. Interesante es señalar que asigna a la comunidad el uso de la *fuera*, mientras que a los particulares les atribuye el uso de la *violencia*. Esta diferencia de sustantivos no debió ser inocente: quizá con ella quería salir al paso de la definición de Estado elaborada por Weber⁽¹¹⁾. El derecho en Kelsen es por tanto un medio para conseguir la paz (una paz relativa, eso sí), no pudiéndose afirmar entonces que tal concepción no esté dirigida por unos fines y valores concretos, como se ha repetido en muchas ocasiones.

En cuanto a la norma, para Kelsen es un juicio hipotético que conecta un supuesto fáctico ilícito con una consecuencia jurídica por medio de un nexo de “deber ser”. La norma jurídica completa es la “proposición jurídica” que se desdobra en un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. La proposición parte de la hipótesis de que se produzca un hecho considerado ilícito (por ejemplo, un homicidio, el impago de una deuda, una infracción de tráfico). La sanción sigue al acto ilícito no como efecto de una causa, sino como una consecuencia imputable a aquel acto. Este acto es considerado ilícito por el legislador, que es quien también decide imputar una determinada consecuencia jurídica a dicho acto: pero la ley nunca es “voluntad” del legislador si por voluntad se entiende un fenómeno psicológico. Esta conexión entre supuesto de hecho y sanción jurídica abre muchos interrogantes en torno a aquellas normas que no contienen reproches concretos en caso de incumplimiento, como ocurre en el caso de numerosas disposiciones constitucionales que en nuestro tiempo reconocen valores o principios⁽¹²⁾.

Para Kelsen el derecho es también un sistema de normas, un conjunto normativo cuya descripción es tarea de la ciencia jurídica. Ahora bien, hay que distinguir dos tipos de sistemas normativos: el estático y el dinámico. El primero es propio de la moral (nomoestática). Consiste en que, a partir de una norma general, se derivan preceptos concretos por medio de la deducción lógica. El tipo dinámico es propio del derecho (nomodinámica). Este es un sistema cuyas normas no derivan unas de otras por mera deducción lógica sino por intermediación de “actos de voluntad” creadores de las normas. Entre la Constitución y una ley se interpone la voluntad del legislador que la promulga sin más límites que los previstos por el ordenamiento: establecer

(11) Max Weber, *La política como profesión*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2018, p. 57.

(12) Eugenio Bulygin, *Il positivismo giuridico*, Giuffrè, Milán, 2006.

límites materiales a lo decidible implicaría entrar en el terreno de lo irracional. Entre la ley y la sentencia se interpone también la voluntad del juez que la dicta, lo que parece introducir una lógica decisionista. El sistema jurídico presupone en todo caso una estructura jerárquica, concepción que Kelsen tomó de su discípulo Merkl.

Por lo que se refiere al contenido de las normas, la famosa *Teoría pura del derecho* se plantea como opuesta a cualquier intento de legitimación política, por lo que parece poco apropiado hacerla acreedora del frecuente reproche de ser una teoría que busca la obediencia incuestionada y ciega de las normas a base de legitimar sus contenidos⁽¹³⁾. Es una orientación antiideológica, basada en postulados relativistas, la que lleva a Kelsen a propugnar el derecho positivo como el único modelo de dirección social que puede operar por encima de las distintas ideologías y sistemas de valores, como patrón común de la contraposición entre ellas y entre los intereses que las inspiran. Como señala García Amado, dado que su filosofía relativista le impide legitimar la primacía de un determinado sistema material de valores, estimará preferible un derecho en el que todos los valores puedan por igual manifestarse y competir abiertamente por el dominio de la sociedad. De ahí la defensa kelseniana de la tolerancia y la democracia⁽¹⁴⁾.

A nadie se le escapa que el derecho positivo tiene que presuponer una idea de justicia, aunque sea también de carácter formal. Recordemos, en tal sentido, que el propio Bobbio afirmará que el positivismo se identifica con cierto tipo de valores relativos (legalidad, orden, paz), para cuya realización parece particularmente idónea la existencia de un ordenamiento jurídico⁽¹⁵⁾. En Kelsen, la idea de derecho positivo implica sin duda un patrón de orden del que se desprende la necesidad de aplicación igual de sus preceptos. Por eso la justicia formal del derecho positivo también se

(13) Kelsen contribuyó sin duda a esta interpretación, cuando en su prólogo a la *Teoría pura* de 1934 señalaba que para los fascistas la misma “se vincula con el liberalismo democrático. Para los demócratas liberales o los socialistas abre el camino al fascismo. Los comunistas la rechazan, puesto que sería una ideología inspirada en el estatismo capitalista, mientras que los partidarios del capitalismo nacionalista ven en ella la expresión de un bolcheviquismo grosero o de un anarquismo disimulado”, Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Trotta, Madrid, 2011, p. 37.

(14) Juan Antonio García Amado, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

(15) Norberto Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Trotta, Madrid, 2015.

expresa en la seguridad jurídica, que aunque para Kelsen es un requisito funcional del sistema, no deja de ser un valor de gran importancia en la predictibilidad y regularidad de la aplicación del derecho y en el ejercicio de los derechos de los particulares.

Pese a este presupuesto formal, Kelsen rechazó que la obediencia a las leyes tuviera que derivar de la *legitimación* de la autoridad jurídica que tiene que imponerlas. En el fondo de esta doctrina late la idea de que el derecho es necesario para que exista la sociedad. En cualquier caso, ese respeto es más plausible si se cumple la exigencia de que los dominados acepten democráticamente el dominio legal como premisa lógica para la consecución de cualquier forma de vida civilizada. “El orden social significa la determinación de la voluntad del individuo. La libertad política, esto es, bajo un orden social, es autodeterminación del individuo por participación en la creación del orden social”⁽¹⁶⁾.

Por último, cabe identificar en Kelsen una preferencia clara por el individualismo metodológico, lo que desemboca en el rechazo de las doctrinas que se fundan en el superior valor del grupo frente a los ciudadanos. Por ello atribuía gran mérito a la teoría freudiana, que había aportado un trabajo preparatorio inestimable disolviendo de la manera más eficaz en sus elementos psicológicos individuales las hipóstasis revestidas de toda la magia de las antiguas palabras: Dios, sociedad, Estado. Frente a Hayek, por ejemplo, afirmará que no es asumible fuera del marco de las ideologías un enfrentamiento entre el individuo y la sociedad, pues la organización de la comunidad política a través del derecho aseguraba una cierta sociabilidad como consecuencia del igual valor atribuido a todos⁽¹⁷⁾. Sin duda, su propuesta de un derecho internacional monista está influenciada por las asunciones epistémicas anteriormente aludidas, pero también por su rechazo explícito a una razón de Estado que deje completamente desprotegido al individuo. Su teoría del derecho internacional jerárquico y monista permitió avances en una disciplina que vacilaba entre un modo de ser estatal-individualista y uno universal - humanista.

(16) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, UNAM, México, 1995, p. 338.

(17) Carlos Miguel Herrera, “Schmitt, Kelsen y el liberalismo”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21 (2), 1998.

2.2 Schmitt: lo irregular como fenómeno central del estudio del derecho

Frente al normativismo de Kelsen, Schmitt cree que la principal preocupación del jurista debe de ser el problema derivado de la praxis. A partir de esta realidad, Schmitt identifica los dos peligros que acechan a la “certeza, determinación y estabilidad” del derecho: la ley derivada del parlamento y la Constitución que debe servir para dar seguridad al sistema decisorio del Estado. Cuando ambas normas producen vacíos como consecuencia de su indeterminación, tienen que entrar en funcionamiento actos y categorías jurídicas más concretas que suturen el ordenamiento jurídico. Esta preocupación explica la preferencia de Schmitt por la decisión judicial y por las medidas, que abarcan tanto las actuaciones administrativas tradicionales, como las acciones excepcionales del Presidente que protege la Constitución. Acierta de pleno Fioravanti cuando apunta que en el jurista de Plettenberg tenía alma de administrativista, en la medida en que creía que ese sector jurídico se adaptaba mejor que ningún otro a uno de sus aforismos vitales preferidos: *rebus sic stantibus*⁽¹⁸⁾.

Como se sabe, para Schmitt el funcionamiento normal del Estado en cuanto a ejercicio de competencias fijas y regulares establecidas por el derecho supone una ilusión sin fundamento (en la línea de Nietzsche y *La voluntad de poder*). El carácter rígido, repetitivo y previsible de la normalidad kelseniana es un espejismo que no puede permanecer frente al efecto vivificador de la situación excepcional. En la relación entre lo normal y lo excepcional, se esconde una oposición entre el pensamiento racional del positivismo y el pensamiento vitalista del existencialismo⁽¹⁹⁾. La decisión solo aparecerá, por lo tanto, cuando surja una situación excepcional, es decir, cuando exista una laguna constitucional absoluta, como ocurrió en el famoso conflicto presupuestario prusiano del siglo XIX. Recuerda nuestro autor: “Esta última época del Derecho Público alemán se caracteriza por no haber aportado una solución para el caso

(18) Maurizio Fioravanti, “Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento”, in Gustavo Gozzi y Pierangelo Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania*, Il Mulino, Bolonia, 1987.

(19) Germán Gómez Orfanel, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

decisivo, es decir, ni para el conflicto constitucional prusiano con Bismarck ni tampoco, por consiguiente, para los siguientes casos decisivos⁽²⁰⁾.

Pese a ello, Schmitt no consideraba que las normas positivas fueran inútiles o que no debieran conformar el esqueleto central de un sistema jurídico. Lo que quiere decir es que la supervivencia de dicho sistema también depende de otros modos de pensar el derecho. Nociones como rey, *governor* o juez, nos trasladan inmediatamente a órdenes muy diferentes a las reglas que por ejemplo tratan de regular el horario de los trenes o la circulación vial. Se entiende entonces que Schmitt distinga entre un concepto racional de ley y un concepto existencial y voluntarista de medida. La primera se caracterizaría por el requisito de la generalidad expresada en sede parlamentaria, mientras que la segunda justificaría que el poder ejecutivo pudiese adoptar los actos necesarios e limitados, para la restauración del orden constitucional, como defendió en relación con el art. 48 de la Constitución de Weimar (en adelante CW)⁽²¹⁾.

La medida nos lleva al segundo modo de pensar jurídicamente para Schmitt, la decisión: ésta sería la forma de crear derecho del defensor de la Constitución, el dictador soberano o el caudillo que lidera el *movimiento* nacionalsocialista. En su primer trabajo relevante, *Gesetz und Urteil*, escrito en 1912, Schmitt se enfrenta claramente al *Freirechtsbewegung* o derecho libre que pretende introducir al juez en un momento teleológico de confrontación y ponderación de intereses. Este movimiento estaría destinado a producir una gran inseguridad jurídica en su intento de integrar el nuevo pluralismo. Nuestro autor considera que la praxis de la ley produce incertidumbre y que por lo tanto debe ser la sentencia del juez la que salve la “oposición entre norma del derecho y norma de actuación del derecho”. Se atreve entonces a plantear una especie de iusnaturalismo judicial al señalar que la “decisión del juez es justa cuando es predecible y calculable”, es decir, cuanto otro juez en la misma situación es capaz de llegar a la misma conclusión. En los siguientes trabajos importantes, Schmitt se preocupa de este mismo problema, pero no a nivel ordinario sino propiamente constitucional. El paso de la Guerra Mundial y la complicada vida en

(20) Carl Schmitt, *Teología política*, Trotta, Madrid, 2012, p. 12.

(21) Carl Schmitt, *Posiciones ante el derecho*, Tecnos, Madrid, 2012.

la joven República de Weimar marcan sin duda el contenido de una de sus siguientes obras, *La dictadura*, escrita en 1921⁽²²⁾.

En *La dictadura* la decisión soberana se desdobra en dos partes. Por un lado, tenemos la decisión que se produce en el contexto de la dictadura constituyente, es decir, en el marco del proceso político que tiene como objeto crear una nueva Constitución. Las alusiones a Cromwell, Rousseau o Sieyès son aquí permanentes. Por otro, tenemos la decisión que realiza el dictador comisario, aquél órgano previsto constitucionalmente que tiene como objetivo proteger la propia Constitución contra aquellas fuerzas que la amenazan. De ahí surge la repetida sentencia con la que comienza su *Teología Política*, conocida por todos: soberano es quien decide sobre el estado de excepción⁽²³⁾. Schmitt sostiene que el dictador comisarial no puede modificar la Constitución, solo crear las condiciones necesarias para que el derecho pueda volver a ser aplicado con normalidad. En este contexto comisarial, la asociación de la soberanía con la decisión tiene que ver con el *criterio político* (y por lo tanto subjetivo) del órgano competente para concluir cuándo se está ante una situación excepcional o cuándo no. Aquí se manifiesta la tensión entre derecho y poder que recorre toda la obra de Schmitt y que puede ser ejemplificado en el momento en el que el Consejo de Ministros español resuelve poner en marcha el art. 155 de la Constitución española (en adelante CE) como respuesta a la declaración unilateral de independencia del Parlamento de Cataluña el 27 de octubre de 2017.

El tercer modo de pensar el derecho será la institución u orden concreto. Aunque Schmitt no es muy claro al respecto, dicho modo parece coincidir con aquellas formas jurídicas que surgen de la legitimidad tradicional vinculada al devenir del pueblo alemán. Heredera de las tesis de Romano o Hauriou y a nuestro parecer de la escuela histórica de Savigny, la garantía institucional es sin duda una de las muchas aportaciones de Schmitt al constitucionalismo moderno⁽²⁴⁾. Con tal garantía nuestro autor pretendía que los actos del legislador o del juez respetaran el contenido de las distintas leyes constitucionales. La razón de esta fórmula es sencilla de

(22) En Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura. 1991-1932*, Tecnos, Madrid, 2013.

(23) Carl Schmitt, *Teología política, op. cit.*, p. 13.

(24) Juan José Solozábal Echevarría, "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, nº 71, 1991.

entender: Schmitt no concibió un defensor jurisdiccional de la Constitución como el de Kelsen, lo que no resolvía el problema de los posibles ilícitos constitucionales cometidos por los distintos órganos del Estado. Esto planteaba, sobre todo, una encrucijada importante con respecto a los derechos fundamentales de la Constitución. Hoy sabemos que el adjetivo “fundamental” tiene que ver, precisamente, con la imposibilidad de que el legislador ordinario pueda disponer, al menos, del contenido esencial de los derechos reconocidos en la Constitución (art. 53.1 CE).

III. Estado y Constitución en Kelsen y Schmitt

Como es bien conocido, Kelsen identifica el Estado con el ordenamiento jurídico, para tratar de romper la tradición secular alemana que, como consecuencia del iusnaturalismo de raíz histórica, había terminado identificado Estado con poder (Meinecke). El Estado se compone de una serie de elementos y entre esos elementos se encuentra, es verdad, el poder: pero es un poder jurídicamente limitado que se diversifica en una serie de funciones y competencias en orden a la creación del derecho. Dicha tarea se ejercita a través de una serie de normas generales (fuentes del derecho) previstas en lo que denomina Constitución material. A partir de esta premisa, Kelsen se plantea el problema del poder constituyente, que aborda mediante la categoría de norma fundamental, y la evolución del propio contenido de una Constitución cuya tarea esencial es buscar “la máxima juridicidad de la acción estatal”⁽²⁵⁾.

A diferencia de Kelsen, Schmitt no escribió una Teoría del Estado, sino de la Constitución, lo que indica la intención de cambiar el orden de los factores según el viejo positivismo alemán: primero la Constitución, luego el Estado. El elemento político recorre toda la *Teoría de la Constitución* de Schmitt, particularmente en dos momentos esenciales: la aparición de un poder constituyente que decida sobre la Constitución y la configuración de un modelo de democracia que aporte la energía necesaria para que dicha decisión catalice la unidad del pueblo, es decir, el Estado. Por lo tanto, a diferencia de Kelsen, en Schmitt la Constitución debe ser entendida no como una limitación sino como una herramienta para permitir que el Estado adopte decisiones firmes y unívocas en la búsqueda de orden y

(25) Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 292.

seguridad: o por decirlo de otra manera, el Estado presupone al derecho y la Constitución le aporta una serie de elementos para garantizar la regularidad de la aplicación de las normas en caso de situación excepcional⁽²⁶⁾.

3.1. El Estado constitucional kelseniano

“El Estado es una organización política, porque es un orden que regula, monopolizándolo, el uso de la fuerza”⁽²⁷⁾. Para describir esa organización Kelsen, ya lo hemos dicho, opta por una aproximación puramente “científica” en el sentido de que estudia sus elementos depurando su contenido sociológico o filosófico. Si se separa Estado y derecho se termina produciendo una hipóstasis en la que se confunde el sujeto y el objeto del conocimiento⁽²⁸⁾. Por ello, el poder, el territorio, el tiempo o el pueblo no serían más que la vigencia en sí del orden jurídico y los campos espacial y personal de éste. La doctrina de los tres poderes o funciones del Estado, tiene que tener por objeto el estudio de los varios grados escalonados en la producción del orden jurídico.

No resulta preciso entrar a abordar, específicamente, la caracterización jurídica de los elementos que componen un Estado para el autor austriaco. Tampoco volver sobre cuestiones ya sabidas por todos, como la forma en la que los órganos del Estado producen y realizan el derecho de forma escalonada. Interesa, por el contrario, la relación entre el Estado y la “clasificación de los gobiernos”. Conviene advertir que, al igual que Schmitt, Kelsen no distingue claramente entre forma de Estado y forma de gobierno. Desde un punto de vista jurídico, “se trata de la distinción entre diferentes arquetipos de Constituciones. De aquí que el problema pueda ser presentado también como la distinción entre las diferentes formas de Estado”⁽²⁹⁾. Esas formas diversas se caracterizan por organizar constitucionalmente la manera en la que se producen las normas. Si escapamos de la aproximación clásica por ejemplo de Platón o Aristóteles, nos encontramos en esencia con “dos modelos de Constitución” para llevar a cabo dicha tarea: la democracia y la autocracia.

(26) José Antonio Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989.

(27) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, UNAM, México, 1995, p. 226.

(28) Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 125.

(29) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, op. cit., p. 335.

El criterio delimitador entre ambas formas de Estado es la libertad política: en la autocracia, los individuos no son ciudadanos, sino súbditos que no participan en la elaboración de las normas a las que se ven sometidos. Pese a que en su tiempo en Europa se había impuesto el comunismo y el fascismo en varios países, nuestro autor dedica muchas más páginas y esfuerzos a describir las características del Estado democrático que las características del Estado autocrático. Este último se presenta como una dictadura de partido único (bolchevique y fascista) sostenido por la clase trabajadora (Unión Soviética) o por la clase media (Italia y Alemania). En estos sistemas hay una “completa supresión de la libertad”, penetrando el Estado “totalitario” en la esfera de la economía y de los intereses particulares. No puede ser inocente, en este sentido, que Kelsen señale que en las autocracias exista “una carencia de significación de las instituciones constitucionales”, en la medida en que las apelaciones formales a la voluntad popular o a la libertad individual aparecen como expresiones vacías destinadas a “confundir la fachada con la naturaleza interna del propio Estado”⁽³⁰⁾. Parece que estuviera apuntando a una identidad necesaria entre Estado constitucional y democracia, como consecuencia de la atribución de un contenido concreto al concepto de Constitución.

En términos jurídicos, la soberanía del Estado consiste en presentarse como un orden o autoridad suprema, cuya vigencia no es derivable de ningún otro orden superior: frente al poder físico natural, la “autoridad” proviene de un orden normativo último que autoriza la posibilidad de expedir a los órganos “mandatos”. Conforme a esto, “carecerá de soberanía aquella comunidad cuyo ordenamiento está situado bajo otro superior y encuentra en éste su razón de vigencia”⁽³¹⁾. Sin embargo, Kelsen identifica, como hemos dicho en numerosas ocasiones, al Estado con derecho: siendo esto así, parece lógico pensar que más que el propio Estado, sea entonces la norma que culmina su ordenamiento la que sea considerada como soberana. La relación entre ordenamientos internos es una cuestión *normológica* que debe resolverse mediante la identificación de lo que nuestro autor llama “norma fundamental”.

En este sentido, para Kelsen la norma fundamental es una mera hipótesis que permitía explicar, en cierta medida, la efectividad de un

(30) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, op. cit., p. 360.

(31) Hans Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, Blume, Barcelona, 1979, p. 143.

ordenamiento jurídico dado: el fundamento de validez de un ordenamiento jurídico es una norma fundamental presupuesta que estatuye que uno debe comportarse de acuerdo con una Constitución que ha sido efectivamente creada y es eficaz en términos generales. Para Kelsen, el deber ser de la norma, como puede ser el caso de la Constitución, nunca puede provenir del ser, a quien aspira a disciplinar. Por ello, pensar que la decisión constituyente de un pueblo que describe de forma mítica, puede servir para dar legitimidad (en términos de validez) a un ordenamiento jurídico, es un contrasentido a partir de sus propios presupuestos teóricos. Bobbio también ha explicado con meridiana claridad lo que hay detrás de la norma fundamental de Kelsen: cada sistema tiene un inicio, preguntarse qué hay detrás de este inicio es un problema infecundo. La única respuesta que se puede dar a quien quiere saber cuál es el fundamento del fundamento es que para saberlo necesita salir del sistema⁽³²⁾. Se trata, por tanto, de un caso típico de aplicación al ámbito de la teoría general del derecho del teorema del matemático de Gödel, sobre los límites necesarios de la formalización de los sistemas lógicos.

Kelsen atribuye a la Constitución dos significados distintos: desde el punto de vista de la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico, la “norma fundamental” tiene la función esencial de crear las normas que regulan el proceso de la legislación. Esta es la que él denomina Constitución “material” –ya citada- y se identificaría con un contenido que podría concretarse en las fuentes del derecho y los órganos encargados de producirlo. La Constitución “formal”, sin embargo, se abriría, como ya se ve claramente en la Teoría del Estado de 1945, a una serie de contenidos más amplios que harían referencia, entre otras cuestiones, a la manera en que se reforma la propia Constitución o a las normas que regulan la creación y la competencia de órganos ejecutivos y judiciales supremos. No extraña que a partir de esta dicotomía, Kelsen diferencie lo que es la Constitución para la Teoría del Derecho (más atenta a la dimensión material) y para la teoría política (más atenta a la dimensión formal)⁽³³⁾.

Kelsen tomó siempre una cierta distancia hacia la constitucionalización amplia de contenidos, lo que no debe confundirse con una concepción

(32) Norberto Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Turín, 1960.

(33) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, *op. cit.*, p. 306.

“liberal” del derecho⁽³⁴⁾. Si los contenidos de una Constitución no pueden ser garantizadas en términos jurisdiccionales, su validez quedaría en entredicho como consecuencia de su ineficacia. La multiplicación de prescripciones socioeconómicas en las Constituciones, supone en la práctica una reducción de la capacidad de maniobra del legislador democrático, cuestión que no pudo escapársele a nuestro autor, muy pendiente de la necesidad de canalizar la expresión del pluralismo político en términos relativos. Por otro lado, la inclusión de cláusulas abiertas en las Constitucionales podría dificultar la caracterización del Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, que pasaría a convertirse en un legislador positivo si tuviera que convertirse, por exigencias históricas, en el último y sistemático intérprete de las cláusulas imprecisas que el poder constituyente ha formulado⁽³⁵⁾. Veremos más adelante esta cuestión.

En cuanto a su reforma, Kelsen parece indudablemente influenciado por las categorías de Bryce. Lo que hace *rígida* a la Constitución es el establecimiento de mecanismos concretos para hacer más difícil su enmienda: fundamentalmente exigir una mayoría cualificada y un quórum mayor que el usual. Además, es posible que pueda prohibirse la reforma de alguna parte de la Constitución: no encuentra reparo técnico a que puedan existir cláusulas de intangibilidad, pese a que como veremos, deja entrever que la democracia puede prever su propia autodestrucción. Sin embargo, considera que los límites explícitos solamente son eficaces en relación con enmiendas realizadas a través del órgano de reforma. Ello porque la más rígida de las Constituciones lo es solo con respecto al derecho estatuido, no el consuetudinario⁽³⁶⁾. Cabe preguntarse si Kelsen está pretendiendo integrar dentro de la teoría un evento irregular en la vida derecho: por ejemplo la desobediencia o inaplicación general de la Constitución⁽³⁷⁾.

(34) Carlos Miguel Herrera, “Kelsen y el socialismo reformista”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 96, 1997.

(35) Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, *op. cit.* p. 320.

(36) Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, *op. cit.*, p. 308.

(37) Esta estrategia parece semejante a la que sigue con respecto a otros fenómenos parecidos (desuetudo) y consiste en presuponer que la norma básica también conferiría validez jurídica a las costumbres o convenciones constitucionales. Al respecto, Josep Aguiló Regla, “La derogación de normas en la obra de Hans Kelsen”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 10, 1991. En cualquier caso, la desobediencia o inaplicación no son lo mismo que la revolución constitucional, a la que Kelsen denomina *coup d'état*: “ocurre siempre que el orden jurídico de una comunidad es

3.2. Estado y Constitución en Schmitt

En Schmitt, como hemos dicho, la relación entre el Estado y el derecho es diferente a la propuesta realizada por Kelsen. El Estado es un medio para permitir la creación del derecho, elemento que lo presupone. Por lo tanto, no puede hablarse de límites jurídicos a la actuación estatal, sino de medios institucionales para hacer permanecer el mundo del derecho. No es que a Schmitt no le interese la normalidad: es preciso recordar que frente a las acusaciones de falta de rigor metodológico, la *Teoría de la Constitución* (1928) es su propuesta –primera frase del libro– “para *sistematizar* el constitucionalismo del Estado burgués de Derecho” (cursivas nuestras). Ocurre que él es consciente de que dicho Estado está condenado a la inestabilidad como consecuencia de las transformaciones históricas y resulta necesario recurrir a otros modos de pensar que no sean el normativista. En este ámbito, la Constitución juega un papel conservador en dos direcciones.

En el espacio de los poderes constituidos, Schmitt realiza una definición de Constitución, al interpretar el art. 48 CW, muy diferente no solo a la que realiza Kelsen, sino a la que aparece como consecuencia de la aplicación de los principios demoliberales: “La Constitución dice lo que es el orden normal en el Estado. Su tarea y su valor consisten en resolver fundamentalmente la polémica sobre cuál es el interés común, la seguridad y el orden [...] El concepto de seguridad y de orden públicos reviste un interés no meramente en el ámbito del derecho de policía, sino que es también una categoría del derecho constitucional”⁽³⁸⁾. Entonces, la acción del dictador comisarial debe estar enfocada a “crear una situación en la que pueda realizarse el derecho, porque cada norma jurídica presupone, como medio homogéneo, una situación en la cual tiene validez”⁽³⁹⁾. Fuera de los poderes constituidos, la teoría de la Constitución le interesa a Schmitt porque le ofrece una solución a la discontinuidad entre el poder y el derecho, ya lo hemos dicho. El poder constituyente brinda un recurso de gran utilidad para reconducir aquellas situaciones donde se va desde un ordenamiento total a otro ordenamiento total, sin

nulificado y sustituido en forma ilegítima por un nuevo orden, es decir, cuando la sustitución no se hace en la forma prescrita por el orden anterior”. Hans Kelsen, *Teoría General del Estado y del Derecho*, op. cit., p. 138.

(38) Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura. 1991-1932*, op.cit., p. 331.

(39) Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura. 1991-1932*, op.cit., p. 215.

perder juridicidad porque aparece el decisionismo (que es otro modo de producir derecho)⁽⁴⁰⁾.

A diferencia de Kelsen, Schmitt realizó un esfuerzo sintetizador de los diferentes *concepts* de Estado. Estos conceptos persiguen dos intenciones distintas: una descriptiva, cercana a ciencia política clásica, y otra prescriptiva, asociada a las propuestas concretas para resolver la disolución de la autoridad que sufrió la República de Weimar en diferentes periodos de su existencia. Por cuestión de espacio, solo los citaremos, remitiéndonos a la bibliografía necesaria para que el lector pueda profundizar más en el tema. En cuanto a la dimensión descriptiva, Schmitt distingue tres tipos de Estado de acuerdo al sistema de legalidad dominante: el *legislativo*, donde el parlamento es guardián del derecho racional que busca materializar el progreso a través de leyes justas siguiendo una dirección de clase (burguesía); el *jurisdiccional*, vinculado a la situación institucional medieval, que en gran medida heredó el mundo jurídico anglosajón y, por último; el *administrativo*, que aflora en situaciones de grandes cambios históricos y revolucionarios⁽⁴¹⁾. En cuanto a dimensión prescriptiva, destacan en el jurista de Plettenberg el Estado *teológico*, que le sirve para establecer una nueva doctrina sobre la representación política; el *arbitral*, pensado para combatir el pluralismo social, económico y federal y, por último; el *total*, expresión que toma de su amigo Jünger (“movilización total”) y tiene como objetivo renovar las energías del poder público debilitado por el liberalismo⁽⁴²⁾.

(40) En tal sentido señalará que la dictadura soberana “no suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como Constitución verdadera”; Carl Schmitt, *Ensayos sobre la Dictadura. 1991-1932, op.cit.*, p. 215.

(41) Carl Schmitt, *Legitimidad y legalidad*, Comares, Granada, 2006, p. 3 y Carl Schmitt, “El ser y el devenir del Estado fascista”, en Héctor Orestes Aguilar, *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 128.

(42) Carl Schmitt, *Catolicismo romano y forma política*, Tecnos, Madrid, 2011; Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2009. Un análisis sistemático de esta y otras cuestiones en Schmitt, en Renato Cristi, *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, University of Wales Press, Cardiff, 1998.

La afición por las categorizaciones de Schmitt, inherente a la teología política que desplegó durante su larga vida intelectual⁽⁴³⁾, también se traslada a la idea de Constitución, que fue confusamente definida como *absoluta, relativa, positiva* e *ideal*. Nos interesa, en todo caso, la tercera de las definiciones: con él se quiere hacer, precisamente, una diferenciación entre Constitución como un todo y las leyes constitucionales dispersas. La Constitución como un todo surge de la decisión de un poder constituyente, que fija el “modo de existencia de una comunidad política”. La decisión implica, claro está, el reconocimiento de que el sujeto que decide existe previamente, sea el pueblo o la nación: “Lo que existe como magnitud *política*, es, jurídicamente considerado, digno de existir” (cursivas en el original)⁽⁴⁴⁾. Este problema –cómo llega un sujeto a alcanzar la unidad para decidir- nunca fue resuelto ni abordado por Schmitt. En cualquier caso, lo importante es apuntar que entender la Constitución como una decisión totalizadora, conduce a una serie de resultados prácticos de gran trascendencia: no se podrá reformar –más que por la vía del poder constituyente- *toda* la Constitución, configurándose entonces un núcleo intangible que garantiza una serie de derechos fundamentales y formula unos deberes enfocados a la consecución de la lealtad constitucional.

Kelsen, ya vimos, trató de enfrentarse al problema del origen de los ordenamientos constitucionales, mediante la figura –seguramente poco satisfactoria- de la *norma fundamental*. Frente a este propósito, no es casualidad que Schmitt dedique una gran parte de su obra, de una forma o de otra, a la difícil cuestión del poder constituyente, “voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política”. “Una Constitución –dirá- no se apoya en una norma cuya justicia sea fundamento de su validez. Se apoya en una decisión política surgida de un *Ser* político, acerca del modo y forma del propio Ser”⁽⁴⁵⁾. Dentro del poder constituyente

(43) Los conceptos o categorizaciones juegan en Schmitt un papel parecido al del *amigo* y *enemigo* pensado a partir de su teología política; sobre esta cuestión, ver Timo Pankakoski, “Conflict, Context, Concreteness. Koselleck and Schmitt on Concepts”, *Political Theory*, Vol. 38, n° 6, 2010 y Carlo Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Il Mulino, Bolonia, 1983.

(44) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 51.

(45) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución, op. cit.*, p. 94. La primera edición –por si quedan dudas de la filosofía inspiradora- de *Ser y Tiempo* de Heidegger (1927) databa de un año antes de la *Teoría de la Constitución* (1928).

hay que distinguir tres cuestiones de especial relevancia: el sujeto que lo protagoniza, su permanencia en el tiempo y la categorización del resultado derivado de su acción.

En cuanto al sujeto, Schmitt adopta en principio la noción democrática de poder constituyente del pueblo. Aunque cita al monarca, parece que lo considera como una opción o posibilidad del pasado. En esta cuestión, Weimar habría puesto a Alemania al día con respecto a Sieyès y la Revolución Francesa⁽⁴⁶⁾. En relación al tiempo, Schmitt considera que el poder constituyente permanece siempre: su dialéctica amigo/enemigo tenía como objetivo no abandonar nunca el estado de la naturaleza que parecía pretender superar⁽⁴⁷⁾. Es una posibilidad abierta históricamente porque persiste por encima y más allá de la Constitución por la que se expresa. Al lado y sobre la Constitución sigue existiendo un poder que puede actuar como dictador soberano imponiéndose a la lógica de los poderes constituidos. Por último, la actuación del poder constituyente puede tener dos resultados distintos: por un lado, la destrucción de la Constitución y el desplazamiento de un poder constituyente por otro (dicho poder no puede desaparecer nunca) y, por otro, la destrucción de la Constitución sin aparición de un sujeto constituyente distinto. Sea como fuere, Schmitt reitera que el poder de reforma nunca puede ser un poder constituyente, porque la reforma es una competencia limitada en lo formal y en lo material de un poder legislativo que no obstante se caracteriza como extraordinario⁽⁴⁸⁾.

Por último, al igual que Kelsen, Schmitt creía que las Constituciones no deberían ser normas de justicia. Su posición al respecto estaba determinada

(46) Pero la influencia de Spinoza, le hace considerar al poder constituyente como un fenómeno *natura naturans* que puede generar nuevas formas y sujetos que lo impulsen. Así, al margen del monarca y el pueblo, nuestro autor considera plausible en su tiempo un tercer sujeto en formación, una minoría organizada y firme coincidente en la historia con ciertas oligarquías o aristocracias, que sea capaz de impulsar por diferentes medios un poder constituyente. Nombra a los consejos soviéticos o al *fascio* italiano, aunque la tipología es perfectamente ampliable: pensamos en el partido (nazi) en 1933 o en la parte del ejército que se rebela contra el orden constituido en España en 1936 o en Chile en 1973. Sobre estas cuestiones, ver Renato Cristi, "La noción de poder constituyente en Carl Schmitt y la génesis de la Constitución chilena", *Revista Chilena de Derecho*, n° 20, 1993.

(47) Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, Alianza, Madrid, 1998.

(48) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 119.

por una construcción que al final dejaba poco espacio a la coherencia: la decisión implicaba homogeneidad, por lo que el reconocimiento de valores contrapuestos puede incentivar una lucha política entre enemigos que, en el contexto de democracias relativistas, conduciría inevitablemente a la guerra civil al no existir mecanismos de defensa del sistema político⁽⁴⁹⁾. Este argumento aparece en todo su esplendor en una de sus obras más conocidas y sin duda confusas, *Legalidad y legitimidad* (1932). En este libro, realizado de urgencia para tratar de evitar el derrumbamiento de Weimar mediante su transformación, Schmitt denunció que la Constitución de 1919 incurría en diversas contradicciones: según él, en el proceso constituyente habían quedado sin resolver algunas cuestiones fundamentales (materias y legisladores) que, pospuestas mediante “compromisos apócrifos” o “dilatatorios”, llevarían al final de la República a su destrucción como consecuencia de la polarización política reinante⁽⁵⁰⁾.

IV. La polémica en torno a la democracia constitucional

La inestabilidad gubernamental y política, produjo tres debates de gran calidad intelectual en Weimar, en torno a cuestiones clave sobre las que se sigue discutiendo hoy en día. El primero, el relacionado con la contraposición entre democracia directa y representativa. La doctrina se dividió en torno a la posibilidad de que el recurso al pueblo mediante el referéndum permitiera superar los frecuentes cambios de gobierno y la propia polarización partidista. El segundo de los debates tuvo que ver precisamente con la aparición del Estado de partidos: Thoma, Radbruch o Triepel discutieron si dicha forma de poder favorece la democracia y si, por tanto, debe ser reconocida en la Constitución y las leyes, o si, por el contrario, el Estado de partidos constituye un enemigo de la democracia y del propio parlamentarismo. El tercero disparaba por elevación y englobaba a los otros dos, al someter al propio parlamentarismo a una crítica que ponía en cuestión su capacidad para legitimar y dar funcionalidad a la democracia de masas. Esta crítica se entiende en el

(49) Carl Schmitt, *La tiranía de los valores*, Comares, Granada, 2010.

(50) Decimos “confusas” porque en *Legitimidad y legalidad* Schmitt da cuenta de las contradicciones existenciales de la Constitución de Weimar, pero en ningún momento aporta una solución explícita a los graves problemas planteados en sentido técnico. La solución pasaba por mutar sin reforma la República en un Estado presidencialista bajo los parámetros arbitrarios y totales más arriba referidos.

contexto del fortalecimiento de la dictadura del proletariado (o partido comunista) en la Unión Soviética y del surgimiento del corporativismo fascista en países como Italia.

Kelsen y Schmitt se sitúan, con todas las consecuencias, frente a esta última disyuntiva, al margen de opiniones concretas en torno al referéndum, los partidos o la estabilidad gubernamental. El primero deja claro, en su obra más decisiva sobre la materia *Esencia y valor de la democracia*, renovada y reeditada en pleno 1929, que “La lucha por el parlamentarismo era la lucha por la libertad política. Este hecho se olvida hoy, con frecuencia, dirigiendo críticas, muchas veces injustas, contra el parlamentarismo”⁽⁵¹⁾. El segundo, en el prólogo a la edición de 1926 de la *Situación histórico – intelectual del parlamentarismo*, señalará que “Frente a una democracia no solo técnica, sino también, en un sentido vital, directa, el Parlamento, generado a partir de un encadenamiento de ideas liberales, parece como una maquinaria artificial [...]. Los métodos dictatoriales y cesaristas no solo pueden ser mantenidos por la *acclamatio* del pueblo, sino que, asimismo, pueden ser la expresión directa de la sustancia y la fuerza democrática” (cursivas en el original)⁽⁵²⁾.

4.1. La cosmología democrática de Kelsen

Como es bien sabido, en Kelsen no hay alternativa entre el absolutismo y el relativismo. El primero tiene que ver con la transferencia teológica que imputa consideraciones religiosas a la política: “Quien en su voluntad y actuaciones políticas puede invocar la inspiración divina, el apoyo sobrenatural, puede tener el derecho a cerrar su oído a la voz de los hombres”⁽⁵³⁾. El relativismo democrático tiene sin embargo una fuerte apoyatura en la teoría de la norma kelseniana: en tal teoría la norma no es producto de la razón sino de la mera voluntad humana. El legislador no razona, sino que primero delibera y luego *decide* sobre el contenido concreto y contingente de normas jurídicas de acuerdo a las múltiples visiones del mundo y la vida que se encarnan en intereses concretos. Por lo tanto, no es verdad que en Kelsen el sujeto con competencia para ello no decida: lo hace por mayoría para cerrar el debate parlamentario, para cancelar

(51) Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002, p. 37.

(52) Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 22.

(53) Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, *op. cit.*, p. 134.

la posibilidad de aplicar la teoría del conocimiento de manera perpetua al sistema de producción del ordenamiento jurídico, lo que llevaría a un estado de indeterminación imposible de sostener.

La libertad política del ciudadano alcanza, según el profesor vienés, todo su esplendor en la antigüedad, en aquellas ciudades – Estado que permitían la participación directa del pueblo en la toma de decisiones que le concernía. Sin embargo, Kelsen señala que dicha forma de gobierno, propia de las asambleas populares de la antigua Grecia o Roma, es irrealizable en el contexto de las sociedades modernas. Aunque no quepa asociar automáticamente democracia y parlamento, “No se puede dudar seriamente de que el parlamentarismo es la única forma *real* posible bajo la que puede realizarse la idea de democracia en la realidad social de nuestros días. Por ello, la decisión que se adopte sobre el parlamentarismo equivale a una decisión sobre la democracia” (cursivas en el original)⁽⁵⁴⁾. El parlamentarismo se presenta, por tanto, como un compromiso ineludible entre la exigencia democrática de libertad y el principio de división del trabajo que condiciona todo progreso de la técnica social.

De este modo, la única salida para el Estado contemporáneo es la democracia representativa. No obstante, Kelsen advierte, en sus propuestas para la reforma del parlamento, que resulta necesario no terminar dando la razón a los que acusan al mismo de “excluir al pueblo” de la toma de decisiones, por lo que cree oportuno que se incorporen mecanismos de participación directa como el referéndum constitucional y legislativo y la iniciativa legislativa popular⁽⁵⁵⁾. Como se sabe, estos institutos se fueron reconociendo en algunos sistemas constitucionales tras la II Guerra Mundial. En cualquier caso, el referéndum y la iniciativa legislativa popular son la excepción que confirma la regla, situándose nuestro autor, sobre todo en 1929, frente a las opciones totalitarias que buscaban redefinir la democracia –fascismo y comunismo- eliminando el parlamento de la organización del Estado moderno. Democracia cuya *esencia* dependía de dos variables realistas insoslayables en la consecución del *valor* (libertad) de la misma: los partidos y el principio mayoritario⁽⁵⁶⁾.

(54) Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, op. cit., p. 86.

(55) Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, op. cit., p. 50.

(56) Ver, en este sentido, Sandrine Baume, *Kelsen. Un alegato por la democracia*, Jusbaire, Buenos Aires, 2015 y Sara Lagi, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911 – 1920)*.

Vayamos con esta última cuestión. Si la democracia se considera lograda para Kelsen desde el punto de vista de que los sujetos al orden del Estado participen en la conformación del mismo, resulta claro que el sistema de adopción de decisiones no puede tender a la unanimidad sino a la mayoría, pues con tal principio se consigue hacer más libres a un mayor número de ciudadanos. La consecución de la libertad, que se expresa en la concordancia entre la voluntad individual y la voluntad del Estado, es más factible mientras menos voluntades sean precisas para rectificar en una votación la voluntad del Estado. La mayoría absoluta representa en la práctica el límite máximo. Con una mayoría menos cualificada, sería posible que la voluntad del Estado en el momento de su formación hallase más voluntades individuales adversas que favorables. Con una más cualificada, la voluntad del Estado estaría en manos de una minoría, lo que condicionaría la conexión entre libertad y democracia.

Nuestro autor eleva dos tipos de cautelas ante una posible tiranía de la mayoría. En este tema, la influencia de Tocqueville, Mill y, sobre todo, el propio Jellinek, es muy potente. La primera cautela es puramente política y revela una cercanía evidente a las instituciones del parlamentarismo anglosajón: todo procedimiento parlamentario con su técnica, con sus controversias dialécticas, discursos y réplicas, argumentos y refutaciones, tienden a la consecución de *transacciones*, concepto que impide hablar de la democracia como “gobierno de la mayoría” sin tener presentes los intereses y los derechos de la minoría⁽⁵⁷⁾. La segunda cautela es de carácter jurídico: “la justicia constitucional es un medio eficaz de protección de la minoría contra los abusos de la mayoría. La dominación de esta última solo es soportable si es ejercida de forma regular”⁽⁵⁸⁾. Aunque no se extiende en formulaciones técnicas, Kelsen piensa que el mejor medio para articular dicha protección es prever una acción o

Los orígenes de “De la esencia y valor de la democracia”, Biblioteca Nueva, 2007.

(57) Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, *op. cit.*, p. 66.

(58) La existencia misma de esta posibilidad, la amenaza de poder recurrir ante el Tribunal Constitucional, debería constituir un medio eficaz para propiciar una tendencia colectiva hacia el *compromiso* entre la mayoría y minoría, uno de los ejes esenciales de la teoría de la democracia *kelseniana*. Todo este razonamiento se desarrolla en uno de los trabajos clásicos de Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, en “Sobre la jurisdicción constitucional” al cuidado de Domingo García Belaunde, Lima 2017.

recurso de inconstitucionalidad contra leyes, que pueda ser ejercida por una “minoría cualificada” del parlamento.

En cuanto a los partidos, Kelsen considera que no son *males necesarios* en transición hacia fórmulas definitivas y más perfectas, sino que constituyen el eje central sobre el que giran tanto la democracia como el Estado en la compleja tarea que lleva a la formación del ordenamiento jurídico. En directa confrontación con Triepel, Weber y, por supuesto, Schmitt, Kelsen afirmará que “La democracia moderna descansa, por así decirlo, sobre los partidos políticos [...]. La democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un *Estado de partidos*” (cursivas en el original)⁽⁵⁹⁾. Frente al pesimismo histórico heredado del monarquismo y las técnicas revolucionarias que pretendían la toma del Estado para totalizarlo, nuestro autor parece hacer suyo el optimismo que Tocqueville ve en el fenómeno asociativo para impulsar el espíritu democrático primero en América y después en Europa.

Pero Kelsen estará atento a la evolución del propio derecho constitucional, con el objeto de intentar revertir el fenómeno aristocrático que se produce en el seno de los partidos, tempranamente denunciado por autores como Michels. A diferencia también de Triepel, el autor vienés creía que el reconocimiento constitucional de los partidos podría servir para “democratizar la formación de la voluntad colectiva dentro de su esfera”⁽⁶⁰⁾. Tras la II Guerra Mundial se llevó a cabo una constitucionalización de los partidos políticos en gran parte de los países europeos (por ejemplo, Italia, Alemania, Francia, Portugal o España), destacando su importancia a la hora de participar en la formación de la voluntad del Estado y la necesidad de que su organización interna atienda a premisas democráticas. La impronta kelseniana resulta aquí indudable.

La cosmología democrática de Kelsen revela, en definitiva, un pensamiento que va más allá del formalismo jurídico y el relativismo filosófico. La democracia necesita una serie de condiciones e instituciones sin las cuales no puede afirmarse ni *defenderse* la libertad política. Nos parece que hay en el conjunto de la obra del jurista austriaco una serie de reflexiones, ciertamente no siempre sistematizadas, que conducen inevitablemente a la idea de una cultura política universal sin la cual la democracia de masas

(59) Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, op. cit., p. 28.

(60) Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, op. cit., p. 32.

se torna inviable. Y aquí es necesario afirmar, sin el menor atisbo de duda, que dicha cultura se posiciona claramente frente a las tesis autoritarias y conservadoras que en la época hacen imposible pensar en un *compromiso* entre clases e ideologías. Ese compromiso, que arraiga en Kelsen como consecuencia de la asunción de las tesis del programa socialdemócrata austriaco y alemán, está en las antípodas de la dialéctica entre el amigo y el enemigo que formula Schmitt con la pretensión de construir la comunidad política: “El compromiso significa: posponer lo que separa a los asociados a favor de lo que les une. Todo trueque, todo acuerdo, es un compromiso; pues compromiso significa: *tolerarse*” (cursivas en el original)⁽⁶¹⁾.

4.2. Schmitt: El momento autoritario de la democracia

Para Schmitt, el desplazamiento del centro espiritual desde la metafísica hacia la técnica y la economía, termina desviando la soberanía hacia el ordenamiento jurídico y produciendo un modelo de democracia contagiada por la idea de *límite*. Para explicarlo de manera más sencilla: toda Constitución reúne, es verdad, una serie de normas para organizar el poder, sin embargo, ésta es una característica que no hay que considerar aisladamente, sino que debe complementarse con un contenido político que impulse y aporte la energía necesaria para que el Estado decida. El Estado burgués de Derecho es un Estado progresivamente deformado porque tiende a ir rebajando la potencia de lo político como consecuencia de una filosofía débil que, aunque alcanza todo su esplendor con el relativismo de Kelsen, tiene su origen en la preocupación liberal por confinar el poder e impedir que éste destruya las libertades naturales y los derechos de la minoría. Con cierta resignación, Schmitt apuntará que hasta “Guizot llama caos y anarquía a la Democracia aplicada con todas sus consecuencias”⁽⁶²⁾. Veamos qué quiere decir el autor de Plettenberg con la expresión “democracia aplicada con todas sus consecuencias”.

La unidad política del Estado, canalizada como hemos señalado a través de la Constitución, se expresa según Schmitt en la voluntad del pueblo, modo de existencia o de estar que alcanza una mayor intensidad dependiendo de que predomine el principio de identidad o de representación.

(61) Hans Kelsen, “El problema del parlamentarismo”, en el Vol., *Escritos sobre la democracia y socialismo*, Debate, Madrid, 1987, p. 100.

(62) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 202.

El principio de identidad es el que conecta a los gobernantes y los gobernados. Supone la imposibilidad de construir un Estado sin el pueblo: cuando se da un poder constituyente efectivo, el pueblo está ahí, es capaz de articular sin fisuras la unidad política. En la práctica, solo es posible en las democracias directas practicadas con rigor absoluto, “en el que todo el pueblo, esto es, todos los ciudadanos activos, se reúnen efectivamente en una plaza”⁽⁶³⁾. En cuanto al principio representativo, nuestro autor señala que para alcanzar un sentido de autenticidad debemos desprendernos de los conceptos iusprivatistas que, desde las Revoluciones francesa y americana, los liberales han ido endosando. Frente a la legitimidad contingente de las ideologías, como el monarquismo o el republicanismo, se reivindica una especie de representación *existencial* similar a la ejercitada por la Iglesia católica: ningún sistema constitucional puede perdurar con la mera técnica de la afirmación del poder, porque no hay política sin autoridad, ni ninguna autoridad sin el *ethos* de la persuasión⁽⁶⁴⁾.

Si, como ya hemos visto, Kelsen afirma en 1920 en *Esencia y valor de la democracia* que es imposible articular un modelo de democracia que no pase por el parlamento como órgano central del Estado y la vida pública, Schmitt en 1923, en su obra clave *Situación histórico – espiritual del parlamentarismo de hoy*, rechazará de plano esa postura al denunciar que el parlamento se ha convertido en un aparato vacío, en virtud de una inercia mecánica, al desaparecer las condiciones para que se integre la voluntad normativa de la única clase social que daba sentido a su posición institucional, la burguesía. Insistimos que para Schmitt el parlamentarismo es algo distinto a la democracia, forma parte del ideal aristocrático heredado por los Estados liberales. Esta distinción le permite definirlo como “método de Gobierno y como sistema político”⁽⁶⁵⁾. Por ello, como ha señalado Aragón, la crítica de Schmitt al parlamentarismo puede y

(63) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, *op. cit.*, p. 206. Estamos en un caso extremo, considerando Schmitt que si bien sin identidad no hay auténtico poder democrático, no puede existir un Estado sin ningún tipo de representación. Pero es posible la consecución de la unidad política a través de la máxima representación, que sin duda queda perfectamente ejemplificada en la famosa sentencia de Luis XIV, *L'Etat c'est moi*.

(64) Carl Schmitt, *Catolicismo romano y forma política*, *op. cit.*

(65) Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, *op. cit.*, p. 9.

debe descomponerse en dos estratos distintos: como forma de gobierno propiamente, y como forma de Estado⁽⁶⁶⁾.

En relación al parlamentarismo como forma de gobierno, nuestro autor reprochó la inestabilidad gubernamental como consecuencia de la fuerza del órgano legislativo. Identifica el parlamentarismo con la situación concreta que viven la III República francesa y la República de Weimar, pero olvida señalar que dicho sistema no siempre ha generado inestabilidad gubernamental y que el predominio del gobierno no siempre ha conducido a la irrelevancia del parlamento. La democracia parlamentaria como forma de Estado se basa en un órgano legislador que en realidad ya no existe: “La ratio del Parlamento reside –según la acertada expresión de Rudolf Smend– en una dinámica dialéctica, es decir, en un proceso de confrontación de opiniones antagónicas cuyo resultado es la correcta voluntad estatal”⁽⁶⁷⁾. La ley era norma general porque proyectaba una voluntad general que emanaba de una discusión basada en la prohibición del mandato imperativo y el principio de publicidad: era, en definitiva, expresión de la razón y de la verdad que se abren paso en un proceso de libre disputa facilitada por la homogeneidad de la clase social que la sostenía, la burguesía. Pero esta concepción de la ley desaparece porque en el parlamento moderno es imposible que se produzca la discusión en las condiciones aludidas.

Tiene todo el sentido entonces que Schmitt critique también la noción kelseniana de “Estado de partidos”. Esta noción implica la proyección de las asociaciones políticas en las estructuras estatales mediante su inserción en sus principales órganos decisorios. Sin embargo, este proceso resulta insostenible porque los partidos no son capaces de conciliar sus intereses ideológicos particulares con la voluntad “responsable” del Estado, lo que hoy denominaríamos como “políticas de interés general” que van más allá del egoísmo privativo de cada partido. Schmitt considera mucho más válida para estos fines la estructura desorganizada de los partidos decimonónicos, articulados como comités de notables donde había una relación más directa entre el votante y el representante⁽⁶⁸⁾. El “Estado de partidos” resultaría además

(66) Manuel Aragón, “Estudio preliminar”, en *Sobre el parlamentarismo*, Tecnos, Madrid, 2002.

(67) Carl Schmitt, *Sobre el parlamentarismo*, op. cit., p. 71.

(68) Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 60.

incoherente con la estructura administrativa moderna. La penetración de los partidos en el corazón del Estado, es decir, el gobierno, implica la introducción de “un pluralismo de los conceptos de legalidad, que destruye el respeto a la Constitución y transforma el terreno creado por ésta en una zona insegura”⁽⁶⁹⁾.

La doctrina de la democracia en Schmitt toma así cuerpo en directa oposición a la elaborada por autores que puedan ser considerados como “liberales”. Estos habrían realizado una identificación entre democracia e igualdad, por un lado, y gobierno de la mayoría y libertad por otro. Nuestro protagonista rechaza esta identificación por ficticia, reconstruyendo su teoría de la democracia en torno a la legitimidad plebiscitaria del presidente del Reich y su papel de guardián de la Constitución. Como ya hemos señalado, “Democracia [...] es identidad de dominadores y dominados, gobernantes y gobernados, de los que mandan y obedecen”⁽⁷⁰⁾. Esta definición se deriva exclusivamente de la sustancial igualdad, lo que impide que la distancia entre el pueblo y el gobierno sea producto de una diferencia considerada como *cualitativa*. Ello tiene lugar solo cuando en una comunidad política, en un pueblo, no existe la homogeneidad, concepto que difiere de la igualdad. La homogeneidad permite que sea operativa la coincidencia entre gobernantes y gobernados, porque el gran problema dentro de las democracias de masas consiste en que ambos deben de ser separados por exigencias prácticas.

Es por ello que en la *Teoría de la Constitución* apunte que la decisión por mayoría es una simple ficción. Desentendiéndose del proceso político parlamentario que pueda llevar a la misma, al que suele denominar “diplomacia pública de los agentes que tienen un poder secreto”, sentencia que cualquier decisión mayoritaria siempre se hace sobre una alternativa entre el sí y el no, siendo imposible entrar al fondo que se dirime en el asunto concreto. “La decisión objetiva suele estar ya, con frecuencia, en el modo de plantear la cuestión”⁽⁷¹⁾. Esto en cuanto a la decisión parlamentaria. En lo que respecta a las decisiones por referéndum, Schmitt apunta que la mayor parte de los electores, en general, tiene la tendencia a comportarse de manera pasiva frente a la decisión: “la mayoría de los ciudadanos que

(69) Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 163.

(70) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 230.

(71) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 270.

contesta por medio del sufragio secreto no es ni reaccionaria, ni progresiva, simplemente apolítica”⁽⁷²⁾. Además, resulta erróneo afirmar que una mayoría decida cuando estamos ante cuestiones altamente divisorias para la sociedad: en tal caso, quienes suelen hacerlo son los partidos o grupos políticos intermedios que no tienen interés en la propia decisión en juego. La mayoría es un método de determinación estadística de la voluntad del Estado, inherente a un modelo de democracia parlamentaria y liberal, “que tiene interés precisamente que ciertos contrastes permanezcan en estado latente y no sean llevados a la decisión”⁽⁷³⁾.

Si no hay posibilidad de una representación funcional, si resulta inconveniente la existencia de partidos políticos, si el pueblo y los diputados no pueden decidir por mayoría y, si es imposible y destructivo el parlamentarismo como forma de gobierno, ¿qué propone Schmitt para canalizar la voluntad popular? Nuestro protagonista considera la aclamación como el mecanismo idóneo de expresión de la voluntad popular. Para Schmitt el pueblo se sitúa antes (poder constituyente), dentro (sistema político representativo) y *junto* a la Constitución. El pueblo junto a la Constitución es el cuerpo político que se hace *presente* eludiendo las ficciones circunscritas por el sistema electoral tradicional. El pueblo, lo hemos dicho más arriba, no puede ser órgano del Estado, no puede ser representado a través de un parlamento, ni tomar decisiones efectivas, porque es una entidad no estructurada. El intento liberal de organizarlo es vano y tramposo. El voto y las elecciones son expresión de una fórmula que trata de trasponer a la política los hábitos privados del ciudadano burgués⁽⁷⁴⁾. Frente a este método artificial de agregación de voluntades, propone una democracia como imperio de la opinión pública que relacione al pueblo con el presidente – dictador mediante la *acclamatio*⁽⁷⁵⁾. Una opinión pública, naturalmente, ajena al influjo del pluralismo.

(72) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 271.

(73) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 273.

(74) “El método de sufragio secreto transforma al ciudadano con derecho a voto en un particular aislado, y le permite manifestar su opinión sin abandonar la esfera de lo privado. De una suma de la opinión privada de particulares no resulta ni una opinión pública, ni una auténtica decisión política”, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 272.

(75) José Antonio Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, op. cit.

V. La controversia en torno a quien debe ser el guardián de la Constitución

Una vez expuestas las diferentes concepciones que nuestros dos autores sostuvieron sobre la Constitución y la democracia procede examinar la controversia más célebre que mantuvieron y que es la relativa a quién debe ser el defensor de la Constitución. La forma de afrontar esta cuestión solo puede ser cabalmente comprendida a la luz de lo hasta ahora expuesto.

5.1. Kelsen y el Tribunal Constitucional como legislador negativo

Las tesis de Kelsen sobre esta cuestión aparecieron clara y sintéticamente expuestas en su célebre artículo “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)” traducido del alemán al francés por Charles Eisseman y publicado en la prestigiosa *Revue du Droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, (núm.45, París, 1928)⁽⁷⁶⁾. Aunque algunas de las ideas allí contenidas derivan claramente de la experiencia austriaca, su estudio se configura como una contribución con pretensión de valor general para todos los Estados democráticos. La aportación de Austria a la justicia constitucional europea no proviene tanto de su implantación en 1920 –que no admitió la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por parte de una minoría parlamentaria hasta 1975- como de la teorización realizada por Kelsen varios años después. Desde que Montesquieu expusiera su teoría sobre la división de los poderes, no ha habido un autor tan ligado a una teoría constitucional como Kelsen a la formulación de la justicia constitucional como parte del poder legislativo: esto es la teoría del Tribunal Constitucional como legislador negativo⁽⁷⁷⁾.

Para Kelsen, la Constitución sólo se encuentra garantizada en la medida en que la anulación de los actos inconstitucionales es posible. Que dicha anulación no puede quedar confiada al propio autor del acto irregular es obvio: “No es pues el Parlamento mismo con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él y, por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal, al que es necesario encargar la

(76) Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, cit.

(77) Boris Mirkin-Guetzevich, *Les Constitutions de l'Europe*, Librairie Delagrave, Paris, 1930. Pág. 11.

anulación de los actos inconstitucionales, esto es, a una jurisdicción o tribunal constitucional” (78).

El propio Kelsen se anticipa a las objeciones que dicho sistema pueda plantear. Reconoce que la relativa a la posible incompatibilidad del mismo con el principio de separación de poderes es la principal de ellas. No en vano, como veremos después, Schmitt centrará en este punto algunas de sus más fundamentadas críticas.

Es aquí cuando, sobre la base de la distinción entre función legislativa consistente en crear normas generales y función jurisdiccional generadora de normas individuales, el insigne jurista vienés formula su celeberrima teoría del Tribunal Constitucional como legislador negativo: “Anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. No siendo, por así decirlo, más que una confección con signo negativo, la anulación de una ley es, entonces, una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente, un órgano del Poder Legislativo” (79). La anulación por parte del Tribunal Constitucional de una ley no se concibe como una violación del poder legislativo sino como una repartición del mismo.

Que el titular de esta facultad de legislación negativa sea un Tribunal es para Kelsen algo indiscutible: “Su independencia frente al Parlamento como frente al Gobierno es un postulado evidente puesto que son, precisamente, el Parlamento y el gobierno, los que deben estar, en tanto que órganos participantes del procedimiento legislativo, controlados por la jurisdicción constitucional” (80).

Además, existe una gran diferencia entre la confección y la anulación de una ley, que es la que, en definitiva, permite atribuir esta última a un Tribunal: “La anulación de una ley se produce esencialmente en aplicación de las normas de la Constitución. La libre creación que caracteriza a la legislación *prácticamente* no se presenta en la anulación. En tanto que el legislador no está vinculado a la Constitución más que en relación con el procedimiento y solamente de manera excepcional en cuanto al contenido

(78) Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, cit.

(79) Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, cit.

(80) Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, cit.

de las leyes que debe dictar (...) la actividad de la jurisdicción constitucional, por el contrario, está absolutamente determinada por la Constitución. Es precisamente por ello que su función se asemeja a la de cualquier otro tribunal en general, constituye principalmente aplicación del derecho, y solamente en una débil medida, creación del derecho; su función es, por tanto, verdaderamente jurisdiccional”⁽⁸¹⁾.

En este contexto, el problema que no puede dejar de plantearse es el referido al riesgo de que en tanto que legislador negativo, el Tribunal Constitucional acabe suplantando al parlamento. Kelsen no eludió el tema –como ya hemos apuntado con anterioridad- y propugnó como remedio preventivo a la discrecionalidad de los jueces constitucionales, la eliminación de las cláusulas vagas, genéricas e imprecisas de los Textos Constitucionales.

Para evitar precisamente el traslado del poder del parlamento a un órgano situado fuera de él y que puede convertirse en expresión de fuerzas políticas distintas de las que en el propio parlamento se expresan, Kelsen anticipa como remedio preventivo el siguiente: “la Constitución debe (...) abstenerse de ese género de fraseología, y si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes, deberá formularlos de una manera tan precisa como sea posible”⁽⁸²⁾. He aquí expuesto por el propio creador del modelo de jurisdicción constitucional concentrado el principal problema y limitación del mismo.

El que fuera magistrado del Tribunal Constitucional de Austria concluye su sugerente y riguroso trabajo afirmando que “una Constitución a la que le falte la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es puramente obligatoria en su sentido técnico”⁽⁸³⁾. Dicho con otras palabras, la Constitución sólo puede ser concebida como la norma jurídica suprema del ordenamiento en la medida en que existe la posibilidad de anular los actos inconstitucionales. Esta es la razón de ser de la justicia constitucional.

(81) Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, cit.

(82) Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, cit.

(83) Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional*, cit.

5.2. Schmitt y el jefe del Estado como defensor de la Constitución

Schmitt reacciona contra la construcción kelseniana: ningún tribunal de justicia puede desempeñar dicha función ⁽⁸⁴⁾. La exposición de Schmitt se divide en tres partes. En la primera, toda su argumentación tiene por objetivo demostrar la contradicción intrínseca entre la función de defensa de la Constitución y la función de la justicia en el marco de una Constitución liberal (a). En la segunda parte, Schmitt expone la situación constitucional de la época y en ella realiza una crítica contundente al Estado pluralista de partidos en la que subyace una opción política claramente antidemocrática. Su enemigo es el pluralismo, su obsesión, la unidad (b). En la tercera y última parte de su exposición, como consecuencia de lo anterior, y retomando las formulaciones de Constant sobre el poder neutro, sostendrá que únicamente el jefe del Estado puede ostentar el honroso título de protector o defensor de la Constitución, y sostendrá una interpretación del art. 48 de la Constitución de Weimar coherente con ese postulado (c).

- a) La impugnación de Schmitt a la justicia constitucional preconizada por Kelsen tomará como punto de partida los esquemas propios de la teoría constitucional clásica. Según el principio orgánico de la distribución del poder de la teoría constitucional clásica, a cada uno de los tres poderes del Estado le correspondía una función distinta. En ese esquema, la función judicial se caracterizaba por la decisión de casos en virtud de leyes. El hecho de que el Tribunal Constitucional pueda dictaminar sobre la validez o invalidez de una ley “aunque su decisión se adopte conforme a un procedimiento judicial” implica, en palabras de Schmitt, una invasión clara de la justicia en la legislación que a lo único que conduce es a la destrucción del principio orgánico de distribución del poder. “Ninguna ficción, por extrema que fuese, -concluirá Schmitt- podría impedir que cualquier persona considerara semejante Tribunal como una instancia política, y lo valorara como tal” ⁽⁸⁵⁾. Dicho con otras palabras: con el control de normas, la jurisdicción constitucional transgrede los límites de la propia función jurisdiccional; ésta tiene que interpretar normas generales que le

(84) Schmitt publica inicialmente “El defensor de la Constitución” en marzo de 1929 (Archiv des öffentlichen Rechts, Nueva serie, XVI, pp. 161-237) y una versión posterior elaborada y ampliada en 1931.

(85) Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, *op. cit.*, p. 57.

vienen dadas por un legislador vinculante, en tanto que un juicio sobre las mismas leyes –simplemente a causa de la indeterminación de las normas constitucionales– es una decisión política.

Por todo ello para Schmitt resulta meridianamente claro que la determinación precisa del contenido de un precepto constitucional dudoso en cuanto a su contenido es, en concreto, materia de la legislación constitucional, no de la Justicia. El núcleo de la crítica schmittiana a la construcción de Kelsen va a girar, por tanto, en torno al dogma de la separación de poderes, y, en concreto, a la necesaria e imprescindible diferenciación entre legislación y Justicia: “Cabe otorgar (...) al juez una cierta libertad, pero no es posible transferirle la decisión en materia política, que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional” ⁽⁸⁶⁾.

La distinción entre ley y sentencia es esencial en el Estado de Derecho. La conclusión que Schmitt extrae de todo lo anterior es clara: “Toda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional” ⁽⁸⁷⁾.

Esta crítica, a pesar de su aparente brillantez, pierde su consistencia si nos percatamos de que no sólo puede utilizarse contra un Tribunal Constitucional sino también contra cualquier tribunal de justicia. Además, como el propio Kelsen advertirá, desde la perspectiva decisionista de Schmitt según la cual toda sentencia es decisión, no deja de ser una pura contradicción ⁽⁸⁸⁾. Es, en cualquier caso, en la segunda parte de la obra, donde Schmitt, a partir de unas premisas certeras y agudas, va a formular unos juicios claramente políticos con un disfraz aparentemente científico-jurídico.

b) La respuesta, al interrogante acerca de quien deba ser el defensor de la Constitución, debe partir según Schmitt del contexto de un Estado total configurado como Estado legislativo. “No es de

(86) Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 67.

(87) Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 82.

(88) En su *Teología política*, Schmitt sostiene que en toda aplicación de una norma general a un caso concreto existe un componente decisionista ineliminable. Esta tesis confiere un carácter político a la labor del juez que es negado en su obra sobre el guardián de la Constitución. Allí se presenta la aplicación de una norma general al caso concreto como una subsunción lógica.

extrañar –escribe– que la protesta contra semejante expansión del Estado aparezca, en primer lugar, como defensa contra aquella actividad política que en un momento tal determina precisamente la modalidad del Estado, es decir como defensa contra el Estado legislativo”⁽⁸⁹⁾.

El análisis schmittiano resulta esclarecedor. El diagnóstico, por decirlo de alguna manera, parece acertado, y, además, sugerente y brillantemente formulado. Ahora bien, frente a los problemas descritos, esto es la amenaza de un legislador omnipotente ante la continua expansión de los fines estatales, el remedio prescrito no podrá ser más inoportuno y ello desde las propias premisas de la argumentación schmittiana. Schmitt no es coherente con sus propios postulados. Frente a los problemas denunciados anticipa que no es precisamente la justicia, sino acaso el gobierno, quien puede arbitrar soluciones.

En cualquier caso, las razones últimas y verdaderas en las que reside el rechazo de Schmitt al parlamento son de índole ideológica. Y ya han sido expuestas en epígrafes anteriores. Para él, la Constitución es expresión de la voluntad de la unidad del pueblo, y el parlamento amenaza la constitución en cuanto pone en peligro esa unidad. Identificada la Constitución con la unidad del pueblo, el pluralismo se convierte en un peligro potencial. Ese peligro se concreta en el momento en que el parlamento, institución que traduce políticamente ese pluralismo social, se manifiesta incapaz de lograr el acuerdo. Ese es el peligro que hay que conjurar. Habida cuenta que se trata de una amenaza muy distinta a la planteada por Kelsen, no puede tampoco sorprender que los mecanismos de defensa propuestos sean también diferentes.

De lo expuesto hasta ahora, podemos extraer algunas conclusiones. La Constitución tiene que ser defendida principalmente del parlamento legislador, pero no tanto del hecho de que éste no se ciña a los límites materiales y formales que aquella le impone, como advirtiera Kelsen, sino de la circunstancia de que el pluralismo en él representado le impida adoptar las necesarias medidas para el funcionamiento del Estado total. Por todo ello, no cabe atribuir al legislador la función de protección de la Constitución. Y es ahora cuando comprendemos la reiterada insistencia de Schmitt en negar la posibilidad de configurar a la justicia como defensora

(89) Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, *op. cit.*, p. 284.

de la Constitución. Si no cabe atribuir la defensa de la Constitución ni al parlamento ni a la justicia, la conclusión a la que el jurista alemán quiere conducirnos se presenta como evidente: es preciso acudir al gobierno, y dentro de él, al jefe del Estado como único defensor, real y eficaz, de la Constitución del Estado. Si el parlamento no puede decidir, que decida el jefe del Estado, encarnación de la unidad del pueblo. No tiene sentido atribuir esta facultad a un tribunal de justicia.

Expuesto así el problema y la solución, fácilmente nos percatamos de que Kelsen y Schmitt hablan de cosas distintas. La problemática aludida por Schmitt nada tiene que ver con la defensa jurídica de la Constitución. Se trata de un problema particular subsumible en una categoría de defensa de la Constitución entendida en un sentido amplio. El problema relativo a qué mecanismos arbitrar para evitar la parálisis del Estado en los supuestos de que una fragmentación extrema del parlamento impida a éste legislar. La racionalización del parlamento parece en este sentido un expediente más adecuado para resolver ese problema ⁽⁹⁰⁾. En cualquier caso, lo cierto es que la respuesta de Schmitt deja sin resolver la cuestión de quién defiende la constitución de una posible violación imputable al jefe del Estado. Y no la resuelve porque según sus premisas esa hipótesis no puede plantearse. La razón de esa imposibilidad es la enorme ficción en la que fundamenta su tesis: el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo encarna la unidad de dicho pueblo y la Constitución es expresión de esa unidad. En última instancia el pensamiento de Schmitt identifica, en cierto modo y aunque expresamente no lo formule así, al jefe del Estado con la Constitución misma.

- c) Schmitt presenta esta opción del jefe del Estado como defensor de la Constitución como la única alternativa posible a la “ficticia” solución kelseniana. Alternativa, por un lado, coherente, según él, con la propia lógica interna del edificio liberal, y su fundamento, la separación de poderes. Por otro lado, efectiva y real, pues Schmitt pondrá en tela de juicio la efectividad de la justicia constitucional en el contexto de un Estado de partidos. Y, finalmente, lo que no deja de ser sorprendente, como alternativa más democrática, pues Schmitt, frente al intento de establecer un

(90) Como bien lo subrayó en su meritorio examen del Derecho Constitucional de entreguerras, Boris Mirkine-Guetzevich, *Modernas tendencias del Derecho Constitucional*, Reus, Madrid, 2011, pp. 43-51.

Tribunal Constitucional subrayará también las dificultades para que un régimen democrático ceda tan fácilmente a “las decisiones de la aristocracia de la toga” la definición de los valores políticos fundamentales del sistema.

Para evitar la politización de la justicia y mantener vigente el principio de distribución del poder, Schmitt propondrá atribuir la función de defensa de la Constitución al jefe del Estado elegido directamente por el pueblo e independiente de los partidos. A la hora de buscar un defensor de la Constitución, “no se aspira tanto a una instancia judicial como a una instancia neutral e independiente, pues sólo se desea utilizar el carácter judicial como el medio más seguro y evidente de conseguir una independencia garantizada por los preceptos constitucionales”⁽⁹¹⁾. Esa instancia independiente y neutral ya existe. La encarna el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo y encarnación de su unidad. De esta manera las feroces críticas al formalismo kelseniano y a sus ficciones concluyen, paradójicamente, con una ficción más peligrosa que ninguna, a saber, la de que el jefe del Estado representa la unidad del pueblo.

“Parece oportuno -escribe- en un Estado de Derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión precitada (garantizar la Constitución) a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución”⁽⁹²⁾. El argumento puede ser empleado en contra de su tesis. La brillantez de su estilo, y la agudeza de sus juicios, a lo que en ningún modo puede llegar es, a convencernos de que el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo, no es precisamente uno de los poderes de ese Estado.

5.3. La réplica de Kelsen a Schmitt

La réplica de Kelsen a la acerba crítica de Schmitt a la justicia constitucional apareció en 1931. En ella vino a demostrar que en la obra de Schmitt nos encontramos con un pensamiento que se destruye a sí mismo.

Kelsen comienza recordando algo tan obvio como que defensor de la Constitución significa, en el sentido originario del término, un órgano

(91) Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 276

(92) Carl Schmitt, *El defensor de la Constitución*, op. cit., p. 240.

cuya función es proteger la Norma Fundamental contra las violaciones. Que estas pueden provenir tanto del parlamento como del gobierno resulta igualmente indiscutible. Tan indiscutible como el principio de que nadie puede ser juez de su propia causa. En este contexto la tesis del jefe del Estado como defensor de la Constitución desempeña hoy la misma función que cumplió cuando fue alumbrada por los ideólogos del principio monárquico: “Lo que en realidad se pretendía –advierde Kelsen– era impedir una eficaz garantía de la Constitución, al menos contra su violación por parte de quien principalmente la ponía en peligro, esto es, del monarca; más precisamente, del Gobierno, es decir, del Monarca junto con los ministros que refrendaban sus actos” (93). Para Kelsen resulta paradójico que Schmitt, tras exponer las profundas transformaciones experimentadas por el Estado Constitucional, termine exhumando “del desván del teatro constitucional el trasto más viejo, a saber: que el Jefe de Estado, y ningún otro órgano, sería el defensor natural de la Constitución” (94). La realidad, hoy como ayer, no se corresponde con esas afirmaciones. En las monarquías constitucionales decimonónicas el peligro de una violación de la Constitución provenía del gobierno por lo que la tesis del monarca como poder neutro defensor de la Constitución era radicalmente falsa. Tan falsa, recordará Kelsen, como lo es hoy, porque el gobierno y el jefe del Estado en el seno del Estado democrático siguen configurándose como poderes del Estado susceptibles de incurrir en violaciones constitucionales.

Rechazada así la alternativa propuesta por Schmitt, Kelsen procede a defender su construcción de una jurisdicción constitucional concentrada. Las objeciones planteadas son rechazadas en los siguientes términos.

La primera y gran objeción de Schmitt a la justicia constitucional consistía, como hemos visto, en la reiterada afirmación de que declarar inconstitucional una ley no es misión de un Tribunal, porque no se trata de una función jurisdiccional sino de una función política. Kelsen rechaza el fundamento mismo de tal afirmación, esto es la existencia de una contradicción esencial entre jurisdicción y política, puesto que según él entre el carácter político de la legislación y el de la jurisdicción hay sólo una diferencia cuantitativa no cualitativa. El carácter político de la justicia es tanto más fuerte cuanto más amplio sea el poder discrecional que la legislación

(93) Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 294.

(94) Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 296.

general le otorga. Por ello, escribirá Kelsen: “Lo que puede afirmarse es sólo lo siguiente: que la función de un Tribunal Constitucional tiene un carácter político en una medida mucho mayor que la función de los otros Tribunales, y quienes han salido en defensa de la instauración de un Tribunal constitucional, nunca han desconocido ni negado el significado político de la sentencia de un Tribunal constitucional”⁽⁹⁵⁾. En definitiva, Kelsen subraya que la sentencia de un Tribunal constitucional, por ser un acto de legislación (negativa), no deja de ser un acto de jurisdicción, y que ambos tienen carácter político. En última instancia, y aunque ahora no quiera reconocerlo, a ello conduce también el decisionismo de Schmitt según el cual en toda sentencia de un tribunal existe un elemento de pura decisión que no puede ser derivado del contenido de la norma.

En segundo lugar, Kelsen rechaza el concepto de jurisdicción de Schmitt en cuanto función vinculada a normas claras. Lo cierto es más bien lo contrario, y ello no sólo en el caso de la jurisdicción constitucional sino en el de cualquier otra: “La jurisdicción comienza una vez que las normas, en cuanto a su contenido, se tornan dudosas y discutibles, pues de otro modo se trataría sólo de disputas sobre hechos y nunca propiamente de disputas sobre el derecho”⁽⁹⁶⁾. Respecto a la imposibilidad alegada por Schmitt de que exista jurisdicción de una norma sobre otra, Kelsen recuerda para explicar la función del Tribunal Constitucional la diferencia entre la ley como norma y la generación de la ley como hecho concreto: “Una norma debe ser anulada en su validez individual o general en razón de que el hecho concreto de su generación se encuentra en contradicción con la norma que regula ese hecho concreto, y que por ello es una norma superior”⁽⁹⁷⁾.

Llegados a este punto y relativizado así el problema de la jurisdicción, Kelsen se pregunta por qué es tan importante para Schmitt establecer que la justicia constitucional no es jurisdicción, sino legislación cuando de su propia visión se sigue que puede y debe ser simultáneamente ambas cosas. Tan importante que, como hemos visto, Schmitt llega a incurrir en contradicciones evidentes. La razón está clara: de lo que se trata es de negar la posibilidad de encomendar la defensa de la Constitución a un colegio de

(95) Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 308.

(96) Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 310.

(97) Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 314.

jueces independientes. Esto es, porque el control de la constitucionalidad no es jurisdicción sino legislación, no puede ni debe ser encomendada a un Tribunal. En este punto Kelsen le recuerda a Schmitt que no debería olvidar un dato incontrovertible: existe un Estado, Austria, en el que durante más de diez años ha funcionado y funciona un Tribunal Constitucional ⁽⁹⁸⁾.

Kelsen reconoce abiertamente, como vimos al analizar su exposición inicial, el riesgo de que el Tribunal Constitucional como legislador negativo pueda suplantar al parlamento, y en ese sentido admite que no se puede negar que la pregunta lanzada por Carl Schmitt acerca de los 'límites' de la jurisdicción, en general, y de la jurisdicción constitucional en particular, es totalmente legítima. Y en este sentido, y ante esta cuestión, recuerda, una vez más que, si se desea restringir el poder de los Tribunales, y con ello el carácter político de su función, debe limitarse lo más posible el espacio de la libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación. Traducido lo anterior al plano constitucional, Kelsen insistirá en que las normas constitucionales "en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otras semejantes, no deben ser formuladas en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como libertad, igualdad, justicia, etc.". De lo contrario, advierte el insigne jurista vienés, "existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución" ⁽⁹⁹⁾. Ahora bien, este no es un problema específico de la jurisdicción constitucional; es asimismo válido para las relaciones entre la ley y los tribunales civiles, penales y administrativos que las aplican.

Kelsen va a concluir su réplica atacando el punto más débil de las tesis de Schmitt, esto es, la consideración del jefe del Estado como generador de la unidad del mismo y del pueblo. "Cuando la Constitución instituye un Tribunal constitucional -escribe- no es una 'ficticia judicialidad' sino una institución real (...) si algo hay que puede ser caracterizado de ficticio es precisamente aquella 'unidad del pueblo'" ⁽¹⁰⁰⁾.

(98) Kelsen recuerda también a Schmitt que fundamentar la función exclusiva de la protección de la Constitución en el art. 48 de la Constitución supone desconocer que el art. 19 de la misma prevé expresamente que los tribunales resuelvan litigios constitucionales.

(99) Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 320.

(100) Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 345.

El representar de forma visible la unidad del Estado es, sin ninguna duda, la función que desempeña el titular de la jefatura del Estado según todas las Constituciones que establecen tal órgano. Ahora bien, con meridiana claridad advierte Kelsen que “es ideología, en lugar de realidad, cuando se ve en la institución del jefe del Estado no sólo un símbolo ético-político postulado por la unidad del Estado, sino el producto o generador real de dicha unidad, en el sentido de una efectiva solidaridad de intereses”⁽¹⁰¹⁾. Esa ficción sólo aparentemente democrática podría formularse de la siguiente manera: el pueblo que conforma el Estado es un todo colectivo homogéneo portador, por tanto, de un interés colectivo unitario, y se expresa también mediante una voluntad colectiva unitaria. Esta voluntad que se sitúa más allá de todos los antagonismos de intereses y, con ello, sobre los partidos políticos, no es generada por el parlamento; este es el escenario de la contraposición de intereses, de la atomización pluralista, de la fragmentación político-partidista. El generador de dicha voluntad es el jefe del Estado plebiscitado por el pueblo. El carácter ideológico de una tal interpretación, advertirá Kelsen, es manifiesto.

Presentar al jefe del Estado como una instancia independiente y neutral cualificada para actuar como defensor de la Constitución es otra ficción más. Su elección democrática tendrá lugar bajo la presión de los partidos y ello no garantiza en modo alguno su independencia⁽¹⁰²⁾. Y aquí, una vez más, Kelsen no puede menos que advertir el hecho de que Schmitt concluye con unas afirmaciones que parecen dirigidas contra sus propias tesis. Estamos de nuevo ante el pensamiento que se niega a así mismo, porque cuando Schmitt defiende la esencia de la ‘neutralidad’ que debe ser el presupuesto de la función de un defensor de la Constitución, se

(101) Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 346. En la medida en que “toda controversia jurídica es una controversia política”, confiar el control de constitucionalidad a un Tribunal sobre la base de un procedimiento contradictorio presenta la ventaja de “sacar a la luz la efectiva situación de los intereses”. Intereses que Schmitt quiere ocultar bajo ficciones.

(102) Schmitt olvida -interesadamente- que el poder neutral teorizado por Constant no era ejercido por un jefe de Estado plebiscitado. Y que, de hecho, Constant subrayó la superioridad de la herencia respecto a la elección a los efectos de garantizar la neutralidad del jefe del Estado. Por otro lado, el decisionismo y la doctrina schmittiana de la soberanía está en las antípodas del pensamiento liberal de Constant para quien la soberanía nunca podrá justificar el despotismo y mucho menos el terror: “La voluntad de todo un pueblo no puede hacer justo lo que es injusto”. Benjamin Constant, *Escritos políticos*, CEC, Madrid, 1989, p. 17.

adapta precisamente a un Tribunal Constitucional y está orientada contra el jefe del Estado. Y ello por la razón evidente de que el jefe del Estado ni es ni puede ser una instancia diferente de uno de los poderes existentes, cualidad que si es predicable de un Tribunal creado ad hoc.

Establecido que el jefe del Estado no es más neutral e independiente que un colegio de jueces, Kelsen mantendrá, con igual firmeza, que tampoco desde un punto de vista democrático ofrece ventaja alguna: “¿Por qué razón un Tribunal constitucional puede ser un defensor antidemocrático de la Constitución, menos democrático que el jefe de Estado?”⁽¹⁰³⁾. Las objeciones relativas a la aristocracia de la toga de la que hablaba Schmitt desaparecen simplemente con el hecho de que un Tribunal Constitucional elegido por el pueblo o solo por el parlamento representa algo totalmente distinto de una tal aristocracia.

En última instancia ocurre que toda la construcción de Schmitt está viciada de raíz. Como afirma Kelsen, toda su obra está saturada por la tendencia a ignorar la posibilidad de una violación de la Constitución por parte del jefe del Estado o del gobierno. Desde el momento en que Schmitt realiza la afirmación, indemostrada e indemostrable, de que el Tribunal Constitucional se opone sólo al parlamento, desvirtúa la función de defensa de la Constitución y la transforma en la función de contrapeso del parlamento. Y ésta otra función, que nada tiene que ver con el control de la constitucionalidad de los actos estatales, le corresponde, cierto es, según la Constitución de Weimar al jefe del Estado. Toda la construcción de Schmitt puede reducirse a un simplificado y falso escenario en el cual, de los dos titulares del poder del Estado designados por la Constitución, uno actúa como enemigo del Estado y otro como amigo del mismo. Uno pretende destruirlo, es decir, destruir su unidad; el otro, generador de dicha unidad, lo defiende de su destrucción. “El destructor y el defensor de la Constitución; esta es –apostillará Kelsen- con atavíos del Derecho Público la leyenda de Ormuz y Ahrimán”⁽¹⁰⁴⁾.

6. Conclusiones

Kelsen y Schmitt están destinados a ser dos clásicos del derecho público en general, y del constitucional en particular. Ambos se interesaron por

(103) Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 357.

(104) Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, op. cit., p. 365.

los mecanismos más intrincados del Leviatán de su tiempo, una maquinaria complejísima que tenía que hacer frente a la gran novedad del siglo XX en términos de legitimidad: la incorporación plena del principio democrático a una forma de poder, el Estado, acostumbrado a cerrar mediante ficciones jurídicas los diversos conflictos que hasta antes de la I Guerra Mundial se le fueron presentando.

Entreguerras fue (y sigue siendo), un periodo fascinante. Aquí solo hemos presentado una parte del debate, dejando fuera a dos de los cuatro gigantes que dominaron el derecho público centroeuropeo durante ese periodo: Smend y Heller. Weimar, Austria, la II República española, supusieron jalones fundamentales en el objetivo de colocar al Estado como eje fundamental para integrar las contradicciones de la sociedad. Ahora bien, en todos los casos indicados el proyecto acabó en tragedia, como consecuencia de la inexperiencia institucional, la inoperancia de una cultura democrática que estaba por hacer y, sobre todo, un bagaje histórico imposible de soslayar cuando se trataban de remover los viejos centros de mando.

En un bellissimo y poco conocido ensayo escrito en Colonia en 1932, Kelsen se sitúa ante la tormenta que se avecina. En él afirmaba -lo recordábamos en la introducción- que la Constitución de Weimar “era la más libre Constitución que un pueblo se haya dado nunca, un monumento erigido por el pueblo alemán, tras los horrores de la guerra, al proyecto de que la forma de su vida política no debiera ser otra que la república democrática”⁽¹⁰⁵⁾. Tras la derrota del nazismo y fascismo y los horrores de un conflicto bélico aún más terrible que aquella, Europa tomó conciencia de que en ausencia de límites y vínculos a los poderes públicos y privados, sigue prevaleciendo la ley del más fuerte. En el molde de la legalidad *kelseniano*, como dijo tempranamente el gran Piero Calamandrei, “se puede vaciar oro o plomo”. Por eso, hay que rechazar tajantemente las acusaciones de formalismo jurídico vacío que tradicionalmente se han hecho sobre su obra: su construcción tuvo como objetivo no solo dar una salida jurídica a los conflictos políticos, sino aplicar una terapia de vigilancia exhaustiva a todos y cada uno de los actos que se adoptaban en el seno del Estado y sus órganos.

El molde de Kelsen, con su idea de Constitución normativa, control jurisdiccional de la misma y apertura del ordenamiento nacional a las nuevas

(105) Hans Kelsen, *Sociologia della democrazia*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles 1991.

formas de cosmopolitismo jurídico, sentó las bases de los Estados constitucionales que fueron edificándose en el continente después de la II Guerra Mundial. En particular, la Ley Fundamental de Bonn de 1949, supuso en gran medida la imposición de un nuevo paradigma donde se fusionan la ley de la razón y la ley de la voluntad, el derecho natural y el derecho positivo. Las Constituciones que actualmente tienen como ámbito inmutable la dignidad humana y los derechos fundamentales, como sin ir más lejos es el caso de la española (art. 10.1 CE), expresan un concepto histórico de justicia imposible de formular sin la certeza del sistema positivo kelseniano. Justo es reconocer esta aportación, pese a que durante bastante tiempo se acusó infundadamente al autor vienes de haber promocionado mediante su relativismo el suicidio democrático de Weimar o de Austria, lo que le valió el ostracismo en una academia alemana donde aún podía sentirse el antisemitismo⁽¹⁰⁶⁾.

Sin embargo, resulta paradójico, que pese a la innegable contribución que Schmitt hizo para desprestigiar la Constitución de Weimar, mediante propuestas que suponían su presidencialización hasta límites que penetraban en el autoritarismo, su pensamiento tuviera aún algo que decir en la recuperación de la democracia alemana. Ciertamente, la plausible tesis de que la caída de Weimar pudo deberse a la insuficiente democratización de su sistema político, quedó aplazada cuando los Estados constitucionales surgidos en la propia Alemania, Francia y, en menor medida Italia, se ataron al mástil de la racionalización parlamentaria para evitar la inestabilidad institucional que pudo haber conducido, por distintas vías, al fascismo. La Ley Fundamental de Bonn procedió a proteger la democracia y la Constitución, incorporando un mecanismo de defensa frente a los partidos “que tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia” (art. 21.2) y prohibiendo la reforma de núcleos importantes del Texto Fundamental, entre ellos los derechos fundamentales y la dignidad humana (art. 79.3). Loewenstein y Schmitt, que se habían reencontrado en el contexto de los arrestos a profesores por su participación en el nazismo, en los papeles de acusador y acusado, veían cómo algunas de sus ideas más destacadas, encontraban reflejo en la nueva andadura constitucional que se iniciaba en Alemania, eso sí, por exigencia de las potencias vencedoras.

(106) Oliver Lepsius, “El redescubrimiento de Weimar por parte de la doctrina del derecho político de la República federal alemana”, *Historia Constitucional*, nº 9, 2008.

Que ello fue así, lo demuestra el hecho de que en un artículo escrito en 1949, con seudónimo, Schmitt señalara que la recientemente aprobada *Grundgesetz* era, antes que nada, una norma que construía un Estado de Derecho articulado lógicamente: superaba, de forma definitiva, la contraposición de núcleos constitucionales que se producía entre la parte organizativa y dogmática en la Constitución de Weimar, como había denunciado en *Legitimidad y legalidad*, en el verano de 1932. Ello se debía a que el “constituyente” alemán había tomado una decisión inapelable en los 19 primeros artículos de la Ley Fundamental, al apostar por los derechos de participación y libertad como ejes de la conformación presente y futura de la comunidad política alemana. Esta decisión originaria, quedaba además protegida, según había propuesto él en su *Teoría de la Constitución*, mediante la cláusula de eternidad o intangibilidad (art. 79.3) más arriba citada.

Tras el final de la II Guerra Mundial, tuvo lugar el momento de mayor esplendor de lo que el historiador británico Eric Hobsbawm llamó “siglo corto”. Las principales características jurídico – políticas de este tiempo, que parten de Alemania y pueden extrapolarse a los países que después fueron incorporándose a la Unión Europea, pueden localizarse en una suerte de “patrimonio constitucional” que determinó los desarrollos del Estado, la democracia y la defensa de la Constitución (Pizzorusso, 2002). Si comenzamos por el primer elemento, resulta evidente que pese a que la mayor parte de estudiosos rechazaron la influencia explícita de Kelsen, diríamos que “el pensar constitucionalmente” se sobrepuso “al pensar estatalmente”. Después del fracaso de Weimar, el Estado se constitucionalizó por completo y la Norma Fundamental se convirtió en el parámetro existencial del mismo: pero ya no como propuso Schmitt, esto es, como norma enfocada a reforzar el poder en situaciones de desorden político y social, sino como razón jurídica que dotaba de legitimidad al sistema y aportaba los elementos interpretativos necesarios para cohesionar la democracia, los intereses y el derecho en permanente transformación. Forsthoff advirtió que contemplar al Estado como una simple reserva en caso de caída de la Constitución, equivalía a reducirlo a una forma latente de estado de excepción. Al cabo de los años, aquella advertencia suena como una profecía cumplida⁽¹⁰⁷⁾.

(107) Ernst Forsthoff, *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales (1954 – 1973)*, Tecnos, Madrid, 2015.

CONSTITUCIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA(*)

*Sergio García Ramírez(**)*

Las preocupaciones de nuestro tiempo, sus riesgos y desafíos, han destacado cada vez más la relación entre el orden constitucional y el sistema penal. Los constitucionalistas vuelven la mirada hacia la normativa sobre los delitos, las penas y el enjuiciamiento penal, y aportan puntos de vista y apremios que exponen los valores y principios del constitucionalismo contemporáneo. A su vez, los penalistas recurren al ordenamiento constitucional, sus orientaciones y razones, para revisar y actualizar la preceptiva penal, en trance de reforma.

Este movimiento ocurre al amparo y bajo el impulso de lo que solemos llamar Estado de Derecho, garantía de la sociedad democrática. Esta tendencia arraiga en la doctrina y en la jurisprudencia y establece un marco para el desenvolvimiento del orden punitivo, que apunta hacia el denominado “derecho penal mínimo”, es decir, el empleo del aparato punitivo cuando es estrictamente necesario, con racionalidad y medida,

(*) Como se indica en el cuerpo de este artículo, el presente texto incorpora o reproduce trabajos previos del autor, especialmente el denominado “La regresión penal”, que forma parte de la obra del mismo título, en coautoría con el doctor Juan Silva Meza, expresidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y con prólogo del doctor Pedro Salazar Ugarte, en proceso de edición por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2019-2020).

(**) Profesor Emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ha sido procurador general de la República, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

exactamente como lo postuló el famoso párrafo con el que César Beccaria culminó su obra revolucionaria --*De los delitos y de las penas*-- hace un cuarto de milenio⁽¹⁾.

Sin embargo, hay puntos críticos en este enlace entre las exigencias del constitucionalismo liberal y los requerimientos del orden penal. No me detendré en el examen amplio de este asunto; por ahora me referiré solamente a un tema de importancia superlativa que suscita constantes debates: las medidas cautelares en el procedimiento penal, previstas por la constitución y detalladas por las disposiciones secundarias del enjuiciamiento penal, materia contemplada por la caudalosa reforma procesal que avanzó en América Latina al final del siglo XX y sigue adelante en el XXI.

En principio, la orientación acusatoria de la reforma procesal penal sugeriría la reducción --acaso la desaparición-- de medidas privativas de la libertad mientras se halla en marcha un proceso, que pende sobre un sujeto al que se considera presunto inocente. ¿Cómo suprimir o reducir los derechos de quien debe ser tratado bajo ese título protector? Existe una evidente tensión entre la presunción de inocencia y la restricción de derechos del sujeto amparado por esa presunción (o ese principio del procedimiento penal), sobre todo cuando esa restricción afecta un derecho de tan elevado rango, como la libertad.

A pesar del clamor adverso a la prisión preventiva, ésta se mantiene dondequiera --con diversa intensidad-- y en ocasiones se aplica en forma creciente y severa. Los clásicos admitieron la privación cautelar de la libertad solamente cuando es indispensable para evitar la sustracción del imputado a la justicia o asegurar el debido desarrollo del proceso, nunca como anticipación de la pena --que sería un despropósito-- o instrumento generalizado de prevención criminal.

La misma orientación ha seguido la doctrina procesal más avanzada. En este sentido marcha también, con entera claridad, la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos, que ha debido pronunciarse en

(1) *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, ed. facsimilar con estudio introductorio de Sergio García Ramírez, México, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed., 1ª. reimp., 2006, p. 323.

un buen número de casos a propósito de los términos y la aplicabilidad de la prisión preventiva⁽²⁾.

No obstante el parecer adverso a la prisión preventiva y la exigencia de sustituirla crecientemente por otra herramienta cautelar, que invada menos el ámbito de derechos y libertades del “presunto inocente”, algunos Estados han echado mano de aquella medida para enfrentar una creciente ola criminal, tanto de corte tradicional como de perfil “evolucionado”. Esta exasperación punitiva --que tiene raíz en la angustia social y la ineficacia preventiva-- ha determinado la adopción de figuras anómalas de prisión preventiva, incorporadas al texto constitucional.

En consecuencia, algunas normas constitucionales supuestamente informadas por la orientación del derecho penal mínimo, han acogido disposiciones de derecho penal máximo --que constituyen, en esencia, manifestaciones del denominado “derecho penal simbólico” o del “derecho penal del enemigo”-- para disuadir a los infractores potenciales, es decir, a los individuos “peligrosos”, y satisfacer la exigencia de seguridad que crece en una sociedad agraviada y temerosa.

En México, esta corriente punitiva se ha abierto paso en una serie de reformas constitucionales iniciadas en 2008⁽³⁾ y ampliadas en 2019⁽⁴⁾ en lo que respecta a la prisión preventiva, como en otros ámbitos que no pretendo examinar ahora. Fue en aquel año, fecha de revisión amplia del orden constitucional procesal penal, que ciertamente aportó novedades plausibles, cuando se introdujo en la ley suprema de México la figura de “prisión preventiva oficiosa”, esto es, automática privación de libertad del imputado sin requerimiento del Ministerio Público ni libre apreciación judicial. De ahí la calificación de “oficiosa” que la propia Constitución aplica a la privación cautelar de la libertad en un número cada vez más amplio de hipótesis delictivas.

Obviamente, la amplitud que ha cobrado el uso de la prisión preventiva arroja consecuencias inquietantes en materia penitenciaria. El Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y la

(2) Examiné los lineamientos de esa jurisprudencia en mi libro *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 3ª. ed., pp. 61-62.

(3) *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008.

(4) *Diario Oficial de la Federación* del 12 de abril de 2019.

Justicia Penal (ILANUD) ha estudiado los problemas inherentes a la elevada población penitenciaria de presos sin condena. Varios países cuentan con inquietantes estadísticas sobre la misma cuestión, que ha sido fuente de disturbios carcelarios.

Los problemas en el interior de las prisiones se agravaron al empuje de nuevas circunstancias, como la pandemia de coronavirus que ha afectado fuertemente la vida de nuestros países. Si este problema incide severamente en el conjunto de la vida social, es aún mayor su gravedad en las prisiones sobrepobladas y carentes de espacios y recursos adecuados para hacer frente a un problema de esta magnitud. Esto motivó, inclusive, la adopción de medidas urgentes de amnistía, como la emitida en México en 2020⁽⁵⁾.

Me he ocupado de este tema, que a mi juicio entraña una verdadera “regresión penal”, en diversos libros y artículos⁽⁶⁾. De ellos tomo las ideas e incluso los textos incluidos en este artículo, que elaboré a sugerencia de mi respetado amigo Domingo García Belaunde, a quien agradezco esta invitación, que se suma a otras atenciones con que me ha favorecido generosamente.

Para integrar estas notas me he valido mayormente del texto que aporté a un libro en prensa, cuya edición corre a cargo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y del que somos coautores el doctor Juan Silva Meza, expresidente de la Suprema Corte de Justicia, y yo⁽⁷⁾. En todo caso, estas páginas pueden acompañar las reflexiones de constitucionalistas y penalistas que mantienen viva la devoción por el imperio del orden constitucional

(5) La ley de amnistía, publicada el 22 de abril de 2020, tiene alcance federal. En consecuencia, es inaplicable a imputados o sentenciados del orden común, que constituyen la gran mayoría de los sujetos a proceso o reclusión. La misma ley excluye de su ámbito a los inculpados por delitos que aparezcan prisión preventiva oficiosa (artículo 2º), que es la figura cautelar que se examina en este artículo. Sobre aquella ley, cfr. mi artículo “Amnistía: ¿olvido, perdón, reparación?”, en *El Mundo del Abogado*, México, año 21, noviembre de 2019, pp. 44 y ss.

(6) *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 5ª. ed., 2016, pp. 99 y ss.; *El procedimiento penal. Constitución y Código Nacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas/Porrúa, 2019, pp. 597 y ss., y *Seguridad y justicia penal. Plan Nacional y reforma constitucional. El difícil itinerario hacia un nuevo orden*, México, 2019, pp. 123 y ss.

(7) *Sistema penal: errores y desvíos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020 (en prensa).

propio de una sociedad democrática, que por supuesto no implica, en modo alguno, indefensión social frente a la criminalidad. En las siguientes páginas me ocuparé directamente, pues, de lo que la norma constitucional mexicana --y en pos de ella la norma secundaria-- denomina prisión preventiva oficiosa.

Vayamos hacia atrás en el ordenamiento constitucional mexicano que ha desembocado en la actual regulación de la prisión preventiva oficiosa. Durante mucho tiempo la posibilidad de imponer prisión preventiva se asoció a la punibilidad correspondiente al delito imputado, referencia que en buena lógica identifica la gravedad de la conducta ilícita que se atribuye a una persona. Si la media aritmética de la prisión aplicable excedía de cinco años --decía la fracción I del artículo 20 constitucional--, se impondría prisión preventiva; en otros casos procedería la libertad bajo caución o bajo palabra.

Posteriormente se excluyó la libertad provisional cuando se tratase de delito “en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio” (reforma de 1993 a dicha fracción I del artículo 20 constitucional). Por lo tanto, la identificación de los delitos graves quedó a cargo de la ley secundaria, que estableció una creciente relación de delitos que merecían esa calificación. Esto implicó restricciones a la libertad desvinculadas del sustento natural de la preventiva, que debe ser ponderada en virtud de las circunstancias de cada caso y no depender de categorías de delitos o series de imputados.

Esta desviación llegó hasta la reforma constitucional de 2008 --la más extensa incorporada al muy reformado texto constitucional sobre cuestiones del proceso penal--, que modificó a fondo el régimen de la libertad provisional y la prisión preventiva. En el artículo 19 apareció un régimen dual sobre esta medida cautelar. En la primera proyección de ese régimen, se recogió el principio de inocencia y libertad provisional para la mayoría de los casos, con posibilidad de aplicar la preventiva ponderadamente, si lo solicitaba el Ministerio Público --y el juez lo admitía--, “cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”.

Esta regulación de la preventiva se atuvo, relativa y limitadamente, a las razones que justifican la medida y supone una ponderación por parte del M.P., que solicita la privación de libertad en supuestos que racionalmente la justifican (que son los previstos en la primera parte del precepto), y una apreciación a cargo del juzgador, que resuelve la restricción de la libertad valorando las pruebas y los argumentos que suministra el Ministerio Público. En otros términos, excluye la preventiva a “rajatabla”, por disposición del legislador, que no toma en cuenta --ni podría hacerlo, obviamente, porque no interviene en el procedimiento-- las circunstancias del imputado y del proceso mismo, y deposita la responsabilidad de la decisión --en sucesivas etapas-- en quien debe asumirla: el M.P. solicitante y el juzgador.

En la segunda proyección del régimen dual que he mencionado, el mismo precepto constitucional estipuló el supuesto de prisión preventiva “oficiosa”, es decir, forzosa, inexorable, necesaria (se dice que el juez “ordenará”, no que “podrá ordenar”), “en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud”.

En suma, se dispuso la prisión preventiva oficiosa en relación con nueve categorías delictuosas. Algunas abarcan numerosos delitos específicos. Esta forma de prisión preventiva pone de lado, radicalmente, la naturaleza de la prisión preventiva como medida cautelar para preservar el proceso, desecha la ponderación ministerial y judicial y abre la posibilidad de que el legislador --penal y procesal-- amplíe constantemente la relación de delitos que ameritan restricción procesal de la libertad del sujeto supuestamente cubierto por la presunción de inocencia.

En un comentario que formulé acerca de esta preventiva oficiosa, cuestionando a fondo la discusión del Constituyente Permanente, deploré que el dictamen de los diputados --base de la aprobación del precepto-- no incluyera razonamiento alguno acerca de la pertinencia de la preventiva oficiosa. Sin embargo, parece obvio que el legislador se plegó a los argumentos que solicitaban el agravamiento de las más severas medidas penales, ante la inoperancia y la ineficacia de otros medios de los que puede y debe valerse la autoridad para conciliar la seguridad pública con los principios que deben guiar la regulación del proceso penal en un Estado de Derecho. La ineficiencia preventiva se resuelve con golpes normativos.

Así llegamos a la reforma procesal de 2019, que ha invocado constantemente la crisis de seguridad que se padece en México, el incremento desmedido de la criminalidad y la incompetencia de los órganos llamados a proveer seguridad y justicia, al lado de otros datos muy preocupantes --que no ignoramos, desde luego--, para radicalizar la actuación punitiva del Estado. No hay duda sobre la existencia de aquella crisis: la reconoce el legislador y la padece la sociedad.

En virtud de lo anterior, la reforma constitucional de 2019 trajo consigo una nueva regresión en el régimen del proceso penal, que acentuó su distancia con respecto a los rasgos del orden democrático: en vez de corregir las desviaciones introducidas en 2008, dio nuevos pasos en ese camino --que implican una flagrante regresión penal--, al ampliar el catálogo de delitos cuya imputación motiva la prisión preventiva oficiosa.

Dos palabras sobre el desarrollo de este asunto en el foro legislativo. En la Cámara de Senadores, cuerpo de origen de la reforma, que tuvo a la vista varios proyectos, se incrementó notablemente el catálogo de delitos para la operación de la prisión preventiva oficiosa. La minuta del Senado llegó a la Cámara de Diputados, cuerpo revisor en este proceso, cuya Comisión de Puntos Constitucionales consideró necesario reducir --es decir, moderar, disminuir, racionalizar, si cabe la expresión-- la retahíla de delitos que implicarían prisión preventiva, sin ignorar los argumentos derivados de la inseguridad y la impunidad que prevalecen en el país (pero que deben ser atendidos con otras medidas). En su dictamen, esa comisión tomó en cuenta la jurisprudencia sobre prisión preventiva elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽⁸⁾.

Los diputados autores del dictamen al que ahora me estoy refiriendo recogieron los razonamientos expuestos desde las dos trincheras abiertas durante el debate de esta cuestión. Al referirse a los adversarios de la preventiva oficiosa señalaron los argumentos aportados por éstos: “esa tendencia (a extremar la preventiva) es violatoria de la presunción de inocencia, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, igualdad, integridad de las personas y el principio de progresividad de los derechos humanos, principalmente”.

(8) Cfr. García Ramírez, *Seguridad y justicia penal...*, op. cit., p. 126.

Colocada ante el dilema de atender los argumentos de quienes elevaron la voz en contra de la desmesura punitiva o acoger los puntos de vista que traía consigo la minuta del Senado, la Comisión de los diputados señaló que “ha considerado el mínimo posible de afectación a esa perspectiva respetable y legítima de los derechos humanos, debido a que se pondera que la situación en México es de emergencia y se justifica” (la propuesta de retener la preventiva oficiosa, e incluso ampliar limitadamente las hipótesis de aplicación), por cuanto “se encuentra en entredicho su propia naturaleza de Estado constitucional de derecho y de sus instituciones, salvaguardar la integridad de su pueblo y sacar a la corrupción de sus instituciones”⁽⁹⁾.

Así las cosas, el dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados planteó una importante reducción de las hipótesis de preventiva oficiosa aprobadas por el Senado. Esta moderación no tuvo eco en el pleno de la Cámara. Finalmente, en ésta (y en el propio Constituyente Permanente) se adoptó un extenso catálogo que conviene reproducir, con algunos comentarios indispensables.

En el siguiente párrafo indicaré el texto que pasó a formar parte del artículo 19 constitucional, merced al impulso punitivo provisto por el pleno de la Cámara de Diputados. Para información del lector señalo entre paréntesis los casos que no figuraban en la propuesta moderada –relativamente-- de la comisión dictaminadora de esa Cámara y que fueron agregados en la votación final de los diputados, siguiendo la orientación previa del Senado.

La preventiva oficiosa procede en los casos de “abuso o violencia sexual contra menores (*supuesto que había retirado la comisión dictaminadora de los diputados*), delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio (*esta hipótesis tampoco figuraba en el dictamen*), violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación (*no se incluyó en el dictamen*), uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades (*tampoco aparecía en el dictamen de la comisión*), delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares (*no se hallaba en el dictamen*), delitos cometidos por medios violentos como armas y explosivos, delitos en

(9) *Idem.*

materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (*misma observación*), así como los delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud”.

En los códigos penales o en las leyes generales hay señalamientos más o menos precisos y de generalizada aceptación acerca de algunos delitos mencionados en ese catálogo --como homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, etcétera--, pero no se cuenta con la misma tipificación --insisto: precisa y generalizada-- acerca de otras conductas delictuosas.

Ameritan referencia las reformas en materia penal fiscal, que se vincula además con la relación, siempre creciente, de lo que denominamos “delincuencia organizada”, agregando “delitos objetivo” de la organización criminal bajo modificaciones a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Se incorporan en esta categoría delictuosa diversas conductas ilícitas previstas en el Código Fiscal de la Federación, también sujeto a reformas de intenso carácter punitivo⁽¹⁰⁾. Por ello, algunos comentaristas hablan de “terrorismo fiscal”.

Al cabo de esta larga consideración del proceso legislativo y algunos de sus avatares, observamos que una vez más el legislador constitucional ha desatendido el carácter, el alcance natural, los fines pertinentes de la medida cautelar, que se emplea con fines preventivos generales que le son ajenos y llega a constituir una pena anticipada. No es posible aplaudir semejante orientación --o desorientación-- de la preventiva, especialmente en el supuesto de la llamada oficiosa, prisión a rajatabla, sin ponderación del proceso, del procesado y de las circunstancias. Se aplica a series de sujetos, en función de series de delitos.

Como ya dije, este régimen implica un prejuicio legislativo y desecha el juicio ministerial y jurisdiccional, que debiera ser determinante de la imposición o no de la medida cautelar, caso por caso. Ignora el papel que cada actor del sistema penal debe cumplir en este complejo escenario de la persecución de los delitos a través del debido proceso. Reitero la necesidad de volver la mirada hacia la fórmula contenida en el segundo párrafo del propio artículo 19 constitucional, que faculta al juzgador para imponer la preventiva --no forzosa, sino ponderada-- a

(10) *Diario Oficial de la Federación* del 8 de noviembre de 2019.

solicitud razonada del Ministerio Público, en una serie de supuestos que menciona el mismo precepto.

Tal vez el legislador ha considerado que ni el M.P. ni el órgano jurisdiccional podrán cumplir adecuadamente su función en las condiciones de inseguridad que prevalecen en el país, y que el acusador no se atreverá a solicitar la reclusión preventiva de sujetos que debieran hallarse en prisión mientras se tramita el proceso, razonando los motivos en los que funda su petición, y que el juzgador tampoco se atreverá a imponer la severa medida cautelar a través de una decisión que debe ser igualmente motivada.

De ser esa una de las razones para el amplio prejuicio legislativo y el olvido de las facultades naturales del M.P. y el juez, resultaría que ni los órganos de la persecución ni los encargados de la decisión son aptos y confiables para cumplir sus cometidos, porque pueden ceder sistemáticamente ante amenazas o presiones. También estaríamos aceptando que otros órganos del Estado no son capaces de brindar a aquéllos --como es su obligación-- la protección necesaria para el buen cumplimiento de sus atribuciones. La admisión de estos factores para el establecimiento de la preventiva oficiosa constituye una flagrante confesión sobre la crisis que padece el Estado de Derecho. La ineptitud del poder público en este espacio sugiere que nos hallamos en la víspera --o ya dentro-- de lo que algunos analistas califican como Estado fallido.

En los preceptos transitorios del decreto de reforma constitucional --ya sabemos que muchos decretos de esta naturaleza, cada vez más, contienen abundantes artículos transitorios, que encierran algunos acertijos y pueden ocultar segundas intenciones-- hay normas que merecen atención. En este caso se ha querido sujetar la aplicación de la preventiva oficiosa a una prueba de "fuego", ciertamente indispensable, una evaluación para "determinar la continuidad de su aplicación, a partir de los cinco años cumplidos de la vigencia" de la correspondiente reforma constitucional.

Es obvio que la evaluación y la decisión final que ésta provoque se hallarán a cargo del mismo órgano que emitió la reforma, por lo menos en la primera etapa del proceso correspondiente: el Congreso de la Unión, aunque éste puede valerse del auxilio que le proporcionen otros órganos. Si el resultado de la revisión no queda en manos del Congreso, ¿cuál sería su fin práctico? Ojalá que se respete efectivamente el plazo señalado para la reconsideración de la medida; lo digo porque no siempre se atiende esta

expresión de la voluntad constituyente, desatención que ha provocado nuevas reformas --reforma a la reforma-- y flagrantes incumplimientos por omisión legislativa.

Es importante destacar que la evaluación mencionada va muy lejos, pretensión que celebro. Deberá comprender tanto “la eficacia de esta medida cautelar” --la preventiva oficiosa-- como “la eficiencia del sistema penal acusatorio”, que ha tenido tropiezos. Para llevar a cabo la evaluación será preciso considerar algunos elementos --a los que se llama “críticos”-- provistos por fuentes oficiales y por organismos de protección de los derechos humanos. En los términos del artículo cuarto transitorio, los parámetros deberán figurar en la ley. Empero, hasta ahora no figuran. Ya llegarán.

Por supuesto, a la hora de analizar las reformas a las que me estoy refiriendo, tanto en sus puntos conceptuales como en su aplicación práctica, hay que tomar en cuenta la población de los reclusorios del país, esto es, los números correspondientes a reclusos sentenciados y a “presos sin condena”, es decir, a sujetos que la Constitución considera presuntos inocentes, pero la misma ley fundamental somete a privación preventiva de la libertad, sea razonada, sea forzosa, oficiosa o automática.

Para concluir esta breve reseña, señalaré que en los últimos años ha habido un fuerte incremento de la criminalidad en México. La población penitenciaria descendió al inicio de la segunda década. En el final de esta etapa comenzó un nuevo incremento. En junio de 2014 había 255 mil reclusos en prisiones federales y locales. La información oficial a la mano señala que en los trescientos reclusorios del país, calificados como “centros penitenciarios”, había 202,221 reclusos; de ellos, 191,702 hombres (94.80 por ciento) y 10,519 mujeres (5.20 por ciento). Los reclusos del orden federal eran 26,155 (14.66 por ciento); los del fuero local, 172,566 (85.34 por ciento). Los procesados eran 77,884 (38,51 por ciento), y los sentenciados, 124,337 (61.48 por ciento)⁽¹¹⁾. Como se advierte, el número de procesados es muy elevado, y desproporcionadamente alto en relación con la cifra de sentenciados.

(11) Cfr. “Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional”, relativo a octubre de 2019, emitido por el Órgano Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, en informe.cndh.org.mx/menú.aspx?id=50087

Los observadores de la reforma constitucional han destacado una posible consecuencia, que parece obvia. Al incrementarse los supuestos de preventiva oficiosa, crecerá en alguna medida --pero crecerá-- el conjunto de procesados reclusos. En consecuencia, el Estado --federal y local-- deberá multiplicar los espacios destinados a reclusión, además de cuidar que el internamiento en éstos se ajuste realmente a las condiciones de trato (no he dicho tratamiento, voz que espanta a cierto sector de “especialistas” en materia penitenciaria, no así a las Reglas de Mandela) que ordena la Constitución. Evidentemente, la pandemia que se ha extendido en el país en los primeros meses del año 2000 incide en el manejo de la población de reclusos. Tanto la federación como algunos estados han adoptado medidas extraordinarias de liberación para enfrentar esta nueva circunstancia.

ESPECIAL: SOBRE
EL GOLPE DE ESTADO

EL FALLIDO GOLPE DE ESTADO. CONSECUENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS

Carlos Hakansson^()*

I. Un 7 de diciembre para el recuerdo

La decisión presidencial de producir golpe de Estado el pasado 7 diciembre de 2022, fue tan osada como el deseo de postular a la presidencia de la República. Al final, sus aliados más cercanos en el gabinete lo abandonaron en ese intento. Si bien carecía de apoyo ciudadano ni el respaldo de las Fuerzas Armadas y Policiales, que sí tuvo el expresidente Vizcarra⁽¹⁾, atentar contra el orden constitucional hizo perder legitimidad a un jefe de Estado electo en las urnas. Se trata del primer golpe fallido como también la primera e inmediata reacción de las instituciones y la ciudadanía en la historia republicana.

Las primeras consecuencias se manifestaron en las calles, bloqueo de carreteras, muchas personas heridas, fallecidas, daños a la propiedad pública y privada fueron promovidas en su mayoría por narcotraficantes, mineros informales como apologistas al terrorismo. Todo lo anterior sumado a la estrecha colaboración de líderes sudamericanos (Argentina,

(*) Doctor en Derecho (Universidad de Navarra). Profesor Ordinario principal de Derecho Constitucional (Universidad de Piura). Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea). Una primera versión fue publicada en *Gaceta Constitucional*, tomo 182, febrero 2023.

(1) El pasado 30 de septiembre de 2019 cerró el Congreso mediante un irregular decreto de disolución del Congreso.

Bolivia, Colombia y México) que presionan la convocatoria inmediata a elecciones generales e instalar una asamblea constituyente. Lo primero es una manifestación del Estado informal que ha venido obrando libremente durante diecisiete meses contra nuestro Estado formal pero débil, inestable y en piloto automático. Durante poco más de año y medio el Estado informal venció al formal valiéndose de la democracia, pero calló por el golpe fallido el 7 de diciembre de 2022 sin culminar la transición para alcanzar el absoluto control de las instituciones.

En medio de esta situación, el Estado formal propuso adelantar las elecciones generales para abril de 2024, pero con necesarias reformas legales y constitucionales al sistema político y electoral. El debate ha comenzado con diversas propuestas de cambio en las relaciones ejecutivo-legislativo. En el devenir de los acontecimientos producidos desde el 28 de Julio de 2016, seis presidentes en seis años, obliga actuar para poner fin a los actos de violencia; sin embargo, el camino de pacificación será inviable si se pretende retrotraer los hechos ocurridos justo antes del 28 de julio de 2021.

La convivencia latente entre un Estado formal, que no alcanza todo el territorio nacional, con un Estado informal escondido de la autoridad y operando ilegalmente a pesar la de las fuerzas del orden ha culminado. Por eso, el final de la crisis será por el triunfo de un Estado sobre otro. Ninguno querrá perder el espacio de poder ganado. Finalmente, parte de este binomio también lo integran el 70% de ciudadanos que forman parte de la economía informal emprendedora, versátil y resiliente con un nuevo reto para lograr sobrevivir (Estado informal); así como también el 30% de ciudadanos que pagan sus impuestos (Estado formal). El punto de encuentro de ambos se produce durante los procesos electorales. El Estado informal, que no paga impuestos, termina en la segunda vuelta definiendo al próximo presidente de la República.

A) Las infracciones a la Constitución

El fallido discurso del expresidente contiene un conjunto de violaciones a las disposiciones constitucionales. Su lectura hace imposible atenuar el hecho como tentativa. Cuando un gobernante electo incumple los principios y reglas que marcan su actuación en ejercicio del poder, pierde la legitimidad o justo título para el mando y proceder a su inmediata destitución. Las disposiciones afectadas tras el fallido discurso golpista son las siguientes:

1) La Constitución como freno al poder

El ciudadano que ostenta el cargo de presidente de la República no sólo debe cumplir sino hacer cumplir la Constitución⁽²⁾. El grado de aplicabilidad directa de las disposiciones constitucionales resulta especialmente gravitante en la jefatura de Estado. Se trata del primer deber presidencial que irradia toda su actuación durante el mandato. Debe respetar y cumplir con las disposiciones constitucionales que le atañen directamente, sino también identificar quiénes y dónde se incumplen velando desde el ejecutivo por la salud y respuesta oportuna de las instituciones comprometidas.

2) El principio de supremacía

La Constitución no otorga competencia al presidente para suspender y declarar en emergencia ninguna institución estatal reconocida por la Constitución⁽³⁾. El presidente cumple y hace cumplir la Norma Fundamental, pero no tienen competencia para proponer cambios estructurales o dictar órdenes a las instituciones políticas que por el principio de separación de poderes gozan de autonomía funcional. El jefe de Estado vela por la salud del sistema político y jurídico por personificar a la Nación, pero no encabeza la lucha contra la corrupción que es función congresal e instituciones autónomas; tampoco proponer reformas constitucionales para la reforma judicial, tarea que corresponde al Congreso como poder constituyente constituido.

3) La disolución congresal arbitraria

El presidente tampoco puede cerrar, arbitraria y temporalmente, el Congreso de la República salvo la disolución una vez cumplidas las condiciones establecidas en la Constitución⁽⁴⁾. La Constitución establece de modo expreso que, fuera de la condición establecida no existen otras formas de interrupción del mandato parlamentario⁽⁵⁾. Por tanto, tampoco puede inferir la facultad de interpretar la denegación fáctica de la cuestión

(2) Véase el inciso 1, artículo 118 de la Constitución de 1993.

(3) Véase el artículo 51 de la Constitución de 1993.

(4) Véase el artículo 134 de la Constitución de 1993.

(5) Véase el artículo 134 de la Constitución de 1993.

de confianza como argumento para decidir que se han cumplido las condiciones para decretar la disolución parlamentaria⁽⁶⁾.

4) Una causal prevista de acusación presidencial

La decisión de cerrar el legislativo se convierte en una causal de acusación constitucional. Es una consecuencia establecida como causal directa para el jefe de Estado. Una institución que goza de un aforamiento rígido y temporal durante su mandato presidencial⁽⁷⁾. Como sabemos, al presidente sólo se le puede acusar durante su mandato por traición a la patria, disolución arbitraria del Congreso e impedir el funcionamiento de los órganos electorales.

5) El derecho de insurgencia

Todos los ciudadanos tienen el deber de insurgir en defensa del orden constitucional⁽⁸⁾. Una disposición que reconoce la última línea de control al ejercicio del poder: la ciudadanía. El deber de cumplir con la Constitución y la ley conlleva hacerla respetar mediante el correcto ejercicio de protesta para reclamar la continuidad democrática y detener a sus infractores.

6) Las fuerzas armadas y policiales vinculadas al Estado de Derecho

Las Fuerzas Armadas y Policiales están subordinadas al poder constitucional⁽⁹⁾. Es la primera vez que un golpe de Estado no se consuma

(6) “Por las consideraciones expuestas en esta sentencia, el Poder Ejecutivo, en este caso, contaba con competencia para plantear una cuestión de confianza tanto para proponer una reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como para solicitar la postergación de la elección de los magistrados, lo cual obedeció a la especial coyuntura política que aun atraviesa el país y que, por lo demás, también había sido solicitada por la Defensoría del Pueblo y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, y en la medida en que el Congreso de la República decidió no suspender dicho acto, es evidente que decidió denegar la confianza al Poder Ejecutivo, por lo que, al tratarse de la segunda oportunidad en la que ello ocurría, facultaba al Presidente de la República a disolver el Congreso de la República. En consecuencia, corresponde confirmar la validez de dicho acto, el cual se encuentra contenido en el Decreto Supremo 165-2019-PCM”; cfr. Exp. Nro. 0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 218).

(7) Véase el artículo 117 de la Constitución de 1993.

(8) Véase el artículo 46 de la Constitución de 1993.

(9) Véase el artículo 169 de la Constitución de 1993.

por la acción de las fuerzas del orden interno y externo conforme con la Constitución y el imperio de Derecho. La acción inmediata de las fuerzas armadas y policiales para desobedecer instrucciones contrarias al orden jurídico y político fue en estricto cumplimiento de la Constitución.

Una vez conocidos los principios y reglas constitucionales para blindar el sistema político y jurídico que brindan una cobertura al sistema político y jurídico, podemos resumir que está conformada por: la supremacía constitucional, deberes de cumplimiento desde la jefatura de Estado, la acusación del Congreso a los infractores, la subordinación de las fuerzas del orden a la Norma Fundamental y la protesta ciudadana para insurgir en defensa del imperio del Derecho.

B) La sucesión presidencial

El fallido golpe de Estado y aprobación de la vacancia dieron lugar a la aplicación del artículo 115 de la Constitución⁽¹⁰⁾. La sucesión presidencial por impedimento permanente de su titular. La vicepresidenta asumió la jefatura de Estado el miércoles 7 de diciembre para luego nombrar un nuevo gabinete, el sábado 10 de diciembre. Un Consejo de Ministros con mejores cuadros en comparación con los cinco anteriores, liderado por la nueva titular del Ejecutivo que, pocos días antes, casi fuera inhabilitada en la vicepresidencia.

1) La sucesión presidencial

La Constitución establece el orden de sucesión de la presidencia de la República, una disposición que impide un eventual vacío de poder tras el impedimento temporal o permanente del jefe de Estado. En esos casos, corresponde la asunción de la primera vicepresidencia y, de encontrarse impedida, la segunda vicepresidencia. Agotada la plancha presidencial, la Constitución dispone que el titular del Congreso asuma la presidencia

(10) “Por impedimento temporal o permanente del Presidente de la República, asume sus funciones el Primer Vicepresidente. En defecto de éste, el Segundo Vicepresidente. Por impedimento de ambos, el Presidente del Congreso. Si el impedimento es permanente, el Presidente del Congreso convoca de inmediato a elecciones”; cfr. artículo 115 de la Constitución de 1993.

transitoria convocando elecciones inmediatamente⁽¹¹⁾. Se trata de una disposición que procura una sucesión democrática sin sobresaltos, indica qué hacer bajo situaciones límite y, en la práctica, parecía difícil vivir una coyuntura de esta naturaleza; sin embargo, tres veces fue aplicada en los últimos veintidós años de continuidad democrática.

2) El déficit institucional para asimilar su aplicación

Si bien nos encontramos ante una regla de ejecución inmediata, el problema que presenta es la crisis de institucionalidad del país. Las fuerzas políticas y sociales pueden terminar desconociendo la sucesión presidencial que corresponda constitucionalmente. El carácter selectivo e ideológico con que operan estos irregulares efectos secundarios son el capital político del presidente vacado, sumado a la desinformación ciudadana, protestas callejeras y vandalismo son factores que juntos terminan por desestabilizar una transición política. La regla aplicada para el expresidente del Congreso, Valentín Paniagua, se desconoce con Manuel Merino, pero sí aplicó para Francisco Sagasti en una misma semana, ambos sendos congresistas y titulares del poder legislativo⁽¹²⁾; similares reacciones se manifiestan contra la vicepresidenta Dina Boluarte que asume la jefatura de Estado en aplicación inmediata de la Constitución que dispone el orden de sucesión presidencial. Una coyuntura inédita si sumamos el contenido del informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la injerencia extranjera de las presidencias de Argentina, Bolivia, Chile, Colombia y México que desconocen la sucesión presidencial del pasado 7 de diciembre de 2021.

Las protestas, disturbios en calles, carreteras e injerencia extranjera en asuntos internos afectan los principios de supremacía y aplicabilidad directa de las disposiciones constitucionales. La sucesión presidencial prevista ordena que tras impedimento permanente del presidente asume la primera vicepresidencia, por el mismo motivo la segunda y, agota la plancha presidencial electa en comicios democráticos, el titular del Congreso asume la conducción del ejecutivo y convoca elecciones.

(11) Véase el artículo 115 de la Constitución de 1993.

(12) Véase el artículo 115 de la Constitución de 1993.

II. Las iniciativas reformistas

En estos momentos y de acuerdo con nuestra Constitución, las opiniones de políticos, periodistas y académicos sobre la necesidad de un adelanto de elecciones es posible sólo tras la renuncia presidencial aprobada por el Legislativo, para que el titular del Congreso asuma las riendas del Ejecutivo⁽¹³⁾, convoque elecciones presidenciales y culmine con el mandato previsto hasta julio de 2026⁽¹⁴⁾. Se trata de la solución ortodoxa prevista por el constituyente para una transición política. Cabe recordar que la crisis de fines del 2000 dio lugar a sendas reformas legales y constitucionales que acortaron el mandato de ambos poderes para convocar nuevas elecciones generales⁽¹⁵⁾, lideradas por un gobierno de transición. En este caso fue una solución heterodoxa; es decir, de naturaleza excepcional por no estar prevista en las disposiciones constitucionales.

La noche del domingo 11 de diciembre de 2022, la presidenta de la República anunció por mensaje a la nación su voluntad de proponer al Congreso un adelanto de elecciones en el 2024 con previas reformas al sistema político. La propuesta fue resultado de optar por el punto medio entre los dos escenarios descritos. Una sucesión presidencial de año y medio de duración que brinde tiempo suficiente para realizar ajustes constitucionales y legales que preparen el proceso electoral. Hasta la fecha, el adelanto no ha sido aprobado y no se avizora un consenso en su favor por las bancadas políticas.

La solución integral debe resolver una crisis política que comienza en julio de 2016 con un Ejecutivo débil, con tres presidentes en menos de una semana, un gobierno de transición que condujo unas elecciones generales con el resultado de un Congreso integrado en su mayoría por parlamentarios sin experiencia; y en segunda vuelta, eligiendo al candidato presidencial menos preparado para ocupar el Ejecutivo. Un gobierno de Pedro Castillo que permaneció diecisiete meses en ejercicio, con cinco gabinetes, alrededor de ochenta ministros, y además con manifiesta incompetencia en la administración pública, sendas denuncias por actos de corrupción. Y que, en vez de aplicar un plan para mejorar los servicios públicos, la seguridad

(13) Véase el inciso 3, artículo 113 de la Constitución de 1993.

(14) Véase el artículo 115 de la Constitución de 1993.

(15) Véase la primera disposición transitoria especial en la Constitución de 1993.

e infraestructura, se ocupó decididamente en el objetivo de convocar una asamblea constituyente.

Los políticos, académicos, periodistas y sociedad civil no pueden desconocer lo vivido en los últimos seis años: la coyuntura de inestabilidad política, corrupción de alto nivel, una renuncia presidencial, reformas constitucionales, disolución parlamentaria y reformas electorales nefastas que “canibalizaron” los comicios, con más de veinte candidatos presidenciales, la elección de un partido apologista del terrorismo, la carencia de gobernabilidad y una continua crispación entre los poderes estatales, con dos vacancias en dos años.

A) ¿Elecciones generales o culminar mandato presidencial?

Todo lo anterior nos invita a reflexionar si lo conveniente es convocar elecciones generales o presionar al nuevo gabinete a que garantice una sensata conducción del país. La decisión fue una solución intermedia que demanda acciones inmediatas; por ejemplo, el Congreso actual, a pesar de la crónica desaprobación ciudadana, debería cumplir con su función de fiscalizar comenzando por desaforar a los parlamentarios de distintas bancadas, pero cercanos al oficialismo y apodados como “los niños”, para que juramenten los accesitarios. Asimismo, el gobierno debe retirar a los funcionarios nombrados mediante contrataciones irregulares. En la práctica, con el correr del tiempo los pasos son lentos y el gobierno parece centrarse más en los relevos dentro de la administración pública donde goza de competencia.

1) La necesidad de reformas constitucionales y legales

El concurso de la prensa independiente y la organización ciudadana deben exigir reformas que corrijan lo desandado durante el gobierno del expresidente Martín Vizcarra Cornejo. No olvidar que el fondo de la crisis se circunscribe a los “antis” que condicionan el resultado de los procesos electorales⁽¹⁶⁾. Se trata primero de lograr calmar una “tormenta perfecta”

(16) “Las identidades partidarias negativas son una intensa y duradera oposición a sus contrapartes positivas. En contextos de baja institucionalización, como el peruano, cobran mayor autonomía al no ser cohesionadas bajo simpatías partidarias predominantes (...)”; cfr. MELÉNDEZ, Carlos: *El mal menor*, IEP, serie Perú Problema Nro. 60, Lima, 2019, p. 192.

que produjo daño en nuestras instituciones, a la vez de preparar el camino hacia el reto de unas impecables elecciones generales.

2) Un gobierno de transición fiscalizado

Es sabido que la presidenta de la República asume el Ejecutivo con cuestionamientos surgidos desde la campaña electoral, sumados a una acusación por conflicto de intereses en ejercicio de la vicepresidencia. En este escenario, las acciones del nuevo gabinete deben garantizar un gobierno que rinda cuentas a la oposición y la Contraloría. En sus manos se deposita la tarea de reconducir el país con respeto a las disposiciones constitucionales y condicionar el refrendo ministerial a los actos presidenciales⁽¹⁷⁾.

Unas prontas elecciones generales demandan el concurso de los partidos más tradicionales, que deben superar sus diferencias internas, brindar un mínimo de formalidad al proceso electoral y asegurar la competencia de sus candidatos presidenciales y congresales. Lo contrario nos conducirá a un escenario temerario y, como sabemos, “a río revuelto, ganancia de pescadores” para la aparición de candidatos radicales que tomen cierta ventaja; recordemos que los cambios a las normas electorales han reducido los requisitos para la inscripción de políticos. Una reforma aplicada durante los comicios de 2021 que “canibalizó” el proceso con más de veinte candidatos presidenciales y listas parlamentarias, fragmentando la votación en primera vuelta en pequeños porcentajes repartidos entre los contendientes.

3) La opinión ciudadana ante la crisis y propuestas reformistas

Las últimas encuestas revelan una mayoría ciudadana de acuerdo con un adelanto de elecciones, pero condicionada por una reforma política. Las propuestas de ajustes a la Constitución y las leyes electorales no tardaron en aparecer desde la clase política y la sociedad civil: retornar al bicameralismo, reelección inmediata de legisladores, renovación congresal a mitad de mandato, una segunda vuelta electoral con cuatro partidos, las elecciones uninominales de representantes al Congreso, entre otras. Sin embargo, si los problemas que atravesamos se resolvieran solamente con modificaciones al derecho positivo la gravedad de la crisis sería de solución inmediata. Se trata de todo un conjunto de medidas –en corto, mediano y largo plazo– que

(17) Véase el artículo 120 de Constitución de 1993.

demandan la voluntad política para corregir las deficiencias fundacionales de la República: la ausencia de un Estado de Derecho y la identificación del conjunto de la comunidad política con un sistema de partidos que los represente y lleve su voz en una asamblea.

a) El retorno al bicameralismo, pero sin correcciones a la regionalización

La propuesta de bicameralidad es recurrente en cada legislatura parlamentaria por políticos con esperanza de pasar a la historia por su recuperación, también como un anzuelo para lograr propósitos lesivos a la institucionalidad en favor de un plan individualista (vizcarrismo); no obstante, pensar en un Senado sin antes corregir las deficiencias de la regionalización sólo producirá la creación de nuevos puestos de trabajo. En nuestra opinión, la reforma política prioritaria es la revisión de un proceso de descentralización deficiente que no ha generado desarrollo social, económico y político en veinte años de aplicación, sino más bien mayor corrupción, déficit de infraestructura, falta de gestión pública, caudillaje y compadrazgo.

b) La reelección congresal inmediata de representantes

La renovación de congresistas a mitad de mandato parlamentario sin un sistema de partidos desconoce el alto grado de mortalidad de las agrupaciones políticas, incluso las que fueron gobierno; además, complicaría la posibilidad de mantener alianzas en el tiempo que promuevan la gobernabilidad. Tengamos presente que los parlamentos que mejor operan son aquéllos que se organizan en un bipartidismo. Nuestra realidad es un Congreso con una fragmentación imparable desde su instalación y compuesto por intereses más individualistas que partidarios⁽¹⁸⁾. La idea de una segunda vuelta con cuatro primeros partidos que no hayan alcanzado el cincuenta por ciento más uno de las preferencias electorales, no parece producir la legitimidad de una victoria electoral sino estropear el sentido de una segunda vuelta.

(18) La posibilidad de una constante mutación de las bancadas producto del transfuguismo camuflada de objeción de conciencia fue reconocida por el Tribunal Constitucional en el Exp. Nro. 0006-2017-TC/PI.

c) Las elecciones uninominales para los candidatos al Congreso

Las elecciones uninominales, en cambio, son una necesidad para producir la identificación de los ciudadanos de una provincia con su representante político en la capital. Las circunscripciones más acotadas permiten el conocimiento, trayectoria y capacidades de los postulantes al Congreso, pero la ausencia de partidos con arraigo será más notoria para producir una fluida comunicación de ida y vuelta con sus representados. No sólo es el candidato sino el ideario del partido que lo presenta y respalda.

B) La evolución de nuestra forma de gobierno hacia el neopresidencialismo no fue improvisada.

Nuestra forma de gobierno fue fruto de una evolución en el tiempo y que data de mediados del siglo XIX, desde la Constitución de 1860, pasando por las Cartas de 1920, 1933, 1979 hasta la actual de 1993. Todas ellas pensadas por políticos con experiencia parlamentaria que, con aciertos y desaciertos, han corregido deficiencias y aprendiendo de la historia. Parte de nuestro drama es que las reformas a la Carta de 1993 provienen de políticos debutantes, bienintencionados, pero sin trayectoria partidaria; también por activistas de ONGs que deberían limitarse a practicar sus experimentos “con la gaseosa” y, finalmente, académicos ortodoxos que aplican recetas como quién sabe de repostería.

Para finalizar este apartado, no cabe duda de que existe la necesidad de realizar ajustes a las nefastas reformas legales y constitucionales que datan desde la campaña de 2016; especialmente, las prácticas que realizan los personeros durante el escrutinio para anular las actas electorales donde pierden. Además, debemos recordar que las causas de esta prolongada crisis fue producto de los anticuerpos ideológicos promovidos por activistas que obran de periodistas, “oeneros” y académicos velasquistas que repudian las reformas estructurales a la economía y agudizan la polarización por intereses personales. Considero que lo primero es desandar los errores de impedir la reelección inmediata de congresistas, recuperar su inmunidad y derogar el paquete de reformas al sistema político encomendadas durante el vizcarrismo. Lo demás será más difícil y fruto de la voluntad política para recuperar el rumbo: paciencia, tolerancia y empeño. Una receta más humana (*zoon politikon*) que jurídico-positiva.

C) **Se necesitan reformas, no experimentos**

Si los problemas que atravesamos como comunidad política se resolvieran solamente con modificaciones al derecho positivo, la gravedad de la crisis sería resuelta tras su aplicación. El contenido de la Constitución peruana de 1993 es la síntesis de un largo proceso que se resume en cuatro etapas: consolidación de la independencia⁽¹⁹⁾, pugna entre liberales y conservadores⁽²⁰⁾, el tránsito formal hacia un estado social⁽²¹⁾ y la internacionalización de los derechos humanos⁽²²⁾. Todas sus disposiciones son parte de una evolución que tiene una raíz y explicación en nuestra historia republicana. Por eso, proponer reformas constitucionales sin reparar que han tenido antecedentes de ensayo-error en la historia de nuestros textos constitucionales, será más de lo mismo. Como también plantear temerarias fórmulas de solución, como fue la no reelección inmediata de congresistas.

III. **Una presidencia con restricciones**

La iniciativa parlamentaria para proponer una reforma reglamentaria que autorice al titular del Congreso asumir la presidencia de la República, tras la ausencia temporal de la jefa de Estado, busca resolver la necesidad de salir del país sin producir vacíos institucionales. La propuesta legislativa tiene la finalidad de modificar lo dispuesto por la Constitución para la sucesión presidencial. De acuerdo con la Carta de 1993, el presidente del Congreso asume la jefatura de Estado una vez agotadas las vicepresidencias si se trata de un impedimento temporal o permanente. Sin embargo, la necesidad presidencial de salir del territorio nacional para atender compromisos en el exterior no califica como un impedimento temporal, pues no se suspende el ejercicio de la presidencia sino busca modificar el reglamento parlamentario que permita al titular del legislativo suplirlo, temporalmente, durante los días que permanezca fuera del territorio.

(19) Constituciones peruanas de 1823, 1826 y 1828.

(20) Constituciones peruanas de 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867.

(21) Constituciones peruanas de 1920 y 1933.

(22) Constituciones peruanas de 1979 y 1993.

A) El contenido de la regla de sucesión presidencial

La regla establecida tiene la finalidad de regular la sucesión presidencial en casos de impedimento temporal (suspensión, acusación constitucional) o permanente (vacancia presidencial); de hecho, agotadas las vicepresidencias corresponde al titular del legislativo asumir la presidencia y convocar inmediatamente a elecciones si el impedimento fuese permanente. Es evidente que la jefatura de Estado asumida por la segunda vicepresidencia le impide salir del país, pero la única solución posible será una reforma constitucional. La razón es que una norma de inferior jerarquía (Resolución legislativa) no puede modificar una disposición que altere una regla establecida por la Constitución⁽²³⁾. Sin duda es un inconveniente presidencial a resolver, pero sin afectar la Norma Fundamental.

B) Unas declaraciones temerarias

La presidenta de la República declaró la inconveniencia de una asamblea constituyente, dada la naturaleza transitoria de su gobierno⁽²⁴⁾. Sin embargo, días después, tras conceder entrevistas a medios periodísticos nacionales, sostuvo que “la voluntad del pueblo sobre una asamblea constituyente no está cerrada”⁽²⁵⁾. Se trata de una evidente contradicción que no demoró en producir cierta zozobra en las redes sociales; no obstante, tenemos que advertir que fue una respuesta ante una pregunta formulada en vivo por un medio de comunicación. Por eso, a diferencia del mensaje oficial transmitido al lado del primer ministro, y acordado con su gabinete, la segunda fue una rápida salida y calculada respuesta ante un medio periodístico. En conclusión, que la asamblea constituyente no esté descartada tampoco significa su promoción a cargo del gobierno transitorio (*Realpolitik*).

IV. La amenaza fantasma

La Constitución peruana cumplirá treinta años de vigencia; tres décadas de constantes amenazas durante las campañas electorales para dejarla sin

(23) Véanse los artículos 51 y 138 de la Constitución de 1993.

(24) Véase, <https://gestion.pe/peru/politica/dina-boluarte-no-puedo-hacer-una-asamblea-constituyente-ni-liberar-a-pedro-castillo-noticia/>

(25) Véase, <https://larepublica.pe/politica/gobierno/2022/12/24/dina-boluarte-la-voluntad-del-pueblo-sobre-la-asamblea-constituyente-no-esta-cerrada>.

efecto o proponer el retorno a la Carta de 1979. Lo usual era tomar la asamblea como una propuesta electoral que luego, por diversas circunstancias, languidece tras asumirse la presidencia. No obstante, el Gobierno iniciado en julio de 2021 continuó con la tarea de convocar una nueva asamblea sin escatimar medios y acciones para conseguirlo, desde la juramentación presidencial, publicidad estatal en medios privados afines en el interior del país, hasta el fallido golpe de Estado. Las fuerzas parlamentarias de oposición resistieron los embates mediante la correcta interpretación que solo al Congreso le corresponde reformar la Constitución⁽²⁶⁾, así como archivar un proyecto de ley para convocar a consulta popular⁽²⁷⁾.

A) La Constitución y la alternancia democrática

La amenaza fantasma de una asamblea constituyente continuará mientras no exista la voluntad política para reconocer la legitimidad de ejercicio de la Constitución de 1993. No solo por la ininterrumpida alternancia democrática y elección de autoridades, a pesar de las nefastas reformas populistas de fines de 2018, sino también por la jurisprudencia de su máximo intérprete que les dio contenido y alcance. La primera de ellas es la posibilidad de una constante mutación de las bancadas producto del transfuguismo, pero camuflada de objeción de conciencia que desconoce la vital relación inversa de toda Asamblea Nacional: “a mayor representatividad, menor gobernabilidad”⁽²⁸⁾. En segundo lugar, interpretar que la cuestión de confianza puede plantearse “para cualquier cosa”, cuando sólo cabe para las competencias del ejecutivo; lo contrario resulta una intromisión a la autonomía funcional del Congreso⁽²⁹⁾.

La no reelección inmediata de parlamentarios fue el tercer cambio, promoviendo la orfandad política, impedir la profesionalización de sus cuadros y el fortalecimiento de partidos⁽³⁰⁾. La cuarta reforma fue la eliminación de la inmunidad parlamentaria⁽³¹⁾, que trajo como inmediata consecuencia

(26) Véase el artículo 206 de la Constitución peruana de 1993.

(27) Véase, <https://comunicaciones.congreso.gob.pe/noticias/comision-de-constitucion-archiva-propuesta-de-referendum-para-convocar-asamblea-constituyente/>.

(28) Véase, Exp. N°0006-2017-TC/PI

(29) Véase, Exp. N°0006-2018-TC/AI

(30) Véase, Ley N° 30906.

(31) Véase, Ley N° 31118

desconocer el principio de inviolabilidad, es decir, la garantía de no hacerse responsables “ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones”⁽³²⁾. Todo lo anterior sumado a la resolución que avala al jefe de Estado para interpretar una “denegación fáctica de la cuestión de confianza”⁽³³⁾, arma nuclear para promover la disolución de un Congreso incómodo. En resumen, se trata de un conjunto de reformas y erradas interpretaciones para un sistemático menoscabo a la autonomía constitucional del Congreso.

B) La Constitución y el reconocimiento de las libertades económicas

Destacamos también la concreción de las libertades económicas en un título especial que permitió el despertar de una clase social tan emprendedora como resiliente. Es decir, con la capacidad para adaptarse y superar cualquier dificultad en el camino. La pandemia fue su más trágico ejemplo. A todo lo anterior se suma la necesidad de cubrir las lagunas legales necesarias para evitar monopolios y oligopolios en el mercado⁽³⁴⁾. Un mejor sistema tributario que permita la justa implementación de un Estado Social, mediante diversas políticas públicas que realicen la inclusión de la sociedad hacia su pleno desarrollo social, cultural y económico.

La recomposición de la gran clase media es medular para la progresiva revitalización de los partidos políticos de centro, que son la objetividad sobre qué y cómo hacerlo, más que la equidistancia ideológica. Así se evitan los extremismos y nos alejaremos de la amenaza fantasma.

C) La Constitución y la jurisprudencia

El desarrollo jurisprudencial producido en la Constitución de 1993 y de autoría de su máximo intérprete es una realidad que no resiste análisis en contrario. Se podrá esta o no de acuerdo con el contenido de varias sentencias del Tribunal Constitucional, pero sin desconocer que han dotado de contenido a los principios y reglas de la Norma Fundamental. La Carta de 1993 no es una página en blanco como sus predecesoras en los siglos XX y XIX. El contenido de los derechos fundamentales, declarar el estado de cosas inconstitucionales, las sentencias manipulativas y precedentes que

(32) Véase, artículo 93 de la Constitución de 1993.

(33) Véase, Exp. N° 0006-2019-TC/PC

(34) Véase el artículo 61 de la Constitución de 1993.

convirtieron al Colegiado en un legislador positivo son una realidad que han producido Derecho Constitucional peruano. No existe disposición en la Norma Fundamental que carezca una interpretación directa o indirecta del Tribunal Constitucional.

V. La vacancia presidencial sólo fue la punta del iceberg

La vacancia presidencial producida el pasado 7 de diciembre produjo cierto alivio institucional, pero no estabilidad política. Se trata sólo la punta del iceberg a todo un conjunto de cambios de corto, mediano y muy largo plazo que demandan voluntad política. Las primeras señales fueron la conformación del nuevo Consejo de Ministros y aprobación de la cuestión de confianza obligatoria en el Congreso⁽³⁵⁾. La segunda parte será consensuar la salida institucional a la crisis política, lo cual resultará más difícil si sigue mediando la violencia. El Congreso aprobó en primera votación la reforma constitucional que acorta el mandato presidencial y parlamentario, que deberá ser confirmada en la próxima legislatura⁽³⁶⁾.

La batería de reformas que se plantean desde diversos frentes son: bicameralidad, votación parlamentaria uninominal, eliminar voto facultativo, vacancia presidencial por actos de corrupción, eliminación del voto de investidura, elevar a tres los gabinetes censurados para poder decretar la disolución congresal, que las elecciones al legislativo se realicen en la segunda vuelta electoral, volver al voto de congresistas por lista cerrada, posibilidad de reelección inmediata y renovación de legisladores por tercios y a mitad del mandato.

Los ajustes constitucionales y legales a la forma de gobierno y el sistema electoral demanda tiempo para su discusión y cuidado de no equivocarse, pues, las últimas enmiendas produjeron el efecto contrario al esperado para la gobernabilidad y estabilidad política. Tengamos en cuenta que las constituciones de 1979 y 1993 fueron las últimas pensadas y redactadas por políticos de profesión y militancia partidaria. Hoy en

(35) “Dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, el presidente del Consejo concurre al Congreso, en compañía de los demás ministros, para exponer y debatir la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión. Plantea al efecto cuestión de confianza (...); cfr. artículo 130 de la Constitución de 1993.

(36) El Pleno del Congreso aprobó en primera votación el adelanto de elecciones para abril 2024 con 93 votos a favor, 30 en contra y 1 abstención.

día el escenario es diferente. Las enmiendas serán discutidas por académicos, líderes de opinión que fungan de periodistas, organizaciones no gubernamentales activistas, políticos noveles y técnicos sin experiencia partidaria. En ese sentido, se sostiene la necesidad que las propuestas de reformas sean transversales a la realidad de nuestro sistema económico, político y social⁽³⁷⁾. En otras palabras, discutir cuáles son los ajustes capaces de cohesionar un país informal, con partidos sin arraigo y culturalmente diverso para hacerlo operar, con algunos altibajos y bajo los cauces democráticos.

(37) Véase la posición de MELÉNDEZ, Carlos: "(No) Otra columna más", columna de opinión publicada en el diario *El Comercio*, domingo 8 de enero de 2023.

EL GOLPE DE ESTADO ANUNCIADO POR PEDRO CASTILLO Y EL PROCEDIMIENTO PARLAMENTARIO DE VACANCIA PRESIDENCIAL ANTE UN CASO DE FLAGRANCIA

Raúl Gutiérrez Canales^()*

Introducción

El 7 de diciembre de 2022, vía mensaje a la nación, el entonces presidente de la República del Perú, Pedro Castillo Terrones, anunció medidas que configuraban el quebrantamiento del orden constitucional y un inminente golpe de Estado. La falta de ejecución de las órdenes dispuestas por parte de las instituciones públicas, incluidas las no deliberativas, impidieron efectivizar las intenciones del primer mandatario y, en seguida, se produjo un procedimiento parlamentario inmediato sin precedentes que culminó con la declaración de la vacancia del mencionado expresidente.

Considerando las trascendentales implicancias jurídicas y políticas que reviste el caso expuesto, en el presente artículo desarrollamos algunas reflexiones y necesarios alcances con relación al contexto integral del anuncio del golpe de Estado y al procedimiento parlamentario de vacancia seguido. No debe dejar de observarse que lo realizado por el Congreso de

(*) Abogado (PUCP). Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Derecho Parlamentario por la Universidad Complutense de Madrid. Máster en Justicia Constitucional por la Universidad de Bolonia. Profesor del Doctorado en Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola y de la Escuela de Posgrado de la UPC.

la República, atendiendo a las fuentes del Derecho parlamentario, representa un precedente que es preciso evaluar desde los fines del régimen democrático y la legitimidad de los poderes constituidos en el deber de la defensa de la Constitución.

1. El contexto sociopolítico y las “justificaciones” del quebrantamiento del orden constitucional

En noviembre de 2022 se presentó la tercera moción de orden del día⁽¹⁾ que pedía la vacancia del expresidente Pedro Castillo por incapacidad moral permanente. La moción estaba suscrita por 67 congresistas. Este nuevo pedido estuvo precedido de dos mociones anteriores⁽²⁾ que no alcanzaron el máximo de votos favorables que exige la norma reglamentaria de desarrollo constitucional⁽³⁾ para declarar la vacancia del presidente de la República por la causal antes anotada.

Es decir, en un año y tres meses de gobierno (Castillo asumió el cargo el 28 de julio de 2021), ya se contaba con tres procesos de vacancia presidencial en el Congreso de la República. Esta situación, naturalmente, daba cuenta de la grave confrontación política que enfrentaba el Perú en dicho período. Y no es para menos, desde el inicio del gobierno de Castillo la oposición parlamentaria fue muy crítica. La propia candidata que perdió en la segunda vuelta (Keiko Fujimori), no reconoció el resultado electoral y, por el contrario, lideró una campaña de denuncia de fraude que nunca llegó a demostrarse. Lo único que terminó generando esta alegación fue contribuir a un clima de polarización social y política ascendentes.

Además, debe anotarse que la crisis política en el país no era un asunto novedoso, pues la inestabilidad política y de problemas de gobernabilidad que envuelve al Perú, se refleja en el hecho de que tuvo seis presidentes distintos desde 2016. Entre pedidos de vacancias, renunciaciones, sucesiones presidenciales, cierres del Congreso de la República y utilización de

(1) Moción de orden del día 4904, presentada el 29 de noviembre de 2022.

(2) La primera moción de orden del día es la 1222, de fecha 25 de noviembre de 2021. La segunda moción de orden del día es la 2148, de fecha 8 de marzo de 2022.

(3) Artículo 89-A, literal d), del Reglamento del Congreso de la República: “El acuerdo que declara la vacancia de la Presidencia de la República, por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113 de la Constitución, requiere una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso y consta en resolución del Congreso”.

mecanismos de control con enfoque abierto, como cuestiones de confianza y censuras, la presidencia de la República y el parlamento no convivían, sino únicamente coexistían para afirmar sus respectivos poderes en un ánimo de constante contraposición.

Aun cuando en el caso de Castillo había una clara predisposición en contra del gobierno por parte de la mayoría parlamentaria opositora, también es necesario afirmar que el Poder Ejecutivo se envolvió en una serie interminable de denuncias de corrupción, de falta de transparencia y de designaciones de altos funcionarios no idóneos, que terminaron proyectando en la opinión pública la idea generalizada de que nos encontrábamos ante un gobierno sin rumbo, deslegitimado y que hacía disfuncional el Estado, cuya continuidad ponía en riesgo los intereses nacionales.

Precisamente, las razones señaladas fueron las que se incorporaron en la tercera moción de vacancia como causales que acreditarían la permanente incapacidad moral del presidente. Si bien esta moción contó con un alto número de firmas para su presentación (67)⁽⁴⁾, la realidad era que no se encontraban asegurados los 87 votos mínimos en el Pleno del Congreso⁽⁵⁾, menos aun si se tomaba en cuenta las votaciones de las dos mociones anteriores. En efecto, el primer pedido ni siquiera fue admitido a debate porque la votación quedó con 76 votos en contra y solo 46 a favor⁽⁶⁾, mientras que el segundo pedido, si bien fue admitido a debate, solo alcanzó 55 votos a favor de la declaratoria de vacancia.

Bajo el escenario descrito llegó el 7 de diciembre de 2022, fecha en que la Oficialía Mayor del Congreso de la República citó a sesión del Pleno a horas 3:00 p.m. con un único tema de agenda: debate y votación del pedido de vacancia presidencial, solicitado mediante la moción de orden del día 4904. Es decir, la máxima instancia del parlamento debía reunirse para ejecutar la etapa final del procedimiento correspondiente al tercer pedido

(4) De acuerdo con el artículo 89-A, literal a), del Reglamento del Congreso de la República, la moción de orden del día debe estar firmada por no menos del veinte por ciento del número legal de congresistas (26).

(5) De acuerdo con el artículo 89-A del Reglamento del Congreso de la República, se requiere la votación favorable de los dos tercios del número legal de congresistas para declarar la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente (87).

(6) De acuerdo con el artículo 89-A, literal b), del Reglamento del Congreso de la República, para la admisión del pedido de vacancia se exige el voto favorable de por lo menos el cuarenta por ciento de congresistas hábiles.

de vacancia del expresidente Castillo. Como se ha descrito antes, si bien los cuestionamientos al presidente de la República estaban en ebullición (incluso, un día antes de la sesión plenaria se propaló una nueva denuncia⁽⁷⁾), lo cierto es que ni las cuentas más optimistas garantizaban un resultado adverso para Castillo en la sede parlamentaria. La nueva denuncia, por ejemplo, solo se basó en testimonios, lo que no le otorgaba la contundencia suficiente para hacer cambiar los votos de aquellos congresistas que no apoyaban la moción de vacancia.

2. El anuncio del gobierno de excepción y sus respectivas razones

Pese a ser previsible el archivo de la tercera moción de vacancia presidencial por razón de no alcanzar los votos mínimos requeridos, en un hecho absolutamente inesperado, el 7 de diciembre de 2022, aproximadamente a mediodía, el expresidente Pedro Castillo brindó un mensaje a la nación anunciando un golpe de Estado. Lo hizo tres horas antes de que se lleve a cabo la sesión del Pleno del Congreso convocada para el mismo día para debatir y votar el pedido de su vacancia. El discurso tuvo dos partes: una primera parte considerativa y una segunda parte resolutive.

2.1. La parte considerativa del anuncio

En la primera parte Castillo alegó el contexto en el que se encontraba el desarrollo de su gobierno, acusando directamente al Congreso de la República de actuar de manera arbitraria y de impedir permanentemente la gobernabilidad, lo que además era una situación que no iba a cesar. Denunció “la nefasta labor obstruccionista de la mayoría de congresistas (...). La única agenda del Congreso (...) es la vacancia presidencial, la suspensión, la acusación constitucional o la renuncia a cualquier precio”.

Además, hizo alusión a una denuncia constitucional por traición a la patria que se estaba tramitando ante el Congreso⁽⁸⁾, como una evidencia de este órgano de pretender destituirlo con argumentos insostenibles y absurdos. Valgan verdades, es importante detenernos en algunos pormenores

(7) El exjefe de la Dirección Nacional de Inteligencia (Dini) acusó de actos de corrupción al expresidente Pedro Castillo el 6 de diciembre de 2022. Recuperado de <https://elbuho.pe/2022/12/ex-jefe-de-la-dini-revela-actos-de-corrupcion-contra-pedro-castillo-a-un-dia-de-debatir-la-vacancia/>

(8) Denuncia constitucional 219/2021-2022 contra Pedro Castillo Terrones por traición a la patria y por infracciones a la Constitución.

de este caso. La denuncia constitucional y el avance en su tramitación (la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales ya había aprobado el informe acusatorio⁽⁹⁾) sí reflejó una tendencia contraria a la Constitución por parte de la mayoría parlamentaria.

Ciertamente, todo indicaba que la mayoría opositora del Congreso estaba empecinada en vacar al presidente y ante la imposibilidad de lograr los 87 votos favorables que exige la aprobación de la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente, se pretendió optar por el camino del antejuicio político que, ante la comisión de delitos en el ejercicio de la función, exige contar con menos de 66 votos favorables para su aprobación⁽¹⁰⁾. Efectivamente, según el artículo 117 de la Constitución, el presidente de la República solo puede ser acusado durante su período por traición a la patria; impedir elecciones; disolver el Congreso indebidamente, y por impedir su reunión o funcionamiento o los de los organismos del sistema electoral.

Y ¿cuál era el acto de traición a la patria que habría cometido el expresidente Catillo? Declarar en una entrevista en un medio de comunicación que la posibilidad de otorgar una salida al mar a Bolivia dependería de que los peruanos estuvieran de acuerdo mediante los resultados de un referéndum. Claramente, esta declaración no configura ningún delito por traición a la patria, de conformidad con el Código Penal peruano (artículo 325 y siguientes). Tanto es así, que el Tribunal Constitucional, frente a una demanda de hábeas corpus que se interpuso en favor de expresidente, emito una sentencia⁽¹¹⁾ que declaró la nulidad del acuerdo de admisión de la denuncia y el informe final acusatorio de la Subcomisión de Acusaciones

(9) El 11 de noviembre de 2022 la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República aprobó por mayoría (11 votos a favor y 10 en contra) el informe final acusatorio contra el presidente Pedro Castillo por la presunta comisión del delito de traición a la patria. Con esto, el informe estaba expedito para que la Comisión Permanente lo ratifique y pueda pasar al Pleno del parlamento como instancia final.

(10) Artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República, literal i): “El acuerdo aprobatorio de una acusación constitucional, por la presunta comisión de delitos en ejercicio de sus funciones, requiere la votación favorable de la mitad más uno del número de miembros del Congreso, sin participación de los miembros de la Comisión Permanente. El acuerdo aprobatorio de suspensión requiere la misma votación”.

(11) Sentencia del Tribunal Constitucional 04044-2022-PHC/TC.

Constitucionales del Congreso de la República, por haberse vulnerado el derecho a la debida motivación en sede parlamentaria.

Entonces, independientemente de que la citada denuncia podía ser calificada como arbitraria, lo cierto es que, con la sentencia del Tribunal Constitucional que anuló su tramitación, no había objetivamente contingencia alguna para que prospere y se defina eventualmente el retiro del cargo del expresidente Castillo por la causa de haber cometido traición a la patria. Con esto, volvíamos a la situación que describimos al inicio: la mayoría parlamentaria opositora al gobierno se encontraba atada de manos, pues la salida forzada del antejuicio político para alcanzar los votos quedaba frustrada. Por tanto, el expresidente Castillo en este extremo no podía alegar una inminente destitución y, menos, que haya alguna razón objetiva en el marco de la Constitución para disolver el parlamento.

Por otro lado, el expresidente en su discurso indicó que:

“El Congreso ha destruido el Estado de derecho, la democracia (...), modificando la Constitución con leyes ordinarias con el fin de destruir al Ejecutivo e instalar una dictadura congresal. Ha llegado al extremo de limitar el poder soberano del pueblo, eliminando el ejercicio de la democracia directa a través del referéndum.

(...) el Congreso prácticamente ha suprimido la cuestión de confianza, dejando incólume la vacancia presidencial por incapacidad moral. Es decir, el Congreso ha roto el equilibrio de poderes (...) con el aval, como ellos mismos lo manifiestan, de su Tribunal Constitucional”.

Dichas alegaciones se referían a la aprobación de dos leyes: Ley 31355⁽¹²⁾ y Ley 31399⁽¹³⁾. En ambos casos las normas fortalecen el poder del parlamento frente al Gobierno, ya sea mediante la limitación del Poder Ejecutivo de hacer control político sobre el parlamento (se acota las causas del empleo de la cuestión de confianza) o mediante la interpretación legal de que toda reforma constitucional debe ser aprobado por el Congreso de la República. Esto último cobra especial atención, pues una propuesta

(12) Ley que desarrolla el ejercicio de la cuestión de confianza regulada en el último párrafo del artículo 132 y en el artículo 133 de la Constitución Política del Perú, publicada el 21 de octubre de 2021.

(13) Ley que fortalece el proceso de aprobación de leyes de reforma constitucional regulado en los artículos 40 y 44 de la Ley 26300, Ley de los derechos de participación y control ciudadanos, publicada el 30 de enero de 2022.

sustancial del grupo político del expresidente Castillo, desde la campaña electoral, era la aprobación de una nueva Constitución; proposición que, precisamente, la mayoría parlamentaria opositora rechazaba.

Aun cuando ambas leyes resultan cuestionables no solo por el fondo (debilitar el sistema de equilibrio de poderes y el derecho constitucional de referéndum), sino también por la forma (modificar implícitamente la Constitución mediante una norma con rango inferior, como es una ley, puede ser catalogado como un fraude a la Constitución), el Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de los dos dispositivos⁽¹⁴⁾. En este sentido, no es correcto, y menos en una autoridad pública, desconocer una decisión de un órgano jurisdiccional de la máxima instancia. Estar en desacuerdo con una decisión jurisdiccional es parte de la sana crítica que se produce en un contexto democrático, pero desconocer la eficacia de una sentencia constitucional no es válido en un Estado de derecho.

Lo más contradictorio, además, es la afirmación del expresidente Castillo de pretender hacer ver que el Tribunal Constitucional es propiedad de la oposición parlamentaria. Parece que se olvidó que la elección de los miembros del Tribunal Constitucional que fallaron por la constitucionalidad de las normas que cuestiona contó con el aval de su partido político en el Congreso. En el Perú el Congreso de la República elige de manera exclusiva a los magistrados del Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución), siendo que los últimos seis candidatos elegidos en mayo de 2022 fueron parte de la propuesta que presentó la comisión seleccionadora parlamentaria que fue presidida por un congresista representante del partido de gobierno (José Balcázar). Asimismo, los 87 votos requeridos para la elección necesariamente debieron contar con el respaldo de los integrantes de la bancada oficialista, lo que efectivamente ocurrió.

Entonces, mal se hace en querer deslegitimar a un órgano cuya conformación es corresponsabilidad del grupo parlamentario de gobierno. Así, el cuestionamiento planteado por el presidente sobre este asunto no tenía no solo justificación jurídica sino tampoco justificación práctica ni moral.

(14) La Ley 31355 mantiene su constitucionalidad en virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 00032-2021-PI/TC. La Ley 31399 mantiene su constitucionalidad en virtud de la sentencia del Tribunal Constitucional 00001-2022-PI/TC.

Finalmente, Castillo señaló que el Congreso no había autorizado la salida del presidente a eventos internacionales mediante argumentos absurdos, como el peligro de fuga. Debe anotarse que, efectivamente, el 17 de noviembre de 2017 el Congreso le denegó un viaje a México (XVII Cumbre de la Alianza del Pacífico); sin embargo, en esa misma fecha le autorizó un viaje a Chile (IV Gabinete Binacional entre Perú y Chile). Antes de esto, el Congreso había rechazado dos autorizaciones previas de viaje desde el inicio del gobierno de Castillo (a Colombia para la toma de mando del presidente Gustavo Petro y a Europa para reunirse con el papa Francisco en el Vaticano, ambos en el 2022). Empero, esta posición de la mayoría parlamentaria no era una práctica inalterable, pues el Congreso autorizó, por ejemplo, en el 2022, viajes de Castillo a Suiza (Asamblea Anual del Foro Económico Mundial, WEF), Ecuador (Encuentro Presidencial y XIV Gabinete Binacional) y Estados Unidos (77 período de sesiones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas); mientras que el 2021 autorizó un viaje a Bolivia (Encuentro Presidencial y VI Gabinete Ministerial Binacional Bolivia-Perú).

Así las cosas, no es objetivo afirmar que el Congreso obstaculizaba las relaciones internacionales del Estado peruano, menos cuando se mantuvo la posibilidad de que, en representación del país, podían viajar altos funcionarios públicos debidamente acreditados, como efectivamente sucedió. En todo supuesto, si esto hubiera sido así, el entonces presidente de la República tenía habilitado el camino para plantear una cuestión de confianza ante el parlamento, porque se trataba de una política gubernamental (política exterior), que es competencia del Poder Ejecutivo; lo que no se hizo, pese a ser un mecanismo constitucional.

Además, no debe olvidarse que, de acuerdo con el artículo 102 de la Constitución, es atribución del Congreso autorizar al presidente de la República para salir del país, lo que se complementa con el artículo 113, numeral 4, que establece que “la presidencia de la República vaca por salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado”. En este entendido, el Congreso no actúa como una mera mesa de partes, tiene la potestad, por disposición constitucional, de evaluar los pedidos de autorización de viaje fuera del país del presidente de la República, pudiendo legítimamente denegar el requerimiento.

Debe precisarse que la autorización o denegación del viaje no responde a una decisión unilateral del presidente del Congreso de la República o de

su mesa directiva. Es una decisión colegiada que se produce luego de un debate por parte de la máxima instancia deliberativa parlamentaria, como es el Pleno y; en su oportunidad cuando el Pleno no está en funciones, por la Comisión Permanente, que está integrada por los miembros de la mesa directiva y los representantes de todos de grupos parlamentarios.

De este modo, si el parlamento actuó en el marco constitucional y el presidente no impulsó un mecanismo político (dentro del margen constitucional) que contradiga dicho ejercicio, no se puede concluir válidamente que hubo una conducta por parte del Poder Legislativo.

2.2. La parte resolutive del anuncio

Luego de haber descrito las causas antes anotadas, el expresidente Castillo afirmó un conjunto de anuncios bajo el siguiente detalle:

“Esta situación intolerable no puede continuar, por lo que, en atención al reclamo ciudadano a lo largo y ancho del país, tomamos la decisión de (...):

- Disolver temporalmente el Congreso de la República e instaurar un gobierno de emergencia excepcional.
- Convocar en el más breve plazo a elecciones para un nuevo Congreso con facultades constituyentes para elaborar una nueva constitución (...).
- A partir de la fecha y hasta que se instaure el nuevo Congreso de la República, se gobernará mediante decretos ley.
- Se decreta el toque de queda a nivel nacional a partir del día de hoy, (...).
- Se declara en reorganización el sistema de justicia, el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Junta Nacional de Justicia, el Tribunal Constitucional.

(...)

- La Policía Nacional, con el auxilio de las fuerzas armadas, dedican todos sus esfuerzos al combate real y efectivo de la delincuencia, la corrupción y narcotráfico, a cuyo efecto se les dotará de los recursos necesarios”.

Luego de leer las determinaciones antes transcritas, hizo un llamado final a todas las organizaciones de la sociedad civil para que respalden

su posición, informando que estaba comunicando lo propio a la OEA, en aplicación del artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁽¹⁵⁾. Contrariamente, el mismo día el secretario general de la Organización de Estados Americanos (OEA), Luis Almagro, rechazó las acciones de Castillo, alegando que en el Perú se produjo “una alteración del orden constitucional” y que la sucesión presidencial a favor de Dina Boluarte era lo apropiado⁽¹⁶⁾.

Como puede advertirse, la justificación final del expresidente se fundaba en el “reclamo ciudadano”, dando a entender que contaba con el aval popular para legitimar sus determinaciones. No obstante, a noviembre de 2022, las encuestas no eran coherentes con dicha tesis, pues la desaprobación a su gestión oscilaba entre 61%⁽¹⁷⁾ y 69%⁽¹⁸⁾. Entonces, mal hizo en invocar a la población para sustentar una decisión al margen de la Constitución, menos cuando sus medidas no solo alcanzaban al parlamento (que, ciertamente, se encontraba con mayor desaprobación), sino a las instituciones del sistema de administración de justicia y a otros órganos constitucionalmente autónomos.

Con todo, analizar cada una de sus medidas sería inútil, por cuanto, de su misma lectura, la inminencia de un golpe de Estado era indiscutible. No existía ni existe algún artículo explícito o implícito de la Constitución que respalde alguna de sus disposiciones. Todo lo contrario, cada una de las reglas anunciadas violentaba flagrantemente el orden que exige la carta

(15) “Artículo 27. Suspensión de Garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna (...).”

(16) Recuperado de <https://www.infobae.com/america/america-latina/2022/12/07/luis-almagro-definio-al-accionar-de-pedro-castillo-como-una-alteracion-del-orden-constitucional-y-llamo-al-dialogo-en-peru/>

(17) Instituto de Estudios Peruanos (IEP). Estudio de opinión de noviembre de 2022. Recuperado de <https://iep.org.pe/wp-content/uploads/2022/11/Informe-IEP-OP-Noviembre-2022-completo.pdf>

(18) Datum Internacional. Estudio de opinión pública de noviembre de 2022. Recuperado de https://www.datum.com.pe/new_web_files/files/pdf/Nov%202022%20Popularidad%20y%20Sentimiento%20de%20los%20peruanos_221103085059.pdf

política en un régimen democrático. Es más, la contradicción era directamente respecto de la naturaleza misma de la norma constitucional, pues esta, en principio, se configura para limitar el poder a través de, mínimamente, tres condiciones: la desconcentración del ejercicio del poder, la vigencia de los derechos fundamentales y el respeto del Estado de derecho.

Así, reorganizar el sistema de justicia y disolver el Congreso para instaurar un Poder Ejecutivo de emergencia excepcional que gobierne mediante decretos ley ¿no es acabar con la desconcentración del poder e instalar un único poder sin control o limitación? Decretar una inmovilización social (toque de queda) de modo arbitrario, así sea por un horario determinado ¿no es atentar contra los derechos fundamentales y violentar el deber de su protección que tiene el Estado? Decidir en abierta y expresa violación de la Constitución ¿no es tirar abajo el Estado de derecho en el país?

La decisión del expresidente Castillo, aún en una situación hostil de oposición parlamentaria, configuraba un incuestionable golpe de Estado. El anuncio llevado a cabo colocó en la más alta incertidumbre a todos los peruanos, quienes eran testigos de cómo un mandatario constitucionalmente elegido rompía las reglas que juró respetar y proteger (artículo 116 de la Constitución). Ponía a la sociedad a la que representaba en la zozobra de no saber lo que venía respecto del ejercicio de sus derechos. Todo indicaba que retrocedíamos a los tiempos oscuros de los gobiernos dictatoriales que no permitieron la sostenibilidad de la democracia durante doscientos años de régimen republicano. De hecho, el discurso nos remontó, casi de modo inmediato, al último golpe de Estado perpetrado por el expresidente Alberto Fujimori en 1992, cuyos anuncios fueron muy similares a los que recurrió Castillo.

En su oportunidad, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe titulado “Situación de los Derechos Humanos en Perú en el contexto de las protestas sociales”, confirmó una posición institucional con relación a la condena de la inconstitucionalidad en el proceder del expresidente Castillo.

“La Comisión considera que la decisión del expresidente Castillo no se ajustaba a ninguna causal constitucional que habilitara la disolución del Congreso; tampoco estaba facultado constitucionalmente para ordenar la reorganización del Poder Judicial de manera

unilateral. Por tal motivo, condena la decisión y la califica como un rompimiento del orden constitucional. En su momento, la Comisión, además, saludó la rápida actuación de las distintas instituciones del Estado para restablecer el orden institucional”⁽¹⁹⁾.

Tal como se refiere en el comunicado, además, el golpe de Estado propalado por Castillo no tuvo efectos prácticos por la falta de acatamiento por parte de todas las entidades públicas, incluidas la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas. Así, mientras el Congreso de la República convocó a una inmediata sesión del Pleno (12:30 p.m.), la presidenta del Poder Judicial, en representación de su institución, hizo una conferencia de prensa para condenar el quebrantamiento del orden constitucional y llamó a las instituciones a mantenerse firmes en el respeto al Estado de derecho, debiendo la ciudadanía estar vigilante en defensa de la democracia⁽²⁰⁾.

Además de los poderes públicos, los órganos constitucionalmente autónomos se pronunciaron en la misma línea de rechazo. Por ejemplo, la Junta Nacional de Justicia invocó a las Fuerzas Armadas, a la Policía Nacional y a la ciudadanía a defender el orden constitucional, recordando que “nadie debe obediencia aun gobierno usurpador”⁽²¹⁾. El presidente del Tribunal Constitucional, en conferencia de prensa, afirmó que se trataba de un golpe de Estado y que el Congreso debería “actuar conforme a sus atribuciones y competencias”⁽²²⁾. Por su lado, la Defensoría del Pueblo demandó “al Congreso de la República, la aplicación de los artículos 99, 100 y 117 para efectos de declarar la responsabilidad del presidente (...). Asimismo, la conducción célere del procedimiento de sucesión presidencial

(19) Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2023). Situación de Derechos Humanos en Perú en el contexto de las protestas sociales. Doc. 57/23, fundamento 62. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2023/informe-situacionddhh-peru.pdf>

(20) Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/actualidad/2022/12/07/golpe-de-estados-elvia-barrios-presidenta-del-poder-judicial-se-pronuncia-tras-cierre-de-congreso-pedro-castillo-disuelve-el-congreso-atmp>

(21) Pronunciamiento público de la Junta Nacional de Justicia, de fecha 7 de diciembre de 2022.

(22) Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/judiciales/2022/12/07/pedro-castillo-tribunal-constitucional-rechaza-golpe-de-estado-de-pedro-castillo-e-invo-ca-a-dina-boluarte-a-asumir-presidencia>

para asegurar la gobernabilidad y la defensa de los derechos humanos en el corto plazo”⁽²³⁾.

En un comunicado, que es un verdadero precedente histórico, las fuerzas del orden interno y de la seguridad nacional, hicieron pública su posición de privilegiar el resguardo estricto de la Constitución sobre las disposiciones violatorias de dicha norma por parte del entonces presidente de la República. Afirmaron lo siguiente:

“Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú son respetuosas del orden constitucional establecido; el artículo 134 de la Constitución Política establece que el presidente de la República está facultado para disolver el Congreso, si este ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros. Cualquier acto contrario al orden constitucional establecido, constituye una infracción a la Constitución y genera el no acatamiento de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú. Se invoca a la ciudadanía a mantener la calma y confiar en las instituciones legalmente establecidas”⁽²⁴⁾

Referimos que este es un precedente histórico, porque los alcances de esta decisión tienen un valor trascendente, por cuanto se trata de una expresión deseable, propia de un régimen democrático fortalecido. De acuerdo con el artículo 167 de la Constitución, el presidente de la República es el jefe supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y en esta condición sus miembros deberían estar sometidos a las decisiones del primero. Sin embargo, esta norma no puede aplicarse de manera aislada y, menos, de forma mecánica en un contexto de ruptura democrática. Ciertamente, el artículo 169 de la Constitución indica que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional no son órganos deliberantes; sin embargo, a reglón seguido establece, “Están subordinadas al poder constitucional”. Un dispositivo como este no hace más que ratificar la vigencia de la democracia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano.

Debe recordarse que la democracia constitucional es ese punto de encuentro donde la democracia, como idea original del mero “gobierno de las mayorías” se complementa con los principios elementales de la

(23) Pronunciamiento público de la Defensoría del Pueblo, de fecha 7 de diciembre de 2023. Recuperado de <https://www.defensoria.gob.pe/pronunciamiento46/>

(24) Comunicado conjunto de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú N° 001-2022-CCFFAA-PNP, de fecha 7 de diciembre de 2022.

Constitución, como es la limitación del poder. La democracia constitucional corresponde a los límites que tienen las decisiones mayoritarias en el marco de la vigencia de la Constitución, tanto en su sentido formal como sustancial. La democracia se construye y no se agota en el reconocimiento positivo o en una declaración constitucional formal. Los límites al ejercicio del poder requieren de la garantía de condiciones para su funcionalidad. Ello implica entender que la autonomía de los poderes públicos (como la que ejerce el presidente en su condición de jefe de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional) se desarrolla bajo el canon de la legitimidad y no desde la óptica de una autarquía o de la arbitrariedad.

La limitación del poder implica que los gobernantes y los que ejercen función pública no solo deben estar sometidos a las leyes y al ordenamiento jurídico bajo un criterio competencial reglado; sino también deben observar los principios constitucionales que orientan la función pública, donde se halla el principio del *pro homine* o la interdicción de la arbitrariedad. En este sentido, cobra importancia, con mayor razón en la actualidad, la proposición de que antes que facultades discrecionales, los funcionarios públicos tienen competencias limitadas.

En dicho orden de ideas, la subordinación al “poder constitucional”, al que hace referencia el artículo 169 de la Constitución, no puede ser interpretado válidamente como el poder sin límites que pretenda ejercer un presidente de la República. El límite primero y definitivo es la Constitución, y la Constitución impone su poder de respeto a todos los integrantes del Estado y la sociedad. Con mayor razón, este poder impacta en los funcionarios públicos, tal como relata el artículo 39 de la carta política vigente: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación” y “El presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación”. El servicio a la Nación es el servicio a los intereses públicos, dentro de los cuales se encuentra en el primer nivel el respeto a la Constitución. Es el presidente, entonces, el primer obligado a cumplir los límites que establece el texto constitucional.

Por ello, desde el momento en que el expresidente Castillo decidió actuar fuera del marco constitucional y en clara violación del equilibrio de poderes, perdió toda legitimidad frente a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Con el anuncio del quebrantamiento del orden constitucional habilitó a los miembros de dichas instituciones a desconocer la autoridad del expresidente y privilegiar la autoridad de la Constitución que impone,

entre otros aspectos, que “nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes” (artículo 46) y que quienes ejercen el poder, “lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45).

Bajo este contundente escenario, quedaba encontrar una solución en la esfera de un procedimiento constitucional que, antes de hacer prevalecer un camino formal y ordinario, debía hacer frente a una situación de flagrancia con criterio de inmediatez y bajo el estricto compromiso institucional de defensa de los propósitos constitucionales y democráticos.

3. El procedimiento de vacancia seguido en el Congreso de la República

Mientras los minutos transcurrían y ninguna autoridad pública acataba las medidas anunciadas por el expresidente Castillo, el presidente del Congreso convocó a una sesión del Pleno con inmediatez (12:30 p.m.). Con esto, se dejó sin efecto la sesión convocada para ese mismo día a las 3:00 p.m., cuya agenda era el debate y votación de la tercera moción de vacancia presidencial (4904), la que, como señalamos antes, no tenía mayor posibilidad de ser aprobada.

Así, la nueva sesión del Pleno convocó la asistencia de 127 congresistas. El presidente del Congreso de la República, una vez iniciada la reunión, dispuso la lectura en ese momento de una propuesta de resolución que declaraba la vacancia de la Presidencia de la República por permanente incapacidad moral. Luego, sin mayor debate se procedió a la votación. Es decir, objetivamente, nos encontrábamos ante un procedimiento *sui generis* de vacancia presidencial que, sin haber sido presentado mediante una moción de orden del día, se tramitó en una sola etapa por iniciativa de la presidencia del parlamento.

Era la cuarta propuesta de vacancia por incapacidad moral contra el expresidente Castillo. No obstante, las circunstancias eran distintas, pues a diferencia de lo que ocurrió con los tres pedidos anteriores, ahora nos topábamos ante un hecho determinante que no admitía dudas de su incapacidad y que, además, tenía como testigo a todos los peruanos: la determinación de impulsar el quebrantamiento del orden constitucional.

Las consideraciones que previó la propuesta de resolución se basaron en la pretensión inconstitucional de disolver el Congreso, la

nulidad de los actos de quienes usurpan de funciones y la flagrancia en la conducta de Castillo. De estos tres elementos, la flagrancia es el asunto novedoso, pues los anteriores, en virtud de lo analizado anteriormente, son incontestables.

En efecto, la condición de flagrancia resulta determinante para validar un procedimiento que se llevó a cabo sin tener una base procedimental expresa. Así, la declaratoria de vacancia en su parte resolutive invocó el artículo 113.2 de la Constitución (declaración de vacancia presidencial por incapacidad moral permanente) en concordancia con el artículo 117 del mismo cuerpo normativo (posibilidad de acusar al presidente por impedir el funcionamiento del Congreso). Sin embargo, ya sea que se siga el procedimiento de vacancia por incapacidad moral (artículo 113.2) o el procedimiento del juicio político por infracción constitucional (artículo 117), de acuerdo con la norma de desarrollo constitucional, que es el Reglamento del Congreso de la República (artículos 89-A y 89, respectivamente), en ambos casos se debe seguir un trámite secuencial que de ningún modo opera en un solo día y sin la posibilidad de no permitir el ejercicio del derecho de defensa del presidente de la República.

Si ello es así ¿podríamos afirmar que se llevó a cabo un procedimiento arbitrario contra el expresidente Castillo? Para efectos de no caer en una respuesta subjetiva, veamos lo que ha afirmado el supremo intérprete de la Constitución sobre los alcances de una decisión arbitraria:

“a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad”⁽²⁵⁾.

Bajo tal fundamento, se debe ser categórico en afirmar que lo resuelto por el Pleno del Congreso de la República respecto de la vacancia del expresidente Castillo no configuró una decisión arbitraria. La decisión parlamentaria respondió a la exigencia de actuación inmediata frente a la amenaza inminente del quebrantamiento del orden constitucional. No se

(25) Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el expediente 0090-2004-AA/TC, fundamento jurídico 12.

trataba de un asunto que se requería probar o que exigía la contrastación de testimonios o dichos. Nos hallábamos ante una situación de hecho, que califica como flagrancia deliberada, pues quien hacía pública la violación del texto constitucional y en tiempo real era el propio presidente. No debe olvidarse que la cualidad de flagrante corresponde a aquello “que se está ejecutando actualmente, de tal evidencia que no necesita pruebas”⁽²⁶⁾.

En ese sentido, el Congreso, además de la aplicación de la causal de vacancia específica que consideró, estaba respaldado por la representación de los intereses de la Nación que ostenta (artículo 93 de la Constitución) y por la atribución de “velar por el respeto de la Constitución y de las leyes, y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores” (artículo 102.2 de la Constitución). Evidentemente, si el Congreso hubiera seguido el procedimiento ordinario de la vacancia o del juicio político por infracción constitucional, se rompía el principio de razonabilidad que le exigía restablecer con premura el orden democrático constitucional.

Ante un vacío normativo procedimental expreso (flagrancia), más no sustantivo (por las atribuciones parlamentarias descritas en los párrafos anteriores), el Congreso debía recurrir a una fuente válida de Derecho. Esa fuente es, precisamente, la Constitución, que le impele a actuar con inmediatez, sobre la base de la finalidad de resguardar el orden constitucional, antes que sobre cualquier requisito formal que resulte en la realidad un obstáculo irracional para alcanzar la finalidad anotada.

Debe tenerse presente que el principio de informalismo no es un asunto desvinculado con los procesos que sirven para proteger la Constitución, ya sea en su parte orgánica como dogmática. Así, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Constitucional lo reconoce en su título preliminar: “el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este código al logro de los fines de los procesos constitucionales” (artículo III). Entonces, si en un proceso jurisdiccional de defensa de la Constitución está en vigor el principio de informalismo, con mayor razón en un procedimiento político, donde la finalidad es la misma protección de la Constitución frente a un hecho que exige una respuesta urgente. En el campo político el principio de oportunidad es una máxima de la labor cotidiana, y lo

(26) Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de <https://dle.rae.es>

debe ser con mayor énfasis cuando se trata de garantizar la vigencia o el restablecimiento del modelo democrático.

A mayor abundamiento, por su naturaleza política en el marco de la Constitución, que es una norma abierta, el Derecho parlamentario admite la recurrencia a fuentes materiales, como la práctica, los usos, las costumbres y, por supuesto, los precedentes. Al ser la primera vez que se empleó la figura de la flagrancia para resolver inmediatamente una situación de gravedad, sin duda, la vacancia del expresidente Castillo comporta un precedente que puede ser tomado en cuenta para casos futuros similares. Esto, en razón de que hasta ahora no existe un procedimiento nuevo que se haya incorporado al Reglamento del Congreso de la República sobre una situación de flagrancia en los términos anotados en el presente análisis.

Por tanto, de presentarse un anuncio de golpe de Estado, con toda seguridad, se recurrirá al precedente Castillo para proceder de manera sumarísima. Asimismo, debe tomarse en cuenta que la decisión del Pleno del Congreso de vacarlo, que concluyó con la Resolución del Congreso 001-2022-2023-CR, contó con una alta votación a favor, siendo que 101 parlamentarios respaldaron la decisión. Debe tomarse en cuenta que tanto el procedimiento de vacancia por incapacidad moral (87 votos), como el juicio político por infracción constitucional (87 menos los miembros de la Comisión Permanente) exigen una votación calificada alta, la que fue superada ampliamente por la votación que definió la vacancia de Castillo, contando; incluso, con votos a favor de los miembros de la bancada oficialista⁽²⁷⁾. Ante el panorama reseñado, se puede concluir que el precedente Castillo contó con un apreciable apoyo que confirma su legitimidad.

A lo señalado antes, sobre la instauración de un nuevo precedente de control político en sede parlamentaria, debe decirse que la decisión de la vacancia en un solo acto por causa de flagrancia es un precedente que también cumple una finalidad de persuasión de incalculable valor para el régimen democrático. No solo se trata de la decisión del parlamento, también destaca la determinación oportuna e integral de las instituciones públicas, incluidas las no deliberantes como las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, de no acatar la orden del máximo mandatario de la Nación

(27) Votaron a favor de la vacancia presidencial de Pedro Castillo, los congresistas miembros del grupo parlamentario Perú Libre: María Agüero, Waldemar Cerrón, Elizabeth Medina, Flavio Cruz, Abel Reyes, Alex Flores, Américo Gonza.

de romper la vigencia de la Constitución. El precedente así, antes que del parlamento, es un precedente histórico del Estado peruano.

Finalmente, la decisión del parlamento también tiene base en el principio de razonabilidad, ampliamente reconocido por la jurisprudencia constitucional, el que puede ser empleado con absoluta validez en el caso de una medida inmediata frente al apremio de un golpe de Estado. En este entendido, es necesario precisar que el Tribunal Constitucional señala que “el principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3 y 43 (...)”⁽²⁸⁾. Al respecto, el artículo 3 hace referencia al Estado democrático de derecho como fundamento de los derechos constitucionales; mientras que el artículo 43 impone que la República del Perú es democrática y su gobierno se organiza según el principio de la separación de poderes.

Entonces, es incontrovertible que la razonabilidad de una decisión en el campo de una valoración constitucional, como es la defensa urgente del orden constitucional, prioriza y tiene basamento en el régimen democrático. La decisión política que tomó el parlamento de vacar al expresidente Castillo se encuadró en una medida razonable por tener fundamento en la Constitución y su defensa. Asimismo, fue una medida proporcional, atendiendo a la premura de actuar con inmediatez frente a un acto ilegítimo de la máxima autoridad del país que, por virtud del artículo 118 de la Constitución, estaba obligado no solo a cumplir y hacer cumplir la Constitución, sino también las sentencias jurisdiccionales, las que proscriben el quebrantamiento del orden constitucional.

A modo de conclusión

El anuncio del quebrantamiento del orden constitucional por parte del expresidente Pedro Castillo en diciembre de 2022 configuró una indiscutible determinación de perpetrar un golpe de Estado. El hecho de que la integridad de instituciones públicas (incluidas las no deliberantes) no hayan acatado la disposición presidencial, no desaparece ni disminuye la responsabilidad del primer mandatario; por el contrario, en su condición de máxima autoridad, sus pretensiones de instaurar un gobierno excepcional sin control constitucional, definieron la gravedad del asunto y la

(28) Sentencia del Tribunal Constitucional 2192-2004-AA /TC Fundamento jurídico 13.

necesidad de que el modelo democrático brinde una respuesta inmediata. En este contexto, el Poder Legislativo cumplió un rol esencial, ejecutando un procedimiento principista, antes que formalista, de vacancia presidencial por incapacidad moral permanente a partir de un hecho de flagrancia.

Dicho procedimiento configura un verdadero y notable precedente parlamentario que no solo servirá de base para casos futuros, sino que es un válido ejemplo de persuasión institucional y ciudadano que contribuye a la puesta de la Constitución y sus principios en el lugar prioritario que merecen. Por tanto, el desenlace del gobierno de Castillo fue una salida en el marco de la Constitución y del principio de razonabilidad, lo mismo que la sucesión presidencial correspondiente. Ahora bien, lo que ocurrió luego, con relación al aferramiento del poder y a la obstaculización concertada de no permitir un gobierno de transición y con ello abonar a la crisis de representación, es otra historia.

ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE UN GOLPE DE ESTADO EN EL SIGLO XXI

Aníbal Quiroga León^(*)

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia latinoamericana, y en especial de la historia constitucional peruana, luego de la independencia en 1821, los momentos más importantes en la estabilidad y gestión política han sido -al parecer- los gestados a través o luego de un golpe de Estado. Lamentablemente, los momentos democráticos en el Perú -a lo largo de nuestra vida republicana- se han caracterizado por haber poseído una corta duración en el Gobierno.

En junio de 2021, cuando nos encontrábamos justo en medio de una pandemia originada por un virus extremadamente contagioso y letal, de etiología aun desconocida -y que parecía no tener fin-, luego de unas ajustadas elecciones con Keiko Fujimori, el electo expresidente, Pedro Castillo Terrones, comenzó su gestión gubernamental con una aprobación bastante baja. Para ser exactos, inició su gestión con un índice de tan solo 38% de aprobación, según el portal web del diario El Comercio. *“Por primera vez en los últimos 20 años, un mandatario empieza con un rechazo que supera la aprobación. Desde Alejandro Toledo hasta Francisco Sagasti se hizo*

(*) Profesor Principal de la PUCP y de la U. de Lima. Profesor en la UPC. Profesor Post-Grado de USMP. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Ex Presidente del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la CGR.

la misma medición al inicio de sus mandatos, y Pedro Castillo obtiene el respaldo más bajo al inicio de su gestión (38%) de aprobación y la desaprobación más alta (45%)” ⁽¹⁾. La polarización era, pues, bastante evidente.

Del mismo modo, la relación entre los poderes del Estado -Poder Ejecutivo con el Poder Legislativo- no era la mejor, debido a que, como es sabido por todos, desde el 2016 veníamos enfrentando a una crisis política que se ha transformado en una especie de círculo vicioso que pareciera no tener cuándo acabar. En este escenario, tenemos que los excesos de control entre uno y otro, amparándose en los pesos y contrapesos, desembocaron -como algunos ya lo preveían- en un fallido Golpe de Estado protagonizado nada menos que por el propio Presidente de la República en funciones, Pedro Castillo, en la mañana del 07 de diciembre del pasado año 2022, que dejó un gran rechazo político casi unánime por el poco respeto hacia la democracia en el primer quinto del Siglo XXI y una gran falta de seriedad por parte de un Gobierno supuestamente Constitucional ante la comunidad internacional. Este autogolpe tuvo como referentes el protagonizado en 1992 por Alberto Fujimori en el Perú, y el de Juan María Bordaberry llevado a cabo en 1973 en el Uruguay.

Entonces, vemos pues, que el Gobierno del ahora exmandatario Pedro Castillo Terrones se trató de una gestión política completamente inestable, con desbalances de poderes absolutos y envuelto en escándalos de corrupción intrafamiliares. A través de todo ello, el Estado democrático y constitucional de Derecho que tenemos en el Perú ha quedado por demás desinstitucionalizado y mancillado. Y cuando pensamos que la situación de inseguridad e inestabilidad política ya no daba para más, el 07 de diciembre del pasado año, el expresidente y exjefe de las Fuerzas Armadas y Policiales, nos intentó sorprender con Golpe bajo, producto de una mala asesoría por parte de su primera ministra y ex primer ministro, Betsy Chávez y Aníbal Torres respectivamente.

2. EL GOLPE DE ESTADO

Por definición y por experiencia peruana, podemos decir que aquello que nosotros solemos llamar un “*Golpe de Estado*” es aquella acción política y disruptiva en el poder con el uso de la fuerza física, o su evidente

(1) <https://elcomercio.pe/politica/gobierno/la-gestion-de-pedro-castillo-inicia-con-38-de-aprobacion-la-mas-baja-en-los-ultimos-20-anos-noticia/?ref=ecr>

amenaza de uso por medio de las Fuerzas Armadas, que usualmente solía realizarse a través de vías militares o rebeldes. Un claro ejemplo de ello fue el Golpe de Estado gestado en la madrugada del 03 de octubre de 1968 por el exdictador Juan Velasco Alvarado, quien a través de las fuerzas militares se apoderó de la democracia peruana e instauró el primer nivel de lo que se conoce ahora, a través de la historia peruana, como un Gobierno -de facto- Revolucionario de las Fuerzas Armadas.

Por un lado, a modo de contexto, es importante mencionar que aquel golpe de Estado de 1968 se generó en condiciones de gran descontento social por la coyuntura del acuerdo entre el Gobierno peruano y la empresa extranjera *International Petroleum Company*, sobre la entrega de pozos de petróleo casi agotados al Estado y la anulación de todos los reclamos hacia la compañía y la entrega de una refinería con la venta de toda la producción peruana hacia la IPC, un contrato a todas luces desigual. Sumado a dicho acuerdo asimétrico, el presidente de la Empresa Petrolera Fiscal denunció que se había perdido la famosa página 11 del contrato conocido como el "Acta de Talara" que contenía el precio que la IPC se obligaba a pagar a la Empresa Petrolera Fiscal por los crudos que estaba obligada a venderle. Esto desató una oleada generalizada de protestas provenientes de la población, desde los sectores más radicalizados hasta las universidades.

Es así que, aprovechando la debilidad del gobierno de turno, las Fuerzas Militares de entonces, pasada la mitad del Siglo XX, decidieron levantarse en armas, tomar las instalaciones del Palacio de Gobierno y derrocar al expresidente Fernando Belaunde Terry, produciendo un golpe bajo a la democracia en aras de "poner orden" en el país.

En este contexto, nos preguntamos, ante qué tipo de régimen nos encontramos. Juan José Linz, quien ha dedicado gran parte de su vida académica a investigar sistemas de gobierno y formas de Estado, señala que *"los regímenes autoritarios son aquellos que no se basan, o no se basan solamente en la legitimidad tradicional, como por ejemplo las monarquías islámicas [...]. Los regímenes autoritarios surgen de la crisis y del desmoronamiento de los sistemas democráticos, de la transición desde la dominación tradicional, de la inestabilidad tras la descolonización de los conflictos en sociedades multiétnicas, de la "rutinización" del utopismo totalitario"*. En este caso, el gobierno de Velasco Alvarado encajaría en lo que Linz denomina autoritarismo de *"Tipo burocrático-militar"*, que es casi siempre dirigido por militares no

carismáticos. Este tipo de régimen está orientado pragmáticamente dentro de los límites de su mentalidad burocrático-militar.

Eventualmente, la dictadura militar terminó bajo el yugo de otro golpe de Estado orquestado por otro cuerpo militar, esta vez liderado por el Gral. Francisco Morales Bermúdez, no sin antes promover reformas de corte social como la reforma agraria, que ha sido considerada como una larga lucha de los campesinos por la tierra. Sin embargo, teniendo una mirada desde el futuro, sabemos que este plan, a largo plazo, no funcionó, pues actualmente, las haciendas que fueron otorgadas a los campesinos para que ellos mismos las administraran acabaron siendo mal gestionadas y abandonadas a su suerte sin una debida gestión en la producción de alimentos y demás insumos que se cosechaban alrededor de aquellas áreas rurales.

Por otro lado, es importante mencionar también el segundo Golpe de Estado importante para este ensayo académico, el ya conocido "Autogolpe del 05 de abril de 1992". El exdictador Alberto Fujimori, ante varios descontentos y pugnas constantes entre Poder Legislativo y Ejecutivo, en crisis económica, también con evidente apoyo de las Fuerzas Armadas, decidió disolver inconstitucionalmente al Congreso de la República y decidió, del mismo modo, reorganizar totalmente el Poder Judicial, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal de Garantías Constitucionales y el Ministerio Público.

De este modo, la institucionalidad del Estado quedó vulnerada y la independencia de poderes completamente desbaratada. En este escenario, a partir del año 2000 hemos tenido una sucesión de presidentes democráticamente electos por el pueblo, a través de sufragios completamente válidos, en un primer momento, han podido llegar a aprehenderse de los pilares esenciales del Gobierno para manejarlos democráticamente, situación que no sucedía hasta antes de 1992, pues los Golpes de Estado los solían dar solo militares. De alguna manera, como consecuencia del post fujimorismo, las Fuerzas Armadas, que terminaron ese proceso político muy melladas y afectadas, aprendieron a que no debían ingresar en la cosa pública, que debían preservar su importante rol constitucional en la defensa nacional, dejando el quehacer político a los políticos. "*Los problemas políticos deben ser resuelto por los políticos*", fue desde entonces el lema acuñado y la lección aprendida con un gran costo institucional.

Es realmente importante tener presente este último suceso de Golpe de Estado, pues es a partir de este punto, el siguiente autogolpe tendrá un lugar en la historia tras más de veinte (20) años de vida política en democracia.

Así, luego de exactamente treinta (30) años, el pasado miércoles 07 de diciembre de 2022, en horas de la mañana, -el exdictador Pedro Castillo-intentó sorprender al país entero con un ya manido discurso, evidentemente nervioso y notoriamente inseguro de lo que estaba haciendo, para poder obtener poderes omnímodos, dizque para “convocar a una asamblea constituyente”, como ya había reiterado testarudamente desde que asumió el poder. Muchas de sus partes parecieron un *déja vú* de la escenificación y de la partitura que el 05 de abril de 1992 protagonizara Alberto Fujimori en la tristemente célebre “autogolpe”.

Por eso mismo, esto último traía ciertos atisbos de *flashbacks* del autogolpe de Alberto Fujimori en 1992. Pero afortunadamente, han pasado ya tres décadas de aquel lamentable suceso y, además, debemos tener en cuenta que Pedro Castillo no contó con la fuerza de apoyo importantísima de las Fuerzas Armadas del Perú. Las Fuerzas Armadas fueron notoriamente subestimadas en su verdadero rol democrático y han madurado a una presencia fundamentalmente constitucional. Ya no son los mismos jefes y oficiales de antaño, son jefes y oficiales formados en el post fujimorismo que claramente ha aprehendido las esencias del fundamento constitucional y del evidente respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por lo tanto, su intento de apoderarse de los poderes del Estado a través de un autogolpe con las Fuerzas Armadas como apoyo no ha quedado más que en un triste sainete con visos del mayor ridículo político, un vergonzoso desbarro.

Del mismo modo, y aunque la escena de Castillo pareciera un *deja vú*, esta vez la sociedad democrática reaccionó de inmediato, en cuestión de minutos, junto con una casi siempre olvidada academia y las principales instituciones públicas, y se puso en contra de un nuevo intento de “autogolpe” en el primer quinto del siglo XXI y llamó inmediatamente a las cosas por su nombre: un golpe de Estado. Al final, como reza el dicho popular, los extremos siempre se tocan.

Pero no solo eso, sino que, casi de inmediato como una retahíla de cohetecillos, los ministros más obsecuentes del expresidente fueron

renunciando -como si fuese un efecto dominó en el que las piezas del juego van cayendo una tras otra, casi al mismo tiempo; pero a causa del empuje de la pieza trasera- casi al unísono, al igual que el embajador ante los Estados Unidos, el adulator embajador ante la OEA y sus acérrimos defensores. Al final, Castillo se quedó solo, flanqueado con las justas con un impredecible y nada democrático ex primer ministro, Aníbal Torres -sindicado como el autor del impresentable “discurso” que malamente y con tembladera -a ojos vista- leyó el expresidente en su intentona golpista. Hasta formuló su renuncia una muy inexperta y furibunda ex primera ministra, Betsy Chávez, en una curiosa simbiosis de estar embriagada de un efímero poder, pero al mismo tiempo demostrando estar en estado de shock.

Al final la democracia triunfó y la solución política se dio dentro de los parámetros exactamente previstos por la Constitución. El intento golpista -más sainete que obra consolidada- fue prontamente develado en poco más de dos horas, llamándose como corresponde en la sucesión presidencial a la única vicepresidenta habilitada, la Sra. Dina Boluarte, quien inmediatamente juramentó como nueva presidente constitucional de la República, nueva Jefe del Poder Ejecutivo y nueva Comandante Suprema de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales. Dina Boluarte, conforme a la Constitución deberá -en principio- completar el mandato original de Pedro Castillo hasta julio de 2026 como le corresponde. En principio, porque ella misma se puso la rueda de molino por collar al haber admitido la posibilidad de recortar su mandato con la intencionalidad que algunos esbozaban de ir hacia un adelanto de elecciones generales, lo que hubiera conllevado -en principio- con los votos suficientes, una reforma constitucional que no se habría dado de manera pronta por la falta de organización y por el estado de crisis social que siguieron por meses. No obstante, esa sola alegación ya había restado una importante cuota de legitimidad de entrada al recientemente estrenado mandato complementario de la presidente Boluarte.

El show había terminado muy pronto. El telón bajó y el principal actor de esta tragicomedia, con visos de ópera bufa, había terminado donde no se imaginó jamás que iba a terminar, en la DIROES compartiendo celda con el exdictador Alberto Fujimori, a quien tanto Castillo había denostado y criticado, quien otrora fuera autor de otro malhadado golpe de Estado hace treinta (30) años y que tantos pesares democráticos trajo para el Perú.

Bien se ha dicho que *“la historia ocurre dos veces: la primera vez como una gran tragedia y la segunda como una miserable farsa”*, según el pensamiento de Hegel, complementado por Marx.

¿Qué podría explicar esta suerte de “suicidio político” o de “fuga hacia adelante” del expresidente Castillo? De momento no lo sabemos, pero ciertamente hay pasiones humanas desenfrenadas que mueven al ser humano a hacer cosas impensadas y a cometer grandes yerros en su vida personal o en su vida pública; a saber: el amor, el sexo, el dinero, la ambición, el odio, la venganza, la envidia y, ¡oh!, el miedo.

Intuimos que, si se instalase una *“Mega Comisión Investigadora de los sucesos del 7 de diciembre de 2022 y el intento de golpe de Estado”* en el Congreso de la República, viendo desfilar a los principales actores y autores de este sainete, podríamos desentrañar los principales sucesos, detalles y responsabilidades de lo realmente acontecido. En este punto, es imposible no recordar ese magnífico film de Costa-Gavras titulado *“Z”*, o las patéticas escenas del Comandante Tejero en el Congreso de los Diputados español en aquel 23-F de 1981, cuando finalmente el entonces Rey Juan Carlos I paró en seco otro burdo intento de golpe de Estado en la España democrática, o de la noche del domingo 5 de abril de 1992 en que Alberto Fujimori protagonizó un “autogolpe” de Estado, golpeándose a sí mismo y echándose a los brazos de una Fuerza Armada cooptada para un irregular afán político al margen de todo marco institucional o constitucional. ¿Su final? La huida oprobiosa a Brunei y Japón, su renuncia por fax, su vacancia por incapacidad moral permanente, su carcelería en Chile y en el Perú, un mega proceso penal y una condena a 25 años en la DIROES. El golpe, en el siglo XXI, ya no paga; y nadie, en su sano juicio, siendo un verdadero demócrata, está en aptitud de bancárselo.

La Constitución, la democracia y el Estado de Derecho habían prevalecido y el Perú, sus Fuerzas Armadas y, finalmente, sus Fuerzas Policiales han dado una muestra de maduración, dando dos mensajes muy claros:

- (i) Los problemas políticos deben ser resueltos por los políticos y no por las Fuerzas Armadas; y,
- (ii) En pleno siglo XXI ya no son tolerables los golpes Estado, ni las soluciones políticas que se puedan dar al margen de la Constitución.

Esto significa, qué duda cabe, un avance importante en nuestra maduración institucional, democrática y política, y la Constitución se han fortalecido. El Congreso de la República ha dado una respuesta pronta, oportuna y revalorada. Si bien es verdad que en un principio hemos dado una clara señal de desgobierno e involución institucional, todo por tratar un expresidente de salvar de mala manera sus evidentes responsabilidades penales ante el sistema de justicia del país, intentando sojuzgar a nuestra democracia constitucional a sus intereses personalísimos, no es menos cierto que también se ha dado una clarísima señal de que ese desbarro fue debidamente conjurado muy prontamente dentro de los propios canales institucionales y constitucionales.

3. LOS GOLPES DE ESTADO YA NO SON TOLERABLES EN PLENO SIGLO XXI. SON LA ANTÍTESIS DE LA DEMOCRACIA, LA LIBERTAD, LA VOLUNTAD POPULAR Y LA CONVIVENCIA EN PAZ, BASES PARA EL DESARROLLO DE UNA NACIÓN

Ningún golpe de Estado se facciona en un día. Tampoco es la obra de un *“lobo solitario”*, por más desquiciado que sea el golpista. Tanto los que triunfan como los que fracasan requieren preparación, concierto de voluntades y conjunción de acciones políticas, sociales y militares desarrolladas en el tiempo.

La narrativa que pretendía exculpar a Pedro Castillo de su responsabilidad golpista señala que lo del 07 de diciembre no fue un golpe de Estado; fue un discurso voluntarioso, unilateral y singular, y que todos los que lo acompañaron en esa aventura vergonzosa no sabían lo que diría y quedaron, puntos más o puntos menos, *“sorprendidos”* con lo que la nación acababa de escuchar, en vivo y en directo, en donde Castillo se proclamaba por sí y ante sí, como autócrata que gobernaría mediante decretos ley, *“disolviendo”* el Congreso, *“interviniendo”* el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Ministerio Público, entre otros. Es decir, la ruptura total del orden constitucional, la Constitución por los suelos, la legitimidad democrática del poder constitucional hecha añicos y el regreso a épocas superadas en la historia del Perú que –felizmente, como lo mencionamos párrafos arriba indicados– terminaron con el final del siglo pasado.

Dicho sea de paso, como ya se había dicho en cuanto a que los extremos siempre se tocan, Castillo terminó emulando a su némesis Alberto

Fujimori, de quien él y sus adláteres habían abjurado y hacían escarnio de su condena judicial. Lo paradójal enseña que, al final, mucho del discurso de Castillo parecía extraído de lo que –en su día– profiriera Fujimori. A fin de cuentas, terminaron de vecinos en la legítima detención que, a uno y al otro, hoy les toca afrontar en aplicación de la justicia.

El Congreso, sin duda, fue lento en reaccionar. No se formó de inmediato una “*megacomisión*” para investigar algo tan grave como un golpe de Estado y a todos (a todos, sin excepción) sus partícipes. Hay muchos que, al fracasar el mismo, ver la inmediata respuesta institucional de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas Policiales, la reacción institucional madura y democrática, empezaron a silbar al techo tratando de desmarcarse de esta responsabilidad. Pero eso es algo que aún se encuentra pendiente.

Por ejemplo, ¿por qué no se ha investigado que el abrupto cambio justo el fin de semana anterior en la Dirección Nacional de Inteligencia y en el Ministerio de Defensa que eran claves para su éxito o su develamiento? ¿Por qué el premier y la presidenta han pasado por agua tibia que personajes que estuvieron en el Ministerio de Defensa, la mañana de los hechos, complotando contra la democracia, luego carezcan de responsabilidad y terminen premiados nada menos que con el propio Ministerio de Defensa?

La respuesta que en su día ha dado el Congreso ha sido importante, pero insuficiente. No puede tocar a quien fuera el premier de Castillo y a quien se atribuye la redacción –y, por lo tanto, las ideas golpistas– del malhadado discurso autócrata, ya que en esa fecha no era ministro, pero le ha pasado la cuchilla a quien fuera la tan entusiasta y belicosa, como breve, premier; que tenía por misión cerrar el Congreso y dar protección a los allegados al golpe, y a uno de los congresistas exministros más cercanos a Castillo.

Al final, en el caso del congresista exministro, se le ha salvado la curul con los votos claramente identificables de una agrupación política, la de la némesis de Castillo, que demuestra así su vocación por la ceguera política y el fracaso. Salvando aquellos congresistas –valiosos y consecuentes–, los demás después se preguntarán por qué la opinión pública les es tan desfavorable, por qué las encuestas piden el cierre del Congreso y por qué su accionar político termina siempre castigado. Si miran para atrás, en esa semana, tendrán una clara respuesta a la distancia de su propia sombra.

4. VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE

Según la historia constitucional, la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente ha existido incluso desde antes de la independencia, desde que éramos Colonia y nos encontrábamos bajo el dominio del poderío español. La figura que forma parte de la controversia en el derecho constitucional (es un tópico “*parteaguas*”) y su discusión es más antigua que nuestra propia independencia, siempre se ha encontrado presente en las constituciones que nos ha regido en diferentes periodos. No obstante, ello, no había cobrado tanta presencia como lo hace desde comenzado el siglo XXI luego de la fulminante y merecida destitución del ex presidente Alberto Fujimori.

Esto último se puede confirmar con la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional **Pleno Sentencia 778/2020**, que es la sentencia en cuestión de la vacancia del expresidente Martín Vizcarra, quien fue efectivamente vacado el 09 de noviembre de 2020. En esta sentencia constitucional, los votos de los exmagistrados Ramos, Ledesma y Espinosa-Saldaña, abarcan, en gran parte, la historia constitucional de lo que es la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente. De hecho, es en el voto de Ledesma y Ramos, que se señala que *“La historia de la incapacidad moral en el constitucionalismo peruano aparece incluso antes de que este exista propiamente. En efecto, la Constitución española de 1812 es una norma extranjera que se juró en territorio peruano y establecía que el gobierno sería asumido por la Regencia cuando el Rey “se halle imposibilitado de ejercer su autoridad por cualquier causa física o moral”.*

Por otro lado, sobre la vacancia presidencial en general, el Prof. Hakansson Nieto, señala que ésta presenta tres tipos de origen en la historia peruana. Primero, presenta causas de origen natural; luego, causas de origen penal y; por último, causas de origen político. Es, en este último apartado de causas de origen político, en el que se desenvuelve la “incapacidad moral permanente”, aquí se señala que “La causal de vacancia por “incapacidad moral” fue recogida en la Constitución peruana de 1839, luego de la breve Confederación peruano-boliviana y en sustitución de la Carta de 1834. Entonces, tenemos que la vacancia presidencial como figura constitucional se encuentra presente, aunque de manera implícita, desde años anteriores a la independencia del Perú y de su nacimiento como República independiente. Sin embargo, su primera aparición literal no tardaría mucho, pues es en 1839 que aparecerá en la Constitución y se quedará hasta el día de hoy.

Así es como la vacancia presidencial se ha encontrado presente en diversas constituciones a lo largo de la historia constitucional peruana. Sin embargo, nunca había presentado tanta popularidad como se presenta actualmente, pues, la segunda vez que se la utilizó luego del caso del ex presidente Guillermo Billinghurst en 1914, fue luego del intento de renuncia de Alberto Fujimori en el 2001, cuando el Congreso de la República al no aceptar dicha renuncia, le destituyó del inmediato del cargo de presidente de la República, declarando su absoluta vacancia por permanente incapacidad moral para ejercer el cargo presidencial.

Hoy en día, a lo largo de la crisis política, se utiliza a la vacancia como permanente instrumento de "*control político*" dada la fragilidad del presidente de la República en el Congreso, sobre todo después de 2016 con el presidente Pedro Pablo Kuczynski; pero, en realidad, parece que estuviera siendo utilizada como más que solo eso, como un elemento de permanente amenaza y de contienda entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, poniendo como excusa a la separación de poderes.

En el caso de Pedro Castillo, en concreto, la carta de la vacancia presidencial por incapacidad moral permanente fue activada antes del golpe; así, al momento de la vacancia, no se le vacó por haber perpetrado un semejante y vergonzoso golpe de Estado, ni mucho menos encontrarse en flagrancia -por lo cual fue detenido por la Policía Nacional del Perú en un valiente operativo-, sino por el proceso que se le venía siguiendo sobre los casos de corrupción en los cuales se encontraba bastante inmerso junto a sus familiares más cercanos, quienes raudamente escaparon con dirección al país centroamericano de México bajo la excusa del "*asilo político*" donde el presidente Andrés Manuel López Obrador les dio refugio. No obstante, el exdictador se ha quedado en tierras peruanas para ser juzgado bajo un debido proceso; del mismo modo, sus ex primeros ministros (Betsy Chávez y Aníbal Torres) y su cuñada Yenifer Paredes.

5. LA SUCESIÓN PRESIDENCIAL SEGÚN LA CONSTITUCIÓN

La sucesión presidencial en el Perú sigue el orden establecido en la Constitución y se lleva a cabo en caso de vacancia, ausencia o incapacidad del presidente en ejercicio. Los pasos principales para el proceso de sucesión presidencial son los siguientes:

- 5.1** Presidente en ejercicio: Según el Art. 110° de la Constitución Política, “El presidente de la República es el jefe del Estado y personifica a la Nación. Para ser elegido presidente de la República se requiere ser peruano por nacimiento, tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación y gozar del derecho de sufragio”. Del mismo modo, el Art.111° señala que “el presidente es elegido por sufragio directo”, y queda electo ejerciendo sus funciones durante su mandato de cinco años según el Art. 112°.
- 5.2** Vicepresidente: En caso de ausencia temporal del presidente, el vicepresidente asume la presidencia de manera interina. El vicepresidente también puede ser designado por el presidente para encargarse de tareas específicas durante su mandato.
- 5.3** Vacancia presidencial: Si el presidente es destituido, renuncia, es declarado incapaz moral permanentemente o fallece, se produce una vacancia presidencial según lo dispuesto en la concordancia de los Arts. 113° y 117° de la Constitución Política. Es aquí donde se produce la sucesión constitucional hasta que se agoten los vicepresidentes. En caso de que el último vicepresidente de la plancha presidencial quede destituido, el presidente del Congreso asumirá la presidencia de forma transitoria hasta que se elija un nuevo presidente de la República en un plazo no mayor a un año, como fue en caso del ex Presidente Valentín Paniagua en el 2000.
- 5.4** Elección del nuevo presidente: Una vez que se produce la vacancia presidencial, el Congreso tiene un plazo de 48 horas para elegir al nuevo Presidente del Perú. Para ser elegido, el candidato debe obtener al menos la mitad más uno de los votos del total de congresistas en ejercicio. Esto último pudimos verlo en el caso de la vacancia presidencial de Martín Vizcarra (último vicepresidente), seguido por la renuncia de Manuel Merino (presidente de la Mesa Directiva del Congreso), y seguido por la elección de Francisco Sagasti.
- 5.5** Mandato del nuevo presidente: Una vez elegido, el nuevo presidente asume el cargo y completa el período presidencial que corresponda, hasta la siguiente elección general.

La sucesión presidencial hacia la presidenta Dina Boluarte ha sido impecable desde el punto de vista constitucional. No era una advenediza. Era la llamada por la Constitución. Fue elegida junto con el expresidente

Castillo en la misma plancha, el mismo día, con los mismos votos y con la misma legitimidad constitucional. Por eso, ante la inobjetable vacancia de Castillo por haber incurrido en delitos contra el Estado y contra la Constitución, en estado de flagrancia, cometiendo un hecho execrable como lo fue un Golpe de Estado, vista en vivo y en directo, a nivel nacional e internacional en tiempo real, le correspondía entonces a la vicepresidenta en funciones ser ungida como presidenta constitucional. Y así lo hizo el Congreso de la República al principio de la tarde del pasado 7 de diciembre de 2021.

Pero he aquí que, habiendo juramentado hasta 2026, como dice la Constitución, al día siguiente, luego de un mal sueño y peor *"consejo"*, decidió que su mandato podía recortarse a 2024, llamándose a sí misma *"gobierno de transición"*, restando su propia legitimidad y disparándose a los pies. En los días siguientes, el calibre fue mayor, cuando deslizó la posibilidad de que el recorte fuera, nada más y nada menos, que a 2023. Es decir, ahora mismo, como si la alegría de ser la primera presidenta en la historia nacional se hubiese trocado en un tema tan candente que tenía que desprenderse de ello a la primera de bastos.

Cuando el presidente Kennedy fue lamentablemente asesinado, y el Vicepresidente Johnson juramentó el cargo de presidente en el *Air Force One*, en pleno vuelo, nunca dijo que sería un *"presidente de transición"* ni que *"adelantaría"* las elecciones. De hecho, no lo hizo, y completó el mandato presidencial. Otro tanto ocurrió cuando el presidente Nixon renunció a su mandato y el vicepresidente Ford asumió la presidencia de pleno derecho hasta completar el plazo constitucional. Igual ocurrió cuando el presidente Roosevelt falleció antes del fin de la segunda Guerra Mundial, sucediéndole el Vicepresidente Truman para completar el mandato presidencial.

La regla prevista en nuestra Constitución en vigencia dice que el mandato vence en 2026. Eso dice su texto escrito. Cualquier *"adelanto"* electoral implica nada menos que una reforma de la Constitución, una alteración de las reglas constitucionales, y eso, ¡oh maravilla!, no depende de la voluntad de la presidenta –ni de sus potestades– sino del Congreso, donde requiere un quórum hipercalificado y donde ni siquiera cuenta con una pequeña bancada.

Es que los *"genios"* que asesoraron a la presidenta no la vieron. Ni ella tampoco. Mucho contribuyó a la confusión el haber designado inicialmente

un premier evidentemente incompetente, y que los “*expertos opinólogos de nuestra política doméstica*”, de una u otra laya, esos que permanentemente “*leen la calle*”, se cogieran del asa de la supuesta “*transitoriedad*” para hinchar por el adelanto de elecciones, chocándose con la realidad de un Congreso que no quería hacerlo, ni tenía obligación para ello. Hay que tener claro que un adelanto de elecciones constituye una evidente alteración de las reglas constitucionales actualmente previstas.

Esos gurúes criollos, que son los únicos que saben leer “*las hojitas de coca de la política*”, no solo pretenden continuar con la desinstitucionalización democrática, sino que –en no pocos casos– tienen un claro conflicto de intereses pues quieren ser los candidatos de lo inmediato, o regresar al poder de las mieles del Congreso. Sus posiciones, en muchos casos, no son gratuitas.

Finalmente, el Congreso le dio varios portazos al adelanto electoral. Ya fue. No se hizo, ni se hará. Sin embargo, la academia constitucional, en su gran mayoría, apoya el mandato constitucional de la presidenta Boluarte. Y no por simpatía política o ideológica, sino porque es lo que la institucionalidad constitucional requiere por el bien de la estabilidad democrática del país. Hay que trabajar en conjunto un plan de gobierno y de desarrollo nacional a 2026. Nada más y nada menos.

6. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, nos encontramos en ante un escenario de crisis política bastante grave, a veces podemos notar picos altos y bajos de la misma, dependiendo de quiénes se encuentren en el poder.

Históricamente, los Golpes de Estado han sido una manera errónea e ilegal de “*tomar al toro por las astas*” cuando el Gobierno se encuentra en crisis desde tiempos inmemorables, en el erróneo entendido en que solo las Fuerzas Armadas o los caudillos autoritarios saben lo que le conviene a la Nación, dejando de lado las formas democráticas y pasando por el costado del Estado constitucional.

Probablemente, si sumáramos los años todos los años de nuestra era republicana, quizás hayamos vivido más tiempo en dictadura o autocracia que en democracia. No obstante, eso no significa que el fin de los Golpes de Estado sea bueno. No lo son, por donde sea que se le mire. Por ello, es importante la reflexión ante este último intento de sometimiento a un

Gobierno de facto, donde se nos pretendía desconocer la inestable pero aún existente democracia bajo la cual vivimos.

Definitivamente, la vacancia por permanente incapacidad moral del Presidente declarada por parte del Congreso fue producto del Golpe de Estado protagonizado en forma estelar por el expresidente Pedro Castillo. Dicho autogolpe fue un manotazo de ahogado por completa desesperación, que, en realidad, se veía venir desde su primer día de mandato a raíz de la crisis política que nos viene aquejando desde el 2016.

Lamentablemente, ni el exdictador -por un par de horas-, ni sus malos asesores, previeron que, en pleno siglo XXI, los Golpes de Estado, en un país que ha probado lo que es la democracia en estos últimos veinte años, ya no son tolerables ni aceptable. Ya no rinden frutos. El Golpe de Estado ya no paga.

EL COUP DEL TROMPE L'OEIL, Y LA FLAGRANCIA DEL ADIEU^(*)

César Delgado-Guembes

“...no puede calificarse de arbitraria o no equilibrada la decisión del Congreso o carente de fundamentación objetiva al margen de la promoción y protección de fines constitucionalmente relevantes y, por tanto, que la autorización parlamentaria carece de efectos jurídicos. Los motivos de impugnación no pueden prosperar”

Sala Penal Permanente

RECURSO DE APELACIÓN N.º 51-2023/SUPREMA

Ponente: César San Martín Castro

¿Qué sentido cabe darle al Auto de Apelación de la Corte Suprema, del 10 de abril de 2023, sobre el alucinado golpe de estado de Pedro Castillo del 7 de diciembre de 2022, que detonó el acto de vacancia protagonizado por el Congreso peruano que, en la misma fecha, aprueba la destitución de Castillo, luego del debate y aprobación de la Moción de Vacancia presentada?

El propósito del Recurso de Apelación que planteó en su pretensión la defensa fue impugnar la resolución que denegó la acción presentada para anular el proceso penal iniciado por la Fiscalía de la Nación ante el Poder

(*) Una traducción algo libre sería la siguiente: “El golpe de una ilusión óptica y la flagrancia del adiós”(N.del E.)

Judicial y, en consecuencia, dejar sin efecto los argumentos adoptados por el Congreso en relación con la destitución de Pedro Castillo sustentada en el golpe que anunció públicamente el 7 de diciembre. La defensa cuestionó la constitucionalidad de los procesos penal y constitucional, así como la decisión de vacar a quien detentó la presidencia de la república hasta el 7 de diciembre de 2022.

En el frente contrario, el Congreso usó un instrumento de *ultima ratio* para expulsar del poder al Presidente de la República ante su manifestación irrefutable, y constitucionalmente im procedente, interdictada e indamisible, de disolver el Congreso, y de declarar en reorganización el Poder Judicial, el Ministerio Público, la Junta Nacional de Justicia, y el Tribunal Constitucional.

La cuestión relevante del caso en este análisis es la validez de la decisión del Congreso peruano, en el marco del escenario de conflicto entre el gobierno y el Congreso, escenario que, cierta y evidentemente, no tiene carácter arbitrario. La correlación de posiciones institucionales entre el gobierno y el Congreso, en un modelo de democracia representativa como el peruano, resulta y es consecuencia de la voluntad popular. Los grados de tensión cuando el pueblo define mayorías no precisamente amigables en ambos poderes del Estado, pueden ser elevados, pero en ningún caso puede imputarse que los actos de ambos operadores tengan, en sí mismos, naturaleza ni inconstitucional ni arbitraria, siempre que se respeten los límites que la Constitución consigna como máximos intransigibles. Uno de esos máximos es, en efecto y precisamente, la proscripción del uso y de la ocupación del poder en desconocimiento de las competencias regulares de terceros, en especial si es de signo político diverso o contrario. De ahí resulta la interrogante sobre la constitucionalidad de la decisión presidencial de disolver el Congreso de la República más allá del supuesto constitucionalmente permitido, no menos que, además, sobre el proceso parlamentario excepcionalmente adoptado, para proceder a vacar el Presidente de la República en un acto de violación flagrante del marco, del modelo y del sistema constitucional peruano.

El examen de la materia comprende, por un lado, la atipicidad constitucional del acto presidencial y, por otro lado, la atipicidad también de los procesos de vacancia y de acusación constitucional con los que el Congreso remueve al Presidente.

I

La proscripción aporética del golpe de Estado en un régimen republicano

La definición política de un régimen republicano está íntimamente asociada al carácter popular del origen del poder. Sólo se accede al poder de acuerdo a la voluntad ciudadana. Y la voluntad ciudadana se conoce cuando se le consulta sobre la materia respecto de la que debe pronunciarse. Cuando se invoca la voluntad popular sin consulta, desde el punto de vista republicano, se produce un acto ético y políticamente usurpatorio, porque quien lo haga no contará con la evidencia de que esa supuesta voluntad popular a la que se apela es sólo un dicho y una afirmación unilateral, sin corroboración alguna con el sujeto del que se dice que la tiene. La voluntad popular sólo y únicamente se manifiesta cuando se consulta al sujeto y el sujeto responde en el sentido en que prefiere expresarla.

Las repúblicas se construyen con ciudadanos. No solamente con electores. La diferencia es crítica y hace que la expresión de la voluntad popular adolezca de no escasos y también perturbadores niveles de confusión. Las democracias no distinguen entre la calidad del ciudadano y la identidad del elector. Son lo mismo: quien puede votar es elector y, por lo tanto, también es ciudadano. En las repúblicas esa identidad no se presume. No basta con ser elector para contar con la identidad de ciudadano. La ciudadanía exige grados de compromiso, de responsabilidad y de confiabilidad bastante más elevados. A grado tal que muchos electores quedan *off-side* cuando carecen de las virtudes, competencias y destrezas exigibles para el comportamiento ciudadano. Las democracias tienen exigencias ética y políticamente inferiores, pero no obstante el menor nivel de exigibilidad, sólo cuando se conoce el resultado de una consulta a la masa de electores es posible calificar que existe, o que no existe, voluntad popular, sea en un sentido o en otro, o en ninguno. De ahí que cuando haya quien hable de voluntad popular, basados en esa otra noción inasible y anónima a la que se denomina "opinión pública", se incurra en un exceso y también en un atropello o abuso que el ciudadano republicano reprueba cuando oye la ligereza con la que se usa e invoca su existencia. El recurso fácil y vergonzoso de lo que provoque o quiera llamarse "voluntad popular", u "opinión pública" incurre en un grado ofensivo de necedad y de atropello totalmente incompatible con un modelo,

tipo o sistema de vida políticos que se precien u honren o de democráticos o de republicanos. Y quienes consienten en ese tipo de uso sin mayor reflexión desgracian su propio destino individual y colectivo. El ciudadano que opta por vivir y preferir la república en vez de la tiranía, o de la dictadura, tiene consciencia plena que su destino no es nunca individual sino histórico y colectivo. El elector en una democracia carece de la consciencia o de la responsabilidad por el vínculo de sus actos y preferencias respecto de la comunidad. Basta la consciencia de la unión cuantitativa entre individuo y sociedad para que el resultado califique como democrático, aunque no necesariamente republicano. Si esas son premisas elementales y básicas para el uso de los conceptos de república y democracia, en ninguna de las dos la sola calificación de una supuesta ni presunta voluntad popular, u opinión pública, por quien quiera que así la invoque o reclame, basta para que suplante ni sustituya esa verdadera y auténtica decisión inconsulta del electorado o de la ciudadanía. Hay voluntad popular cuando cada integrante de la colectividad política ha tenido la oportunidad de decir y de decidir qué quiere y qué prefiere, sin que nadie más tenga la potestad de tomar el nombre de esa colectividad para su provecho o ventaja. Y quien lo permita incurre en el mismo vicio ético y epistemológico que quien protagonice el atrevimiento, osadía e imprudencia para provecho propio, o para afectación de quienes no coincidan con su designio o voluntad política. Las líneas precedentes son necesarias, no obstante lo básicas y elementales que puedan parecer, para comprender el alcance de la pretensión de quien, sibilinamente, se jacta de representar o de interpretar los contenidos de una inconsulta voluntad popular. Los regímenes políticos se sustentan en el juego necesario entre mayorías y minorías en sociedades diversas y plurales. La decisión política, igualmente en una república que en una democracia, la toman quienes tienen la titularidad de la soberanía. No quien ocupa un puesto de dominio que resulta de la decisión soberana de la colectividad. Por eso es que cuando el gobernante dice que toma el poder por decisión de la voluntad popular, sin que esa decisión haya sido objeto de consulta efectiva alguna, lo que hace es apropiarse de un poder del que carece, para beneficio de su propia, privada y singular voluntad individual, o del grupo que él representa o encarna.

Este es el contexto político de la toma arbitraria del poder en un golpe o autogolpe de Estado. Y también es el contexto en

el cual el juicio, decisión y acto debe ser juzgado y sancionado. El Perú ha sufrido y tolerado demasiadas usurpaciones de índole cratológica. El poder seduce y corrompe, y una sociedad impreparada para repudiar el abuso, naturalmente, lo consiente y lo celebra. Más aún, lo desea y lo reclama cuando el grado de canibalismo alcanza niveles inexorables. Esa ha sido la tónica constante en la historia política del Perú desde sus orígenes. La complicidad generalizada con la arbitrariedad y el abuso, y la insuficiente convicción con usos responsables, tolerantes y plurales del poder. Cuando Pedro Castillo Terrones anuncia su propósito de disolver inconstitucionalmente el Congreso y de reorganizar el sistema de justicia, asume que el pueblo lo avalará y que la historia lo condonará.

Con lo que no contó fue con el viraje y cambio de perspectiva que, en particular, tendrían tanto las fuerzas armadas y la policía nacional, como gran parte de la sociedad civil y mediática, no menos que de la solidaridad de titulares de los principales órganos constitucionales del Perú, respecto del acto arbitrario del que pretendió ser epígono protagonista. Se equivocó. Y el Perú presenció y constató que por primera vez en la historia política del país, un golpe careció de éxito. No bastó ser el Presidente de la República, ni el jefe supremo de las fuerzas armadas, para minar y eliminar la institucionalidad constitucional ni el papel de las minorías políticas o de las mayorías parlamentarias en una sociedad democrática.

Pedro Castillo se encargó de desenmascarar su propia careta. Hubo un designio en su asunción al poder. Contra la buena fe y voluntad de muchos, Castillo Terrones desnudó la ilusión que hizo creer a tirtos y troyanos. Nunca había sido demócrata, y se valió de la invocación a la democracia para encubrir un propósito contrario y contradictorio a cualquier modelo democrático. Con mayor razón a cualquier modelo republicano, por supuesto.

El acto se enmarca en la proscripción que señala el Artículo 46 de la Constitución. *Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. (...) Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas.* El costo de la usurpación tiene naturaleza penal. El usurpador debe ser detenido y, además, desconocerse ipso facto la continuidad del mandato. El mandato constitucional concluye automáticamente con la decisión usurpatoria. Por lo tanto, quien cuenta con la competencia para concluir y expulsar al protagonista de la

arbitrariedad usurpatoria debe proceder de conformidad con la gravedad de la falta y eliminar la mancha del escenario político.

La decisión de apoderarse del poder sobre la base de la falsa voluntad popular de que lo haga puso en evidencia la falsedad del propósito democrático tanto de quien accedió a la presidencia de la república, como del grupo político que él representó en la competencia electoral. Las democracias permiten que aun los enemigos de sí mismas participen y compitan en el acceso al poder. Pero el límite será la imposibilidad y proscripción de los usos abusivos y prohibidos del poder, en contra de principios y valores inherentes a la pluralidad y diversidad democrática.

Ante el límite político que la Constitución establece, por primera vez en la historia del Perú, las fuerzas armadas y la policía nacional desconocieron la decisión presidencial y detuvieron al usurpador, avalando por consiguiente la permanencia del Congreso y del sistema judicial cuyo desconocimiento aspiraba a conseguir Castillo Terrones.

Detenido en el enredo de su impericia y la flagrancia penal de su conducta el acto exigía la respuesta y reacción de los órganos competentes para evaluar y sancionar la enormidad de su error político.

II

La vacancia presidencial en caso de antidemocrática flagrancia

Si la lógica de la *real politik* que intentó utilizar el frustrado usurpador quedó descartada, ante la inusual reacción de las fuerzas armadas y de la policía nacional, ¿qué alternativa es necesario adoptar para conjurar el peligro en que el usurpador pone a la sociedad política, y a quién corresponde adoptarla? La responsabilidad política es un principio fundamental en cualquier sistema democrático, que establece que los líderes políticos deben asumir la responsabilidad por sus acciones y decisiones. Esto incluye la posibilidad de que los líderes sean destituidos o sancionados por el incumplimiento de sus deberes o por violaciones de la ley. Este principio está reconocido en la Constitución del Perú y la competencia para exigirla también.

El órgano institucionalmente competente para exigir la responsabilidad del Presidente de la República es el Congreso. Y le toca hacerlo, principalmente, en dos tipos de procesos. Uno de ellos es el proceso de

vacancia; el otro el proceso de acusación constitucional. Ambos están previstos en la Constitución así como en el Reglamento del Congreso. Al inicio del período 2021-2026 se advirtió un escenario de abierta confrontación la relación entre el Congreso y el poder ejecutivo, más aguda quizá incluso que la que se apreció en el período 2016-2021 con los presidentes Kuczynski y Vizcarra. El enfrentamiento tiene origen electoral, y comienza con las imputaciones de uso funcionalmente incorrecto de las competencias del sistema electoral en el proceso de escrutinio y de validación de cálculo de los votos en las mesas de sufragio. Las imputaciones se concretaron en impugnaciones por maniobras fraudulentas de operadores del proceso y del sistema electoral. Luego de controlado el frente electoral con decisiones igualmente cuestionadas, el espacio de confrontación se traslada al Congreso y a la esfera pública, incluida la mediática.

A partir de la escisión en las preferencias del electorado, la división se traslada y reproduce en su versión institucional en el Congreso de la República. Alcanzan representación en el Congreso nueve agrupaciones políticas, las que sintetizan el espectro cultural peruano en el sector de la izquierda, de la derecha y de los dos centros (derecha e izquierda, respectivamente). Uno de los puntos críticos del partaguas es el clásico asunto de la discriminación y de la desigualdad por cuestiones étnicas y económicas derivadas del proceso de colonización que afectó el territorio desde el siglo XV. En ese espectro histórico, la elección de Pedro Castillo se propone como el argumento del representante radical de la descolonización y de la igualdad económica, en reivindicación de la población autóctona y secularmente marginada.

La radicalidad de la posición de Pedro Castillo tiene el apropiado encubrimiento y disfraz en las formas institucionales, que progresivamente se desenmascara con la introducción de su propósito de convocar a una asamblea constituyente con el propósito principal, pero no único, de sustituir el régimen económico por uno intervencionista y colectivista en el que se manifieste la lógica de la eliminación de la desigualdad y de la desprivatización de la economía. En armonía con la realidad plural de la república, la opinión pública y las fuerzas representativas que tienen curul en el Congreso, reaccionan con actos de control político, uno de cuyos frentes será el uso de información que se difunde en los medios de comunicación respecto de la irregularidad en el uso del poder por el

gobierno de Pedro Castillo, así como en los indicios de corrupción que van revelándose durante el ejercicio de la presidencia.

En concordancia con la gravedad del atentado que protagonizó Pedro Castillo, las respuestas en el Congreso consistirán en intentos infructuosos de remoción del Presidente de la República que se ven repetidas veces frustrados con la pretensión de su vacancia por incapacidad moral permanente. La dificultad de removerlo hasta en dos oportunidades por esa causal con las reglas vigentes, deriva en propuestas normativas para facilitar su suspensión en vez de la vacancia, a la vez que en la modificación de la mayoría necesaria del proceso de vacancia en vista de la mayoría exigida en el Reglamento del Congreso para conseguirla no podía alcanzarse.

La flagrante e inminente decisión de Pedro Castillo del 7 de diciembre le abre un frente institucional y constitucionalmente imposible de controlar. Es virtual y generalmente aceptado que un golpe de estado es un acto contrario al Estado de derecho y al Estado democrático, en el que uno o más individuos toma y se apropia del poder constitucional y popular por la fuerza, sin respetar las reglas que rigen el origen de la autoridad estatal. En este sentido, los golpes de estado son contrarios y, obviamente, perjudiciales para la estabilidad y el desarrollo de los países. Quienes recurren a él generan y menoscaban la legitimidad y la confianza en las instituciones constitucionales.

En la decisión de desconocer el mandato representativo e institucional del Congreso y del sistema jurisdiccional del Estado, Castillo Terrones asume el riesgo de la posibilidad de carecer de apoyo y de no tener éxito. El apetito lúdico en que se embrolló le costaría su derrota institucional y su vacancia, aunque le quedaba el frente de ataque paralelo en la calle con sectores de la población que adhieren al símbolo que él representaba.

Independientemente del análisis que corresponderá realizar sobre el impacto del conato de golpe en la dimensión histórica, sociológica y política del acto, en este espacio corresponde mencionar la idoneidad de los procesos parlamentarios que se activan como resultado de la detención policial de Pedro Castillo luego de su intento de valerse del asilo político en la embajada de México. Como lo anticipé, son dos los procesos por los que es responsable el Congreso en la demanda de responsabilidad del Presidente de la República. Uno es la acusación constitucional, el otro la vacancia por permanente incapacidad moral.

Desde que se inicia el período constitucional 2021-2026 en julio de 2021, hasta la conclusión del año legislativo 2022-2023, en julio de 2023, se registraron 18 denuncias constitucionales contra Pedro Castillo Terrones. En dichas denuncias se le imputaba la comisión de delitos en el ejercicio de la función, e infracciones a la Constitución.

En el cuadro siguiente se señalan los tipos de falta que indican los denunciados, en razón de las cuales presentan sus denuncias ante la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales.

Cuadro de denuncias constitucionales presentadas contra Pedro Castillo Terrones 2021-2023

| DENUNCIANTE | # DENUNCIA | DELITO | INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL | ESTADO |
|-------------|------------|--|--|---|
| Ciudadano | 2 | | Art. 118, inc. 1) | Improcedente. Archivo |
| Ciudadano | 5 | Arts. 317, y 359, incisos a), b) y c) | | Improcedente. |
| Ciudadano | 118 | | Arts. 40, 118, 122, 126, 128, 146 y 153 | Improcedente |
| Ciudadano | 203 | Discriminación, abuso de autoridad, coacción, amenaza, violencia moral y psicológica | | Improcedente |
| Ciudadano | 206 | | Arts. 77, 80 incisos 8 y 9, y 118 | Pendiente de calificación |
| Ciudadano | 208 | Cohecho | Art. 118 | Improcedente |
| Ciudadano | 211 | Art. 376 | Contra la libertad personal, integridad psíquica, física y moral, libre desarrollo y bienestar | Improcedente, para decisión de la Comisión Permanente |
| Ciudadano | 212 | Art. 380 | Arts. 39, 43, 44, 45, 48, 49, 62 | Improcedente |

| | | | | |
|---|-----|----------|---|--|
| Ciudadanos. Congresistas Norma Yarrow, y José Cueto Aservi | 219 | Art. 325 | Arts. 32, 54, 110, y 118 incisos 1,2 y 11 | Comisión Permanente devuelve Informe Final a la SCAC el 4 de noviembre de 2022 |
| Ciudadano | 220 | | Arts. 38, 39, 43, 44, 45, 54, 55,73, 110, 116, 118 incisos 1 y 15, 163, 164, y 167 | Pendiente de calificación desde el 2 de febrero de 2022 |
| Congresista Patricia Chirinos Venegas | 233 | | Arts. 32,38,44,54, y 118 incisos 1, 4 y 15 | Pendiente de calificación desde el 2 de febrero de 2022 |
| Ciudadano | 237 | | Art. 175 | Improcedente. Pendiente de decisión por la Comisión Permanente |
| Ciudadano | 241 | Art. 381 | | Pendiente en la Comisión Permanente |
| Ciudadano y congre- sista Leslie Olivo | 255 | | Arts. 2, 14, y 22 incisos 11, 12, 22, y 24 literal b) | Pendiente en la Comisión Permanente |
| Congresista Patricia Chirinos Venegas | 257 | | Art. 2 incisos 11, 12, 22 y 24 | Pendiente de calificación en la SCAC |
| Ciudadano | 293 | | Art. 2, incisos 12, 14 y 15 | Pendiente de calificación en la SCAC |
| Congresista Juan Burgos Oliveros | 302 | | Arts. 2, incisos 2 y 6, 70, y 118 incisos 1 y 9 | Pendiente de calificación en la SCAC |
| Congresista Edward Málaga Trillo | 304 | | Arts. 38,39,43,110 y 118 incisos 1 y 4 | Pendiente de calificación |

Fuente: Subcomisión de Acusaciones Constitucionales

Elaboración: propia

Para que prospere una denuncia constitucional contra quien tiene vigente el mandato presidencial, dicha denuncia tendría que haberse presentado por cualquiera de las causales señaladas en el artículo 117 de la Constitución (traición a la patria, impedir elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, disolver inconstitucionalmente el Congreso, o impedir la reunión o el funcionamiento de los órganos del

sistema electoral). Y si el presidente concluyera regular o prematuramente el mandato para el que fue elegido la denuncia podría derivarse de cualquier delito cometido en el ejercicio de la función, o igualmente de cualquier infracción de la Constitución.

El cuadro anterior muestra que, no obstante haber concluido su mandato luego de la vacancia de que fue objeto, ninguna de las denuncias presentadas contra Pedro Castillo ha concluido. Por lo tanto, no existe proceso penal alguno en su contra como consecuencia de haberse declarado haber lugar a la formación de causa por la presunta comisión de delito en el ejercicio de la función, ni ha recibido sanción alguna por infracción de la Constitución durante su mandato. Si bien es cierto sí se han iniciado actos de naturaleza jurisdiccional contra él, los procesos en curso se encuentran en la etapa preliminar y no cabe afirmar que son procesos judiciales propiamente dichos, porque está en curso la investigación fiscal de carácter preliminar. En cuanto se llegue a la decisión de que sea necesario iniciar la etapa preparatoria el proceso habrá de tomar un curso distinto, porque se requerirá el inicio del proceso de antejuicio político, para lo cual será el Fiscal de la Nación quien, como titular de la competencia, podrá denunciarlo ante la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales.

Además del curso que quepa tomar cualquiera de las denuncias pendientes, así como de las denuncias que en su caso correspondiera presentar al Fiscal de la Nación, el segundo modo en que la Constitución prevé la exigibilidad de responsabilidad del Presidente de la República es el proceso de vacancia por permanente incapacidad moral.

No existe una convicción general formada sobre los alcances ni sobre la idoneidad de la causal de permanente incapacidad moral como justificación para destituir al Presidente de la República. Hay quienes niegan la propiedad del carácter moral de la descalificación y consiguiente o eventual remoción, porque afirman que dicho concepto debe entenderse como una forma de incapacidad física de carácter mental. Otros, por el contrario, tienen la convicción de que la moralidad no es ajena al derecho y que es perfectamente válido argumentar la vacancia en razón a comportamientos contrarios a los que debe o puede esperarse del primer mandatario de la república, que son propiamente incompatibles con la conducta que se espera de él en el ejercicio del cargo presidencial.

A mi juicio no es pertinente ni correcto recurrir a la reducción ni eliminación de la moralidad equiparándola o reemplazándola con la incapacidad mental, no solamente porque la incapacidad mental es una forma de incapacidad física, habida cuenta que la mente y el cerebro son una unidad con el propio cuerpo y no es posible disociar la mente de la integridad física del ser humano. Los trastornos mentales incapacitantes son modos de incapacidad física porque la base de los trastornos mentales se asienta y se relaciona con la actividad cerebral, que es donde ocurre y se producen los pensamientos, los afectos y las emociones. La versión de quienes prefieren considerar la incapacidad moral como una incapacidad mental se asocia al uso histórico verificado principalmente en el siglo XIX, cuando solía usarse el vocablo moral para referirlo a una condición mental. Independientemente de las convicciones de quienes homologan la incapacidad moral como incapacidad mental, y más allá de los usos efectivos que tuvo dicho concepto en el siglo XIX, en el siglo XXI dicha fusión es un anacronismo y, por lo tanto, debe favorecerse el uso del concepto con el significado que tiene para quienes lo usan en el presente y no a partir de los usos que pudo tener en la historia pretérita. Si es razonable optar por este uso, el modo de utilizarlo sin daño consiste en cuidar los argumentos con los que se sustenta y justifica la descalificación que se imputa al mandatario cuya conducta se impugna. Apelar a la inmoralidad del Presidente de la República para vacarlo tiene ineludibles y particulares exigencias, por lo tanto la sola rivalidad o enemistad con el adversario es insuficiente para licenciarlo o inhabilitarlo para continuar en el ejercicio.

Optar por el reconocimiento de la alternativa de la permanente incapacidad moral supone, en principio, e hipotéticamente, ceñirse al proceso regular previsto en el artículo 89-A del Reglamento del Congreso. Sin embargo, cuando Pedro Castillo anuncia su intención de disolver el Congreso y de reorganizar los órganos jurisdiccionales, la suya fue una acción que se consideró en primer lugar en el Congreso, pero de modo similar en la comunidad de la vida pública nacional, como flagrante, gravísima y, además, no sólo como altamente riesgosa, sino como un peligro inminente para la afirmación y mantenimiento de la condición democrática de la vida política nacional. En consecuencia con dicha evaluación y enjuiciamiento de la realidad la mayoría parlamentaria inaplicó el artículo 89-A, procediendo a consultar sumariamente la vacancia sin observar los plazos ni el derecho de defensa que dicha norma prevé.

Fueron 101 de los 130 congresistas que aprobaron la moción de orden del día en la que se proponía la vacancia *ipso jure* de Pedro Castillo en la presidencia de la República. No era esa, obviamente, una decisión basada en la racionalidad legal de la vida política. Al hacerlo se pasaba por alto exigencias esenciales en el Estado de derecho, pero, a la misma vez, el órgano colegiado competente para juzgar y para sancionar la naturaleza del hecho protagonizado por el dignatario de la más alta magistratura política del Perú entendió que debía conjurar el mal del modo más eficaz para que el peligro no acabe por conceder ventajas a quien desconocía la base natural de un régimen que quepa calificar como democrático. En efecto, nada niega con mayor nitidez el carácter democrático de un régimen que la pretensión de eliminación del órgano más representativo de la pluralidad de la voluntad popular.

La lógica en que basó su decisión el Congreso fue la de la legitimidad de la mayoría colegiada para controlar de manera efectiva e idónea la infracción cometida, con el medio disponible para hacerlo con la inmediatez que las circunstancias parecían requerirlo. La decisión del Congreso peruano, sobre la base de la facultad que le reconocen el inciso 2 del Artículo 102, así como el inciso 2 del Artículo 113 de la Constitución, la vacancia fulminante del cargo a quien, transgrediendo las atribuciones, facultades y responsabilidades que la propia Constitución establece, junto con miembros de su gabinete que lo acompañaron en esa decisión, afirmó un tipo de esquema político opuesto y contrario a las bases republicanas y democráticas del Perú.

Cabe poca o ninguna duda que la decisión del Congreso habría resultado legal y políticamente ineficaz de no haber sido porque las fuerzas armadas y la policía nacional negaron el respaldo fáctico con el que esperaba y confiaba contar Pedro Castillo. El Perú ha conocido casos en los que ha habido decisiones similares contra intentos exitosos de golpe de Estado, que constituyeron poco menos que en meros e inútiles gestos de una axiología en la que estuvo ausente la convicción de las fuerzas armadas y la policía nacional por el respeto del orden constitucional. Sea como fuese la variación en tendencias antes uniformes debe motivar la celebración y el reconocimiento público en la historia nacional, a la vez que debe resaltarse dicha decisión y la convicción de quienes la adoptaron en un momento crítico. Y ello independientemente del color o de la visión política que hayan tenido los actores.

Es cierto e innegable que la legalidad no fue objeto de ciega o cerrada observación por el Congreso. Las fallas no pueden ocultarse. El Artículo 89-A del Reglamento del Congreso establece plazos para poner en conocimiento del afectado la existencia de una proposición con la que se pide su vacancia, así como plazos para que prepare su defensa, y etapas en las que se espera su decisión de concurrir y de contar con defensa legal durante el proceso. Esa misma norma prevé, igualmente, una mayoría específica para prescindir de la notificación, de la defensa y de la concurrencia del imputado bajo la causal de permanente incapacidad moral. Esas reglas, sin embargo, se consideraron inútiles e innecesarias de cumplimiento ante la flagrancia del acto.

Más allá de las prescripciones reglamentarias indicadas, no deja de ajustarse a reglas de sindéresis y corrección política que, ante el carácter ostensible y abiertamente público de la decisión de quien detentaba la presidencia de la República de disolver el Congreso y disponer la reorganización del sistema jurisdiccional, la concesión del derecho de defensa resultaba un gesto no sólo concesivo sino excesivo. Cabrá criticar, en efecto, la decisión del Congreso por la condición contraria a reglas elementales del Estado de derecho que presidieron en la decisión de la mayoría colegiada del Congreso, pero dicha crítica habrá de perder la fuerza que le correspondería cuando se tiene en cuenta la urgencia de contrarrestar el grave estado en que se puso en peligro la continuidad democrática del país.

La decisión del Congreso, en este sentido, desconoció bases incuestionables del Estado de derecho. Sin embargo, no admite negación el hecho de que el Congreso también procedió a partir de atribuciones que la misma Constitución le reconoce y concede. Si el Congreso es el órgano encargado de asegurar que la Constitución se cumpla, y ella lo faculta para vacar a quien incurre en un acto moralmente reprobable para la comunidad políticamente representada en su seno, la vacancia de Pedro Castillo pudo no ser reglamentaria, pero no dejó de contar con el respaldo de una atribución constitucional que habilitaba a la mayoría parlamentaria a vacar a quien se juzgó moralmente indigno del cargo que, con su decisión, deshonró.

San Bartolo, 10 de mayo de 2023

¿POR QUÉ FUE UN GOLPE DE ESTADO FALLIDO Y NO UN INTENTO DE GOLPE DE ESTADO? (UN SUICIDIO POLÍTICO INCOMPRESIBLE)

Dante Paiva Goyburu^()*

Introducción

Hablar de golpes de Estado en el Perú es referirse a una casi tradición, tan antigua como la República. En los primeros años del siglo XXI, con la elección consecutiva de cuatro presidentes democráticamente elegidos y su convivencia, de altas y bajas con el Poder Legislativo, se pensaba que la ansiada institucionalidad del Poder Ejecutivo se había consolidado, pero eso solo fue una pasajera ilusión.

Entre mociones de vacancia presidencial, censuras ministeriales, pedidos de voto de confianza, procesos constitucionales para judicializar acciones políticas, y una disolución controvertida del Congreso de la República en septiembre de 2019, el sistema constitucional peruano ha sufrido una arremetida desgastante en los últimos años

Lo ocurrido este 7 de diciembre último quedará en los anales de los casos donde se buscó quebrar el orden constitucional sin éxito alguno.

(*) Doctor en Derecho y Ciencia Política (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Docente ordinario del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencia Política - UNMSM. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Sección Peruana. Secretario de Redacción de la "Revista Peruana de Derecho Público". Investigador CONCYTEC (Grupo CM).

La vida política del país debe llevarse a cabo conforme a los mandatos contenidos en la Constitución Política, por lo que cualquiera que los desconozca debe asumir las graves consecuencias de sus actos, más aún si el responsable de tan maña osadía es una autoridad en funciones.

Sin perjuicio del estrepitoso fracaso que resultó la disolución del Congreso y la intervención del sistema judicial decretada por Pedro Castillo, y teniendo en cuenta la marcada inestabilidad y conflicto social que perdura luego de tal suceso, resulta más que indispensable analizar los acontecimientos desde una reflexión multidisciplinaria, y es que como demostró el otrora presidente, ir contra las instituciones y la Constitución parece muy fácil, pero establecer un diálogo y gobierno viable requiere esfuerzos desde varios puntos: Político, social, económico, educativo, por mencionar algunos factores.

A partir de ello, corresponde evaluar la figura del “golpe de Estado” partiendo de una perspectiva teórica, y las explicaciones que se ofrecen en torno a la misma, para que sobre la base de dicho concepto se pueda analizar lo ocurrido en el reciente caso peruano. Asimismo, consideramos oportuno reflexionar algunas ideas sobre la constante relación entre el Derecho y la Política para entender sus alcances y actuales; pasando finalmente a proponer unas problemáticas de índole jurídico que bien podría ser objeto de estudio por los investigadores de la ciencia constitucional mediante artículos, ensayos y, por qué no, en tesis de grado.

I. El Ejecutivo y el Legislativo de acuerdo a la Constitución.

La Constitución peruana vigente contempla que el Poder Ejecutivo recae en el presidente de la República y el Consejo de Ministros, quienes tienen a su cargo la conducción y administración del gobierno. Se elige al presidente para una gestión de 5 años mediante sufragio directo, debiendo alcanzar la mayoría absoluta de votos para ganar los comicios. Por su parte, el Poder Legislativo se conforma por el Congreso de la República, con 130 congresistas elegidos mediante distrito electoral múltiple y cifra repartidora de acuerdo a los votos alcanzados por los partidos políticos que superen la valla electoral, para un periodo de 5 años también.

En el caso del Congreso, tiene entre sus principales tareas el legislar, esto es, aprobar las leyes, las mismas que constituyen, después de la Constitución, las principales normas del país; asimismo, representa a la

ciudadanía y efectúan las acciones de control político, que implica mecanismos de pesos y contrapesos frente a otras entidades del país.

Ahora bien, las competencias asignadas por la Constitución deben ser ejercidas por los poderes del Estado de manera responsable, priorizando siempre los intereses del país, el bienestar de los ciudadanos y la atención de los sectores vulnerables que requieren urgente atención. Bajo este esquema, los recursos del erario nacional deben servir para mejorar la calidad de vida de la nación y reducir los problemas y conflictos sociales. De actuar contrario a este mandato, la democracia y las expectativas ciudadanas languidecen, menoscabando la institucionalidad y el respeto a la autoridad misma.

II. ¿Cuándo se golpea al Estado?

Podemos entender la frase “golpe de Estado” cuando se hace a un lado el respeto a la Constitución, y se toma el poder por decisión y voluntad amparado bajo la fuerza de las armas, de la arbitrariedad. A lo largo de la historia peruana hemos tenido decenas de golpe de Estado, principalmente encabezado por generales, oficiales que consideraban que los civiles no eran aptos para gobernar, se hacían del poder por la fuerza haciendo a un lado los mecanismos establecidos en las distintas constituciones que ha tenido el Perú.

Sin embargo, para acercarnos a la génesis de la expresión, Meneses Tello (2011) explica lo siguiente:

La expresión «golpe de Estado» tiene su origen en Francia (*coup d'État*) con el bibliotecario Gabriel Naudé (1600-1653), quien estuvo al servicio primero de Henri Mesme, presidente del Parlamento de París, y sucesivamente de los cardenales Bagni y Barberini en Roma, y Richelieu y Mazzarino en París (p. 188).

Sumado a lo anterior, hay un vocablo peculiar: el “autogolpe”, el cual es efectuado por quienes estando en el poder, habiendo llegado legítimamente al mismo, pretenden anular a los otros poderes del Estado, especialmente al Legislativo, decretando medidas contrarias a la Constitución y también se alía con los mecanismos de fuerza a su disposición con el propósito de gobernar sin frenos ni ataduras, marcando sus decisiones por su propio ideal sin respeto a la ley, es decir, se convierte en autócrata.

Pero golpe o autogolpe, salvo la diferencia de sus protagonistas, tienen el mismo propósito, el cual es imponerse sobre el Estado de Derecho.

¿La imposición que lleva de por medio el golpe de Estado debe darse a partir de un acontecimiento violento? Sobre esto último, consideramos pertinente citar a González Calleja (2001), quien sostiene que:

En ese sentido, lo que caracterizaría al golpe de Estado no es su naturaleza violenta, sino su carácter ilegal, de transgresión del ordenamiento jurídico-político tanto en los medios utilizados como en los fines perseguidos, sean éstos el establecimiento de un régimen dictatorial o un cambio en el equilibrio constitucional de los poderes del Estado (p. 92).

En el caso peruano, la presencia de golpes de Estado ha sido recurrente. Sobre ello, explica García Belaunde (2020):

(...) lo cierto es que nuestra historia republicana representa formalmente una discontinuidad y un desconocimiento de la legalidad vigente. En consecuencia, si esta legalidad es representada en su ápice por la vigencia de la Constitución, esta, desde un punto de vista histórico, no tiene mayor trascendencia. Y de aquí derivan varios hechos: desconocimiento de la realidad constitucional, actitud desvalorativa frente al texto constitucional, falta de hábitos y de manejo político-constitucionales, etc. (p. 31)

III. El “golpe torpe” (7 de diciembre de 2022).

Con la expresión “golpe torpe” la cadena DW Español bautizó al arrebato de Pedro Castillo⁽²⁾. Básicamente éste consistió en el mensaje a la nación pronunciado cerca de las 13:00 hrs., valiéndose de su posición de presidente de la República, declarando disuelto el Congreso, a pesar de que no cumplía el único requisito previsto para efectuarlo válidamente (esto es, que se le hubiera negado la confianza en 2 ocasiones), y más aún, anunció que se iba a convocar a un Congreso con facultades constituyentes (para lo cual no tenía atribución alguna).

Adicionalmente, de forma inaudita, Pedro Castillo añadió a su mensaje que se iba a reorganizar el sistema de justicia, refiriendo que el Poder Judicial, el Ministerio Público y el Tribunal Constitucional serían

(2) <https://www.youtube.com/watch?v=3PxhrwLzaLc>

reestructurados. Esto último, en lo particular, terminó desnudando las intenciones del acto: Intervenir el sistema de justicia, lo cual consideramos un despropósito toda vez que corresponden a poderes autónomos, que sin sustento legal alguno (aunque si malsanas intenciones) incluía dentro de sus pretensiones. Cabe resaltar que los términos de este mensaje eran prácticamente idénticos a los que en su momento pronunció Alberto Fujimori el 5 de abril de 1992, que finalmente se materializaron en el Decreto Ley N° 25418⁽³⁾.

Hay quienes sostienen que el solo anuncio de Pedro Castillo no constituye un golpe de Estado, que solo fue un intento (afirmación con la cual discrepamos totalmente, consideramos que ese mensaje por sí solo constituye un golpe de Estado, infructífero por fortuna). Al respecto consideramos que teniendo el presidente la función de Jefe de Estado, de gobierno y mando supremo sobre las Fuerzas Armadas y Policiales su anuncio involucraba a todas las autoridades bajo su jerarquía. No era una broma, una ligereza o un amago, el entonces mandatario Castillo expresó claramente sus pretensiones.

Sobre lo antes señalado, debemos sumar el testimonio del general Raúl Alfaro Alvarado, comandante general de la Policía Nacional del Perú, quien declaró acerca del llamado que le hizo Pedro Castillo luego de su anuncio⁽⁴⁾, relatando en una entrevista lo que reproducimos a continuación:

— **¿Usted tuvo una participación crucial en la detención de Pedro Castillo después de que él anunciara el cierre del Congreso?**

(...) ingresó una llamada a mi celular del ministro del Interior [Willy Huerta]. Me dijo que iba a comunicarme con el señor presidente de la República, me pasó con el presidente y este me dijo: “General, tiene que dar seguridad a mis familiares”. [También al] domicilio donde estaban sus padres, en provincias también, a la premier [Betssy Chávez] y a alguna persona más [...], a Aníbal Torres.

(3) Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2205/48.pdf>

(4) <https://elcomercio.pe/politica/raul-alfaro-jefe-de-la-pnp-si-no-hubiesemos-actuado-rapido-el-expresidente-pedro-castillo-ahora-estaria-profugo-policia-golpe-de-estado-cierre-del-congreso-noticia/>

– **¿Qué más le pidió?**

Me dijo que cerrara el Congreso, que sacara a los que estaban adentro y que interviniera a la fiscal de la Nación y la fiscalía. Entonces le pregunté cuál era el motivo de la intervención, y me dijo: “Esos detalles se los va a dar el ministro del Interior”. (...)

En atención a lo expuesto, no podemos hablar de un intento de golpe de Estado, toda vez que hubo la declaración expresa de las intenciones, anunciadas a todo el país, toda la convicción de hacer lo incorrecto, lo ilícito e inconstitucional e incluso mandatos que fueron desacatados. Pero sí fue un golpe fallido, un fracaso, y esto porque asumieron o creyeron que las Fuerzas Armadas iban a secundarlos, a obedecer la intervención sobre el Congreso y las demás instituciones, pero como pudimos apreciar, el Comando Conjunto comunicó que no se configuraba la causal constitucional para la disolución del Congreso⁽⁵⁾, sepultando las intenciones dictatoriales de Pedro Castillo y su entorno.

La inevitable consecuencia de lo ocurrido fue que el Congreso declarara, prácticamente ipso facto, la vacancia del presidente. Esto último no ha estado exento de polémicas, toda vez que no hubo una imputación o cargo notificado al acusado para que pueda ejercer su defensa, aunque la legislación no había previsto una situación tan absurda como que un mandatario osase intervenir otros poderes y anular a sus representantes sin respaldo legal alguno; es obvio que actuar así transgrede el orden constitucional, y por eso el único camino era despojar del cargo a Pedro Castillo de forma inmediata, porque ya había cruzado a la orilla de la ilegalidad y como tal, se convertía en un peligro público.

Frente a la vacancia declarada, la sucesión constitucional prosiguió conforme a la Constitución, asumiendo la presidencia Dina Boluarte y formando un gabinete ministerial, entrando el país al nuevo año, una vez más, con otro presidente, situación que se ha vuelto recurrente en el último lustro, evidencia plena de la inestabilidad política, conforme detallamos en el siguiente cuadro:

(5) <https://www.gob.pe/institucion/ccffaa/noticias/678592-comunicado-conjunto-de-las-fuerzas-armadas-y-policia-nacional-del-peru-n-001-2022-ccffaa-pnp>

Cuadro N° 1
Presidentes del Perú al inicio del año

| Fecha | Presidente |
|--------------------|-------------------------------|
| 1 de enero de 2018 | Pedro Pablo Kuczynski |
| 1 de enero de 2019 | Martín Vizcarra Cornejo |
| 1 de enero de 2020 | Martín Vizcarra Cornejo |
| 1 de enero de 2021 | Francisco Sagasti Hochhausler |
| 1 de enero de 2022 | Pedro Castillo Terrones |
| 1 de enero de 2023 | Dina Boluarte Zegarra |

Explicar por qué Pedro Castillo procedió de la forma en que lo hizo no puede ser abordado desde la esfera jurídica, es imposible, no había norma que facultara a hacer lo que llevó a cabo. Tal vez podría abordarse en términos políticos, aunque en las cuestiones de poder lo que se busca es ganar y todo el país ha visto el estrepitoso fracaso de su actuar, se arrojó con todo en contra. Con los años, sin embargo, lo ocurrido pueda ser explicado en términos antropológicos, psicológicos y por supuesto, la investigación periodística pueda encontrar más detalles de lo que realmente pasó por la cabeza del presidente y sus allegados. Por ahora, tratar de descifrar este suicidio político podría resultar un esfuerzo estéril, tan ocioso como saber si el pollo estaba vivo o estaba muerto (una intriga que definió el rasgo de su breve periodo: El sinsentido).

Pero a pesar de lo marcadamente inconstitucional de su actuar, es preciso tener en cuenta que el acto final de Castillo como presidente ha tenido cierto respaldo en el país, tal como refiere Ricardo Uceda (2023)

Sin embargo, no hay que olvidar que en el 2022 al menos un tercio se declaró identificado con la propuesta [De la asamblea constituyente]. Ni que el 33% apoyó el golpe de Estado de Castillo (52% en el sur) según una encuesta de Ipsos para América TV del 16 de diciembre pasado. De este sector del país provienen las protestas actuales, con tendencia decreciente. (p. 9)

Es importante tener en cuenta este panorama toda vez que ayuda a acercarse al contexto real del país luego del abrupto final del régimen de Castillo. Las protestas y reclamos, sobre todo en el sur del Perú, son delicados de manejar toda vez que hay exigencias que inciden en la normativa constitucional: Exigir la renuncia de la presidente, que

haya nuevas elecciones y que se redacte una nueva Constitución. Sin embargo, en nuestra opinión, de concederse estas peticiones no se van a arreglar los problemas que se viven en dicha región: Pobreza, marcada ruralidad, falta de servicios básicos, deficiente sistema educativo, desnutrición, corrupción e ineficiencia de los gobiernos locales y depredación de los recursos naturales. Es por ello que la situación no puede abordarse solo normativamente.

En este sentido, si bien el principio de autoridad debe mantenerse, tratar dicha problemática con una respuesta legal, vía las fuerzas del orden, impide el acercamiento indispensable para llegar a una genuina solución con la población realmente afectada y que pueda perdurar. Someter a la población no es gobernar, es solo un catalizador para una respuesta más contundente que puede surgir más adelante (como vemos ahora y quién sabe lo que puede venir en el futuro de persistir así).

Si se quiere anular la intervención encubierta de ciertos grupos de interés que posiblemente azuzan las protestas y las manipulan para sus pretensiones, lo apropiado es un remedio social, que exige principalmente una intensa labor educativa, pero partiendo también de mejorar las condiciones materiales de vida. Más aún si lo que es parte de las demandas tiene que ver con el sistema constitucional vigente y hay un erróneo enfoque de imputar a la Constitución la responsabilidad de la pobreza y el atraso. Es por eso que se requiere la participación tanto de educadores, especialistas en temas sociales y también el apoyo de profesionales del Derecho, que puedan hacer un trabajo desde las familias, las escuelas y los núcleos sociales para que pueda comprenderse la real dimensión del sistema jurídico peruano en la vida social y económica de la nación.

IV. Los golpes de Estado: Democracia y política actual.

La figura del golpe de Estado ha ido atravesando cambios a lo largo del tiempo, si bien el objetivo o propósitos se mantienen, esto es, detentar el poder apartándose de las disposiciones constitucionales vigentes, los mecanismos para ejecutarlo han ido variando. Es indispensable para estos fines contar con un respaldo de fuerza que permita sostener a quien opta el golpe de Estado como *modus operandi*, si no se cuenta con ello las probabilidades de mantener dicho régimen son efímeras.

En este sentido, es conveniente recordar lo referido por Cecilia Lesgart (2019), quien precisa que:

Con los golpes de estado sucedidos en América latina a lo largo del siglo XX, se afirma un significado del término como acción sorpresiva y conclusiva de apoderamiento enérgico del poder político. La fuerza, usada como sinónimo de violencia, aparece como la manera ofensiva de acceder al gobierno que culmina en una resolución definitiva o no revocable en el corto plazo. (p. 175)

El estudio sobre lo que implica un golpe de Estado, como amenazas para la democracia y trastornos para el Estado Constitucional, especialmente en Iberoamérica, exigen un enfoque multidisciplinario en estos tiempos, toda vez que intervienen varios factores en su desarrollo (incluso algunos procuran maquillar estos procedimientos antidemocrático con su aplicación), pero sobre todo en sus efectos. Al respecto, Huertas, O., & Cáceres, V (2014) explican:

Así las cosas, las democracias latinoamericanas se enfrentan en esta centuria a un viejo enemigo ya conocido por todos, pero que se presenta hoy en día con nuevas galas y reformados aires, cual es el Golpe de Estado pero ahora con ribetes constitucionales, frente al cual se debe procurar respetar en todo momento los criterios de las autoridades nacionales, pero no obstante, ante una brecha clara de debilidad constitucional e institucional con efectos anti-democráticos, es esencial y mas que necesario el llamado e intervención internacional. (p. 34)

Pero debe considerarse también, que los golpes de Estado constituyen uno de los puntos más sensibles entre la interacción del Derecho Constitucional con la Política. A partir de lo ocurrido, puede darse cierta confusión de categorías, asumiendo que la corrupción política, la improvisación de los gobernantes o la ineptitud de ciertos actores deriva de la Constitución misma. Sobre ello, consideramos oportuno remitirnos a lo explicado por García Belaunde (2017) acerca del rol de la Constitución:

La constitución como instrumento jurídico, pretende encauzar el mundo político; que lo haga o no, total o parcialmente, depende de muchos factores; uno de ellos es el comportamiento de lo que podemos llamar "actores políticos" en referencia al texto constitucional. Lo jurídico es, dicho en forma simple, una disposición encauzatoria,

prescriptiva; cuya validez no depende en lo sustancial de lo que sucede en el mundo exterior. Lo político por el contrario, es empírico, fáctico, y obedece a diversas motivaciones. Lo político no es normativo, en el sentido que no establece pautas de conducta ejemplares, que deben ser seguidas. Pero lo político, para que sea permanente, debe revestir una formalidad jurídica, de manera tal que lo político incide sobre lo jurídico, y éste a su vez lo hace sobre aquél, en proceso dialéctico, mediante el cual la supremacía no es de ninguno de los dos sectores, sino que existe relación entre ambos; una suerte de feed-back (retroalimentación). (p. 190)

Es evidente que la sociedad tiene expectativas en sus instituciones y normas. La base de aceptar una autoridad recae en que bajo un gobierno se puede lograr la paz y el desarrollo. No tiene lógica alguna aceptar gobernantes que solo propicien la desdicha, el despilfarro y el pillaje; y aunque estas últimas son amenazas latentes, consideramos que la democracia no puede verse perjudicada.

Pero naturalmente, es inminente que la democracia propicie decepción si los actores de la política nacional solo se valen de esta para el provecho propio, sin mayor proyección hacia el progreso de los gobernados; no es culpa del sistema en sí, sino de quienes se aprovechan de éste para asegurar sus comodidades antes que el deber ante la sociedad. Al respecto, Carlos Hakansson (2009), señala:

La democracia, a diferencia de otros sistemas políticos, es el único sistema que permite la autocrítica, ya que en los demás la libertad podría verse amenazada cuando encuentra disidentes. Por eso, pienso que las críticas hacia la democracia la refuerzan aunque no lo parezca a simple vista, porque la libertad de expresión empieza a manifestarse y eso genera el diálogo, la tolerancia; en otras palabras, la verdadera vida política (p. 470)

V. Algunas inquietudes para investigación académica (ideas para artículos y tesis).

No cabe duda alguna que lo acontecido durante la breve gestión de Castillo, incluyendo por supuesto el accidentado proceso electoral mediante el cual accedió al cargo, ha dejado una serie de interrogantes relativas a la Política, el Derecho y otros campos del saber que se vinculan con las

cuestiones de gobierno. A partir de esto último, esbozamos a continuación una serie de problemas que bien pueden ser objeto de atención por quienes bajo su interés académico se animen a dar una respuesta mediante un artículo, o por qué no, a través de una tesis de grado.

- ¿Cómo puede hacerse más eficiente el sistema electoral para reducir los riesgos de fraudes en el sufragio?
- ¿Qué consecuencias negativas para el orden constitucional se producen por el retraso en el conteo de votos y proclamación de ganadores de un proceso electoral? ¿Qué responsabilidades podrían imputarse para los funcionarios a cargo del proceso?
- ¿Qué derechos fundamentales quedan restringidos para el libre ejercicio de la persona que asume la función de presidente de la República?
- Ante tanta incertidumbre, volatilidad y conflictos políticos ¿Qué tipo de derechos laborales le asisten o se pueden garantizar a quienes se desempeñan como ministros de Estado?
- ¿Es propicio establecer una inducción obligatoria al presidente electo y su entorno para que conozcan con mayor precisión sus funciones, deberes y competencias? ¿Qué institución podría encargarse de la misma?
- ¿Qué argumentos justificarían que el presidente de la República establezca como política de su gobierno la redacción de una nueva Constitución? ¿Basta con que haya sido una promesa de campaña?
- ¿Qué modificaciones se requieren sobre los supuestos previstos en el artículo 117° de la Constitución peruana para la acusación del presidente de la República durante su mandato a fin de garantizar un correcto ejercicio del cargo?
- ¿En qué condiciones podría legitimarse una actuación del Congreso de la República que priorice acciones para vacar al presidente de la República a como dé lugar?
- ¿Qué responsabilidad les asiste a los partidos políticos al dar espacios sin mayor preparación o especialidad para acceder a las más altas funciones del país? ¿Cómo puede enmendarse dicha situación?

- ¿Cómo puede perfeccionarse el modelo de elección de los congresistas de la República para que haya una mayor legitimidad ante la población y supere su continuo descrédito ante la opinión pública?
- ¿Cuán eficiente ha resultado el mecanismo de la segunda vuelta electoral como herramienta para darle mayor legitimidad a quien resulte electo como jefe de Estado? ¿Qué alternativas se tiene en caso desee modificarse?
- Ante los potenciales casos de corrupción que involucren a la presidencia de la República ¿Cómo puede establecerse un régimen especial sobre transparencia y acceso a la información pública respecto de las actividades del presidente de la República?
- ¿Cuán viable resulta una vacancia ipso facto cuando el presidente de la República abierta e injustificadamente atenta contra otros poderes del Estado?

VI. Reflexiones finales

- El Perú ha presenciado una vez más un acto de quebrantamiento del orden constitucional, aunque sin mayor efecto legal por su propia arbitrariedad. No hubo respaldo de fuerza a la medida y la sucesión de la presidencia, luego de definida la vacancia, se hizo conforme a las disposiciones constitucionales vigentes. El gobierno de Pedro Castillo culminó por su propia torpeza, temores, y acusada mediocridad, la misma que lo terminó llevando a cometer el error final.
- Hay quienes mostraron algarabía luego de lo ocurrido. Sin embargo, consideramos que este suceso no debe ser motivo de celebración. Quienes desde las tiendas políticas vean triunfo se equivocan. La democracia y la institucionalidad han sido golpeadas, así como las expectativas de la población en las autoridades que tienen el deber de velar por el bienestar. Si no se prioriza la atención de los reclamos sociales y el diálogo para evitar que se agudicen los conflictos, la inestabilidad e ingobernabilidad serán constantes e irremediables.
- Los golpes de Estado, como fenómeno dentro del actuar político en los diversos gobiernos, han ido variando en sus alcances y manifestaciones, incluso matizándose en el siglo XXI para pasar desapercibidos, aunque su intención sigue siendo la misma, esto es, sustraerse del

marco constitucional para gobernar según la voluntad e intereses, evitando así los controles institucionales.

- Ante la amenaza que representan los quebrantamientos del orden constitucional, tan nocivos como un gobierno inoperante, populista e irresponsable al mando de un país, es necesario revisar la problemática que surge de estas situaciones, y evaluar que cambios son necesarios en el orden normativo considerando la experiencia afrontada. De esta forma, el sistema jurídico se va ajustando con el devenir de los fenómenos que se presentan en la medida de los cambios que sean necesarios.
- Existe una marcada fractura social del país, la cual no la va a resolver el Derecho Constitucional toda vez que no se concibe para dichos propósitos. Una nación identificada es la piedra angular de las organizaciones políticas modernas. Si no se trabaja en una correcta integración, basada en el diálogo y respeto, con una política educativa comprometida como eje central, así como la mejora del nivel de vida de las regiones de mayor pobreza, atraso e ignorancia, el destino del país solo conocerá de zozobra y conflicto. Pero para lograr esto último, es indispensable actuar con humildad y tolerancia, valores que no se construyen teóricamente, sino de la práctica y la convivencia realmente humanos.

Bibliografía

Entrevista a Raúl Alfaro, jefe de la PNP: (8 de enero de 2023). "Si no hubiésemos actuado rápido, el expresidente Pedro Castillo ahora estaría prófugo". *El Comercio*. Recuperado de <<https://elcomercio.pe/politica/raul-alfaro-jefe-de-la-pnp-si-no-hubiesemos-actuado-rapido-el-expresidente-pedro-castillo-ahora-estaria-profugo-policia-golpe-de-estado-cierre-del-congreso-noticia/>>

García Belaunde, D.

(2007). *Constitución y Política* (3ª ed.). Lima.

(2020). *Cómo estudiar Derecho Constitucional* (4ª ed.). Lima: Grijley

González Calleja, E. (2001). En las tinieblas de Brumario: Cuatro siglos de reflexión política sobre el golpe de Estado. *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*. (5), (Ejemplar dedicado a: Golpes de Estado), pp. 89-122.

Hakansson, C. (2009). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra editores.

- Huertas, O., & Cáceres, V. (2014). Los golpes de Estado constitucionales en Latinoamérica: Una amenaza emergente para el principio democrático. *Justicia Juris*, 10(2), pp. 28-35.
- Lesgart, C. (2019). Golpes de estado y golpes constitucionales. Usos e innovación de un concepto político fundamental. *PolHis. Revista Bibliográfica Del Programa Interuniversitario De Historia Política*, (23), pp. 162-194.
- Meneses Tello, F. (2011). Bibliotecas, información y golpe de estado: teoría en el contexto relacionado con la crisis política en Honduras. *Revista General de Información y Documentación*. (21), pp. 187-224.
- Uceda, R. (8 de enero de 2023). La protesta estéril. *El Comercio*, p. 9.

ORDEN DEMOCRÁTICO Y GOLPE DE ESTADO

Francisco Miró Quesada Rada

Los golpes de Estado suceden cuando las Fuerzas Armadas toman el poder, deponen al Presidente electo, cierran el Congreso, controlan otros poderes y organismos públicos para ponerlos a su servicio. Por supuesto, los golpes de Estado no son solo una alteración del orden democrático, sino una ruptura total de dicho orden.

¿Sucede esto en el Perú? La respuesta es negativa, porque las Fuerzas Armadas respetan la Constitución y se desempeñan de acuerdo a las funciones y deberes que ella establece. Además del golpe de Estado, existe otra modalidad de alterar el orden democrático y usurparle el poder al pueblo. Es aquella que los franceses llaman “un coup de Palais”, es decir, un golpe desde Palacio y sucede cuando el inquilino del Palacio de Gobierno apoyado por las Fuerzas Armadas cierra el Congreso y controla los otros poderes y organismos del Estado. Esta forma de dictadura se llama cívico-militar y el ejemplo más reciente en el Perú fue el golpe que propinó Alberto Fujimori en 1992. ¿Existe esto en el Perú? Nuevamente la respuesta es negativa.

El Congreso, el Poder Judicial, la Fiscalía de la Nación particularmente, la Defensoría del Pueblo, el Tribunal Constitucional y la prensa independiente que informan sobre los hechos buenos y malos de este gobierno, ¿querían derrocar al gobierno de Pedro Castillo y alterar el orden democrático?

Lo que afirmó el Presidente Castillo en ese entonces, convocando la intervención de la OEA, apelando a la Carta Democrática Interamericana, dando a entender que existía una especie de complot contra su gobierno por parte de los órganos del Estado, la prensa independiente y la derecha para alterar el orden democrático y derrocarlo, era una ilusión.

Ninguna de esas instituciones se ha puesto de acuerdo para sacarlo del poder, solamente están cumpliendo con lo que manda la Constitución y las leyes. En consecuencia, no pretenden alterar el orden democrático. Al revés, unos mejor que otros, actúan dentro de dicho orden. Los dos intentos de vacar al Presidente, por incapacidad moral permanente son totalmente constitucionales.

Así como fue toda una farsa, montada por el fujimorismo y parte de la derecha, el tema del fraude, también es una farsa el alegato de que el orden democrático en nuestro país está alterado. Es cierto que la política está en una crisis profunda que se ha venido agudizando en los últimos años, pero no por causa de una alteración del orden democrático, sino porque hace tiempo que está infectada de corrupción, la que se ha agudizado en este gobierno. Con ello no digo que todos los ministros y altos funcionarios sean corruptos. Pero si no denuncian la corrupción y miran a un costado, los ministros son solidariamente responsables por los actos de gobierno.

Por eso hacen bien Monseñor Barreto, el recientemente repuesto Procurador General de la República, la Fiscal de la Nación, otros fiscales y jueces y algunos congresistas en denunciar la corrupción enquistada en el gobierno. Todo lo sabemos, aunque algunos no quieren aceptarlo, la corrupción es supra ideológica, se ha enquistado en sectores de la izquierda y de la derecha. Ya no hay una puerta giratoria, ahora hay dos puertas giratorias.

Hace rato que la ciudadanía demandaba que Pedro Castillo le rinda cuentas. Exigía transparencia y no secretismo. Lo que implica que no se quede callado cuando es requerido por la fiscalía. Su secretismo le hace mucho daño ante la opinión pública y por eso es necesaria la transparencia. El pueblo quiere la verdad y el Presidente tiene la obligación moral, más que otro, en decirla, precisamente por la alta investidura que ostenta. Pero, sobre todo, porque desde la fiscalía se afirma que es el cabecilla de una organización criminal. Aquí no es solo un asunto de credibilidad sino de pruebas. En consecuencia, el presidente Castillo ha debido desmentir

objetivamente las afirmaciones de la fiscalía, dentro, claro está, de la presunción de inocencia.

En cuanto a la fiscalía vemos que está cumpliendo el papel que le corresponde, no desde ahora, sino hace rato. Pero claro no es fácil, se enfrenta, se ha enfrentado, a grupos poderosos y no puede dar marcha atrás, porque si lo hace nuestra patria quedará en manos de aquellos que usan la política para delinquir y no para servir.

El momento es propicio para recordar las palabras del ex fiscal argentino Luis Moreno Ocampo, protagonista en la condena perpetua del tirano Videla y otros militares. “Es fundamental recordar que la ley puede funcionar contra gente muy poderosa”.

En el marco de este contexto, la inestabilidad política y el conflicto entre diversas tendencias ideológicas, además de la corrupción, fue lo que determinó el golpe desde Palacio de Pedro Castillo el 7 de diciembre del 2022. Lo dio con el mismo estilo, como lo había hecho Fujimori en el siglo pasado, pero con una diferencia: no tuvo el apoyo de las Fuerzas Armadas, que se mantuvieron al margen de la aventura del inquilino de Palacio.

Las razones por las que Castillo decidió romper con el orden constitucional son varias, van desde una interpretación ideológica en el sentido de querer hacer una revolución populista-estatista, quizás con algunos elementos socialistas autoritarios, hasta su temor de ser vacado por el Congreso.

Desde luego el Congreso lo vacó, pero no por corrupción, sino por haber dado un golpe desde Palacio, ordenando que se disuelva el Legislativo y otros organismos públicos necesarios en toda democracia como la Fiscalía de Nación y el Tribunal Constitucional. En esta antidemocrática decisión fue acompañado por unos pocos ministros y asesores de cultura autoritaria. Los demás renunciaron. A favor de esta vacancia votaron la mayoría de los congresistas, más allá de sus semejanzas y diferencias político-ideológicas. Además, para que no haya acefalía, el Legislativo de inmediato votó para que la vicepresidenta Dina Boluarte asuma la presidencia de la República tal como lo dispone la Constitución.

En ambos casos el Congreso procedió de acuerdo a lo que manda la Constitución, porque al convertirse Pedro Castillo Terrones en dictador, aunque sea por unas pocas horas, había roto el pacto tácito que todo

candidato a la Presidencia de la República tiene con el pueblo: gobernar democráticamente por un plazo determinado. No lo hizo, en consecuencia, “nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional”, tal como indica el artículo 46 de la Constitución. Entonces ningún ciudadano, y menos aún unos congresistas, estaban en la obligación de obedecer a un golpista, que traicionó su pacto tácito con el pueblo peruano de gobernar democráticamente. Pacto tácito, que se hizo expreso cuando él, ante la presencia de Monseñor Barreto y representantes de importantes instituciones de la sociedad civil, juraron respetar la Constitución y las reglas del juego de la democracia. Pedro Castillo fue democráticamente vacado, si bien no se produjo insurgencia alguna.

Sin embargo, viendo la realidad actual en que se encuentra la situación política del país, y no solo ella, sino también la económica y social, debatiéndose en una crisis aguda, en que este gobierno se excedió en el uso de la fuerza cuando se produjeron las revueltas, de al menos en cuatro regiones del sur, la salida inmediata más razonable debió haber sido el adelanto de elecciones. Ello hubiera contribuido a que no hubiese derramamiento de sangre entre peruanos, porque como se sabe, si bien hubo excesos por parte de las fuerzas del orden, también hay responsabilidad penal en aquellos que asesinaron e hirieron policías y soldados, tomaron aeropuertos, bloquearon carreteras e incendiaron comisarías. Toda esta situación está siendo investigada por la fiscalía. Además, también hay responsabilidad política, un tipo de responsabilidad vinculada a la forma como la autoridad elegida y no elegida, como por ejemplo los ministros, ejercen el poder. Sobre todo, en situaciones extremas en donde, la democracia para defenderse, usa la fuerza como último recurso.

No debe extrañarnos que muchos hayan apoyado el golpe de Pedro Castillo, a sabiendas de que no solo violó el orden constitucional, sino que presuntamente estaba involucrado en actos de corrupción. A mi modo de ver, este apoyo va más allá de los justos reclamos de integración e inclusión social de millones de peruanos, y se debe porque en nuestra sociedad subyace una cultura autoritaria que produce y reproduce comportamientos autoritarios en todos los niveles sociales. Es por esta razón que se apoyan los golpes de Estado, no importa que signo ideológico tengan, bajo la creencia de que un gobierno autoritario, comandado por un caudillo mesiánico,

traerá la solución para salir de nuestros múltiples problemas y esta creencia continuará hasta que podamos constituir una cultura de la democracia, que dicha cultura se vaya consolidando en el devenir de nuestra historia.

Finalmente, algo que no se puede dejar de lado. Tanto el gobierno actual como el Congreso son jurídicamente legítimos, pero políticamente están deslegitimados, como también la misma política ha perdido legitimidad; pero este es otro tema.

7D, 30S Y 5A: SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS

Luis Alberto Pacheco Mandujano^()*

La mañana del 7 de diciembre de 2022 (7D), Pedro Castillo Terrones, hasta ese momento presidente constitucional del Perú –aunque nunca se desvanecieron las fundadas dudas existentes en torno a la posible realización de un proceso fraudulento en 2021–, se dirigió al país en cadena nacional de radio y televisión, y pronunció un discurso con el cual, con inequívoca taxatividad en sus palabras, comunicaba su decisión de disolver el Congreso de la República, declarar en “*proceso de reorganización*” al Poder Judicial y al Ministerio Público, y gobernar a través de decretos ley.

Como se sabe, en el Perú, la disolución del Congreso es una facultad con la que cuenta el presidente de la República, siempre y cuando concurra en su decisión el requisito fáctico claramente establecido en el párrafo primero del artículo 134° de la Constitución Política, esto es, que el Parlamento hubiere “*censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros*”.

Dado que ese presupuesto no estuvo presente como *conditio sine qua non* en la decisión de Castillo Terrones, su decisión devino inconstitucional y, además, por la gravedad de la situación, constituyó un claro golpe de Estado.

Se acababa, entonces, de consumar en el Perú una nueva y remozada edición de la práctica común de las “democracias” latinoamericanas: recurrir al golpe de Estado, disfrazándolo de decisión constitucional, cuando

(*) Abogado. Profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Penal.

los argumentos políticos y jurídicos se acaban y al dictador no le queda más remedio que ejercer la fuerza bruta. No es de sorprender; ya había sucedido antes el 30 de septiembre de 2019 y, más remotamente, el 5 de abril de 1992.

Y tampoco es de sorprender que “el pueblo”, generalmente, apoye la medida. Esta es, también, característica de los pueblos adormecidos, obnubilados, de Latinoamérica.⁽¹⁾ La del Perú no es la excepción, lamentablemente. Y aunque esta vez la decisión de Castillo no generó el “apoyo mayoritario” que fuera ganado por el golpe de Estado ejecutado por Martín Vizcarra Cornejo el 30 de septiembre de 2019, ni tampoco por el golpe realizado por Alberto Fujimori el 5 de abril de 1992, sin embargo, en los tres casos encontramos una línea de acción que los identifica más allá de sus hondas diferencias: la modalidad de golpe de Estado siempre ha sido la misma: el cierre inconstitucional –es decir, sin causa constitucional– del Congreso, previa agitación populista de los cansancios y desencantos atraídos por el funcionamiento siempre cuestionable del Parlamento. Vale decir, generado el escenario “legitimador”, el golpe de Estado vía cierre inconstitucional del Congreso es un efecto casi inmediato y “justificado” con “el aplauso de las masas”.

Pero que “el pueblo” se entere de una buena vez: lo que hicieron Pedro Castillo Terrones el 7 de diciembre de 2022, Martín Vizcarra Cornejo el 30 de septiembre de 2019 y Alberto Fujimori el 5 de abril de 1992, fueron golpes de Estado. Y lo fueron por una simple razón: la decisión de cerrar el Congreso de la República, en los tres casos, no se adecuó a lo previsto en el párrafo primero del artículo 134° de la Carta Fundamental. Por tanto, siendo una medida inconstitucional, su carácter lesivo contra el Estado de Derecho que se basa en la separación de Poderes, constituye al mismo tiempo un clarísimo golpe de Estado.

Curiosamente, las “justificaciones” de las medidas adoptadas por los tres mandatarios se concentran en una misma y sola “razón”, más o menos sazonada con algunos otros condimentos: el Congreso “obstruccionista” no le permite trabajar al Ejecutivo. Lo dijo el señor Castillo Terrones,

(1) Consideremos el reciente golpe dado por el presidente Lasso en Ecuador, disponiendo el cierre del Parlamento ecuatoriano, pretendiendo justificar su decisión, prácticamente, con una epifanía cercana a una *theosis*: “he escogido gobernar seis meses en el purgatorio en lugar de dos años en el infierno”.

agregando que, además, el Congreso le estaba creando un ambiente de persecución, afirmación carente de toda verdad, por supuesto.

En su momento, había dicho Vizcarra que la elección realizada por el Congreso de la República del señor Ortiz de Zevallos como miembro del Tribunal Constitucional le había supuesto una “denegación fáctica de la confianza” que el gobierno esperaba de parte del Parlamento hacia el gabinete ministerial de Del Solar. ¿“Denegación fáctica de la confianza”? ¿Qué *novedad* jurídica era ésta? ¿Qué nuevo aporte a la doctrina del Derecho constitucional y al Derecho parlamentario había hecho el señor Vizcarra con ese neologismo jurídico?

¡Qué va! Esa no fue jamás ninguna novedad ni neologismo jurídico. ¡Era un esperpento grosero y ominoso que agraviaba la inteligencia jurídica y política de la patria! ¿“Denegación fáctica de la confianza”? Ni al propio Montesinos se le hubiera ocurrido semejante barbaridad. Vizcarra lo había, así, superado.

Esa “figura” (si así se pudiese llamar a ese esperpento) no existe en el ordenamiento constitucional ni legal del país ni de ningún Estado civilizado que se precie de ser un Estado de Derecho. Pero “el pueblo”, en mayoría, ignorante todo él en materia de Derecho, aplaudió la medida. Es que, en verdad, al “pueblo” no le interesa en absoluto el sustrato jurídico de las decisiones políticas. Por el contrario, se defeca en él. El “pueblo” se comportó allí, en ese momento, una vez más, como masa, como mesnada. Y no se avergonzó de ello. Su rabia, cólera y hartazgo contra la clase política que representaban los congresistas peruanos de ese minuto pudieron más y fueron superiores a cualquier consideración racional de Derecho que debiese primar en las decisiones políticas que afectasen la vida y el destino del país. Al “pueblo” no le importó, y ciertamente no le importa aún, arrasar con todo. Todo, en su paso abrasivo, está justificado por el mandato popular según el cual “*vox populi, vox Dei*”. Qué tal pueblo tenemos.

El “pueblo” no sabía en ese momento, no lo sabe aún y tampoco le interesa saberlo, que el proyecto de ley presentado por Vizcarra al Parlamento para cambiar la forma de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional tenía que pasar previamente por un trámite legislativo que suponía la recepción del proyecto, su derivación a la Comisión de Constitución para su evaluación y eventual aprobación de donde, después, debía pasar al debate en el Pleno del Congreso. El “pueblo” no sabía esto;

tampoco lo sabe hoy. Pero “el pueblo” sí sabe de las ubicaciones de los equipos futbolísticos en la tabla del torneo descentralizado; “el pueblo” sabía en ese contexto, y al detalle, que Yahaira Plaséncia había engañado a “La Foquita” Farfán con “El Coto” Hernández (y que había un vídeo que lo demostraba); “el pueblo” sabía que Kevin Blow golpeaba brutalmente a Michelle Soifer. El “pueblo” sabía todas estas naderías, como sabe hoy que “El Cuto” Guadalupe fue traicionado por su pareja Charlene Castro –eso sí es muy importante para “el pueblo”–, pero no sabía ni tiene idea de lo que sí es realmente importante para su vida. Ese es nuestro “pueblo”.

El “pueblo” no sabía –y tampoco le importa saberlo ahora– que el trámite que legalmente debía seguir el proyecto de Vizcarra iba a tomar un tiempo, como es natural, por lo que era completamente claro que, en el eventual caso de ser aprobado, las nuevas reglas regirían recién para la elección futura de los aspirantes al Tribunal Constitucional, pero no para la que se estaba desarrollando ese oprobioso 30 de septiembre (30S). Eso no sabía el pueblo y tampoco le importa saberlo ahora.

Vizcarra y “Don Panta”, su premier, que sí conocían esos procedimientos, usaron la figura de la “confianza” para argumentar una supuesta “denegación fáctica” de la misma y proceder al tropel con el cierre del Congreso. Esto, por supuesto, desde el punto de vista constitucional y legal –único punto de vista válido en este asunto– devenía flagrante violación a la Constitución con el consecuente quebrantamiento del Estado de Derecho, además de constituir una retahíla de delitos que hace tiempo que debieron ser sancionados con la pena que el hecho ameritaba. Y se consolidó así un golpe de Estado mientras “el pueblo” salía por las ventanas de sus casas para pronunciarse mediante cacerolazos en favor del golpe. ¿Le interesó saber al “pueblo” que estaba aplaudiendo un golpe de Estado? ¡No, en absoluto! ¡A la cloaca con el procedimiento legal! Nada de ello importó. Y las catervas gritaron en las calles y celebraron absolutamente emborrachados de soberbia tumultuosa. ¿Qué celebraban entonces? ¿La consolidación de la democracia o del Estado de Derecho en el Perú? ¡No, para nada! El “pueblo” celebró el machacazo ejecutado con prepotencia contra quienes se consideró entonces como “enemigos de la honestidad”; “el pueblo” ovacionó la venganza en turbamulta, aclamó el rencor y el odio instalados en la consciencia popular, en ese momento considerado victorioso. El “pueblo” vitoreó el triunfo de su rabia.

Y Vizcarra, como todo buen dictador, buscó desde el inicio de su incompetente y deplorable gestión gubernativa insuflar el espíritu asqueado del pueblo; azuzó desde Palacio de Gobierno y desde las tribunas que le franquearon las inauguraciones de obras inacabadas –que no eran de su gobierno, dicho sea de paso, sino de su traicionado líder PPK e, incluso, que fueron iniciadas en la recta final del período de Humala–; caldeó los ánimos de la población, porque sabía lo necesario que era recurrir a la muchedumbre para consolidar su posición y sentirse “legitimado”. ¡Y lo logró! Este señor no era –lo dije desde que se hizo de la banda presidencial en 2018– sino un oclócrata disfrazado de demócrata. Es más, la máscara ya se la había quitado cuando, rauda, regresó de Brasil a inicios de 2019, desairando diplomáticamente al presidente Bolsonaro, para interferir, también inconstitucionalmente, en la decisión tomada por el ex Fiscal de la Nación Gonzalo Chávarry –decisión absolutamente legal porque era de su competencia según la Ley Orgánica del Ministerio Público– de remover a los fiscales Vela y Pérez del caso que les había servido a ambos para operar políticamente, en nombre de la lucha contra la corrupción, a favor del gobierno y de sus aliados comunistas del IDL y de las siempre divididas bancadas izquierdistas de Frente Amplio, Nuevo Perú y Bancada Liberal.

El “pueblo” apoyó a Vizcarra, no hay duda, y ganó definitivamente esa partida. Empero, qué cosa más curiosa sucede siempre en este país: el “pueblo” elige a quienes poco tiempo después despótica. ¡Y a eso le llama “democracia”! Qué tal “pueblo” tenemos. Es un “pueblo” que, en distorsionada tradición andina, cree que la democracia es un rimanakuy: “el pueblo” pone, “el pueblo” saca. “*¡Esta es la verdadera democracia!*”, gritaron en las calles las hordas de adormecidos, absolutamente convencidos de que ganaron algo. Según ellos, su “gesta” era comparable con la del pueblo alemán que derribó el muro de Berlín en noviembre del ‘89. ¡Ja! No había punto de comparación.

Y como no podía ser para menos, el grito tuvo que expandirse necesariamente a través del universo. Era menester viralizarlo, extenderlo, hacerle eco por medio del facebook, del WhatsApp, del Twitter, del Instagram y por cuanto medio de difusión moderno pudiese echar mano la mesnada para hacerse sentir en ese mundo alterno en el que todos opinan de todo, no importa de qué trate el tema, porque todos son “expertos” en todo y “todas las opiniones valen”. ¡Qué feliz se ha sentido “el pueblo”! ¡Qué algarabía, qué orgullo!

¡Ay, Señor! Y creíamos que la Edad Media se había acabado en América Latina tras la fundación de las repúblicas y las posteriores reformas agrarias. Qué equivocados estábamos. Tenían que pasar cosas como estas para constatar lo que a ojos vista se advierte día a día: este país, en el que no importa el Derecho, la legalidad, el *statu quo*, porque todo eso vale nada cuando se afirma que “*vox populi, vox Dei*”, es un país medioeval.

Sí señores, un país medioeval. Un país medioeval con gente que goza, encriptada en sus smartphones, de la tecnología más moderna que jamás antes pudimos imaginar; un país en el que su gente se conecta al mundo por internet, ve televisión por cable, se traslada en coches movilizadas con combustibles fósil y alternativos, y conversa con amigos que se encuentran en las antípodas de sus ubicaciones gracias a las redes sociales y, aun así, no deja de ser un país de espíritu medioeval, al fin y al cabo, porque su consciencia es de analfabeto social en esencia, sabiendo leer y escribir. Qué paradoja más desgraciada y nefasta la que nos toca vivir.

El “pueblo” cree, en suma cuenta, que con los golpes de Estado gana algo importante echando a los congresistas incompetentes y corruptos que ese mismo pueblo eligió. ¡Qué ironía más cruel! Pero ese “pueblo” no se dio cuenta y no se da cuenta aún –no podría, porque es analfabeto social y está adormecido– que por sobre encima de las personas, es la institucionalidad la que debe primar pues sólo sobre ella y con ella se construye un Estado de Derecho y un auténtico sistema democrático. Es decir, “el pueblo” es incapaz de razonar y pensar, siquiera a nivel individual, diciendo: “*a mí no me gustan los congresistas que tenemos y los repudio, pero la institucionalidad está primero y, por ello, debo aprender a elegir buenos representantes la próxima vez*”. ¡Imposible! El “pueblo” cumple muy bien su trabajo: es “el pueblo”.

El “pueblo” no sabe, en fin de cuentas, que todas las tiranías, todas las dictaduras, comenzaron siempre con el “clamor” y el “apoyo popular”. ¡Pero, por supuesto! Qué se puede esperar de un “pueblo” analfabeto social: “el pueblo” no ha estudiado historia nacional, mucho menos historia universal, y es por ello que no tiene ni la menor idea de que Mussolini (– ¡*Muso* quién? – diría la bella Milechi Figueroa) fue adorado por el pueblo italiano al inicio de su dictadura fascista en 1922, al igual que Hitler en Alemania (– ¡Ah! ¿El que fue presidente de Francia en 1800, no? – musitaría Chibolín, con su vocecita también operada el día que le practicaron la lipoescultura, el “candidato del pueblo” que ya se alista a participar en las próximas elecciones), Gadafi en Libia (– ¡Libia?... – preguntaría Mario

Hart, forzando una cara de intelectual), Pinochet en Chile (— ¡Buen presidente! Puso a Chile en un buen nivel económico — afirmaría la siempre linda Karen Schwarz, saliendo de la unidad de cuidados intensivos de la clínica Ricardo Palma tras haber sido lobotomizada para regresar a la tele), Evo Morales en Bolivia, Chávez y Maduro en Venezuela (— ¡Ay, por favor! Qué ajco me dan esos señores — sentenciaría con remilgo y acento barranquino Vanessa Terkes, que en el mundo de la farándula local es la más experimentada en materia política) y, por último, Fujimori en nuestro país (— ¡Con mi presidente, el mejor del Perú, no te metas! — amenazaría la *escultural* Laura Bozzo).

Como el 5 de abril de 1992 (5A), el pueblo salió a las calles el 30S y el 7D a expresar su respaldo al dictador. Danzaron y bailaron alrededor de un becerro de oro versión chola, festejando en todos los casos el cierre de un Congreso acusado de ser el portador y causante a la vez de todos los males sociales. ¡Y vaya que lo son! Pero pobre “pueblo” desmemoriado. No aprendió la lección.

Algo singular diferenció, sin embargo, al 5A del 30S: no es que el 30S no hubiese tanques y tropas militares en las calles, o que el dictador Vizcarra no decidiera despachar desde el Pentagonito. No, eso es lo anecdótico. Diferencia la situación que el 5A la población apoyó al dictador sin saber que era él una incubadora de corruptela y de cuyas acciones criminales sólo se pudieron confirmar sus responsabilidades personales, políticas y penales, tras su caída el año 2000. El 30S era imposible, en cambio, que “el pueblo” no supiese que el nuevo dictador era un corrupto que, apoyado por una fiscalía genuflexa ante el Ejecutivo y por una prensa oligárquica y masiva que escondió en siete idiomas sus delitos cometidos como gobernador regional de Moquegua y como Ministro de Vivienda en el caso “Chincheró”, había puesto al país en piloto automático desde que inició su gobierno, se abstuvo de gobernar y se dedicó, como factótum de la progresía nacional, a perseguir a sus enemigos políticos acusándolos —y con razón en muchos de los casos, qué duda cabe— de corruptos y miembros de organizaciones criminales existentes gracias a la imposición conceptual de la prensa que se aseguró de hacer realidad la existencia de unos “Cuellos Blancos” que, en la pura verdad, nada más existe en la virtualidad de los papeles judiciales y de las redacciones siempre distorsionadas de la prensa de masas.

Pero, en fin, ya estábamos en ese punto de la historia: el 30S. Y fue entonces que las Fuerzas Armadas y las Fuerzas Policiales se decantaron por apoyar al dictador porque, con seguridad, habían visto que “el pueblo” estaba “de su lado” y los oficiales superiores de los institutos castrenses no querían contradecir “al pueblo” porque, en verdad, no sólo le tienen temor, sino que hace ya largo rato que en el ejército, la marina, la fuerza aérea y la policía nacional, ningún oficial tiene pantalones sino mandiles rosas que los visten y exhiben con orgullo en sus almas.

Cómo debe estar jaraneándose todavía el diablo en el infierno. ¡A caquinos! ¡Las fuerzas armadas y policiales apoyaron a un gobierno usurpador que se había aupado en la oclocracia y que se sostenía gracias al comunismo de las claves, los costas, los de belaunde y demás yerbas del campo.

¡Qué indignante! Las fuerzas armadas (y ahora ya con minúsculas, porque con su accionar ellos mismos se han minusculizado) perseguidas por ese comunismo oenegero que los sentó en el banquillo de los acusados tildándolos de genocidas y de ser autores de crímenes de lesa humanidad (¿ya no recuerdan los vergonzosos casos judiciales de Accomarca o de Cayara?). Los militares tampoco parecen tener memoria. ¡Qué indignos! Ellos mismos se la están buscando.

Y, lo peor, es que en estos “nuevos tiempos”, por no apoyar el quiebre de la institucionalidad, uno puede ser motejado de “corrupto”. Claro, en un mundo polarizado donde las neuronas generales sólo alcanzan para pensar en un orbe bipolar –pues si se razonase un poco más allá del espectro de lo “políticamente correcto” se produciría un corto circuito sináptico–, adjetivos así son de esperar. La verdad sea dicha, sin embargo: que nos importe un soberano bledo lo que nos diga “la mayoría”; esa dictadura a la inversa. Ya antes, a fines de los años '80, por el sólo hecho de vestir con zapatillas Reebok y pantalones jeans Levi's, los sicarios del terror senderista nos llamaron “burgueses”; a inicios de los '90, cuando nuestros compañeros y nosotros mismos enfrentábamos, organizados en la cofradía del ARE, a Sendero Luminoso, cara a cara, en la Universidad Nacional del Centro del Perú donde cursábamos estudios superiores, fuimos considerados “furgón de cola de la reacción”. Más adelante, a partir de 1997, cuando había que enfrentar a la dictadura fujimontesinista que defenestró a los magistrados del Tribunal Constitucional que declararon inconstitucional la ley que habilitaba la re-reelección de Alberto Fujimori, fuimos

llamados “terroristas”. Hoy, la mentada de madre más espantosa que se puede recibir en el ámbito político no es ser tildado de “terrorista”, sino de “corrupto”. Siempre hay un adjetivo zahiriente, *ad hominem*, listo para punzar y desacreditar al enemigo. Y cada vez que hemos repudiados los golpes de Estado disfrazados de constitucionalidad nos hemos constituido en enemigos del gobierno dictatorial. ¡Que venga lo que tenga que venir!

La historia nos ha confirmado en repetidas ocasiones que, como diría el celeberrimo poeta y dramaturgo francés Jean-François Casimir Delavigne, *desde los tiempos de Adán, los tontos siempre han estado en mayoría*. El tiempo, como siempre, se encargará de darnos la razón y “el pueblo” tendrá que abrir los ojos cuando, como es de suyo común, sea ya demasiado tarde. Y más tarde se lamentará y después repudiará a quienes en estos tiempos ha apoyado, y así sucesivamente, en un infinito movimiento pendular de vergüenza y falta de memoria y dignidad nacional. ¡Ay pueblo! “Pueblo” que te consideraste “valiente” apedreando a Tubino y a Becerril, aquellos candidatos por quienes tan sólo hace tres años votaste y que recibieron de tu parte, y mayoritariamente, el favor popular. Eres, “pueblo”, el tátara tátara tátara tátara nieto de aquellos mismos que, a gritos y con furia, pidieron que Jesús fuese crucificado. ¡Ay, “pueblo”, cómo dueles!

En algo, sin embargo, compartimos con el dictador Vizcarra: *“Estamos haciendo historia y esto lo recordarán las siguientes generaciones”*. ¡Pero claro que sí! ¡A no dudarlo! Hemos estado construyendo una historia execrable que será recordada por las siguientes generaciones, tan igual como nosotros recordamos la traición de Mariano Ignacio Prado y su casta civilista que nos trajo miseria y dolor nacional. Vizcarra y su golpe de Estado, juntamente con su corrupto sucesor, nos trajo al golpista Pedro Castillo Terrones. ¡Qué historia, por Dios!

EL GOLPE DE ESTADO Y LOS DELITOS DE REBELIÓN Y CONSPIRACIÓN

Luis Lamas Puccio^()*

Sumilla

En el presente caso, el núcleo central del presente artículo, tiene por finalidad abordar la denominada acción típica – es decir, el hecho en su misma materialidad–, que para tales fines consiste en el alzamiento en armas como uno de los fines indicados para esta clase de delitos. Por tanto, se requiere de un alzamiento, esto es, de un levantamiento o de una sublevación dirigida en contra el orden jurídico constitucional, o en contra los contenidos constitucionales que fundamentan la democracia reconocida como tal. Es decir, rebelarse faltando a la obediencia debida respecto a lo que establece la misma Constitución Política y los poderes legalmente constituidos.

Hablamos de los hechos suscitados el día siete de diciembre de dos mil veintidós, a raíz de que aproximadamente como las once horas con cuarenta minutos, el entonces presidente de la República, José Pedro Castillo Terrones, emitió televisivamente, desde el canal del Estado, un mensaje a la Nación por el que anunció el establecimiento de un gobierno de excepción. En tal virtud, hizo saber las medidas que correspondían, tales como (i) la disolución del congreso de la República,

(*) Profesor e investigador en materia de Derecho Penal y Ciencias Afines.

(ii) la convocaría a elecciones para un nuevo congreso con facultades constituyentes para dictar una nueva constitución, en el plazo máximo de nueve meses; (iii) la reorganización del sistema de justicia (Poder Judicial, Ministerio Público, Junta Nacional de Justicia y Tribunal Constitucional); (iv) el toque de queda a partir de las veintidós horas de ese día hasta las cuatro horas del día siguiente; y, (v) la entrega de armamento ilegal que pudieran tener todos los ciudadanos a la Policía Nacional. Entendió la señora Fiscal de la Nación, a este respecto, por la decisión de constituir un gobierno de emergencia excepcional y de disolver el Congreso, que se vulneró flagrantemente el artículo 134 de la Constitución. Por ello emitió la disposición Uno de siete de diciembre de dos mil veintidós, que dio lugar a la carpeta fiscal 268-2022 [vid.: folio veintiocho]. Asimismo, el Congreso de la República, al promediar las trece horas, aprobó una moción de vacancia presidencial del investigado Castillo Terrones. Tras dicha declaratoria de vacancia, éste fue intervenido por la autoridad policial al considerarlo incurso en flagrancia delictiva, cuando se diría a la Embajada de los Estados Unidos Mexicanos, para buscar asilo y así fugar del país⁽¹⁾.

Desarrollo

Se trata de un pronunciamiento a través del cual se materializa un golpe o autogolpe de estado y que no necesariamente puede no acarrear violencia física contra las personas si no encuentra resistencia o si fracasa, pero en cualquier caso lleva implícita una violencia psíquica (vis relativa) en la medida que se da a entender el propósito de ejercer la violencia contra quienes no acaten el nuevo orden ilegítimo; se exige actos concluyentes que intimiden a los poderes legalmente constituidos con la amenaza de usar la fuerza para conseguir los fines previstos por el tipo delictivo.

El alzamiento en armas se tipifica como rebelión cuando persigue las finalidades prescriptas en el citado artículo 346 del Código Penal – esto es lo que caracteriza realmente la rebelión, no las características del alzamiento en armas -. Entre ellas, se encuentra la modificación ilegítima del régimen constitucional y la deposición (despojar del cargo a las personas que ejercen la representación del poder, impidiéndoles o que dejen de ejercer las facultades que constitucional o legalmente les han sido asignadas) o derrocamiento del

(1) Sumilla que aparece en el auto de apelación de fecha 13. diciembre 2022. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Apenal Permanente. Recurso de apelación N° 248-20223/ suprema. Ponente: César San Martín Castro

gobierno legalmente constituido –el cual ha de entenderse en un sentido amplio, en los que se involucra a los órganos constitucionales que encarnan el poder público, lo que incluye al Congreso, al Poder Judicial y a los demás órganos constitucionalmente autónomos–, a partir del cual se concentra ilegítimamente el poder con serio riesgo de los derechos fundamentales de la persona y del principio de separación de poderes. En cuanto a las formas imperfectas de ejecución y formas de participación intentada, el delito de rebelión es uno de consumación anticipada –no hace falta que los rebeldes consigan sus fines, solo se requiere el mero alzamiento en armas–. Si el alzamiento en armas no se llega a producir, pero se inician actos de inicio de ejecución del alzamiento, se estará ante una tentativa (ex artículo 16 del Código Penal) –su estructura lógica permite la tentativa–. Pero, además, si el alzamiento en armas no se produce cabe una de las formas de participación intentada que es la conspiración, expresamente tipificada por el artículo 349 del Código Penal.

La conspiración es una forma de coautoría anticipada, en cuya virtud entre dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Tiene una naturaleza de acto preparatorio, hay una puesta en común de la ideación criminal, es una resolución manifestada de voluntad, y es de algún modo un tipo de iniciación al delito, en este caso de rebelión –se ubica entre la ideación impune y las formas de ejecución imperfecta⁽²⁾.

Sin perjuicio de las responsabilidades penales que les debe corresponde a todos aquellos que aparecen inmersos de manera directa o indirecta en el frustrado golpe de estado que intento llevar a cabo hace unos días el ex mandatario Pedro Castillo Terrones, los delitos de rebelión, conspiración y su correspondiente interpretación jurídica, aparece como el tema central sobre el cual debe girar toda la controversia judicial que se llevará a cabo sobre el futuro de esta grave imputación.

Hablamos de dos delitos de particular trascendencia y repercusiones que se encuentra tipificado respectivamente en los artículos 346° y 349° respectivamente de nuestro Código penal, los que a la letra señalan:

“El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional,

(2) Ob. cit.

será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años”⁽³⁾.

“El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trate de perpetrar”⁽⁴⁾

Imputación

El día siete de diciembre de dos mil veintidós, como a las once horas con cuarenta minutos, el entonces presidente de la República, José Pedro Castillo Terrones, emitió televisivamente, desde el canal del Estado, un mensaje a la Nación por el que anunció el establecimiento de un gobierno de excepción. En tal virtud, hizo saber las medidas que correspondían, tales como (i) la disolución del congreso de la República, (ii) la convocaría a elecciones para un nuevo congreso con facultades constituyentes para dictar una nueva constitución, en el plazo máximo de nueve meses; (iii) la reorganización del sistema de justicia (Poder Judicial, Ministerio Público, Junta Nacional de Justicia y Tribunal Constitucional); (iv) el toque de queda a partir de las veintidós horas de ese día hasta las cuatro horas del día siguiente; y, (v) la entrega de armamento ilegal que pudieran tener todos los ciudadanos a la Policía Nacional. ∞ Entendió la señora Fiscal de la Nación, a este respecto, por la decisión de constituir un gobierno de emergencia excepcional y de disolver el congreso, que se vulneró flagrantemente el artículo 134 de la Constitución. Por ello emitió la disposición Uno de siete de diciembre de dos mil veintidós, que dio lugar a la carpeta fiscal 268-2022 [vid.: folio veintiocho]. Asimismo, el congreso de la República, al promediar las trece horas, aprobó una moción de vacancia presidencial del investigado Castillo Terrones. Tras dicha declaratoria de vacancia, éste fue intervenido por la autoridad policial al considerarlo incurso en flagrancia delictiva, cuando se diría a la Embajada de los Estados Unidos Mexicanos, para buscar asilo y así fugar del país⁽⁵⁾.

Hablamos de un conjunto de actividades o hechos que se suscitaron de manera dolosa y premeditada y que afectan no solo la institucionalidad

(3) Artículo 346° del Código Penal.

(4) Artículo 349° del Código Penal

(5) Ibid.

como la base de gobernabilidad, sino la salvaguarda de la democracia como bien jurídico en el presente caso objeto de protección penal tanto reconocido en la ley penal como fundamentalmente en la Constitución Política de nuestro país.

Al respecto el auto de apelación (resolución judicial) emitido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de fecha trece de diciembre del presente año, que declaro infundado el recurso de apelación interpuesto por la defensa del investigado Pedro Castillo Terrones que confirmo su detención preliminar (detención policial), desarrolla una serie de conceptos relacionados con la acción típica del delito de rebelión, para cuyos fines desarrolla conocimientos importantes que nos permite tener una concepción más clara respecto a lo que consiste tanto el delito de rebelión y se adecuada interpretación, como también el de conspiración en los mismos términos⁽⁶⁾.

Se trata de desmantelar el sistema democrático de forma furtiva y soterrada aparentemente legal, abusando de las mismas prerrogativas que brinda y facilita el ejercicio de la función pública al más alto nivel, como si se tratara de un proceso de un proceso de gobernabilidad normal en el que todo aparenta ser transparente y traslucido, haciendo uso abusivo y desmedido del poder que en el presente caso proviene del mismo ejercicio de la función del primer mandatario de una nación. Hablamos de un intento frustrado de desmantelar y abatir el sistema democrático, interviniendo determinadas instituciones de forma irregular y prepotente que resultan de vertebral importancia para el funcionamiento normal de la democracia como sistema de gobierno (parlamento, fiscalía, tribunal constitucional, sistema de justicia, etc.), como parte de un plan político o estrategia de amplio espectro político que perseguía socavar y degradar la institucionalidad en pleno, que aparecía contraria a los intereses del gobernante de turno.

Hablamos de un derrocamiento o degradación del sistema de gobierno legalmente constituido no necesariamente recurriendo al alzamiento de las armas en su sentido restringido o material, sino a la finalidad de desplazar a una serie de órganos o instituciones legalmente constituidos que son las que encarnan el poder público, a efectos de concentrar el poder en una o en un grupo de conspiradores ilegalmente conformados.

(6) Recurso de Apelación N° 248-20223/ Suprema. Ponente: César San Martín Castro.

La rebelión como delito

Como señala Quintero Olivares, la opción de situar el delito de rebelión en el encabezamiento de los Delitos que atentan contra la constitución política, resulta indicativa respecto de la importancia que este delito como el máximo atentado contra el sistema constitucional⁽⁷⁾. En el presente caso, se trata del Título XVI de nuestro Código penal respecto al título XVI denominado de los Delitos contra los poderes del estado y el orden constitucional. En efecto, tal ubicación sistemática supone un paso importante a la voluntad del legislador de caracterizar a la rebelión como un grave atentado contra el sistema constitucional.

Se trata de una conducta típica en materia penal que se caracteriza por un ataque directo o arremetida contra un régimen de gobierno y los diferentes organismos o entidades que lo integran. Su objetivo o finalidad es socavar la institucionalidad en su plenitud, en el presente caso, no solo representada por el estado de derecho como régimen de gobierno sino soslayar principios vertebrales como la separación de poderes, las elecciones libres, la independencia judicial, la libertad de información y la expresión de las ideas.

En lo que atañe a su estructura típica, el delito de rebelión ha sido definido habitualmente como un delito plurisubjetivo de convergencia, puesto que requiere la unión de voluntades para la consecución de un propósito común⁽⁸⁾. Tal como ha señalado Muñoz Conde, es diferente el número de personas que se rebelan, «siempre que sea un número suficientemente relevante en orden a la consecución de los fines fijados en el tipo»⁽⁹⁾. Como manifiesta Rodríguez Devesa, al carácter pluripersonal se ha añadido, pese a la negativa, de una parte de la doctrina, el requisito de un mínimo de organización previo al alzamiento, que responde a lógicas exigencias de idoneidad de la conducta dada la envergadura de los fines propuestos⁽¹⁰⁾.

(7) Quintero Olivares Gonzalo, Comentarios a la parte especial del Derecho penal, Volumen III. Quinta edición, Thomson Arazadi, 2005, Pág. 1849.

(8) Tamarit Sumalla Josep Maria. Delitos contra la constitución. OB. CIT. PÁG. 1850.

(9) Ibid.

(10) IBID.

Sobre el particular, como lo manifiesta **Tamarit Sumalla**, el delito de rebelión es de consumación anticipada en la modalidad conocida en la doctrina como un delito de resultado cortado, cuya consumación se produce sin necesidad de que en el plano objetivo se haya materializado el propósito propuesto por quienes aparecen inmersos en su comisión. El adelantamiento de las barreras de protección obedece a razones fácilmente comprensibles, pues siendo la pretensión de los rebeldes la subversión del orden constitucional, el triunfo de la rebelión - en el presente, caso el propio golpe de estado -, conllevaría a la imposibilidad de que los mismos rebeldes puedan ser más adelante juzgados por los mismos hechos. Como manifiestan tanto **Vives Antón** como también **Córdoba** y **Muñoz Conde**, sin que sea «técnicamente posible», la estructura típica de consumación anticipada hace casi inviable un espacio intermedio entre los actos preparatorios y la consumación, tal como lo estaca la doctrina actualmente imperante⁽¹¹⁾. Por ello, se hace imprescindible regular en forma expresa los supuestos comportamientos post delictivos, que pueden haber contribuido al fracaso de la rebelión⁽¹²⁾.

Me refiero a que para que se concrete la responsabilidad penal de parte de quienes participaron en su actuación, no se requiere como tampoco es necesario que los golpistas hayan conseguido lograr sus finalidades, en razón a que la sola tentativa de clausurar o cerrar determinadas instituciones como el Congreso de la República, el Tribunal Constitucional y otras entidades públicas, de por sí acarrea responsabilidad penal porque corresponde a un hecho penal catalogado como punible. Como sabemos, la tentativa de acuerdo con lo que aparece establecido en el artículo dieciséis del Código penal, es sancionable desde todo punto de vista en igualdad de condiciones en materia de responsabilidad penal aunque el hecho no haya consumado.

Hablamos de un tipo penal convergente (fusionado) como se señala en la resolución de fecha trece de diciembre del presente año emitida por la Corte Suprema de Justicia, que como sabemos, confirmo en todos sus extremos la legalidad de la detención policial o preliminar en contra del ex mandatario basándose en el estado de flagrancia en la que fue detenido, en términos que la comisión del citado delito se supone que tuvo la

(11) Ibid. Pág. 1851.

(12) Ibid.

intervención necesaria de varias personas que confluyeron con una finalidad común. La citada resolución refiere que se trata de un delito que la doctrina penal lo define como de consumación anticipada, en cuya virtud se adelanta la barrera protectora que supone la sanción penal en el presente caso concretada con el mero alzamiento, el cual lo hace compatible con el principio de ofensividad.

En estos términos la rebelión es un delito que se caracteriza por un dolo directo en tanto que contiene un elemento subjetivo adicional, en el sentido que su intención es de tendencia interna trascendente y de resultado cortado, pues quien o quienes lo llevan a cabo deben o están concientes que realizan una serie de actividades encaminadas a socavar un régimen de gobierno. El resultado es independiente respecto a si se lograron o no los objetivos que se perseguían, en tanto que no se requiere que el delito se haya consumado. El delito aparece consumado con el mero alzamiento de parte de quienes actúan al margen si se consumó no.

El alzamiento en armas

El alzamiento tiene que ser armado. El que se alza debe disponer de armas para afectarlas al levantamiento con idoneidad para superar a las fuerzas leales a la Constitución. Sin embargo, el alzamiento armado como tal puede sumir distintas formas externamente tranquilas, cuando es ejecutado por medio de la conocida técnica de la rebelión militar, cuando las armas no se han llegado a utilizar, por ejemplo, por no haber tenido oportunidad de hacerlo; en otras palabras, el alzamiento debe apoyarse en la disposición de armas por los alzados o por parte de ellos⁽¹³⁾. Su conceptualización, desde luego, debe tener en cuenta las nuevas formas que reviste los progresos de técnica totalitaria –como sería los autogolpes, dirigidos por el presidente de la República, como jefe supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional–⁽¹⁴⁾.

Sobre el “alzamiento en armas” no necesariamente se requiere encontrarse frente a un insurrección armada en términos propios o materiales, en el entendido de recurrir a medios, componentes o procedimientos armados

(13) Creus, Carlos: Derecho Penal parte especial, tomo II, 6ta edición, 2da. Reimpresión, editorial Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 175.

(14) Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, tomo V, 8va. Reimpresión, editorial Tea, Buenos Aires, 1983, pp. 67-68].

para atentar contra la democracia y sus dispositivos institucionales, como podría ser una rebelión militar que apoya una disposición o utilización de armas para respaldar a los alzados o las actitudes o disposiciones que pudieran haber asumido sobre el particular, sino que se trata de formulas o manifestaciones que pueden asumir los regimenes totalitarios⁽¹⁵⁾.

El recurso a expresarse “alzamiento en armas” como verbo rector y para definir si realmente nos encontramos frente a una “rebelión armada” forma parte del derecho penal tradicional, a pesar de la ambigüedad que caracteriza a este concepto y susceptible de distintas interpretaciones aunque todos ellos con un sentido anti democrático. No debe por ello causar extrañeza que este verbo rector pueda tener las mas encontradas interpretaciones, aunque el sentido de todos ellos sea el mismo: atentar contra el sistema democrático o constitucional. En todo caso, la expresión “alzamiento en armas” debe ser interpretada con un sentido amplio y

(15) La acción típica –el hecho en su materialidad– consiste en el alzamiento en armas con uno de los fines antes indicados. Por tanto, se requiere de un alzamiento, esto es, de un levantamiento o sublevación dirigido contra el orden jurídico constitucional, contra los contenidos constitucionales que lo fundamentan –es decir, levantarse faltando a la obediencia debida a la constitución y los poderes constituidos–. No se requiere imprescindiblemente que sea popularmente tumultuoso, ni que se constituya en un tumulto público; tiene que tratarse de una irrupción violenta, hostil, intimidante y contraria al orden público constitucional, debido al uso de las armas; ésta puede informarse en cualquier manifestación de fuerza que signifique hostilidades contra los poderes públicos, de romper la relación de sumisión a las leyes y autoridades legítimas [Vives Antón, T.S. – Carbonell Mateu, J. C.: Derecho Penal Parte Especial, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p, 802]. Este alzamiento recurso apelación N.º 248-2022/Suprema – 5 – necesita de una actividad grupal [Aboso, Gustavo Eduardo: Código Penal de la República Argentina, 5ta edición, editorial Ibdef, Buenos Aires, 2018, p. 1292] Y de una acción efectiva, de una actividad conjunta dirigida, por lo que está impuesta por el tipo la pluralidad de autores, aunque no pueda hablarse de un número determinados de autores [Balestra, Fontán: Tratado de Derecho Penal, tomo VII, segunda edición, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980, pp. 112-113]. Un pronunciamiento que materializa un golpe o autogolpe de Estado puede no acarrear violencia física contra las personas si no encuentra resistencia o si fracasa, pero en cualquier caso lleva implícita una violencia psíquica (vis relativa) en la medida que se da a entender el propósito de ejercer la violencia contra quienes no acaten el nuevo orden ilegítimo; se exige actos concluyentes que intimiden a los poderes legamente constituidos con la amenaza de usar la fuerza para conseguir los fines previstos por el tipo delictivo [Tamarit Sumalla, José María y otros: comentarios al Nuevo Código Penal, editorial Aranzadi, Navarra, 1996, p. 2018]. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de apelación N° 248-2022.

convergente, conforme a las circunstancias e incluso con un sentido verbal como parte de una decisión de atentar contra las instituciones que pueden caracterizar una democracia. En ese sentido, la expresión de “alzamiento en armas” aunque puede expresar actos de violencia, también puede suponer una declaración pública sin que ello implique recurrir a la violencia. Hablamos de un «*animus hostilis*» que pasa a convertirse en la médula del delito de rebelión⁽¹⁶⁾.

En realidad hasta podríamos pensar que se trata de un concepto anacrónico y superado por la realidad. Una advertencia a este género puede pasar por alto que un pronunciamiento por parte de quien ser rebelde contra el orden constitucional obviando los procedimientos señalados en la ley, no necesariamente puede acarrear violencia física en tanto que no encuentra resistencia, en razón a que una actitud de esta naturaleza implica un tipo de violencia psíquica («vis relativa»), en la medida que da a entender el propósito de ejercer violencia contra los que se pongan a dicha decisión o quienes no acaten el nuevo orden ilegítimo⁽¹⁷⁾.

En todo caso se trata de dismantelar el sistema democrático de forma furtiva y soterrada aunque aparentemente legal u otro tipo de justificaciones, abusando de las mismas prerrogativas que brinda y facilita el ejercicio de la función pública al más alto nivel, como si se tratara de un de un proceso de gobernabilidad normal en el que todo aparenta ser transparente, traslucido e incluso democrático, haciendo uso abusivo y desmedido del poder, que en el presente caso, proviene del mismo ejercicio de la función del primer mandatario de una nación. Hablamos de un intento frustrado de dismantelar y abatir el sistema democrático, interviniendo determinadas instituciones de forma irregular y prepotente que resultan de vertebral importancia para el funcionamiento normal de la democracia como sistema de gobierno (parlamento, fiscalía, tribunal constitucional, sistema de justicia, etc.), como parte de un plan político o estrategia de amplio espectro político que perseguía socavar y degradar la institucionalidad en pleno, que aparecía contraria a los intereses del gobernante de turno. Implica un derrocamiento o degradación del sistema de gobierno legalmente constituido no necesariamente recurriendo al alzamiento de las

(16) Tamarit Sumalla Josep Maria. Delitos contra la Constitución. ob. cit. Pág. 1850. Ibid. Pág. 1852.

(17) IBID.

armas en su sentido restringido o material, sino a la finalidad de desplazar a una serie de órganos o instituciones legalmente constituidos que son las que encarnan el poder público, a efectos de concentrar el poder en una o en un grupo de conspiradores ilegalmente conformados.

Una interpretación extensiva del término o concepto “alzamiento en armas” viene además impuesta por razones sistemáticas. Debía entenderse que la rebelión o el alzamiento podía ser en un determinado momento violento o acompañado de actos de violencia física contra las personas y funcionarios que no acataran las decisiones. Implicaba por su naturaleza actos intimidantes en contra de quienes no acataran.

Bien jurídico y consecuencias

Como manifiesta Polaino Navarrete, el bien jurídico protegido en el tipo penal de la rebelión adquiere especiales y particulares relevancias, en tanto que hablamos de singulares dimensiones respecto a la seguridad jurídica al interior de los estados, en el presente caso, integrados de forma sistémica por una serie de principios señalados en nuestra Constitución Política, y que representan sendas perspectivas funcionales de naturaleza constitucional inherentes al funcionamiento del estado como la máxima representación de una nación. Nos referimos al estado de derecho conforma a las exigencias derivadas de un “orden constitucionalmente democrático”⁽¹⁸⁾.

Se trata de proteger los poderes del estado y el orden constitucional como el bien jurídico tutelado u objeto de protección penal. En este orden de ideas, el delito de rebelión consiste en atentar contra el régimen constitucional y las diferentes instituciones que lo conforman. Hablamos de un acto de desobediencia o de desacato en contra de lo que está establecido en los distintos contenidos de la Constitución Política. Hablamos de un derrocamiento o degradación del sistema de gobierno legalmente constituido no necesariamente recurriendo al alzamiento de las armas en su sentido restringido o material, sino a la finalidad de desplazar a una serie de órganos o instituciones legalmente constituidos que son las que encarnan el poder público, a efectos de concentrar el poder en una o en un grupo de conspiradores ilegalmente conformados.

(18) Polaino Navarrete Migual. “Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial. En Manuel Cobo del Rosal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid. 1997. Pág. 547.

En el caso del delito de conspiración, el elemento objetivo está configurado por el “concierto de voluntades existentes”. Hablamos de quien o quienes conspiran y los demás que hacen posible que los resultados de la concertación se materialicen. El llamado “pacto o convenio de ejecutar el delito” implica una concreción de voluntades que se ponen de acuerdo con una o varias finalidades. Un mínimo grado de concreción. Sobre el particular, para los “objetivistas” es necesario la producción de un resultado incluso a nivel de tentativa respecto a un peligro real y concreto. Si se sostiene, en cambio una posición “subjetivista”, en el presente caso, se trata de una rebelión contra el orden constitucional, independiente de los resultados que se habrían logrado. Una perturbación a un bien jurídico determinado que en el caso que nos convoca, no es otro que el orden constitucional como se concibe. La consecuencia es obvia, en tanto que no solo es punible la tentativa cuando es idónea, sino también la imposible, cualquiera hubiera sido su resultado. En todo caso, lo importante es la propia decisión de cometer un delito, conclusión a la que se llega justamente a través de la conspiración⁽¹⁹⁾.

Conclusiones

Como lo establece la misma decisión judicial a la que se hace mención⁽²⁰⁾, el delito de rebelión implica por su naturaleza la puesta en ejecución diferentes acciones a partir de la intervención directa o indirecta de varias personas, las que confluyen hacia una finalidad común y específica que no es otra que atentar- a través de la conspiración - contra una forma de gobierno legalmente constituido y desplazarlo. Se trata - en el presente caso respecto a la rebelión, de un delito de mera actividad y no necesariamente de resultado, en el sentido que no se requiere que el objetivo de consumar el golpe de estado se haya logrado o consumado.

En estos términos para que se suscite el alzamiento de armas solo se demanda su concreción en tanto que no se necesita su consumación o perfeccionamiento en las condiciones de su realización como puede suscitarse en otros delitos. No es necesario que los golpistas hayan conseguido

(19) Cuello Contreras Joaquín. “La conspiración para cometer el delito (los actos preparatorios de la participación). Bosch, Casa Editorial, S.A. Pág. 110.

(20) Auto de apelación de fecha 13. Diciembre 2022. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Apenal Permanente. Recurso de Apelación N° 248-20223/ Suprema. Ponente: César San Martín Castro.

su objetivo o los fines pretendidos con el alzamiento o golpe de estado, pues si lo consiguen aunque dejan de ser rebeldes por poder fáctico en todo el caso el vicio subsiste por su origen inconstitucional.

Si se trata de la consumación del delito principal (el delito de rebelión), el delito señalado y en cuestión juega un papel importante. La conspiración se considera agotada o consumada en el momento de la unanimidad del acuerdo por parte de los conspiradores, en tanto que se trata de la firmeza de la resolución devenida de los mismos conspiradores. Lo que después puede suceder en el presente caso es intrascendente⁽²¹⁾.

(21) Cuello Contreras Joaquín. "La conspiración para cometer el delito (los actos preparatorios de la participación).. Bosch, Casa Editorial, S.A. Ob. Cit. Pág. 195 Y 196.

GOLPES DE ESTADO Y DELITO DE REBELIÓN: LO POLÍTICO Y LO JURÍDICO EN LA PERSPECTIVA PUNITIVA

Fidel S. Rojas Vargas^()*

No existe, en la extensa taxonomía que ofrecen los códigos penales occidentales y en las legislaciones orientales igualmente, conducta criminalizada más específicamente orientada a poner de manifiesto aquel momento crucial en el cual lo político ingresa con fuerza en las valoraciones jurídico penales, que el delito de rebelión, donde -frente a él- la confluencia de perspectivas y argumentaciones pareciera tirar por tierra la validez del derecho o afirmarla con la fuerza necesaria para consolidar su eficacia. Es decir, lo político -y entiendo por ello, en puridad, la racionalidad de los intereses contrapuestos en función al ejercicio del poder político o a lo que supone su postulación con base a las reglas preestablecidas, en otros casos, sutilmente infringidas o conseguido con violencia, por cierto, en este último supuesto, pasando por encima de ellas- deja sentir su presencia en materia de tipología penal.

América Latina -al igual que los países africanos y de Asia- es históricamente un mosaico ejemplificativo de la sucesión y variedad de golpes de Estado, que llegaron en gran forma a configurar un anómalo método de alternancia en el poder. Expresión política, en gran medida -que no excluye sus diferencias- del delito de rebelión, durante los siglos XIX y bien avanzado el siglo XX, que graficaron la extrema fragilidad de sus formaciones

(*) Abogado penalista.

sociales, las intensas luchas internas por la conquista del poder, explicadas en definitiva por la ausencia de una clase política sólida con capacidad de conducción de los Estados en formación y la precariedad económica en la que se hallaban sumidas dichas sociedades al no haber desarrollado mercado interno, ciudadanía ni bases para el despegue económico, que los hacía dependientes de los ejes de poder mundial hegemónico. No existe país en el habla castellana o lusitana de esta parte del continente que se excluya de esta constante, en la que golpe de Estado y rebelión dan cuenta de un modo casi inevitable -en mayor o menor medida- del desarrollo histórico en sociedades carentes de antecedentes democráticos en el ejercicio del poder y en donde la base civil o bien desconoció dichas prácticas -por largos siglos de dominación colonial- o no tuvo conciencia de las virtudes que ellas traían consigo.

Los golpes de Estado cuando triunfan, generalmente consolidan el rompimiento de las reglas del juego democrático, instituyen nuevas pautas y estándares en el ejercicio del poder político, sea que se les llame revoluciones de izquierda o restauraciones conservadoras de los grupos de poder que habían perdido posesiones y posiciones en la correlación de fuerzas políticas y las distribuciones del poder económico, que permite el juego democrático usualmente oscilante entre tendencias de derecha e izquierda. Variable política de triunfo que aleja la posibilidad -en la práctica- de la mirada punitiva. En cambio, cuando el golpe de Estado fracasa por debilidades internas, delaciones o traiciones, trayendo usualmente brutales respuestas represivas, se abre el escenario de la perspectiva punitiva que trae consigo las imputaciones del delito de rebelión con penas privativas de libertad elevadas (Perú 10 a 20 años, Chile 5 a 20 años, Argentina 5 a 25 años, Colombia 6 a 9 años, España 5 a 30 años, Ecuador 7 a 10 años).

El éxito del golpe de Estado, asentado general y tradicionalmente en la fuerza de las armas -sin perjuicio que existan golpes de Estado post-modernos que no necesariamente, por lo menos explícitamente, acudan a dicha variable fáctica- y que los constructos normativos de los códigos penales occidentales llegan a contemplar en las diversas hipótesis de rebelión, es así la respuesta de lo fáctico que se sobrepone al derecho. Los rebeldes que triunfan se auto legitiman, a extramuros del sistema jurídico constitucional, al tomar el poder político y controlar las instituciones del Estado y redistribuir el poder, que cuando gozan del apoyo popular o de las fuerzas económicas dominantes aseguran longevidad, no existiendo

posibilidad para que desde la practicidad fiscal o judicial pueda restablecerse el orden jurídico violentado; practicidad que es copada y alienada según los objetivos de los rebeldes triunfantes.

Son modelos expresivos de una profusa casuística acontecida durante el siglo XX los casos de Fidel Castro Rus en Cuba (1959-2008) y Alfredo Stroessner Matiauda (1954-1989) en Paraguay las más largas dictaduras de América Latina, la primera por 49 años a nombre del pueblo, la segunda por 34 años asegurando el poder de la burguesía mercantilista y la clase agraria terrateniente, al igual que el ciclo de sucesivos gobiernos (7 reelecciones) de Porfirio Díaz Mori (1876-1911) en México, que comenzara con el golpe de Estado contra el presidente Sebastián Lerdo de Tejada, sucesor de Benito Juárez. Los tres irrumpieron de manera exitosa, ya con el proceso revolucionario cubano (liderado entre otros por Fidel Castro) o mediante golpes de Estado, que se legitimaron por sí mismos o acudieron al juego democrático bajo control político acompañado de cruentas represiones a los opositores (el caso de Stroessner en Paraguay y Porfirio Díaz en México, ambos sacados del poder mediante un golpe de Estado el primero y la movilización social, el segundo, liderada por Pancho Villa, Pascual Orozco y Francisco Madero). Dictaduras que convirtieron en mera simbología formal y letra muerta las tipificaciones del Código Penal que regulan los delitos de rebelión. Ya más cercanos, los golpes de Estado de las juntas militares presididas por los generales Augusto Pinochet (1973) y Rafael Videla (1975) grafican igualmente dicha constante.

Cuando la rebelión fracasa, en rigor, recién adquiere los perfiles políticos punitivos, sin importar que haya estado orientada a terminar con dictaduras o regímenes totalitarios de derecha o izquierda o su orientación haya supuesto el restablecimiento del establishment conservador quebrado o alterado con el ascenso al poder de líderes y fuerzas carismáticas generalmente o históricamente excluidas del ejercicio del poder político. Es aquí donde se aprecia el activismo judicial y fiscal que en tanto instituciones públicas actúan en defensa del Estado, el *estatu quo* y el poder constituido.

El grupo (o grupos) político que detenta el poder conseguido por elecciones populares o por vía de facto, que controla los procesos de rebelión -pues quien irrumpió al poder mediante las vías de hecho puede ser igualmente objeto de golpes de Estado ulteriores fallidos o no (la historia de América Latina del siglo XIX especialmente ilustrativa al respecto), someterá a los “rebeldes” a las sanciones del Código penal o acrecentará dichos

rigores punitivos, contemplados en sus tipologías legales, con desprecio del principio de legalidad que proscribe aplicar normas retroactivamente.

En suma, el delito de rebelión exhibe una permeabilidad de uso jurídico penal directamente entroncado con el golpe de Estado, sin ser necesariamente lo mismo ni hallarse en las antípodas, en una tesitura que los hace igualmente argumentables por gobiernos democráticos, por dictaduras y gobiernos totalitarios para perseguir punitivamente a los opositores de las formas políticas dominantes (gobierno democrático o dictaduras, régimen constitucional o gobiernos de facto).

GOLPE DE ESTADO, DELITO DE REBELIÓN Y DERECHO A LA RESISTENCIA

Nada más preciso para graficar la noción de rompimiento del sistema democrático o, mejor aún, del Estado Constitucional de Derecho que la idea política del “golpe de Estado” (*les coups d'état*. Frase propuesta y universalizada a partir de él por el erudito, filósofo y bibliotecario francés Gabriel Naudé en 1639). Noción política de enorme importancia, pese al descuido que registra su estudio académico y que ha dado cuenta de concentrados e intensos periodos de vida de las sociedades premodernas, modernas e incluso contemporáneas, con cierta tendencia, por cierto, a su disminución en la actualidad, o a la presencia recurrente de modalidades sofisticadas con particulares expresiones de golpes de Estado de baja intensidad y expresividad, seudo golpes o aparentes golpes de Estado (denominados golpes de mano) que no llegan a afectar la viabilidad del *establishment* político-social. Por eso acierta Cecilia Lesgart cuando categoriza que estamos ante un concepto político fundamental de la teoría política moderna que es a la vez un término de uso corriente (Cecilia Lesgart: 2019, p. 166) que con cierta cotidianeidad aparece impreso en los principales periódicos del mundo y que incluso acusa un uso argumentativo para el combate interpretativo-discursivo entre contendores políticos.

Históricamente da cuenta de una evolución bastante heterogénea, que se inicia con la noción que la identifica (en el Imperio Romano) con el desplazamiento violento de personas pertenecientes al patriciado con posibilidades de hacerle sombra o suceder al emperador; pasando por la de “razón de estado” en la época del *Ancien Régime* e incluso en el período de la revolución francesa, que autorizaba y legitimaba en nombre del Estado a adoptar cambios radicales y violentos con violación de las reglas

políticas y jurídicas preestablecidas; en ambos casos desde las entrañas del poder ya constituido; hasta llegar a los tradicionales golpes llevados por militares que le hace decir a Carlos Barbe, que a comienzos de los años 70 del siglo XX más de la mitad de países del mundo tiene gobiernos surgidos de golpes de estado exitosos (Barbe: 1988, p. 724). Cuando los militares programan y controlan directamente los golpes de estado se produce un cambio significativo en la semántica de dicha noción política, pues aquéllos se han constituido en actores y autores desde fuera del núcleo del poder político, aunque por cierto desde la institucionalidad del poder en sentido amplio, dadas las conexiones que mantienen con los grupos (nativos o transnacionales) de poder económicos dominantes o que aspiran a hegemonizar dicho poder y que, generalmente, utilizan a las élites militares para sus intereses. Esta tercera variable dará cuenta de la mayoría de construcciones normativas contemporáneas del delito de rebelión que acude al alzamiento armado, por naturaleza violento y rápido, para construir la tipicidad de dicho delito. Contemporáneamente es usual referirse en el discurso político académico a golpes de baja intensidad que dan cuenta de reacomodos o desplazamientos en la estructura del poder sin que se vean afectados el orden constitucional o la forma de gobierno (la caída del presidente Abdalá Bucarám en 1997 en Ecuador, por incapacidad mental, y de los presidentes Martín Vizcarra y Manuel Merino de Lama en el Perú de 2020, por incapacidad moral el primero y renuncia forzada el segundo), por lo mismo sin hacer uso -por lo menos abiertamente- de la fuerza militar, que permanece inactiva pero expectante en un ambiente de tensa inestabilidad política. Esta heterogeneidad de golpes de Estado ha permitido la creación del término *golpismo* y *neo golpismo*, en tanto fenómeno político-social que incluso explora el papel y la personalidad de los titulares de los golpes de estado y la ideologización efectuada para crear el mito del salvador o del hombre mesiánico en torno al titular o caudillo que personifica el golpe (al respecto véase Juan A. Beranger: 2011, p. 63).

Ya en el terreno del alzamiento armado con implicancias políticas cabe precisar que el golpe de estado será eficaz si tiene el compromiso y la voluntad de rebelión contra el orden preestablecido de parte de los mandos militares, sin los cuales la rebelión o el golpe podría ser ilusorio. De modo que la toma ilegal del poder político, sin el concurso activo o pasivo de las fuerzas armadas, en rigor difícilmente puede reputarse como un golpe de Estado -por lo menos en su sentido tradicional, en tal caso hablaremos

de una modalidad de revolución o de movimiento subversivo, los que por definición buscan destruir la base estructural militar que garantiza la estabilidad de los estados democráticos burgueses y también de los que integran el denominado socialismo real. Situación que sin embargo se relativiza, actualmente, con formas más sutiles y contemporáneas de golpes de Estado que solo requieren de la inmovilización o ritualismo de los cuerpos armados.

El golpe de Estado exitoso que accede al poder político y trae consigo un programa ambicioso de cambio (tal por ejemplo en el Perú, el de la Junta Militar liderada por el general Velasco Alvarado (1968-1975), desmontado por el gobierno del general Morales Bermúdez (golpe de Estado intra militar de 1975-1980), quiebra el orden anterior para abrir uno nuevo o con apariencia de novedad, crea su propia legalidad y juridicidad y recrea sus limitaciones o visos de continuidad. En efecto, no es posible hacer perpetuo un régimen nacido de un golpe de Estado, pero sin embargo puede validar ultra activamente sus actos jurídicos y políticos dependiendo de su éxito y legitimación social. El régimen del denominado Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, pese a movilizar con relativo éxito a los sectores sociales de base popular, rodearse de una fraseología ideológica cara a las tendencias de izquierda socialista, agotó el proyecto autoritario de cambio desde arriba y demostró las escasas posibilidades de tener éxito - a largo alcance- en la modernización del Estado en una sociedad multicultural lastrado por antípodas y problemas de precarización múltiple. Desde una perspectiva distinta el golpe de Estado desde el poder constituido legalmente -vía elecciones generales- escenificado por Alberto Fujimori con el apoyo de las Fuerzas Armadas (abril de 1992), contra el Congreso de la República y otros centros de poder, para totalizar el control del Estado, pautado por las recetas del neoliberalismo -al abrirse la economía al capital extranjero- a diferencia del ejemplo del militarismo velasquista donde se trató de industrializar determinados sectores de la economía y modernizar el agro, supondría un apreciable éxito macroeconómico para afirmar y consolidar las bases de una economía abierta y de marcados contrastes sociales, más allá de sus elevadas cuotas de corrupción y guerra sucia en la lucha contra el terrorismo y la subversión.

El golpe de Estado, en tanto modo violento e ilegal de asalto o acceso al poder político, generalmente desde el interior del poder -por grupos disidentes o aliados en actos de traición- se caracteriza por la clandestinidad

de su concepción, rapidez en su ejecución y la menor o mayor violencia en su realización, que -salvo excepciones- requiere del concurso decisivo de la fuerza militar para superar las circunstancias de aleatoriedad y riesgos que suelen rodearla. Obedece generalmente a tensas relaciones y contradicciones concretas en las estructuras de poder y en la sociedad que no encuentran salidas rápidas mediante los mecanismos democráticos previstos para solucionar conflictos políticos. Golpe que puede ser liderado por militares o civiles, ser exitoso o fracasar, que puede llegar a ser instrumentalizado por intereses geopolíticos de mayor alcance desde los ejes de dominación mundial o que puede esconder turbios intereses pro corrupción, y que se diferencia de los procesos revolucionarios (más allá de que ambos busquen la conquista del poder político), en tanto estos si bien (en determinados casos) pueden iniciarse con un golpe de estado tienen sin embargo un sentido histórico ideológico práctico de mayor alcance temporal sustentado en su finalidad de cambios estructurales para modernizar las sociedades o para atarlas a ideologías decadentes de izquierda o de derecha con el consiguiente fracaso en perspectiva de futuro (la toma del poder por los bolcheviques rusos en 1917 o de las tropas del ejército popular de Mao Zedong en 1949, en este caso con el cambio de timón o golpe de estado incruento de Deng Xiaoping en 1976, que reorientó el desarrollo de la economía china hacia un capitalismo dirigido desde el partido "comunista").

El golpe de Estado, en tanto acceso violento y rápido, que copa las instituciones y estructuras de poder, no precisa como señala Gonzales Calleja del apoyo de las masas populares (Gonzales Calleja: 2000, p. 91), pero si requiere necesariamente sustentarse en bases de poder que generalmente se encuentran detrás del golpe. Ello sin perjuicio que reciba tal apoyo popular o para tal cometido ideologice a dichos sectores de la sociedad civil en función a dicha adhesión. Se diferencia igualmente de otros fenómenos violentos dirigidos a la conquista del poder del Estado, esto es, de las acciones terroristas, de la guerra de guerrillas y la guerra civil, por naturaleza visibles y no conspirativas.

Entre golpe de Estado y delito de Rebelión, como queda evidenciado, existen nexos de conexión en semejanzas y diferencias en lo semántico, jurídico y práctico. En lo semántico dan cuenta de una misma realidad de ilegalidad expresado por el corte o quiebre (o tentativa) con el orden constitucional o legal preconstituido, al que se sobreponen, desplazan o

reforman. En lo jurídico, obedecen a superestructuras diferentes, política el primero, que usurpa competencias; jurídico punitivo el segundo, para el cual de fracasar el golpe activa las instancias fiscales y judiciales. En el escenario práctico solo habrá rebelión, esto es, delito de rebelión, si el golpe de estado fracasa o no garantiza su continuidad y no obtiene posteriormente legitimización social.

El derecho de resistencia y desobediencia civil ante gobiernos dictatoriales o tiránicos o que devinieron tales, contemplado en numerosas cartas fundamentales (en el Perú, el artículo 307 de la Constitución de 1979, autorizaba a todo ciudadano investido o no de autoridad a colaborar con el restablecimiento de la Constitución dejada sin efecto por actos de fuerza; en la Argentina, el artículo 36 de su Constitución precisa que todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren actos de fuerza contra el orden institucional y democrático) pone sobre el tapete del análisis las posibilidades de una desobediencia y resistencia activa, esto es, una situación extrema de uso de fuerza y violencia (que configuraría una singular especie de golpe de estado legitimado constitucionalmente) restauradora del vigor de la Constitución Política y por lo mismo del orden democrático quebrantado por el golpe de estado. Asunto debatible que tensa las relaciones entre derecho y violencia y que desde el ámbito del constitucionalismo coloca bajo capacidad de rendimiento el tema de la legitimidad de las vías violentas para restaurar el orden constitucional quebrantado, o como diría Tomás de Aquino el último recurso contra la tiranía del gobernante (citado por Eloísa Avellaneda y Luis Salamanca: p. 53). Es significativa la posición que asumió la iglesia cristiana sobre la legitimidad de la rebelión, en una época en la que se encontró por siglos en conflicto con el poder seglar de reyes y príncipes y que en palabras de Gonzales Llamas, se expresa del siguiente modo: la continua confrontación entre ambos estamentos llevó a que, especialmente desde la iglesia, se propusieran argumentos que permitían a un pueblo rebelarse contra la autoridad dentro de un marco legítimo. Por ejemplo, San Agustín propuso la "doctrina de la guerra justa", en la que defendió la legitimidad de rebelarse a una autoridad abusiva. En realidad, en esta época el conflicto entre la razón de Estado y la razón de la iglesia produjo un gran número de actos de rebeldía hacia una y otra organización, justificadas en ideologías de corte milenarista, que habitualmente conjugaban preceptos religiosos e intereses políticos (Andrés Gonzales Llamas: 2004, p. 1183).

Es particularmente expresivo, al respecto, el artículo 46 de la Constitución Política de 1993, actualmente vigente, cuando su texto normativo indica "Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y las leyes. La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional...". A diferencia del deber de colaborar con el restablecimiento de la Constitución, que dispone la Constitución de 1979, la carta de 1993 le otorga el derecho-deber de insurgencia a todo ciudadano, con lo que queda a la reflexión si ello legitima el derecho de rebelión contra gobiernos de facto usurpadores, dentro de los cuales se encuentran los golpes de estado, por definición y naturaleza ilegales. Por cierto, desobediencia, protesta social, resistencia pasiva-activa, insurgencia y rebelión no deslegitimada jurídicamente constituyen tópicos político-académicos que requieren un mayor tratamiento que rebasa los alcances de este artículo.

EL DELITO DE REBELIÓN

Rebelión es un término que tiene variados usos de significación no necesariamente desvalorados. En el Diccionario de la Lengua Española se encuentra una acepción jurídica centrada en la noción de "delito contra el orden público penado por la ley ordinaria y por la militar consistente en el levantamiento público y en cierta hostilidad contra los poderes del Estado, con el fin de derrocarlos". No obstante, esta reducción de su significado, el término rebelión posee mayores alcances que el registrado por la Real Academia Español.

En efecto, las posibilidades de sentido cognitivo-comunicativo del mapa conceptual de la rebelión, comprende escenarios sociales, religiosos, militares y políticos, cada uno con campos semánticos que observan particularidades. Por ejemplo en el ámbito social, anota Merton que de las cuatro conductas divergentes que se aprecian en toda sociedad, con mayor fuerza en las culturas que priorizan y premian el éxito financiero (innovación, ritualismo, retrainamiento y rebelión), esta última está caracterizada por el conflicto entre los valores culturalmente aceptados y las dificultades socialmente estructuradas para vivir de acuerdo con dichos valores, lo que ejerce presión sobre la conducta divergente y la destrucción del sistema normativo (Robert Merton: 1987, p. 271). En el campo religioso, rebelión es sinónimo de apartamiento de la fe, ataque a las creencias aceptadas en

los libros sagrados, en suma, de apostasía. En el ámbito jurídico procesal rebelde es quien teniendo conocimiento del proceso no comparece a él.

El rebelde, en sentido coloquial, y no por ello por fuera de su núcleo duro de significación, es quien opone resistencia activa y ataca las bases de una creencia o los contenidos de la norma, es así el iconoclasta, el que no acata disposiciones o estándares de comportamiento a los que considera injustos o arbitrarios. Obsérvese las posibilidades de aplicación del concepto con base a estos sentidos posibles de interpretación tanto para crear escenarios de creatividad o superar los estrechos límites de sentido negativo y hasta delictivo que se le ha otorgado al término (en tal orientación, el que le asigna la Academia de Lengua Española), para efectos de liberarlo de su sentido peyorativo y proyectarlos hacia escenarios de innovación y mejora.

Rebelión, proviene del latín *Rebellio* derivado de *Bellum*, sinónimo de guerra, combate. Resulta valiosa la definición que de dicho vocablo nos dan Baselda y Urquijo: “La rebelión en contraste con la revolución, connota una resistencia violenta a la autoridad establecida por un grupo de la población, que de triunfar puede acabar en revolución. El carácter más local y aislado de la rebelión facilita a los poderes establecidos su control, lo que hace que en su acepción histórica, las rebeliones que no fueron a más, connoten la idea de fracaso. La rebelión para triunfar necesita el apoyo de la masa de la población, sin el que difícilmente puede triunfar” (Eduardo Baselda / Soledad Urquijo: 1974, p. 80). Se establece aquí una inteligente diferencia entre golpe de estado y rebelión, signada por la mayor generalidad de esta última no caracterizada necesariamente por la idea conspirativa que forma parte intrínseca del golpe de estado; asimismo la rebelión puede dar cuenta de un marco más amplio de titulares no solamente de quienes componen parte de la estructura de poder como sucede usualmente con quienes capitalizan el golpe.

Históricamente, la rebelión como fenómeno político social ha cubierto amplios campos de oposición a la autoridad constituida, no necesariamente para producir cambios en la sociedad o en la concepción del orden preestablecido, lo que marca su diferencia con la revolución. Del mismo modo, históricamente, la rebelión como ilícito, esto es, en su significado jurídico penal siempre estuvo asociado al denominado delito político, el mismo que posee una mención penal interna y otra de derecho penal internacional. En lo primero fue vinculado, en un inicio, a una variedad de delito de lesa

majestad (que en tanto *crimen maiestatis* identifica la ofensa al príncipe con la del Estado), por lo que fue objeto de penas extremas (muerte, destierro, etc) de las que dan cuenta los antiguos códigos punitivos previos a las codificaciones europeas y sobre los cuales, periodificando el lapso transcurrido entre el imperio romano y 1786, Carrara (1805-1888) llamó terrible por apoyarse en millones de cadáveres y *fantasmagórico*, porque su designio era sustituir con los fantasmas del miedo y con principios excepcionales y feroces los preceptos de la justicia (Francesco Carrara: 1982, parágrafo 3918, p. 514). Este primer periodo de un derecho pre liberal y bárbaro en el cual las razones del emperador o del principado y de los gérmenes de Estado primaron sobre los del ciudadano, con una crueldad sin límite, cuando de delitos políticos se trataba, termina cuando los delitos contra las razones de Estado (traición, espionaje, rebelión, entre otros) cambian de naturaleza para ser considerados Delitos contra la Seguridad del Estado, más a tono con los logros del iluminismo y la ilustración que se orientó por la supresión de la pena de muerte, las penas infamantes y la incorporación de algunos derechos del procesado. La mención de Derecho Penal Internacional ya de corte más contemporáneo protegerá al infractor político (derecho de asilo y exclusión de extradición) y rodeará a dicho delito de una serie de caracterizaciones que justificaban el derecho a disentir en materia de razones políticas, en una suerte de normativización y racionalización de las diferencias propias en sociedades democráticas.

La noción de delito político (para un estudio de la evolución doctrinario legal de dicho concepto Juan Carballa: 1951, p. 23 a 32) que sustituyó al del *crimen maiestatis* siempre ha sido debatible (que llevó incluso a Carrara a desistir su estudio técnico, al final de su clásico Programa de Derecho Criminal, por considerarlo indefinible conceptualmente y poco útil en su normativización) y difícil de definir en sus contenidos y contornos diferenciadores de los delitos de infracción de deber, más allá de sus ventajas técnicas y jurídicas, en suma históricas, al cambiar la óptica de la ilicitud contra el príncipe-personificación del Estado y sustituir las por las conductas contra el Estado como organización política, desacralizando su injusto y ofreciendo, mediante los constructos normativos de los actuales códigos, penas más benignas, no obstante que la protección al monarca o presidente siga presente en los códigos decimonónicos y del siglo XX.

Eusebio Gómez, disintiendo de la tesis de Carrara, llega a decir que: La relatividad del delito político, en que ella se funda, -y que desde luego

nadie podría negar- no se opone a la consideración científica del fenómeno, ya en su aspecto sociológico ya en su aspecto jurídico. Si el delito político, no obstante la nobleza del fin que persigue o del móvil que lo determina, turba la paz pública y lesiona las condiciones de subsistencia de una determinada organización institucional, no ha debido escapar a las previsiones del derecho positivo; y si, por igual razón quienes ejercitan el poder público hállanse precisados a oponerle, como defensa, el rigor de las sanciones estatuidas por la ley, las especulaciones del criminalista no pueden juzgarse tan inútiles como lo juzgaba Carrara (Eusebio Gómez: 1933. p. 18-19). Gómez nos da la siguiente conceptualización objetiva de los delitos políticos: aquellos que, bajo distintas denominaciones, aparecen previstos y reprimidos por las leyes en salvaguarda de las condiciones de existencia del Estado como organismo político (la rebelión y la sedición). Subjetivamente, son delitos político-sociales aquellos cometidos exclusivamente por motivos políticos o de interés colectivo

Delito político resulta así aquella modalidad de ilícitos penales que violenta las bases del sistema constitucional, mediante ataques desde dentro de la estructura del estado o desde fuera, por *intraneus* o por *extraneus*, con la finalidad de sustituir el orden constitucional o el gobierno. No es en rigor un delito de infracción de deber, ya que en el supuesto que lo cometan funcionarios o servidores públicos la conducta del rebelde no forma parte de las atribuciones propias del cargo o empleo ni supone una desviación o exceso arbitrario del mismo, al obedecer a un esquema de comportamientos declarada y abiertamente contrario al que deben observar por definición y contenidos de competencia los sujetos públicos. Por lo mismo tiene marcadas diferencias con los delitos contra la Administración Pública, ya sea que el autor se trate de un funcionario o particular, dado que aquí se protege, en sentido amplio, la correcta marcha de las funciones y servicios públicos, no los poderes del Estado o en sentido estricto el orden constitucional. Incluso cuando el delito es cometido por particulares contra la administración pública, por ejemplo, en el caso de la desobediencia-resistencia a la autoridad o mediante la obstaculización del ejercicio funcional, el centro de la atención criminalizadora y el ámbito de protección no está pensado en las instituciones o estructuras del poder sino en la funcionalidad de los servicios y funciones públicas.

SIMILITUDES Y DIFERENCIAS DEL DELITO DE REBELIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

El delito de rebelión recogido en el artículo 346 del Código penal nacional (*El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer el gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez años ni mayor de 20 años*) no es esencialmente diferente del regulado en otros códigos occidentales, más allá de la mayor diversidad casuística de hipótesis contenidas en los modelos comparados.

Tomando como referentes solo dos legislaciones extranjeras tenemos: en el Código penal argentino (*art 226: Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación.... Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana ...la pena será de 8 a 25 años*). En el Código penal español (*art. 472: Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 1. derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución, 2. Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas al Rey o a la Reyna3. Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos, 4. Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado...,5, Declarar la independencia de una parte del territorio nacional, 6. Sustituir por otro el gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, 7. Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia de Gobierno*).

La actual redacción argentina del delito de rebelión (art. 226 del Código penal), ampliamente modificada en el año 1984 (por Ley 23077), tras el retorno a la vida democrática y el amplio debate que se dio para el enjuiciamiento a los altos mandos de las juntas militares acusados de haber cometido delitos de lesa humanidad en el periodo 1976-1982, se destaca por haber incorporado como objeto de protección, en la lógica del delito de rebelión, la abrogación de los derechos fundamentales de la persona humana, lo que constituye toda una innovación legislativa y una disposición de avanzada en el aseguramiento de los derechos ciudadanos.

Al igual en el código penal español destaca la enfática protección del Rey o la Reyna, fuera de lo cual, con alguna otra particularidad, se establecen notables similitudes comprensivas con el diseño nacional del delito de Rebelión. En efecto, en el ámbito nacional de tipicidad destacan el alzamiento armado, la finalidad de cambio de la Constitución y/o del gobierno, en suma, del sistema democrático de gobierno. Constantes que configuran el denominado núcleo duro de dicho delito.

CARACTERÍSTICAS HISTÓRICAS, LEGISLATIVAS Y GENERALES DEL DELITO DE REBELIÓN

1. El Código Penal peruano de 1991 posee un tipo penal de rebelión (art.345) que guarda línea de continuidad con los regulados en el Código penal de 1924 (art. 302) y el Código penal de 1863 (art.127)
2. A diferencia del Código penal de 1924, la fórmula legal actualmente vigente ha concentrado en tres los objetos jurídicos legales de protección: la forma de gobierno, el gobierno legamente constituido y el régimen constitucional. El artículo 302 del Código de 1924, al igual que el artículo 127 del Código de 1864, siguiendo el diseño legal español regulaba: arrancar al gobierno alguna medida o concesión, impedir la reunión del congreso o disolverlo, reformar las instituciones por medios violentos, impedir que las cámaras funcionen libremente, sustraer a la obediencia del gobierno algún departamento o provincia o parte de la fuerza armada terrestre, naval o aérea.
3. A diferencia del Código penal de 1863, el diseño actual vigente del delito de rebelión no establece agravantes-atenuantes en función a la calidad de los autores/participes: promotores, organizadores, dirigentes/caudillos de tropa o buques; quienes suministran armas, contribuciones; empujados inferiores, quienes emiten edictos, pastoral o sermón incitando al pueblo a unirse a los rebeldes.
4. El modelo nacional de rebelión, no admite expresamente formas decriminalizadoras o de exención de pena (España Art. 480) para quien revele a tiempo la puesta en práctica de los actos de rebelión o quienes depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas.
5. Entre golpe de Estado y delito de rebelión existe una relación asimétrica, en tanto solo se activará el delito de fracasar el golpe.

6. El modelo nacional no criminaliza la provocación y proposición para cometer delito de rebelión, si penaliza los actos de conspiración.
7. El tipo penal 345, es un delito de peligro concreto con resultados verificable con la puesta en escena de la acción de alzamiento armado con las finalidades previstas en el tipo penal.
8. Es un tipo comisivo de coautoría o autoría amplia, que admite actos de complicidad e instigación
9. Requiere de aportes múltiples o plurisubjetivos, al tratarse de un delito colectivo que admite relativos niveles de organización, sin que ello suponga la presencia de estructuras organizativas.
10. Su conducta típica presupone una abierta hostilidad al gobierno legalmente constituido y al orden constitucional, llevada a cabo mediante actos públicos y notorios que marca una clara diferencia con sus actos internos de programación y planificación que son clandestinos o generalmente secretos y que atañen el ámbito de significación del delito de conspiración.
11. La norma penal vigente no precisa un número determinado de personas, es más, antitécnicamente emplea la frase “el que se alza en armas”, la que fija una pauta de interpretación que podría ser desatinada, al considerarse que una única persona tendría idoneidad para ejecutar/consumar el delito de rebelión. Sin embargo, por la naturaleza colectiva del delito, su configuración plurisubjetiva estará determinada por la finalidad buscada por los rebeldes.
12. No requiere de una participación tumultuosa o masiva ni de la adhesión de sectores populares.
13. No forma parte del delito de rebelión el uso de estratagemas o ardides como modalidad de conducta o como acciones complementarias.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Por la ubicación legislativa y los componentes de tipicidad objetiva del tipo penal 346, en tanto modalidad de delito contra los poderes del Estado y el Orden constitucional, junto a la sedición y motín, lo que se halla en juego es la estructuración, estabilidad y viabilidad de los poderes del Estado y orden constitucional. Esto es, el objeto jurídico de protección contenido en el delito de rebelión está representado por el aseguramiento

de las bases constitucionales del Estado peruano y la forma de gobierno establecida por dicha Constitución. La norma penal busca así tutelar un bien jurídico institucional del máximo nivel en tanto garantía de vida democrática.

En la doctrina argentina, Gustavo Aboso, puntualiza que se trata de delitos que atacan a la Nación como personalidad política, lesionando las bases fundamentales de su organización gubernamental, en su existencia, integridad, formación u orden, implicando el ejercicio de la soberanía del pueblo en una medida vedada por la Constitución, siendo el orden constitucional y la vida democrática el bien jurídico protegido. Décadas atrás Cuello Calón, señalaba que con el delito de rebelión, y otros comprendidos en el rubro delitos contra el orden público, se trata de proteger el normal funcionamiento de los poderes fundamentales de la nación (Eugenio Cuello Calón: 1936, p. 123). Más modernamente, Morillas Cueva, es del parecer que el bien jurídico protegido es la propia constitución, la defensa de la Constitución (Lorenzo Morrrillas Cueva: 2016, p. 1249). Juan Sandoval, en una detallada monografía que explora, detalla y analiza las diversas posiciones de la doctrina española sobre el bien jurídico del delito de rebelión, precisa que se trata de la defensa de la Constitución, del ordenamiento constitucional democrático en su totalidad (Juan Carlos Sandoval: 2013. p.242). Carpio Briz, opina que el bien jurídico es el orden político-constitucional democrático, esto es, el conjunto de instituciones constitucionales democráticas e intereses fundamentales del Estado que constituyen las bases del sistema jurídico y político (David Carpio Briz: 2015, p. 1561).

LOS COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El diseño peruano del tipo penal de Rebelión se halla configurado en su tipicidad objetiva por los siguientes componentes: (i) Sujeto activo indeterminado: El que, (ii) Modalidad de la conducta: se alza en armas, (III) Finalidad del comportamiento rebelde: para variar la forma de gobierno, deponer el gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional.

El sujeto activo: autor o coautores del delito de rebelión. Al no ser el tipo penal uno cuya naturaleza se corresponde con un delito de infracción de deber o especial propio, autor o coautor puede ser cualquier persona: particulares, sujetos públicos o ambos. Bastará que se encuentren en la posibilidad objetiva y capacidad de alzarse en armas. En efecto, la naturaleza

plurisubjetiva de la rebelión da cuenta de un conjunto de personas que mediante acciones conspirativas y coordinadas de levantamiento llegan a afectar el bien jurídico protegido de naturaleza macro institucional (el gobierno legalmente constituido o el orden constitucional), lo cual habilita imputar el delito en calidad de coautores a quienes tiene el dominio de las acciones de levantamiento armado. La coautoría admite una coautoría básica o nuclear como otra sucesiva o devenida.

La posibilidad de partícipes (instigadores y cómplices), constituye igualmente un título de imputación que puede concurrir en las acciones previas (instigador o cómplice primario) o ejecución (cómplice secundario) de la conducta de alzarse en armas con las finalidades ya indicadas. Será instigador o determinador quien sin participar en actos de conspiración forma la voluntad en los ejecutores materiales (autores o coautores) de alzarse en armas para afectar el bien jurídico institucional, siempre que dicha formación del dolo para cometer rebelión se haya producido en fase anterior a la ejecución delictiva y el instigador no intervenga en el alzamiento armado, pues en tal caso su ulterior aporte absorberá al de la instigación para constituir coautoría. El tipo penal 350 ha normativizado una modalidad específica de instigación en función a quien seduce a tropas para la comisión, entre otros ilícitos, del delito de rebelión.

El cómplice primario es quien, por ejemplo, proporciona las armas, pero no interviene en las acciones de alzamiento armado, o quien financia la rebelión. Cómplice secundario, es toda persona que da aportes o contribuciones o ayudas secundarias en cualquier momento del proceso ejecutivo del delito, sin que tenga control o dominio del suceso criminal.

La posibilidad que el tipo penal de rebelión se satisfaga con la presencia de un único autor, quien se alza en armas y que tal hecho admita suficiencia típica para afectar el bien jurídico debe ser respondida negativamente. Esta caracterización colectiva de la autoría se halla prevista expresamente en el artículo 60 del Código penal militar policial: "el militar o policía que se levante en armas y en grupo" (artículo declarado inconstitucional), como igualmente en el artículo 61 que criminaliza y reprime el delito de sedición en el ámbito militar-policial.

En la medida que se trata, por definición, de un delito colectivo no será suficiente que el autor sea una única persona para articular tipicidad objetiva. Alzarse en armas emite un efecto comunicativo de alzamiento

realizado públicamente, cuya naturaleza inicial al ser conspirativa descarta ya, de otro lado, la autoconspiración como medio para llegar a los hechos concretos del delito de rebelión.

La posibilidad de comportamientos omisivos (autoría omisiva) no está normativizada en el tipo penal 345, sin embargo, el artículo 351 contempla como conducta criminalizada en calidad de omisión propia la de los funcionarios o servidores públicos que no opongan resistencia a una rebelión, sedición o motín, pudiendo hacerlo. La pena en tal caso es no mayor de 4 años de privación de libertad. Destaca en esta redacción el componente objetivo de la posibilidad de llevar a cabo actos de resistencia a la acción de los rebeldes, lo cual exigirá la puesta en práctica de parte del analista, de un análisis *ex ante*, no solo *ex post*.

“El que se alza en armas

Alzarse es una declinación del verbo “Alzar”, sinónimo de levantar, mover hacia arriba, de sublevar. La legislación nacional, desde el Código de 1864 (art. 127), ha utilizado dicho verbo, que se mantuvo en el código de 1924 y se aprecia igualmente regulado con el actual vigente. Se observa aquí un matiz secundario de diferencia de uso con el artículo 472 del *Código español* que emplea la declinación “alzarse”, el artículo 121 del Código penal chileno que alude a “alzarse a mano armada”, el artículo 226 del *código penal argentino* “los que se alzaren en armas”. Con otra terminología que connota la conducta típica el artículo 467 del *Código penal colombiano* ha preferido una terminología más directa: los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, suprimir o modificar el régimen constitucional. En la misma orientación el artículo 325 del Código penal portugués alude a “quien por medio de violencia o amenaza intenta alterar, destruir o subvertir el Estado de derecho constitucionalmente establecido. Por su parte el artículo 336 del *Código Orgánico Integral ecuatoriano* en una concepción más amplia y genérica se refiere a la persona que se alce o realice acciones violentas. Idéntica regulación singular mantiene el artículo 265 del *Código penal suizo*: el que haya cometido un acto tendiente a modificar por medio de violencia la Constitución o la de un Cantón, derrocar por violencia a las autoridades políticas establecidas por la Constitución (...).

Alzarse en armas, constituye una acción instrumental que viabiliza las posibilidades de éxito de las finalidades de los rebeldes, representa

un componente insustituible e indesligable de la conducta típica. Alzar o Alzarse en suma dan un mismo significado comunicativo, caracterizado por la conducta de levantamiento armado (por naturaleza violento), la sublevación o insurrección contra el gobierno constituido y/o el orden constitucional preestablecido. Se trata de actos grupales, colectivos, mínimamente organizados que superan la simple desobediencia, protesta o resistencia para pasar a constituir comportamientos de respuestas violentas enérgicas comisivas e ilegales contra la autoridad legalmente establecida o el régimen político al cual se desconoce y pretende sustituir. Acciones que han rebasado ya su origen clandestino conspirativo para constituirse en comportamientos públicos ilegales que pasan a conocimiento no solo de los titulares afectados sino de la colectividad. Cabe resaltar que aquí la legislación nacional establece un matiz de diferencia entre rebelión y sedición, según el cual la acción de alzarse en armas no es para desconocer y sustituir sino únicamente para impedir u obstaculizar el funcionamiento de las instituciones y sus funcionarios, evitar el cumplimiento de las leyes y resoluciones o impedir las elecciones generales, parlamentarias, regionales o locales. *Minus* de injusto penal que explica la menor sanción punitiva del delito de sedición.

Es característica del alzamiento armado el tratarse de una acción violenta y pública, donde la violencia comprende la fuerza sobre las cosas y personas como la intimidación o acciones de amenaza de las que hagan uso los rebeldes, y, como afirma Morillas Cueva dicho alzamiento debe ser abierto, exteriorizado perceptible, patente y manifiesto (Lorenzo Morillas Cueva: 2016. p. 1249)

Quien se alza lo hace con armas, no será suficiente el discurso o la convocatoria a levantarse o sublevarse. Las armas confieren la noción de violencia y peligro real para los objetos de tutela penal, pues facilitan la acción de los rebeldes, tomando en cuenta la dimensión y proporciones de gravedad del proyecto delictivo que entraña el delito de rebelión. La norma penal es explícita en este punto, no ha hecho recaer parte de la ilicitud en la violencia genérica, requiere de esta expresión modal de alzamiento en armas para que pueda cometerse el delito. Lo que no acceda o llegue a este nivel de desarrollo ejecutivo de delito o bien queda en grado de actos preparatorios o solo supondrá delito de conspiración para delinquir mediante rebelión (art.349 del C. P. El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín). Aboso,

agrega que el delito no requiere que sea necesariamente tumultuoso o que constituya un tumulto público, sí debe tratarse de una irrupción violenta con uso de la fuerza, ya que mientras ello no ocurra solo se configurara la conspiración no el delito de rebelión (Gustavo Aboso: 2018. p. 1292). En la misma orientación. Creus precisa que la irrupción violenta puede informarse en cualquier manifestación de fuerza que signifique hostilidad contra los poderes públicos nacionales (Carlos Creus: 2010. p. 187).

La circunstancia de alzarse en armas estará delimitada tanto por el compromiso efectivo que prestan los mandos militares o alguno de sus sectores- a los rebeldes -cuando no sean ellos quienes realizan por sí mismos la conducta típica requerida por el tipo penal 345-, como por el empleo de armas de parte de los insurrectos civiles, o mediante la combinación de ambos sujetos. El componente “armas” que califica el alzamiento es decisivo para articular el injusto del tipo penal de rebelión, a diferencia de otras legislaciones que acuden al termino violencia. Las armas son componente visible de la acción rebelde, las mismas que facilitan las finalidades del levantamiento violento. No será alzamiento armado si las armas están ocultas y no son utilizadas, sin embargo, en este terreno el criterio de la disponibilidad de las armas para ser utilizadas de ser necesario constituye un dato a valorar a efectos de ser tomado en cuenta al momento de analizar la tipicidad del hecho.

Cuando la norma penal alude al comportamiento de alzarse en armas, la naturaleza de las armas que ingresan al ámbito de tipicidad es un tema igualmente importante a tomar en cuenta. Histórica y sociológicamente las rebeliones, en tanto fenómeno jurídico político, se ha producido en el siglo XIX y XX con armas de fuego, como parte central del concepto, lo cual no resta que determinados rebeldes posean o utilicen otro tipo de armas con idoneidad ofensivo-material. En este punto, Luis Perez nos ofrece una opinión técnica de interés cuando precisa: Por armas no puede entenderse en este caso especial todas las cosas con que pueda causarse daño a la integridad física de las personas, como los garrotes, cuchillos o instrumentos de labranza. Estas podrán ser aptas para los atentados de hombre a hombre, pero carecen de idoneidad en la acción contra un gobierno o un sistema institucional. Para este efecto, armas son las de fuego, de cualquier potencialidad o alcance. Un concepto distinto sería irrisorio en nuestro tiempo, en que las autoridades están poderosamente dotadas de toda clase de instrumentos modernos de destrucción y en que

solo pueden ser derribadas por medios más o menos iguales a los que sirven para sostenerlas (Luis Carlos Perez: 1968, p. 132).

Dicha circunstancia modal de alzamiento en armas, no exige que efectivamente se produzcan muertos o heridos o daños a la propiedad u otros bienes jurídicos valiosos, esto es, que el uso de las armas se efective, bastara un uso potencial o latente que imprima su sello de eficacia admonitoria para conseguir los objetivos o doblegar probables resistencias. Sin embargo, no está excluida del tipo la violencia efectiva mediante el uso de las armas.

El que se alza en armas, en tanto sujeto colectivo, se subleva o insurrecciona contra el orden constitucional establecido, lo cual supone e incluye la forma de gobierno o su permanencia. En la jurisprudencia penal española, la Segunda Sala del Tribunal Supremo ha fijado los siguientes criterios doctrinarios, que resultan de interés, en una importante sentencia: "El riesgo a los bienes jurídicos ha de ser real y no una mera ensoñación del autor o un artificio engañoso creado para movilizar a unos ciudadanos" (STS 459/19 de 14-10); "No basta la constatación de indiscutibles hechos de violencia para proclamar que los hechos integran un delito de rebelión. Responder el juicio de tipicidad respondiendo con un monosílabo a la pregunta de si hubo o no violencia, supone incurrir en un reduccionismo analítico que esta Sala - por más que se haya extendido este discurso en otros ámbitos- no puede suscribir. La violencia tiene que ser una violencia instrumental, funcional, preordenada de forma directa, sin pasos intermedios, a los fines que animan la acción de los rebeldes. No solo hemos recordado la necesidad de que la violencia sea instrumental, preordenada a los fines del delito. Hemos dicho también que ha de ser funcional, debe haber violencia para lograr la secesión, no violencia para crear un clima o escenario en que se haga más viable una ulterior negociación" (STS 459/19, de 14-10).

TIPICIDAD SUBJETIVA

El delito al ser uno de finalidad específica exige de parte de los autores o coautores la presencia de dolo directo. Es decir, no será suficiente tener conocimiento y voluntad de estar incurso en actos de rebelión penalmente relevante, sino que igualmente supondrá de los autores la intención de quebrar el orden constitucional, sustituir la forma de gobierno o de los gobernantes.

CONSUMACIÓN DEL DELITO

La consumación del delito requiere la concurrencia de todos los componentes de tipicidad objetiva y subjetiva del tipo penal. Esto es, que se acredite, más allá de toda duda razonable la presencia de los autores o coautores (civiles y/o militares), que dolosamente se han alzado en armas (fase ejecutiva del delito) y cuya finalidad sea variar la forma de gobierno, deponer el gobierno legalmente constituido, o suprimir o modificar el régimen constitucional.

El tipo penal no exige que efectivamente se logren los propósitos delictivos de los agentes, para perfeccionar delito, al tratarse de un ilícito penal de peligro concreto.

El proceso ejecutivo del delito puede quedar en fase de tentativa o en grado de conspiración, supuesto para el cual será aplicable, por principio de especialidad el artículo 349 del Código penal.

No será posible consumir delito de rebelión, tampoco admitirá ejecución del mismo cuando los actos de alzamiento armado tienen como objetivo atentar contra un gobierno ilegal o de facto que ha usurpado el poder, esto es, integrado por civiles o militares que mediante vías de fuerza (golpe de estado) ilegalmente accedieron al poder. Es decir, la norma penal no se ha puesto en el supuesto de criminalizar delito de rebelión, protegiendo o brindando tutela penal a los rebeldes, esto es a quienes mediante acciones ilegales y violentas accedieron al poder. Hipótesis bastante complicada, en su practicidad, pues de fracasar dicha rebelión justificada, quienes detentan el poder ilegalmente harán recaer el *ius punendi* sobre quienes pretendieron restablecer el derecho mediante alzamiento armado. Supuesto en el cual se presentará una hipótesis de justificación que hará penalmente irrelevante la conducta, sin perjuicio de las consecuencias accesorias que de ello se deriven; muertes, lesiones, daños a la propiedad, atentados contra la libertad, etc.

Los actos de conspiración: coordinación, organización, planificación de acciones de alzamiento armado son inidóneas aún para configurar o ser considerados aportes o contribuciones ejecutivas del delito de Rebelión. Las conversaciones privadas de planes conspirativos y la provocación para delinquir se hallan en igualdad de tratamiento jurídico. La divulgación, por la *mas media* o públicamente de planes o decisiones de alzamiento armado

que cuenten con el compromiso de las fuerzas armadas o de sectores de las mismas, puede significar ya tentativa de delito.

La existencia del tipo penal de conspiración (artículo 149 del Código penal) será la norma punitiva a tomar en cuenta para hipótesis de adelantamiento de la punición.

LA PENALIDAD

El Código Penal peruano es uno de los cuerpos punitivos que más severamente castiga al delito de Rebelión: 10 a 20 años en su extremo superior. El tipo penal no posee circunstancias agravantes, como si acontece en otras legislaciones (Argentina, España, por ejemplo).

LITERATURA

- ABOSO, Gustavo Eduardo: 2018. Código penal de la República Argentina, Buenos Aires, IB de F.
- AMORES CARREDANO, Juan B (Coord): 2016. *Historia de América*, Barcelona, Ariel.
- AVELLANEDA, Eloísa/SALAMANCA, Luis: 2009. ¿El artículo 350: derecho de rebelión, derecho a la resistencia o derecho a la desobediencia civil?, en *Democracia y (des)obediencia*, Fernando M. Machado Pelloni/Santiago Martínez (coordinadores), Buenos Aires, Fabian Di Plácido editor.
- BARBE, Carlos: 1988. Golpe de estado, en *Diccionario de política*. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, Quinta edición en español, segunda en italiano México, Siglo XXI, Quinta edición en español).
- BASELGA, Eduardo/ URQUIJO: 1974. *Sociología y violencia*, Bilbao, Universidad de Deusto, Ediciones Mensajero.
- BERANGER, Juan A: 2011. Las rupturas políticas y e estado de derecho, en *Revista Jurídica Universidad Americana*, Vol. 2, noviembre 2011.
- CARBALLA, Juan B: 1951. *Delitos contra la patria*, Montevideo, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.
- CARPIO BRIZ, David: 2015. Delitos contra la Constitución, en *Comentarios al Código penal*, Mirentzu Corcoy Bidasolo/Santiago Mir Puig (Directores), Valencia, Tirant lo Blanch.
- CREUS, Carlos: 2007. *Derecho penal. Parte especial 2*, Buenos Aires, Editorial Astrea.
- CUELLO CALÓN: 1936. *Derecho penal, Tomo II (Parte Especial)*, Tercera edición, Barcelona, Bosch Casa Editorial.
- DI TELLA, Torcuato S: 1994. *Historia de los partidos políticos en América Latina*, siglo XX, México, Breviarios Fondo de Cultura Económica.

- GARCÍA CALDERÓN, Francisco: 2001. Las democracias latinas de América. Obras escogidas III, Lima, Fondo Editorial del Congreso de la República.
- GARCÍA NAVARRO, Eduard: 2020. Derecho Penal. Parte especial, Tomo I, Lima, Justicia.
- GOMEZ, Eusebio: 1933. Delincuencia político social, Buenos Aires, Librería Editorial La Facultad.
- GONZALES CALLEJA, Eduardo: 2000. En las tinieblas de Brumario; cuatro siglos de reflexión política sobre el golpe de estado, en *Violencia política en la España del siglo XX*, Madrid, Taurus.
- HEINZ HILLMANN Karl: 2005. Diccionario enciclopédico de sociología, Barcelona, Herder.
- HOBBSAWM, Eric John: 1983. *Rebeldes primitivos: estudio sobre las formas arcaicas de los movimientos sociales en los siglos XIX y XX*, Barcelona, Ariel.
- LESGAT, Cecilia: 2018. Golpes de Estado y golpes constitucionales e innovación de un concepto político fundamental, en POLHIS, Año 12, numero 23, Enero-Junio 2019, Mar del Plata- Provincia de Buenos Aires, Revista del Programa Interuniversitario de Historia Política.
- MALAPARTE, Curzio: 2009. Técnicas de golpe de estado, Barcelona, Ariel.
- MANN, Michael: 2009. *El lado oscuro de la democracia*, traducción de Sofía Moltó LLorca, Valencia.
- MERTON, Robert K: 1987. Teoría y estructuras sociales, México, Fondo de Cultura Económica.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: 2016. *Sistema de Derecho penal*. Parte especial, 2da edición, Madrid, Dykinson.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raul: 2010. Derecho Penal, Tomo IV, Lima, Idemsa.
- PÉREZ, Luis Carlos: 1968. Tratado de Derecho penal, Tomo III, Bogotá, Editorial Temis.
- REATEGUI SANCHEZ, James: 2012. Derecho Penal. Parto especial, Volumen 1, Lima, ediciones legales.
- SANDOVAL, Juan Carlos: 2013. *El delito de rebelión. Bien jurídico y conducta típica*. Valencia, Tirant lo blanch.
- UÑA JUAREZ, Octavio/HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Alfredo (directores): 2004. Diccionario de sociología, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos.
- VALLES, Josep/MARTÍ i PUIG, Salvador: 2017. *Ciencia política. Un manual*, Novena edición, Barcelona, Ciencias Sociales Ariel.
- ZARATE, Luis Carlos: 1996. El delito político. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional.

NOTAS

MEMORIA DEL XV CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL (AREQUIPA, 22-24 DE SEPTIEMBRE DE 2022)

Miguel P. Vilcapoma Ignacio^()*

El XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC) y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, se llevó a cabo en la ciudad de Arequipa, del 22 al 24 de setiembre del 2022. El certamen fue convocado en honor a la figura del maestro mexicano Héctor Fix-Zamudio y en conmemoración del bicentenario de la instalación del Primer Congreso Constituyente en el Perú en 1822, presidido por el ilustre arequipeño Francisco Xavier de Luna Pizarro.

Los organizadores de este magno certamen internacional, realizaron la convocatoria y la difusión del evento por diversos medios informativos; al mismo tiempo, cursando las invitaciones a los ponentes de los países iberoamericanos, a los ponentes nacionales; de igual forma, para el trabajo en las diversas mesas o talleres proponiendo inclusive los diferentes temas que debían abordarse. Ello se reflejó en la excelente participación extranjera y nacional.

Conforme a lo anunciado, el XV Congreso Iberoamericano, se inició el día 22 de setiembre de 2022 en el Coliseo Santa María, ubicado en el

(*) Miembro de la APDC. Profesor principal de la Universidad Peruana “Los Andes” de Huancayo.

campus central de la Universidad Católica Santa María. Previo al acto inaugural, en el mencionado recinto, se produjo un escenario de emoción y alegría por el reencuentro de ponentes extranjeros y nacionales en el que se produjo el intercambio de saludos, en razón de que el reencuentro se producía después de mucho tiempo, en forma presencial, a consecuencia de la pandemia COVID-19 que afectó al mundo.

Entre los directivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional se encontraban Diego Valadés en su condición de Presidente y Domingo García Belaunde en su condición de Secretario General Ejecutivo de la mencionada organización académica.

Participantes extranjeros

El Congreso ha concitado la presencia de destacados estudiosos del Derecho Constitucional de distintas nacionales, los que se encontraban en el certamen académico, siendo las siguientes personalidades:

De Argentina estuvieron presentes: Néstor P. Sagüés, Antonio María Hernández, Alejandro Pérez Hualde, Federico Ariel Vaschetto, Daniel Sabsay, María Graciela Ábalos, Jorge Alejandro Amaya, Martha Susana Maldonado, Martha Altabe de Létora, Pablo Luis Manili, Susana Cayuso y Alfredo M. Vítolo.

Del vecino país de Bolivia, hemos contado con la presencia de José Antonio Rivera Santiváñez, William Herrera Añez y Eliana Roca Serrano.

De Brasil nos visitó Elizabeth Teixeira Rocha

De Chile: Humberto Nogueira Alcalá.

De Colombia: Edgar Fabián Garzón Buenaventura.

De Costa Rica: Rubén Hernández Valle.

De Cuba Ricardo Cabrales del Valle.

De Ecuador: Hernán Salgado Pesantes.

De España: Luis López Guerra, Miguel Revenga Sánchez, Ricardo Alonso García, Javier García Roca y María Josefa Ridaura Martínez

De Estados Unidos: Jorge Madrazo Cuéllar.

De Italia Luca Mezzetti y Lucio Pegoraro.

De México: Diego Valadés, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Eduardo Andrade Sánchez, José María Serna y Juan Manuel Gómez Robledo.

De Paraguay: Diego Moreno Rodríguez Alcalá

De República Dominicana: Hermógenes Acosta de los Santos.

De Uruguay: Eduardo Esteva Gallicchio y Rubén Correa Freitas

De Venezuela: Luis Petit Guerra.

Algunos participantes que no han podido viajar, han participado por conexión virtual como la española Asunción de la Iglesia Chamorro y el venezolano Ramsis Ghazzaoui.

Participantes nacionales

Por el volumen de participantes nacionales y con la disculpa de los que no les nombraré a todos, estuvo el infaltable Domingo García Belaunde, Víctor García Toma, Oscar Urviola Hani, Jorge Luis Cáceres Arce, Susana Castañeda Otsu, Francisco J. Eguiguren Praeli, Luis Andrés Roel Alva, Daniel Figallo, Paola Ordoñez Rosales, Pedro Grández Castro, Nidia Iriarte Pamo, María Candelaria Quispe Ponce, Francisco Miro- Quesada Rada, José Antonio García Belaunde, Aníbal Quiroga León, Edgar Carpio Marcos, Enrique Pestana Uribe, José Palomino Manchego, Gerardo Eto Cruz, entre otros.

Inauguración del XV Congreso Iberoamericano

Iniciando el acto de inauguración, de acuerdo al programa, tomó la palabra el Presidente de la Comisión Organizadora del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Jorge Luis Cáceres Arce, para saludar a los participantes nacionales como extranjeros, hacer referencia a la figura emblemática de Héctor Fix-Zamudio y el bicentenario de la instalación del Primer Congreso Constituyente en el Perú, presidido por Francisco Xavier de Luna Pizarro y Pacheco. De la misma manera, el Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Víctor García Toma, también tomó la palabra en nombre de la Asociación para saludar el certamen, augurando éxitos.

Diego Valadés, Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, saludó al Congreso haciendo memoria a las figuras de

Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo, señalando que, entre otros, fueron los forjadores del Instituto Iberoamericano.

La inauguración del certamen se llevó a cabo por el señor Rector de la Universidad Católica Santa María, Manuel Alberto Briceño Ortega, quien auguró buenas conclusiones del Congreso, por cuanto las circunstancias por la que atraviesa el país requerían de reflexiones saludables para la consolidación de democracia y su institucionalidad.

Conferencias magistrales del día 22 de setiembre

Conferencias magistrales llevadas a cabo el día 22 de setiembre en horas de la mañana, fueron las siguientes:

- a) Jurisdicción constitucional, Democracia y derechos fundamentales, a cargo de Luis López Guerra.
- b) Contenidos del control constructivo de convencionalidad, a cargo de Néstor Pedro Sagüés.
- c) Gobiernos no regulares: realidad política, ponencia desarrollada por Víctor García Toma.
- d) ¿Ocaso de la democracia liberal?: desafíos y perspectivas, por Luca Mezzetti
- e) Encrucijada de la libertad de expresión por Miguel Revenga Sánchez.

Las conferencias magistrales desarrolladas en horas de la tarde el primer día de trabajo fueron las siguientes:

- a) La democracia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a cargo de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.
- b) Interpretación constitucional y control de convencionalidad por Rubén Hernández Valle

A continuación, se desarrolló la I Mesa Temática, denominada: *Jurisdicción Constitucional y Control de Convencionalidad*, en el que participaron Oscar Urviola Hani, José Palomino Manchego, José Antonio Rivera Santiviáñez, Rubén Correa Freitas y Alejandro Pérez Hualde.

Presentación de libros

Como se acostumbra en los congresos constitucionales, se reservó un espacio en el que se presentaron las siguientes publicaciones:

- Libro de ponencias del XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional,
- Anuario de Derecho Constitucional de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, num. 2
- El constitucionalismo peruano en perspectiva: reflexiones del bicentenario de Domingo García Belaunde,
- Revista Athina de los estudiantes de la Universidad de Lima,
- El control parlamentario de actos legislativos del jefe de Estado de Johnny Tupayachi Sotomayor.

Conferencias magistrales del día 23 de setiembre

Las conferencias magistrales se desarrollaron a partir de las 15 horas, siendo los temas y sus ponentes:

- a) Justicia constitucional empática, disertada por Ricardo Alonso García.
- b) La corrupción en América Latina, expuesto por Antonio María Hernández.
- c) Fuentes tradicionales jurídicas y construcción núcleo común, desarrollado por Lucio Pegoraro.
- d) Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales, por Alberto Borea Odría.

Luego se desarrolló la II Mesa Temática sobre: *Constitución y derechos humanos frente a la tecnología e informática*, participaron en ella Julio César Ortiz Gutiérrez, José Antonio Rivera Santiviáñez, Pedro Grandeza Castro y Susana Cayuso.

Por último, en este día para cerrar el trabajo, se brindó homenaje institucional al maestro Héctor Fix-Zamudio, por parte de Domingo García Belaunde, secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derechos Constitucional y Diego Valdés, Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. En resumen, señalaron la gran contribución de

Fix-Zamudio al Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional en Iberoamérica.

Conferencias magistrales del día 24 de setiembre

Las conferencias magistrales se llevaron a cabo en horas de la mañana, a partir de las 9.00 horas, siendo ellas:

- a) La incapacidad moral permanente como causal de vacancia de la presidencia de la República por Ernesto Blume Fortini.
- b) Acusación constitucional y vacancia presidencial, por Francisco J. Eguiguren Praeli.
- c) Control de convencionalidad y poder constituyente: principales tópicos en el
- d) La acusación constitucional en Chile expuesto por Humberto Nogueira Alcalá.

Luego se desarrolló la III Mesa Temática abordando: *Regímenes constitucionales económicos y políticos*, en la que participaron Hernán Salgado Pesantes, Jorge Luis Cáceres Arce, Willy Ramírez Chavarri, Gerardo Eto Cruz y Raúl Chamané Orbe.

Después de concluida la III Mesa Temática, se desarrollaron las siguientes conferencias magistrales:

- e) Globalización y subsidiariedad de la protección supranacional de los derechos fundamentales, a cargo de Javier García Roca
- f) Juicio Político, disertado por Domingo García Belaunde.

Talleres temáticos

En el transcurso del Congreso, el día 23 de setiembre se destinó al desarrollo de los catorce (14) talleres o mesas de trabajo, en horas de la mañana, donde participaron la mayor parte de concurrentes nacionales como extranjeros. Los talleres se desarrollaron en forma alternativa en los diversos auditorios de la universidad, siendo los temas desarrollados:

- Sistema de justicia y reforma judicial,
- Vacancia presidencia,
- Acusación constitucional,

- Análisis de las reformas del Código Procesal Constitucional,
- Derecho a no ser madre - eutanasia,
- Igualdad y los derechos pendientes de reconocer en Latinoamérica,
- Políticas públicas y afectación a los derechos fundamentales en la COVID-19,
- Estado Unitario vs. Estado Federado: aportes y ventajas
- Representación política y crisis en Latinoamérica,
- Indulto y amnistía,
- Cuestión de confianza: voto de confianza y disolución del Congreso,
- Juventud, crisis política y activismo constitucional - identidad constitucional,
- Mecanismos y procedimientos de reforma constitucional, y
- Justicia ambiental y discriminación estructural.

Ceremonia de clausura

Después de concluidas las actividades programadas del XV Congreso Iberoamericano, se procedió a la clausura. Los agradecimientos, a nombre de expositores extranjeros, estuvieron a cargo de Luca Mezzetti y de los nacionales de Susana Castañeda Otsu. En este mismo acto también usó de la palabra Víctor García Toma a nombre de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Clausuró el Congreso Diego Valdés en su condición presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Huancayo, marzo 2023.

DOCUMENTOS I

ACTA DE LA SESIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS DEL DÍA 24 DE NOVIEMBRE DEL 2022 (CUESTIÓN DE CONFIANZA)

En la ciudad de Lima, a los veinticuatro días del mes de noviembre del año dos mil veintidós, se reunió el Consejo de Ministros en sesión extraordinaria, bajo la Presidencia del señor Aníbal Torres Vásquez, Presidente del Consejo de Ministros y la participación de los(as) señores(as) Ministros(as): Kurt Johnny Burneo Farfán, Ministro de Economía y Finanzas; Daniel Hugo Barragán Coloma, Ministro de Defensa; Willy Arturo Huerta Olivas, Ministro del Interior; Félix Inocente Chero Medina, Ministro de Justicia y Derechos Humanos; Kelly Roxana Portalatino Ávalos, Ministra de Salud; Jenny Patricia Ocampo Escalante, Ministra de Desarrollo Agrario y Riego; Alejandro Antonio Salas Zegarra, Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo; Roberto Helbert Sánchez Palomino, Ministro de Comercio Exterior y Turismo; Alessandra Gilda Herrera Jara, Ministra de Energía y Minas; Jorge Luis Prado Palomino, Ministro de la Producción; César Paniagua Chacón, Ministro de Vivienda, Construcción y Saneamiento; Claudia Liliana Dávila Moscoso, Ministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables; y, Betssy Betzabet Chávez Chino, Ministra de Cultura.

Participaron de manera virtual el señor César Rodrigo Landa Arroyo, Ministro de Relaciones Exteriores, el señor Rosendo Leoncio Serna Román, Ministro de Educación, y el señor Wilbert Gabriel Rozas Beltrán, Ministro del Ambiente. No pudieron asistir el señor Richard Washington Tineo

Quispe, Ministro de Transporte y Comunicaciones, y la señora Dina Ercilia Boluarte Zegarra, Ministra de Desarrollo e Inclusión Social.

ORDEN DEL DÍA:

Pronunciamiento del Consejo de Ministros sobre el rechazo de plano de la cuestión de confianza, contenido en el Acuerdo N° 061-2022-2023/MESA-CR remitido con el Oficio 1162-2022-2023-ADP-D/CR:

El pasado 8 de noviembre, a través del Oficio N° 032-2022-2023-P-CR, manifestamos nuestra indubitable intención de plantear cuestión de confianza respecto del proyecto de ley N° 1704/2021-PE. Pedido que, de manera sui géneris, fue catalogado como “no atendible” por la Presidencia del Congreso, atribuyéndose competencias que no tiene, para que, a los dos días, la Comisión de Constitución y Reglamento, en una sesión extraordinaria, apruebe un decreto de archivo del referido proyecto de ley, sobre el cual recaía la cuestión de confianza. Todo esto a pesar de que el mencionado proyecto de ley había estado más de medio año sin que suscite ningún interés por parte del Parlamento.

Este actuar del Congreso de la República no sólo es contrario al ordenamiento jurídico, sino también un ardid que constituye un abuso del derecho y un flagrante fraude proscrito en el artículo 103 in fine de la Constitución Política del Perú, toda vez que burla procedimientos y competencias propias de la forma de gobierno constitucionalmente reconocida, amparándose, falsamente, en procedimientos ordinarios del Poder Legislativo.

Esta forma de proceder hace incomprensible el estado de la referida cuestión de confianza, teniendo en cuenta lo antes expuesto.

Por otro lado, el pasado 17 de noviembre, nos vimos en la obligación de plantear la cuestión de confianza en el Pleno del Congreso, sin antes anunciarla a través de un oficio, ya que el pasado reciente convertía en un hecho que, desde la Mesa Directiva, se iba a gestar otro ardid con la finalidad de defraudar a la Constitución e impedir, nuevamente, el planteamiento formal de la Cuestión de Confianza.

Sin embargo, y a pesar de los cuidados tomados, mediante Oficio 1162-2022-2023-ADP-D/CR, de fecha 24 de noviembre del presente año, el Oficial Mayor del Congreso nos trasladó el Acuerdo 061-2022-2023/

MESA-CR, mediante el cual, la Mesa Directiva del Congreso de la República ha acordado rechazar de plano la referida cuestión de confianza, impidiendo su debate en el Pleno del Congreso, el cual, según su propio Reglamento en el artículo 29, es el máximo órgano deliberativo del Poder Legislativo; más aún si la cuestión de confianza debe ser resuelto por el Pleno del Congreso, conforme al artículo 133 de la Constitución; al igual que el voto de confianza previsto en el artículo 130 de la Constitución, por lo que donde hay la misma razón hay el mismo derecho.

Esta decisión es una demostración más de como la Mesa Directiva del Congreso desnaturaliza los procedimientos y competencias constitucionalmente reconocidas a los poderes del Estado. Esta es una decisión antidemocrática y sin precedentes que, una vez más, vulnera de manera flagrante la Constitución.

En el referido Acuerdo de Mesa se señala:

“Que, la Ley 31399 –que está en vigencia– se refiere a dos competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República como los son: (i) la aprobación en primera votación de una reforma constitucional; y (ii) la disposición para que el Presidente de la República convoque a referéndum para la aprobación de reformas constitucionales”.

La cuestión de confianza presentada por el Ejecutivo recae, antes que en facultades exclusivas y excluyentes del Congreso de la República, en restablecer una facultad del pueblo, como poder constituyente, de participar activamente en temas de la mayor relevancia, y que el poder constituido –en este caso, el Poder Legislativo– no se coloque, ni pretenda colocarse por encima del poder soberano.

El artículo 45 de la Constitución señala de manera clara que “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”. Pareciera más bien, que la Mesa Directiva, considera que el Poder del Estado emana del Poder Legislativo y no del pueblo que lo eligió.

La Mesa Directiva se equivoca groseramente cuando señala que la iniciativa respecto de la cual se plantea la cuestión de confianza colisiona con el artículo 206 de la Constitución. Los artículos correspondientes de la Ley 26300 que se pretenden restablecer, han estado vigentes, en funcionamiento y sin ningún cuestionamiento respecto de su constitucionalidad,

desde el 3 de mayo de 1994, y lo que desde el Ejecutivo pretendemos es restablecer esa redacción original del poder constituyente. ¿Cómo esto podría colisionar con la Constitución? Cualquier interpretación más allá de este restablecimiento, es creación ilegal de la Mesa Directiva.

Por otro lado, la referida Acta también señala que no se puede presentar una acción de inconstitucionalidad y, a la vez, presentar una cuestión de confianza, para derogar una Ley respecto de la cual se ha presentado una acción de constitucionalidad. Este argumento no resiste el menor análisis. Una cosa es el cuestionamiento de la constitucionalidad de una Ley, acudiendo al Tribunal Constitucional, y otra, totalmente distinta, son los mecanismos de control político constitucionalmente reconocidos al poder Ejecutivo, como es la cuestión de confianza; son procesos autónomos: uno político y el otro jurídico.

Además, el planteamiento fue bastante claro en la sesión del Pleno del pasado 17 de noviembre. El sustento de la cuestión de confianza no es la inconstitucionalidad de la Ley, sino, más bien, la afectación directa a la Política general de Gobierno aprobada mediante Decreto Supremo N° 164-2021-PCM, cuando allí se señala que debe promoverse el fortalecimiento del sistema democrático, y en concreto consolidar la institucionalidad democrática, la gobernabilidad y la participación política de los ciudadanos (como se indicó en el Acta de la Sesión del Consejo de Ministros del 14 de noviembre de 2022).

Por estas consideraciones, los argumentos y el fundamento de la decisión de la Mesa Directiva, carecen de contenido constitucional y políticamente válido.

La Constitución, cuando desarrolla la cuestión confianza habla de “rechazo” (art. 132), “rehusada” (art. 133), o “negado” la misma (art. 134). Por lo tanto, se debe entender que el rechazo, rehusamiento y/o negación, están siendo tratados como sinónimos, en la medida que acarrear la misma consecuencia. Esto es, la crisis total del gabinete.

Sostenemos, entonces, de manera categórica, que el rechazo, rehusamiento, o negación de la cuestión de confianza, se configura con cualquiera de estos mecanismos: la inadmisibilidad, el rechazo de plano, la improcedencia o negación de la cuestión de confianza, para evitar el abuso del derecho o el fraude a la Constitución.

En este caso, “el rechazo de plano de la cuestión de confianza” constituye, a todas luces, una negación de la cuestión de confianza. Por lo tanto, la consecuencia es la crisis total del gabinete.

El Ministro de Relaciones Exteriores agregó que es cierto que el Reglamento del Congreso señala en su artículo 66.d que “La declaración de improcedencia aprobada por el Congreso no equivale ni califica como denegatoria, rehusamiento ni rechazo de la cuestión de confianza”. Sin embargo, este texto debe ser interpretado a la luz del mandato del artículo 133 de la Constitución. Interpretarlo de otra manera implicaría vaciar de contenido la figura de la cuestión de confianza. Según el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 0006-2018-PI/TC, la cuestión de confianza debe entenderse “como un contrapeso al mecanismo de la censura ministerial asignado al Poder Legislativo, por lo que debe ser atendida a partir del principio de balance entre poderes”.

De acuerdo con ello, el Ministro de Relaciones Exteriores señaló que es así como corresponde interpretar que la decisión de la Mesa Directiva, al no estar dotada de justificación, debe ser reputada como arbitraria, y por lo tanto como una forma de denegatoria de la confianza solicitada por el Presidente del Consejo de Ministros. En esa línea, en la Sentencia recaída en el Expediente 0006-2019-PCC/TC, ya el Tribunal Constitucional había señalado que si bien “la regla general para determinar el otorgamiento de confianza en estos casos es el acto de votación, ello no impide que, en algunos supuestos particulares, sea posible que se presente algún supuesto que justifique el apartamiento de ella” (fundamento 212), sobre todo si el accionar del Congreso implica “una forma manifiesta de no aceptar lo solicitado” (fundamento 218).

La Ministra de Cultura añadió que, la Ley 31355 es taxativa, la cuestión de confianza se debate y vota en el Pleno del Congreso, de conformidad con la Constitución. Dicha ley es ley de desarrollo constitucional, por lo tanto prevalece sobre el Reglamento, que es el que invocan para rechazar la Cuestión de Confianza. Por tanto, la decisión de Mesa Directiva (en mayoría) del Congreso de la República contradice la norma de la Ley 31355 que desarrolla la Cuestión de Confianza y por tanto la supremacía jurídica, establecida en el artículo 51 de la Constitución.

En ese sentido, al haberse producido la crisis total del gabinete, el Consejo de Ministros acordó por unanimidad, que todos los Ministros y

Ministras del Estado y el Presidente del Consejo de Ministros presenten su renuncia ante el señor Presidente de la República.

Sin otro tema a tratar, el Presidente del Consejo de Ministros levantó la sesión.

ANÍBAL TORRES VÁSQUEZ
Presidente del Consejo de Ministros

CÉSAR RODRIGO LANDA ARROYO
Ministro de Relaciones Exteriores

DANIEL HUGO BARRAGÁN COLOMA
Ministro de Defensa

KURT JOHNNY BURNEO FARFÁN
Ministro de Economía y Finanzas

WILLY ARTURO HUERTA OLIVAS
Ministro del Interior

FÉLIX INOCENTE CHERO MEDINA
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

PEDRO CASTILLO TERRONES. MENSAJE A LA NACIÓN^(*)

La nefasta labor obstruccionista de la mayoría de los congresistas identificados con intereses racistas y sociales en general, ha logrado crear el caos con el fin de asumir el gobierno al margen de la voluntad popular y el orden constitucional.

Llevamos más de 16 meses de continua y obcecada campaña de ataque sin cuartel a la institución presidencial, situación nunca antes vista en la historia peruana.

La única agenda del Congreso, desde el 29 de julio de 2021, en que juramenté el cargo de Presidente de la República, ha sido y es la vacancia presidencial, la suspensión, la acusación constitucional o la renuncia a cualquier precio.

Para esa mayoría congresal, que representa los intereses de los grandes monopolios y oligopolios, no es posible que un campesino gobierne al país y lo haga con preferencia a la satisfacción de las acuciantes necesidades de la población más vulnerable no atendida en 200 años de vida republicana.

Pese a las reiteradas invocaciones del Ejecutivo al Legislativo para evitar el desencuentro entre ambos poderes mediante el diálogo y establecer una agenda común que permita el desarrollo del país, esa mayoría congresal no se ha detenido en su objetivo de destruir la institución presidencial. Esta

(*) Leído por el presidente Castillo desde el Palacio de Gobierno el 7 de diciembre de 2022 (versión desgrabada).

mayoría totalmente desacreditada, con un nivel de aprobación ciudadana de entre el 6 al 8% a nivel nacional, ha impedido acortar las enormes brechas sociales promoviendo acciones como las siguientes:

1. El Ejecutivo ha enviado al Congreso más de 70 proyectos de ley de interés nacional con el objetivo de beneficiar a los sectores más vulnerables de la población, como es la masificación del gas, la creación del Ministerio de Ciencia, Tecnología e Innovación, el ingreso libre a las universidades, la reforma tributaria, la reforma del sistema de justicia, la eliminación de la actividad económica subsidiaria del Estado, la prohibición de monopolios, los que promueven la reactivación económica, entre otros, que no han sido atendidos.
2. El Congreso pretendió procesar al presidente por traición a la patria con argumentos insostenibles y absurdos de una pléyade de supuestos juristas constitucionalistas.
3. El Congreso, sin pruebas, imputa al Presidente de la Comisión de Delitos, muchas veces con las afirmaciones hechas en la prensa mercenaria, corrupta y cínica, que injuria, difama o calumnia con absoluto libertinaje. Sin embargo, el Congreso no investiga y sanciona actos delictivos de sus propios integrantes.
4. El Congreso ha destruido el Estado de derecho, la democracia, la separación y equilibrio de poderes, modificando la Constitución con leyes ordinarias con el fin de destruir al Ejecutivo e instalar una dictadura congresal. Ha llegado al extremo de limitar el poder soberano del pueblo eliminando el ejercicio de la democracia directa a través de referéndum.
5. La vacancia presidencial por incapacidad moral permanente es el mecanismo de control político del Congreso hacia el Ejecutivo y, correlativamente, la cuestión de confianza es el medio de control político del Ejecutivo hacia el Legislativo. Estas dos facultades no se pueden limitar aisladamente. Sin embargo, el Congreso ha, prácticamente, suprimido la cuestión de confianza dejando incólume a la vacancia presidencial por incapacidad moral. Es decir, el Congreso, ha roto el equilibrio de poderes y el Estado de derecho para instaurar la dictadura congresal con el aval, como ellos mismos manifiestan, de su Tribunal Constitucional.

6. El Congreso no ha autorizado la salida del Presidente a eventos internacionales con argumentos absurdos como el de sostener que “El Presidente se va a fugar”.

No obstante a la pandemia de la Covid-19 y a elementos foráneos como la guerra entre Rusia y Ucrania, que han determinado en el mundo una economía de guerra, el Perú crece económicamente al 3%, el nivel de endeudamiento, la inflación y el riesgo país son los más bajos de la región. Sin embargo, el Congreso, el sistema de justicia, entre otras instituciones estatales no alineadas con los grandes intereses nacionales, perturban permanentemente la realización de las acciones tendientes a un mayor crecimiento económico y el consiguiente desarrollo social.

Los adversarios políticos más extremos, en un acto inédito, se unen con el único propósito de hacer fracasar al gobierno para tomar el poder sin haber ganado previamente una elección. Esta situación intolerable no puede continuar, por lo que, en atención al reclamo ciudadano a lo largo y ancho del país, tomamos la decisión de establecer un gobierno de excepción orientado a restablecer el Estado de derecho y la democracia a cuyo efecto se dictan las siguientes medidas:

1. Disolver temporalmente el Congreso de la República e instaurar un gobierno de emergencia excepcional.
2. Convocar en el más breve plazo a elecciones para un nuevo Congreso con facultades constituyentes para elaborar una nueva Constitución en un plazo no mayor de 9 meses.
3. A partir de la fecha y hasta que se instaure el nuevo Congreso de la República, se gobernará mediante decretos ley.
4. Se decreta el toque de queda a nivel nacional a partir del día de hoy miércoles 7 de Diciembre del 2022 desde las 22:00 hasta las 4:00 horas.
5. Se declara en reorganización el sistema de Justicia: Poder Judicial, Ministerio Público, Junta Nacional de Justicia, Tribunal Constitucional.
6. Todos los que posean armamento ilegal deberán entregarlo a la Policía Nacional en el plazo de 72 horas. Quien no lo haga, comete delito sancionado con pena privativa de la libertad que se establecerá en el respectivo decreto ley.

7. La Policía Nacional con el auxilio de las Fuerzas Armadas dedicarán todos sus esfuerzos al combate real y efectivo de la delincuencia, la corrupción y el narcotráfico, a cuyo efecto se les dotará de los recursos necesarios.
8. Llamamos a todas las instituciones de la sociedad civil, asociaciones, rondas campesinas, frentes de defensa y a todos los sectores sociales a respaldar estas decisiones que nos permitan enrumbar nuestro país hacia su desarrollo, sin discriminación alguna.
9. Estamos comunicando a la OEA la decisión tomada en atención al artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En este interregno, tal como hemos venido pregonando y haciendo desde un inicio, se respetará escrupulosamente el modelo económico basado en una economía social de mercado, que se sustenta en el principio que señala: tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario. Es decir, se respeta y garantiza la propiedad privada, la iniciativa privada, la libertad de empresa con una participación activa del Estado en protección de los derechos de los trabajadores, la prohibición de los monopolios y oligopolios y toda posición dominante, conservación del medio ambiente y protección de las poblaciones vulnerables.

¡Viva el Perú!

**DECLARACIÓN DE VACANCIA DEL PRESIDENTE
PEDRO CASTILLO TERRONES^(*)**

RESOLUCIÓN DEL CONGRESO

001-2022-2023-CR

EL PRESIDENTE DEL CONGRESO

DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Resolución del Congreso siguiente:

RESOLUCIÓN DEL CONGRESO QUE DECLARA LA PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y LA VACANCIA DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, ante la grave situación generada por el Presidente de la República, Pedro Castillo Terrones, por pretender disolver el Congreso e impedir su funcionamiento de forma inconstitucional;

(*) Publicado en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 7 diciembre de 2022.

Que, en mensaje a la Nación, realizado el día de hoy, el ciudadano Pedro Castillo Terrones ha intentado usurpar funciones públicas, impedir el funcionamiento de los poderes de Estado y violentar el orden establecido por la Constitución Política;

Que el artículo 46 de la Constitución Política establece que nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes, y que son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas;

Que, ante la flagrancia de los actos delictivos cometidos por el ciudadano Pedro Castillo Terrones, corresponde que se adopten las medidas contempladas por la Constitución Política en defensa de la democracia y el estado de derecho;

Que el Pleno del Congreso en la sesión de la fecha, luego del debate y votación correspondiente, ha adoptado el siguiente acuerdo en salvaguarda del orden constitucional y el estado de derecho:

HA RESUELTO:

Artículo 1. Declaración de permanente incapacidad moral del presidente de la República

Declárase la permanente incapacidad moral del presidente de la República, José Pedro Castillo Terrones, según lo establecido en el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 117 de la Carta Política.

Artículo 2. Declaración de vacancia de la Presidencia de la República

Declárase la vacancia de la Presidencia de la República y, en consecuencia, la aplicación del régimen de sucesión establecido en el artículo 115 de la Constitución Política del Perú.

Comuníquese, publíquese y cúmplase.

DECLARACIÓN DE VACANCIA DEL PRESIDENTE PEDRO CASTILLO TERRONES

Dada en el Palacio del Congreso, en Lima, a los siete días del mes de diciembre de dos mil veintidós

JOSÉ DANIEL WILLIAMS ZAPATA
Presidente del Congreso de la República

MARTHA LUPE MOYANO DELGADO
Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

**ACUSACIÓN CONSTITUCIONAL CONTRA
EL PRESIDENTE PEDRO CASTILLO (*)**

**RESOLUCIÓN DEL CONGRESO
002-2022-2023-CR
EL PRESIDENTE DEL CONGRESO
DE LA REPÚBLICA
POR CUANTO:**

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Resolución del Congreso siguiente:

**RESOLUCIÓN DEL CONGRESO QUE LEVANTA LA PRE-
RROGATIVA DE ANTEJUICIO POLÍTICO AL CIUDADANO
JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES POR LA COMISIÓN
FLAGRANTE DE DELITOS Y DECLARA HABER LUGAR A LA
FORMACIÓN DE CAUSA PENAL**

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 7 de diciembre de 2022, el señor José Pedro Castillo Terrones emitió un mensaje a la nación, en el que decretó la disolución del Congreso de la República, la intervención y reorganización del Poder Judicial, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Junta Nacional

(*) Publicado en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 12 de diciembre de 2022.

de Justicia; todas entidades constitucionalmente autónomas; y la instauración de un gobierno de emergencia excepcional.

Que, asimismo, anunció que se legislaría mediante decreto ley y dispuso un toque de queda a nivel nacional que se iniciaría en la noche de ese mismo día; señalando además que se llamarían a elecciones para conformar un congreso constituyente para que emita una nueva Constitución en un plazo no mayor de nueve meses.

Que, de igual manera, el ex Presidente José Pedro Castillo Terrones ordenó a las Fuerzas Armadas y a la Policía Nacional del Perú la ejecución de las medidas dispuestas y la lucha contra la criminalidad; convocando la participación de las instituciones de la sociedad civil, asociaciones, rondas campesinas, frentes de defensa y a todos los sectores sociales, para respaldar sus medidas.

Que la conducta del señor José Pedro Castillo Terrones vulnera la Constitución Política y el Estado de Derecho, al pretender asumir funciones públicas ajenas al cargo que ostentaba.

Que estas conductas ilícitas han sido cometidas en flagrancia, como ya ha sido referido en resoluciones expedidas por el Juez de Instrucción Penal de la Corte Suprema de Justicia, y determinaron su detención judicial por siete días.

Que, en tales circunstancias, es manifiesto el intento de evadir y obstruir la acción de la justicia, a través de la solicitud de asilo político, ante el vencimiento del mandato de detención judicial por flagrancia, que se producirá el próximo miércoles 14 de diciembre de 2022 a las 13:42 horas.

Que la flagrancia en la comisión de los presuntos delitos habilitó al Ministerio Público y al Poder Judicial a detener al ciudadano José Pedro Castillo Terrones por el plazo de siete días.

Que, dada la flagrancia en la comisión de las conductas antes descritas, y por lo expuesto en los considerandos precedentes, resulta urgente e imperativo que el Pleno Congreso de la República adopte un acuerdo, dada la prerrogativa de antejuicio del ex Presidente de la República, que permita la correcta administración de justicia.

Que el Pleno del Congreso en la sesión de la fecha, luego del debate y votación correspondiente, en salvaguarda del orden constitucional y el Estado de derecho;

HA RESUELTO:

LEVANTAR LA PRERROGATIVA DE ANTEJUICIO POLÍTICO al señor José Pedro CASTILLO TERRONES; en consecuencia, DECLARAR HABER LUGAR A LA FORMACIÓN DE CAUSA PENAL por ser presunto coautor de la comisión de los delitos Contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional - Rebelión, y alternativamente, delito Contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional - Conspiración; ambos en agravio del Estado; y como presunto autor de delito Contra la Administración Pública, Abuso de Autoridad; y como presunto autor del delito Contra la Tranquilidad Pública - Delito contra la paz pública en la modalidad de delito de grave perturbación de la tranquilidad pública en agravio de la sociedad.

Comuníquese, publíquese y cúmplase.

Dada en el Palacio del Congreso, en Lima, a los doce días del mes de diciembre de dos mil veintidós.

JOSÉ DANIEL WILLIAMS ZAPATA
Presidente del Congreso de la República

MARTHA LUPE MOYANO DELGADO
Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

COMUNICADO CONJUNTO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ N° 001-2022-CCFFAA-PNP

El Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú ponen en conocimiento de la opinión pública lo siguiente:

Las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú son respetuosas del orden constitucional establecido; el artículo 134° de la Constitución Política, establece que el presidente de la República está facultado para disolver el Congreso, si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros.

Cualquier acto contrario al orden constitucional establecido, constituye una infracción a la Constitución y genera el no acatamiento por parte de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

Se invoca a la ciudadanía a mantener la calma y confiar en las instituciones del Estado legalmente establecidas.

Las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú nos mantenemos;

UNIDOS, FIRMES Y DIGNOS

¡SIEMPRE!

Lima, 07 de diciembre de 2022.

Comando Conjunto
de las Fuerzas Armadas

Policía Nacional del Perú



RECHAZAMOS AUTO GOLPE DEL PRESIDENTE CASTILLO

Ante el último y lamentable pronunciamiento del presidente de la República, realizado el día de hoy, rechazamos categóricamente el autogolpe contraviniendo los canales regulares establecidos por la Constitución política.

Los poderes del Estado y las instituciones públicas son la garantía del principio constitucional de Derecho y separación de poderes.

Hacemos un llamado al Congreso de la República, Tribunal Constitucional, Poder Judicial, órganos constitucionales autónomos y a la sociedad civil a pronunciarse de manera firme en defensa de la institucionalidad democrática.

Finalmente, exhortamos a la ciudadanía a mantener la calma y a pronunciarse por la defensa democrática sin poner en riesgo sus vidas y de su familia.

Domingo García Belaunde

Presidente honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

Victor García Toma

Presidente del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

José Luis Cáceres Arce

Vicepresidente del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

Susana Castañeda Otsu

Segunda vicepresidenta del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

Susana Távara

Tesorera

Bruno Novoa

Secretario

Pedro Grández

Primer vocal

Jhonny Tupayachi

Segundo vocal

Milagros Campos

Tercer vocal

Luis Andrés Roel

Prosecretario

Lima, 07 de diciembre de 2022

Contra el golpe de Estado y la ruptura del orden constitucional

La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a través de su Consejo, frente al reciente anuncio del presidente de la República de disolver temporalmente el Congreso, instaurar un gobierno de emergencia excepcional, gobernar mediante decretos leyes, convocar a elecciones para un nuevo Congreso con facultades constituyentes, reorganizar el sistema de justicia, y decretar el toque de queda, comunica a la opinión pública lo siguiente:

- 1. Rechazamos** rotundamente el accionar del aún presidente de la República, señor Pedro Castillo Terrones, por significar un golpe de Estado y el quebrantamiento del orden constitucional y del Estado de Derecho que rigen en nuestro país.
- 2. Instamos** a que los órganos democráticos e instituciones de nuestra República procedan de conformidad con la Constitución, a efectos de remediar inmediatamente esta situación de inconstitucionalidad y promover la sucesión presidencial.
- 3. Exhortamos** a las fuerzas del orden a que cumplan con su rol institucional, de no ser deliberantes ni intervenir a favor de un gobierno antidemocrático, permitiendo que los órganos constitucionales cumplan con su función de acuerdo a nuestro sistema constitucional.

Confiamos en que nuestra democracia será preservada, que nuestras instituciones actuarán de acuerdo a la Constitución para que el país pueda recuperar la estabilidad y tranquilidad que merece.

Lima, 7 de diciembre de 2022

Rocío Villanueva
Decana de la Facultad de Derecho

Facultad de
Derecho



pucp.edu.pe

DOCUMENTOS II

PEDRO CASTILLO: ASCENSO Y CAÍDA DE UN PRESIDENTE QUE TENÍA LOS DÍAS CONTADOS^(*)

María Elena Castillo

16 MESES. Se presentó como un hombre de pueblo que ganó las elecciones, comenzando su mandato con un considerable 38% de aceptación; sin embargo, no tardaron de aparecer las denuncias de corrupción, lo que facilitó las cosas a sus enemigos políticos.

Un año, cuatro meses y nueve días duró el Gobierno de **Pedro Castillo**, quien asumió el cargo presentándose como un maestro rural, que venía del pueblo, y fue vacado tras un intento fallido de golpe de Estado en medio de denuncias de corrupción. Fueron 16 meses de permanente crisis política y enfrentamiento entre el **Ejecutivo** y el Congreso, que no lo quiso desde un inicio.

“Esta vez un Gobierno del pueblo ha llegado para gobernar con el pueblo y para el pueblo, para construir desde abajo. Es la primera vez que nuestro país será gobernado por un campesino, una persona que pertenece, como muchos de los peruanos, a los sectores oprimidos por tantos siglos”, dijo el exmandatario en su primer discurso el día que asumió el cargo. Tal vez esa imagen le permitió conservar una alta popularidad en el mundo rural, principalmente en el sur del país, donde ahora son más fuertes las protestas pidiendo la renuncia

(*) Publicado en *La República*, sábado 31 de diciembre de 2022.

de la presidenta **Dina Boluarte** y la realización de nuevas elecciones generales.

Entonces tenía un 38% de respaldo, de acuerdo a la encuesta del Instituto de Estudios Peruanos (IEP), que bajaba a 26% en Lima metropolitana y subía hasta 49% en el Perú rural. Un año después, su aprobación bajó a 24%, que en la capital descendía hasta 17% y en el interior subía hasta 33%. Y en noviembre, poco antes de ser vacado, el apoyo a Castillo alcanzó el 31% en general: 19% en Lima y 45% en la zona rural.

Defraudó a sus votantes

El antropólogo y analista político Eduardo Ballón señala que, independientemente de las denuncias de corrupción, la llegada de Castillo a la presidencia marca un hito en la historia del país, porque es la primera vez que llega al Gobierno alguien que representa a sectores tradicionalmente excluidos del poder. Explica que, sin embargo, defraudó a quienes lo llevaron a Palacio de Gobierno.

“Los que votaron por él esperaron algo distinto; esperaban que los exprese, pero más temprano que tarde él evidenció que era, en un sentido, más de lo mismo, porque tenía una mirada patrimonial del poder y desde el primer momento estableció una relación clientelar con la gente, que se expresó en la designación de ministros a partir de un cuoteo”, indica.

Esto se notó en la designación de sus primeros funcionarios, que estaban referidos de alguna manera a tres círculos que han estado a su alrededor todo el tiempo: su familia; los chotanos, que se amplía a los chiclayanos; y el círculo político que incluye a **Perú Libre** y a los maestros.

Incluso, antes de asumir el cargo, Castillo comenzó a jugar su partido aparte con sus reuniones en la casa de Sarratea, en Breña, como el caso de la lobista Karelím López, quien se convirtió luego en colaborada eficaz y lo denuncia de liderar una red de corrupción desde Palacio de Gobierno, que alcanza al **Ministerio de Transportes y Comunicaciones**, y otras instituciones públicas.

Lógica de sobrevivencia

Ballón sostiene que desde un inicio Castillo tomó decisiones con el objetivo de evitar la vacancia que el Congreso se la tenía jurada desde el principio, y que quedó claro con las denuncias sobre un presunto fraude electoral en el 2021.

“Una vez cambiado su primer gabinete, muchas de sus designaciones estaban en una lógica de pragmatismo y sobrevivencia. La designación de Mirtha Vásquez como premier, más allá de ella, en la mirada de Castillo iba en esa lógica. La nombró, no porque confiara en ella, sino por su mirada pragmática de cómo sobrevivir y mantenerse en el Gobierno”, expone.

Por tanto, el exmandatario sabía que tenía los días contados y que el Congreso no perdería oportunidad de sacarlo.

“Desde el primer momento quedaba claro un escenario en el cual desde la derecha se iba a empujar la polarización que venía desde la primera vuelta electoral, y que se agravó en la segunda vuelta. Y lo facilitó el comportamiento del presidente, por la arbitrariedad y la poca efectividad de sus designaciones, así como la falta de transparencia y la multiplicación de denuncias de corrupción, que fueron magnificadas desde el primer momento por los medios de comunicación”, aclara el analista político.

Cuatro meses después de asumir el poder se presentó la primera moción de vacancia por incapacidad moral contra el exmandatario: obtuvo solo 46 votos a favor, cuando necesitaban un mínimo de 87. El segundo intento se produjo en marzo de este año, obteniendo 55 votos a favor.

La tercera moción de vacancia fue la vencida. El fallido intento del entonces presidente de cerrar el Congreso y otras instituciones, como hizo Alberto Fujimori en 1992, fue determinante.

“En algún momento, por razones que no son del todo claras, (Castillo) termina convencido de que ya no podía más, en la medida de que mucha gente de su entorno más directo, como Marrufo, el exjefe de inteligencia y Bruno Pacheco, empiezan a convertirse en colaboradores eficaces y entregar información que él siente cada vez

más cercana. Me da la impresión de que es en ese contexto que intenta el golpe de Estado”, acota Ballón.

En una hora pasó de ser el primer funcionario del Estado, a ser detenido y acusado de rebelión y conspiración.

Solo fue cuestión de tiempo.

FECHAS CLAVE

- **28 de julio 2021.**

Asumió la presidencia y en su primer mensaje ofreció lucha contra la corrupción y obras que no se concretaron.

- **29 de julio 2021.**

Juró su primer gabinete con Guido Bellido como premier, hombre de confianza de Vladimir Cerrón. Tuvo cinco gabinetes con 78 ministros, muchos de ellos polémicos.

- **Noviembre 2021.**

Se presentó la primera de las tres mociones de vacancia en su contra. Solo obtuvo 46 votos.

- **Octubre 2022.**

Fiscal de la Nación acusó a Castillo de liderar una organización criminal desde Palacio de Gobierno y de obstruir a la justicia.

- **Noviembre 2022.**

Subcomisión de Acusaciones Constitucionales admitió a trámite la denuncia del Ministerio Público contra Castillo.

GOLPE Y FUGA^(*)

Ricardo Uceda

Hasta el día anterior, martes 6 de diciembre, Pedro Castillo parecía confiado de que el Congreso no alcanzaría los 87 votos necesarios para vacarlo. Por la noche participó en una reunión de ministros que definió las líneas generales de su exposición en el hemiciclo. Faltaba pulir los argumentos de descargo. Más tarde recibió al exministro Iber Maraví, quien, por el contrario, lo encontró pesimista. A las 11:37 a.m. del miércoles el jefe de asesores, Luis Alberto Mendieta, entregó en su despacho la última versión del alegato. Pero, en ese momento, ya tenía otro texto para leer, que fue transmitido públicamente a mediodía. Castillo, que es ágrafo, no lo escribió. En el mensaje que anunciaba el cierre del Congreso y otras medidas dictatoriales, estaban las palabras “prensa corrupta, cínica y mercenaria”. Fueron los mismos términos que empleó el entonces primer ministro Aníbal Torres el pasado 9 de setiembre, en una conferencia de prensa. La exactitud delata al redactor del discurso.

Aquella mañana, Castillo actuó bajo la hipótesis de que los intentos por vacarlo tendrían éxito. Su estabilidad dependía principalmente de los 15 parlamentarios de Perú Libre. Aunque a primera hora su vocero, Flavio Cruz, declaró que votarían en bloque contra la destitución, lo mismo había anticipado Vladimir Cerrón, el secretario general del partido, no había certeza de que un acuerdo adoptado días atrás fuera cumplido por todos. Trascendían algunas discrepancias entre ellos. Por otra parte, Castillo no tenía certeza del comportamiento de los oportunistas de Podemos Perú y

(*) Publicado en *El Comercio*, domingo 11 de diciembre del 2022

Somos Perú, entre otros, que solían acompañar al oficialismo. Al presidente le había caído mal que estos flotantes y sus más próximos de la Bancada Magisterial votaran sin excepciones para archivar la acusación constitucional de la vicepresidenta Dina Boluarte, el lunes 5. Habían desoído sus mensajes para que no lo hicieran. Ella ya estaba expedita para reemplazarlo si lo vacaban.

Perú Libre quería otro Gabinete. Cerrón había anticipado que su partido no votaría a favor de darle la confianza a la nueva primera ministra, Betssy Chávez, cuya destitución como titular de Trabajo apoyó en mayo pasado. Igualmente les era ingrato su antecesor en el cargo reconvertido en jefe de asesores, Aníbal Torres, que continuaba con el mismo poder en Palacio de Gobierno. Por lo demás, Cerrón le jalaba las orejas de cuando en cuando a Castillo desde su cuenta de Twitter. Las relaciones entre los exaliados no eran amistosas sino tirantes, a pesar de lo cual Castillo no le hizo una propuesta a Perú Libre para darle un buen lugar en su gobierno a cambio de que lo mantuviera en la silla presidencial. En un acuerdo de esa naturaleza, Betssy y Aníbal hubieran salido disparados. No parecía necesario, pues Perú Libre llamaba golpismo al intento de vacancia.

Un apoyo gratis, sin embargo, no es tan firme como otro que pasa factura. Avanzada la mañana del 7, Castillo pensó que podía resquebrajarse. Ese fue un factor importante en su decisión de cerrar el Congreso, de acuerdo con observadores cercanos al desenlace. Pero, según diversas fuentes, los votos a favor de su vacancia llegaban, a lo sumo, a 84. Cuando Castillo ya estaba preso, un tuit de Cerrón se haría notar: “Pedro Castillo se ha precipitado. No había votos para la vacancia”.

Otro factor fueron las revelaciones del exjefe de asesores del Ministerio de Vivienda Salatiel Marrufo. Los canales de noticias transmitiendo en vivo su presentación ante la Comisión de Fiscalización del Congreso. Había confesado en la fiscalía a mediados de noviembre. Admitió que Marka Group le entregó 9,4 millones de soles para beneficio del presidente, del ministro de Vivienda Geiner Alvarado y de él mismo. A cambio la empresa hizo un negocio con viviendas populares y su gerenta, Sada Goray, obtuvo tierras estatales. Castillo ya tenía indicios abrumadores de corrupción en contra de él y esto venía a ser como una raya más al tigre. ¿Por qué sorprenderse? Bien leído, el expediente de las delaciones de Marrufo dibuja en grado mayúsculo la desfachatez de un grupo criminal en el poder. A la empresaria le pidieron dinero para la familia del mandatario,

para pagar deudas de un ministro, para financiar mítines políticos, para sobornar congresistas, etcétera. De esta bolsa autoajutable de sobornos de la señora Goray habría obtenido un ala el exministro de Justicia Félix Chero por nombrar un nuevo director de los Registros Públicos. Miembros del Gabinete habrían amamantado una chanchita para pagar los gastos legales del presidente. Al respecto, es necesario usar el condicional porque faltan algunas corroboraciones, mas lo básico está claro: quién dio y quién recibió lo han aceptado. En la víspera, el exjefe de la DINI José Fernández Latorre aseguró que puso al tanto a Castillo de las corruptelas de su entorno más íntimo. Todo esto podía influir en la votación.

Un tercer factor fue la certeza de Castillo de que alguno de los gobiernos izquierdistas de América Latina le concedería asilo político. Si el golpe fracasaba, podía ponerse a salvo siempre y cuando actuara rápidamente. Ya vimos que no consiguió llegar a la embajada de México en Lima, pero la posibilidad sigue latente. Los caminos reglamentarios para acusarlo constitucionalmente establecen un tiempo que supera los siete días de prisión preliminar que le fueron impuestos por el juez supremo Juan Carlos Checkley. Demoran al menos tres meses. Es necesaria una medida cautelar mientras el Congreso resuelve la denuncia por perpetrar un golpe de Estado –que el Ministerio Público ingresará en las próximas horas–, o por organización criminal, que está en trámite. El camino será inédito, y el vacío favorece al imputado.

Mientras tanto, la defensa del expresidente insistirá en que dio un mensaje a la nación sin efectos reales. El juez Checkley resolvió la detención en el marco de una investigación preliminar por el delito de rebelión, que implica alzarse en armas, y también admitió la figura de conspiración para quebrar el orden constitucional, los dos supuestos sobre los que trabajará el Ministerio Público. ¿Dónde están los tanques, el despliegue represivo?, preguntan los castillistas para argumentar que solo se fue de boca. Sin embargo, en tanto jefe de las Fuerzas Armadas, un presidente no necesita asaltar un cuartel para usar las armas con fines golpistas. Simplemente ordena. Aunque a Castillo nadie le hizo caso, puso en marcha la rebelión mediante un segundo acto luego de leer su discurso. Lo demuestra la manifestación que rindió el viernes ante el Ministerio Público Raúl Enrique Alfaro, comandante general de la PNP.

Alfaro dijo que recibió una llamada del ministro del Interior, Willy Huerta, después de que Pedro Castillo pronunciara su discurso.

A continuación, Huerta puso en el teléfono al presidente. Castillo le ordenó ingresar al Congreso, sacar a los congresistas y detener a la fiscal de la Nación, Patricia Benavides. El policía preguntó por qué motivo debería proceder a la detención. Castillo repuso que Huerta ya le daría indicaciones. Luego, el ministro ya no lo llamó y Alfaro decidió con su comando no acatar la orden. La actitud de este oficial, así como la de los militares y magistrados que defendieron la institucionalidad democrática, fue un saldo reconfortante del 7 de diciembre. En el proceso continuó desempeñando un rol sobresaliente la fiscal de la Nación. Mas ahora podríamos estar presenciando que esa institucionalidad resulta inútil para procesar al autor de un golpe de Estado y líder de organización criminal. El Congreso y el Poder Judicial tienen la responsabilidad de impedir que al cabo de su detención preliminar se dirija tranquilamente a la embajada de México, entre los aplausos del gobierno de ese país y de otros de la misma cofradía.

GOLPE A SÍ MISMO^(*)

Fernando Vivas

De todas las salidas políticas a la crisis que buscaba la oposición con anhelo, ocurrió una inesperada. El propio Pedro Castillo la ejecutó, involuntaria e improvisadamente, contra sí mismo. Perpetró un golpe de Estado, con tal debilidad y falta de convicción en sus aliados, que se quedó aislado y fue detenido. Minutos antes, el Congreso había decretado su vacancia por 101 votos. Ironía póstuma: los pronósticos pesimistas que manejaba la oposición no llegaban a los 87 votos indispensables para vacarlo.

¿Qué llevó al presidente a su acto suicida? Según fuentes expalaciegas (todas ellas han renunciado), hasta la noche anterior el plan oficial para enfrentar la vacancia era la intervención en el pleno de los ministros César Landa, Roberto Sánchez, Alejandro Salas y Félix Chero, reforzando a la defensa legal a cargo de Benji Espinoza y José F. Palomino Manchego. Ellos suplirían la ausencia del menos comunicativo de nuestros presidentes.

Parte del grupo de voceros y defensores hizo algunos ensayos de sus intervenciones junto al equipo de comunicaciones palaciego. Todos los convocados se fueron a dormir con ese plan en la cabeza.

El miércoles fueron convocados a Palacio y encontraron un plan que desconocían. Un ministro me contó que vio las cámaras y las luces montadas para un mensaje a la nación, cosa que lo sorprendió, pues no se había hablado de ello.

(*) Publicado en *El Comercio*, Lima, 8 de diciembre de 2022.

Indagó de qué se trataba y se enteró de lo que pretendía decir Castillo. El ministro me describió esta escena que logró entrever en el despacho presidencial: Alejandro

Salas decía ‘presidente, no lo haga’, mientras Betsy Chávez y Aníbal Torres respaldaban férreamente a Castillo. Uno de ellos le preguntó a Salas, recriminándolo: “¿De qué lado estás?”. Roberto Sánchez parecía dudar en silencio. Otros ministros lucían indolentes. Tan pronto acabó el mensaje y los convocados constataron que era cierto lo que temían, varios se retiraron meditando sus tuits de renuncia.

El show de Betsy

Hablé con dos fuentes del equipo de comunicaciones de Palacio y me aseguraron que fueron sorprendidos por Betsy Chávez. Ella, según estas fuentes, habría sido quien hizo entrar al equipo de TV Perú que se encargó de la transmisión en vivo. Recientemente, la primera ministra nombró a Fernando Aliaga Alejo al mando del canal estatal y controla los puestos claves en ese medio. Mis fuentes de comunicaciones coincidieron con mi fuente ministerial en que Chávez y Torres estuvieron plenamente de acuerdo con el mensaje de Castillo. Es más, ambos lo habrían ayudado a preparar el texto que Castillo leyó con nervios y furcios.

Betsy Chávez también ha difundido su renuncia, fría y escueta. Pero no puede pretextar o comunicar su sorpresa como los otros ministros, abogados y embajadores que renunciaron antes que ella. Landa, por ejemplo, comunicó a su equipo su decisión, antes de hacerlo por tuit. Harold Forsyth, embajador ante la OEA, estaba en este momento a punto de participar en la reunión del Consejo Permanente y renunció en plena sesión. Los embajadores presentes interrumpieron la sesión para luego retomarla y dedicarla al Perú. La misión de alto nivel y su informe hicieron el ridículo.

Pero formulemos nuevamente la pregunta de por qué Castillo, apoyado por su primera ministra y su ex primer ministro, cometió el acto suicida. Según una fuente, le contaron que no tenía seguros todos los votos de Perú Libre. Castillo y Vladimir Cerrón, los socios inamistosos que llegaron accidentalmente al poder, no confían uno en el otro. Pedro ha hecho cambios de Gabinete y tomado decisiones que sorprendían a Vladimir y este se vengaba votando a favor de censurar algunos ministros.

Al cometer el golpe contra sí mismo, se quedó sin saber cómo hubiera votado Perú Libre en pleno.

Luego del mensaje, Vladimir Cerrón tuiteó, quizá culposo por lo que la incertidumbre de su bancada habría provocado: “Pedro Castillo se ha precipitado, no había votos para la vacancia”. A la inseguridad matemática de contar con 44 votos para conjurar la vacancia, sumen la reacción ante el vómito negro de los testigos y colaboradores eficaces. El martes lo hizo José Luis Fernández Latorre, exjefe de la DINI, contando, entre varias infamias del poder, que Castillo le ordenó con un mensaje de WhatsApp que atendiera a su sobrino Rudbel Oblitas. El advenedizo quería nada menos, según el ex DINI, que le diera cientos de miles de soles de sus fondos reservados, para frenar un reportaje y contratar un asesor ruso.

El miércoles fue Salatiel Marrufo, el brazo derecho de Geiner Alvarado en Vivienda, enlazado desde la prisión con la Comisión de Fiscalización. Contó, entre tantas perlas, que su exjefe, el exministro de Vivienda Geiner Alvarado, le aseguraba que parte de las coimas que les pagó la empresaria Sada Goray se destinó a urgencias de Castillo, entre otras, el pago a congresistas aliados.

Las preguntas sobre si hubo mucho cálculo en la proclama golpista se estrella contra los hechos y sus resultados. El cerco judicial y político sobre el presidente era tal que no podía tomar decisiones en frío. Sus nuevos aliados militares en retiro (Gustavo Bobbio en Defensa y Wilson Barrantes en la DINI), desde su extremismo bélico, también habrán contribuido a llevarlo a una salida golpista que precipitó su fin en pocas horas.

Aníbal Torres acompañó a Pedro Castillo hasta el final, improvisándose como su abogado ante el equipo de fiscales y policías que lo detuvieron y condujeron hasta la sede de la Séptima Región Policial. El golpe y la posibilidad de un asilo salieron por la culata.

LOS ENFRENTAMIENTOS ENTRE EL EJECUTIVO Y EL CONGRESO EN EL ÚLTIMO SIGLO^(*)

Carlos Contreras Carranza

La primera vez que en el Perú ocurrió un enfrentamiento abierto entre la presidencia de la República y el Congreso fue hace poco más de un siglo, entre 1912 y 1914, con ocasión del gobierno de Guillermo Billinghurst. Un pleito que no dejaba de resultar curioso porque, para mayor similitud con el presente, el presidente debía su puesto al mismo Congreso que, aquella vez, ante la confusión y el desorden de las elecciones, había determinado su investidura. Pero el Congreso estaba dominado por el Partido Civil, al que se oponía don Guillermo, un hombre salido de las filas del partido pierolista, aunque este no lo había apoyado en su candidatura. La elección de Billinghurst, un empresario del salitre de la perdida provincia de Tarapacá, había sido en cierta forma impuesta por las masas limeñas. Ganadas estas por la promesa del “pan grande” para la mesa popular y su discurso contra la oligarquía civilista que desde hacía una década gobernaba el país, pusieron al Congreso contra las cuerdas para que validase la elección del tarapaqueño.

Por aquel entonces, los congresistas no gozaban de sueldo ni de asesores. Cobraban solo unas dietas por cada legislatura, y unos “leguajes” que se determinaban de acuerdo con la distancia de sus terruños con la capital. Esto mismo hacía que sus miembros proviniesen de la oligarquía

(*) Publicado en *El Comercio*, Lima, 11 de junio de 2019. El autor es historiador y profesor de la PUCP.

terrateniente o comercial, ya que para dedicarse a la política había que tener muy buena renta. También ocupaban los escaños las grandes figuras del derecho, alineadas con algunos de los partidos en liza, cuyas intervenciones en el Parlamento eran piezas oratorias de gran factura. La república que Jorge Basadre denominó “aristocrática” tenía esas virtudes; a costa, claro, de la exclusión del juego político de los grupos mayoritarios.

El presidente quería disolver el Congreso y, aprovechando de su popularidad, organizar nuevas elecciones en las que preveía obtener mayoría en el Legislativo. Comenzaron a divulgarse “actas” en las que grupos de ciudadanos así lo solicitaban, demandando un “plebiscito”. Pero la prensa estaba del lado del Congreso, cuyo funcionamiento, declaraban medios como **El Comercio** y **Variedades**, era la garantía del orden republicano.

El segundo episodio ocurrió unas décadas después, durante el gobierno de José Luis Bustamante y Rivero (1945-1948), quien, al igual que Billingham, carecía de partido. La coalición que lo ayudó a ganar las elecciones se rompió pronto, y el presidente pasó a enfrentarse a un Congreso encabritado, en el que el Apra, la Unión Revolucionaria (el partido formado por Luis Miguel Sánchez Cerro) y los representantes del viejo civilismo, que se habían agrupado tras la candidatura del general Ureta, contaban con una amplia mayoría. Pero Bustamante no planeaba cerrar el Congreso, sino que aspiraba a llegar a algún tipo de acuerdo con sus variopintos integrantes. El clima era de honda crispación y la incertidumbre económica que se vivía tras el final de la Segunda Guerra Mundial no hacía más que aumentar la zozobra.

Veinte años después tuvimos una nueva edición de este choque de poderes, que ya comenzaba a convertirse en un clásico de la historia de la república. El presidente Fernando Belaunde (un apellido que ha acompañado la política peruana desde los comienzos del siglo pasado) enfrentaba en el Congreso a la oposición mayoritaria de la coalición formada por el Apra y la Unión Nacional Odriista (UNO), que censuraba uno tras otro a sus ministros y gabinetes, amparada en una Constitución, como la de 1933, que no tenía el mecanismo de la actual, que permite al presidente disolver el Congreso en el caso de dos rechazos a una cuestión de confianza. El último episodio, antes del actual, fue el de la presidencia de Alberto Fujimori que, llevado al Palacio por la oposición a la candidatura “neoliberal” de Mario Vargas Llosa, carecía en el Congreso de una mayoría propia.

¿Cómo va el marcador en este clásico? En el primer episodio, el de Billinghamurst, terminó con el triunfo del Congreso, con el apoyo de las Fuerzas Armadas, que en estos pleitos fungió durante el siglo XX de poder dirimente. El presidente fue derrocado por un levantamiento militar dirigido por el coronel Benavides. En el segundo, el golpe del general Manuel A. Odría, terminó con el conflicto, defenestrando a Bustamante de la presidencia, pero terminando también con los sueños del Apra de ganar las siguientes elecciones. Algo similar ocurrió con el tercer episodio, en el que cupo al general Juan Velasco Alvarado desalojar al presidente Belaunde del Palacio, al tiempo que cerró el Congreso por el lapso más prolongado de la historia de la república. En el cuarto se impuso el Ejecutivo, con el apoyo de las Fuerzas Armadas, en el recordado autogolpe del 5 de abril del 1992.

En el episodio actual varias características son novedosas. Las Fuerzas Armadas parecen ya no ejercer su papel dirimente, a la vez que organismos como el Ministerio Público y el Poder Judicial cobran un protagonismo, quizás involuntario. En una columna de hace tres años advertí que esta nueva situación de un presidente sin mayoría parlamentaria era un desafío para nuestro orden político, ya que todos los casos anteriores habían terminado mal; esto es, con la ruptura del orden constitucional. Esperamos que esta vez no suceda.

EN DEFENSA DE LA DEMOCRACIA. PUCP

La Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ante la vacancia presidencial, aprobada por el Congreso de la República el día 9 de noviembre del 2020, considera que:

1. Al aplicar la causal de incapacidad moral permanente ha empleado una interpretación aislada y arbitraria del artículo 113 inciso 2 de la Constitución. No ha considerado las demás disposiciones de ésta, como el artículo 117 y los demás incisos del propio artículo 113, que dan cuenta de lo excepcional que debe ser en nuestro sistema constitucional que la Presidencia de la República quede acéfala. La Constitución establece una lista cerrada de supuestos que los 105 votos a favor de la vacancia no han respetado. Por ello, esta decisión constituye un ejercicio de poder antijurídico (irrazonable y desproporcionado), que rebasa los límites constitucionales a los que debe sujetarse la actuación de todo órgano constituido, como lo es el Congreso.
2. La vacancia procede frente a hechos irrefutables (muerte, renuncia, incapacidad física permanente, incapacidad moral, etcétera), no como sanción. Los hechos que han involucrado al ex presidente de la República deben ser investigados, y de ser el caso, sancionados, por los órganos competentes de nuestro Sistema Constitucional de Justicia. Y ello debería producirse una vez culminado su mandato, el 28 de julio del 2021.
3. La forma de conducirse del Congreso ha quebrado el principio de separación y equilibrio de poderes que, junto con el principio

democrático y el reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos, constituye el cimiento de los Estados constitucionales de Derecho. Como resultado de ello, estamos frente a un órgano omnipotente que, en medio de la peor crisis sanitaria y económica que vive el Perú, es Poder Legislativo y Ejecutivo y pretende elegir a los miembros del Tribunal Constitucional, que es el órgano que deberá controlar sus decisiones.

4. En ese contexto, lamentamos que en esta ocasión nuestro Tribunal Constitucional no haya reaccionado oportunamente en el cumplimiento de sus funciones de garante de la Constitución y de pacificación de los conflictos entre órganos estatales. Será muy convincente para el país que en breve resuelva el proceso competencial para fijar los criterios de interpretación de la vacancia por incapacidad moral permanente.
5. Como no sucedía hace veinte años, el escenario en el que, por la fuerza de los hechos, se inicia la sucesión constitucional en la presidencia de la República se encuentra marcado por la sombra de la ruptura constitucional. De ahí que las nuevas autoridades del Poder Ejecutivo y el propio Congreso de la República deban actuar con responsabilidad máxima frente a la ciudadanía que, legítimamente, está en desacuerdo con la declaración de vacancia adoptada.
6. Hacerse cargo de esa responsabilidad supone, en principio, sujetarse escrupulosamente al calendario electoral, garantizar un proceso electoral libre y detener el proceso de elección de los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional. Las funciones que cumple nuestro más alto Tribunal son de especial trascendencia para la recuperación democrática del país, por lo que el órgano que elija a sus integrantes debe exhibir legitimidad constitucional plena, y ser, por tanto, el Congreso que se instale el próximo 28 de julio.

Alfredo Villavicencio Ríos
Decano

Lima, 10 de noviembre del 2020

NO AL QUEBRANTAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

El señor Presidente de la República lanzó el día de ayer una nueva amenaza al Congreso de la República, al afirmar que el rechazo de plano realizado por la Mesa Directiva de dicho Poder del Estado a la inconstitucional cuestión de confianza planteada por el ex Presidente del Consejo de Ministros Aníbal Torres, implica un rechazo de la misma. También indicó, faltando a la verdad, que la dación de la Ley N° 31399 le había quitado de manera arbitraria el derecho a los ciudadanos de participar en un referéndum.

Frente a dichas afirmaciones, absolutamente carentes de sustento jurídico, los suscritos expresamos que el considerar el mencionado rechazo de plano como un rehusamiento a la cuestión de confianza constituye un quebrantamiento del orden constitucional, el mismo que, de ser utilizado para una eventual disolución del Congreso, generará consecuencias constitucionales y penales por las que deberán responder individualmente tanto el presidente como los integrantes del gabinete, conforme lo establecido en numeral 128 de la Constitución Política del Perú.

Lima, 26 de noviembre de 2022

Domingo García Belaunde

Víctor García Toma

Oscar Urviola Hani

Natale Amprimo Plá

Ernesto Álvarez Miranda

Carlos Mesía Ramírez

Aníbal Quiroga León

Jorge Luis Cáceres Arce

HABEMUS SENATUS^(*)

Alfredo Torres

Un error común de muchos políticos y analistas es sostener que la cifra repartidora es responsable de la mayoría absoluta que alcanzó Fuerza Popular en el 2016. ¿Cómo es posible-sostienen-que FP haya obtenido 56% de los escaños con solo 36% de los votos válidos? La explicación no está en la cifra repartidora sino en el tamaño de los distritos electorales. Comprender esta diferencia es fundamental ahora que se discuten en el Congreso cinco proyectos de reforma del sistema electoral que plantean el retorno del Senado, una de las instituciones más antiguas de la democracia.

En realidad, la cifra repartidora calcula una distribución proporcional de los escaños. Si el distrito electoral es grande –como Lima–, esta distribución se asemeja mucho a la distribución porcentual de los votos. Si el distrito es pequeño y tiene solo dos escaños –como Moquegua–, entonces solo alcanzan curules los partidos con mayor votación. Como en el Perú hay 26 distritos electorales (Lima Metropolitana, Lima Provincias, Callao y 23 departamentos), los partidos que quedan en cuarto o quinto lugar en cada distrito electoral suelen quedar fuera. Solo alcanza el cupo para los dos o tres más votados.

El tema es muy relevante en la discusión sobre el Senado. Esta institución suele funcionar en sistemas federales con un mismo número de representantes para cada estado. En Estados Unidos, por ejemplo, cada estado cuenta con dos senadores. Si el Perú siguiese ese modelo, la

(*) Publicado en *El Comercio*, Lima, 27 de mayo del 2018

tendencia a incrementar la prevalencia de los partidos más votados en desmedro de los más pequeños sería aún más marcada. Por ejemplo, con los resultados de la votación para el Congreso del 2016, Fuerza Popular habría obtenido también la mayoría: 29 de 52 congresistas. La diferencia habría sido que el Apra y Acción Popular habrían quedado fuera.

La situación se agrava porque un tercio del electorado reside en Lima. Si la capital tuviese el mismo número de senadores que, por ejemplo, Tumbes, el voto de un tumbesino para elegir a un senador pesaría 50 veces el voto de un residente en la capital. Si a eso se suma que en Lima prevalecen los trabajadores formales (por lo tanto, los que contribuyen con sus impuestos a solventar el Estado), mientras que en el interior la informalidad está más extendida, e incluso, en algunas provincias la actividad económica ilegal es dominante, se entenderá el riesgo de optar por ese modelo.

La solución está en darle al Senado una representación nacional. Esta concepción no es ajena a nuestra historia. Tanto los senados de 1980 a 1990 como las asambleas constituyentes de 1978 y 1992 tuvieron esa conformación y eso fue lo que permitió, en parte, contar con tantas personalidades notables en esa cámara. El Senado que fue disuelto en 1992, por ejemplo, incluyó a políticos de larga trayectoria como los apristas Luis Alberto Sánchez, Armando Villanueva y Javier Valle Riestra; los acciopopulistas Javier Alva, Manuel Ulloa y Gastón Acurio; el pepecista Felipe Osterling y los izquierdistas Jorge del Prado, Javier Diez Canseco y Enrique Bernales; pero también a personalidades que no habían tenido actividad parlamentaria previa como Manuel Moreyra, Luis Bustamante, Miguel Vega, Máximo San Román, Juan Incháustegui, Ricardo Vega Llona, Rafael Belaunde o Raúl Ferrero Costa.

Si se vota por un Senado en un distrito nacional único, es decir con listas nacionales, cobra más sentido abandonar nuestro sistema vigente de elección de un número variable de congresistas en 26 distritos electorales para pasar a una elección uninominal en cien o más distritos electorales. Es decir, que los futuros diputados ya no sean elegidos por departamentos o regiones sino por circunscripciones electorales más pequeñas de similar población, las cuales serían ajustadas con cada censo nacional, de manera que cada diputado represente a una población similar. Si en el Perú hubiera 100 diputados, cada uno debería representar a alrededor de 230 mil electores. Habría un diputado por Villa El Salvador y otro por

Santiago de Surco, pero distritos más pequeños se unirían para elegir a un representante común.

La combinación de un sistema de elección uninominal para la Cámara de Diputados y un sistema nacional para el Senado permitiría conformar un Congreso muy balanceado, entre representantes locales, cercanos a sus pueblos, y representantes nacionales. El Perú es un país unitario, no federal. Por lo tanto, es necesario reforzar los vínculos que nos unen, la visión de un país integrado.

El sistema uninominal para la Cámara de Diputados permitiría dejar el cuestionado voto preferencial en la elección para esa cámara y limitarlo a la elección senatorial, que puede ser mejor supervisada. Si la Cámara de Diputados estuviese integrada por 100 representantes y el Senado por 30, se podría incluso mantener el número actual de congresistas, que es lo que demanda la opinión pública.



INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
(SECCIÓN PERUANA)

