

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

N° 13

**CONSTITUCIÓN
Y NATURALEZA**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

Ernesto Blume Fortini

PRESENTACIÓN..... 17

SECCION ESPECIAL (Constitución y Naturaleza)

Damián Armijos Álvarez

DERECHOS DE LA NATURALEZA Y SU EXIGIBILIDAD JURISDICCIONAL..... 29

Alan E. Vargas Lima

EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LA IMPORTANCIA DE LA CONSTITUCIÓN ECOLÓGICA.
APUNTES SOBRE SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA Y BOLIVIANA* 53

Nadia Paola Iriarte Pamo

EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO Y SU DESARROLLO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS..... 81

Carlos Trinidad Alvarado

BASES CONSTITUCIONALES DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL 105

Daniel Yacolca Estares

POSIBILIDAD DE LA TRIBUTACIÓN AMBIENTAL EN EL PERÚ DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y LEGAL..... 149

Beatriz Franciskovic Ingunza

LA AUSENCIA DE REGULACIÓN NORMATIVA DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS ANIMALES EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ 157

Luis R. Sáenz Dávalos

EL DILEMA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACION A LAS PELEAS DE TOROS, PELEAS DE GALLOS, CORRIDAS DE TOROS Y OTROS ESPECTACULOS PARTICULARMENTE VIOLENTOS. REFLEXIONES SOBRE UN DEBATE INACABADO Y UNA SOLUCION AÚN PENDIENTE 181

SECCIÓN MISCELÁNEA

<i>Néstor Pedro Sagüés</i>	JUSTICIA DIGITAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES	22 I
<i>Domingo García Belaunde</i>	LOS ORÍGENES DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ.....	23 I
<i>Manuel Jesús Miranda Canales</i>	REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL BICENTENARIO DE NUESTRA INDEPENDENCIA. A PROPÓSITO DE LA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	255
<i>Aníbal Quiroga León</i>	LA VACANCIA PRESIDENCIAL POR INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE. UNA MIRADA CONSTITUCIONAL	26 I
<i>Pedro A. Hernández Chávez</i>	EL CONTROL JURISDICCIONAL DEL JUICIO POLÍTICO. APUNTES SOBRE LAS INFRACCIONES CONSTITUCIONALES.....	285
<i>Óscar Díaz Muñoz</i>	LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO...	33 I
<i>Marco A. Huaco Palomino</i>	POR UNA DOCTRINA CONSTITUCIONAL –Y LAICA– SOBRE LA LAICIDAD. UNA RÉPLICA A FERRER ORTIZ	345
<i>Areli Valencia Vargas</i>	CONTEXTUALISMO Y DESIGUALDADES SISTÉMICAS. APUNTES DESDE UNA MIRADA SOCIO-JURÍDICA.....	379
<i>María Candelaria Quispe Ponce</i>	ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE DERECHOS DE LAS MUJERES. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LA CORTE IDH	399

Melissa Fiorella Díaz Cabrera

EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS Y SU INCIDENCIA EN POLÍTICAS PÚBLICAS DE LOS DERECHOS SOCIALES A PARTIR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL..... 429

José Reynaldo López Viera

EL ROL DE LOS JUECES CONSTITUCIONALES EN EL DESARROLLO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL 447

Roberto Cabrera Suárez

ESTADO DE DERECHO Y DESIGUALDADES SOCIALES.
APROXIMACIÓN DESDE UNA TEORÍA DECADIMENSIONAL DEL ESTADO 467

Roslem Cáceres López

CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO PENAL MILITAR POLICIAL..... 479

Miguel Alejandro Estela La Puente

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL DECRETO DE URGENCIA..... 505

Christian Donayre Montesinos

UNA MIRADA CRÍTICA AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.
CAMBIOS INNECESARIOS Y RETOS DE UNA REFORMA 531

13

Luis Andrés Roel Alva

EL DERECHO A LA NACIONALIDAD.
UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE NUNCA SE DEBE VOLVER A PERDER POR EL ARBITRIO DEL ESTADO 549

Raffo Velásquez Meléndez

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTINCIÓN DE DOMINIO.
ACLARACIÓN DE ENIGMAS Y LAGUNAS EN LA EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES ILÍCITOS..... 563

Alfredo Orlando Curaca Kong

EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS Y DOS CONTRIBUCIONES AL DERECHO CONSTITUCIONAL.
UNA BREVE MIRADA 615

Manuel Bermúdez Tapia

LA ALIANZA DEL PACÍFICO, EL ACUERDO DE PAZ EN COLOMBIA Y LA GEOPOLÍTICA SOBRE EL NARCOTRÁFICO..... 623

**SECCIÓN
JURISPRUDENCIA COMENTADA**

Mario Gonzalo Chavez Rabanal

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE GOBIERNO: LA SENTENCIA ESTRUCTURAL.
 APROÓSITO DEL CASO LUIGI CALZOLAIO, EXP. 02566-2014-PA/TC-AREQUIPA... 641

Luciano López Flores

EL FALLO SOBRE LA VACANCIA POR PERMANENTE INCAPACIDAD MORAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.
 ¿EL PODER QUE PENDE DE UN HILO? 661

Guillermo Martín Sevilla Gálvez

CONDENA DEL ABSUELTO.
 COMENTARIOS A LA SENTENCIA EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE 4374-2015-PHC/TC 711

14

Berly Javier Fernando López Flores

ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUA ¿ASOCIACIONES CIVILES O ASOCIACIONES PRIVADAS DE CONFIGURACIÓN LEGAL?
 REFLEXIONES SOBRE LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXP. 00018-2014-PI/TC (ACUMULADO) 725

Susana Távara Espinoza

EL CASO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE OBLIGACIONES TRIBUTARIAS.
 COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES A LA SENTENCIA DEL EXP. 00004-2019-PI/TC (PLENO. SENTENCIA 556/2020) 735

Rafael Rodríguez Campos

CUANDO LA LEY ESTÁ POR ENCIMA DE LA CONSTITUCIÓN.
 REFLEXIONES CONSTITUCIONALES SOBRE EL CASO ÓSCAR UGARTECHE. MATRIMONIO IGUALITARIO..... 749

SECCIÓN CLÁSICOS

Rosa Dominga Perez Liendo

UN ASPECTO DE LA HISTORIA DEL DERECHO PERUANO.

LAS CONSTITUCIONES 777

SECCIÓN DOCUMENTOS

Asamblea Constituyente 1978-79

DEBATE SOBRE LA CREACIÓN DEL TGC DURANTE LA ASAMBLEA CONSTITUYEN-

TE 1978-79 797

SECCIÓN RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

15

Luis R. Sáenz Dávalos

LIBERTAD RELIGIOSA Y ACONFENSIONALIDAD DEL ESTADO PERUANO 867

Dante Martin Paiva Goyburu

LECCIONES DE DERECHO PÚBLICO CONSTITUCIONAL 873

Luis R. Sáenz Dávalos

EL AMPARO VIRTUAL 879

Alfredo Orlando Curaca Kong

EL HABEAS DATA EN LA ACTUALIDAD. POSIBILIDADES Y LÍMITES 883

El fallo sobre la vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República

¿El poder que pende de un hilo?

✍ LUCIANO LÓPEZ FLORES*

A mi querido amigo, José Luis Larenas Nieri.
In memoriam

“La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda”.

Tribunal Constitucional del Perú
(fundamento 9° de la STC N° 005-2005-CC/TC)

661

* Especializado en Derecho Constitucional y Derecho Procesal, con 25 años de ejercicio profesional y 18 de docencia universitaria. Candidato a Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Magíster en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional por la misma Universidad y con título de Abogado expedido por la Universidad de San Martín de Porres (USMP). Profesor de la Maestría en Derecho Procesal de la PUCP, así como de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho Constitucional de la USMP. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Ex miembro del Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. Ex Profesor de la Academia de la Magistratura. Ex Jefe de Gabinete de la Presidencia y la Mesa Directiva del Congreso de la República (2011-2012). Autor de las obras “Anatomía del Transfuguismo” (Lima: 2012, Emma Cátedra Editores) y “Cuestión de (des)confianza” (Lima: 2019; Legisprudencia.pe) y de más de 40 artículos publicados en revistas académicas nacionales y extranjeras. Fundador del Grupo LF Legal. Socio Principal del Estudio Luciano López Flores & Abogados. Miembro ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. www.lopezfloresfirma.com luciano@lopezfloresfirma.com

1. Introducción

En la antigüedad clásica, el destino estaba presente tanto en la religiosidad popular como en la religión oficial, en las especulaciones filosóficas, en la literatura y en el arte (CARBÓ y PÉREZ, 2009: 143). Así, en la mitología griega, el destino estaba representado por las *Moiras*, divinidades que inspiraron a las *Parcas* de la mitología romana, aunque éstas se diferenciaron de las primeras en la individualización clara de tres personajes, cada uno con sus propios atributos que permiten su identificación: *Nona*, asociada al huso y la rueca; *Decima*, con el hilo de la vida; y *Morta*, con el globo, la varita y el libro de la vida (CARBÓ y PÉREZ, 2009: 146).

Se trataba de divinidades de singular importancia porque decidían la vida de los humanos y de los dioses. *Nona* estaba asociada con el nacimiento y era la que hacía girar el hilo de la vida en la rueca. *Decima* lo estaba con el matrimonio, mientras que *Morta* a la muerte (GONZALES y PLAZA, 2015: 87). Se dice que del mito de las *Parcas* romanas surge la expresión “*la vida pende de un hilo*”.

662

En las complejas relaciones de la política, específicamente aquellas que tienen por protagonistas a los poderes Ejecutivo y Legislativo, la Constitución que hoy nos rige le ha dado a éste último una poderosa herramienta con la cual *cortar el hilo del destino* del líder del Ejecutivo e impedirle que siga gobernando hasta culminar el periodo de cinco años para el cual fue elegido por el electorado: la declaración de *vacancia por [su] permanente incapacidad moral* (inciso 2° del artículo 113° de la Constitución).

El asunto es que esa herramienta es tan poderosa como impredecible: la Constitución no ha establecido situaciones precisas para su uso, generando problemas de interpretación. Y, así, ante tal imprecisión, el destino del periodo presidencial *pende de un hilo* porque puede *cortarse* por una decisión arbitraria del Congreso.

La notoria *imprecisión* de la cual adolece la causal de vacancia por incapacidad moral del presidente de la República motivó que surjan propuestas para su reforma tras la caída del régimen dictatorial fujimorista en el año 2000: aquellas contenidas en el informe de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional (2001), así como de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política (2019), respectivamente. Lamentablemente, ambas no lograron ser recogidas y debatidas en el Parlamento Nacional.

Pero, además, surgió una oportunidad histórica para, cuando menos, intentar colocarle límites que evitaran su uso arbitrario y desestabilizador: el proceso competencial promovido ante el Tribunal Constitucional, el 14 de septiembre de 2020, por el Poder Ejecutivo contra el Congreso de la República debido a la admisión a trámite, por parte de éste último, de la Moción de Orden del Día 12090 que planteaba la *vacancia por permanente incapacidad moral* del ex presidente Martín Vizcarra Cornejo (Expediente N° 0002-2020-CC/TC).

Sin embargo, luego de que, por mayoría, fuera admitida a trámite la demanda por auto del 17 de septiembre de 2020¹, que el Congreso de la República la contestara el 11 de noviembre del mismo año y que se produjese el contradictorio con la participación de diversos *amicus curiae*², el 19 de noviembre de 2020 el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia 778/2020 en la cual –por mayoría de cuatro votos– *desestimó* la demanda, pero sin pronunciarse sobre el fondo de la cuestión³. Los magistrados que hicieron sentencia en mayoría sostuvieron que, al momento de fallar, se había producido la *sustracción de la materia*.

En mi opinión –y como me ocuparé de abordar en este trabajo– la *sustracción de la materia* no tenía sustento ni a la luz de los antecedentes jurisprudenciales del máximo contralor constitucional y, menos aún, de las circunstancias históricas que nunca antes había demandado del Tribunal Constitucional –a propósito del único caso de conflicto competencial por menoscabo de atribuciones

- 1 Tal como dio cuenta la *razón de relatoría*, la señora magistrada Ledesma Narváez y los señores magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera (con fundamento de voto), haciendo resolución, votaron, en mayoría, por *admitir* a trámite la demanda de conflicto competencial. El magistrado Blume Fortini, en minoría, emitió un voto singular declarando *improcedente* la demanda. *Cfr.* <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002-2020-CC%20Admisibilidad.pdf> Consultado: 1° de marzo de 2021.
- 2 Entre el 16 de octubre y el 16 de noviembre de 2020, pidieron participar en tal calidad el profesor y ex magistrado del Tribunal Constitucional, César Landa Arroyo y otros profesores del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; el Instituto de Defensa Legal; el abogado Natale Amprimo Plá; la Clínica Jurídica en Discapacidad y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú; la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y la ex parlamentaria Doña Patricia Donayre Pasquel. *Cfr.* Sentencia 778/2020, pp. 5-6. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00002-2020-CC.pdf> Consultado: 1° de marzo de 2021.
- 3 La razón de relatoría contenida en dicha sentencia da cuenta que los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón votaron, en mayoría, por declarar improcedente la demanda, además de formular, cada uno, fundamentos de voto. La magistrada Ledesma (ponente) y el magistrado Ramos votaron por declarar, entre otros aspectos, fundada en parte e improcedente en un extremo la demanda de conflicto competencial; mientras que el magistrado Espinosa-Saldaña votó por declararla fundada.

promovido por el Poder Ejecutivo sobre vacancia del presidente de la República por la causal de “permanente incapacidad moral” en veintisiete años de vigencia de la Carta de 1993— su labor de supremo intérprete de la Constitución, de tal manera que la imprecisión de la causal pueda tener límites en su uso, poniendo coto a cualquier arbitrariedad del Parlamento Nacional de cara al futuro.

Así, lamentablemente, el Tribunal Constitucional, por un lado, perdió la oportunidad de evitar que el destino de un periodo presidencial de cinco años *penda de un hilo* por la arbitrariedad del Congreso; y, por otro, renunció, de cara a situaciones futuras, a su *rol pacificador* al cual se ha referido, en diversas oportunidades, en su jurisprudencia.

Por ello, éste trabajo tiene varios propósitos para el análisis. En primer lugar, desnudar la fragilidad argumentativa de la posición mayoritaria que logró hacer sentencia para desestimar la demanda. Para ello, me propongo analizar y plantear argumentos que desvirtúen aquellos expuestos por la posición mayoritaria conformada por los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón, de tal manera que demuestre que, además de no tomar en cuenta tres hechos notorios y de pública evidencia que requerían su pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión por el rol pacificador del Tribunal Constitucional, autoimpuesto en su propia jurisprudencia, aplicó, indebidamente, la “sustracción de la materia” a extremos del petitorio de la demanda competencial del Poder Ejecutivo cuya naturaleza importaba la emisión de una sentencia declarativa que, en modo alguno, quedaba afectada por el hecho de que el procedimiento parlamentario de la Moción de Orden del Día N.º 12090 hubiera agotado sus efectos al momento de expedir sentencia en el Expediente N.º 0002-2020-CC/TC.

En segundo lugar, pasaré revista a los votos singulares de la magistrada Ledesma y de los magistrados Ramos y Espinosa-Saldaña, que se inclinaron por declarar *fundada* la demanda, tanto en parte como en todos sus extremos. Y, finalmente, plantearé mi posición en torno a la necesidad de ingresar, en serio, en una reforma constitucional que aborde la responsabilidad del jefe de Estado que, considero, es en realidad lo que subyace tras la experiencia práctica de la “*vacancia por permanente incapacidad moral*”, durante la vigencia de la Constitución de 1993.

Así las cosas, antes de abocarme al desarrollo de este planteamiento, no quiero dejar de agradecer la invitación del Centro de Estudios Constitucionales

del Tribunal Constitucional del Perú para publicar este trabajo en su prestigiosa revista, pero, sobre todo, por la apertura de dar tribuna a la libre expresión de un análisis crítico de la Sentencia 778/2020 como el que aquí planteo. El país necesita debatir en torno a tan importantes cuestiones constitucionales. Está en juego la estabilidad democrática en las relaciones –la mayoría de las veces, tensa– de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en un Perú que, en su bicentenario, intenta construir una democracia sólida, estable y duradera.

2. Sobre la posición mayoritaria de la Sentencia 778/2020: razones para sostener que se perdió una oportunidad histórica para dar estabilidad democrática a las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo

2.1. Crónica de un quinquenio presidencial inestable

El 10 de septiembre de 2020, congresistas de diversas bancadas del Congreso de la República, presentaron la Moción de Orden del Día 12090⁴ en la cual pidieron que se declare la permanente incapacidad moral del presidente de la República, Martín Vizcarra Cornejo, en estricta aplicación del inciso 2° del artículo 113° de la Constitución Política de 1993. Era, en ese momento, la tercera moción de vacancia que impulsaba el Congreso de la República en el quinquenio 2016-2021 y la cuarta durante la vigencia de la Constitución de 1993⁵.

4 El contenido de la Moción de Orden del Día 12090 está disponible en: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Mociones_de_Orden_del_Dia/Vacancia/MC1209020200910.pdf Consultado: 2 de marzo de 2021.

5 Durante la vigencia de la Constitución de 1993, se han promovido, en total, cinco pedidos de vacancia presidencial, invocando la causal prevista en el inciso 2° del artículo 113° de la Constitución. La primera, en el año 2000, fue contra el ex presidente Alberto Fujimori, al huir a Japón luego de enviar una comunicación al Congreso de la República *renunciando* a su cargo. El Parlamento no le aceptó la renuncia y lo vacó por su “permanente incapacidad moral”. Y las otras cuatro se han producido, todas, en el quinquenio 2016-2021. Dos contra el ex presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski. La primera fue admitida a trámite y debatida, pero no logró los votos necesarios en el Pleno del Congreso de la República para ser aprobada. La segunda fue promovida al divulgarse unos audios que develaron que el ex parlamentario Kenji Fujimori, presuntamente, había *captado* a otros congresistas para que votaran en contra de la vacancia del ex presidente Kuczynski a cambio de que éste último indultara al padre del congresista Fujimori, el ex dictador Alberto Fujimori. Al admitirse a trámite esta segunda Moción, el ex presidente Kuczynski renunció. Las otras dos fueron contra el ex presidente Martín Vizcarra Cornejo, representadas en la Moción de Orden del Día N.° 12090 y la 12684 sobre la cual me pronunciaré más adelante (*infra* 2.3.).

Como bien dio cuenta la prensa internacional, tal iniciativa tuvo su origen en una denuncia periodística de mayo del año 2020 sobre una serie de contratos del Ministerio de Cultura con Richard Cisneros, un cantante relativamente desconocido en el país que se hacía llamar Richard Swing (BBC NEWS, 2020). De acuerdo con la denuncia, Cisneros se había beneficiado con unos nueve contratos durante los últimos tres años para ofrecer *charlas motivacionales* a funcionarios del ministerio de Cultura –gracias a la cercanía y respaldo del primer mandatario– por las que habría facturado unos US\$50.000, aproximadamente, a pesar de que se trataba de actividades aparentemente ajenas a la experiencia y formación del cantante (BBC NEWS, 2020).

El caso venía siendo investigado en el seno de la Comisión de Fiscalización del Congreso de la República. Y es allí donde el legislador opositor (y, a su vez, presidente de la referida comisión parlamentaria), Edgar Alarcón, divulgó el jueves 10 de septiembre de 2020, en la sesión plenaria del Congreso de la República, unos audios que, según dijo, le fueron remitidos de forma anónima.

666

Ese mismo día se elaboró y presentó la Moción de Orden del Día 12090. En su contenido se dijo que con esos audios “se evidencia que el señor Presidente de la República, señor Martín Alberto Vizcarra Cornejo, instruye a sus asesores para obstruir las investigaciones en curso, las cuales se llevan a cabo en la Comisión de Fiscalización y Contraloría y en el Ministerio Público”. Y agregó:

“Por tanto, se denota que el Presidente de la República ha utilizado el aparato público para evadir la investigación de una Comisión Investigadora del Congreso de la República, bajo excusas jurídicas que violan abiertamente una sentencia de público conocimiento emitida por el Tribunal Constitucional”.

La propuesta para admitir a debate la destitución del presidente de la República, Martín Vizcarra, por supuesta “permanente incapacidad moral”, fue aprobada por 65 votos a favor, 36 en contra y 24 abstenciones (BBC NEWS, 2020). Esto motivó que el 14 de septiembre de ese mismo año, Luis Alberto Huerta Guerrero, procurador público especializado en materia constitucional del Poder Ejecutivo, interponga demanda competencial contra el Congreso de la República, previo acuerdo del Consejo de Ministros autorizando la interposición de la acción.

El caso fue planteado como un conflicto de competencias *por menoscabo de atribuciones en sentido estricto*⁶, puesto que, tal y como se lee en los *antecedentes* de la posición mayoritaria de la Sentencia 778/2020, en líneas generales, el demandante sostuvo que:

“[...] los actos concretos del Congreso de la República que afectan las competencias del Poder Ejecutivo son:

- i) la admisión a trámite de una moción de vacancia contra el presidente de la República por permanente incapacidad moral (Moción de Orden del Día 12090); y,
- ii) el desarrollo del procedimiento de vacancia como resultado de la admisión a trámite de la moción.

El demandante refiere que un elemento esencial de todo Estado Constitucional es el respeto al principio de separación de poderes. Por ello, el uso indebido por parte del Congreso de la República de su competencia para tramitar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral contraviene el principio de separación de poderes”.

667

2.2. Las “razones” invocadas para la “sustracción de la materia”

En correspondencia con los dos actos que motivaron la interposición de la demanda, la posición mayoritaria de la Sentencia 778/2020 –suscrita por los magistrados Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Sardón de Taboada– desestimó la demanda por *sustracción de la materia* con base a estas razones (*cf.* fundamentos 5 a 8):

6 En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el conflicto de competencias *por menoscabo de atribuciones* es una variante del *conflicto positivo* que “se presenta cuando una entidad estatal, al ejercer indebidamente sus competencias, entorpece la labor de otra sin haber invadido, en rigor, la esfera de sus competencias. No se discute la titularidad de una competencia determinada sino la forma en la que ésta se ejerce material o sustancialmente” (COMISIÓN DE PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y COMPETENCIALES, 2016: 67). Se sub clasifica, a su vez, en “[c]onflicto constitucional *por menoscabo en sentido estricto*, que se produce cuando, a pesar de estar perfectamente delimitadas las competencias de las entidades estatales intervinientes, una de éstas las ejerce de manera inadecuada o prohibida impidiendo así a las demás ejercer las suyas a cabalidad [y] [c]onflicto constitucional *por menoscabo de interferencia*, que se produce cuando las competencias de dos o más entidades están relacionadas entre sí hasta el punto en que una de éstas no puede ejercer las suyas sin que la otra realice determinadas actuaciones” (COMISIÓN DE PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y COMPETENCIALES, 2016: 68).

- 668
- i) “Como es de público conocimiento, la Moción de Orden del Día 12090, fue debatida y votada por el Pleno del Congreso de la República el 18 de setiembre de 2020, y no prosperó porque alcanzó únicamente 32 votos conformes, rechazándose así el pedido de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral vinculada con los presuntos actos en los que habría intervenido el ex presidente Martín Vizcarra Cornejo para la contratación del señor Richard Cisneros”. Por consiguiente, al no haber prosperado el trámite de vacancia, se consideró que no correspondía al Tribunal Constitucional pronunciarse debido a que, a la fecha de emitir sentencia, “se ha[bía] producido la sustracción de la materia controvertida”.
 - ii) “[E]n anterior pronunciamiento, [el] Tribunal [optó] por emitir una decisión similar en un proceso competencia[1], debido a que la duración de los plazos procesales, igualmente generaron la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo respecto de un extremo (Cfr. sentencia emitida en el expediente 00004- 2004-CC/TC). Tal forma de resolución de este proceso orgánico no resulta ajena en la jurisprudencia, pues, de hecho, sucede frecuentemente que durante el trámite del proceso pueden producirse hechos que permiten resolver el conflicto extraproceso”. [...] “En tales circunstancias lo que se ha venido haciendo en el ámbito de nuestra jurisprudencia es declarar la existencia de la sustracción de la materia (Cfr. sentencias emitidas en los procesos 00016-2005-AI/TC, 0020-1996-AI/TC y 00024-2006-PI/TC)”.
 - iii) Sin perjuicio de lo anterior, se precisó que esta decisión de declarar la improcedencia de la demanda por *sustracción de la materia*, “no implica en forma alguna que este Tribunal Constitucional abdique de su rol de garante de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución, sino que, en esa misma línea, se trata de una decisión que cierra el presente proceso conforme a la Constitución y a la ley, poniendo fin a la incertidumbre sobre el sentido y las consecuencias que, en el momento actual, una decisión de este Tribunal podría tener sobre la titularidad del Poder Ejecutivo y la gobernabilidad del país”.

2.3. Hechos notorios y de pública evidencia “pasados por alto” en una decisión mayoritaria que abdicó del rol *pacificador* del Tribunal Constitucional

Sobre el primer argumento (*supra* 2.2. i), así como la posición mayoritaria consideró que era “de público conocimiento” que la Moción de Orden del Día

12090⁷ fue debatida y votada por el Pleno del Parlamento Nacional el 18 de setiembre de 2020, rechazándose por no alcanzar los votos establecidos en el Reglamento del Congreso; también durante el trámite del proceso competencial se suscitaron una serie de hechos *notorios y de pública evidencia* –que, jurídicamente, es como debe entenderse aquello que llamaron “de público conocimiento”⁸– que debieron ser evaluados por los magistrados que en mayoría formaron sentencia al momento de resolver, esencialmente por el *rol pacificador* –enarbolado en la jurisprudencia⁹– que requería ser puesto en práctica por el Tribunal Constitucional ante la situación de tensión política entre los poderes legislativo y ejecutivo.

¿Cuáles eran esos *hechos notorios y de pública evidencia* que debieron ser también evaluados y que gatillaban la necesidad de que el Tribunal Constitucional emita pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, en vez de aislar su pronunciamiento en torno a la *sustracción de la materia* por la no aprobación de la vacancia del presidente de la República promovida por la Moción de Orden del Día N.º 12090?

En mi opinión, fueron tres.

El primero, qué duda cabe, está representado por el trámite de la Moción de Orden del Día N.º 12684 en la cual se había formulado un segundo pedido de vacancia por permanente incapacidad moral contra Martín Vizcarra Cornejo. Diez días antes de la emisión de la Sentencia 778/2020, el Pleno del Poder Legislativo la había aprobado con 105 votos a favor, 19 en contra y 4 abstenciones, declarando la vacancia presidencial. Como dio cuenta la prensa internacional, la iniciativa fue impulsada por las acusaciones de corrupción contra el presidente por supuestos hechos acontecidos entre el 2011 y 2014 cuando se desempeñó como gobernador de la región sureña de Moquegua (BBC News, 2020).

7 Referida al pedido de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral vinculada con los presuntos actos en los que habría intervenido el ex presidente Martín Vizcarra Cornejo para la contratación del señor Richard Cisneros.

8 Según el inciso 1º del artículo 190º del TUO del Código Procesal Civil, los hechos *no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia* no requieren probanza. Al respecto, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional existen casos en los que el Supremo Intérprete de la Constitución ha valorado hechos *notorios y de pública evidencia* para adoptar decisiones (*cf.* fundamento 3º de la RTC Nº 04570-2009-PHC/TC, caso Carlos Fernando Raffo Arce).

9 Y que, paradójicamente, también ha sido invocado en el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini y en los votos singulares de los magistrados Ledesma, Ramos y Espinosa-Saldaña.

Y si bien es cierto que el Sr. Vizcarra decidió –a diferencia de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día N.º 12090– que mientras encabezaba el Poder Ejecutivo no promovería un nuevo proceso competencial contra este segundo pedido de vacancia, no cabe duda de que más allá de la diferencia factual que motivó las dos Mociones citadas, el cuestionamiento constitucional era, en esencia, el mismo: el presunto *uso indebido*, por parte del Congreso de la República, de su competencia para tramitar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral dada la notoria imprecisión de lo que aquella encarna.

El segundo hecho “de público conocimiento” era que la Moción de Orden del Día N.º 12684 se convertía en la cuarta moción de vacancia que impulsaba el Congreso de la República en solo cuatro años (2017-2020), usando la causal prevista en el inciso 2º del artículo 113º de la Constitución, por lo que urgía un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la interpretación que merece la aludida cláusula constitucional, de tal modo que así establecía cauces que limiten –de cara al futuro– su uso arbitrario por parte del Congreso de la República con base a la fuerza de sus votos, otorgándose mayores garantías al curso del destino del mandato presidencial.

670

El tercer hecho *notorio y de pública evidencia* está representado por los seis días de intensas protestas –ocurridas entre los días 9 a 15 de noviembre de 2020– por la asunción de la encargatura del mandato presidencial de Manuel Merino De Lama que culminaron al lograr su renuncia al cargo de presidente del Congreso, con el saldo de dos personas fallecidas por la desproporcionada represión policial y la elección de una nueva Mesa Directiva del Parlamento, encabezada por Francisco Sagasti Hochhausler, quien asumió el cargo de presidente de la República, conforme a la línea sucesoria dispuesta por el artículo 115º de la Constitución (AGENCIA EFE, 2020). El *rol pacificador* del Tribunal Constitucional en los conflictos políticos y sociales, a través de sus pronunciamientos emitidos en los casos que llegan a su conocimiento, así lo demandaba¹⁰.

10 Uno de los primeros fallos en los que el Tribunal Constitucional destacó su *rol pacificador* fue la STC N° 0005-2005-CC/TC (caso Banco Central de Reserva), en cuyo fundamento 59º lo conceptualizó de la manera siguiente:

“La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus

Sin embargo, a pesar de estos tres hechos políticos de suma gravedad, ¿cómo podía ser que los magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini, Miranda Canales y Sardón de Taboada, en desmedro del *rol pacificador* del Tribunal Constitucional, solo evalúen, como hecho “de público conocimiento” (*rectius*, “notorio y de pública evidencia” que no requiere prueba), que la Moción de Orden del Día N.º 12090 haya agotado sus efectos durante el trámite del proceso competencial (porque fue rechazada por el Pleno del Congreso de la República) y simplemente mire de costado a estos tres hechos tan o más *notorios* que el único que evaluó la posición mayoritaria y que motivaban la necesidad de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el fondo de la cuestión, insisto, *de cara al futuro*, puesto que Martín Vizcarra ya había sido vacado y no había cuestionado la decisión del Parlamento?

2.4. Las fallas del fallo mayoritario, a la luz de los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero, Blume, Miranda y Sardón

Revisados los fundamentos de voto de los cuatro magistrados que formaron sentencia, a pesar de reconocer la notoriedad pública del primer hecho al cual me he referido antes (*supra* 2.3.), la evaluación explícita del *rol pacificador* del Tribunal Constitucional solo está presente en aquel emitido por el magistrado Blume Fortini¹¹. Y es curioso porque la alusión a dicho rol del Máximo Intérprete

resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda”.

11 Dijo lo siguiente:

1. [...] [L]a forma de conclusión del presente proceso (sustracción de la materia) constituye una solución definitiva a la controversia sub litis, generada entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, que ha sido sometida a dilucidación, y responde al rol pacificador del Tribunal Constitucional; máxime en el marco de las situaciones políticas y sociales que viene atravesando el país.
2. Sobre esto último, la ponencia que en su momento presentó la Magistrada Ledesma Narváez para resolver el presente caso y que no alcanzó el voto favorable de la mayoría de miembros del Colegiado Constitucional, comprendió propuestas que no contribuían a la pacificación del país y olvidó que en casos como el presente los jueces que integramos el Tribunal Constitucional tenemos la obligación de sopesar las consecuencias políticas, sociales y jurídicas que nuestra decisión podría generar; sobre todo si se tiene en cuenta que una de las finalidades que tiene el Tribunal Constitucional, además de contribuir a la pacificación del país, es la de fortalecer el Estado Constitucional, así como a las instituciones que lo integran y fortaleces [sic] el respeto a sus respectivas competencias.

Constitucional permite relieves la importancia –por demás evidente– de los tres hechos *notorios* a los que me he referido antes (*supra* 2.3.) y que gatillaban la necesidad de pronunciarse sobre cómo interpretar la causal contenida en el inciso 2° del artículo 113° de la Constitución.

Disiento con su posición, fundamentalmente por la circunstancia histórica que demandaba su debido pronunciamiento sobre el fondo de la controversia –martillo hasta el hartazgo– *de cara al futuro*. No sólo porque reconoce la existencia del *tercer hecho notorio* al cual me he referido antes (*supra* 2.3.), sino porque en los fundamentos 4° a 6° de su fundamento de voto, el magistrado Blume Fortini –estemos o no de acuerdo con su posición– terminó por pronunciarse sobre cómo interpretar la causal de *permanente incapacidad moral* del presidente de la República. Para él, tiene justificación que se trate de una causal “abierta” para atender “*situaciones de graves actos en los que ha incurrido el presidente de la República, quien ostenta el más alto cargo de la Nación y es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Frente a esos actos, la mencionada causal se comporta como un mecanismo de control de poder, que habilita a que el Congreso adopte una decisión política con 87 votos*”. Aunque no lo haya dicho explícitamente, para él dicha causal es un instrumento de *control político*.

672

Los fundamentos de voto de los magistrados Ferrero Costa y Miranda Canales pecan, en mi opinión, de *formalistas* y no reparan en la *legitimidad* de la decisión del Tribunal Constitucional, de aquella que se funda en la noción que se planteó como línea de base en el fundamento 9° de la ya citada STC N.° 0005-2005-CC/TC: “*La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a ésta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social*”.

-
3. Por lo demás, en tal dimensión deben tenerse en cuenta el conjunto de hechos y situaciones que se han producido después del archivamiento de la solicitud de vacancia materia de este proceso y que han desembocado en una segunda solicitud de vacancia, autónoma e independiente de la anterior; y en su aprobación; en la aceptación de la misma por parte del ex presidente Martín Vizcarra Cornejo; y en la aplicación de la fórmula de sucesión presidencial establecida en el artículo 115 de la Constitución hasta en dos ocasiones, para finalmente la asunción de la primera magistratura de la Nación por parte del actual mandatario Francisco Sagasti Hochhausler”.

Y es que no salen del encajonamiento –parafraseando la citada STC N.º 0005-2005-CC/TC– de *la pretendida corrección técnico-jurídica*, de carácter procesal, de decir que debían pronunciarse, sola y exclusivamente, de lo que fue puesto a su conocimiento: la Moción de Orden del Día N.º 12090. Y como había un hecho *notorio y de pública evidencia* que debía ser incorporado en tal evaluación (que ya había agotado efectos al no declarar la vacancia presidencial), no cabía pronunciarse sobre el segundo pedido de vacancia porque no era parte del proceso, a pesar de que éste también era otro hecho notorio y de pública evidencia. Procesalmente, *no era materia de litis*, parecieran decir los magistrados Ferrero y Miranda. ¿Y sobre el *rol pacificador* del Tribunal Constitucional? ¿Y la necesidad de *legitimar* la decisión *constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social*, como se dice en la STC N.º 005-2005-CC/TC? Ni una sola palabra.

Y del contenido del fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada, al parecer, tampoco él se planteó como problema el rol pacificador del Tribunal Constitucional. Partió de la misma visión de sus colegas Ferrero Costa y Miranda Canales. Dijo:

“[D]espués de planteada la demanda, dicha moción [N.º 12090] fue debatida y votada en el Pleno del Congreso de la República, donde no obtuvo los votos requeridos por el artículo 89-A de su Reglamento para ser aprobada; por tanto, tal moción fue archivada. De esta manera, ocurrió la sustracción de la materia controvertida en este proceso. En un proceso competencial, la materia a evaluarse debe ser un acto concreto de alguna entidad estatal que menoscaba las atribuciones constitucionales de otra entidad estatal. Al desaparecer dicho acto, ya no hay nada que analizar”.

Desde un punto de vista puramente procesal su argumento es correcto. Pero, insisto, desde la perspectiva de la legitimidad constitucional de la decisión, más allá de su “corrección técnico-jurídica”, considero que no.

Ahora bien, cabe también destacar para el análisis que, en su fundamento de voto, el magistrado Sardón de Taboada precisó que consideraba que había una razón adicional para declarar la improcedencia de la demanda competencial: “que se trataba de una cuestión sustancialmente igual a la que ya fue resuelta por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 00006-2003-AI/TC”. Para el aludido magistrado:

“[...] Dicha sentencia precisó el uso de la vacancia por incapacidad moral, sugiriéndole al Congreso incluir en su Reglamento un procedimiento ad-hoc para el trámite de tales mociones. El Tribunal Constitucional también sugirió elevar a dos tercios del número legal de miembros del Congreso la votación requerida para la aprobación de las mismas. Ambas sugerencias fueron recogidas por el Congreso el año 2004, introduciendo el artículo 89-A a su Reglamento. El Tribunal Constitucional no puede ir más allá, como pretenden mis colegas que acogen la presente demanda. El Tribunal Constitucional, vía interpretación, no puede reescribir la Constitución. El inciso 2 del artículo 113 de la Constitución le otorga al Congreso la atribución de declarar la vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República en cualquiera de los cinco años de su mandato. El Tribunal Constitucional no puede introducir reglas que hagan inviable el ejercicio de esta atribución.

En realidad, de la revisión de los debates constitucionales de 1993 resulta claro que los constituyentes eran conscientes de que el término “incapacidad moral” podía ser interpretado de distintas maneras. Esta preocupación también está registrada en los debates que alumbraron la Constitución de 1979. A pesar de ello, los constituyentes tanto de 1993 como de 1978-79 decidieron mantener este término en el texto constitucional, considerando que estaba presente en nuestra Constitución histórica desde 1839, sin que hubiese sido prácticamente utilizado. La inclusión de la vacancia por incapacidad moral en la Constitución no fue, pues, un descuido; fue una decisión deliberada. Los constituyentes decidieron otorgarle al Congreso ese mecanismo de control, y lo hicieron [...]”.

674

Sin embargo, si se afina el lente con el cual observamos lo que sostiene el Magistrado Sardón, pueden distinguirse dos argumentos mezclados con la afirmación de que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre una cuestión “sustancialmente igual” a la planteada en la demanda del Poder Ejecutivo en el Expediente N° 0002-2020-CC/TC: por un lado, la carencia de competencia del Supremo Intérprete de la Constitución para limitar, vía interpretativa, la causal de vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República (*political question*); y, por otro, que la anterior tesis se justifica en una interpretación *originalista* y conservadora de la Constitución.

Pero antes de abordar estos dos argumentos, cabe detenerse en la alegación de que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre una cuestión

“sustancialmente igual” a la planteada en la demanda del Poder Ejecutivo en el Expediente N° 0002-2020-CC/TC. Lamentablemente, tal afirmación no se ajusta, en modo alguno, ni a lo que trató la citada STC N.° 0006-2003-AI/TC, y, menos aún, a lo “cuestionado” en la demanda competencial presentada por el procurador Luis Huerta Guerrero contra la Moción de Orden del Día N.° 12090.

Me explico.

La STC N.° 0006-2003-AI/TC fue un fallo emitido en un proceso de inconstitucionalidad planteado por 65 Congresistas de la República contra el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República¹². Por tanto, no se trató de un caso donde la interpretación de la causal de permanente incapacidad moral del presidente de la República fuera el objeto de la demanda de inconstitucionalidad planteada. Sin embargo, de manera *extra petita*, y atendiendo al contexto político de la época en que se emitió el fallo¹³, en el fundamento 26° de dicha sentencia, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la necesidad de que, en el Reglamento del Congreso, se regule un procedimiento y se establezca una votación calificada para que el Parlamento Nacional pueda declarar la vacancia del presidente de la República por la causal prevista en el inciso 2° del artículo 113° de la Constitución¹⁴.

12 En la parte referida a los *antecedentes* en el fallo citado, el Tribunal Constitucional precisó que los demandantes alegaron que el inciso j) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República “supone un desconocimiento de la institución de la inmunidad parlamentaria y que vulnera los artículos 93°, 99° Y 100° de la Constitución, dado que establece que basta una mayoría simple de los presentes en un pleno del Congreso para aprobar una acusación constitucional contra uno de sus miembros, despojarlo de su inmunidad para ser sometido a un proceso judicial e, incluso, suspenderlo en sus funciones, inhabilitarlo o destituirlo”.

13 Coincido, plenamente, con Abraham García Chávarri (2020), que, durante el mandato de Alejandro Toledo, “la votación requerida para vacar al presidente de la República por permanente incapacidad moral fue atemperada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [justamente, la citada STC N.° 0006-2003-AI/TC], cuando quería aplicársele con ocasión de una filiación no reconocida pues al no estar prevista en el Reglamento del Congreso, se estimaba que no resultaba prudente contemplar solo una mayoría simple para una decisión de esa envergadura y repercusión”.

14 Dijo, explícitamente, el Tribunal Constitucional lo siguiente:

“§3. Sobre la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral o física

26. Este Colegiado debe resaltar que no existe procedimiento ni votación calificada alguna para que el Congreso de la República pueda declarar vacante el cargo de Primer Mandatario por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, esto es, por “su permanente incapacidad moral o física”. Ello, desde luego, no podría significar que el más alto cargo de la Nación pueda quedar vacante como consecuencia de mayorías simples, pues ello sería atentatorio del principio de razonabilidad, pudiéndose presentar supuestos absolutamente inaceptables

Así, en modo alguno, en la citada sentencia, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la cuestión relacionada a cómo debe entenderse, interpretarse, la causal de “permanente incapacidad moral” del presidente de la República, de tal manera que pueda controlarse algún uso arbitrario o indebido de tal atribución que es, justamente, lo que la demanda competencial presentada por el Poder Ejecutivo alega en el Expediente N° 0002-2020-CC/TC¹⁵. Dicho de otro modo, en dicha demanda competencial, *no* se cuestionaron las *reglas de procedimiento* del pedido de vacancia a que se refiere la Moción de Orden del Día N.° 12090, ni tampoco la votación calificada, de tal manera que pueda equipararse a lo resuelto en el fundamento 26° de la STC N.° 0006-2003-AI/TC.

Siendo esto así, ¿qué “cuestión sustancialmente igual” a la que ya fue resuelta por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia del año 2003, se refiere el magistrado Sardón de Taboada? La respuesta cae de madura: ninguna. En dicha sentencia *jamás* el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la manera de *interpretar* la referida causal de vacancia¹⁶ y, menos aún, dijo que no tenía competen-

en un Estado social y democrático de derecho, tales como el hecho de que mientras que el Congreso necesite de la votación de más de la mitad de su número legal de miembros para remover a los ministros (responsables políticamente y no elegidos por el pueblo), mediante el voto de censura, sin embargo, no necesite sino una mayoría simple para remover al Presidente de la República (quien no tiene responsabilidad política y es elegido directamente por la voluntad popular). En ese sentido, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de la Constitución, a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, al igual que en los casos de juicio político, debe estipularse una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso”.

15 Como la propia decisión en mayoría reconoce en el fundamento 2° de la Sentencia N.° 778/2020, en la demanda se solicitó al Tribunal Constitucional “*determinar que el Congreso de la República ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral*”.

16 La magistrada Ledesma y el magistrado Ramos, en su voto singular conjunto, también llegan a la misma conclusión. Cito lo dicho en el fundamento 36° de su voto:

“36. Hasta el momento, la vacancia presidencial originada en la causal de permanente incapacidad moral establecida en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución no ha sido objeto de interpretación constitucional por el Tribunal Constitucional. No obstante ello, en el año 2003 el Tribunal publicó su sentencia recaída en el Expediente 0006-2003-AI en la que analizó la constitucionalidad del inciso j) del artículo 89 del Reglamento del Congreso, referido al procedimiento de acusación constitucional contenido en los artículos 99 y 100 de la Constitución, y advirtió sobre la ausencia de regulación legislativa sobre el procedimiento de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral”. [subrayado agregado]

cia para ejercer su labor de interpretación constitucional (una suerte de *political question* que es lo que se deriva de la alegación del magistrado Sardón, como lo trataré más adelante). No cabe duda, pues, que lo afirmado por el aludido magistrado es un evidente error comparativo.

Ahora bien, en el mismo párrafo donde plantea tal argumento, el magistrado Sardón formula otro que, en mi opinión, es totalmente distinto al primero: “[e]l Tribunal Constitucional, vía interpretación, no puede reescribir la Constitución”, porque –señala el aludido magistrado– en su opinión: “[e]l inciso 2 del artículo 113 de la Constitución le otorga al Congreso la atribución de declarar la vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República en cualquiera de los cinco años de su mandato. El Tribunal Constitucional no puede introducir reglas que hagan inviable el ejercicio de esta atribución”.

Sin embargo, ¿acaso tales consideraciones las pronunció el Tribunal Constitucional en el fundamento 26° de la STC N.° 0006-2003-AI/TC (referido a la necesidad de reglar un procedimiento *ad hoc* y una votación calificada para decidir la vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República)? ¿O es que de tal consideración basada en aspectos procedimentales del pedido de vacancia presidencial contenidas en la citada sentencia se puede inferir, lógica y valederamente, que el propio Tribunal Constitucional se autoimpuso el límite de que, en tal materia, “vía interpretación, no puede reescribir la Constitución” dado que “no puede introducir reglas que hagan inviable el ejercicio de esta atribución”?

El ensayo de respuestas a las preguntas formuladas muestra que hay un problema de coherencia narrativa en el argumento del juez Sardón que aquí contradigo.

Sin embargo, si nos apartamos por un momento de este defecto de motivación y reconstruimos tal alegación, dotándola de autonomía del primer argumento (que, desde luego, y por las razones antedichas, es manifiestamente *fallaz*), pareciera que, en realidad, el magistrado Sardón plantea que la vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República es una atribución que la Constitución le otorga al Congreso de manera exclusiva y que, por ello, se trata una *cuestión política no judicial* (*political question*). Por tanto, pareciera que sugiere una excepción a la regla establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –que el mismo juez ha suscrito en reiteradas oportunidades– de que “*no hay zonas exentas del control constitucional*”.

Las *political questions*, como bien afirma LANDA (2000: 174), fueron asumidas, por primera vez en la jurisprudencia constitucional peruana, en la STC N.º 0340-1998-AA/TC (caso Guillermo Rey Terry¹⁷). E, incluso, los magistrados suscriptores del fallo que aquí comento, han aludido a esta doctrina en el fundamento 9º del muy reciente ATC N.º 00013-2020-PI/TC del pasado 7 de enero de 2021, en el cual se admitió a trámite la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Sullana contra la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional, y contra la Ley 30916, Ley Orgánica de la Junta Nacional de Justicia¹⁸.

Sobre las *political questions*, el profesor LANDA (2000: 176-177) señala lo siguiente:

“En el caso Baker versus Carr, el Tribunal Supremo [de los Estados Unidos de Norteamérica] sentenció que en todos los casos en que se había formulado la doctrina de las *political questions* se trataba: «a) de un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional; b) de una

17 En el fundamento 11º de esta sentencia, el Tribunal Constitucional dijo lo siguiente:

“11. Que a este respecto y si bien este Supremo Intérprete de la Constitución, entiende que el ejercicio de la potestad de sanción, específicamente la de destitución de altos funcionarios, no puede ser abiertamente evaluada en sede jurisdiccional, pues constituye un acto privativo del Congreso de la República, equivalente a lo que en doctrina se denomina como “political questions” o cuestiones políticas no justiciables, también es cierto, que tal potestad no es ilimitada o absolutamente discrecional, sino que se encuentra sometida a ciertos parámetros, uno de ellos y quizás el principal, el de su ejercicio conforme al principio de razonabilidad, pues no sería lógico ni menos justo, que la imposición de una medida de sanción, se adopte tras una situación de total incertidumbre o carencia de motivación. De allí que cuando existan casos en los que un acto de naturaleza política, como el que se cuestiona en la presente vía de amparo, denote una manifiesta transgresión de dicho principio y por extensión de otros como el del Estado Democrático de Derecho o el Debido Proceso Material, es un hecho inobjetable que este Colegiado si puede evaluar su coherencia a la luz de la Norma Constitucional”.

18 En este auto, ha dicho el Tribunal Constitucional:

“16. Del mismo modo, en el fondo de la controversia este Tribunal deberá dilucidar si es que es viable (y en qué medida) el control de constitucionalidad de leyes de reforma que hayan sido aprobadas a través de referéndum. Ello supondrá determinar si es que el control de la Ley 30904, Ley de Reforma Constitucional que aprueba la creación de la Junta Nacional de Justicia, es un asunto propio de las *political questions* o si, en caso de existir la posibilidad de ejercer alguna clase de control, deba observarse alguna especial deferencia o consideraciones a la voluntad popular plasmada en las urnas. Del mismo modo, corresponderá esclarecer si es que los límites formales o materiales de la reforma constitucional que han sido trazados en nuestra jurisprudencia son aplicables en esta clase de supuestos”.

carencia de *standards* judiciales, apropiados para su enjuiciamiento; c) de una imposibilidad de que la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político apropiados para un tipo de discreción claramente no judicial; d) de una imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales; e) de una necesidad poco corriente de buscar el apoyo judicial a una decisión ya tomada; o, finalmente, f) de una cuestión que puede producir situaciones embarazosas al emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales». Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana no ha sido uniforme, sobre todo si se considera que este aporte delimitador de las *political questions* del liberal Tribunal Warren, fue más bien una excepción, como quedó establecido a partir del Tribunal Burger”.

Pero, si el argumento del magistrado Sardón de Taboada para rechazar la demanda consiste, en realidad, en que la vacancia por incapacidad moral del presidente de la República es una *political question* porque se trata de una atribución exclusiva –y excluyente– del Congreso, por mandato de la Constitución, que le impide al Tribunal Constitucional *interpretar* el contenido de dicha causal y establecer límites a su aplicación, pues dicho argumento parecería sustentarse en una *interpretación originalista*¹⁹ de la Carta Política de 1993.

19 Sobre la *interpretación originalista*, ARÉVALO y GARCÍA (2018: 405-406) señalan lo siguiente:

“Las dos posturas más reconocidas sobre cómo entender la constitución, posturas de donde brotan los métodos de interpretación en el sistema jurídico norteamericano, son el *originalism* (originalismo) y el *living constitutionalism* (constitución viva), y representan modelos de pensamiento que reflejan las dos opciones interpretativas que suelen debatirse al momento de preguntarse cómo entender la constitución. La primera de las opciones, el *originalismo*, promueve la estabilidad, inmutabilidad y vocación de permanencia de la Constitución, tanto en su contenido, como en el significado del mismo: La constitución al recoger los principios esenciales construidos para la nación por los Padres Fundadores, no debe cambiar salvo por enmiendas de tipo formal (que implican un procedimiento interinstitucional y complejo) y quienes la interpretan deben respetar su contenido original y significado esencial, histórico, pues son las ideas y formas de ver el mundo en 1790, creadoras de la nación, las que tienen valor jurídico en el documento y en las que se consigna la legitimidad democrática.

Esta postura pétrea frente al contenido de la constitución promueve un conjunto de métodos conocido como históricos u originalistas, que se remiten a los significados originales del texto, a su contexto histórico, al significado de las palabras de la época e incluso a los trabajos preparatorios de los redactores de la misma para analizar todo caso de orden constitucional, siempre bajo dos preguntas: ¿Cuál es el significado original de lo dicho por la Constitución en X materia? y ¿Cuál sería la postura de los Padres Fundadores, redactores de la constitución, frente al problema planteado?.

No de otro modo se entiende su remisión a la “decisión” de los constituyentes sobre el particular²⁰.

La opción por una postura *originalista* de la interpretación constitucional a la cual acude el juez Sardón para sustentar la carencia de competencia del Tribunal Constitucional para *interpretar* la causal de vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República, prevista en la Constitución (*political question*), sin duda, se aparta de una postura interpretativa de *constitucionalismo viviente*²¹ que, ante los graves hechos políticos, *notorios y de pública evidencia*, a los que ya me he referido en las líneas precedentes (*supra* 2.3.), hace que el Tribunal Constitucional intervenga en aras de su rol pacificador y, como he venido insistiendo en este trabajo, *de cara al futuro* para darle estabilidad al destino del cargo presidencial.

Así las cosas, como se aprecia de lo abordado hasta este punto, la posición mayoritaria de los magistrados Ferrero, Blume, Miranda y Sardón se escuda en

La postura pétreo frente al significado de la Constitución no escapa a las críticas, como las de aquellos que reproducen el famoso argumento que indica que desde el punto de vista democrático el originalismo más recio implica limitar el destino de las generaciones presentes a lo decidido por individuos de siglos atrás con los cuales pueden no tener nada en común, afectando la representatividad dentro de la decisión judicial, un valor moderno de la democracia, o aquellos que temen que el originalismo sea un método para imponer posiciones jurisprudenciales de corte conservador, tradicionalista e incluso nacionalista².

- 20 En efecto, el juez Sardón señala en su fundamento de voto que “[...] de la revisión de los debates constitucionales de 1993 resulta claro que los constituyentes eran conscientes de que el término “incapacidad moral” podía ser interpretado de distintas maneras. Esta preocupación también está registrada en los debates que alumbraron la Constitución de 1979. A pesar de ello, los constituyentes tanto de 1993 como de 1978-79 decidieron mantener este término en el texto constitucional, considerando que estaba presente en nuestra Constitución histórica desde 1839, sin que hubiese sido prácticamente utilizado. La inclusión de la vacancia por incapacidad moral en la Constitución no fue, pues, un descuido; fue una decisión deliberada. Los constituyentes decidieron otorgarle al Congreso ese mecanismo de control, y lo hicieron [...]”.
- 21 AREVALO y GARCÍA (2018: 406) señalan al respecto: “La otra posición (*living constitutionalism*) promueve lo que se ha llamado una *constitución viviente*, entendida como aquella cuyo significado, alcance e interpretación debe cambiar con el tiempo a medida que las circunstancias lo demandan, por ejemplo, los cambios en las relaciones sociales, en la cultura, en la conformación demográfica del país, en la economía, etc. Todo ello, sin implicar enmiendas de carácter formal, sino a través de interpretaciones jurisprudenciales que, sin desconocer los más esenciales principios históricos previstos por los padres fundadores, permitan moldear la constitución a la cambiante realidad, implicando con ello un flujo de decisiones judiciales modernizantes que ofrezcan respuestas innovadoras, más allá de lo que el texto mismo de la constitución dictamine de forma taxativa, en tanto el significado de sus palabras debe cambiar con el paso de la historia y es la tarea del juez interpretar estos cambios y los nuevos significados de la constitución”.

una “sustracción de la materia” que en modo alguno se justifica a la luz de los tres hechos políticos que, considero, eran también *notorios y de pública evidencia* e, incluso, de mayor calado que el hecho por el cual la Moción de Orden del Día N.º 12090 agotó sus efectos al no lograr la votación calificada para aceptar la vacancia del cargo de presidente de la República.

Es más, el argumento al cual recurre el juez Sardón en su fundamento de voto referido a que recomienda al Congreso concentrarse en restaurar el Senado, “*para evitar enfrentamientos políticos y sociales tan dramáticos como el presente*”, porque en un congreso unicameral, “*pueden cometerse errores más fácilmente que en uno bicameral; una cámara de revisión, por definición, contribuye a que se reflexione más las decisiones que se adoptan*”²², termina siendo, más bien, aquel que justifica que el Tribunal Constitucional se aparte de cualquier interpretación *originalista* de la Constitución y opte por su rol pacificador procurando que, a través de su interpretación de la causal prevista en el inciso 2º del artículo 113º de la Constitución, evite –parafraseando al juez Sardón– esos “enfrentamientos políticos y sociales tan dramáticos como el presente”. Y es que justamente la carencia de una segunda Cámara –como lo he señalado en diversas oportunidades en otros espacios públicos– obliga al Tribunal Constitucional a no eludir el rol preponderante –fruto del defectuoso diseño de un Parlamento unicameral– de ser, *de facto*, la segunda cámara reflexiva que el Perú no tiene. Por tanto, escudarse en el formalismo procesal de la “sustracción de la materia” revela que, lastimosamente, los magistrados que formaron sentencia, abdicaron del delicado y necesario rol pacificador del Tribunal Constitucional y dejaron pasar la oportunidad de pronunciarse en el caso más importante en la historia de la jurisdicción constitucional en el Perú, como bien señala el juez Espinosa-Saldaña en su voto singular²³.

22 Textualmente, dice el magistrado Sardón en su fundamento de voto: “Por ello, para evitar enfrentamientos políticos y sociales tan dramáticos como el presente, el Perú —cuyo sistema de gobierno combina elementos parlamentaristas y presidencialistas— debería volver a tener un Senado. Me atrevo a sugerir que el Congreso de la República pondere esta reforma constitucional puntual, que contribuiría a la afirmación de la democracia peruana. En un Congreso unicameral, pueden cometerse errores más fácilmente que en uno bicameral; una cámara de revisión, por definición, contribuye a que se reflexione más las decisiones que se adoptan”.

23 Al empezar su voto singular, el juez Espinosa-Saldaña así lo señala: “Discrepo de lo decidido en este caso por la mayoría de mis colegas, quienes han declarado improcedente esta demanda, la cual, quizás, era la más importante que le ha tocado resolver este Tribunal en toda su historia, y ciertamente, sin duda, la más relevante desde que se cambió sustancialmente su composición el año 2014”.

2.5. La insólita referencia a un antecedente jurisprudencial (STC N° 0004-2004-CC/TC) en el cual hubo pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión pese a la “sustracción de la materia” de un extremo de las pretensiones de la demanda

Pero el frágil argumento de la “sustracción de la materia” no solo se erosiona en sus bases en mérito a lo analizado en los puntos precedentes de este trabajo, sino que se derrumba al pretender ampararse en la STC N.° 0004-2004-CC/TC.

En efecto, en el fundamento 6° de la STC N.° 778/2020, los jueces Ferrero, Miranda, Blume y Sardón dijeron:

“[E]n anterior pronunciamiento, [el] Tribunal [optó] por emitir una decisión similar en un proceso competencia[al], debido a que la duración de los plazos procesales, igualmente generaron la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo respecto de un extremo (Cfr. sentencia emitida en el expediente 00004- 2004-CC/TC). Tal forma de resolución de este proceso orgánico no resulta ajena en la jurisprudencia, pues, de hecho, sucede frecuentemente que durante el trámite del proceso pueden producirse hechos que permiten resolver el conflicto extraproceso”.

682

Nótese que la justificación de la “sustracción de la materia” motivada por “la imposibilidad de emitir un pronunciamiento sobre el fondo respecto a un extremo” se funda en la referida STC N.° 0004-2004-CC/TC en la cual el Tribunal Constitucional emitió “una decisión similar en un proceso competencial”, según los jueces Ferrero, Miranda, Blume y Sardón.

Lastimosamente, lo dicho por los aludidos magistrados *no* se ajusta a lo que se aprecia en el contenido de dicha sentencia.

En efecto, el caso resuelto en la STC N.° 0004-2004-CC/TC se trató del conflicto de competencia que promovió el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, aduciendo que éste había invadido sus competencias en materia presupuestaria al presentar el “Proyecto de Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005” al Congreso de la República, excluyendo el monto total que presentó el Poder Judicial conforme al artículo 145° de la Constitución. La demanda fue presentada el 20 de octubre de 2004 y fue sentenciada el 31 de diciembre del mismo año, es decir, cuando la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005 ya había sido aprobada por el Parlamento Nacional.

Como quiera que, al momento de sentenciar, la Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005 ya había sido aprobada, efectivamente, el Tribunal Constitucional consideró que se había producido la *sustracción de la materia*. Sin embargo, hizo estas precisiones en el fundamento 13°. Cito:

“13. Por tanto, respecto de los dos últimos puntos del petitorio –señalados en los literales d) y e) del Fundamento N.º 11, *supra*– ha operado la sustracción de la materia. Sin embargo, el hecho de que se haya aprobado la Ley de Presupuesto para el ejercicio fiscal 2005, bajo el supuesto de que el Poder Ejecutivo fijó un tope para el presupuesto del Poder Judicial, no impide que este Tribunal Constitucional conozca sobre el fondo del conflicto, porque la demanda del Poder Judicial cuestiona con carácter general la decisión del Poder Ejecutivo, durante los últimos años, de determinar el presupuesto del Poder Judicial que, en opinión del demandante, afecta la competencia que le reconoce el artículo 145.º de la Constitución para presentar su presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que éste último lo modifique, y sustentarlo ante el Congreso de la República. En consecuencia, este Tribunal Constitucional sólo se pronunciará sobre los tres primeros puntos del petitorio”.

683

Como se aprecia, el Tribunal Constitucional señaló que no se pronunciaría sobre los dos últimos puntos del petitorio²⁴ (cuya naturaleza responde al dictado de una *sentencia de condena*), pero sí sobre los demás que requerían una *sentencia*

24 ¿Cuáles eran los puntos solicitados del petitorio que formuló el Poder Judicial en su demanda? Obran en el fundamento 11º de la STC N.º 0004-2004-CC/TC. Cito:

“11. En relación al petitorio de la presente acción, los demandantes han solicitado en el presente conflicto de competencia lo siguiente:

- a) Que se reafirme que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo,
- b) Que se reafirme que es competencia del Poder Judicial sustentar ante el Congreso de la República el proyecto de presupuesto que presentó al Poder Ejecutivo.
- c) Que se determine que no es competencia del Poder Ejecutivo modificar el proyecto de presupuesto que le presenta el Poder Judicial.
- d) Que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial contenida en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005” presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República.
- e) Que, como consecuencia de la nulidad y de la determinación de la competencia solicitadas, se ordene la inclusión en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005”, del proyecto de presupuesto del Poder Judicial, que remitió este Poder del Estado al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004”.

*declarativa*²⁵ del máximo contralor constitucional en el sentido de definir las competencias de ambos poderes públicos en conflicto²⁶.

Si se revisa lo que solicitaba el procurador Luis Huerta Guerrero en la demanda competencial, advertiremos que había similitud con la naturaleza de las pretensiones formuladas por el Poder Judicial en la causa resuelta por la STC N.º 0004-2004-CC/TC: una combinación de *pretensiones declarativas y de condena*. Cito lo que dice el numeral 17º de la demanda competencial presentada por el procurador Huerta²⁷:

“[E]n atención a las características particulares del conflicto por menoscabo de competencias, en el presente caso se solicita al Tribunal Constitucional que, como consecuencia de determinar que el Congreso ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, declare la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día N.º 12090, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión, archivando de forma definitiva el procedimiento de vacancia”.

25 El Tribunal Constitucional, en los fundamentos 21º y 22º de la STC N.º 04119-2005-PA/TC (caso Roberto Renato Bryson Barnechea), ha distinguido las sentencias *declarativas, constitutivas y de condena*, guiado por la doctrina procesal. Cito:

“21. Sabido es que en la clásica clasificación de las sentencias, éstas suelen identificarse en función del contenido de su parte dispositiva, esto es, si declaran un derecho o una situación jurídica preexistente a la sentencia (sentencias declarativas), si constituyen un derecho o una posición jurídica con relación a un objeto o situación (sentencias constitutivas) y si ordenan compulsivamente la realización de determinados actos establecidos en el proceso tras verificarse la transgresión del orden legal (sentencias de condena). 22. La condena es la consecuencia de la violación de un mandato o de una obligación. Couture sostiene que “La condena consiste, normalmente, en imponer al obligado el cumplimiento de la prestación, en comunicarle a que se abstenga de realizar los actos que se le prohíben, o en deshacer lo que haya realizado”. La doctrina procesal ha propiciado en los últimos tiempos la desvinculación de estas categorías con las posibilidades de ejecución, recusando de este modo la afirmación según la cual sólo las sentencias de condena se ejecutan inmediatamente y en forma incluso forzada, o aquellas que dividían la secuela del proceso de la ejecución de la sentencia que emana del mismo”.

26 De las pretensiones de la demanda competencial del Poder Judicial, reproducidas por el Tribunal Constitucional en el fundamento 11º de la STC N.º 0004-2004-CC/TC, se advierte que las tres primeras son declarativas mientras que las dos últimas son de condena.

27 Disponible en: http://gacetacivil.com.pe/documentos/DemandaCompetencial_14092020.pdf Consultado: 10 de marzo de 2021.

En efecto, cuando se le pide al Tribunal Constitucional que “determin[e] que el Congreso ha hecho un uso indebido de su competencia respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral”, se trata, qué duda cabe, del pedido de una *sentencia declarativa*. En cambio, al pedir que el Supremo Intérprete de la Constitución “declare la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día N.º 12090, así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión”, la naturaleza jurídica de tal pretensión importaba la emisión de una *sentencia de condena*.

Teniendo claras las distinciones entre las pretensiones *declarativas* y de *condena*, repárese que en la STC N.º 0004-2004-CC/TC, el Tribunal Constitucional declaró la “sustracción de la materia” respecto de las pretensiones que importaban una *sentencia de condena*, puesto que, si ya se había dictado la Ley del Presupuesto para el año 2005, no tenía objeto dar órdenes sobre hechos ya consumados. En cambio, sí se pronunció sobre las pretensiones que derivaban en una necesaria *sentencia declarativa* que zanjara el debate sobre las competencias del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo, respecto de la preparación del presupuesto del primero²⁸.

28 Efectivamente, en la parte resolutive de este fallo, el Tribunal Constitucional emitió esta decisión: “[...] [E]l Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar que, conforme a lo señalado en el Fundamento N.º 13, *supra*, ha operado la sustracción de la materia respecto a la pretensión del demandante de que se declare la nulidad de la parte correspondiente al presupuesto del Poder Judicial contenida en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005” presentado por el Poder Ejecutivo ante el Congreso de la República, y que se ordene la inclusión, del proyecto de presupuesto del Poder Judicial que remitió este Poder del Estado al Poder Ejecutivo el día 27 de agosto de 2004 en el “Proyecto de Ley Anual de Presupuesto del Sector Público para el año 2005”.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda en el extremo de la competencia que confiere en artículo 145.º de la Constitución al Poder Judicial. En consecuencia, intérpretese que es competencia del Poder Judicial presentar su proyecto de presupuesto al Poder Ejecutivo, sin que éste último lo modifique, para su posterior sustentación ante el Congreso de la República, conforme a los Fundamentos N.ºs 40 a 45 de la presente sentencia.
3. **EXHORTAR** al Poder Judicial para que formule una Política Judicial de corto, mediano y largo plazo, en donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientará la organización judicial para administrar justicia. Para tal efecto, se deberá identificar los fines generales y objetivos específicos; el inventario y evaluación de los medios y recursos para alcanzarlos; y la determinación de líneas de acción. Dicha política deberá ser el sustento técnico para la toma de decisiones del Poder Legislativo en relación a la aprobación de su presupuesto.

Entonces, ¿era posible pronunciarse sobre la única pretensión que derivaba en una sentencia declarativa del Tribunal Constitucional que dilucidara la cuestión sobre el “uso indebido de [la] competencia [del Congreso] respecto a la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral”?

La respuesta cae de madura: por supuesto que sí. Es más, invocar el antecedente jurisprudencial que representa la STC N.º 004-2004-CC/TC y seguirlo con pulcritud y minuciosidad en el caso concreto del Expediente N.º 0002-2020-CC/TC, hubiera merecido que, en principio, el Tribunal Constitucional declare la *sustracción de la materia* de la pretensión que involucraba una sentencia de condena (la nulidad de la admisión a trámite de la Moción de Orden del Día N.º 12090, “así como de los siguientes actos adoptados por el Congreso de la República en base a esta decisión”²⁹), y, sin embargo, tan igual como sucedió en la STC N.º 004-2004-CC/TC, se hubiera pronunciado sobre la pretensión que involucraba la emisión de una sentencia declarativa, a fin de determinar³⁰ si el Congreso había incurrido, o no, en el uso “indebido” de su competencia para declarar la vacancia presidencial por la causal de permanente incapacidad moral.

686

Y es que la determinación de un “uso indebido” de tal competencia significaba ingresar a establecer el marco conceptual de la causal, si aquella permite establecer límites en su empleo y, por consiguiente, si era posible infringirlos —o no— de tal manera que se pudiese identificar —si fuera el caso— un “uso indebido” de tal competencia. Con ello se lograba, indudablemente, que el Tribunal Constitucional no abdique, en modo alguno, de su rol de supremo intérprete y

-
4. **EXHORTAR** al Poder Legislativo para que dicte una ley mediante la cual se establezcan los mecanismos especiales de coordinación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, en cuanto a la elaboración del presupuesto de este último con respecto a lo previsto en el artículo 145.º de la Constitución, concordante con el principio de equilibrio financiero previsto en el artículo 78.º del mismo cuerpo legal.
 5. **EXHORTAR** al Poder Legislativo para que, conforme a las capacidades económicas del país, se incrementen las partidas presupuestarias correspondientes a favor del Poder Judicial, a efectos de consolidar el proceso de reforma de la administración de justicia en el que se encuentra abocado”.
- 29 Por cuanto aquella, como he venido diciendo antes en este trabajo, ya había agotado efectos al no haber logrado los votos necesarios para declarar la vacancia presidencial en el Pleno del Congreso.
- 30 Usando el caso concreto e incorporando la evaluación de los tres hechos notorios a los que me he referido antes (*supra* 2.3.), sin que ello involucre la *nulidad* de la Moción de Orden del Día N.º 12684 que el propio Poder Ejecutivo había *consentido* al no promover demanda competencial alguna contra dicha Moción.

contralor de la constitucionalidad³¹. Esta determinación de las competencias, fue también un criterio establecido por la magistrada Ledesma y el magistrado Ramos en su voto singular conjunto³², así como en el del juez Espinosa-Saldaña³³.

No puedo dejar de pasar por alto que es necesario dejar constancia sobre el efecto jurídico que significa, también, la decisión, por mayoría, de declarar la “sustracción de la materia”: que facilita la defensa de todos aquellos que, como bien anota el magistrado Espinosa-Saldaña en su voto singular (fundamento 96°),

31 De allí que me encuentre en frontal desacuerdo con lo dicho en el fundamento 8° de la Sentencia N.° 778/2020 suscrita por los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón, en el sentido, de que esta decisión de declarar la improcedencia de la demanda por *sustracción de la materia*, “no implica en forma alguna que este Tribunal Constitucional abdique de su rol de garante de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución, sino que, en esa misma línea, se trata de una decisión que cierra el presente proceso conforme a la Constitución y a la ley, poniendo fin a la incertidumbre sobre el sentido y las consecuencias que, en el momento actual, una decisión de este Tribunal podría tener sobre la titularidad del Poder Ejecutivo y la gobernabilidad del país”. Por el contrario, a la luz de los argumentos hasta aquí vertidos, sobran razones para sostener que la posición mayoritaria –además de no tomar en cuenta tres hechos notorios y de pública evidencia que requerían su pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión por el rol pacificador del Tribunal Constitucional, autoimpuesto en su propia jurisprudencia– aplicó, indebidamente, la “sustracción de la materia” a extremos del petitorio de la demanda competencial del Poder Ejecutivo cuya naturaleza importaba la emisión de una sentencia declarativa que, en modo alguno, quedaba afectada por el hecho de que el procedimiento parlamentario de la Moción de Orden del Día N.° 12090 hubiera agotado sus efectos al momento de expedir sentencia en el Expediente N.° 0002-2020-CC/TC.

32 Coincido, principalmente, con lo que señalan la Magistrada Ledesma y el Magistrado Ramos en su voto singular conjunto, en el ítem *iii* del fundamento 3°:

“Si como aduce el demandado, el Tribunal Constitucional se encontrase impedido de abordar la cuestión controvertida porque el pedido de vacancia fue finalmente desestimado con anterioridad a la emisión de la sentencia, ello conllevaría a sostener que bastará que un procedimiento viciado se lleve a cabo con suficiente celeridad como para frustrar la intervención de este órgano de control de la Constitución. Por otra parte, debe tomarse en cuenta que sería suficiente con que la actuación que manifiesta el presunto menoscabo a las competencias de un poder del Estado u órgano constitucional cese antes de la expedición de la sentencia para que carezca de objeto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Un razonamiento en ese sentido resulta contrario a los fines que cumple este Tribunal, que integra, ordena y pacifica las relaciones entre los poderes públicos entre sí, como lo exige la naturaleza del caso de autos”.

33 El Magistrado Espinosa-Saldaña lo señala así en el fundamento 11° de su voto singular:

“11. Siendo así, como he venido explicando reiteradas veces, lo que le tocaba responder al Tribunal en esta controversia es, muy claramente, delimitar lo relacionado con el adecuado ejercicio de la competencia del Congreso de vacar a un presidente por la causal de incapacidad moral permanente contenida en el artículo 113, inciso 2 de la Constitución, y luego, con base en lo anterior, pronunciarse sobre los posibles efectos nulificantes respecto de actos que pudieran encontrarse viciados”.

debieran asumir responsabilidad por asumir “[irregularmente] el poder en base a una interpretación inconstitucional del artículo 113 inciso 2 de la Constitución”.

En efecto, al declarar *improcedente* la demanda, los actos del legislativo se benefician de la presunción de constitucionalidad, lo cual no significa, en grado alguno, que los ciudadanos no podamos ejercer nuestro derecho a la libre expresión, análisis y crítica de las resoluciones judiciales que reconoce el inciso 20° del artículo 139° de la Carta Política de 1993 y calificar y argumentar sobre si los actos del Parlamento en las Mociones de Orden del Día N.° 12090 y 12684 fueron –o no– ajustadas a la Constitución.

Dicho esto, veamos, ahora, lo que sostienen los jueces Ledesma, Ramos y Espinosa-Saldaña en sus respectivos votos singulares.

3. La permanente incapacidad moral del presidente de la República, en los votos singulares de la jueza Ledesma y los jueces Ramos y Espinosa-Saldaña: ¿constatación de un hecho objetivo o un instrumento de control político?

688

La minoría de jueces del Tribunal Constitucional –representados en la persona de la jueza Ledesma Narvaez y los jueces Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera– tuvo claro que el caso puesto a conocimiento del máximo intérprete constitucional no sólo era histórico sino que requería pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión, determinando cómo debía entenderse, interpretarse, la causal de “permanente incapacidad moral” del presidente de la República, contenida en el inciso 2° del artículo 113° de la Constitución, de cara al futuro, puesto que la sentencia que debía pronunciarse en este caso no debía tener efectos retroactivos³⁴.

En una mirada panorámica a los votos de los siete jueces del máximo contralor de la Constitución, puede apreciarse que cuatro de ellos³⁵ reconocen que la causal objeto de análisis se encuentra en nuestro constitucionalismo histórico en

34 Véase el fundamento 96° del voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña.

35 Véase el numeral 6.3. del fundamento de voto del magistrado Blume Fortini, así como el voto singular conjunto de la magistrada Ledesma Narvaez y del magistrado Ramos Núñez, así como el voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.

ocho de las doce de nuestras Cartas Políticas³⁶, aunque tanto en el voto singular conjunto de los magistrados Ledesma y Ramos, así como en el voto singular del juez Espinosa-Saldaña, se vincula su origen a la Constitución Gaditana de 1812³⁷.

Como lo he analizado con detalle anteriormente (*supra* 2.4), de los cuatro jueces que hicieron mayoría y emitieron la Sentencia N.º 778/2020 declarando *improcedente* la demanda competencial, dos de ellos, en sus respectivos fundamentos de voto, plantearon argumentos de los cuales puede avizorarse que la naturaleza jurídica que, al parecer, le asignan a la causal de *permanente incapacidad moral* del presidente de la República, a la luz de nuestro constitucionalismo histórico, es la de ser un *instrumento de control político*. Así lo dice el juez Blume Fortini en el numeral 6.3. de su *fundamento de voto*³⁸ y, también, el juez Sardón de Taboada, quien la calificó como un “*mecanismo de control*” del Parlamento sobre el presidente de la República, puesto que, en su opinión, tanto en la Asamblea Constituyente de 1978-1979 como en el Congreso Constituyente de 1993, “fue

36 Ha estado presente en cuatro Constituciones del siglo XIX (Constituciones de 1839, artículo 81; 1856, artículo 83, inciso 2; 1860, artículo 88, inciso 1; y, 1867, artículo 80, inciso 2) y en las cuatro consecutivas del siglo XX (Constituciones de 1920, artículo 115, inciso 1; 1933, artículo 144 inciso 1; 1979, artículo 206, inciso 1; y, 1993, artículo 113, inciso 2)

37 En efecto, en el fundamento 7º del voto singular conjunto de los magistrados Ledesma y Ramos se dice lo siguiente:

“7. 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”.

Y en el fundamento 45º del voto singular del juez Espinosa-Saldaña se indica:

“45. Ciertamente, este lenguaje privatista francés en torno a la incapacidad moral no estuvo ajeno para la Constitución de Cádiz, que es el texto que sirve de base para las constituciones de las nacientes repúblicas de América Latina, y tampoco lo fue para los primeros constituyentes peruanos que la incorporaron como causal de vacancia del presidente de la república. En relación con la Constitución de Cádiz, en el artículo 25, inciso 1 se estipuló que el ejercicio de la ciudadanía española se perdía “en virtud de interdicción judicial por incapacidad física o moral”, lo cual aludía claramente a ineptitud personal como a ineptitud mental o intelectual”.

38 Consideró que, desde la perspectiva de nuestro constitucionalismo histórico, dicha causal “*siempre ha sido considerada una facultad indiscutible del Congreso especialmente reconocida como instrumento de control político sobre la figura del Presidente de la República*”. Y, como lo señalé antes (*supra* 2.4.) en los fundamentos 4º a 6º de su fundamento de voto, tiene justificación que se trate de una causal “abierta” para atender “*situaciones de graves actos en los que ha incurrido el presidente de la República, quien ostenta el más alto cargo de la Nación y es el Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Frente a esos actos, la mencionada causal se comporta como un mecanismo de control de poder, que habilita a que el Congreso adopte una decisión política con 87 votos*”.

una decisión deliberada” de los constituyentes contemplar el término “incapacidad moral” sin mayor determinación de modo tal que “podía ser interpretado de distintas maneras”, por lo que “no se trató de un descuido”³⁹.

También partiendo del análisis del constitucionalismo histórico peruano, en su voto singular conjunto, la jueza Ledesma y el juez Ramos (aunque no lo digan expresamente) coinciden con sus colegas Blume y Sardón en considerar que la causal de vacancia presidencial por permanente incapacidad moral (fundamento 40°):

“[E]s un mecanismo de control institucional que el constituyente puso en manos del Parlamento para que, frente a la conducta personal altamente reprochable de quien ejerce la Presidencia de la República, pueda declararla y apartar al Presidente de su cargo”.

Pese a la coincidencia de tal enfoque, existen diferencias en la conceptualización de lo que pueda entenderse como *permanente incapacidad moral del presidente de la República*, pues mientras que para Blume y Sardón está plenamente justificada su textura conscientemente abierta e indeterminada para que su empleo se ajuste a las necesidades que las circunstancias ameriten y que sean evaluadas, discrecionalmente, por el Parlamento; para Ledesma y Ramos tal amplitud no está justificada y, por el contrario, la discrecionalidad no puede sobrepasar determinados hitos que la delimitan. Sobre esto regresaré más adelante.

690

Sin embargo, el magistrado Espinosa-Saldaña se aparta de esta coincidencia en el parecer de sus cuatro colegas. Para él, no se trata de un instrumento de control político del Parlamento sobre el Ejecutivo. Por el contrario, la interpretación originalista e histórica de la causal, en consideración de este magistrado, “*se refiere a una enfermedad mental definitiva que padece el Presidente de la República del Perú*”

39 Textualmente señala el juez Sardón en su *fundamento de voto*:

“En realidad, de la revisión de los debates constitucionales de 1993 resulta claro que los constituyentes eran conscientes de que el término “incapacidad moral” podía ser interpretado de distintas maneras. Esta preocupación también está registrada en los debates que alumbraron la Constitución de 1979. A pesar de ello, los constituyentes tanto de 1993 como de 1978-79 decidieron mantener este término en el texto constitucional, considerando que estaba presente en nuestra Constitución histórica desde 1839, sin que hubiese sido prácticamente utilizado. La inclusión de la vacancia por incapacidad moral en la Constitución no fue, pues, un descuido; fue una decisión deliberada. Los constituyentes decidieron otorgarle al Congreso ese mecanismo de control, y lo hicieron”. [subrayado agregado]

y, por ello, es que terminaría siendo declarada por el Congreso⁴⁰. En consecuencia, se trata de una constatación factual y objetiva que le compete al Parlamento efectuar, porque tal atribución proviene de la Constitución. No es, por tanto, un instrumento de *control político* de la conducta del primer mandatario, puesto que, por su ubicación en el texto constitucional (artículo 113°), se encuentra dentro de las competencias del Congreso para declarar la vacancia del presidente de la República ante situaciones factuales muy concretas en donde el líder del Ejecutivo ya no puede continuar gobernando de manera permanente e irreversible⁴¹.

En ese sentido, concluye el magistrado Espinosa-Saldaña:

“78. [...] Ninguna de las causales establecidas en artículo 113 de la Constitución busca que los congresistas ingresen en un proceso de deliberación compleja orientado a remover un presidente por razones de conveniencia u oportunidad política, tomando en cuenta además que ello tendría que ser definido discrecionalmente por el Congreso de la República, algo que, como anoté en su momento, no resultaría coherente con nuestro modelo de gobierno.

79. Efectivamente, en el marco de nuestra forma de gobierno, en ningún caso podría interpretarse que estas causales representen una especie de “sanción” en contra de un presidente en ejercicio. Recordemos que, en efecto, en nuestro modelo el Presidente de la República no responde políticamente por sus actos (ello le corresponde a los ministros) y que son los ciudadanos quienes deciden quién ejerce la presidencia (y no el Congreso, como ocurre en los sistemas parlamentaristas)”.

691

40 Véase el fundamento 58° de su voto singular.

41 En los fundamentos 76° y 77° de su voto singular, así lo señala el magistrado Espinosa-Saldaña:

“76. Además de lo señalado, me parece importante mencionar que, de una lectura integral del artículo 113 de la Constitución, el cual regula las causales de vacancia presidencial, puede apreciarse que allí, en concordancia con el concepto de vacancia ya explicado en este mismo texto, se hace referencia a supuestos en los que solo se requiere constatar la ocurrencia de hechos objetivos, como son, por ejemplo: la muerte del presidente, su renuncia, que este haya salido del territorio nacional sin permiso del Congreso o que no haya vuelto en el plazo indicado, o que haya sido destituido por juicio político.

77. Como puede apreciarse, todos estos supuestos tan solo implican constatar situaciones de hecho en las que prácticamente no cabe mayor deliberación sobre lo ocurrido. Y ello es así, porque aquí de lo que se trata es de evitar una situación de vacío de poder en el ejercicio de la presidencia, ante la materialización fáctica de algunos de los supuestos establecidos en la referida disposición”.

Así las cosas, se tiene, claramente —a pesar de tomar como punto de inicio la interpretación constitucional histórica (*originalista*, a mi juicio) de la causal de *permanente incapacidad moral* del presidente de la República— dos posturas interpretativas distintas: la primera, que la asume como el control político de la grave *inconducta* del primer mandatario cuya intensidad riñe con la dignidad del cargo tornando insostenible su permanencia en dicha función pública⁴²; y, la segunda, que la entiende como la constatación de una circunstancia factual y objetiva de una discapacidad mental del presidente, de tal magnitud e irreversibilidad, que afecta, gravemente, su aptitud y capacidad para permanecer ejerciendo su cargo público.

Ahora bien, a diferencia de la segunda interpretación (planteada por el magistrado Espinosa-Saldaña), la primera postura interpretativa tiene, a su vez, dos enfoques distintos.

En efecto, como referí líneas arriba, por un lado, mientras los magistrados Blume y Sardón sostienen que en nuestro constitucionalismo histórico la causal fue diseñada, exprofesamente, con tal laxitud para que pueda amoldarse a las necesidades que demanden las circunstancias particulares de un caso concreto en el cual el Parlamento ejerza control sobre el primer mandatario (recuérdese, incluso, que el juez Sardón plantea que tal decisión del Congreso no puede ser revisada por el Tribunal Constitucional, *supra* 2.4.); por otro, la jueza Ledesma y el juez Ramos plantean que la causal encuentra determinados límites, siendo los principales que de una lectura sistemática y preliminar de la Constitución **no** puede usarse dicha causal para los supuestos expresamente establecidos en el artículo 117 de la Constitución (traición a la patria; impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; disolver el Congreso, salvo los casos previstos en el artículo 134, y por impedir su reunión o funcionamiento; o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral); y en caso de comisión de un delito de función o al hecho de haber incurrido en una infracción constitucional, conforme ordena el artículo 99 de la Constitución⁴³.

Es más, en el fundamento 64° de su voto singular conjunto, la magistrada Ledesma y el magistrado Ramos, con base a una interpretación sistemática de los

42 Como afirman los jueces Ledesma y Ramos en el fundamento 57° de su voto singular conjunto: “[...] de la estructura constitucional de la Carta de 1993 se desprende que [la causal de vacancia por permanente incapacidad moral] solo puede realizarse ante un escenario que comprometa, severamente, la dignidad del cargo”.

43 Véase el fundamento 47° del voto singular conjunto de los jueces Ledesma y Ramos.

artículos 43 (principio de separación de poderes), 112 (el mandato presidencial es de 5 años), 113.2 (causal de vacancia de la Presidencia de la República por permanente incapacidad moral), 103 (la Constitución no ampara el abuso del Derecho), 139.3 (garantías del debido proceso), 139.14 (derecho de defensa), 201 (el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución), 202.3 (el Tribunal Constitucional conoce los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución), de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, así como de sus funciones de valoración, ordenación y pacificación, entre otros, en el punto resolutivo 3° de dicho voto, establecieron lo siguiente:

“3. Establecer, como interpretación constitucional de obligatoria aplicación, que la competencia del Poder Legislativo para declarar la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, sólo será conforme a la Constitución, siempre y cuando se interprete que el artículo 113 inciso 2 de la Constitución y las disposiciones del Reglamento del Congreso de la República, conforme a los siguientes criterios, entre otros:

- a. Sólo será aplicable a aquellos hechos de la mayor gravedad que atentan contra los valores éticos comúnmente compartidos en nuestra sociedad y que hacen insostenible la permanencia en tan importante cargo público.
- b. La denunciada conducta reñida con la moral de quien ostente la Presidencia de la República, para considerarse incurso dentro de la causal tratada, debe además estar ocasionando un notorio desequilibrio social.
- c. Esta causal no puede ser utilizada como mecanismo de control político o para debatir la posible comisión de delitos.
- d. Se respeten escrupulosamente garantías del debido procedimiento tales como: i) congruencia entre lo que se pide y lo que se resuelve, es decir, que los fundamentos de hecho y de derecho del pedido de vacancia, deben ser los mismos que sean objeto de pronunciamiento en el respectivo debate y votación por el Pleno del Congreso; ii) los documentos o medios probatorios que acrediten o corroboren los hechos deberán ser examinados por una Comisión Especial de Investigación que presenta un informe dentro del plazo que fije el Pleno del Congreso (al igual que en otros procedimientos parlamentarios); y, iii) se otorgue el tiempo y los medios necesarios para la preparación de la defensa de quien ostente la Presidencia de la República.

- e. La votación para proceder a declarar la vacancia por la causal de permanente incapacidad moral deba ser igual o mayor a los 4/5 del número legal de Congresistas.
- f. Se requiere una segunda votación.
- g. No procede el pedido de vacancia en el último año de ejercicio de la Presidencia de la República.

Dichos criterios serán obligatorios a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano”.

Para culminar esta suerte de *relatoría* de los votos singulares emitidos en minoría, me parece muy importante destacar dos aspectos de la posición del magistrado Espinosa-Saldaña expresadas en su voto singular.

En primer lugar, en el fundamento 88°, considera que interpretar la causal de *vacancia por permanente incapacidad moral* como la potestad del Parlamento de juzgar la grave inconducta del presidente de la República, “además de ser una forma incorrecta de entender la causal [...], el procedimiento actualmente previsto (artículo 89-A del Reglamento del Congreso) es sumamente expeditivo, lo cual solo tendría sentido si se le considera (tal como hemos sostenido antes) como una causal objetiva, pero no lo tiene si se le considera como de una especie de “juicio político express”, como parecen considerar quienes sostienen que la “incapacidad moral” es, finalmente, un cajón de sastre ético”. Dicha comprensión –agrega el magistrado Espinosa-Saldaña– “es peligrosa, no solo porque lesiona nuestro régimen constitucional de gobierno, sino porque, tomando en consideración el procedimiento parlamentario hoy existente (que permite que la vacancia por incapacidad moral se delibere y vote en un solo día), hace que se incurra en un flagrante “déficit deliberativo”, sobre el Tribunal Constitucional se ha referido ya en varias ocasiones (cfr. STC 00012-2018-AI y STC00006-2018-AI)”.

Sobre este punto, adviértase que, con base a las razones expresadas, de modo similar a sus colegas Ledesma y Ramos, el juez Espinosa-Saldaña considera que el procedimiento parlamentario actualmente vigente es peligrosamente sumarísimo. Sin embargo, adviértase que aquella sumariedad ha sido abordada, con contrapesos, por los dos magistrados antes mencionados mediante las reglas procedimentales establecidas en el punto resolutivo 3° de su voto singular, sin que aquello merezca ni oposición ni coincidencia por parte del magistrado Espinosa-Saldaña.

Y, en segundo lugar, sobre la posibilidad de que el presidente de la República pudiese incurrir en grave inconducta que afecte gravemente la dignidad del cargo, en el fundamento 89° de su voto singular, el juez Espinosa-Saldaña propone lo siguiente:

“[...] una alternativa constitucionalmente viable, y que no invade competencias del legislador orgánico modificando jurisprudencialmente el Reglamento del Congreso, surge al interpretar de manera amplia el artículo 114 de la Constitución. Allí se señala que “El ejercicio de la Presidencia de la República se suspende por (...) Incapacidad temporal del Presidente, declarada por el Congreso”. En este artículo (que no alude en específico a alguna incapacidad “física” o “moral”) podría considerarse incorporados aquellos casos en los que el Presidente haya afectado irremediabilmente la dignidad del cargo o que este haya tenido un mal desempeño que le impida continuar ejerciendo la presidencia, o situaciones similares (no vinculadas con acusaciones por delitos, pues esto viene regulado y restringido por el artículo 117 de la Constitución). De este modo, propongo una interpretación disociativa del artículo 114 de la Constitución, que permita distinguir los casos de suspensión por incapacidad física o mental, de la que podría denominar “suspensión-impeachment” o “suspensión-juicio político” ”.

695

Pese a lo respetable de la propuesta del magistrado Espinosa-Saldaña, considero que es por demás forzada, puesto que la figura de la suspensión responde a un criterio de provisionalidad. Dicho de otro modo, la suspensión es *temporal*, requiere la determinación de un plazo razonable y proporcional, puesto que, si es *permanente*, entonces se torna en una sanción.

En efecto, la suspensión por *incapacidad temporal* del presidente de la República a que se refiere el inciso 1° del artículo 114° de la Constitución no puede estar sujeta *ad infinitum*, como así acontece con el defecto que presenta la actual Carta Política respecto a la suspensión del congresista de la República cuyo antejuicio hubiere sido aprobado y que el Tribunal Constitucional ha puesto en relieve en su jurisprudencia⁴⁴,

44 En los fundamentos 59° y 60° de la STC N.° 0013-2009-AI/TC, dijo el Tribunal Constitucional lo siguiente:

“59. De allí que la suspensión temporal y provisional para el ejercicio de las funciones congresales por el hecho de estar incurso en un proceso judicial por delito doloso con mandato de detención en el que se pida el levantamiento de la inmunidad parlamentaria, y ésta haya sido

al punto de *recomendar* al Parlamento que regule la determinación de un plazo máximo de suspensión⁴⁵.

4. Sobre la necesidad de una reforma constitucional, a modo de conclusión integral

A la luz de lo argumentado al inicio de este trabajo (*supra* 2), la posición mayoritaria, en mi opinión, es por demás feble. Los magistrados que suscribieron la Sentencia N.º 778/2020 abdicaron del trascendental rol que le atañe al Tribunal Constitucional: ser el supremo intérprete de la Constitución, más aún, en el único caso histórico donde la cuestión sobre cómo entender la causal de vacancia del presidente de la República por *permanente incapacidad moral*, fue puesta a su conocimiento. Las razones de esta conclusión las he sustentado anteriormente, así que a ellas me remito. Y lamento, profundamente, como ciudadano, que la *improcedencia* de la demanda competencial deje espacios para la defensa de quienes tienen –en mi opinión y coincidiendo con la posición del magistrado

concedida, o por el hecho de estar incurso en proceso penal a propósito de la declaración de “ha lugar a la formación de causa” en antejuicio político, no vulnera en abstracto el principio derecho de presunción de inocencia (artículo 2º, inciso 24, literal e de la Constitución), pues la finalidad constitucional es legítima en la medida en que el mandato representativo implica el ejercicio de funciones que entrañan grandes y graves responsabilidades frente a terceros en particular y frente a la nación en general. En todo caso, el ejercicio discrecional de la facultad del parlamento para decidir, en los supuestos analizados, si se suspende temporalmente o no al Congresista sometido a proceso penal, no escapa al análisis de proporcionalidad y razonabilidad que podría ser susceptible de judicialización, ya que la suspensión decretada debe ser de carácter excepcional en tanto entraña una limitación de derechos y deberes constitucionales.

60. Es en este sentido que este Colegiado aprecia que una suspensión temporal deja de ser tal si se convierte en una suspensión que, sujeta al tiempo que puede durar el proceso judicial, pueda, por su paso y duración, convertirse en una verdadera sanción, por lo que exhorta al Congreso de la República a que regule el tiempo máximo que puede durar la referida suspensión, atendiendo a criterios de proporcionalidad y teniendo en cuenta que aquella que se impone como sanción, conforme lo establece el artículo 95º de la Constitución Política del Perú, no puede exceder de 120 días de legislatura. Asimismo se recomienda que el Congreso de la República dicte la normativa que regule lo relativo al proceso penal instaurado a los altos funcionarios (como consecuencia de la formación de causa derivada del antejuicio o del levantamiento de la inmunidad) de manera excepcional, sobre todo en atención a los principios de preferencialidad, exclusividad y celeridad de manera que la incertidumbre judicial sea lo menos gravosa al estatuto del parlamentario y al desarrollo de las funciones institucionales del parlamento”.

45 En el segundo punto resolutivo de la citada STC N.º 0013-2009-AI/TC, el Tribunal Constitucional dispuso: “Recomendar que el Congreso de la República regule el plazo máximo de suspensión temporal y la tramitación preferencial, exclusiva y rápida del proceso penal en el que se encuentran comprendidos los altos funcionarios a que se refiere el artículo 99º de la Constitución Política del Perú, conforme a lo expresado en el fundamento 59 de la presente sentencia”.

Espinosa-Saldaña⁴⁶— responsabilidad constitucional como consecuencia del mal uso de la atribución que la Carta Política vigente le otorga al Parlamento al hacerse del poder que nos sumió en el legítimo *derecho ciudadano a la resistencia* en los seis días que duró la encargatura de la presidencia de la República del Sr. Manuel Merino y su gabinete de tinte conservador.

Por otro lado, en cuanto al tema de fondo, me parece que las posiciones interpretativas contenidas en los votos singulares que hicieron minoría, no son excluyentes. Por el contrario, me parece que son perfectamente complementarias porque la causal de vacancia del presidente de la República por su *permanente incapacidad moral* debiera ser —en caso se decida mantener en nuestra Carta Política— un instrumento de uso limitado. No amplio ni laxo, porque el resguardo del principio de separación, equilibrio y balance de poderes, debe significar que se decida su empleo con base a determinados *contornos* construidos sobre elementos objetivos, puesto que la aprobación de la vacancia significa *cortar el hilo* del periodo presidencial que la Constitución ha programado para que sea por cinco años y cuyo representante proviene del voto popular; no de la fuerza de los votos de los parlamentarios.

Con tal propósito, me persuaden las posiciones interpretativas sostenidas en el voto singular conjunto de los jueces Ledesma y Ramos, así como en el voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña. Sobre la base de sus planteamientos, me parece que es perfectamente posible construir una interpretación constitucional *ecléctica* de la causal que construya estos necesarios *contornos*:

- i) Desde el punto de vista de la interpretación *originalista*, sujeta a sus fuentes históricas, la vacancia por permanente incapacidad moral debe entenderse como una grave *discapacidad mental* del primer mandatario que le impide, por su deterioro e irreversibilidad, debidamente comprobada, continuar ejerciendo el cargo de presidente de la República; y,
- ii) Desde una perspectiva de *living constitutionalism*, puesto que tanto de la posición de la doctrina en nuestro medio⁴⁷, de los debates constituyentes de

46 Ver fundamentos 96° y 97° de su voto singular.

47 En la obra intitulada “La vacancia por incapacidad moral. Una mirada a la experiencia peruana y comparada”, coordinada por Domingo García Belaunde y Jhonny Tupayachi Sotomayor (2018), se compilan diversos trabajos sobre la materia. Uno de ellos (García Belaunde, 2018: 43) reconoce que la causal ha sido entendida, “en un primer momento [...] a gente con debilidad mental, desequilibrados, alguna deficiencia psiquiátrica, pero en las últimas décadas se ha entendido como

nuestras dos últimas Constituciones⁴⁸, de los antecedentes prácticos⁴⁹, de las propuestas de cambio constitucional⁵⁰ e, incluso, de la posición contenida

inconductas, o sea, comportamientos extraños que no son propios de tal alta investidura o que la deshonran”. Un reconocimiento similar (inicialmente, discapacidad mental, posteriormente, calificación de *conductas* de tal gravedad que “no solo lo denigran como persona, sino ofenden al país, al ser contrarios a la moral y las sanas costumbres”) hace Enrique Bernaldes (2018: 88-89); Castillo Córdova (2018: 121 y ss); Eguiguren Praelli (2018: 385); García Chávarri (2018: 446) entre otros.

- 48 En el debate constituyente de 1993, incluso se pensó que los “delitos comunes” que cometiera el presidente de la República, antes o durante su mandato, debían desahogarse a través de la causal de vacancia por permanente incapacidad moral. Reproduzco pasajes del debate con las participaciones de los ex constituyentes Enrique Chirinos Soto, Henry Pease y Carlos Ferrero Costa:

“El señor CHIRINOS SOTO (R).- Señor Presidente, someter a juicio político los delitos comunes que comete el Presidente no me parece pertinente, porque en ese caso hay la declaración de vacancia y lo juzga el Poder Judicial como a cualquier particular.

El señor PEASE GARCÍA (MDI).- Tiene que ser previamente acusado.

El señor CHIRINOS SOTO (R).- No, no. ¿Cómo se le van a conceder los honores del antejuicio por un delito común? No puede ser. El Congreso le levanta su calidad de Presidente por incapacidad moral y lo juzga el Poder Judicial a nivel de Juez de Instrucción, no a nivel de Corte Suprema. Por corrupción, tampoco cabe.

El señor PEASE GARCÍA (MDI).- El caso de Collor de Melo ha requerido un juicio de ese nivel.

El señor CHIRINOS SOTO (R).- No es verdad lo que dice el doctor Pease García. Collor de Mello, efectivamente, ha sido acusado ante el Congreso, pero resulta que el juicio político en el Congreso brasileño es completamente un juicio que habría que estudiar en todo caso. Yo no estoy de acuerdo con que al Presidente de la República, por un delito común, se le concedan los honores del antejuicio. [...] [...]

“El señor FERRERO COSTA (NM-C90).- En cuanto a la preocupación del doctor Pease García, ella se origina porque cuando nosotros vimos la incapacidad moral, no llegamos a definir si para esta Comisión, o para la Constitución, la incapacidad moral comprende cometer los delitos comunes. Eso es interpretativo. El doctor Chirinos Soto sostiene que es causal de incapacidad moral un delito grave. Ésa es una tesis muy respetable, pero la Constitución no dice eso, y va a seguir siendo interpretativo. Y porque es interpretativo, es que surge la duda del doctor Pease García.

El señor CHIRINOS SOTO (R).- En el artículo 210.º tenemos delimitados los casos en que se puede acusar al Presidente, ninguno de los cuales es delito común. El delito común, que tiene que estar cubierto, porque sería inaceptable un Presidente que cometiera delito común, está incluido en la incapacidad moral.

El señor FERRERO COSTA (NM-C90).- Pero eso es por deducción, doctor Chirinos Soto; es una deducción que va a obligar, ciertamente, a que haya un debate. Nuestra obligación sería encontrar una solución que evitara un debate que es innecesario y que significaría cada vez tener que explicar a la gente que, como no está en el artículo 210.º, tiene que ser incluido como incapacidad moral. Ése es el problema de fondo”. (CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO: 1272, 1274-1275).

- 49 EGUIGUREN (2018: 377 y ss) alude a una serie de casos en los últimos 25 años en América Latina usando similar causal vinculada a la grave conducta del presidente de la República, incluyendo el caso peruano que, durante la vigencia de la Constitución de 1993, aplicó esta causal a Alberto Fujimori en el año 2000. Y como he comentado antes en este trabajo (supra 2.3), en este quinquenio 2016-2021, se ha usado en cuatro oportunidades lo que ha ocasionado que tengamos, en este periodo, cuatro presidentes de la República.

- 50 El gobierno del expresidente Valentín Paniagua designó a un grupo de veintiocho juristas (designados mediante Resolución Suprema N° 232-2001-JUS, de fecha 31 de mayo de 2001) para que

en los fundamentos de voto de los magistrados Blume y Sardón (*supra* 2.4.), así como del voto singular conjunto de los jueces Ledesma y Ramos que he analizado anteriormente (*supra* 3), queda claro que dicha causal ha *mutado* de su molde original, referido en el contorno anterior (*discapacidad mental* grave y permanente) para también entenderse como la grave inconducta del presidente de la República que torna insoportable su permanencia en el ejercicio de su cargo público durante el resto del periodo presidencial. Pero, en este escenario, los límites debieran ser:

- a) Que no puede encausarse como *permanente incapacidad moral* los delitos de función cometidos durante el ejercicio del mandato, por la limitación contenida en el artículo 117° de la Constitución, ni tampoco las infracciones constitucionales puesto que son privativas del juicio político (artículos 99° y 100° de la Carta Política); y,
- b) Resultarían adecuados los criterios de comprensión de su contenido previstos en los literales a), b) y c) del punto resolutivo 3° del voto singular conjunto de los magistrados Ledesma y Ramos.

integren la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional (“CEBRC”). El documento final se emitió en el mes de julio del año 2001. No hubo tiempo de abrir el debate nacional sobre las propuestas de la CEBRC. En la parte concerniente a las propuestas de reforma constitucional relacionadas al Poder Ejecutivo, la CEBRC propuso lo siguiente:

“7. **Vacancia.** Las causales de vacancia de la Presidencia de la República son, además del caso de muerte:

- a) Renuncia, aceptada por el Congreso.
- b) Abandono del cargo, al salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no retomar a él dentro del plazo fijado.
- c) Sentencia firme condenatoria por la comisión de delitos de función o por infracción a la Constitución.
- d) Incapacidad permanente, física o mental, declarada por el Congreso, previo dictamen médico.
- e) Conducta incompatible con la dignidad del cargo.

En los casos de los incisos a), b) y c) se requiere mayoría simple de votos; y en los casos de los incisos d) y e) se necesitan dos tercios del número legal de senadores y de diputados.

La fórmula propuesta elimina las restricciones establecidas en el artículo 117° de la Constitución de 1993, como la del artículo 210° de la de 1979”. [subrayado agregado]

Como se aprecia, la propuesta diferenciaba la *discapacidad mental* (término más apropiado, teniendo en cuenta la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad” de las Naciones Unidas aprobada en 2006).

Asimismo, la “Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política”, creada mediante Resolución Suprema N.° 228-2018-PCM, propuso eliminar la causal de vacancia por permanente incapacidad moral del presidente de la República, argumentando que “[l]a historia de la incorporación de esta causal de la vacancia, apunta a la incapacidad mental. Por ello, su uso como desaprobación de la gestión o falta de idoneidad al cargo, cuando se cuenta con los votos para ello genera gran inestabilidad y quiebra el modelo presidencial” (2019: 32).

Mención aparte merece, por un lado, que discrepo por las razones antes anotadas (*supra* 3) con la interpretación de canalizar la grave conducta del presidente de la República que riña con la dignidad del cargo por el camino de la *suspensión* a que se refiere el inciso 1° del artículo 114° de la Constitución (voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña); y, por otro, con la regulación de las reglas procedimentales previstas en los literales d), e), f) y g) del citado punto resolutivo 3° del voto singular conjunto de los magistrados Ledesma y Ramos. Y es que, en el caso de estas últimas, si bien constituyen propuestas interesantes y razonables, considero que el Tribunal Constitucional, tal como ocurrió en la STC N.° 0006-2003-AI/TC, debiera *recomendar* al Congreso de la República que reforme el Reglamento del Congreso para contemplarlas.

Claro está que todo lo aquí comentado muestra, en síntesis, que la Constitución tiene defectos en su diseño estructural sobre el destino del periodo presidencial. Que el Tribunal Constitucional decidiera no poner luces sobre el camino sinuoso de la diversidad de interpretaciones referidas al contenido de la causal objeto de análisis, contribuye a que ésta permanezca en la oscuridad lo cual favorece —como así dan cuenta los recientes hechos políticos de este quinquenio 2016-2021— cualquier intento de asalto al poder. El destino del periodo presidencial continúa, lamentablemente, *pendiendo de un hilo* a costa de la fuerza de los votos del Parlamento. Ello amerita, qué duda cabe, la necesidad de una reforma constitucional que decida sincerar la cuestión a través de la posibilidad de que sea usada como un supuesto de *juicio político* que pueda emplearse contra el presidente de la República durante el ejercicio de su mandato (con reglas procedimentales que han sido bien pensadas y aportadas por la jueza Ledesma y el juez Ramos), sin perjuicio de conservar el supuesto de vacancia por grave y permanente *discapacidad mental* (adecuando el término a la “Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”).

¿Por qué debiera ser un supuesto de *juicio político*? Considero que la evaluación de la *grave conducta* del presidente de la República que riña *contra la dignidad del cargo* es, no cabe duda, una situación que demanda su responsabilidad política y que busca su destitución. Se trata, pues, de un caso propio del *impeachment* o juicio político que la Constitución tendría que autorizar para que pueda promoverse contra el presidente durante el ejercicio de su cargo. No se trata, definitivamente, de la constatación de un concreto evento o situación fáctica que el Congreso verifica, como aquellas contenidas en el artículo 113° de

la Constitución. Si se siguiera el orden sistémico de la actual Carta Política y se realizara solo su modificación parcial –aunque en otro trabajo he propuesto que, si se hace una modificación parcial, ésta debiera concentrarse en todo el contenido de los Títulos IV y V (LÓPEZ FLORES, 2019: 175-176)–, la ubicación de esta causal que debiera estar en el artículo 117° de la Constitución.

Así las cosas, propongo estos textos sustitutorios de los artículos 113° y 117° de la Carta de 1993:

“Artículo 113.- La Presidencia de la República vaca por:

1. Muerte del Presidente de la República.
2. **Su permanente discapacidad mental o física, cuya gravedad e irreversibilidad le impidan el ejercicio del cargo**, declarada por el Congreso.
3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.
4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado. Y
5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución”.

“Artículo 117.- El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, **conforme al procedimiento previsto en los artículos 99 y 100**, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral y **del Tribunal Constitucional**.

También puede ser acusado y destituido por incurrir en conducta grave, cometida durante el ejercicio del mandato presidencial, que sin ser delito común o de función, resulte incompatible con la dignidad del cargo y ocasione un notorio desequilibrio social. Además de lo dispuesto en los artículos 99 y 100, en este supuesto, rigen las siguientes reglas y garantías:

- a) **Respeto del principio de congruencia entre los hechos que dan lugar a la acusación y lo decidido por el Congreso;**

- b) **Los hechos que dan lugar a la acusación deben basarse en elementos que sustenten, más allá de toda duda razonable, la comisión de la conducta;**
- c) **Debe respetarse la garantía del tiempo y medios necesarios para la preparación de la defensa;**
- d) **La votación en el pleno del Congreso para decidir la destitución debe ser igual o mayor a los cuatro quintos del número legal de Congresistas, excluyendo a los de la comisión permanente;**
- e) **Se requiere una segunda votación; y,**
- f) **No procede el pedido de vacancia en el último año de ejercicio de la Presidencia de la República.**

La inmunidad de acusación prevista en esta disposición no es aplicable para los delitos comunes cometidos antes o durante el ejercicio del cargo. El juzgamiento ante el órgano jurisdiccional competente da lugar a la suspensión en el cargo, conforme al inciso 2 del artículo 114”.

702

Como se aprecia, en mi opinión, los cambios, sistemáticamente, deben concentrarse en el artículo 117° de la Constitución. En principio, se podría aprovechar para enmendar el grueso error que presenta el texto vigente de la citada disposición: que pese a que dicha Carta Política continuó con la figura del Tribunal Constitucional (antes, *Tribunal de Garantías Constitucionales*, con la Carta Política de 1979), no incluyó, como causal de acusación del Presidente, si durante su mandato impedía el funcionamiento de este importante órgano constitucional, a pesar de que en el debate constitucional del Congreso Constituyente Democrático (CCD) de 1993, dicho texto, tal cual estaba en la Constitución de 1979, fue discutido como proyecto inicial⁵¹. Definitivamente, como bien apunta RUBIO CORREA (1999: 298), se trata de una omisión bastante grave.

51 Así consta en el diario de los debates de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático. En la sesión del 24 de marzo de 1993, se aprecia lo siguiente:

“Con la supresión de la mención al Tribunal de Garantías Constitucionales, se aprueba, por unanimidad, el artículo 10.º, que contempla los casos en que el Presidente de la República puede ser acusado durante su gestión

El señor PRESIDENTE.- “Artículo 10.º.- El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria; por impedir las elecciones

El segundo párrafo del texto propuesto está construido con base al planteamiento de los jueces Ledesma y Ramos, en su voto singular conjunto, con el cual coincide.

Y en el último párrafo también propongo aprovechar una, en mi opinión, gruesa omisión del texto vigente del artículo 117° de la Constitución: el caso de los delitos comunes que cometa el presidente de la República durante su mandato, o los cometidos antes de que acceda al cargo.

En efecto, considero que el artículo 117° de la Constitución se relaciona, *obligatoriamente*, con los artículos 99° y 100° de dicha Carta Política⁵², de tal manera que de la lectura conjunta de estas tres disposiciones constitucionales tenemos que el presidente, por sus *actos funcionales* que puedan ser calificados como delito o infracción constitucional (o ambos, de modo *concurrente*⁵³), puede ser *acusado constitucionalmente*, ante el Congreso de la República: (i) *durante su mandato*, sólo por las causales excepcionales previstas en el citado artículo 117° de la Constitución; ó, (ii) *después de culminado su periodo de mandato*, por cualquier delito funcional o infracción constitucional.

presidenciales, parlamentarias, regionales o locales; por disolver el Congreso, salvo lo dispuesto en el artículo... –que debe ser el 27.º–, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal de Garantías Constitucionales.”

En debate. [...]”. (CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO: 1272).

52 Así también lo entiende Enrique BERNALES (1998: 577): “*En realidad, el artículo transcrito [117°] tiene necesariamente que leerse con los artículos 99° y 100° de la Constitución. Es, en ese sentido, una modalidad bastante modesta y restringida del impeachment proveniente de la tradición anglosajona*”.

53 La *acusación constitucional* puede versar en la comisión de delitos y, además, por *infracción constitucional*. Existen antecedentes de *acusaciones constitucionales* formuladas por *concurencia* de *infracción constitucional* y comisión de delitos funcionales. Cito un caso: la acusación constitucional contra el ex congresista Kenji Gerardo Fujimori Higuchi. Dicho parlamentario fue acusado constitucionalmente por el caso de tráfico de influencias para evitar la vacancia del Presidente Kuczynski a cambio del indulto a su padre, Alberto Fujimori. Se le imputaron infracciones constitucionales y comisión de delitos en la acusación constitucional. Según consta en la Resolución Legislativa N° 009-2017-2018-CR, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 8 de junio de 2018, el Pleno del Congreso aprobó el *antejuicio* formulado en su contra y, en consecuencia, declaró “*haber lugar a la formación de causa [...] por la presunta comisión de los delitos de cohecho activo genérico y tráfico de influencias, previstos en los artículos 397 y 400 del Código Penal, respectivamente*”, además de disponer la *suspensión* “[...] *en el ejercicio de sus derechos y deberes funcionales [como congresista] en tanto dure el proceso penal*”. Sin embargo, en la Resolución Legislativa N° 012-2017-2018-CR, publicada en el diario oficial “El Peruano” el 16 de junio de 2018, el Congreso de la República resolvió “*archivar la acusación constitucional [...] por infracción de los artículos 35, 38, 39, 43, 44 y 45 de la Constitución Política al no haber alcanzado el número de votos requeridos para la destitución propuesta*”.

Finalmente, derivado de la consideración anterior, es lógico deducir que el Presidente de la República *no es inmune, inviolable, irresponsable por delitos comunes* (aquellos que *no* tienen como conducta relevante el *uso del cargo* para cometerlo) perpetrados *antes* de ocupar su cargo o *durante* el ejercicio de su cargo.

Sin embargo, si bien esta última consideración resulta ser lógica en tanto se desprende de las premisas anteriores, que el presidente de la República *no sea inmune* por actos *no* funcionales cometidos durante su mandato presidencial –o antes de haber asumido el cargo– fue objeto de discusión en el seno de la Comisión de Constitución y Reglamento del CCD de 1993⁵⁴.

54 En efecto, algunos constituyentes plantearon *ampliar* el espectro de delitos por los que podía ser *acusado* el presidente de la República. Sin embargo, se hizo notar que los supuestos por los que podía establecerse la *excepcionalidad* de acusar constitucionalmente al presidente durante su mandato, *no debían estar relacionados a delitos comunes*. Reproduzco pasajes del debate con las participaciones de los ex constituyentes Enrique Chirinos Soto, Henry Pease y Carlos Ferrero Costa:

“El señor CHIRINOS SOTO (R).- Señor Presidente, someter a juicio político los delitos comunes que comete el Presidente no me parece pertinente, porque en ese caso hay la declaración de vacancia y lo juzga el Poder Judicial como a cualquier particular.

El señor PEASE GARCÍA (MDI).- Tiene que ser previamente acusado.

El señor CHIRINOS SOTO (R).- No, no. ¿Cómo se le van a conceder los honores del antejuicio por un delito común? No puede ser. El Congreso le levanta su calidad de Presidente por incapacidad moral y lo juzga el Poder Judicial a nivel de Juez de Instrucción, no a nivel de Corte Suprema. Por corrupción, tampoco cabe.

El señor PEASE GARCÍA (MDI).- El caso de Collor de Melo ha requerido un juicio de ese nivel.

El señor CHIRINOS SOTO (R).- No es verdad lo que dice el doctor Pease García. Collor de Mello, efectivamente, ha sido acusado ante el Congreso, pero resulta que el juicio político en el Congreso brasileño es completamente un juicio que habría que estudiar en todo caso. Yo no estoy de acuerdo con que al Presidente de la República, por un delito común, se le concedan los honores del antejuicio. [...]”.

[...]

“El señor FERRERO COSTA (NM-C90).- En cuanto a la preocupación del doctor Pease García, ella se origina porque cuando nosotros vimos la incapacidad moral, no llegamos a definir si para esta Comisión, o para la Constitución, la incapacidad moral comprende cometer los delitos comunes. Eso es interpretativo. El doctor Chirinos Soto sostiene que es causal de incapacidad moral un delito grave. Ésa es una tesis muy respetable, pero la Constitución no dice eso, y va a seguir siendo interpretativo. Y porque es interpretativo, es que surge la duda del doctor Pease García.

El señor CHIRINOS SOTO (R).- En el artículo 210.º tenemos delimitados los casos en que se puede acusar al Presidente, ninguno de los cuales es delito común. El delito común, que tiene que estar cubierto, porque sería inaceptable un Presidente que cometiera delito común, está incluido en la incapacidad moral.

El señor FERRERO COSTA (NM-C90).- Pero eso es por deducción, doctor Chirinos Soto; es una deducción que va a obligar, ciertamente, a que haya un debate. Nuestra obligación

El 21 de septiembre de 2006, la Defensoría del Pueblo, durante el ejercicio del cargo de la Dra. Beatriz Merino, remitió el Oficio N° 0152-2006-DP al Congreso de la República, conteniendo el Proyecto de Ley N° 290/2006 mediante el cual propuso una “Ley de desarrollo de la inviolabilidad del Presidente de la República, de la inmunidad de procesamiento y arresto y de defensa legal de los funcionarios públicos”⁵⁵.

En la sustentación del referido proyecto, la Defensoría del Pueblo expresó interesantes e importantes argumentos que justifican la modificación del citado dispositivo constitucional. Uno de ellos está referido a las razones por las que resulta válido y razonable entender, interpretar, que el presidente de la República, durante el ejercicio de su cargo, *no es inmune* a los cargos penales por delitos comunes cometidos en ese periodo o antes de que asuma tan importante función. Transcribo:

“[E]l artículo 117° describe los delitos funcionales a los que, por su gravedad, no alcanza la inviolabilidad y de esa forma, *sensu contrario*, señala los delitos funcionales a los que esta figura se extiende o lo que es lo mismo, a los delitos por los que el Presidente de la República no puede ser acusado constitucionalmente y por ende procesado durante su mandato. Dicho de otro modo, a través del mencionado artículo 117°, la Constitución expresamente dispone en qué casos el presidente siempre es responsable por delitos funcionales.

Ahora bien, la inviolabilidad, como excepción a la regla general de persecución penal y como garantía para el ejercicio de la función pública de presidente de la República, no debería alcanzar tampoco a delitos comunes y a otros delitos no vinculados a su función presidencial. Tal como se ha adelantado, en el marco del Estado constitucional y democrático, la inviolabilidad del presidente debe estar relacionada única y directamente con

sería encontrar una solución que evitara un debate que es innecesario y que significaría cada vez tener que explicar a la gente que, como no está en el artículo 210.°, tiene que ser incluido como incapacidad moral. Ése es el problema de fondo”. (Congreso Constituyente Democrático: 1274-1275).

55 Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebfbc305256f2e006d1cf0/605a0ec10840aeb3052571f0005c313f/\\$FILE/00290.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebfbc305256f2e006d1cf0/605a0ec10840aeb3052571f0005c313f/$FILE/00290.PDF) Consultado: 22 de marzo de 2021.

delitos que se cometan con ocasión del ejercicio de la función presidencial –como los detallados en el artículo 117° que al ser tan graves han sido expresamente excluidos de la protección que da la inviolabilidad– mas no respecto a delitos que escapen a este ámbito funcional.

Al sostenerse que la inviolabilidad del presidente de la República no alcanza a los delitos comunes se está llevando a cabo una interpretación sistemática respetuosa del principio de unidad de la Constitución puesto que la tipificación y, en su caso, persecución de delitos comunes concreta uno de los fines primordiales del Estado previsto en el artículo 44° de la Constitución, cual es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. El cumplimiento de este fin supremo debe alcanzar también, o tal vez con mayor razón, a la persona que ejerce el cargo de presidente de la República, que no sólo es el jefe de Estado sino que representa o “personifica la Nación” de acuerdo al artículo 110° de la Constitución”.

No obstante que concuerdo, sustancialmente, con las razones expresadas por la Defensoría del Pueblo, debo dejar constancia que éstas presentan resistencias de un sector muy respetable de nuestra doctrina nacional⁵⁶.

706

En este sentido, la fórmula propuesta esclarece que la inmunidad de acusación del presidente de la República, no es aplicable para los delitos comunes cometidos antes o durante el ejercicio del cargo. Sin embargo, el *juzgamiento* (es decir, la fase estelar del proceso, donde la Fiscalía, luego de agotada la fase de la investigación preparatoria, cuenta con una sospecha razonable y fuerte de comisión del ilícito y, por tanto, *acusa*) ante el órgano jurisdiccional competente da lugar a la suspensión en el cargo, conforme al inciso 2 del artículo 114. De esta manera, la propuesta guarda sentido con lo dispuesto en la aludida disposición constitucional.

Finalmente, más allá de esta propuesta, lo acontecido al momento de resolver este histórico caso –es decir, que la mayoría de sus miembros abdicó de su rol funcional– trae a colación la oportunidad de poner en el debate público y académico

56 EGUIGUREN (2007: 212) sostiene que tratándose de delitos comunes, “*con mayor razón, el Presidente solo podría ser acusado y juzgado penalmente luego de culminar su mandato, sin necesidad de previo Antejjuicio. Por los actos del Presidente de la República, en ejercicio de sus funciones, responden política, civil y criminalmente los ministros que refrendan dichos actos, conforme con el artículo 128°.*”

sobre el número de miembros del Tribunal Constitucional y si los procesos de selección y elección deben continuar íntegramente en manos del Parlamento.

Aquí formalizo por escrito una propuesta sobre la cual me he referido, en otras oportunidades, a través de los medios de comunicación: se requiere *reformar la Constitución* para restaurar el número de nueve magistrados del Tribunal Constitucional que contemplaba la Constitución de 1979. La reforma efectuada por la Carta de 1993 fue –y es– totalmente antitécnica. Ni se condice con el número mínimo de jueces que a nivel comparado tienen algunos Tribunales Constitucionales de países latinoamericanos (Colombia, Ecuador, Chile; éste último, con diez jueces) o de Europa (dieciséis, Alemania, doce, España) y, menos aún, con un país como el nuestro que ante la carencia de una segunda cámara, en los hechos, el Tribunal Constitucional se convierte en esa cámara revisora que, desafortunadamente, ejerce un control de leyes aprobadas que producen complicaciones políticas y económicas a mérito de medidas populistas, como ha venido ocurriendo en este quinquenio que está por culminar.

Una cámara de revisión de la constitucionalidad de las leyes merece estar compuesta por un número que permita un amplio debate y, sobre todo, que asegure que se adopten decisiones sobre el fondo. Insisto, un caso único, histórico como el que aquí comento, se ha visto impedido de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión por sólo cuatro jueces de siete. ¿Debe un Tribunal Constitucional tener ese número reducido? ¿Qué razones técnicas llevaron a que los constituyentes de 1993 redujeran de 9 jueces a 7? ¿Se condice con la experiencia comparada, como ya lo he indicado?

Pero no sólo ello, se requiere también repensar el modelo de selección y elección de jueces que ha puesto todas las llaves en manos del Parlamento y cuya génesis tuvo todo sentido en la lógica de captación del poder del régimen dictatorial fujimorista (1993-2000) y que, lastimosamente, los regímenes democráticos posteriores no fueron capaces de desarticular, dando lugar a episodios de *repartija* (LOAIZA: 2013).

Propongo separar el proceso de *selección* del de *elección* de sus jueces. El primero, a cargo de la Junta Nacional de Justicia en un concurso público de méritos. Los mejores del concurso armarían una suerte de *plancha* sobre la cual se elegirían a los jueces del Tribunal Constitucional. Los que ocupen los primeros lugares obtendrían un tercio de las sillas. Otro tercio, sería elegido por el Ejecutivo,

siempre de esa plancha; y, el otro tercio, el Legislativo. Así se cortarían el cabildeo, la *repartija* que lamentablemente se ha generado, varias veces, en el Congreso de la República. Y, desde luego, renovación por tercios.

Es una propuesta en la que hay que pensar, debatir, madurar en el espacio de una seria reforma constitucional. El bicentenario, así lo requiere.



Bibliografía

Agencia EFE

2020 “Seis días de protestas derriban el Gobierno transitorio de Manuel Merino”. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/america/politica/seis-dias-de-protestas-derriban-el-gobierno-transitorio-manuel-merino/20000035-4394932> Consultado: 2 de marzo de 2021.

ARÉVALO RAMÍREZ, Walter y GARCÍA LÓPEZ, Fernanda

2018 “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio”; En: Revista Ius et Praxis, Año 24, N° 2, 2018; Chile: Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; pp. 393 – 430. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v24n2/0718-0012-iusetp-24-02-00393.pdf> Consultado: 3 de marzo de 2021.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique

1998 “La Constitución de 1993. Análisis Comparado”; Lima: Editora Rao Jurídica; cuarta edición.

BBC News Mundo

2020 “Caso Richard Swing: por qué el Congreso de Perú votará sobre la destitución del presidente Martín Vizcarra”. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54127132> Consultado: 2 de marzo de 2021.

“Martín Vizcarra: el Congreso de Perú destituye al presidente”. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54882941> Consultado: 2 de marzo de 2021.

CARBÓ GARCÍA, JUAN RAMÓN y PÉREZ MIRANDA, IVÁN

2009 “Hijas de la noche (II): el destino de las Parcas entre el pasado y el presente”; En: ARYS, 8, 2009-2010; Madrid: Revista editada por la Asociación ARYS (Anti-güedad, Religiones y Sociedades); pp. 141-154. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/ARYS/article/view/5345> Consultado: 1° de marzo de 2021.

COMISIÓN DE ALTO NIVEL PARA LA REFORMA POLÍTICA

- 2019 “Hacia la democracia del bicentenario: Informe Final de la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política”; Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/300957/Comisi%C3%B3n_Informe_Completo-compressed_compressed.pdf Consultado: 18 de marzo de 2021.

COMISIÓN DE ESTUDIO DE LAS BASES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

- 2002 “Informe Final”. En: *Pensamiento Constitucional* Vol. 8, Núm. 8; Lima: Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú; 2002.

COMISIÓN DE PROCESOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y COMPETENCIALES

- 2016 “El proceso competencial en la jurisprudencia (1996-2005); Lima: Centro de Estudios Constitucionales – Tribunal Constitucional del Perú.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO

- 2001 “Debate Constitucional – 1993. Comisión de Constitución y Reglamento”; Tomo II; Lima: 2001; Congreso de la República (publicación oficial)

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

- 2006 “Oficio N° 0152-2006-DP” remitido al Congreso de la República, conteniendo el Proyecto de Ley N° 290/2006 mediante el cual propuso una “Ley de desarrollo de la inviolabilidad del Presidente de la República, de la inmunidad de procesamiento y arresto y de defensa legal de los funcionarios públicos”. Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/605a0ec10840aeb3052571f0005c313f/\\$FILE/00290.PDF](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/TraDoc_condoc_2006.nsf/d99575da99ebf305256f2e006d1cf0/605a0ec10840aeb3052571f0005c313f/$FILE/00290.PDF) Consultado: 22 de marzo de 2021.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco

- 2007 “La responsabilidad del Presidente. Razones para una reforma constitucional”; Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GARCÍABELAUNDE, Domingo y TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coordinadores)

- 2018 “La vacancia por incapacidad moral. Una mirada a la experiencia peruana y comparada”; Lima: Instituto Pacífico; segunda edición.

GARCÍA CHÁVARRI, Abraham

- 2020 “La vacancia por incapacidad moral quiebra el modelo presidencial”; En: *La Ley*. Disponible en: <https://laley.pe/art/10075/abraham-garcia-la-vacancia-por-incapacidad-moral-quiebra-el-modelo-presidencial> Consultado: 20 de marzo de 2021.

GONZÁLEZ DORESTE, Dulce María y PLAZA PICÓN, Francisca del Mar

- 2015 “Del averno al infierno medieval. Reescrituras francesas de un mito”; En: *Revista de Literatura Medieval*; N.º 27 (2015); España: Universidad de Alcalá; pp. 85-110,

Disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/27985> Consultado: 2 de marzo de 2021.

LANDA ARROYO, César

2000 “Justicia constitucional y *political questions*”; En: Anuario iberoamericano de justicia constitucional, N.º. 4, págs. 173-204. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1976077> Consultado: 14 de marzo de 2021.

LOAIZA, Pamela

2013 “Los orígenes de la repartija. Balance de la selección de magistrados del Tribunal Constitucional; En: “Argumentos. Revista de análisis y crítica”; Edición N.º 4; septiembre de 2013; Lima: Instituto de Estudios Peruanos. Disponible en: https://argumentos-historico.iep.org.pe/wp-content/uploads/2014/04/loaiza_setiembre2013.pdf Consultado: 28 de marzo de 2021.

LÓPEZ FLORES, Luciano

2019 “Cuestión de (des)confianza. Respuestas al Parlamento y la Convención Nacional de Reforma Constitucional”; Lima: Legisprudencia.pe.

RUBIO CORREA, Marcial

1999 “Estudio de la Constitución Política de 1993”; Tomo IV; Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.