

EL ANTEJUICIO Y LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS MINISTROS DE ESTADO RESPECTO DE DELITO COMETIDO POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA ¹ (Pag. 65)

César Augusto Nakazaki Servigón
Abogado, Profesor de Derecho Penal
de la Universidad de Lima y de la Universidad
Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque

Dentro de la vorágine de antejuicios que viene realizando el Congreso de la República, sin precedente en la Historia del Perú, se abrió proceso constitucional por la interposición de la Denuncia Constitucional # 30 sobre supuestos delitos de allanamiento ilegal de domicilio, hurto agravado, usurpación de funciones, abuso de autoridad genérico y encubrimiento real, previstos en los tipos penales de los artículos 160, 186, 361, 376 y 405 del Código de 1991, que se dirigió contra el ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori y todo el gabinete ministerial que lo acompañó en su tercer periodo de gobierno.

El trabajo que ahora presento se basa en la defensa técnica que presenté en el antejuicio a favor del ex Ministro de Economía y Finanzas Carlos Alberto Boloña Behr, que terminó con el informe de la Sub Comisión Investigadora opinando por la falta de mérito para formular acusación constitucional contra los ex Ministros y con su aprobación por la Comisión Permanente del Congreso.

I.- Fijación de la imputación objeto de la denuncia constitucional # 30.

La denuncia constitucional contenía la siguiente imputación a los Ex Ministros de Estado:

Se imputó a los ex Ministros ser coautores o copartícipes de los delitos de allanamiento ilegal (Pag. 66) de domicilio, hurto agravado, usurpación de funciones, abuso de autoridad genérico y encubrimiento real, pues habiéndose enterado por comunicado oficial del Ministerio Público del 10 de noviembre del 2000 del allanamiento ilegal a los departamentos 1201 y 501 del edificio ubicado en la avenida Javier Prado Oeste # 1995 de la familia del ex asesor del SIN Vladimiro Montesinos Torres, y la incautación ilegal de bienes personales, materiales de trabajo y videos que se encontraron, no presentaron renuncia al cargo de ministros.

Por la omisión se atribuyó a los ex Ministros responsabilidad penal por los actos delictivos que constituyeron el allanamiento a la casa y la incautación ilegal que dispuso realizar el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori a un equipo formado por personal de seguridad de la Casa Militar al mando del Edecán Capitán de Fragata AP Francisco Calixto Giampietri, e integrado por el Director General de Asesoría Jurídica de la Casa Militar Teniente Coronel EP SJ Manuel Ulises Ubillús Tolentino.

El fundamento legal de la imputación fue el artículo 128 de la Constitución de 1993.

II.- Planteamiento de defensa técnica presentado en el antejuicio.

Como responsable del patrocinio del ex Ministro de Economía y Finanzas Carlos Alberto Boloña Behr presenté como uno de los argumentos de su defensa, el siguiente:

La no aplicación del artículo 128 de la Constitución al caso objeto del antejuicio ya que la responsabilidad de los Ministros a la que se refiere la norma constitucional solamente se puede dar cuando concurren los siguientes elementos:

- O el delito cometido por el Presidente de la República tiene que ser consecuencia de la realización de un acto de gobierno.
- O el Presidente de la República comete delito como consecuencia de un acuerdo tomado en Consejo de Ministros.

¹ Revista Dialogo con la Jurisprudencia, Año 9, Numero 57, Junio, 2003, Gaceta Jurídica, Lima, Perú.

- Los elementos del delito pueden verificarse en la conducta atribuida a los ex Ministros de Estado.

III.- Desarrollo de la defensa técnica.

III.I) Determinación del objeto del proceso constitucional del antejuicio.

El artículo 99 de la Constitución de 1993 y el artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República fijan como objeto del antejuicio el siguiente:

- La verificación de la posible perpetración de **un delito** para proceder al levantamiento del privilegio de la inmunidad y autorizar el procesamiento penal del alto funcionario público.
- La determinación de la realización de una infracción de la Constitución para proceder al levantamiento del privilegio de la inmunidad y sancionar al alto funcionario público con la inhabilitación para el ejercicio de la función pública o la destitución.

El antejuicio tiene por objeto aplicar el derecho parlamentario a uno de los altos funcionarios públicos establecidos en el artículo 99 de la Carta Política de 1993 a fin de decidir si es o no procedente levantar el privilegio de la inmunidad y en el caso de la verificación de la posible comisión de un delito, autorizar su procesamiento penal.

No es la apreciación política del hecho la que produce la pérdida de la inmunidad, sino la aplicación técnica del derecho penal y del derecho procesal penal por el Congreso, ya que de acuerdo al orden legal solamente a través de éstos se puede establecer si la conducta de la persona justifica el ejercicio de la función punitiva del Estado en su contra.

La demostración que el antejuicio no constituye la realización de un juicio político, sino la aplicación por el Congreso del derecho penal y procesal penal, se tiene en el artículo 100 de la Constitución, que dispone que el Ministerio Público por el mérito de la sola “resolución acusatoria de contenido penal” del Congreso debe proceder a ejercitar la acción penal y el Vocal Supremo en lo Penal a abrir proceso penal.

Mientras que en la generalidad de los casos el Ministerio Público solamente ejercita el ius persiguerendi (**Pag. 67**) cuando ha verificado la concurrencia de las condiciones de la acción penal, en el caso del antejuicio si el Congreso de la República decide levantar la inmunidad a un ex Ministro de Estado por la supuesta comisión de delito, la Fiscal de la Nación formulará denuncia ante la Corte Suprema de Justicia sin poder verificar la presencia de las condiciones de la acción.

Si la Fiscal de la Nación no puede calificar la “resolución acusatoria de contenido penal” para decidir no formalizar denuncia penal por no concurrir las condiciones de la acción, ¿quién asumirá tal responsabilidad?, ¿se admitirá en el orden legal la interposición de denuncia penal sin que se verifique si reúne las condiciones de la acción penal?.

No puede sostenerse que tal responsabilidad la asumiría el Vocal Supremo en lo Penal, pues como ya se estableció, el artículo 100 de la Ley Fundamental igualmente le prohíbe verificar los presupuestos para el procesamiento penal de una persona.

El efecto vinculante de la resolución acusatoria del Congreso de la República, que genera el deber de denunciar del Fiscal de la Nación y el deber de abrir proceso del Vocal Supremo en lo Penal que determina el artículo 100 de la Constitución, también lo indica el autor nacional César **SAN MARTIN CASTRO**.²

El establecimiento en el artículo 100 de la Constitución del efecto vinculante de la resolución acusatoria del Congreso de la República significó la desnaturalización del antejuicio, pues este, hasta antes de la Constitución de 1993, fue un juicio de naturaleza política exclusivamente, en el cual solamente se tenía que verificar si tras la persecución penal que se

² César San Martín Castro, Derecho Procesal Penal II, Volumen II, Página 950, Editorial Grijley, Lima, Perú, 1999.

pretendía contra algún alto funcionario del Estado que gozaba de la prerrogativa de la inmunidad, existía o no una motivación política.

Considero que el artículo 100 colisiona con los artículos 139 inciso 1 y 159 inciso 5 de la Ley Fundamental, que consagran los principios de exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional al Poder Judicial y de la acción penal al Ministerio Público.

En consecuencia sostengo que sería prohibido por la propia Constitución que el Congreso asuma la potestad de verificar las condiciones de la acción penal y los presupuestos para el procesamiento penal, pues la misma Ley Fundamental garantiza la exclusividad de la realización de estas funciones al Ministerio Público y al Poder Judicial.

III.I.I) Inconstitucionalidad del artículo 100 de la Constitución de 1993.

Se puede considerar que una norma contenida en la Carta de 1993 sea inconstitucional, pues conforme establece la doctrina de la supremacía constitucional y la inconstitucionalidad “dentro de la Constitución”, existen heterogeneidad de las normas constitucionales, esto es, diversos tipos de normas constitucionales que forman una graduación jerárquica según sus contenidos; así las normas constitucionales que contienen principios o valores tienen un rango superior al resto de normas que forman la Constitución y que se elaboran con la aplicación de aquellos.^{3 4}

Las normas atributivas de competencia de la exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial y la autonomía del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público, tienen como sustento el principio constitucional de la división de funciones o poderes del Estado, de allí que a este tipo de principio fundamental del orden jurídico político el maestro español Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO** le reconozca, siguiendo a Rubio Llorente, la condición de directriz básica para la interpretación de la Constitución.⁵

El último párrafo del artículo 100 resultaría, en aplicación de la doctrina de la supremacía constitucional, (**Pag. 68**) una norma inconstitucional por colisionar con el principio fundamental del orden jurídico político división de funciones, pues en la Ley Fundamental la potestad de verificar las condiciones de la acción penal o los presupuestos de procesamiento penal no forman parte de las funciones de legislar, de control político, y de designación de altos funcionarios que se reconocen al Congreso, sino integran la función jurisdiccional del Poder Judicial y la de ejercicio de la acción penal del Ministerio Público.

La regla cuya constitucionalidad se cuestionaría respondería a una decisión política frente a una coyuntura concreta que significó el tratamiento del levantamiento de la inmunidad del ex presidente Alan García Pérez, conforme opina Marcial **RUBIO CORREA**.⁶

III.I.II) Conflicto normativo entre el artículo 100 y los artículos 139 inciso 1 y 159 inciso 5 de la Constitución.

De no compartirse la doctrina de la supremacía constitucional y la inconstitucionalidad dentro de la Constitución, se tendrían que aplicar en el caso examinado las reglas del conflicto de normas.

El conflicto normativo es un defecto del sistema jurídico que Carlos **SANTIAGO NINO** describe como una contradicción entre normas que se da cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles; agrega el profesor argentino, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, que un sistema normativo es inconsistente cuando correlaciona un caso con dos o más soluciones

³ Francisco Fernández Segado, El Sistema Constitucional Español, Páginas 70 y 71, Dykinson, Madrid, España, 1992.

⁴ Germán Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I, El Derecho Constitucional de la Libertad, Páginas 139 y 140, EDIAR, Buenos Aires, Argentina, 1993.

⁵ Francisco Fernández Segado, Obra citada, Página 73.

⁶ Marcial Rubio Correa, Estudio de la Constitución Política de 1993 - Tomo IV, Página 142, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, Perú, 1999.

y lo hace de tal modo, que la conjunción de esas soluciones constituye una contradicción normativa.⁷

Son dos las condiciones que deben verificarse para que se de una incongruencia normativa:

CONDICIONES DE UNA INCONSISTENCIA NORMATIVA

- 1) Las normas deben referirse al mismo caso, es decir, tener el mismo ámbito de aplicabilidad o supuesto normativo.
- 2) Las normas deben imputar al mismo caso soluciones lógicamente incompatibles.

La teoría del derecho, que es la rama jurídica que trata el tema del conflicto normativo, presenta tres reglas de solución para el problema antinómico o de inconsistencia normativa:

REGLAS DE SOLUCION DE LA CONTRADICCION NORMATIVA

- 1.- Principio de la ley superior: Al encontrarse en conflicto dos normas de diversa jerarquía, prevalece la norma de nivel superior.
- 2.- Principio de la ley posterior: Al encontrarse en conflicto dos normas de igual jerarquía, dadas en momentos distintos, prevalece la promulgada con posterioridad.
- 3.- Principio de la ley especial: Al encontrarse en conflicto dos normas, prevalece la específica sobre la que tiene un ámbito normativo más general.

Las dos condiciones de la contradicción normativa se presentan en el caso examinado :

III.I.II.I) Las normas deben referirse al mismo caso, es decir, tener el mismo ámbito de aplicabilidad o supuesto normativo.

Carlos **SANTIAGO NINO** refiriéndose a esta condición del conflicto normativo afirma que uno de los requisitos de la contradicción normativa es que ambas normas se refieran a las mismas circunstancias fácticas. Esto puede ocurrir, bien porque la descripción del caso que hace una norma es equivalente a la descripción que hace otra, o bien porque, a pesar de ser ambas descripciones independientes, hay casos que, contingentemente, caen en ambas descripciones.⁸

El último párrafo del artículo 100 fija como parte (**Pag. 69**) de la descripción o circunstancia fáctica el momento en el que corresponde formular la denuncia penal por el Fiscal de Nación y la apertura del proceso penal por el Vocal Supremo en lo Penal.

Los artículos 139 inciso 1 y 159 inciso 5 fijan idénticamente como parte de la descripción o circunstancia fáctica el momento en el que corresponde formular la denuncia penal por el Fiscal de Nación como integrante de la potestad de promoción de la acción penal y la apertura del proceso penal por el Vocal Supremo en lo Penal como integrante de la función jurisdiccional.

III.I.II.II) Las normas deben imputar al mismo caso soluciones lógicamente incompatibles.

El último párrafo del artículo 100 asigna al Congreso competencia para efectuar la tipificación preliminar que será recogida en la denuncia penal y en el auto de apertura de instrucción.

Los artículos 139 inciso 1 y 159 inciso 5 atribuyen al Poder Judicial la exclusividad de la función jurisdiccional y al Ministerio Público la autonomía del ejercicio de la acción penal, en

⁷ Carlos Santiago Nino, Introducción al Análisis del Derecho, Páginas 272 y 273, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1988.

⁸ Carlos Santiago Nino, Obra antes citada, Página 274.

consecuencia le reconocen potestad para tipificar preliminarmente al denunciar y procesar, respectivamente.

Las soluciones normativas son lógicamente incompatibles, pues no puede haber exclusividad del Poder Judicial para verificar los presupuestos de procesamiento penal, ni autonomía del Ministerio Público para comprobar las condiciones de la acción penal, y al mismo tiempo constituir la resolución acusatoria del Congreso una “instrucción” para denunciar y abrir proceso penal.

III.I.II.III) Aplicación de una regla de solución al conflicto interno que presenta la Constitución de 1993.

De las tres reglas de solución del conflicto normativo resulta aplicable al problema examinado de la Carta de 1993 el principio de especialidad.

Entre las normas en conflicto, los artículos 139 inciso 1 y 159 inciso 5 resultan más específicos para determinar la institución competente para verificar las condiciones de la acción y los presupuestos de procesamiento penal, que el último párrafo del artículo 100 de la Ley Fundamental.

Consecuentemente la determinación de la institución competente para establecer cuando concurren las condiciones de la acción penal debe guiarse por la regla de la autonomía en el ejercicio de la acción penal del artículo 159 inciso 5 y para la verificación de los presupuestos de procesamiento penal por la regla de la exclusividad en el ejercicio de la función jurisdiccional del artículo 139 inciso 1.

Mientras que los operadores del derecho no tomen conciencia de la cuestión de inconstitucionalidad o del conflicto interno de normas que sufre la Constitución y por tanto se siga admitiendo el efecto vinculante de la resolución acusatoria del Congreso de la República, el respeto mínimo al orden legal implicará asumir la siguiente regla:

Dado a que la Constitución y las normas internacionales en materia de derechos humanos prohíben la implementación de un sistema jurídico en el que se pueda denunciar penalmente a un ser humano sin el control previo de la concurrencia de las condiciones de la acción penal y procesarlo penalmente si n la verificación de los presupuestos procesales, al quitarse tal potestad al Ministerio Público y al Poder Judicial a través del artículo 100 de la Carta Política, la responsabilidad ha sido “trasladada” al Congreso de la República.

III.II) Verificación si los actos de allanamiento e incautación ilegal generaron la responsabilidad solidaria del Ministro de Economía que establece el artículo 128 de la Constitución de 1993.

III.II.I) Determinación de la naturaleza y alcance de la responsabilidad solidaria de los Ministros de Estado.

La responsabilidad de los Ministros por los actos de gobierno del Presidente de la República responde a dos razones:

- Establecer un responsable de los actos de gobierno del Presidente de la República dado a que este es jurídicamente irresponsable por **(Pag. 70)** gozar del privilegio de la inviolabilidad, conforme al artículo 117 de la Ley Fundamental de 1993.⁹
- Establecer un control intraórgano en el proceso de formación de las decisiones de gobierno, en virtud del cual el Ministro refrenda los actos de gobierno del Presidente de la República, conforme al artículo 120 de la Constitución, previa verificación de la legalidad de los mismos.¹⁰

⁹ Marcial Rubio Correa, Estudio de la Constitución de 1993, Tomo 4, Página 298, Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial 1999, Lima, Perú, 1999.

¹⁰ Marcial Rubio Correa, Obra citada, Página 388.

La precisión de las razones de la responsabilidad de los Ministros de Estado respecto a los actos del Presidente de la República permite establecer que la misma solamente se limita a los actos de gobierno, no a todos los actos del Presidente en general.

En efecto, si la responsabilidad de los Ministros responde a la necesidad de cubrir la irresponsabilidad del Presidente de la República por la inviolabilidad de la que goza, aquélla solamente debe producirse en el caso de los actos del Presidente que se encuentran dentro del ámbito del privilegio establecido en el artículo 117 de la Constitución.

En otras palabras, dado a que el Presidente de la República solamente goza de inviolabilidad por los actos de gobierno que realice, la responsabilidad de los Ministros que determina el artículo 128 de la Carta Política únicamente se producirá por los actos que permitan la aplicación de la causa personal de exclusión de la pena que constituye la inviolabilidad.

Así por ejemplo, si el Presidente de la República no goza de inviolabilidad cuando comete delito de conyugicidio al matar a su esposa, los Ministros de Estado no pueden ser responsables por el homicidio cometido.

Si se considera la otra razón de la responsabilidad de los Ministros de Estado por los actos de gobierno del Presidente, la necesidad del control intraórgano, se llegará a la misma conclusión, pues el Ministro de Estado debe controlar la legalidad de los actos de gobierno del Presidente y no todos los que realice, por ejemplo un Ministro de Estado no tiene el deber de controlar la forma como el Presidente ejerce violencia sobre los miembros de su familia.

Al corresponder el control de los Ministros de Estado a los actos de gobierno del Presidente, solamente por el incumplimiento de éste deber de función, puede asumir responsabilidad por permitir que el Jefe de Estado realice actos de gobierno contrarios a la Constitución o a la Ley.

Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO**, el constitucionalista español, recogiendo la opinión de Pérez Serrano, distingue diversas clases de responsabilidad ministerial: política, civil y penal.¹¹

El examen dogmático jurídico del artículo 128 de la Constitución permite distinguir cuatro clases de responsabilidades en los Ministros de Estado.

En el primer párrafo de la norma constitucional examinada se establece responsabilidad individual de naturaleza administrativa y política al Ministro por los actos presidenciales que refrende.

En el párrafo segundo se asigna responsabilidad solidaria a los Ministros de Estado de naturaleza civil y penal, por los actos delictivos o las infracciones constitucionales que cometa el Presidente de la República en el ejercicio de sus funciones, o que haya realizado como consecuencia de acuerdo adoptado en Consejo de Ministros.

La responsabilidad colectiva de los Ministros de Estado que determina la segunda parte del artículo 128 debe atribuirse respetando las reglas que corresponden a la naturaleza de la responsabilidad civil y penal que genera el delito del Presidente de la República **cometido en acto de gobierno**.

(Pag. 71)

Para establecer responsabilidad civil a los Ministros basta poderles atribuir la condición de responsable civil o tercero civil responsable que se genera por el hecho ajeno que constituye el acto de gobierno ilegal del Presidente, sobre la base de criterios como, por ejemplo, la culpa in vigilando o una disposición legal.

La responsabilidad penal de los Ministros no puede atribuirse simplemente a título de solidaridad por el hecho ajeno consistente en el acto de gobierno ilegal del Presidente, pues la solidaridad como regla se aplica al caso de las obligaciones patrimoniales; la responsabilidad

¹¹ Francisco Fernández Segado, El Sistema Constitucional Español, Página 679, Dykinson, Madrid, España, 1992.

penal conforme al artículo 11 inciso 2 de la Declaración Universal, al artículo 15 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica, al artículo 2 inciso 24 parágrafo d de la Constitución Política, a la norma II del Título Preliminar, artículos 11, 12, 14 y 20 del Código Penal, solamente se puede determinar verificando que los Ministros de Estado con ocasión del acto de gobierno del Presidente ilegal, han cometido a su vez una acción típica, antijurídica y culpable.

Es decir, la responsabilidad penal de los Ministros de Estado no se basa en que el Presidente cometa un delito en el ejercicio de su función, sino en que con ocasión del mismo los Ministros a su vez realicen una conducta que pueda ser calificada como ilícito penal, por comisión dolosa, omisión propia dolosa, omisión impropia dolosa, o comisión u omisión culposa.

III.II.II) Demostración que el allanamiento y la incautación de bienes ilegal no generaron la responsabilidad del Ministro de Economía establecida en el artículo 128 de la Constitución.

La demostración de este argumento de defensa técnica requería responder a la siguiente pregunta:

¿El hecho que el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori haya formado y ordenado que un grupo de militares simule una diligencia judicial de allanamiento e incautación de bienes para apropiarse de documentación incriminatoria guardada por Vladimiro Lenin Montesinos Torres, constituyó un acto de gobierno del Presidente de la República del Perú?.

Evidentemente no.

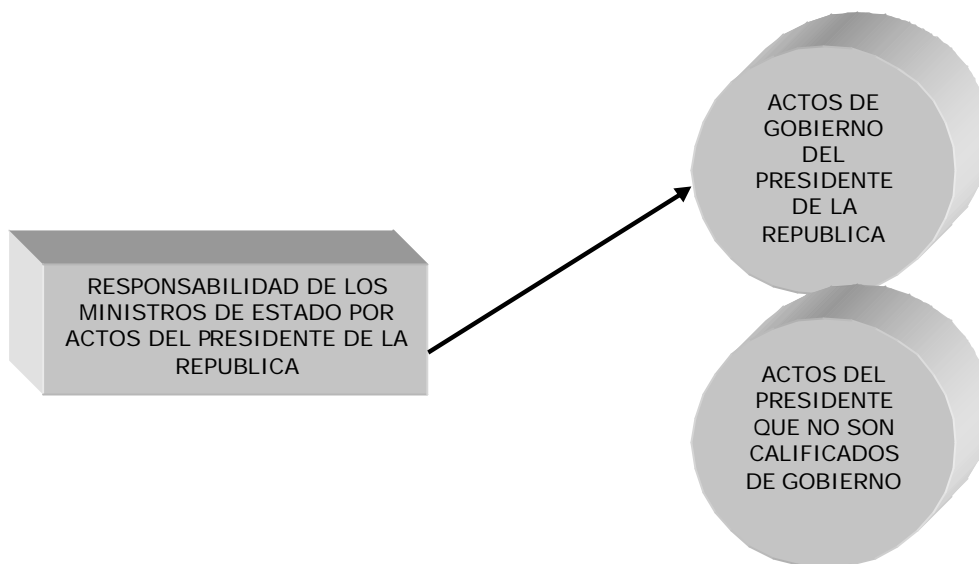
Los actos de gobierno del Presidente de la República son los que realiza con ocasión de ejercer las potestades que se le asignan en el artículo 118 de la Carta Política de 1993; por lo que sólo en el caso de cometer delitos por ejemplo en la administración de la hacienda pública, en la negociación de los empréstitos, en la regulación de tarifas arancelarias o en el dictado de decretos de urgencia, el Ministro de Economía y Finanzas asumiría responsabilidad por los actos del Jefe de Estado.

Los actos de gobierno del Presidente son los que requieren la refrendación de los Ministros de Estado para tener validez, conforme al artículo 120 de la Ley Fundamental.

La simulación de diligencia judicial para ingresar indebidamente a un domicilio y el apoderamiento de documentos probatorios de delitos acumulados por Vladimiro Lenin Montesinos Torres, **no fueron actos de gobierno del Presidente de la República, no se estuvieron amparados por el privilegio de la inviolabilidad, ni sujetos al control de la refrendación ministerial.**

La realización de los actos ilegales del Presidente de la República que lleve a cabo fuera de la esfera de los actos de gobierno, no generan la responsabilidad de los Ministros de Estado que establece el artículo 128 de la Constitución.

(Pag. 72)



La Sub Comisión Investigadora que presidió el actual Ministro de Justicia Fausto Alvarado Doderó y que integraron los congresistas Natale Amprimo Plá y Carlos Almerí Veramendi propuso como informe al Pleno del Congreso la no procedencia de formulación de acusación constitucional al ex ministro de Economía y Finanzas Carlos Albrerto Boloña Behr y los otros integrantes del gabinete por considerar que la responsabilidad solidaria del artículo 128 de la Constitución solamente se determinaba respecto de “los actos ilícitos que cometa el Presidente en acto de gobierno, en el ejercicio de las atribuciones que le establece el artículo 119 de la Constitución”.

La Sub Comisión Investigadora, por fortuna integrada totalmente por abogados, aplicando correctamente el derecho concluyó que el artículo 128 se aplicaba a los Ministros de Estado por “actos que deben ser materia de la función propia del Presidente, es decir, deben darse en el ejercicio de sus funciones. En caso contrario, estaríamos ante hecho impropios de la función en los que la responsabilidad presidencial no podría trascender solidariamente a los Ministros”.

La Comisión Permanente del Congreso en sesión del 10 de abril del año 2002 aprobó la conclusión exculpatoria de la Sub Comisión Investigadora, demostrando en esta oportunidad el Congreso de la República lo que significa respetar el derecho de defensa de las personas sometidas a antejuicio; analizar los argumentos de defensa y recogerlos cuando así corresponda.