

Un necesario deslinde entre la vacancia presidencial por permanente incapacidad moral, el juicio político y el antejuicio, a fin de asegurar su conformidad con el principio de *ne bis in idem*

A necessary demarcation between the presidential vacancy due to permanent moral incapacity, the political trial and the preliminary hearing, in order to ensure its conformity with the principle of ne bis in idem.

Mario Nilton Escriba Tineo ¹

In memoriam Gertrud Bärtschi (Basel – Suiza).

A tres años y tres meses de tu pronta partida. Aunque ya no estés en el plano físico con nosotros; tu constante preocupación por las personas privadas de libertad, honestidad diáfana, compromiso humanitario, amor inagotable y bondad por lo más humildes del Perú, siempre habitarán en mi corazón. Vuela alto, querida Gertru.

Resumen

El presente artículo académico pretende analizar la naturaleza jurídica de la vacancia presidencial en relación a su aplicación a través de la causal por permanente incapacidad moral contenida en el artículo 113°.2 de la Constitución Política del Estado y su diferencia con otras instituciones del derecho parlamentario como el juicio político y el antejuicio, a fin de asegurar su conformidad con el principio *ne bis in idem* como plexo del debido proceso, a fin de determinar si acaso el Congreso transgrede o no este principio en el trámite de la vacancia por permanente incapacidad moral presidencial.

Palabras clave: *Vacancia presidencial, permanente incapacidad moral, ne bis in idem, juicio político.*

Abstract

This academic article aims to analyze the legal nature of the presidential vacancy in relation to its application through the cause for permanent moral incapacity contained in article 113°.2 of the Political Constitution of the State and its difference with other institutions of parliamentary law. such as impeachment and preliminary hearing, in order to ensure compliance with the *ne bis in idem* principle as a plexus of due process, in order to determine whether or not Congress transgresses this principle in processing the vacancy due to permanent moral incapacity presidential.

Keywords: *Presidential vacancy, permanent moral incapacity, ne bis in idem, impeachment.*

¹ Maestro en Ciencias Penales por la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga (Perú). Título Oficial de Máster Universitario en Derechos Humanos: Sistemas de Protección (Grado de Maestro) por la Universidad Internacional de La Rioja (España). Con formación en el Programa de Especialización Internacional "Litigación Oral, Derecho Penal y Procesal Penal", por la Universidad Autónoma Latinoamericana de Colombia – Colombia; Programa Internacional de Posgrado "Temas actuales del derecho penal económico y de la empresa" por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla - La Mancha (sede Toledo) – España; Curso Especializado "Derechos Humanos" de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Colombia – Colombia; y Acreditado en Educación Continua en Liderazgo por MIU City University Miami - EEUU. Servidor público con más de 14 años de experiencia en la PP SUNAT, excomisionado de la Defensoría del Pueblo, exabogado de la Oficina Desconcentra de Control Interno del Ministerio Público, exasesor legal en el programa de formación de consejeros y regidores del Perú en el PNUD. escribatineo@gmail.com . ORCID <https://orcid.org/0000-0002-7694-832X>

I. Introducción

El 28 de marzo del 2022, el Pleno del Congreso de la República del Perú rechazó con 55 votos a favor, 54 en contra y 19 abstenciones, la segunda moción de vacancia presidencial por la causal de permanente incapacidad moral (en adelante PIM) regulada por el artículo 113°.2 de la Constitución Política contra el expresidente de la República José Pedro Castillo Terrones.

Antes, el 25 de noviembre de 2021 se había presentado la primera moción de vacancia signada con el Nro. 1222, este pedido fue presentado por la oposición política de derecha, sustentando su pedido en la causal contenida del artículo 113°.2 de la Constitución Política del Perú, en la medida que el partido político Perú Libre habría usado fondos públicos del Gobierno Regional de Junín en la campaña electoral 2021 (hechos que se encuentran en investigación fiscal sin que exista ninguna sindicación que el presidente haya participado de ello), designación de altos funcionarios vinculados al terrorismo (sin que exista un documento de parte del Poder Judicial o Ministerio Público que acredite ello, siendo solo noticias en medios periodísticos), debilitamiento del sistema democrático al fortalecer las relaciones con gobiernos antidemocráticos de Venezuela y avalar a personajes extranjeros en asuntos internos como Evo Morales (el factor común es que todos estos son representantes de la izquierda latinoamericana y es evidente el sesgo ideológico en el pedido de vacancia), genera inestabilidad económica (sin concretar en que recaería el hecho inobjetable), maltrato a los medios de comunicación (llevado porque no se permitían el ingreso de la prensa al sede del ejecutivo y el no declara ante los medios), permisibilidad a la violencia contra la mujer al haber designado como presidente del Consejo de Ministros al congresista Guido Bellido (ya que se le sindicaba de haber agredido de forma verbal a la también congresista Patricia Chirinos, no obstante que la Comisión de Ética archivó dicha denuncia). Hechos que nuevamente fueron invocados en el segundo pedido de vacancia, pese a que fueron archivados en sede parlamentario.

En ese sentido, resulta oportuno evaluar si los hechos que invocan para sustentar la vacancia presidencial por la causal de PIM no violan garantías constitucionales como el *ne bis in idem*, más cuando estos hechos luego de ser evaluados por el Congreso, no alcanzaron los votos para vacar en el cargo o simplemente no fueron admitidos, así como determinar si la vacancia es una modalidad del juicio político o ante juicio a fin de saber que garantías deben observarse en este procedimiento parlamentario. De no tener en claro estos institutos jurídicos constitucionales, se corre el riesgo de la presentación constante de pedidos de vacancia, originando un desprestigio al sistema democrático e incrementando la inestabilidad política, social y económica en el Perú. Situaciones que afectan directamente las condiciones de vida de todos los peruanos y todas las peruanas.

II. El juicio político

Cuando al presidente de la República, un congresista, ministro de Estado, magistrados del Tribunal Constitucional, miembros del Junta Nacional de Justicia, jueces supremos de la Corte Suprema, fiscales supremos del Ministerio Público, el Defensor del Pueblo o el Contralor General, se les acusa por conductas contrarias a la Constitución Política desprovistos de contenido penal (infracciones de la Constitución) se le denomina juicio político. Según los artículos 99° y 100° de la Constitución peruana, este procedimiento no se constituye como al advenimiento de algún proceso penal, por lo que sólo culminará con la

decisión del Pleno del Congreso, esto es acusando (según el artículo 100° de la Constitución puede ser la suspensión, inhabilitación hasta por 10 años o destitución de su cargo pública) o absolviendo a las autoridades señaladas. En cambio, cuando el procedimiento tiene como acto previo, es decir, la intervención de la Comisión Permanente acusando a unos de los funcionarios descritos precedentemente ante el Pleno del Congreso por haber cometido algún delito en el ejercicio de sus funciones (delito de función), a este trámite se denomina antejuicio político. Por ello, Sar sostiene que se le nombra el juicio político:

(...) porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado (...). En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, **sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario**, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta. (2005, 296)

Agrega que este «juicio político» es una institución que en nuestro medio se utiliza para deshacerse de opositores o funcionarios fastidiosos mediante un proceso en el que basta la voluntad de la mayoría parlamentaria. Para el Tribunal Constitucional, en el juicio político en contraposición al juicio jurídico diera la apariencia que incluso estaría alejada de los cánones del derecho, así lo hace notar de forma implícita al sostener en su fundamento jurídico número cinco:

(...) De ahí que, a diferencia del control jurídico, cuyo criterio de evaluación por antonomasia sea el de validez/invalidéz del objeto controlado, los criterios de simple oportunidad y de **conveniencia/inconveniencia** sean los que se empleen en el control político. De simple oportunidad, pues encontrándose facultados para realizar el control respecto de cualquier medida gubernamental, depende de la decisión política del Parlamento y, en particular de las relaciones entre minoría y mayorías políticas, el que lo quiera ejercer. Y se realiza bajo el criterio de conveniencia/inconveniencia ya que, una vez que se ha decidido llevarlo a cabo, las críticas al Ejecutivo pueden tener al derecho como fundamento, **pero también sustentarse en razones económicas, financieras, sociales, de orientación política o por puros argumentos de poder**. Puesto que no existe un catálogo de criterios limitados o delimitados para el escrutinio político, la subjetividad y disponibilidad de su parámetro son algunos de los factores que singularizan al control político. (Tribunal Constitucional del Perú. Pleno del Tribunal. STC N° 00004-2011-PI/TC; 20 de setiembre de 2011)

Contrario a esto y parece con ánimo de enmienda sobre esta interpretación, posteriormente el Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídicos once y trece de la STC N° 00156-2012-PHC/TC señaló que:

(...) En esa perspectiva, **no sólo** la actuación de los órganos que ejercen función jurisdiccional debe estar ajustada a derecho, **sino también las de aquellos que llevan a cabo función política** como administrativa. Es el sometimiento de todos al Derecho y la interdicción de la arbitrariedad lo que distingue a un Estado constitucional de uno que no lo es. **Por consiguiente, los controles políticos y las sanciones políticas están también tasadas y reguladas por la Constitución** y la ley. De ahí que el principio de legalidad y el subprincipio de taxatividad recorren y determinan el contenido y la dimensión del poder sancionatorio del Parlamento (sede política), como del Poder

Ejecutivo (sede administrativa). (Tribunal Constitucional del Perú. Pleno del Tribunal. STC N° 00156-2012-PHC/TC; 8 de agosto de 2012)

Razón por el cual Santistevan De Noriega, asevera sobre el juicio político que:

(...) La infracción constitucional –considerada como figura independiente de la comisión de delitos de función por parte de los altos funcionarios del Estado sujetos al control del Parlamento– sigue siendo una institución polémica en el Perú, a pesar de los deslindes hechos por el Tribunal Constitucional. Recogida en los artículos 99 y 100 de la Carta Magna de 1993 como mecanismo de control político del Congreso frente a los actos realizados por funcionarios del más alto rango en violación de la Constitución, **da lugar a un proceso sancionatorio, de carácter puramente político**, que puede concretarse en la suspensión del funcionario público infractor, su destitución o su inhabilitación hasta por diez años para el ejercicio de la función pública. (Santistevan De Noriega 2012, 309)

En suma, el juicio político a diferencia del juicio judicial es eminentemente política, pero no por ello es, o debería ser, arbitraria e irracional.

III. La vacancia presidencial: la permanente incapacidad moral (PIM)

Dejando en claro que, por lo expuesto precedentemente, la vacancia no es un proceso sancionador en sí misma, sino que es un acto político de verificación inobjetable de las causales objetivas señaladas en el artículo 113° de la Constitución peruana de 1993, señala que:

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

1. Muerte del Presidente de la República.
2. Su permanente incapacidad moral o física, 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.

Si revisamos dichas causales, veremos que la muerte es un hecho incontrovertible de verificación del suceso; la renuncia está condicionada a la aceptación del Congreso, para lo cual se conocerá el motivo de la renuncia y posterior acuerdo congresal; el salir del territorio nacional sin autorización o su no retorno, igualmente está condicionado a actos objetivos e incontrovertibles; la destitución como consecuencia de la sanción por los delitos de traición a la patria, por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales, por disolver el Congreso y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral. También es una situación objetiva la incapacidad física permanente, ya que impide ejercer el más alto cargo público de forma regular; empero, la PIM es sin duda la de más difícil interpretación, que demanda un «juicio» valorativo político y constitucional en grado sumo, pues esa PIM debe ser de tal intensidad que haga insostenible la permanencia en el cargo del presidente de la República. Repito, no puede ser cualquier calificación «moral» sino uno de extrema gravedad.

Por lo que es necesario determinar a que hace referencia la PIM, si acaso obedece a la calificación moral en sentido ético que haga que el presidente no pueda permanecer más en el cargo o a una condición mental que impida ejercer el cargo de forma adecuada o a otra condición objetiva. A fin de entender el contenido de la PIM, hemos revisado el Cuaderno de Debate Constitucional de 1993 de la Comisión de Constitución y de Reglamento del Congreso Constituyente Democrático en la Sesión del día 02/03/93 al 24/03/93 (pag. 1262-1268), y advertirnos que para el legislador constituyente era de poca relevancia entender el significado histórico del término PIM, no obstante, basta con transcribir las siguientes intervenciones para darnos cuenta qué entendían:

(...) **El señor CHIRINOS SOTO (R).**— Señor Presidente: Tengo dos observaciones. El artículo es básicamente parecido al de la Constitución vigente; pero hay unas pequeñas diferencias gramaticales que tienen grave trascendencia. Cuando se señala "Incapacidad permanente física o moral", lo que debe decir es "Incapacidad física permanente o moral", **porque la incapacidad moral no tiene que ser permanente**, la incapacidad moral se **configura una sola vez**. Si el Presidente comete un acto inmoral que no es de los considerados en el artículo 210.º, aunque se confiese y tome la comunión y todo lo demás, ya incurrió en incapacidad moral, que autoriza al Congreso de la República a destituirlo en razón de dicha incapacidad.

El señor CÁCERES VELÁSQUEZ, Róger (FNTC).— Señor Presidente: La aclaración hecha por usted y el recuerdo de lo ocurrido en fecha muy reciente en el Congreso de la República, me lleva a proponer que desdoblemos este inciso, tratando por separado lo concerniente a la incapacidad física y refiriendo la **incapacidad moral a la causa que podría motivarla: Incapacidad moral por abierto desconocimiento de la forma democrática de gobierno o de la majestad del Congreso.**

El señor CHIRINOS SOTO (R).— No es ése el sentido de la incapacidad moral. Ocurre que el artículo 210.º, que permite acusar al Presidente, tiene una casuística muy limitada. Pero, si el Presidente de la República cometiera un delito común, no se va a pedir antejuicio, **sino que se declara su incapacidad moral**; si es autor de un uxoricidio, el Congreso no lo va a enjuiciar políticamente, lo declara incapaz moralmente. Dicho sea de paso, para beneficio de la doctora Flores Nano, ese acto es tan grave que por sí solo determina incapacidad moral permanente; un uxoricida tiene permanente incapacidad moral. (...)

En la historia del Perú **no se ha abusado de este artículo**; en la historia del Perú **han sido destituidos por el Congreso tres Presidentes**: don José de la Riva Agüero, don Guillermo Billinghurst, previo golpe de estado, y don Alberto Fujimori, postgolpe de estado. De manera que la declaratoria de incapacidad moral no tuvo efecto.

La señora FLORES NANO (PPC).— Presidente, cuando el tema fue debatido, en materia de incapacidad moral, y son palabras del señor Chirinos Soto en la Constituyente de 1979, él decía lo siguiente: Según el artículo que viene, sólo se puede acusar al Presidente de la República durante su mandato por tales y cuales casos; pero si el **Presidente comete un asesinato, robo o estupro, no están estos casos en la Constitución. Entonces, hay que abrir la puerta, en esos casos, para que el Congreso declare vacante la Presidencia por incapacidad moral**. Es decir, un hecho tal que se juzgue como un hecho que lo incapacita moralmente; una sola oportunidad. (...). (Lo resaltado y subrayado es nuestro).

A estas alturas podemos concluir que el fundamento para la redacción de la casual del PIM en la Constitución del 93, no tenía como sustento la incapacidad mental (interpretación histórica) ni moral (ético) en sentido estricto, sino que estaba ligado a los actos ilícitos que

cometía el presidente de la República o en términos de los propios legisladores constituyentes era aquella acción generada «**ante la comisión de delitos comunes**» lo que calificaba como PIM. Partiendo entonces que la causal de la PIM esta referida a **hechos objetivos**, nosotros compartimos la interpretación histórica realizada por Omar Cairo, quien señala que PIM en el siglo XIX se entendía como una incapacidad «mental», así ha sostenido que:

(...) las causales de vacancia señaladas en el artículo 113 de la Constitución no son conductas reprochables, sino hechos que impiden al Presidente seguir gobernando (por ejemplo, la muerte, la permanente incapacidad física o la aceptación de su renuncia). El término "permanente incapacidad moral" no significa "inmoralidad", sino imposibilidad de formular juicios morales (distinguir el bien del mal). Es decir, se trata de un **problema mental**. La causal de 'permanente incapacidad moral' fue establecida por primera vez en el Perú en la Constitución de 1839. (...) Jeffrey Lieberman recuerda que hace dos siglos "la mayoría de los médicos creían que la enfermedad tenía un origen moral" y que "los perturbados habían decidido comportarse de forma indecente y bestial, o cuando menos estaban pagando las consecuencias de un pecado anterior (...). (Cairo 2020)

Si algo queda como conclusión, es que la causal de la PIM **nunca** estuvo referida a la moralidad en sentido ético (elemento subjetivo), sino por el contrario alude a una condición objetiva, que en criterio del legislador constituyente del 93 se incurría cuando el presidente de la República **cometía delitos comunes** o en posición de Omar Cairo a la condición de incapacidad mental.

Como colofón de este tema, deseamos afirmar que la vacancia es una institución jurídica distinta a la acusación constitucional (regulada en el artículo 99° de la Constitución) y al juicio político (regulada en el artículo 100° de la Constitución), por lo que se constituye en un procedimiento parlamentario autónomo y que debe entonces ser regulada atendiendo a las otras condiciones jurídicas en comunión con las garantías constitucionales del debido proceso. Aserto que encuentra sustento en lo señalado por el Tribunal Constitucional en el fundamento veintiséis de la STC N° 00006-2003-AI/TC, al sostener que:

(...) 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** en un Estado social (...) 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. (Tribunal Constitucional del Perú. Pleno del Tribunal. STC N° 0006-2003-AI/TC; 1 de diciembre de 2003)

VI. El debido procesal en sede parlamentario

El Tribunal Constitucional aún en el año 2007 cuando emitió la STC Nro. 02440-2007-PHC/TC en el fundamento jurídico octavo sostuvo:

(...) **toda actuación de los órganos estatales o particulares dentro de un proceso o procedimiento**, sea jurisdiccional, administrativo sancionatorio, corporativo o **parlamentario, debe respetar el derecho al debido proceso**. Así como no existen islas exentas al control constitucional, tampoco es posible sostener que existan escenarios en los que se puedan desconocer, sin mayor justificación, las garantías mínimas del debido proceso, en tanto ello supone aseverar, con el mismo énfasis, que la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al Congreso de la República, al privilegiarse la majestad de los poderes públicos frente a los derechos fundamentales de la persona. Empero, esto último se encuentra reñido con la lógica del actual Estado Constitucional y, obviamente, no es compartido por este Tribunal Constitucional (...). (Tribunal Constitucional del Perú. Pleno del Tribunal. STC N° 02440-2007-PHC/TC; 27 de julio de 2007)

V. El principio de ne bis in idem

Este principio garantiza a todo ciudadano o ciudadana a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho. A esta garantía se le conoce como el ne bis in idem procesal, tal como está reconocida en el artículo 139°.3 de la Constitución Política. Tesis concretada sobre la base de la interpretación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que impone que «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». En ese sentido, debemos recordar que en el artículo 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos se reconoce el derecho al debido, a saber: «4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos».

V.1. Dimensiones del principio ne bis in idem

El Tribunal Constitucional en reiteradas decisiones ha señalado que el principio ne bis in idem tiene una doble configuración: por un lado, una versión o vertiente sustantiva y, por otro, una de connotación procesal. Veamos cada una de estas.

V.1.1. Vertiente material

Según la cual «(...) **nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho**, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.» (Tribunal Constitucional del Perú. Pleno del Tribunal. STC N° 2050-2002-AA/TC; 16 de abril de 2003). Es decir, un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos, quedando proscrita toda persecución múltiple. En la misma sentencia en su fundamento 19, se agrega que:

El principio del ne bis in idem material tiene conexión con los **principios de legalidad y proporcionalidad**, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, (...) obedece a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un **conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora** del Estado ante la eventual comisión de un

hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica (...). (Tribunal Constitucional del Perú. Pleno del Tribunal. STC N° 2050-2002-AA/TC; 16 de abril de 2003)

Por ello, parafraseando el fundamento podríamos señalar que **el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave** de este principio. No es admisible una doble sanción al mismo sujeto por un mismo hecho (fundamento).

V.1.2. Vertiente procesal

En tanto que, en su vertiente procesal, tal principio significa que:

(...) **‘nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos’**, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo). (Tribunal Constitucional del Perú. Pleno del Tribunal. STC N° 2050-2002-AA/TC; 16 de abril de 2003)

Esto es que en modo alguno una persona pueda ser procesado dos veces por los mismos hechos o que no debe iniciarse dos procesos teniendo el mismo hecho como fundamento.

V.2. Test de la triple identidad del ne bis in idem

Como un criterio a observar, el Tribunal Constitucional ha señalado «que la sola existencia de dos procesos o dos condenas impuestas no puede ser el único fundamento para activar la garantía del ne bis in idem, pues se hace necesaria previamente la verificación de la existencia de una resolución que tenga la calidad de cosa juzgada o cosa decidida.» (Tribunal Constitucional del Perú. Pleno del Tribunal. STC N° 04234-2015-PHC/TC; 28 de noviembre de 2017). Una vez verificado este requisito previo, será pertinente analizar strictu sensu los componentes del ne bis in idem, esto es: a) identidad de la persona física o identidad de sujeto (eadem persona); b) identidad del objeto o identidad objetiva (eadem res); y c) identidad de la causa de persecución o identidad de fundamento (eadem causa pretendi).

V.2.1. Identidad de la persona física o identidad de sujeto

El primer requisito a ser cumplido para que opere el principio que nos ocupa, es el de identidad de sujeto, lo que significa que la persona física a la cual se le persigue tiene que ser necesariamente la misma. Como bien se señala «(...) este principio constituye una garantía individual, a lo que apunta es que sólo aquella persona natural frente a la cual el Estado desplegó su potestad sancionadora (no) pueda ser objeto de una nueva o paralela acción estatal.» (Lizarraga Guerra 2012)

V.2.2. Identidad del objeto o identidad objetiva

En cuanto al segundo requisito, la identidad objetiva o identidad de los hechos, «(...)

que no es más que la estricta identidad que debe existir entre los hechos que sirvieron de fundamento para la apertura tanto de una como de la otra investigación, debe tratarse de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal.» (Tribunal Constitucional del Perú. Pleno del Tribunal. STC N° 04234-2015-PHC/TC; 28 de noviembre de 2017).

V.2.3. Identidad de la causa de persecución o identidad de fundamento

En el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional se ha entendido a la «identidad de fundamento» como «identidad de bien jurídico» o «identidad de interés protegido», independientemente si ello en el ámbito penal tiene implicancias diferenciadas al derecho administrativo sancionador. Problemática que nos ocuparemos en otro ensayo.

VI. Afectación del principio de ne bis in idem en el procedimiento parlamentario de vacancia por PIM

Ahora bien, de acuerdo al artículo 89°-A del Reglamento del Congreso de la República, se regula el procedimiento para el pedido de vacancia de la Presidencia de la República, por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113 de la Constitución peruana de 1993. De ahí podemos extraer las siguientes reglas:

1. El pedido de vacancia se formula mediante moción de orden del día.
2. Debe estar firmada por no menos el veinte por ciento del número legal de Congresistas.
3. Debe precisarse los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta, así como de los documentos que lo acrediten o, en su defecto, la indicación del lugar donde dichos documentos se encuentren.
4. Tiene preferencia en el Orden del Día y es vista antes que cualquier otra moción pendiente en la agenda. Recibido el pedido, copia del mismo se remite, a la mayor brevedad, al presidente de la República.
5. Para la admisión del pedido de vacancia se requiere el voto de por lo menos el cuarenta por ciento de Congresistas hábiles.
6. La votación se efectúa indefectiblemente en la siguiente sesión a aquella en que se dio cuenta de la moción.
7. El Pleno del Congreso acuerda día y hora para el debate y votación del pedido de vacancia, sesión que no puede realizarse antes del tercer día siguiente a la votación de la admisión del pedido ni después del décimo.
8. El presidente de la República cuya vacancia es materia del pedido puede ejercer personalmente su derecho de defensa o ser asistido por letrado, hasta por sesenta minutos.
9. El acuerdo que declara la vacancia por la causal prevista en el inciso 2) del artículo

113 de la Constitución, requiere una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso.

10. La resolución que declara la vacancia se publica en el diario oficial dentro de las veinticuatro horas siguientes al de la recepción de la transmisión remitida por el Congreso.
11. La resolución que declara la vacancia rige desde que se comunica al vacado, al presidente del Consejo de ministros o se efectúa su publicación, lo que ocurra primero.

La moción de vacancia por la causal del artículo 113°.2 de la Constitución, debe inexorablemente precisar los **fundamentos de hecho** y de derecho en que se sustenta, así como de los documentos que lo acrediten o, en su defecto, la indicación del lugar donde dichos documentos se encuentren, esto para realizar el control de legalidad en dos momentos, a saber: i) la primera, en la etapa de **admisión del pedido** de vacancia que deberá contar con no menos del 40% de votos de los congresistas hábiles y/o ii) la **segunda etapa de deliberación**, cuando el Pleno el Congreso acuerde declarar la vacancia por dicha causal requerirá una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso.

En estos dos momentos, puede rechazarse la moción de vacancia, es decir, en la primera etapa al momento de analizarse la admisión o no el Pleno discute y analiza las razones de hechos que fundamentan el pedido y si esta no supera la votación requerida, la moción es archivada; procedimiento que bien podría asimilarse para la «formalización de la investigación preparatoria» pues se admitir la moción deberá ser trasladada al presidente, por lo que los hechos invocados no pueden ser alterados. Y de archivar el caso, se produciría como consecuencia que en el juicio valorativo de los congresistas no alcanzaría razones para admitir la vacancia, por tanto, los hechos de esa vacancia ya habrían sido meritadas, y pretender reiterar que esos mismos hechos sean nuevamente evaluados en otro proceso de vacancia afectaría al principio de **ne bis in idem** en su vertiente procesal, por el cual «**nadie pueda ser juzgado** dos veces por los mismos hechos», o como bien lo señala el Tribunal Constitucional que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto.

Si se lograra superar la etapa de admisión del pedido de vacancia, luego esta será sometida a la segunda etapa, que es la votación de si se vaca o no en el cargo al presidente de la Republica. En este momento del procedimiento parlamentario, ciertamente podríamos compararla (solo a nivel pedagógico) con una «sentencia judicial», ya que el Pleno del Congreso en puridad realiza un juicio de subsunción de los hechos invocados y el contenido de la causal por PIM. Entonces, si no logra obtener en votación a favor de la vacancia de los 2/3 del número legal de miembros del Congreso, la «causa» quedará resuelta y se archivará. Y esa decisión nuevamente podría bien compararse con la «sentencia absolutoria en un juicio penal». Por tanto, los hechos no aceptados por el parlamento no deberían ser invocados nuevamente como casual de la PIM, ya que esto afectaría el principio del **ne bis in idem**.

Según la Real Academia Española, vacar se entiende por «Dicho de un empleo, de un cargo o de una dignidad: Quedar sin persona que lo desempeñe o posea», entonces

como bien hemos señalado la vacancia no es un procedimiento sancionador, sino un acto de constatación objetiva de la causal de vacancia; sin embargo, la causal de PIM (entendida como un concepto indeterminado y cuya interpretación hoy es de carácter difusa en el seno del parlamento nacional) es un procedimiento parlamentario que tiene por objeto apartar del cargo al primer mandatario nacional, por lo que una medida gravosa como este debería contar con todas las garantías procesales y constitucionales para lograr que la decisión pública sea lícita y legítima. No puede ampararse la idea que por ser un acto eminentemente político está exenta de toda razón jurídica y menos del control constitucional. Pensar así, solo defrauda al estado constitucional y a la Constitución, tornando la decisión en arbitraria e ilegítima.

Por ejemplo, en el caso del procedimiento de acusación constitucional, regulada en el artículo 89° del Reglamento del Congreso, se señala en que las denuncias declaradas improcedentes o que tengan informe de archivamiento y que pongan fin al procedimiento de acusación constitucional, en cualquiera de sus etapas, **no pueden volver a interponerse hasta el siguiente periodo anual de sesiones, requiriendo la presentación de nueva prueba que sustente la denuncia**. En caso contrario son rechazadas de plano. Esta garantía procesal, bien podría regularse también para la casual de la vacancia por PIM.

Como tantas veces lo ha reiterado el Tribunal Constitucional peruano, en el Estado no hay zonas exentas del control constitucional, pues toda decisión emitida por la administración pública (órganos, organismos y autoridades) debe observar la Constitución bajo sanción de responder legalmente por sus actos. Los votos no pueden convertirse en la nueva forma de dictadura de la mayoría.

En suma, queda en el Congreso iniciar una reforma del Reglamento a fin que dote de verdaderas garantías procesales al procedimiento de vacancia presidencial por la causal de PIM regulada en el artículo 89°-A del reglamento del Congreso así como definir ese concepto indeterminado con razones jurídicas e inobjetables, de no hacerlo, tendremos pedidos de vacancia cada semana, originando con ello, una actuación desmedida por parte los opositores políticos al ejecutivo, que al final solo causará inestabilidad política, social y económica del país.

VII. Conclusiones:

1. La vacancia presidencial en el Perú no es un proceso sancionador en sí misma, sino que es un acto político de verificación inobjetable de las causales objetivas señaladas en el artículo 113° de la Constitución.
2. La casual de vacancia presidencial por PIM en la Constitución del 93, no tenía como sustento la incapacidad mental (interpretación histórica) ni moral (ético) en sentido estricto, sino a los actos ilícitos que constituyen infracción constitucional o en términos de los propios legisladores constituyentes era aquella acción generada «ante la comisión de delitos comunes».
3. Partiendo que la causal de la PIM esta referida a hechos objetivos y no a apreciaciones subjetivas, para nosotros la PIM fue establecida por primera vez en el Perú en la Constitución de 1839 e históricamente estuvo vinculada a la incapacidad mental sobrevenida del presidente de la República.

4. La garantía constitucional de no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho (principio de ne bis in idem) se encuentra reconocida en el artículo 139°.3 de la Constitución Política, es así que nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, por lo que toda actuación de los órganos estatales o particulares dentro de un proceso o procedimiento sea jurisdiccional, administrativo sancionatorio, corporativo o parlamentario, deben observar dicho principio constitucional.
5. El Congreso de la República debe iniciar una reforma del Reglamento a fin que dote de verdaderas garantías procesales al procedimiento de la vacancia presidencial por la causal de PIM regulada en el artículo 113°.2 de la Constitución y desarrolla en el artículo 89°-A del Reglamento del Congreso así como llenar el contenido del concepto con razones jurídicas e inobjetables, de no hacerlo, no solo el parlamento nacional estaría incurriendo en permanente violación de los derechos constitucionales del presidente de la República sino que además tendremos pedidos de vacancia cada semana, originando con ello, una actuación desmedida por los opositores políticos del ejecutivo que al final solo causará inestabilidad política, social y económica del país sumando al descrédito del sistema democrático y la institucionalidad.

VIII. Referencia bibliografía

- Cairo, Omar . «Golpe de Estado y Vacancia Presidencial por Permanente Incapacidad Moral.» Caretas, 2020.
- Lizarraga Guerra, Víctor. «Fundamento del "Ne Bis In Idem" en la Potestad Sancionadora de la Administración Pública.» Derecho Penal Unifr, setiembre 2012: 25.
- Santistevan De Noriega, Jorge . «Acusación constitucional y juicio constitucional político .» Gaceta Constitucional 52, 2012: 309-322.
- Sar, Omar . «El antejuicio, el juicio político y la vacancia presidencial analizados a partir de la sentencia de inconstitucionalidad del inciso j del artículo 89 del reglamento del Congreso.» Revista Lus Et Veritas, 2005: 296-306.

Jurisprudencia:

- 65 congresistas contra el Reglamento del Congreso de la Republica. STC N° 0006-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 1 de diciembre de 2003).
- Carlos Israel Ramos Colque contra la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. STC N° 2050-2002-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 16 de abril de 2003).
- César Adán Casanova Audante contra la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. STC N° 04234-2015-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 28 de noviembre de 2017).
- César Humberto Tineo Cabrera contra la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. STC N° 00156-2012-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 8 de agosto de 2012).

Johny Lescano Ancieta Ancieta y otros congresistas de la República contra los Decretos de Urgencia Nos. 001-2011 y 002-2011. STC N° 00004-2011-PI/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 20 de setiembre de 2011).

José Eduardo Flores Milla contra la Primera Sala Penal para Procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima. STC N° 02440-2007-PHC/TC (Tribunal Constitucional del Perú, 25 de julio de 2007).