

ATIPICIDAD DE LA INSTAURACIÓN DEL GOBIERNO DE EMERGENCIA Y RECONSTRUCCIÓN NACIONAL EL 5 DE ABRIL DE 1992 POR APLICACIÓN DEL FILTRO DE IMPUTACION OBJETIVA: CONSENTIMIENTO

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

Cuando el Poder Judicial decide por primera vez, en la historia de la justicia penal del Perú, someter a proceso penal a los integrantes de un gobierno de facto, el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional instaurado el 5 de abril de 1992; he sostenido como defensor del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori y el ex Ministro de Economía y Finanzas Carlos Boloña Berh, que el hecho no puede ser encuadrado en el tipo penal de rebelión del artículo 346, al faltar el elemento típico imputación objetiva, por dos razones; la aplicación de los filtros de imputación objetiva: adecuación social y el consentimiento.

A continuación demuestro la falta de tipicidad del hecho, trabajando el filtro de imputación objetiva: consentimiento.

1.- Funcionamiento de la imputación objetiva dentro del tipo penal.

Para que un comportamiento pueda ser encuadrado dentro del tipo penal se requiere que sea imputable objetivamente al autor; la imputación objetiva constituye un elemento de todo tipo penal pues solamente mediante su verificación la acción resulta típica.^{1 2 3 4 5 6 7}

El autor español Joaquín **CUELLO CONTRERAS** explica la función que tiene la imputación objetiva en la tipicidad, al señalar que los tipos penales constituyen abstracciones de la realidad, supuestos de hecho que no recogen todos “los matices de la realidad normada”. Ello implica que a veces comportamientos reales que aparentemente resultan típicos deben excluirse del tipo penal “porque no resultan desaprobados por el orden social subyacente”.⁸

Explica el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Extremadura, que la imputación objetiva selecciona las acciones peligrosas o dañosas de bienes jurídicos que realmente están desaprobadas por el Derecho.⁹

¹ Günther JAKOBS, Derecho Penal Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación, Páginas 223 a 226.

² Claus ROXIN, Derecho Penal-Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Traducción de la 2ª edición alemana, Páginas 362 a 365, Editorial CIVITAS, Madrid, España, 1997.

³ Hans Heinrich JESCHECK y Tomas WEIGEND, Tratado de Derecho Penal – Parte General, Páginas 307 a 310, Comares Editorial, Granada, España, 2002.

⁴ Günter STRATENWERTH, Derecho Penal Parte General, I El Hecho Punible, Traducción de la segunda edición alemana, Páginas 75 a 87, Editorial de Derecho Reunidas S.A., Madrid, España, 1982.

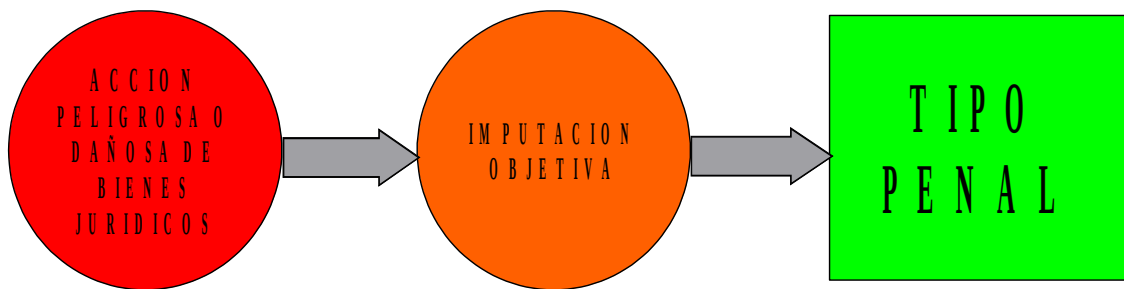
⁵ Joaquín CUELLO CONTRERAS, El Derecho Penal Español, Parte General, Nociones Introductorias. Teoría del Delito, Páginas 599 a 600, Dykinson, Madrid, España, 2002.

⁶ José HURTADO POZO, Manual de Derecho Penal Parte General I, Tercera Edición, Páginas 431 a 433, Pontificia Universidad Católica, Grijley, Universidad de Friburgo Suiza, Lima, Perú, 2005.

⁷ Claus ROXIN, La Imputación Objetiva en el Derecho Penal, traducido al español por Manuel Abanto Vásquez, Páginas 15 y 16, IDEMSA, Lima, Perú, 1997.

⁸ Joaquín CUELLO CONTRERAS, Obra citada, Páginas 568 y 569.

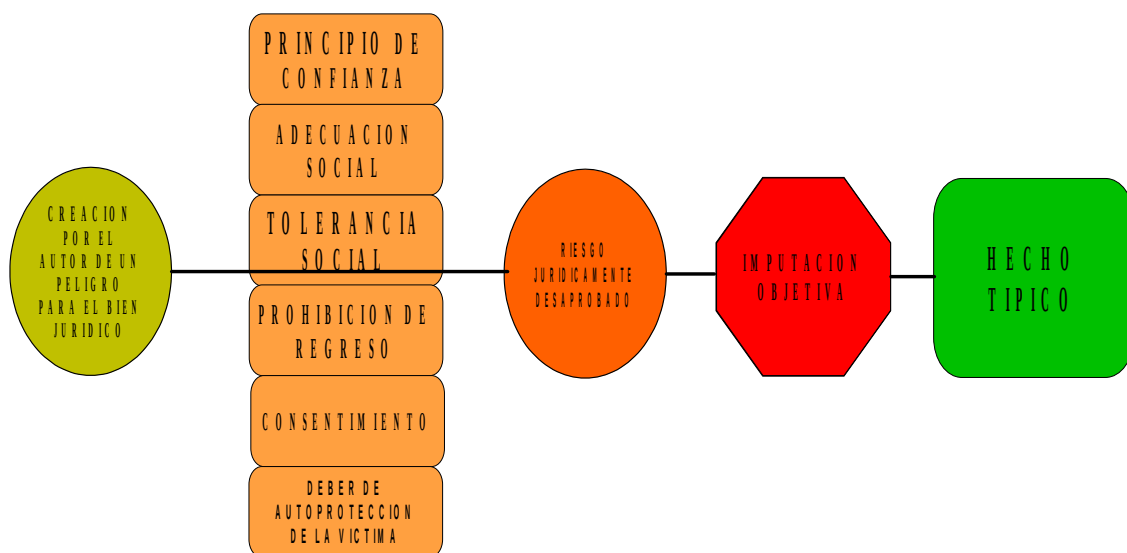
⁹ Ibidem, Página 599.

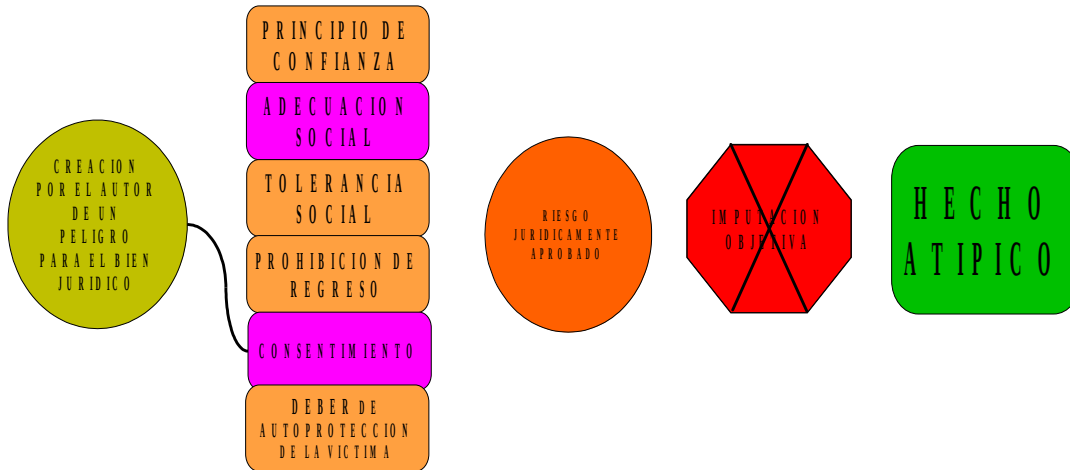


La jurisprudencia peruana viene reconociendo a la imputación objetiva como un elemento del tipo penal, un requisito a verificar para que el hecho imputado pueda ser considerado típico; de allí que los jueces nacionales hayan empezado desde hace algunos años a trabajar con los filtros (criterios) de imputación objetiva para establecer si la conducta objeto del proceso penal encuadra en el tipo penal.

Dentro de la doctrina judicial señalo como ejemplos, el “Caso de Rock en Río” objeto del recurso de nulidad N° 4288-97 del 13 de abril de 1998, en el que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema determinó la atipicidad del hecho por falta de imputación objetiva al aplicar el filtro de la violación del deber de autoprotección de la víctima; y el “Caso del taxista”, objeto del recurso de nulidad N° 4166-99 del 7 de marzo del 2001, en el que determinó igualmente la ausencia de tipicidad por aplicación del filtro de imputación objetiva prohibición de regreso.

Para que se verifique la imputación objetiva es necesario que el autor haya creado un riesgo jurídicamente prohibido, lo que solamente se produce si su conducta no queda atrapada por alguno de los filtros de imputación objetiva.





2) Ubicación de la imputación objetiva en el tipo penal de rebelión.

La composición típica del delito de rebelión se establece a través del examen dogmático jurídico del artículo 346 del Código de 1991.

ESTRUCTURA TIPICA DEL DELITO DE REBELIÓN CONFORME AL ARTICULO 346 DEL CODIGO PENAL	
BIEN JURÍDICO	
El objeto de protección penal es el orden constitucional, esto es, el sistema constitucional entendido como la organización y funcionamiento de las instituciones políticas fundamentales. ¹⁰	
PARTE OBJETIVA	PARTE SUBJETIVA
<p>1) <u>Sujetos.</u> Sujeto activo: Cualquier persona imputable. La naturaleza de la rebelión permite establecer que se trata de un delito plurisubjetivo, pues para su realización requiere de un determinado número de personas, según las circunstancias, de un mínimo acuerdo, organización y estructura en el grupo rebelde.^{11 12}</p> <p>Sujeto pasivo: El Estado.</p>	<p>1) <u>Dolo.</u> Conocimiento y voluntad de realización de los elementos de la parte objetiva del tipo de rebelión.</p>
<p>2) <u>La acción.</u> La acción es la de alzamiento en armas. Se trata del sublevamiento o levantamiento público y violento, el rompimiento de la relación de sumisión a</p>	<p>2) <u>Elementos subjetivos del tipo.</u> Como complemento del dolo se requiere una de las finalidades descritas en el tipo penal :</p>

¹⁰ Francisco MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, Parte Especial, 13º edición, Páginas 753 y 754, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2001.

¹¹ Juan BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal Parte Especial, Página 479, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1986.

¹² Juan José GONZÁLEZ RUS, Obra colectiva, Compendio de Derecho Penal Español Parte Especial, Página 909, Marcial Pons, Madrid, España, 2000.

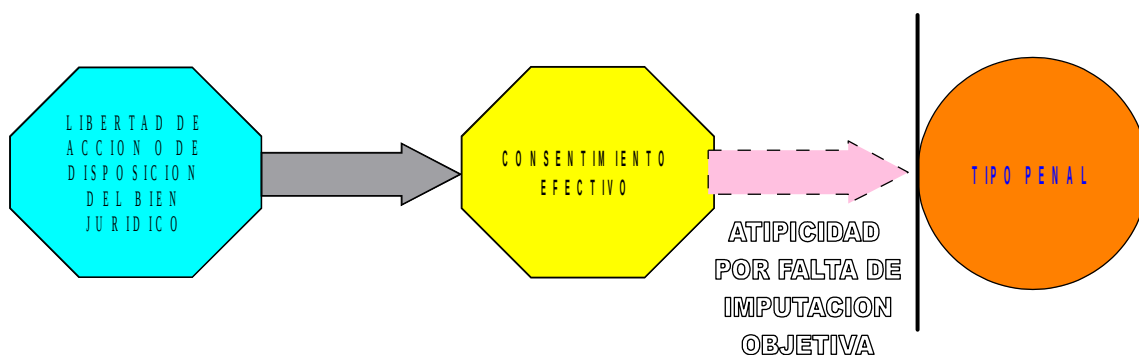
<p>la leyes y autoridades legítimas; la desobediencia o resistencia colectiva al Poder legítimamente constituido.^{13 14 15}</p> <p>Califica a la acción típica de la rebelión un elemento :</p> <p><u>Medio</u>: El tipo penal del artículo 346 exige un instrumento o medio para la realización de la rebelión, el empleo de armas.</p>	<p>a. Variar la forma de gobierno.</p> <p>b. Deponer al gobierno legalmente constituido.</p> <p>c. Suprimir el régimen constitucional.</p> <p>d. Modificar el régimen constitucional.</p>
<p>4) Imputación objetiva.</p> <p>Atribución de la afectación del orden constitucional al autor por verificarse que su conducta constituyó un riesgo jurídicamente desaprobado.</p>	

La imputación objetiva es uno de los elementos que integran el tipo penal de rebelión del artículo 346.

3.- El consentimiento como causa de exclusión de la tipicidad.

La causa de la exclusión de tipicidad en el caso del consentimiento es la libertad de disposición del bien jurídico por su titular garantizada por la Constitución.¹⁶
17 18

La libertad de acción o de disposición sobre el bien jurídico provoca que el consentimiento efectivo impida que la conducta encuadre en el tipo penal.^{19 20 21}



¹³ Francisco MUÑOZ CONDE, Obra citada, Página 754.

¹⁴ Juan José GONZÁLEZ RUS, Obra citada, Página 908.

¹⁵ T.S. VIVES ANTÓN y J.C. CARBONELL MATEU, Derecho Penal Parte Especial, 3º edición, Página 802, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

¹⁶ Claus ROXIN, La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Páginas 268 y 269, GRIJLEY, Lima, 2007.

¹⁷ Günter STRATENWERTH, Derecho Penal Parte General – El hecho punible, 4º edición, Página 210, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2005.

¹⁸ José HURTADO POZO, Obra citada, Páginas 487 y 489.

¹⁹ Claus ROXIN, La teoría del delito en la discusión actual, Obra citada, Página 272.

²⁰ Günter STRATENWERTH, Derecho Penal Parte General – El hecho punible, Obra citada, Página 210.

²¹ José HURTADO POZO, Obra citada, Página 487.

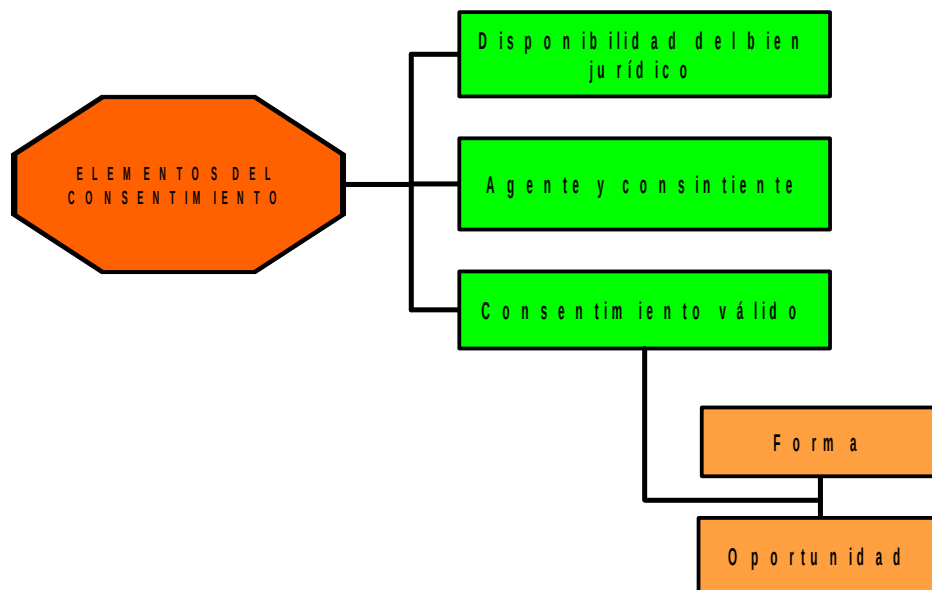
El comportamiento que se realiza con el consentimiento del titular del bien jurídico no lo lesiona; no puede ser típico porque impide la verificación de la imputación objetiva, pues la acción cubierta con consentimiento eficaz no produce un riesgo jurídicamente desaprobado.^{22 23}

4.- Elementos del consentimiento.

El artículo 20 inciso 10 del Código de 1991 establece:

“Artículo 20º.- Está exento de responsabilidad penal:
...10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.”

Del examen dogmático jurídico de la fórmula legal se extraen los siguientes elementos típicos del consentimiento:



4.1) Disponibilidad del bien jurídico.

El consentimiento se caracteriza por la renuncia a la tutela que la norma penal otorga al bien jurídico.²⁴

El consentimiento es la expresión de conformidad con la conducta del agente, que el consintiente está en condiciones de impedir por ser el titular del bien jurídico.²⁵

La disponibilidad sobre el bien jurídico es una capacidad legal, un poder de disposición reconocido en el ordenamiento jurídico.²⁶

La doctrina señala que los bienes jurídicos individuales, cuyo titular es la persona, son por regla general el objeto del consentimiento; ello no significa

²² Esteban Juan PÉREZ ALONSO, Derecho Penal Parte General, Obra colectiva, Página 470, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.

²³ Felipe VILLAVICENCIO Terreros, Derecho Penal Parte General, 341, GRILEY, Lima, 2006.

²⁴ José Enrique PIERANGELI, El consentimiento del ofendido, Página 106, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1998.

²⁵ María José SEGURA GARCÍA, El consentimiento del titular del bien jurídico en el derecho penal, Página 121, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2000.

²⁶ Ibidem, Página 121.

desconocer que existen bienes jurídicos supraindividuales, cuyo titular es la sociedad o el Estado, que también son materia de consentimiento; el caso del orden constitucional, cuyo titular, el pueblo, puede disponer libremente de él ejerciendo el poder constituyente.

La autora española María José **SEGURA GARCIA**, siguiendo al maestro Antonio Quintano Ripolles, señala como ejemplo de aplicación del consentimiento a bienes jurídicos supraindividuales, precisamente al caso del orden constitucional y el delito de rebelión, pues la ley es la que reconoce al pueblo el poder de disposición del bien jurídico mediante el poder constituyente.²⁷

Al no existir norma legal que indique expresamente a los bienes jurídicos disponibles, el examen de su naturaleza jurídica es el que permitirá determinar los que pueden ser objeto de consentimiento.²⁸

El autor brasileño José Henrique **PIERANGELI** señala que para diferenciar cuando el bien jurídico es disponible o indisponible, se tiene que investigar “las fuentes que regulan la disponibilidad y entre dichas fuentes, el examen de los usos y costumbres”.²⁹

Para la determinación de la disponibilidad o indisponibilidad del bien jurídico, se tiene el siguiente método:

- ⦿ Se tienen que examinar todas las ramas del derecho; los principios generales que forman la base del ordenamiento jurídico estatal.^{30 31}
- ⦿ Se tienen que considerar todas las fuentes de derecho, inmediatas o mediatas, desde la ley hasta la costumbre.^{32 33}
- ⦿ El bien jurídico es un elemento indispensable para determinar los hechos que corresponde sean encuadrados en el tipo penal.^{34 35 36}
37 38 39 40

4.2) El agente y el consintiente.

²⁷ Ibidem, Página 126.

²⁸ Ibidem, Página 125.

²⁹ José Henrique PIERANGELI, Página 110.

³⁰ Ibidem, Página 111.

³¹ María José SEGURA GARCÍA, Obra citada, Página 125.

³² José Henrique PIERANGELI, Página 111.

³³ María José SEGURA GARCÍA, Obra citada, Páginas 125 y 126.

³⁴ Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de Derecho Penal, Tomo II, 5º edición, Página 449, Editorial Lozada, Buenos Aires, Argentina, 1992.

³⁵ Ibidem, Página 449.

³⁶ Ibidem, Página 450.

³⁷ Reinhart MAURACH y Heinz ZIPF, Derecho Penal Parte General, Traducción de la 7º edición alemana, Página 151, Editorial ASTREA, Buenos Aires, Argentina, 1994.

³⁸ Juan BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal Parte Especial, Página 5, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1986.

³⁹ Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Fermín MORALES PRATS y José Miguel PRATS CANUT, Manual de Derecho Penal Parte General, 2º edición, Páginas 151 y 152, Aranzadi Editorial, Navarra, España, 2000.

⁴⁰ Miguel POLAINO NAVARRETE, El Injusto Típico en la Teoría del Delito, Página 451, Editorial Mave, Buenos Aires, Argentina, 2000.

El agente es la persona o personas que realizan la conducta que el consentimiento justifica.⁴¹

El consintiente es el titular del bien jurídico; solamente este puede realizar el consentimiento válido, expresando su voluntad de aceptación del hecho, o de renuncia a la protección legal.^{42 43}

4.3) El consentimiento válido.

En el tipo del artículo 20 inciso 10 solamente se exige respecto del consentimiento, que sea válido, esto es, no se fija una forma u oportunidad específica, solamente se requiere que permita considerar a la expresión de voluntad de disposición del bien jurídico del consintiente como válida.

El consentimiento incluso puede ser tácito o expreso, siempre que sea claro, serio, libre y determinado.⁴⁴

PIERANGALI comenta con un caso especial de consentimiento tácito a la llamada "tolerancia consuetudinaria" del titular del bien jurídico en relación a determinados hechos; mantiene en el tiempo su voluntad de renunciar a la protección del bien jurídico a pesar de saber que se reproducirá el hecho dañoso, esto es, conscientemente lo acepta.⁴⁵

La forma y la oportunidad serán las que se exija en la ley para que el consentimiento sea válido.

5.- Aplicación del filtro de imputación objetiva «consentimiento» al hecho objeto de la acusación por delito de rebelión.

5.1) Verificación de la disponibilidad del bien jurídico orden constitucional.

El Código Penal no define al bien jurídico protegido por el tipo penal del artículo 346; su examen dogmático jurídico, como ya se estableció anteriormente, fija como tal al orden constitucional.

⁴¹ José Henrique PIERANGELI, Página 121.

⁴² Ibidem, Página 125.

⁴³ Günther JAKOBS, Obra citada, Página 295.

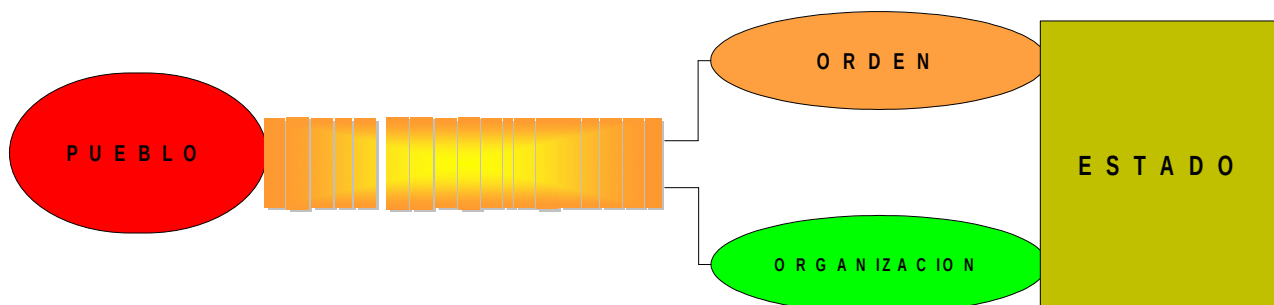
⁴⁴ José Henrique PIERANGELI, Obra citada, 143.

⁴⁵ Ibidem, Página 144.

El bien jurídico orden constitucional es el sistema constitucional; la organización y funcionamiento de las instituciones políticas fundamentales.^{46 47 48 49 50 51 52 53 54 55}

El orden constitucional es un bien jurídico disponible porque su titular es el pueblo (la sociedad) a través del poder constituyente.

El pueblo es el “sujeto titular del poder constituyente supremo”; es una manifestación del principio constitucional de la soberanía del pueblo.⁵⁶



El artículo 45 de la Constitución de 1993 (artículo 81 de la Constitución de 1979); el artículo 21 inciso 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y el artículo 1 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; establecen que el pueblo es el titular del bien jurídico orden constitucional al reconocerle el poder constituyente.

Víctor **GARCIA TOMA** afirma que la titularidad del poder constituyente originario corresponde a la pluralidad de personas a quienes se les imputa o atribuye la decisión de establecer el texto fundamental del Estado, esto es, el pueblo.⁵⁷

Jorge Reynaldo **VANOSI** afirma que la titularidad del poder constituyente no es un problema jurídico sino ideológico, pues depende del sistema político que se elija; en el caso de la democracia que se rige por el principio mayoritario, la titularidad del poder constituyente la tiene el pueblo.⁵⁸

⁴⁶ Francisco MUÑOZ CONDE, Obra citada, Páginas 753 y 754.

⁴⁷ Josep María TAMARIT SUMALLÁ, Obra colectiva, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 2º Edición, Páginas 1405, 1407 y 1408, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 1999.

⁴⁸ Miguel POLAINO NAVARRETE, Obra colectiva, Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial, Tomo II, Página 574, Editorial Marcial Pons, Madrid, España, 1997.

⁴⁹ Juan CÓRDOBA RODA y Mercedes GARCÍA ARÁN, Obra colectiva, Comentarios al Código Penal Parte Especial, Tomo II. Página 2350, Editorial Marcial Pons, Barcelona, España, 2004.

⁵⁰ Ignacio GORDILLO ALVAREZ – VALDÉS, Obra colectiva, Manual de Derecho Penal Parte Especial, Página 642, Editorial COLEX, Madrid, España, 2001.

⁵¹ Carlos CREUS, Derecho Penal Parte Especial, Tomo 2, 3era. Edición actualizada, Página 173, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990.

⁵² T.S. VIVES ANTÓN y J.C. CARBONELL MATEU, Obra colectiva, Derecho Penal Parte Especial, 3º Edición revisada y aumentada, Página 802, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 1999.

⁵³ A. CALDERÓN y J.A. CHOCLÁN, Derecho Penal, Tomo II Parte Especial, Páginas 1131 y 1132, Editorial Bosh, Barcelona, España, 1999.

⁵⁴ Alfonso SERRANO GÓMEZ, Derecho Penal, Parte Especial, 7º Edición, Página 877, Dykinson, Madrid, España, 2002.

⁵⁵ José María LUZÓN CUESTA, Compendio de Derecho penal, Parte Especial, 11º Edición, Página 310. Dykinson, Madrid, España, 2003.

⁵⁶ Ibidem, Página 199.

⁵⁷ Víctor GARCÍA TOMA, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Página 431, Palestra, 2005.

⁵⁸ Jorge Reinaldo A. VANOSI, Teoría Constitucional I Teoría Constituyente, Poder Constituyente: fundacional, revolucionario, reformador; Páginas 277 a 279, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina,

Jorge **XIFRA HERAS** señala que conforme al principio de la soberanía nacional se atribuye el poder político al pueblo, a la nación.⁵⁹

El pueblo mediante el poder constituyente dispone del orden constitucional porque lo puede crear, modificar, suspender, o cambiar.

Como también se establece al trabajar con la adecuación social, el Poder Constituyente originario es el poder de establecer y fijar las normas fundamentales relativas al ejercicio del poder político; su objeto es la fundación de un nuevo orden constitucional.⁶⁰

5.2) El agente y el consintiente.

Los agentes fueron el Presidente Alberto Fujimori, como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas que dispuso, y los miembros de éstas que se alzaron en armas para constituir el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional.

El consintiente fue el Pueblo Peruano.

5.3) El consentimiento válido.

El Pueblo del Perú consintió que el Presidente Fujimori tome las medidas de disolver el Congreso, la toma de locales públicos y la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional.

El consentimiento del Pueblo Peruano se prueba de la siguiente forma:

Φ La “tolerancia consuetudinaria” (consentimiento tácito) del Pueblo, a través de toda la historia de la República, que las Constituciones en el Perú se cambien a partir de un gobierno de facto que convoca al poder constituyente; uniformemente a partir de 1860, el Pueblo toleró que las 6 últimas Constituciones se cambiaran utilizando la regla gobierno de facto-poder constituyente.

⁵⁹ Jorge XIFRA HERAS, Curso de Derecho Constitucional, Tomo I, Página 382, Bosch, Barcelona, España, 1957.

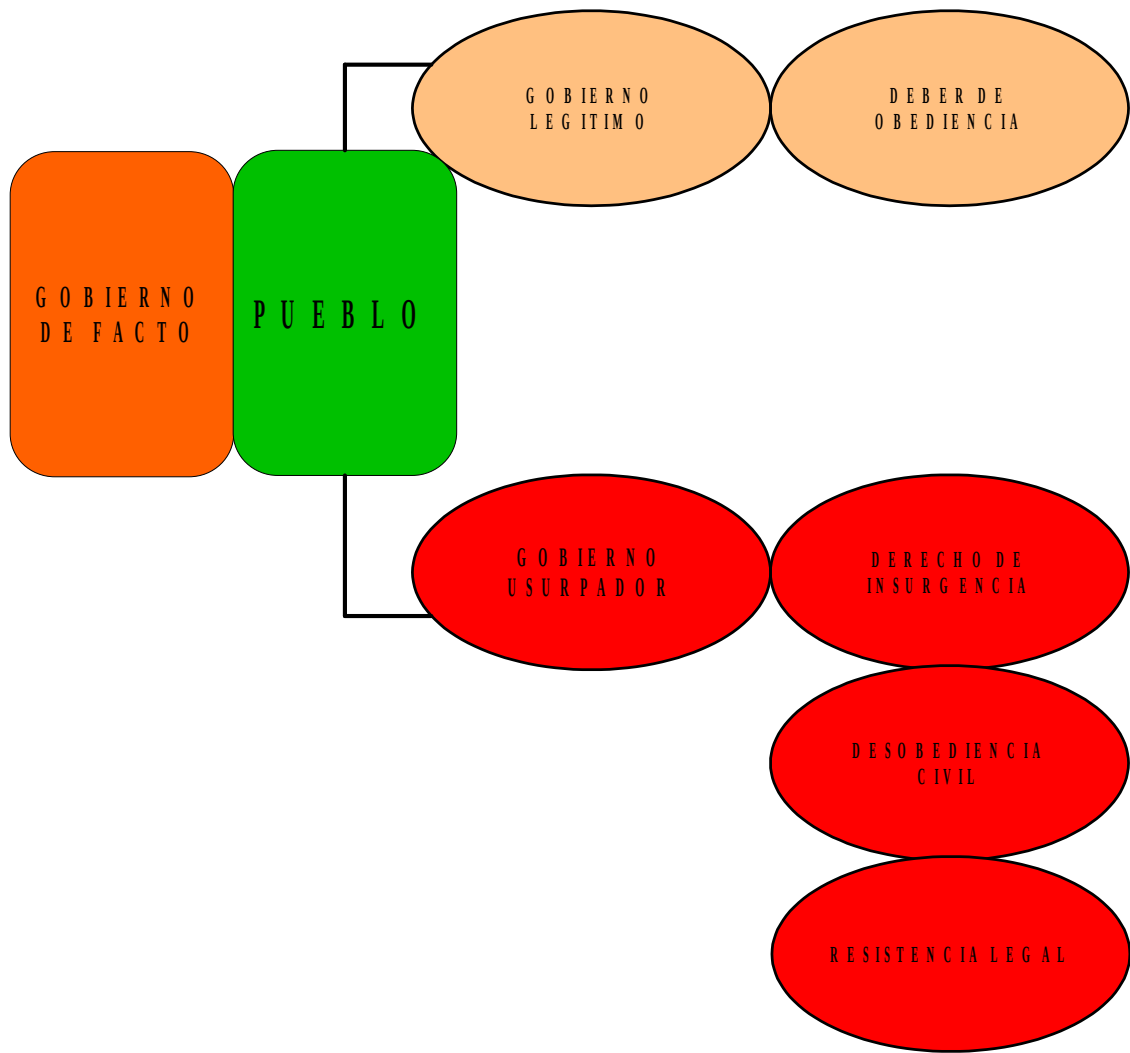
⁶⁰ Ibidem, Página 222.



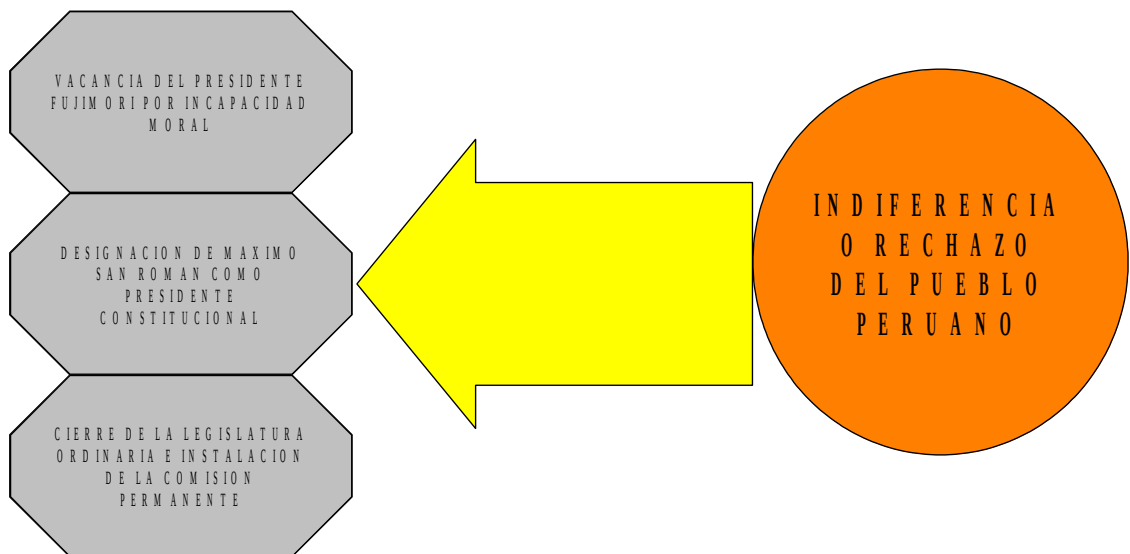
Φ La conducta que asumió el Pueblo ante el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional; en vez de calificarlo, conforme al artículo 81 de la Constitución de 1979, como gobierno usurpador y ejercer el derecho de insurgencia, desobedeciéndolo y enfrentándolo, lo consideró un gobierno legítimo, lo aceptó y obedeció.

El pueblo ante un gobierno usurpador, esto es instaurado contra su voluntad, tenía el derecho de insurgencia, o sino el derecho de desobediencia civil, el de resistencia, este último incluso se ejerce pacíficamente sin necesidad de enfrentamientos, bastando no pagar impuestos, no votar, etc.

El Pueblo Peruano no calificó al Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional como usurpador, en consecuencia no lo desobedeció; no lo enfrentó insurgiendo, desobedeciendo o resistiendo, por el contrario, como se vuelve a insistir se conformó con su instauración y acudió a sus llamamientos.



Φ La indiferencia o rechazo del Pueblo Peruano a los actos que realizaron los integrantes del Congreso 1990-1991.



Φ Participación en el proceso electoral para la formación del Congreso Constituyente y Democrático, convocado por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, incluso en una proporción muy superior a la de la Asamblea Constituyente de 1978.

	<u>1978</u>		<u>1992</u>	
<u>Votos Emitidos</u>	4.172.962	34%	8.086.312	71%
<u>Ausentismo</u>	8.058.690	66%	3.253.444	29%
<u>Total de Inscritos</u>	12.231.652	100%	11.339.756	100%



El consentimiento del Pueblo Peruano para el cambio de orden constitucional a través del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, fue válido, porque que cumplió con el único requisito que se puede exigir al poder constituyente, la

legitimidad de quien lo ejerce, en este caso, el mismo pueblo por intermedio del Congreso Constituyente y Democrático.

Al consentimiento que es expresión del poder constituyente no se le puede exigir forma u oportunidad, pues a diferencia de otros casos, como el de la mujer para tener relaciones sexuales, o el dueño del domicilio para ingresar a éste, la potestad constituyente es ilimitada.

El mismo **GARCIA TOMA** admite que el poder constituyente no tiene límite jurídico alguno, solamente topes ideológicos, axiológicos, etc.⁶¹

La validez del consentimiento que exige el artículo 20 inciso 10 del Código Penal, se verifica mediante 2 hechos ya establecidos al referirnos a la adecuación social:

- A) El Pueblo, conforme a la teoría del poder constituyente, legitimó al Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional cuando ampliamente apoyó la elección de los candidatos que respaldaban al Presidente Fujimori en las elecciones del Congreso Constituyente de Noviembre de 1992.⁶²
- B) El Congreso Constituyente y Democrático a través de Ley Constitucional del 6 de enero de 1993, publicada el día 9, estableció que Alberto Fujimori, el Presidente de la República elegido en 1990 en actual ejercicio, era el Jefe Constitucional del Estado y personificaba a la Nación.

El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional mediante Decreto Ley Nº 25684, Norma IV del Título I Principios Generales, determinó que el Congreso Constituyente y Democrático tuviese 3 funciones: constituyente, legislativa y fiscalizadora.

Aquí una notable diferencia con el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, que conforme al Decreto Ley Nº 21949 del 4 de junio de 1978, convocó a una asamblea constituyente para que realice exclusivamente la función constituyente, esto es, retuvo hasta el final las funciones legislativa y de fiscalización.

El Congreso Constituyente y Democrático mediante la Ley constitucional de normas legales aprobadas por el Congreso, del 15 de enero de 1993, en artículo único estableció que el CCD dictaría 3 tipos de normas legales:

“Artículo Único.- Las normas legales que aprueba el Congreso Constituyente Democrático son las siguientes:

1. Leyes Constitucionales: **De igual rango que la Constitución Política...**
2. Leyes.
3. Resoluciones Legislativas.” (Resaltado de los defensores)

ξ Leyes constitucionales.

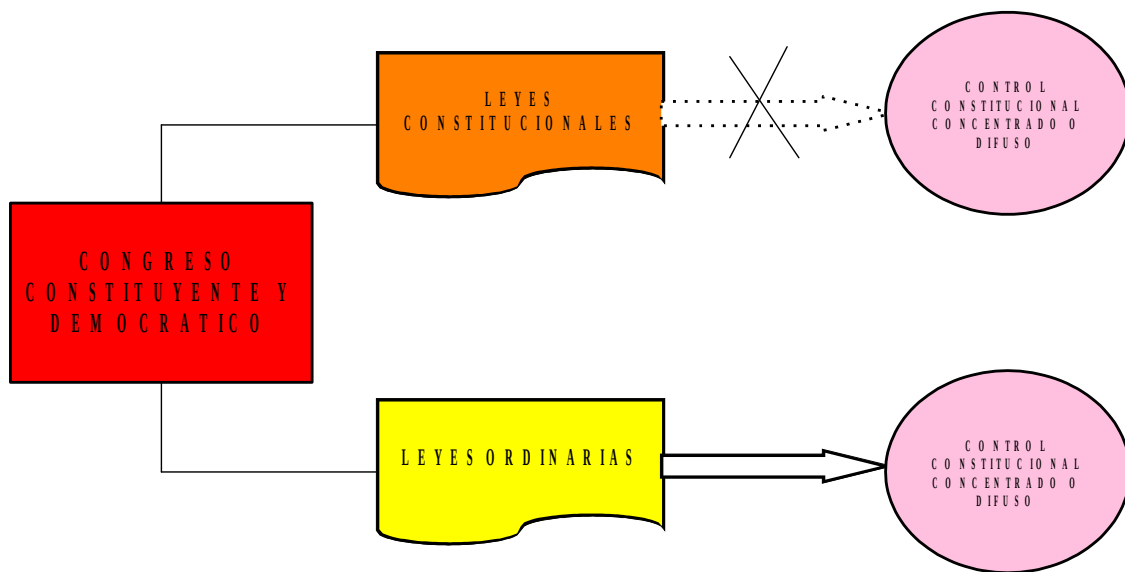
⁶¹ Víctor GARCÍA TOMA, Obra citada, Páginas 436 a 437.

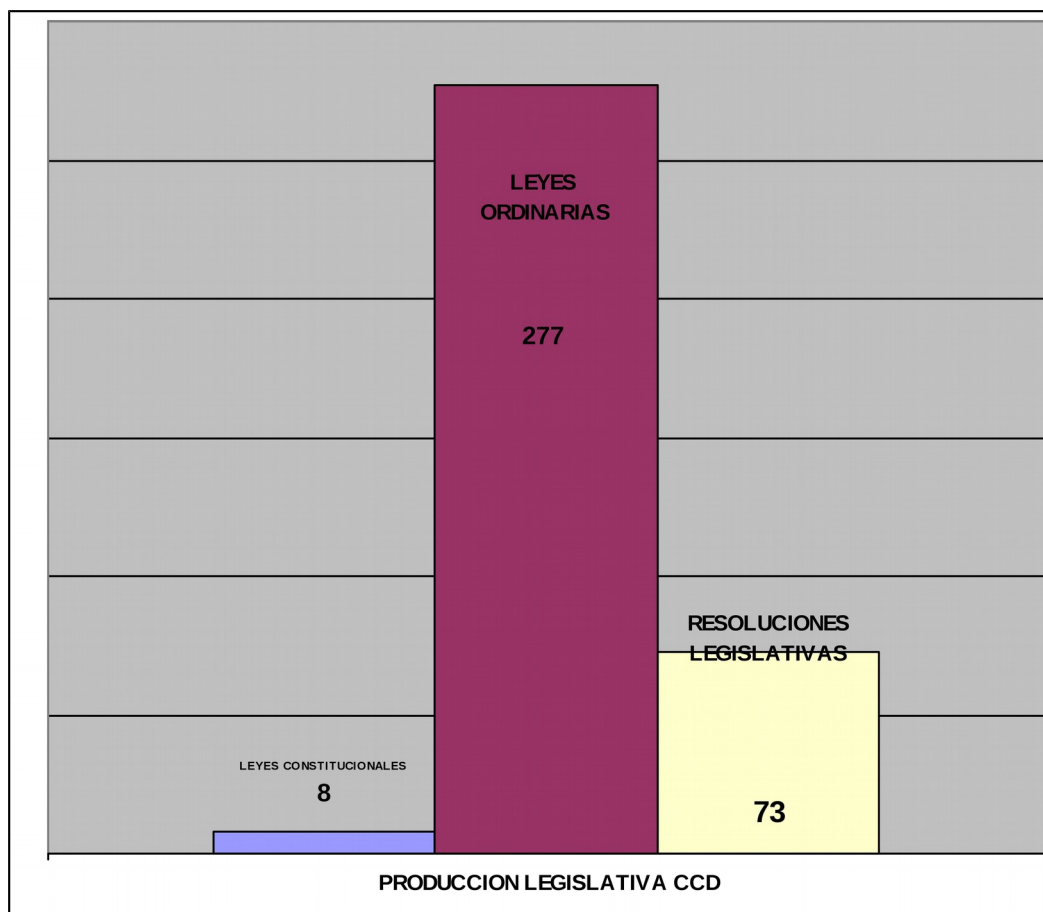
⁶² Marcial RUBIO CORREA, Estudio de la Constitución Política de 1993, Página 298, Tomo IV, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999.

LEYES DEL CCD
ξ Leyes ordinarias.
ξ Resoluciones legislativas.

Las leyes constitucionales fueron expresión del poder constituyente, formaron parte de la Constitución de 1979, en cambio las leyes ordinarias se dieron en ejercicio del poder constituido.

Las leyes constitucionales, como parte de la Constitución, no pueden ser inaplicadas por los jueces; pues el control constitucional, concentrado y difuso, solamente tiene como objeto a las leyes ordinarias. Todos los jueces tienen el deber de cumplir con las normas constitucionales conforme se establece en el artículo 138 segundo párrafo de la Constitución de 1993 (artículo 232 de la Constitución de 1979).





Las leyes constitucionales que dio el Congreso Constituyente Democrático fueron las siguientes:

	LEY CONSTITUCIONAL	SUMILLA
1.	Ley Constitucional de fecha 09/01/93.	Declara la vigencia de la Constitución de 1979 y de los Decretos Leyes expedidos a partir del 05 de abril de 1992.
2.	Ley Constitucional de fecha 15/01/93.	Establece que las normas legales que aprueba el Congreso Constituyente Democrático son las Leyes Constitucionales, las Leyes y las Resoluciones Legislativas.
3.	Ley Constitucional de fecha 15/01/93.	Dispone que en caso de ausencia o impedimento del Presidente de la República, asume sus funciones el presidente del Congreso Constituyente Democrático.
4.	Ley Constitucional de fecha 13/03/93	Norma de manera transitoria la designación y rehabilitación de los miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público.
5.	Ley Constitucional de fecha 20/03/93.	Amplía el artículo 91º de la Constitución Política del Perú, referido a la adquisición

	LEY CONSTITUCIONAL	SUMILLA
		de la nacionalidad peruana.
6.	Ley Constitucional de fecha 01/09/93.	Aprueba la Ley de Referéndum Constitucional para la consulta del nuevo texto de la Constitución.
7.	Ley Constitucional de fecha 23/12/93.	Modifica la Ley Constitucional mediante la cual se crea el Jurado de Honor de la Magistratura
8.	Ley Constitucional de fecha 24/12/93.	Establece plazo de vigencia de la Ley Constitucional referida a los casos de ausencia o impedimento del Presidente

La Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 no puede ser inaplicada vía control difuso por el Poder Judicial, porque su deber es preferir la norma constitucional sobre cualquier otra norma ordinaria.

Una ley constitucional del CCD no puede ser considerada inconstitucional porque el poder constituyente la convierte en parte del orden constitucional.

Así, si el Congreso Constituyente y Democrático ha expresado que el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional fue legítimo y no usurpador, no es posible aplicar a sus integrantes el artículo 346 del Código Penal.

6.-La política criminal que constituye el fundamento del artículo 346 del Código Penal.

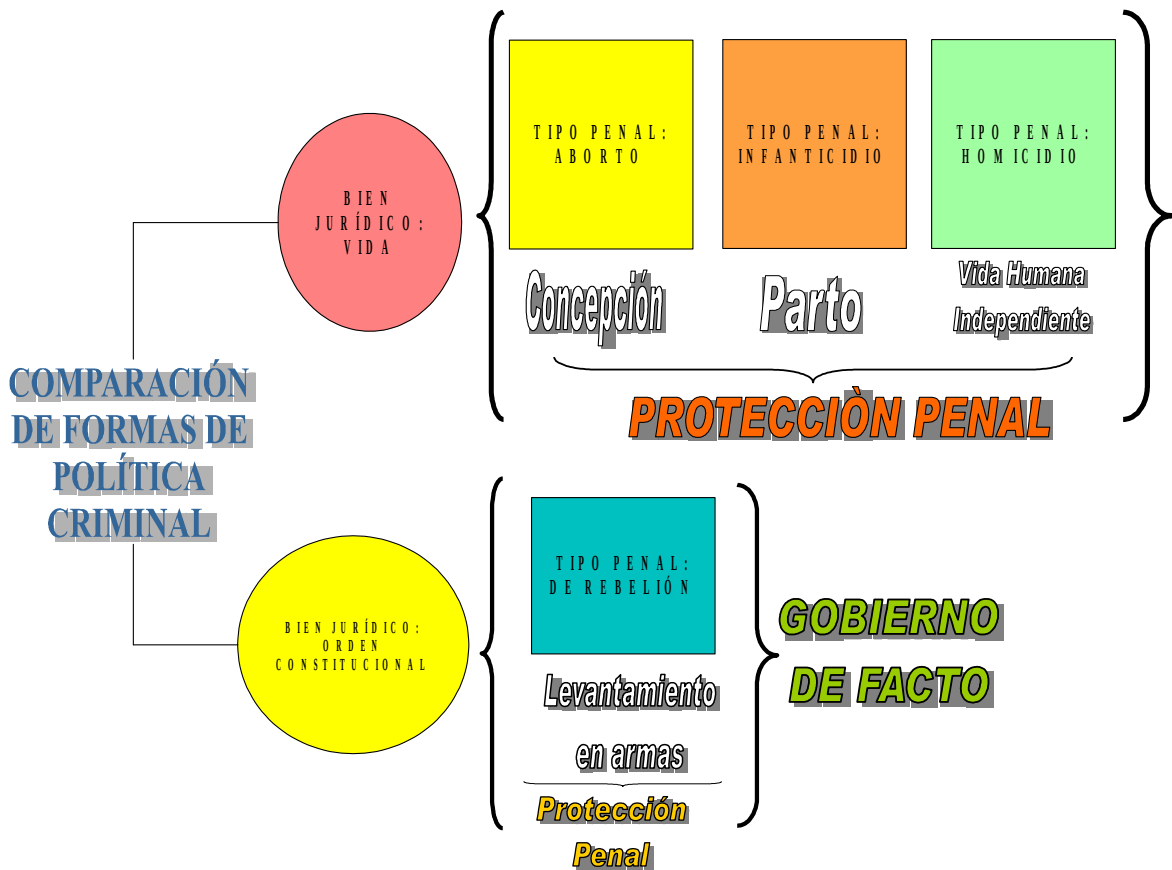
La política criminal que constituye el fundamento de los distintos tipos penales varía por diversos factores.

Así, por ejemplo, una política criminal de protección de la vida humana totalizadora o global, determina que se le proteja desde la concepción, razón por la cual se utiliza una técnica legislativa que implementa los tipos penales de aborto, infanticidio y homicidio, para tutelar la vida humana en todos los momentos; concepción, gestación, parto y cuando se independiza de la madre.

La política criminal en el caso del bien jurídico orden constitucional es distinta al caso de la vida humana, no es absoluta, lo protege hasta cierto momento frente al delito de rebelión.

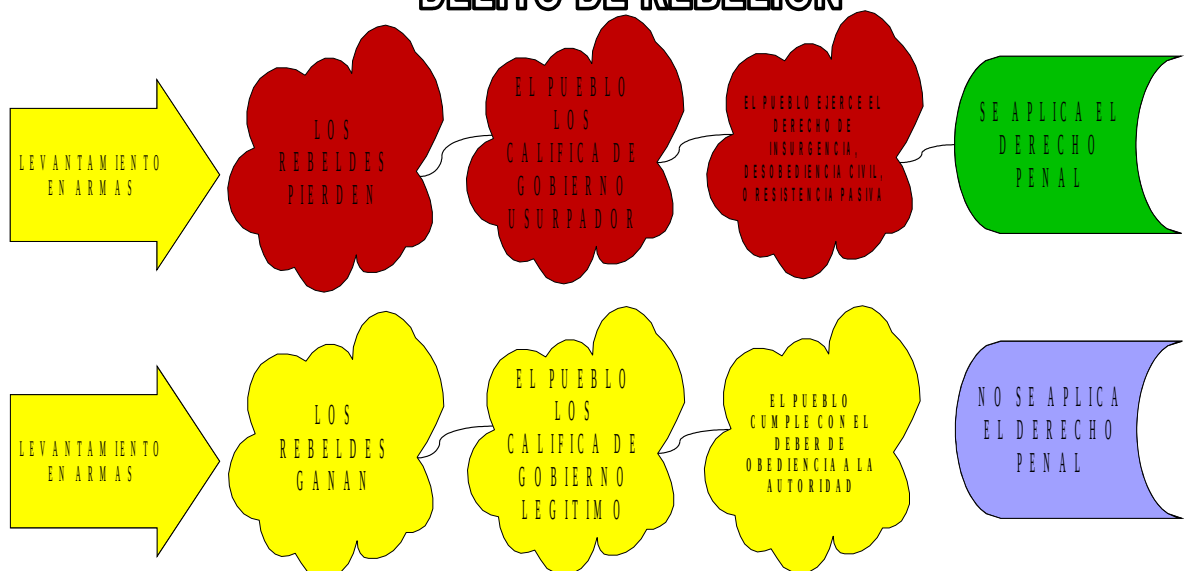
La protección penal solamente opera ante el alzamiento o levantamiento en armas, en ese instante el Estado ejerce la función punitiva frente a los rebeldes; pero si ésta no funciona, el derecho penal deja de operar si los rebeldes logran consolidar su fin, es decir, toman el poder y constituyen un gobierno de facto, pues esto solamente se logrará con la aceptación o consentimiento del pueblo, que lo ha calificado como legítimo y no usurpador.

El Derecho Penal enfrenta a los rebeldes mientras se trate de un levantamiento en armas, pero deja de hacerlo cuando los rebeldes, reitero, llegan a formar el gobierno de facto, a constituir el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional.



El Derecho Penal ante el delito de rebelión establece la siguiente regla: si los rebeldes pierden porque el Pueblo los calificó como gobierno usurpador, son delinquentes; si ganan al considerarlos el Pueblo un gobierno legítimo, son la nueva autoridad.

POLITICA CRIMINAL FRENTE AL DELITO DE REBELION



Manuel **ABASTOS HURTADO**, expresó con autoridad:

«Pero si la rebelión obedeciera al clamor unánime del pueblo y el movimiento triunfara, entonces **no habría delincuentes sino héroes**». [Resaltado del autor].⁶³

Juan **CORDOBA RODA** & Mercedes **GARCÍA ARAN**, enseñan que:

«[...] si ello fuera así los sujetos activos del delito habrían logrado cualquiera de las finalidades expresadas en el precepto, y por lo tanto, la conducta de los rebeldes devendría de imposible punición: si consiguieren sus fines **ya no serán rebeldes sino poder legítimamente constituido**». [Resaltado del autor].⁶⁴

Miguel **LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA**, ha señalado:

«[...]en el que la consumación perfecta no cabe, ya que a la rebelión triunfante **no pueden llegar los fallos del Derecho Penal**». [Resaltado del autor].⁶⁵

VIVES ANTÓN y **GONZÁLES CUSSAC**, expresan:

«[...] se adelanta al momento de la simple puesta en peligro del bien jurídico por razones obvias, pues la lesión entrañaría **el triunfo de los rebeldes y la imposibilidades de castigarles**». [Resaltado del autor].⁶⁶

TAMARIT SUMALLA, expresa:

«El adelantamiento de la barrera de protección obedece a razones fácilmente comprensibles, pues siendo la pretensión de los rebeldes la subversión del orden constitucional, **el triunfo de la rebelión conllevaría la imposibilidad de que los mismos sean juzgados con arreglo al orden institucional depuesto**». [Resaltado del autor].⁶⁷

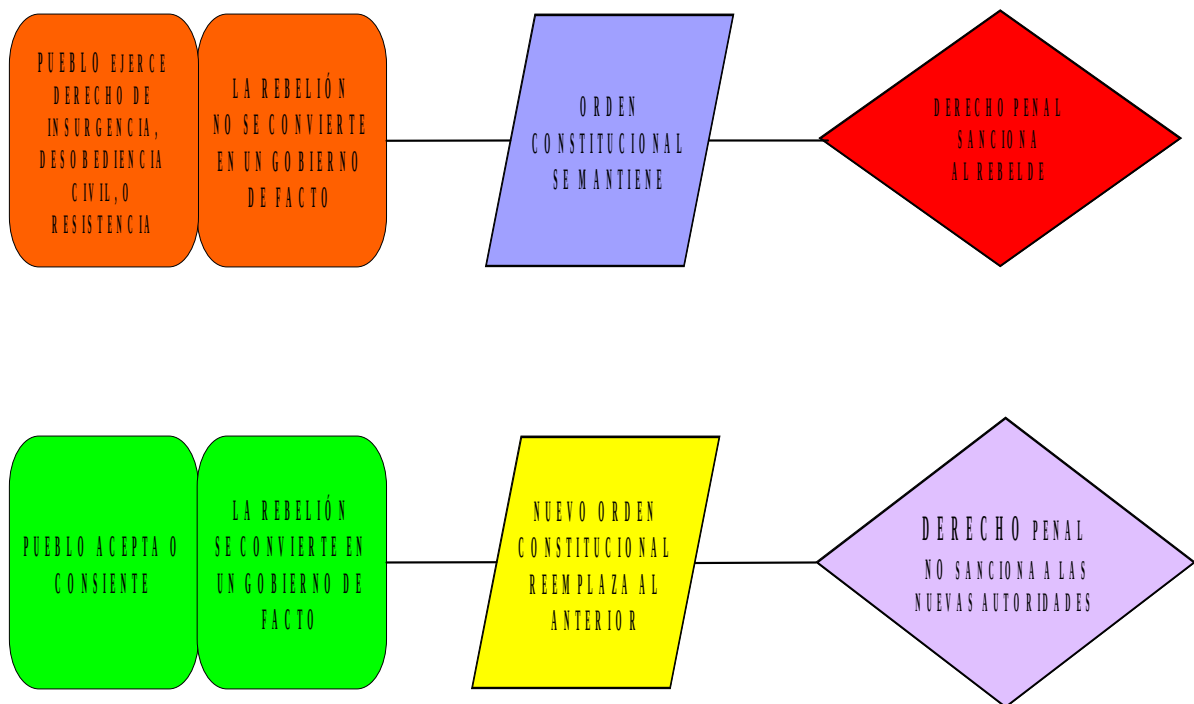
⁶³ Manuel G. ABASTOS HURTADO, Derecho Penal Parte Especial, (Versión taquigráfica de las clases dictadas por el catedrático del curso Dr. Manuel G. Abastos H.), Edición limitada para los estudiantes del Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, 1980.

⁶⁴ Juan CORDOBA RODA & Mercedes GARCÍA ARÁN [Directores], obra citada, páginas 2350 y 2351.

⁶⁵ Miguel LÓPEZ DE LA CÁMARA JIMÉNEZ-PADILLA, obra colectiva citada, página 280.

⁶⁶ Tomás S. VIVES ANTÓN & J. C. CARBONELL MATEU, obra citada, página 802.

⁶⁷ José TAMARIT SUMALLA, Obra citada, página 90.



Marcial **RUBIO CORREA**, el comentarista más importante de la Constitución de 1993, afirma:

“El Presidente Fujimori, el 05 de abril de 1992, incurrió en varias de las conductas que contenía el artículo similar a este en la Constitución entonces vigente de 1979. El Congreso Constituyente elegido en noviembre de 1992, lejos de someterlo a juicio lo declaró Presidente Constitucional y dio validez constitucional a todos los actos del Gobierno de Facto que fue denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Casos como este muestran el borde de la tensión entre el texto de la norma política y el poder real que, en el Caso del Presidente Fujimori fue tanto poderío material, como apoyo electoral masivo. De acuerdo a la teoría del poder constituyente, puede afirmarse que la legitimación del Gobierno que emergió el 05 de abril de 1992, ocurrió cuando el pueblo, ampliamente apoyó la elección de los candidatos que respaldaban al Presidente Fujimori en las elecciones del Congreso Constituyente de Noviembre de 1992.”⁶⁸

En conclusión, la instauración de un gobierno de facto, como el denominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, no constituye delito de rebelión al haber operado el consentimiento del titular del bien jurídico orden constitucional, el Pueblo Peruano, expresado mediante el poder constituyente.

⁶⁸ Marcial RUBIO CORREA, Obra citada, Página 298.