

**Segunda Parte:** *Desafíos y Posibilidades de la Jurisdicción  
Constitucional*

III. Fortalecimiento del Tribunal Constitucional	355
3. Sistema de votación e inmunidad judicial	390
3.1 Sistema de votación	391
3.2 Inmunidad por los votos y opiniones	403

acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de los acciones de inconstitucionalidad, conflictos constitucionales y recursos extraordinarios sobre garantías constitucionales que se presenten. Con un propósito no administrativo sino jurisdiccional, la pequeña Sala mixta debería depurar los expedientes que abiertamente no cumplan los requisitos de admisibilidad o de procedencia liminar, que sean manifiestamente improcedentes por carecer de contenido constitucional de demanda; ofreciendo al demandante, cuando lo acuerden los vocales y según la norma que debería crear esta institución, tres días para que subsane el defecto u omisión.

Este auto podría ser apelado sólo en un efecto. Esta pequeña Sala o Sección ha dado muy buenos resultados en la experiencia alemana, donde el 97% de los recursos de amparo ha sido resueltos por esta Comisión de tres jueces “*Dreierausschüsse*”<sup>557</sup>. En el caso de la jurisdicción española, las Salas antes que la *Sección* se han ocupado de resolver en la práctica la admisibilidad o inadmisibilidad de los recursos, como parte de su carga procesal, que ha dado lugar a un debate y aporte tanto jurisdiccional como doctrinal<sup>558</sup>.

El funcionamiento del Tribunal Constitucional, a través del Pleno y las Salas, encuentra en el sistema de votación y en la inmunidad por dichos votos, un instituto fundamental que la experiencia de la jurisdicción constitucional en el Perú, en sus dos versiones, ha mostrado graves fallas conceptuales en la legislación y práctica judicial, que a continuación vamos a plantear.

### 3 SISTEMA DE VOTACIÓN E INMUNIDAD JUDICIAL

La aplicación judicial del derecho constitucional, ha sido planteada toscamente por el positivismo jurídico como la subsunción del hecho a la norma jurídica, donde la interpretación constitucional apenas ha ocupado un rol como hermenéutica jurídica. En todo caso, siempre se ha asegurado la inmunidad sobre los votos y opiniones de los jueces, como una garantía de la

557. Maunz, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, op. cit. § 93, 3, notas 42-52; Klaus Schlaich, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán...*, op. cit., pp. 174-175; asimismo, Dieter Umbach, Thomas Clemens (editores), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, § 93 c, pp. 1335-1349.

558. Ignacio Díez-Picazo, *Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en los recursos de amparo*, en Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *La sentencia de amparo constitucional*, Madrid, CEC, 1996, pp. 25-37; Antonio Cano Mata, *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 48-50.

independencia judicial, en la medida que el juez se encuentra vinculado a la ley, lo cual nada dice acerca de la imparcialidad o no en la aplicación de la misma<sup>559</sup>. El problema siempre se ha presentado cuando los tribunales han asumido una cuota de su poder judicial más activo y dinámico, controlando las decisiones gubernamentales, que ha dado lugar a conflictos con el poder político; lo cual resulta inevitable en estos tiempos de crisis y de transformaciones, donde la otrora centralidad del derecho empieza a ser desplazada por el puro decisionismo político de las transitorias mayorías parlamentarias<sup>560</sup>.

En este escenario se requiere reforzar más que nunca la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional, mediante un sistema de votación que asegure el cumplimiento del rol de control de la Constitución, que se manifiesta centralmente en el control judicial de las leyes, así como también en la inmunidad judicial por las opiniones y sentencias emitidas, asimilable al privilegio parlamentario<sup>561</sup>. Lo cual si bien plantea la irresponsabilidad de los magistrados constitucionales por sus fallos, no así por su conducta judicial, que en principio debe ser una materia disciplinaria a ser resuelta por el Presidente del Tribunal y/o la mayoría de los magistrados constitucionales, como dispone la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Lo cual lleva a plantear la reforma constitucional que evite que las decisiones judiciales contrarias a la mayoría parlamentaria de turno, sean pretexto para acusar a los magistrados constitucionales por infracción constitucional, como posibilita el artículo 99º de la Constitución de 1993.

### 3.1 Sistema de Votación

El sistema de votación tiene relevancia en el funcionamiento del Tribunal Constitucional y en consecuencia en su reforzamiento institucional, porque constituye el medio a través del cual los magistrados constitucionales

---

559. Joachim Riedel, *Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters, Befangenheit und Parteilichkeit im deutschen Verfassungs- und Verfahrensrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, pp. 9 ss., 25 ss. y 193 ss.

560. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...*, op. cit., pp. 131 ss.; Karl Doehring, *Der Autoritätsverlust des Rechts*, en Roman Schnur (editor), *Festschrift für Ernst Forsthoff. Zum 70. Geburtstag*, München, C.B. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1972, pp. 103-118; asimismo, Fritz Werner, *Vom Richter in unserer Zeit*, en W. Sarstedt, G. Heinemann, F. Werner, K. Sontheimer y M. Haug, *Justiz in Wandel der Gesellschaft*, Stuttgart-Berlin, Kreuz Verlag, 1968, pp. 32 ss.

561. Francisco Fernández Segado, *Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional*, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos...*, op. cit., pp. 310-314.

emiten resoluciones judiciales e inclusive toman decisiones administrativas importantes. Utilizar un determinado sistema de votación aparentemente es un tema pacífico<sup>562</sup>, pero se vuelve totalmente polémico, cuando se le instrumentaliza políticamente, para no controlar o sobrecontrolar la Constitución. Pero, en cualquier caso, “todas las deliberaciones del Tribunal Constitucional estan sustraídas absolutamente de cualquier forma de control o de impugnación”<sup>563</sup>.

En este sentido, se puede señalar que la práctica del Tribunal Constitucional peruano frente a casos límite, por su naturaleza jurídico-política, ha dado lugar a actuaciones judiciales controvertidas de los magistrados, que se han manifestado en el sistema de votación utilizado en el Pleno. Debido tanto al perverso límite establecido por el legislador en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que para declarar una ley inconstitucional se requiere seis votos de los siete magistrados, como a la forma con que algunos magistrados trataron de resolver ese impedimento legal, no haciendo un voto disidente, sino usando el sistema de votación de la mayoría simple, previsto para el control difuso de constitucionalidad del artículo 138º de la Constitución de 1993. Dando lugar al cumplimiento de la advertencia que recae en todo tribunal constitucional, que “si éste se politiza, sectorializándose, según criterios partidistas, se habrá perdido la oportunidad de contar con un Tribunal respetado y respetable”<sup>564</sup>.

En efecto, el origen del conflicto se encuentra en el sistema de votación del artículo 4º de la LOTC, el cual señala que

el quórum del Tribunal es de seis de sus miembros. El Tribunal resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen seis votos conformes. De producirse empate para la formación de una resolución, el Presidente tiene voto dirimente, salvo para resolver los procesos de inconstitucionalidad, en cuyo caso, de no alcanzarse la mayoría calificada prevista

562. Hans Brox, *Rechtsprobleme der Abstimmungen beim Bundesverfassungsgericht*, en Theo Rittersprach y Willi Geiger, *Festschrift für Gerhard Müller, Zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1970, pp. 1-20.

563. Antonio Agro, Carlo Lavagna, Franco Scoca, Paolo Vitucci, *La Costituzione Italiana, annotata con la giurisprudenza della Corte costituzionale*, segunda edición, Torino, UTET, 1979, p. 1616.

564. Francisco Fernández Segado, *La Jurisdicción Constitucional en España...*, op. cit., p. 76.; asimismo, Enrico Spagna Musso, *Diritto Costituzionale*, terza edizione, Cedam, Padova, 1990, pp. 626 ss.

en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada. En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver.

Este sistema de votación, a primer vista, podría parecer que tiene por objetivo asegurar un riguroso y consensual control de la constitucionalidad de las leyes, lo que resultaría loable en la búsqueda de una opinión colegiada calificada, más aún si una ley de los representantes de la soberanía del pueblo va a ser derogada por un órgano y un método distinto por el cual fue aprobada dicha ley. Sin embargo, dado los antecedentes constituyentes y el *iter legislativo* de la LOTC, se puede afirmar que el sistema de votación adoptado, expresa directa y abiertamente la desconfianza del gobierno en la creación de un organismo independiente, como el Tribunal Constitucional, encargado del control de las leyes del gobierno. En efecto, el *iter legislativo* de dicha norma es muy claro. Si bien la Comisión de Justicia del Congreso Constituyente estuvo dominada por la mayoría parlamentaria, la Presidencia de dicha comisión recayó en César Fernández, que contó con el destacado apoyo de Carlos Ferrero, que siendo miembros de la mayoría parlamentaria oficialista, se caracterizaron por dar muestras de independencia. Por eso, al elaborar el proyecto de la LOTC, establecieron que con cuatro votos de siete magistrados se podía declarar la inconstitucionalidad de las leyes<sup>565</sup>.

Sin embargo, en el debate parlamentario los constituyentes proautoritarios que estuvieron en contra de la creación del Tribunal Constitucional, como Enrique Chirinos Soto<sup>566</sup>, negociaron y presionaron para que el número de votos para declarar la inconstitucionalidad de las leyes fueran seis y no cinco, como planteaba finalmente la mayoría parlamentaria, en el Pleno del Congreso. Quedando así establecida la disposición que exige seis votos de los siete magistrados del Tribunal Constitucional para hacer sentencia, e impidiendo de esta manera desleal que los jueces constitucionales, no sólo no cumplan con su función especial de control constitucional de las leyes<sup>567</sup>, sino también que se abriese el conflicto y la desintegración al interior del cuerpo colegiado de los magistrados constitucionales<sup>568</sup>.

565. Congreso de la República, *Dictámen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 1419/94, presentado por los Congresistas César Fernández Arce y Carlos Ferrero Costa y sobre el Proyecto de Ley N° 1421-94 presentado por el Congresista Antero Flores Aráoz*, documento parlamentario, Lima, 1994.

566. Jorge Danós, *Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional...*, op. cit., p. 284.

567. Temistocle Martines, *Diritto Costituzionale...*, op. cit., pp. 549 ss.

568. Rolf Lamprecht, *Richter contra Richter...*, op. cit., pp. 60 ss. y 99 ss.

Este paralizante sistema de votación dispuso también que esos seis votos fueran conformes, es decir, que la declaración de inconstitucionalidad sólo debía darse con seis votos unánimes, no con votos discrepantes o singulares en su fundamentación, aunque el fallo fuese idéntico por la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley. De no alcanzarse los seis votos conformes, se declararía infundada la demanda, esto es, se invertía la realidad obligando a que el Tribunal declarase que la demanda había sido rechazada, pese a no demostrarse que la inconstitucionalidad de la norma legal impugnada era infundada. Lo cual dio lugar a que en la práctica del Tribunal Constitucional, se dictasen sentencias donde la mayoría de los magistrados argumentaban por la inconstitucionalidad, pero se declarase infundada la acción de inconstitucionalidad. Veamos algunos casos y problemas derivados de este sistema de votación:

- i. *La votación mayoritaria pierde.* En la primera demanda de inconstitucionalidad recibida por el Tribunal Constitucional contra la Ley N° 26623, que intervino el Poder Judicial, cinco magistrados de siete declararon que la ley era inconstitucional; sin embargo, por mandato del artículo 4° de la LOTC, tuvieron que suscribir un fallo declarando la constitucionalidad de la norma, debido a que dos magistrados aliados públicamente del gobierno –Acosta y García– impidieron llegar a los seis votos para declarar la inconstitucionalidad de la mencionada ley<sup>569</sup>. De acuerdo, con este inconsistente sistema de votación, la mayoría del Tribunal tuvo que fundamentar su voto singular.

Pero es el magistrado Aguirre Roca quien expresó en su voto particular con claridad que

en los casos en que no se ha alcanzado la mayoría de seis (6) votos exigidos por el artículo 4° de la Ley Orgánica de este Tribunal, pero en que sí se ha logrado una clara mayoría de cinco (5) votos a dos (2), favorable a la demanda [...], estimo [...] que no pueden declararse constitucionales dichas disposiciones, ni infundada [...] pues ello equivaldría a hacer prevalecer la opinión de la minoría sobre la de la mayoría, lo cual no sólo llevaría al absurdo de hacerle decir al órgano colegiado, precisamente lo contrario de lo que piensa, permitiendo, de paso, que la opinión de sólo dos (2) de sus miembros triunfe sobre la de sus cinco (5) miembros restantes [...]”<sup>570</sup>.

569. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 128 ss.

570. Tribunal Constitucional, *Sentencia del Tribunal Constitucional, declara fundada en parte demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra disposiciones de la Ley N° 26623*, en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 6 de noviembre de 1996, p. 144082.

Esta tesis significó un cambio de su posición jurisdiccional originaria, ya que cuando Aguirre Roca era magistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales señaló positivamente que “debe recordarse que el artículo 8º de la LOTGC no permite resolver la cuestión de inconstitucionalidad con menos de seis votos conforme”<sup>571</sup>.

Sin perjuicio de ese saludable cambio de opinión constitucional, es del caso señalar que, la disposición legal en cuestión era pre-existente a la elección de los magistrados en el Congreso, de modo que si bien conocían las reglas de votación con anterioridad, parecía recién quedar al descubierto el nefasto sistema de votación mencionado. Esto se puso en evidencia con la segunda demanda de inconstitucionalidad, en la que se planteó una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4º de la LOTC, es decir, para que se declare la inconstitucionalidad del propio sistema de votación del TC. Si bien este tema ya ha sido abordado (ver Primera Parte, V. 2.), sólo es del caso hacer un breve comentario que incide en el sistema de votación, por cuanto se presenta el absurdo lógico de que la ponencia mayoritaria en una votación pierde el fallo.

En efecto, dada la importancia de resolver la demanda acerca del sistema de votación del TC, los magistrados constitucionales decidieron resolver en segundo lugar esta acción de inconstitucionalidad –no obstante que debió ser la quinta a fallar, de acuerdo al orden de ingreso de las demandas–<sup>572</sup>. Al respecto, el caso se resolvió en contra de la demanda, manteniendo el sistema de votación para declarar inconstitucional una ley, es decir, requerir seis votos de los siete magistrados, en virtud a argumentar de que no había norma constitucional alguna que obligase al Congreso a establecer un sistema de votación calificado determinado.

En ese sentido, la mayoría judicial integrada por Acosta y García (ex-abogados del gobierno) y Nugent y Díaz (magistrados autolimitados), en base a un positivismo basado en la decisión de la autoridad legislativa<sup>573</sup>, asumieron que estaba en la facultad discrecional del legislador definir el número de votos necesarios para declarar inconstitucional una ley, renunciando así, los magistrados, a establecer parámetros constitucionales a dicho sistema de votación, a partir de lo cual se llegó a las

571. Manuel Aguirre Roca, *Las “sentencias” del Tribunal de Garantías Constitucionales frente a la crítica*, en *Themis*, N° 7, 1987, p. 15.

572. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, *op. cit.*, p. 126.

573. Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico...*, *op. cit.*, p. 232.

situaciones judiciales más absurdas y, lo que es peor, a la politización del Tribunal Constitucional<sup>574</sup>.

De esta manera quedó convalidado el sistema de votación para declarar la inconstitucionalidad de una ley, pero la propia sentencia también dejó abierta la posibilidad del uso del control difuso, en los procesos de control abstracto de normas legales<sup>575</sup>. Poco después, este sistema de votación quedó convalidado en la tercera resolución del Tribunal, esta vez contra la ley que reglamentó el referéndum popular. La misma que generó una de las más absurdas consecuencias de requerir seis votos de siete magistrados, por cuanto, los cinco magistrados –tres activistas judiciales y dos autolimitativos– que estuvieron por la inconstitucionalidad de la ley, es decir, por declarar fundada la demanda, tuvieron que fallar como infundada la demanda porque no llegaron a los seis votos. Sin embargo, ya era tarde para los jueces autolimitados –Nugent y Díaz– que pretendiesen enderezar, lo que con su fallo, en la sentencia sobre el sistema de votación, habían ayudado a consolidar un sistema de votación ilógico e inconstitucional.

En ese absurdo sentido, los dos magistrados progobiernistas que perdieron la votación del referéndum, pero ganaron el fallo que declaró infundada la demanda, tuvieron que expedir votos singulares para fundamentar su opinión minoritaria que hacía el fallo. Por eso, la sentencia reza: “que al no haberse obtenido 6 votos conformes para declarar inconstitucional la Ley N° 26592 exigidos por el Artículo 4° de la ley N° 26435 este Tribunal se ve obligado, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus miembros, a declarar infundada la demanda”<sup>576</sup>. De esta manera, se contradice la buena doctrina constitucional sobre la materia, según la cual la mayoría hace sentencia y la minoría sólo un voto singular<sup>577</sup>; que por lo demás, es un instrumento para expresar la legitimidad de las minorías en las constituciones democráticas pluralistas<sup>578</sup>.

574. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 260 ss.

575. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26435*, en *El Peruano*, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145383.

576. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26592*, en *El Peruano*, Lima, 25 de diciembre de 1996, p. 145436.

577. Alessandro Pizzorusso, *Osservazioni sullo strumento normativo richiesto per l'introduzione del dissenso nelle motivazioni delle decisioni della Corte Costituzionale*, en Corte Costituzionale, *L'opinione dissenziente* (a cura di Andele Anzon)..., op. cit., pp. 58 ss.

578. Gustavo Zagrebelsky, *Interventi*, en Corte Costituzionale, *L'opinione dissenziente* (a cura di Andele Anzon)..., op. cit., pp. 155 ss.



Pero, donde se pone de manifiesto dramáticamente los límites del sistema de votación del Tribunal Constitucional, es con las sentencias sobre la ley de la reelección presidencial; por cuanto, como se ha observado (ver Primera Parte, V. 3), Nugent como Presidente del TC mandó publicar dos sentencias: una, declarando inaplicable dicha ley al Presidente Fujimori, con la firma de siete magistrados, de los cuales tres votaron a favor y cuatro se abstuvieron fundamentadamente y, otra *sentencia*, declarando infundada la demanda con la firma sólo de dos magistrados que además se abstuvieron de votar. De allí que, se haya cuestionado la validez de la emisión de estas sentencias o mejor dicho que se haya debatido sobre la sentencia “menos inválida”<sup>579</sup>. Pero, en cualquier caso pone sobre el tapete, además de la carencia de argumentos jurídico-constitucionales, lo cual dice mucho de la selección de los magistrados constitucionales, acerca del problema del sistema de votación del Tribunal Constitucional.

- ii. *Votación*. En relación al sistema de votación de las acciones de inconstitucionalidad, prioritariamente, debería quedar establecido, en la LOTC, que es obligatorio que se cuente con el quórum de ocho magistrados, de los once propuestos para el Pleno, reservando el Presidente su voto dirimente en caso de empate; y que las resoluciones que declaren inconstitucional una ley no se adopten en general con un determinado número de votos, sino de votos variables en función de la norma legal impugnada de que se trate. En efecto, no sólo hay *momentos constituyentes* que generan una Constitución, y *momentos constitucionales* que producen leyes subordinadas a la primera, sino que entre ambos momentos, y en particular, entre las normas que producen, hay una amplia gama normativa de la cual el Tribunal Constitucional no puede estar ajeno al controlarlas<sup>580</sup>.

Así, partiendo de concebir que la mayoría absoluta, es una regla básica en todo sistema de formación de una opinión colegiada, se puede plantear taxativamente que cuando se trate de resolver acciones de inconstitucionalidad sobre leyes de reforma constitucional, y tratados internacionales que incorporen una modificación constitucional, se debería requerir ocho votos, mientras que si se tratase de una ley orgánica, el requisito debería ser de siete votos. En tanto si se resuelve sobre

579. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., pp. 263 ss.

580. Bruce Ackermann, *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1991, cap. 1; asimismo, Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, op. cit., pp. 139 ss.

leyes ordinarias, reglamento del Congreso y demás tratados internacionales aprobados por el Congreso, la votación debería ser de seis votos, y para los decretos legislativos, decretos de urgencia, decretos leyes, tratados simplificados, normas de carácter regional y ordenanzas municipales, la votación debería ser de cinco votos, en cuyo caso si hubiera empate, el Presidente del Tribunal definiría con su voto dirimente, como ocurre en otros tribunales constitucionales<sup>581</sup>.

La razón de ser de un sistema diferenciado de votación, radica en la ubicación de dichas normas impugnadas en el sistema de fuentes del derecho. La misma que se estructura sobre la base del principio de constitucionalidad, que ordena a las normas en función del órgano y del sistema de aprobación<sup>582</sup>; donde el sistema de votación tiene muchas veces una posición definitiva en la determinación del rango y fuerza de ley de las normas legales<sup>583</sup>. Así, en el sistema de fuentes peruano, a modo de ejemplo, las leyes que reforman la Constitución tienen un sistema de votación agravado en el Congreso, de mayoría absoluta del número legal de miembros de la Cámara Unica y ratificada por referéndum popular, o, cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con los dos tercios del número legal de congresistas, la ley orgánica requiere del voto de la mitad del número legal de los representantes; las leyes ordinarias la mayoría de los congresistas presentes; los decretos legislativos o de urgencia se aprueban tan sólo con el voto del Consejo de Ministros, como las ordenanzas que son decididas por el Concejo Municipal<sup>584</sup>.

En tal entendido, el planteamiento se basa en conectar el razonamiento constitucional del sistema de las fuentes del derecho positivo, con un sistema lógico de votación en el Tribunal Constitucional, a fin de otorgar racionalidad y proporcionalidad a las decisiones del TC en materia de resolución de las acciones de inconstitucionalidad. De esa manera, se promueve la incorporación de una mayor variedad en los sistemas de votación, a fin de perfeccionar y a su vez garantizar el principio de control constitucional de las leyes, a cargo del Tribunal Constitucional del Perú.

- 
581. Maunz, Schmidt-Bleibtreu, Klein, Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, op. cit., § 14, 5, pp. 22-27; asimismo, Temistocle Martines, *Diritto Costituzionale...*, op. cit., p. 555.
582. Javier Pérez Royo, *Las Fuentes del Derecho...*, op. cit., pp. 13-24.
583. Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, CEC, 1997, pp. 283-296.
584. Marcial Rubio, *El sistema legislativo...*, op. cit., p. 176, y, César Landa, *La descentralización del gobierno unitario en la Constitución de 1993...*, op. cit., pp. 241 ss., ambos en *LTC*, N° 10, Lima, 1994.

En cuanto al sistema de votación de los recursos extraordinarios sobre las acciones de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento que han sido rechazadas en las primeras instancias judiciales, el Tribunal Constitucional, debería resolverlas en sus dos Salas como se ha planteado en el acápite anterior (ver 2.2. ii.). Para tal efecto, contando con el quórum de cuatro de cinco de sus miembros, cada Sala debería decidir sobre dichos recursos con la mayoría absoluta de tres votos favorables, pero, como al igual que en el caso de las acciones de inconstitucionalidad y conflictos de competencia, no se requeriría que sean votos conformes. Más aún, como demuestra la experiencia del Tribunal Constitucional del Perú, los magistrados sin perjuicio de suscribir el fallo mayoritario, para dar cuenta de que existe votos *conformes*, simultáneamente también han hecho uso del voto particular, para expresar sus fundamentos personales e inclusive sus opiniones discrepantes, acorde con la autonomía de todo juez<sup>585</sup>. Sin embargo, estos votos particulares merecen un breve comentario.

- iii. *Votos particulares*. Si bien por el principio colegiado de las sentencias del Tribunal Constitucional, es deseable que las opiniones de los magistrados se expresen en un fallo unitario, esto no es incompatible con que se incorpore la opinión disidente o minoritaria de los jueces<sup>586</sup>; más aún, si los tribunales constitucionales en sociedades democráticas, buscan no sólo garantizar la supremacía de la Constitución, sino también “la protección de las minorías, tan consustancial a la democracia como el gobierno de la mayoría”<sup>587</sup>.

Sin embargo, en la experiencia pasada del Tribunal de Garantías Constitucionales, y también del presente Tribunal Constitucional, en materia de acciones de inconstitucionalidad, los votos particulares y la publi-

585. Rolf Lamprecht, *Richter contra Richter...*, op. cit., pp. 46 ss. y 68 ss.; Roberto Romboli, *L'introduzione dell'opinione dissenziente dei giudizi costituzionali: strumento normativo, aspetti procedurali e ragioni di opportunità*, en *Corte Costituzionale L'opinione dissenziente*, (a cura di Andele Anzon)..., op. cit., pp. 67 ss.

586. Constantino Mortati, *Relazione illustrativa della proposta di emendamenti dell'art 18. Norme integrative, con il testo della proposta di introduzione dell'art. 18-bis*, pp. 393 ss.; asimismo, Antonin Scalia: *Remarks on dissenting opinions*, pp. 411 ss., ambos en *Corte Costituzionale L'opinione dissenziente*, (a cura di Andele Anzon)..., op. cit.; asimismo, Francisco Ezquiaga, *El voto particular...*, op. cit., pp. 61 ss.

587. Rosa Luz Lapeña, *El Tribunal Constitucional*, en J. Lalinde / M. García Pelayo / M. Ramírez y otros, *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, edición preparada por Manuel Ramírez, Zaragoza, Libros Pórtico, 1979, p. 381; asimismo, Klaus Stüwe, *Die Opposition im Bundestag und das Bundesverfassungsgericht. Das verfassungsgerichtliche Verfahren als Kontrollinstrument der parlamentarischen Minderheit...*, op. cit., pp. 76 ss.

dad de las opiniones de los jueces, sobre todo *ex-post* el fallo, a través de los medios de comunicación social, ha sido, en muchos casos, fuente de dispersión en la búsqueda de una opinión colegiada; al punto que durante la experiencia del TGC de quince (15) sentencias sobre acciones de inconstitucionalidad, no se llegó a formar sentencias en cinco (5) casos, sino sólo a emitir *pronunciamientos*, debido a que se requería que la mayoría de los votos que hacía sentencia fuese uniforme<sup>588</sup>.

Este lastre de la atomización de las votaciones, adquirió nueva forma en el Tribunal Constitucional, con las *abstenciones fundamentadas*, en el famoso caso de la ley de la reelección presidencial, que degeneró en que la sentencia, que declaró inaplicable la ley al Presidente Fujimori, tuviera sólo tres votos de los magistrados Aguirre, Rey y Revoredo, y la otra *sentencia*, que declaró infundada la demanda contra dicha ley, no obtuvo ningún voto conforme; por cuanto, en la primera sentencia, se abstuvieron de votar cuatro magistrados –Nugent, Díaz, Acosta y García– y en la otra *sentencia*, también se abstuvieron de votar los mencionados jueces, pero los tres restantes ni siquiera expresaron su voto. Y en el colmo de la irracionalidad judicial, en esta segunda *sentencia* sólo dos magistrados la suscribieron –Acosta y García–, el resto de magistrados ni siquiera reconoció este fallo, incluso Nugent y Díaz, que habían fundamentado su abstención<sup>589</sup>.

La nefasta experiencia del sistema de votación mencionado, de los *pronunciamientos* y de las *abstenciones fundamentadas*, se basó en la manipulación del derecho del juez a emitir votos particulares, que son fundamentalmente de dos tipos:

los votos discrepantes (*dissenting opinions*) y los votos concurrentes (*concurring opinions*). La diferencia entre ambos estriba en el alcance de la discrepancia, ya que los primeros van referidos al fallo de la decisión (y, consecuentemente, también a su motivación), mientras que los votos concurrentes comparten la decisión final pero discrepan de toda o parte de la motivación expuesta<sup>590</sup>.

La distorsionada práctica de los votos particulares, sin embargo, no debería llevar a eliminar en la LOTC los votos singulares (concurrentes).

588. César Landa, *Del tribunal de garantías al tribunal constitucional...*, *op. cit.*, p. 84.

589. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, *op. cit.*, pp. 13 ss. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú...*, *op. cit.*, pp. 260-265.

590. Francisco Ezquiaga, *El voto particular...*, *op. cit.*, pp. 63-64.

tes), o los votos discrepantes, en la medida que estos votos cumplen sanas funciones de control social, responsabilidad, independencia y autoridad del juez. Claro que el uso abusivo del voto particular puede terminar destruyendo los principios de colegialidad y tendencia a la unanimidad de las sentencias, que son necesarios para cumplir con los principios de la *fuerza normativa* y de la *eficacia normativa* de la Constitución<sup>591</sup>, en virtud de los cuales los magistrados del Tribunal Constitucional siempre deberían hacer sentencia.

Para lo cual, la prohibición de las abstenciones en la resolución de las acciones de garantía subjetivas, es un paso necesario que ha sido dado en la Ley N° 26801, modificatoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, aún cuando fue aprobada por el Congreso de la República, con fines políticos de atraer a la oposición parlamentaria (sólo una semana antes de la destitución por la mayoría parlamentaria de los magistrados Aguirre, Rey y Revoredo, que resolvieron en contra de la ley de la reelección presidencial). Ratificando así la vieja tesis *mayoritaria* o *monista*, en virtud de la cual, en una democracia, se requiere entregarle plena autoridad legislativa a los que vencen en las elecciones generales, de ahí que cualquier intervención en contra de la justicia, es un acto *contramayoritario* o *antidemocrático*<sup>592</sup>. Por el contrario, es en la unidad de la diversidad, donde la democracia encuentra su identidad social<sup>593</sup>.

En cuanto a las acciones de inconstitucionalidad, sólo habría lugar a la inhibición del magistrado constitucional, en cuyo caso sería sustituido por un magistrado suplente, para efecto que no se produzcan *abstenciones fundamentadas*, mientras que en aras de cautelar la unidad del fallo colegiado, se debería establecer criterios de uniformización jurisdiccional, mediante la obligatoria suscripción del fallo, si ese es el sentido final de la opinión de los magistrados, sin perjuicio que en vía de aclaración, precisión o complementación emitan votos concurrentes o singulares. Esto, claro está, respetando la opinión de los jueces que en la votación del fallo quedaron en minoría, quienes tienen el pleno dere-

591. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, op. cit., pp. 16 ss.

592. Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, op. cit., pp. 136 y ss; asimismo, Pablo Lucas Verdú, *La Constitución abierta y sus enemigos...*, op. cit., pp. 84 ss.

593. Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie...* op. cit., pp. 53-68; asimismo, Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, op. cit., pp. 69-71.

cho para emitir votos disidentes o discrepantes, así como también a publicarlos junto a la sentencia<sup>594</sup>.

No se debe olvidar que todo poder público necesita estar sujeto a la crítica pública, de ahí que los procesos constitucionales tengan un interés público *erga omnes*, más aún en el caso de las acciones de inconstitucionalidad contra las normas legales. En ese sentido, los magistrados constitucionales deben tanto asegurar la transparencia y publicidad del mismo, en lo pertinente, como guardar reserva de sus opiniones antes y después de las deliberaciones y de las votaciones del Pleno, en la medida que los jueces deben ser celosos guardianes de la unidad institucional<sup>595</sup>, sin perjuicio de que las minorías judiciales, mediante el voto singular o discrepante, hagan pública su posición constitucional junto al fallo de la mayoría.

No obstante lo señalado, se debería asegurar que la opinión colegiada del Tribunal Constitucional, se encuentre distanciada objetivamente de la parcialidad de la mayoría parlamentaria, de algunos medios de comunicación, o de la aislada vanidad personal de ciertos magistrados<sup>596</sup>, por cuanto se convierten en un peligro para la institucionalidad e independencia del Tribunal Constitucional, cuando los magistrados juzgan sometidos o sujetos al poder mediático sobre la opinión pública<sup>597</sup>; o, peor aún, cuando los medios denostan los fallos del tribunal, en función de intereses del gobierno<sup>598</sup>.

594. Rolf Lamprecht, *Richter contra Richter...*, op. cit., pp. 139 ss.; asimismo, Adele Anson, *Forma delle sentenze e voti particolari*, en *Corte Costituzionale L'opinione dissenziente*, (a cura di Adele Anson)..., op. cit. pp. 167 ss.

595. Otto Kissel, *Über die Zukunft der Justiz. Versuch einer Zwischenbilanz*, Kronberg, Scriptor Verlag, 1974, pp. 17 ss.; asimismo, revisar la tesis doctoral de Bernhard Exner, *Recht und Öffentliche Meinung*, Mainz, Johannes Gutenberg Universität, 1990, pp. 38 ss., donde analiza la influencia de la opinión pública en el derecho; la misma que tiene gran repercusión en los casos criminales, ver Manfred Proske (coordinador), *Kriminalität und Massenmedien. Überlegungen zur Gerichtssaalreportage und Kriminalberichterstattung*, Graz, Leykam Verlag, 1981, pp. 24 ss.

596. Francisco Balaguer Callejón, *Un jurista europeo en Alemania. Conversación con el Profesor Peter Häberle*, en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, Nº 9, 1997, Universidad de Murcia, p. 46.

597. Martin Huff, *Justiz und Öffentlichkeit*, W G, Berlin-New York, 1996, pp. 8 ss.; Hans Wrobel, *Verurteilt zur Demokratie...*, op. cit., pp. 253 ss.; asimismo, Otto Kissel, *Über die Zukunft der Justiz. Versuch einer Zwischenbilanz...*, op. cit., pp. 215 ss.

598. Dieter Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1975, pp. 21 ss.; asimismo, Rolf Lamprecht, *Vom Mythos der Unabhängigkeit. Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1995, pp. 53 ss.

Porque, en la medida que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, sus decisiones tienen el valor de la cosa juzgada, fuerza de ley y carácter vinculante, por ello son irrevisables por otra instancia judicial o poder público<sup>599</sup>. Esto hace que sea una garantía del principio de supremacía constitucional y de la independencia del Tribunal Constitucional, que los magistrados constitucionales tengan inmunidad por sus fallos y opiniones judiciales, tanto del gobierno como de los grupos de presión<sup>600</sup>.

### 32 Inmunidad por los votos y opiniones

La Constitución ha establecido en el artículo 201<sup>º</sup>, en concordancia con el artículo 93<sup>º</sup>, que el Tribunal Constitucional es autónomo e independiente, y que sus magistrados gozan de la misma inmunidad y de las mismas prerrogativas que los congresistas<sup>601</sup>. En este entendido, los miembros del Tribunal Constitucional no están sujetos a mandato imperativo, ni interpelación alguna, ni responden por los votos u opiniones judiciales emitidos en el ejercicio de su cargo. No obstante haber sido nominados por los congresistas, no reciben instrucciones del Congreso ni de ninguna autoridad; es decir gozan de inviolabilidad e inmunidad en su cargo, como así lo dispone también el artículo 13<sup>º</sup> de la LOTC. Por ello, el artículo 14<sup>º</sup> de la LOTC ratifica que los magistrados constitucionales tienen los mismos derechos y privilegios que los congresistas<sup>602</sup>. Sin embargo, es del caso señalar, que los artículos 99<sup>º</sup> y 100<sup>º</sup> de la Constitución peruana, establecen que cuando hay infracción a la Constitución o cometan un delito, los magistrados del Tribunal Constitu-

599. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional...*, op. cit., pp. 81 ss.

600. Glendon Schubert, *Constitutional politics. The political behavior of Supreme Court justices and the constitutional policies that they make...*, op. cit., pp. 82 ss.; asimismo, Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, tomo I..., op. cit., pp. 91-102.

601. Alesandro Pizzorusso, *Le immunità parlamentaria*, en Congreso de los Diputados, *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, volumen I..., op. cit., pp. 59-87; Francisco Fernández Segado, *Las prerrogativas parlamentarias en la jurisprudencia constitucional*, en Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos...*, op. cit., pp. 3293-322, y; Eloy García, *Inmunidad parlamentaria y estado de partidos*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 23 ss.

602. Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, *Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 10, Madrid, 1986, pp. 175 ss.; asimismo, Congreso de la República, *Alegato del doctor Raúl Ferrero Costa en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional Año IV*, N° 4..., art. cit., pp. 463-464.

cional, entre otras altas magistraturas, pueden ser acusados ante el Congreso y si se encuentra responsabilidad se les puede suspender, inhabilitar o separar de sus cargos.

Dicha norma constitucional propia de sistemas democráticos plurales, se convierte en un peligro en manos de una mayoría parlamentaria cuando actúa arbitrariamente, dado que una garantía indispensable para la autonomía del juez y la independencia del Tribunal Constitucional, es precisamente la inmunidad de los jueces constitucionales. Por eso, en el derecho constitucional comparado, “la independencia judicial, se deduce de la inamovilidad, del fuero jurisdiccional y de la inmunidad, así como de la incompatibilidad. Los jueces son inamovible por otro poder; normalmente, sólo una decisión del Tribunal puede dar lugar a una dimisión o suspensión, para lo que se suele exigir una mayoría calificada (p.e. en la RFA, Italia, España)”<sup>603</sup>. Sin embargo, hay que precisar “como sucede con la inmunidad parlamentaria, *la independencia del juez es una prerrogativa eminentemente funcional*. Recubre no tanto a la persona cuanto a la función”<sup>604</sup>.

Empero el desconocimiento de la inmunidad de los magistrados, por sus votos y opiniones, se puso de manifiesto en el Perú, con la facultad del Congreso, de abrir proceso en caso de infracción constitucional, a partir de que el Tribunal Constitucional decidió admitir la demanda contra la ley de la reelección presidencial, el 23 de setiembre de 1996<sup>605</sup>. Desde entonces, se produjo una indirecta intervención parlamentaria y extra parlamentaria sobre la actuación de los magistrados del Tribunal Constitucional, con relación a esta causa político-constitucional. Causa que rebasó los límites del debate político, cuando en diciembre de 1996 trascendió, a través de los medios de comunicación, que el TC había resuelto, por cinco votos contra dos, declarar inaplicable la ley de la reelección presidencial, y que el borrador del proyecto de resolución había sido sustraído (ver Primera parte, V, 3.).

Desde entonces, se produce de manera directa la interferencia de la mayoría parlamentaria sobre el Tribunal Constitucional, poniendo en cuestión la inmunidad por los votos que emitieron los magistrados constitucionales, y en consecuencia, interviniendo en la función jurisdiccional, quebrando así el principio constitucional de la independencia judicial y el equilibrio de

603. Albrecht Weber, *La jurisdicción constitucional en europa occidental: una comparación...*, op. cit., p. 55.

604. Juan López Aguilar, *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 114; asimismo, Temistocle Martines, *Diritto Costituzionale...*, op. cit., p. 554.

605. Congreso de la República, *Alegato del doctor Raúl Ferrero Costa en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4..., art. cit.



poderes; en virtud de los cuales, los jueces están sujetos a la Constitución, al derecho, pero no a la autoridad ni a los poderes públicos o privados<sup>606</sup>. De esta manera, se afecta la seguridad jurídica no sólo de los jueces y del Tribunal, sino también de la propia sociedad, ya que la politización de la justicia sólo conduce a diluir las garantías de protección de las libertades y derechos ciudadanos: la independencia judicial. En este sentido, es necesario reconstruir el proceso y la argumentación del quebrantamiento de la inmunidad de los magistrados constitucionales, como base para replantear el sistema de protección de la inmunidad de los jueces constitucionales.

- i. *Intervención política*. El 15 de enero de 1997, la mayoría parlamentaria remite al Presidente del Tribunal Constitucional una carta notarial en vía de requerimiento previo, mediante una acción de cumplimiento, para que resuelva y publique la sentencia sobre la ley de la reelección presidencial; por si fuera poco, le conmina a que se abstenga de resolver utilizando el control judicial difuso de constitucionalidad, por cuanto estaría violando la Constitución<sup>607</sup>. En efecto, la mayoría parlamentaria inquirió

que la sentencia no contenga, ninguna *declaración* de inaplicabilidad que constituiría una inminente amenaza contra derechos fundamentales y políticos consagrados en la Constitución, así como un abuso de autoridad, al asumir el Tribunal facultades no previstas por su Ley Orgánica, la misma que le exige un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada<sup>608</sup>.

En esas extrañas circunstancias, que fueron rechazadas públicamente por el Presidente del Tribunal Constitucional, había trascendido ya abiertamente a la opinión pública el extravío del proyecto de dicha sentencia y de otra documentación oficial de la sede del Tribunal Constitucional, así como el registro ilegal de los archivos de la magistrada Revoredo<sup>609</sup>; motivo por el cual se produjo una denuncia por el robo de

606. Juan Requejo, *Jurisdicción e independencia judicial...*, op. cit., pp. 125 ss. y 161 ss. Para una visión crítica del clásico concepto de independencia judicial, revisar Rolf Lamprecht, *Vom Mythos der Unabhängigkeit. Über das Dasein und Sosein der deutschen Richter...*, op. cit., pp. 17 ss.

607. Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 123 ss.

608. Víctor Joy, Luz Salgado, Carlos Torres, y otros, *Carta Notarial de 40 congresistas de Cambio 90-Nueva Mayoría*, Notaría Felipe Salgado, Lima, 14 de enero de 1997, p. 3.

609. LA REPÚBLICA, *¡Escándalo! roban del TC documentos secretos sobre la reelección presidencial*, edición del Jueves 16 de enero de 1997, en <http://larepublica.com.pe/1997/Enero/pdf16/home.htm>.

documentos del Tribunal, la misma que es reorientada hacia el Congreso de la República, donde la minoría parlamentaria propone que se forme una Comisión Investigadora, que se crea recién en el mes de marzo de 1997, para investigar las presuntas: sustracción de documentos públicos, presión cometida contra miembros del Tribunal e irregularidades realizadas en el mismo. El Congreso nombró una Comisión formada fundamentalmente con la mayoría parlamentaria oficialista, que, además, estuvo presidida por Salgado, una de los cuarenta firmantes de la carta de los congresistas oficialistas al Tribunal Constitucional.

Esta Comisión Investigadora invitó a los magistrados del Tribunal a informar al Congreso, acerca de aquellos bochornosos acontecimientos, que ya eran materia de difusión en los medios de comunicación. Recibieron testimonio de todos los magistrados del Tribunal; sin embargo, al tomar las declaraciones de los magistrados García y Acosta, éstos se exceden en la materia de convocatoria, cambiando el giro de sus declaraciones hacia acusaciones contra cuatro magistrados, en base a falsos testimonios según se denunció<sup>610</sup>. Esta acusación señaló que, ante un recurso de aclaración presentado por el Colegio de Abogados de Lima, para que se precise el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley de reelección presidencial, los magistrados Aguirre, Revoredo y Rey, con la anuencia de Nugent, Presidente del Tribunal, habían respondido el pedido en nombre del Pleno del Tribunal Constitucional, usurpando funciones jurisdiccionales que no les correspondían<sup>611</sup>.

Los magistrados mencionados denunciaban, entonces, a sus tres colegas de haber resuelto el recurso presentado por el CAL, en representación del Tribunal Constitucional, sin la aprobación del Pleno, y que esto se había hecho bajo disposición del propio Presidente del Tribunal. En efecto, Nugent había pedido que contestaran el recurso de aclaración, sólo a quienes se habían pronunciado en la sentencia –Aguirre, Revoredo y Terry– y no a quienes se habían abstenido –Acosta, García, Díaz y el propio Nugent–<sup>612</sup>; no obstante que la respuesta de los tres magistrados

---

610. EL COMERCIO, *Magistrados acusan a dos de sus colegas de haberlos calumniado*, 7 de mayo de 1997, p. A4.

611. EL PERUANO, *Piden que TC aclare caso de usurpación*, 29 de enero de 1997, p. A2.

612. EL COMERCIO, *Nugent remitió al Congreso prueba de autorización para responder aclaración, sobre sentencia de inaplicabilidad de la ley interpretativa de reelección*, 10 de mayo de 1997, p. A4.

al Colegio de Abogados de Lima fue por que no había nada que aclarar<sup>613</sup>.

Resulta inadmisibile que asuntos jurisdiccionales de carácter interno del Tribunal Constitucional, hayan sido instrumentalizados políticamente por la mayoría parlamentaria, para desviar el poder fiscalizador de la Comisión Investigadora, creada para investigar fundamentalmente la denuncia de los robos de documentos oficiales del TC. En este mal sentido, la Comisión Investigadora encuentra responsabilidad en los tres magistrados mencionados, por haber resuelto un pedido de aclaración en nombre del Tribunal Constitucional, con lo cual los magistrados firmantes de la sentencia contra la ley de la reelección presidencial y el Presidente del TC fueron sometidos a un proceso de acusación parlamentaria vindicativa<sup>614</sup>.

El proceso de acusación constitucional, en sus diferentes etapas, puso en evidencia a una mayoría parlamentaria áulica de la reelección del Presidente Fujimori, y exaltadamente opuesta al ejercicio del control judicial de sus leyes. En la Comisión Investigadora estuvieron Martha Hildebrandt, Jorge Trelles, Edith Mellado, Luis Delgado Aparicio y Enrique Chirinos Soto; en la Subcomisión Evaluadora Luz Salgado y Dennis Vargas Marín; en la Comisión Permanente con Carlos Torres y Jorge Muñiz Ziches. Todos ellos emitieron declaraciones políticas, poniendo en cuestión la inmunidad de los magistrados constitucionales y la independencia del Tribunal Constitucional, al intervenir en un asunto estrictamente jurisdiccional. Es decir, en un proceso judicial, los recursos de aclaración quienes se han pronunciado en el fallo, no quienes se abstienen de emitir opinión<sup>615</sup>.

De ahí que en el proceso parlamentario de investigación y de acusación constitucional, realizado ante estas comisiones, no sólo se producen

- 
613. EL COMERCIO, *Magistrados de Tribunal afirman que no hay nada que aclarar en sentencia, sobre inaplicabilidad de ley sobre reelección presidencial*, 22 de enero de 1997, p. A5.
614. Congreso de la República, *Acusación del señor congresista Enrique Chirinos Soto, presidente de la subcomisión acusadora contra cuatro señores magistrados del Tribunal Constitucional, realizada en sesión plenaria del Congreso efectuada el día 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional*, Año IV, N° 4, art. cit., pp. 421 ss.; asimismo, EL COMERCIO, *Magistrados del Tribunal Constitucional denuncian represalias, por haber declarado inaplicable ley sobre reelección presidencial. Rechazan pedido de acusación en su contra*, 7 de mayo de 1997, p. A1.
615. Congreso de la República, *Alegato del doctor Juan Monroy Gálvez en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4, art. cit., p. 477.

graves violaciones a la inmunidad de los magistrados por los votos y opiniones judiciales emitidas, así como una vulneración del debido proceso, en particular al derecho de defensa; sino que también politizó al Tribunal Constitucional y polarizó partidariamente a sus magistrados, como a veces también ha sucedido en otras latitudes<sup>616</sup>. Por ello, lo único que quedo claro para la opinión pública, nacional e internacional, que la resolución de inaplicación de la ley de la reelección al Presidente Fujimori, fue la causa de la investigación parlamentaria, y posterior expulsión por la mayoría oficialista en el Congreso de los tres magistrados firmantes de la misma, así como de la apertura de la investigación contra el Presidente del Tribunal, quien renunció a los pocos días a dicho tribunal en solidaridad con sus colegas, pero no ha podido hacer efectiva su renuncia, hasta que el Congreso nombre a los tres nuevos magistrados constitucionales<sup>617</sup>, o, que los destituidos sean reincorporados.

Si bien existen controles recíprocos entre los poderes y demás organismos constitucionales, las comisiones del Congreso debieron ceñirse con lealtad constitucional a la denuncia formulada por la sustracción de documentos del Tribunal, la presión política contra los magistrados y demás actos punibles cometidos en el mismo, en el marco de lo dispuesto en el artículo 99º y 100º de la Constitución, en los casos que los magistrados cometan delitos o infracciones a la Constitución. Así como también respetar los mandatos constitucionales de los artículos 93º y 201º, en virtud de los cuales los magistrados del TC “no son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones”<sup>618</sup>. Pero, en un claro caso de desviación de poder, la mayoría parlamentaria sustituyó tanto al posible magistrado responsable de las denuncias como a la causa de la investigación, por los tres magistrados opuestos a la reelección presidencial y, en un acto de decisionismo arbitrario, los destituyeron fariseamente por un asunto administrativo-jurisdiccional interno.

- 
616. Rainer Litten, *Politisierung der Justiz*, Hamburg, Hoffman und Campe Verlag, pp. 41 ss. y 90 ss., G.C. von Unruh, *Richteramt und politisches Mandat*, Athenäum Verlag, 1971, pp. 22-35; asimismo, Dietmar Albrecht e Ingo Hurlin (editores), *Politische Richter und Staatsanwälte - auf dem Wege zu einer polarisierten Justiz?*, Schriftenreihe der Akademie Sankelmark, *Neue Folge - Heft 61*, 1985, pp. 25 ss.
617. Universität Passau, *Erfahrungsbericht aus Lima über die Unrechtmässigkeit der Regierung Fujimoris*, en <http://www.claro.uni-passau.de>.
618. Congreso de la República, *Alegato del doctor Raúl Ferrero Costa en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional Año IV, N° 4*, op. cit., pp. 463 ss.

Frente a este tipo de juicios políticos de las transitorias mayorías parlamentarias, la inmunidad judicial es una garantía de protección de la conducta judicial autónoma, no sólo del juez constitucional, sino también del propio Tribunal Constitucional, por eso, en el derecho comparado, “el fuero jurisdiccional de los magistrados como protección frente a un procesamiento por actuaciones oficiales u opiniones emitidas oficialmente, así como la inmunidad como protección frente a un procesamiento penal, aparecen garantizadas con regularidad”<sup>619</sup>. Sin embargo, es del caso mencionar la histórica *Act of Settlement* de 1701 británica, por la cual los jueces permanecen en sus cargos *during good behaviour*, siguiendo la tradición romana del *quamdiu se tene gesserint*; de lo contrario, si el juez no ha mantenido “buena conducta”, el Parlamento le hace un juicio puramente político y no susceptible de control. La última vez que un juez británico fue cesado tuvo lugar en 1830<sup>620</sup>.

Como quiera que la independencia judicial, entendida como una garantía, puede dividirse en *independencia personal*, que protege al juez individualmente de las eventuales presiones de los órganos estatales de naturaleza política; *independencia colegiada*, que tiende a proteger a la judicatura en su conjunto frente a los demás poderes del Estado, e; *independencia interna*, que ampara al juez individualmente frente al resto de la estructura judicial<sup>621</sup>; se puede señalar que la inmunidad judicial de los magistrados constitucionales tiene un doble carácter: subjetivo y objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, asegura al magistrado una protección individual frente a la afectación de su ejercicio jurisdiccional por parte del poder o autoridad de turno, mientras que desde el punto de vista objetivo, la inmunidad es un atributo necesario de los magistrados, para asegurar la independencia del funcionamiento del Tribunal Constitucional, que no esta sometido a instrucciones de ningún poder público y menos privado.

En la medida que la inmunidad judicial se vio virtualmente resquebrajada, cuando el Congreso desvió su poder de investigación y sanción

- 
619. Albrecht Weber, *La jurisdicción constitucional en europa occidental: una comparación...*, op. cit., p. 55.
620. Luis Diez-Picazo, *Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial*, en *REDC*, Año 12, N° 34, Madrid, CEC, 1992, pp. 23-24; asimismo, Garry Sturgess y Philip Chubb, *Judging the world. Law and politics in the world's leading courts*, Sydney, Butterworths, 1988, pp. 189 ss.
621. Luis Diez-Picazo, *Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial...*, op. cit., pp. 33 ss.; asimismo, revisar el derecho comparado de los países centrales: Herbert Jacob, Erhard Blankenburg, Herbert Kritzer, Doris Provine y Joseph Sanders, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, Yale New Haven-London, University Press, 1996.

hacia los magistrados constitucionales encausados, dichos actos parlamentarios son pasibles de control judicial, en razón a que el Congreso sustituyó la materia relativa a la investigación y procesó vindicativamente a dichos magistrados, violando el derecho al debido proceso, en particular al debido proceso legal<sup>622</sup>.

De otro lado, que durante el proceso de acusación constitucional, la mayoría parlamentaria haya hecho caso omiso a la inmunidad de los magistrados constitucionales, pone en evidencia su falta de compromiso democrático con la Constitución, en tanto sistema jurídico de límites y control del poder; máxime cuando los propios congresistas gozan también de la inmunidad por los votos y opiniones que emiten en el marco de su actuación parlamentaria.

Más aún, no existe en la reciente historia parlamentaria peruana, un congresista del gobierno o de la oposición que haya sido acusado constitucionalmente, procesado y sancionado por haber emitido una opinión o voto determinado; aún cuando sí hay una penosa tradición de expulsión o “remoción” de magistrados constitucionales, así como vocales, jueces y fiscales por razones políticas, a partir del golpe de estado de Fujimori en 1992 y hasta la actualidad. Lo cual ha mellado la siempre cuestionada independencia judicial<sup>623</sup>. Por ello, en aras de asegurar la independencia judicial, a través de la inmunidad de los magistrados constitucionales, es necesario plantear algunos lineamientos de reforma del proceso de acusación constitucional de los jueces del Tribunal Constitucional.

- ii. *Defensa del fuero constitucional.* La violación de la inmunidad judicial de los magistrados constitucionales, en el fondo por el fallo antirreeleccionista en contra de Fujimori, fue tan grave como suficiente para que, en adelante, el gobierno no tuviese ningún reparo en seguir consumando arbitrariedades bajo el amparo de su mayoría numérica en el Congreso. Esto se puso en evidencia con la falta de igualdad procesal entre las declaraciones de los magistrados denunciantes –proreeleccionistas– y los acusados –antirreeleccionistas–, así como también que a

---

622. César Landa, *Garantías constitucionales en el proceso contra los magistrados del tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 272 ss.; asimismo, Congreso de la República, *Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* N° 4, op. cit., p. 447.

623. U.S. House of Representatives, U.S. Senate and Department of State, *Country report on human rights practices for 1997*, Joint committee print, Washington, 1998, p. 1; asimismo, revisar los informes del periodo 1992-1996.

estos últimos se les restringió el derecho de defensa<sup>624</sup>. Todos estos elementos constituyeron un juicio político contra la decisión de un acto judicial, desviando el proceso parlamentario y violando el debido proceso, lo cual es materia justiciable.

La defensa del fuero constitucional debe ser razonada de un modo ponderado; en la medida que tanta independencia judicial es necesaria como responsabilidad de los magistrados, en salvaguarda de su propia legitimidad institucional, base del respeto de los demás poderes públicos y privados. Los magistrados constitucionales, si bien gozan de la inmunidad de sus fallos y opiniones, es decir que son irresponsables por éstos, también deben actuar jurídica y prudente o razonablemente "*juris prudentia*"<sup>625</sup> para asegurar su *status* de independencia, para lo cual se ha afirmado que "una resolución judicial es correcta, cuando otros jueces hubieran sentenciado de la misma manera"<sup>626</sup>.

Ese sentido de legitimación judicial corporativa, no siempre es pacífica al resolver *causas difíciles* en el marco positivista de las normas constitucionales y legales, por ello se requiere interpretar moralmente la Constitución, como norma de principios sociales y no sólo como reglas jurídicas<sup>627</sup>. Esto es factible, por cuanto los magistrados constitucionales son representantes judiciales de la sociedad, antes que del Estado, en la medida que "la potestad de administrar justicia emana del pueblo" y que la Constitución aprobada por referéndum popular no se agota en su texto, sino que es una norma abierta orientada a la realización de la dignidad del hombre y al desarrollo de la soberanía popular. En este sentido se puede señalar que "el Derecho es política! El Derecho es una parte de la praxis política y de la teoría política"<sup>628</sup>.

Pero, si en razón de una inconducta judicial o, por exceso o desviación de la potestad judicial se llega a cometer una infracción constitucional, "todos los ordenamientos aquí considerados así lo contemplan, que la

624. Congreso de la República, *Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* N° 4, art. cit. pp. 448 ss.

625. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil...* op. cit. pp. 122 ss.

626. Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1969, p.100.

627. Ronald Dworkin, *Freedom's Law, the moral reading of the american constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, p. 2.

628. Friedrich Graf von Westphalen, *Wird die Justiz unterwandert? Der Ruf nach dem politischen Richter*, Zürich, Interfrom AG, 1975, p. 9 y pp. 12 ss. y 27 ss.

responsabilidad debe basarse en una suficiente tipificación de las infracciones y sanciones, así como en la existencia de un procedimiento contradictorio<sup>629</sup>. Lo cual no ha sucedido en el proceso de acusación constitucional contra los magistrados constitucionales peruanos, en la medida que la infracción constitucional no estaba prevista tipificadamente en la Constitución, es decir que se les expulsó sin saber qué actos eran anticonstitucionales, cuáles eran los tipos de infracción constitucional, cuáles eran las sanciones en cada caso, y, cuál era el procedimiento para la defensa de los acusados constitucionalmente.

En este sentido, debe señalarse que un juicio político del Congreso no significa un proceso sin reglas, sino que cualquier *proceso* debe respetar dos principios y derechos fundamentales del Estado democrático: *nullum crimen, nullum poena, sine lege*, así como el derecho al debido proceso y a la tutela judicial. Hechos que constituyen mérito suficiente para que se plantease una acción de amparo contra el acto parlamentario que destituyó a los magistrados constitucionales, violando los principios y derechos constitucionales mencionados<sup>630</sup>. Por cuanto, no puede haber un proceso más violador de los principios básicos de la justicia democrática, que procesar y sancionar a los magistrados por infracción a la Constitución, sin que ninguna norma haya establecido qué es, cómo se produce, en qué supuestos se aplica, quiénes pueden cometerla y cómo se debe procesar una infracción constitucional<sup>631</sup>.

Asimismo, debe considerarse que no hay nada más contrario a la independencia judicial que sea un poder como el Congreso, el encargado de investigar, procesar, acusar e inhabilitar, suspender o destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional. En primer lugar, porque es precisamente el defensor de la Constitución quien tiene por tarea central precisamente controlar los excesos de las mayorías parlamentarias, cuando aprueban leyes inconstitucionales; y, en segundo lugar, porque los magistrados constitucionales no son funcionarios públicos sometidos

629. Luis Diez-Picazo, *Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial...*, op. cit., pp. 32.

630. César Landa, *Garantías constitucionales en el proceso contra los magistrados del tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 272 ss.; Angela Figueruelo, *Incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo*, en *REP*, N° 81, pp. 60 ss.; asimismo, para conocer la experiencia histórica inglesa contraria a este tema, ver Ignacio Torres Muro, *El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra*, en *REDC* Año 15, N° 43, Madrid, CEC, 1995, pp. 51 ss.

631. Congreso de la República, *Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* N° 4, op. cit., pp. 455 ss.



dos a un estatuto público, sino se rigen por su ley orgánica especial<sup>632</sup>. En tal entendido, los magistrados no deben estar sujetos de control político por parte del Congreso, como consecuencia de la inmunidad de sus opiniones y fallos judiciales. Motivo por el cual debería reformarse la Constitución eliminando que los miembros del Tribunal Constitucional sean pasibles de acusación constitucional.

En todo caso, de producirse inconductas funcionales de los magistrados constitucionales, está prevista en la LOTC la vacancia del cargo. Así, el Presidente o la mayoría de los magistrados son los que deben tomar las medidas disciplinarias previstas de cese o suspensión, según los siete supuestos tipificados en el artículo 15º de la LOTC: 1. Muerte. 2. Renuncia. 3. Incapacidad moral o incapacidad física permanente que lo inhabilite para el ejercicio de la función. 4. Incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo. 5. Violar la reserva propia de la función. 6. Haber sido condenado por la comisión de delito doloso. 7. Incompatibilidad sobreviniente. Supuestos en los cuales el Presidente resuelve la vacancia en los supuestos 1, 2 y 6 ; mientras que el Pleno con cuatro votos conformes por lo menos, en los demás casos.

No obstante lo planteado, es oportuno señalar algunos lineamientos de reglamentación legislativa de la infracción constitucional, en el caso que se mantenga dicha norma constitucional contra los magistrados constitucionales, pero delimitándola en función de la garantía de la inmunidad judicial por los votos y opiniones emitidas en los fallos:

- a. La infracción constitucional es pasible de cometerla los magistrados titulares y suplentes del Tribunal Constitucional, sólo en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales; no como consecuencia de actos ilícitos o delitos.
- b. La infracción constitucional es factible de producirse en la resolución de las acciones de garantía del habeas corpus, acción de amparo, acción de cumplimiento y habeas data; no así, en la acción de inconstitucionalidad o conflicto de competencia.
- c. La infracción constitucional se produce, cuando por error judicial de hecho no de derecho o, por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional, se dañan los derechos fundamentales de los interesados o terceras personas, nunca de los propios magistrados

---

632. Christiane Niethammer-Vonberg, *Parteilpolitische Betätigung der Richter. Deutschen Recht und Rechtsvergleichender Überblick*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968, pp. 14 ss. y 59 ss.

constitucionales. La infracción constitucional se debe interpretar restrictivamente.

- d. El error judicial tiene lugar cuando por dolo, negligencia o equivocado conocimiento o apreciación de los hechos, se dicta una sentencia firme —no un auto o un decreto— que infrinja los derechos fundamentales de una o más personas.
- e. El anormal funcionamiento del Tribunal Constitucional se produce cuando uno o más magistrados, sin que exista una conducta ilícita necesariamente, produce que el Tribunal Constitucional: funcione mal por culpa “*in committendo*”, no funcione por culpa “*in ommittendo*” o, funcione defectuosamente por falta de diligencia funcional indebida<sup>633</sup>.
- f. Los magistrados acusados por infracción constitucional tienen especial derecho a la igualdad procesal, al debido proceso legal, y en todo caso a la tutela judicial efectiva, a fin de evitar la arbitrariedad del legislador.
- g. Sólo se debe abrir investigación o acusación constitucional por infracción constitucional contra los magistrados del Tribunal Constitucional en el Congreso, con la opinión favorable de los dos tercios de los magistrados del Consejo Nacional de la Magistratura<sup>634</sup>.
- h. El Pleno del Congreso sólo podrá aplicar las sanciones que prevé la Constitución por infracción constitucional contra los magistrados constitucionales, por una mayoría de dos tercios de los miembros del Congreso Unicameral.

El reforzamiento orgánico y funcional del Tribunal Constitucional, planteado desde el renovado sistema de nominación de los magistrados, a partir de principios éticos y criterios técnicos que despolitizen su selección; la necesidad de contar con magistrados suplentes y de la creación de dos Salas

---

633. Luis Martín Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Madrid, CEC, 1983, pp. 150 ss.

634. Giuseppe de Vergottini y Fabio Roversi-Monaco, *Codice Costituzionale e Amministrativo. Leggi fondamentali dello stato italiano*, tercera edición, Repubblica di San Marino, Maggioli editore, 1989, pp. 449-450, donde por Ley Constitucional del 9 de febrero de 1948, artículo 3º, se asegura a los magistrados constitucionales italianos, que la inmunidad de que gozan los magistrados constitucionales sólo puede ser levantada por la Corte Constitucional. En Alemania, el Pleno del propio TFC asume la responsabilidad disciplinaria sobre sus magistrados, la misma que puede llegar hasta la destitución, ver Maunz, Schmidt-Bleibttreu, Klein, Ulsamer, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz...*, *op. cit.*, § 105, 2, p. 10.

al interior del Tribunal Constitucional, para la mejor administración del despacho judicial. Así como un moderno sistema de votación conherente con la jerarquía de las normas, y un sistema judicial de autocontrol disciplinario de los magistrados, o, en último caso, una tipificación adecuada y tecnificación de los procesos de acusación constitucional por infracción constitucional, resulta necesario para ayudar a replantear la posición del Tribunal Constitucional también en el sistema constitucional. Sin embargo, la consistencia de la propuesta para el reforzamiento del Tribunal Constitucional hay que analizarla desde una perspectiva exterior del régimen político y de las relaciones de los poderes públicos con la jurisdicción constitucional.