

Primera Parte: *Evaluación de la jurisdicción constitucional*

V.	Balance del Tribunal Constitucional	183
1.	Desarrollo y vaciamiento de la jurisdicción constitucional	184
2.	Sentencia sobre el sistema de votación del Tribunal Constitucional	198
3.	Sentencias sobre la ley de reelección presidencial	210
	3.1 Control difuso de la ley	211
	3.2 Control concentrado de la ley	217

BALANCE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La caracterización de los problemas del funcionamiento del Tribunal Constitucional, desde el 30 de junio de 1996, fecha en que se instaló y hasta la actualidad, hay que hacerla tanto desde los resultados de su función jurisdiccional, de garantizar la libertad y controlar los excesos legislativos del poder; como desde su rol de organismo constitucional que tuvo que afrontar en las causas políticas del sistema de votación del propio tribunal y sobre todo de la ley de la reelección presidencial, donde se puso en evidencia el conflicto político no resuelto en el Congreso entre el gobierno y la oposición, a través del enfrentamiento abierto de razonamientos judiciales y concepciones del modelo jurisdiccional *ad hoc* al gobierno⁴²¹.

Aún cuando para los propósitos del balance del tribunal, interesa centrar la observación propuesta en la función jurisdiccional, y en el rol de organismo constitucional del Tribunal Constitucional, es el caso esbozar el contexto de implementación y desimplementación de la atribución fundamental del Tribunal Constitucional: la declaración de inconstitucionalidad de las leyes. Este proceso aparece con todo su dramatismo cuando el TC declaró la inconstitucionalidad de la ley de la reelección presidencial, en el marco de los valores, principios y normas constitucionales, realizando una nada pacífica interpretación constitucional, para poder utilizar el control difuso de las leyes y no el control abstracto, bloqueado en la propia LOTC, que estableció un sistema agravado de votación para declarar una ley inconstitucional.

El gobierno, por su parte, asumió como inaceptable el control de la ley de la reelección presidencial, dando lugar a la destitución de tres magistrados constitucionales. En ese sentido, se puede decir que son en las causas límites o políticas donde se puede apreciar con más claridad la posición constitucional del Tribunal Constitucional, que si bien no fue siempre de enfrentamiento entre sus miembros, sí adquirió rasgos definidos de una grave controversia cuando el TC asumió una posición clara de control constitucio-

421. César Landa, *Balance del primer año del Tribunal Constitucional del Perú*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4, Lima, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1997, pp. 251 ss.

nal, ante el vandalismo constitucional del gobierno y su mayoría parlamentaria. Política que ha marcado el ocaso de la jurisdicción constitucional, que a continuación se presenta⁴²².

1. DESARROLLO Y VACIAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional como organismo judicial encargado de la custodia de la Constitución, hay que evaluarlo desde su legitimidad en función de sus sentencias. Sin perjuicio de considerar el escenario gubernamental que rodeó la creación y al implementación de este tribunal, como ya se ha esbozado anteriormente (ver Primera Parte, Cap. II, 2). En ese sentido, se puede señalar que durante el primer año de funcionamiento, el Tribunal Constitucional resolvió dieciséis (16) acciones de inconstitucionalidad (ver Cuadro N° 5), hasta el abrupto desmontaje del control constitucional de las leyes, estando pendientes de resolución 17 acciones de constitucionalidad por sentenciar⁴²³.

Lo que no obsta para que en el Tribunal Constitucional se haya debatido y resuelto con interesantes argumentos, en particular dos causas constitucionales límites, una sobre la ley del sistema de votación del propio Tribunal y otra sobre la ley de la reelección presidencial, que son analizadas más adelante. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su primer año, en materia de control constitucional de las normas legales, hay que enmarcarla en tres etapas, caracterizadas por el rápido tránsito de sus relaciones institucionales pacíficas con los poderes públicos, hasta la acusación constitucional de cuatro de sus magistrados y la expulsión de tres de ellos por la mayoría del Congreso.

a. *Primera etapa (junio a octubre de 1996)*. Instalado el Tribunal el 24 de junio, eligen a Ricardo Nugent como su Presidente y a Francisco Acosta como su Vice-Presidente⁴²⁴. El Tribunal se estableció en el antiguo local del Instituto Nacional de Cultura, al costado de la iglesia San Francisco, en el centro de Lima; sin dejar de señalarse que en la sede de Arequipa –antiguo

422. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú*, en LTC N° 13, Lima, 1997, pp. 117 ss.

423. EL COMERCIO, *Tribunal Constitucional propone disminuir votos para resolver inconstitucionalidad*, en edición de Lima, 30.11.98, en <http://www.elcomercio.com.pe/fs5nl.htm>; asimismo, LA REPÚBLICA, *Acosta niega la posibilidad que la Suprema asuma función del Tribunal Constitucional*, 20 de junio de 1997.

424. Tribunal Constitucional, *Acta de Instalación y de elección de Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional*, Lima, 24 de Junio de 1996, p. 5.

CUADRO N° 5
RESOLUCIONES SOBRE LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD
(1996-1997)

	FUNDA- DA	INFUN- DADA	IMPROCE- DENTE	INAPLI- CABLE	NU- LO
1. Ley N° 26623. Crea el Consejo de Coordinación Judicial.	X	x			
2. Ley N° 26435 (Art. 4) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que exige 6 votos de 7 para declarar inconstitucional una ley.		X			
3. Ley N° 26592. Exige 48 votos del Congreso para convocar a referendum.		X			
4. Ley N° 26657. Ley de interpretación auténtica de la reelección presidencial.		x		X	
5. Ley N° 26637. Modifica la administración del Programa del Vaso de Leche.		X			
6. Ley N° 26599. Inembargabilidad de los bienes del Estado.	X				
7. Decreto Legislativo N° 853. Sobre FONAVI.					X
8. Decreto Legislativo N° 767 (Art. 184). Ley Orgánica del Poder Judicial.			X		
9. Decreto Ley N° 25967. Modifica goce de pensiones de jubilación.	X	x			
10. Decreto Legislativo N° 817. Régimen previsional de pensiones a cargo del Estado.	X	x			
11. Ley N° 26457 y Ley N° 26614. Intervención a universidades públicas.		X			
12. Decreto Ley N° 22633 (Art. 317°). Código de Procedimientos Penales.			X		
13. Ley N° 26479 y Ley N° 26492. Amnistían a los militares que violaron derechos humanos.			X		
14. Decreto Legislativo N° 295, Código Civil (Art. 337°). Causales de divorcio.	X				
15. Decreto Ley N° 25662. Establece el doble de pena a los policías que cometan delitos.			X		
16. Ley N° 26530 (Art. VI) Establece la esterilización como política nacional de población.			X		

Fuente: Normas Legales del diario oficial *El Peruano*, del 6-11-96 al 31-5-97.
 Elaboración: César Landa.

local del Tribunal de Garantías Constitucionales—, realizaron la primera audiencia pública a inicios de agosto, para ventilar y resolver las primeras acciones de garantías. Sus primeras tareas fueron organizativas, autorreglamentarias y financieras; necesarias para asumir su labor jurisprudencial.

Así, según declaraciones del Vice-Presidente del Tribunal Constitucional⁴²⁵, iniciadas las actividades jurisdiccionales, se encontró con mil setenta y seis causas ingresadas, de las cuales 961 eran acciones de amparo, 76 habeas corpus, 7 acciones de cumplimiento, 2 habeas data, 32 quejas y un conflicto de competencia. Pero es del caso aclarar que el Tribunal Constitucional recibió la mayoría de esta carga de trabajo, como causas pendientes de resolución del clausurado Tribunal de Garantías Constitucionales en 1992, así como de la absurda disposición legal del gobierno de facto de, incluso, regular la presentación de los recursos casatorios, no obstante estar clausurado el TGC⁴²⁶.

Lo más significativo de la corta experiencia del Tribunal Constitucional, en el control de la constitucionalidad de las leyes, fue la primera etapa de activismo judicial. Que se caracteriza por el uso sobrecargado de un positivismo constitucional, en vez de utilizar fundamentos teórico-constitucionales y métodos de interpretación constitucionales aplicados a los casos concretos⁴²⁷.

En este periodo, se expiden los primeros pronunciamientos sobre derechos fundamentales, con una vocación protectora de los mismos, en materia de derechos pensionarios, laborales, sociales, así como en libertad de tránsito y libertad personal. Aún cuando en materia de detención policial preventiva, el Tribunal adoptó una controvertida jurisprudencia donde la restricción extraordinaria de la libertad personal de una persona sospechosa, quedaba configurada por la apreciación policial, decisión que se aprobó principista-mente con un voto singular del magistrado Aguirre Roca⁴²⁸.

425. Francisco Acosta Sánchez, Vice-Presidente del Tribunal Constitucional, en *TC resolverá mil 300 expedientes en 1997, señala magistrado*, diario oficial *El Peruano*, 18 de Octubre, 1996, p. 4.

426. EL COMERCIO, *Más de 800 acciones de amparo atiborran estantes*, edición del 25 de febrero de 1996, p. A7.

427. Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elía, Oehlinger, Rideau, Dubois, Cappelletti y Rivero, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos...*, *op. cit.*, pp. 682.

428. Edgar Carpio, *Tribunal constitucional y habeas corpus, evaluación de 5 meses de funcionamiento*, p. 9 y César Landa, *Libertad de tránsito y el Tribunal Constitucional*, pp. 10, ponencias al V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, APDC PUCP, Lima, 4-6 de Noviembre de 1996.

Pero es a inicios de setiembre de 1996 donde muchas de las polémicas leyes que venía aprobando el Congreso y el Poder Ejecutivo, sin debate público o integración de las minorías parlamentarias (como la ley de la reelección presidencial, las leyes que recortó la participación ciudadana y la ley del programa del “vaso de leche”, entre otras), dieron lugar a que se vayan preparando y presentando acciones de inconstitucionalidad. Sobredimensionándose las expectativas políticas del gobierno y la oposición sobre la decisión del Tribunal Constitucional, en las primeras demandas de inconstitucionalidad incoadas por los gremios de abogados y sobre todo las minorías parlamentarias⁴²⁹.

b. *Segunda etapa (noviembre de 1996 a mayo de 1997)*. Caracterizada porque el Tribunal Constitucional se aboca a la resolución de las acciones de inconstitucionalidad recibidas contra leyes del Congreso y decretos legislativos del Poder Ejecutivo, sin perjuicio de la resolución de los recursos de protección de los derechos fundamentales. En este periodo se decantan rápidamente las corrientes jurídico-políticas, esbozadas previamente al interior del Tribunal en la resolución de algunos polémicos casos de derechos fundamentales, donde convalidó la potestad policial para la detención preventiva de un ciudadano, fuera de las causales prevista en el artículo 2°-24-F de la Constitución⁴³⁰.

Se podría señalar que con las primeras acciones de inconstitucionalidad, se fue perfilando una moral de trabajo interno planteada por el Presidente del Tribunal Constitucional, consistente en buscar el consenso en torno a la inconstitucionalidad o no, de lo que más era posible. Lo que inicialmente se logró con la primera acción de inconstitucionalidad contra la Ley del Consejo de Coordinación Judicial, que fue estimada de inicio como inconstitucional. Sin embargo, pronto se pone en evidencia el fuerte compromiso de los magistrados Acosta y García con el gobierno, al cambiar de opinión sobre el sentido de la sentencia lograda y revisar el acuerdo de sentenciar por la inconstitucionalidad de la ley, para finalmente suscribir la inconstitucionalidad parcial de dicha ley. Estos episodios resquebrajaron la iniciativa de una moral de trabajo unitario y sobre todo independiente del poder político, según se trasluce de los votos singulares⁴³¹.

429. EL COMERCIO, *Son once las acciones de inconstitucionalidad presentadas al Tribunal*, edición del 4 de diciembre de 1996, p. A4.

430. EL PERUANO, *Sentencia del Tribunal Constitucional de habeas corpus. Exp. N° 046-96-HC/TC*, Lima, edición del 18 de octubre de 1996, p. 2346.

431. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del tribunal constitucional del Perú...*, op. cit., p. 121 ss.

Con la segunda acción de inconstitucionalidad, se demandó que se declare inconstitucional el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en tanto se exigían seis votos conformes de siete para declarar una norma legal como inconstitucional. Con lo cual en el fondo se discutía el derecho de veto que tenían los dos votos políticos, que podían paralizar a cualquier mayoría de cinco votos para declarar una ley inconstitucional, como sucedió con la primera demanda de inconstitucionalidad. Es así que la tercera causa sobre la ley de referéndum al obtener sólo cinco votos por la inconstitucionalidad y dos por las constitucionalidad de la misma, primó esta última, lo que puso en evidencia por tercera vez el problema del veto de dos votos contra cinco votos, en la sentencia sobre la ley de la reelección presidencial⁴³².

Pero es en la polémica demanda contra el sistema de votación del TC, establecido en el artículo 4° de la LOTC, que se destacaron los magistrados Aguirre, Revoredo y Terry, por intentar desbloquear el control de constitucionalidad sometido en última instancia a dicho veto, a través de incorporar el control difuso de las leyes aplicable a las demandas de control abstracto. En virtud de lo cual, para declarar inaplicable una ley, se hubiese requerido sólo mayoría simple, en base a buscar otorgar eficacia normativa al poder de control constitucional del Tribunal Constitucional⁴³³.

En esta línea de activismo judicial principista, los magistrados Nugent y Díaz acompañaron en la votación más bien a los magistrados Acosta y García, asumiendo una interpretación restrictiva de la Constitución y una defensa positiva de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dejando a los otros tres magistrados mencionados en minoría. Sin embargo, quedó establecido por unanimidad que el control difuso de la constitucionalidad de las leyes para demandas de control abstracto era factible de realizar, como jueces encargados de evaluar y preferir la Constitución antes que una ley, pero en caso de “incompatibilidades manifiestas... control difuso que mantiene su plena vigencia para casos futuros”⁴³⁴.

Con estas primeras polémicas sentencias, se puede señalar que se crearon tres corrientes de opiniones jurídicas entre los magistrados del Tribunal Constitucional: una, en pro del activismo judicial radical integrada por Aguirre,

432. Duncan Sedano, *Entrevista al doctor Manuel Aguirre Roca. Magistrado del Tribunal Constitucional*, en *RJP*, Año XLVI, N° 4, Octubre-Diciembre, Trujillo, 1996, pp. 15-16.

433. Néstor Pedro Sagüés, *Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quórum para sus votaciones*, mimeo, Rosario, 30 de agosto de 1996, p. 10.

434. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, art. cit., p. 145383.

Revoredo y Rey; otra, en pro de la autolimitación formada por Nugent y Díaz; y otra política, en pro del gobierno compuesta por Acosta y García.

Estas corrientes pusieron de manifiesto sus convicciones políticas y jurídicas en toda su magnitud, con las dos sentencias que expidieron sobre la ley de la reelección presidencial: una, que declara inaplicable la ley de la reelección presidencial, y otra, que declaró infundada la misma acción de inconstitucionalidad, por no haber obtenido los seis votos de siete que se requería para declararla como inconstitucional⁴³⁵.

Desde el momento que se recibieron los alegatos escritos y orales, tanto del demandante Colegio de Abogados de Lima, como del apoderado del Congreso, se puso en evidencia que se trasladaba la confrontación político-parlamentaria sobre la reelección presidencial de Fujimori, hacia un debate de carácter jurídico-político en el Tribunal Constitucional, que dada su trascendencia se convirtió en el centro del interés público, así como de los medios académicos y de comunicación.

Los magistrados del Tribunal Constitucional, por su parte, guardaron celosa y permanente reserva de esta causa, como con ninguna otra en curso. Más aún, vencidos los plazos procesales para que el Tribunal expidiese su sentencia el 3 de enero de 1997, comunicaron a la opinión pública que debido a las circunstancias de estupor nacional que atravesaba el país, con motivo de la toma de cientos de rehenes en la residencia del Embajador del Japón en Lima, por parte del MRTA, que se abstendían de publicar la sentencia de la polémica causa, hasta que no se hubiese normalizado la situación política⁴³⁶.

Sin embargo, al término del año se filtra a la prensa que el 23 de diciembre el Tribunal Constitucional habría declarado inaplicable la ley de la reelección presidencial del Presidente Fujimori, por cinco votos contra dos abstenciones, utilizando el principio constitucional del control difuso, que requería sólo la mayoría simple y no calificada de seis votos⁴³⁷. Pero este fallo nunca sería publicado por la práctica interna de dos magistrados de consultar y reexaminar sus votos, so pretexto de fundamentar sus abstenciones. Sin

435. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la ley de interpretación auténtica de la reelección presidencial*, EL PERUANO, Lima, 17 de enero de 1997, pp. 146045-146050.

436. LA REPÚBLICA, *Es legal la decisión del Tribunal Constitucional de no divulgar fallo sobre la reelección*, <http://larepublica.com.pe/1997/Enero/pdf5/home.htm>.

437. EL COMERCIO, *Problemas internos en Tribunal Constitucional genera versión extraoficial de supuesta sentencia, respecto a la ley 26657 interpretativa de la reelección. No existe documento oficial*, edición del 30 de diciembre de 1996, p. A4.

embargo, los magistrados García y Acosta remitieron una primera carta pública, y declararon a los medios de comunicación que no se había producido todavía sentencia en el sentido difundido extraoficialmente por la prensa, “porque para que haya una sentencia ésta tiene que haberse firmado por los magistrados”⁴³⁸. A renglón seguido descalificaban la decisión del Tribunal, motivo por el que el Presidente del Tribunal convocó a sesión del Pleno y llamó la atención a los magistrados que hicieron estas desleales declaraciones públicas.

En medio de estas circunstancias de presión gubernamental, trascendió tácitamente que los magistrados Nugent y Díaz cambiaron de opinión en relación a este caso y se sumaron a los votos de Acosta y García que se abstenían. En efecto, “inicialmente no fuimos sólo tres magistrados los que nos pronunciamos por el control difuso, sino fuimos cinco. La sentencia sale el 27 de diciembre con cinco firmas y dos en contra. Lo que pasa es que después estos dos señores quintacolumnistas hacen tremendo escándalo y consiguen que dos de los firmantes reconsideren sus votos”⁴³⁹.

Asimismo, días previos se había extraviado, entre otros documentos, el proyecto de resolución de inaplicación de la ley elaborado por el magistrado ponente Guillermo Rey. Se vinculó a este grave hecho al magistrado José García, según la denuncia presentada oportunamente por la magistrada Delia Revoredo⁴⁴⁰. Quien, por otro lado, pone a conocimiento de la opinión pública, a través de los medios de comunicación televisivos, acerca de los graves sucesos que estaban ocurriendo en el interior del Tribunal, en contra de su propia seguridad personal y familiar, atribuidas a agentes militares del Servicio de Inteligencia Nacional⁴⁴¹. Situación que se agravó dada la tensión política que se había abierto en el país con la captura de rehenes en la residencia del embajador japonés en Lima, por parte del MRTA.

438. LA REPÚBLICA, *Tribunal Constitucional resolverá este jueves sobre reelección*, edición del 31 de diciembre de 1996, en <http://larepublica.com.pe/diciembre/pdf31/espec5.htm>.

439. Manuel Aguirre Roca, *Todo ha sido una emboscada*, en *Idéele*, N° 98, junio 97, IDL, 1997, Lima, p. 7; asimismo, Duncan Sedano, *Entrevista al doctor Manuel Aguirre Roca. Magistrado del Tribunal Constitucional...*, *op. cit.*, p. 16.

440. Congreso de la República, *Acusación del señor congresista Luis Delgado Aparicio, miembro de la Subcomisión acusadora, contra cuatro señores del Tribunal Constitucional, realizada en la sesión plenaria del Congreso*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4, 1997..., *art. cit.*, p. 436.

441. Jaime Mur Campoverde, *Testimonio de un Contrabandista*, en <http://ekeko.rcp.net.pe/Caretas/1998/1521/mur/mur.htm>; quien como esposo de la magistrada Revoredo, da testimonio de la presión militar sufrida en ese entonces y que posteriormente los llevó al exilio de mayo a octubre de 1998 en Costa Rica.

En este escenario de confrontación interna y de acoso del Servicio de Inteligencia Nacional, a mediados de enero, la mayoría parlamentaria envía una carta notarial en vía previa de una acción de cumplimiento al Presidente del Tribunal Constitucional, inquiriéndole para que no haga uso del control constitucional difuso de las leyes⁴⁴². Tan desproporcionada actitud de la mayoría parlamentaria, dio lugar a que el Presidente del Tribunal rechazara públicamente esta violación de la autonomía e independencia jurisdiccional, amparado en la independencia y reserva jurisdiccional⁴⁴³, que al igual que la reserva de ley del Congreso, también constituía un límite constitucional al ejercicio de la jurisdicción constitucional por los demás poderes del Estado.

Sin embargo, la filtración a la mayoría parlamentaria del proyecto de resolución del Tribunal Constitucional, que declaraba inaplicable la ley de la reelección presidencial, al parecer fue el detonante de tan desatinada acción política del oficialismo de amedrentar al Tribunal Constitucional. Medidas, además, que, antes habían surtido efecto en algunos magistrados, quienes se autolimitaron en el control constitucional de las leyes.

Es entonces que el Presidente del Tribunal ordena publicar el 17 de enero dos sentencias sobre la ley de reelección presidencial: una, declarando inaplicable la ley de la reelección al Presidente Fujimori —esta vez ya no por cinco votos contra dos, sino por tres votos contra cuatro abstenciones—, y otra, declarando infundada la demanda por no haberse obtenido seis votos conformes de los siete magistrados.

Por otro lado, la vergonzosa carta notarial del oficialismo parlamentario fue prueba suficiente para que el congresista de la minoría, Javier Diez Canseco, presentase una denuncia constitucional por infracción a la Constitución contra los cuarenta congresistas de la mayoría firmantes de dicho documento⁴⁴⁴. Denuncia que no prosperó por el bloqueo de la propia bancada

442. 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.

443. Santiago Muñoz Machado, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989, pp. 129-134.

444. Congreso de la República. *Denuncia constitucional contra cuarenta señores congresistas de la mayoría, suscriptores de la Carta Notarial enviada el 14 de enero del presente al Tribunal Constitucional, por la violación de los principios constitucionales de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional y de independencia del Tribunal Constitucional, la violación de las prohibiciones y deberes que les establece el Reglamento del Congreso y la comisión de los delitos de Violencia y Resistencia a la Autoridad y Contra la función jurisdiccional, en agravio del Tribunal Constitucional*, Acusación N° 070, del 24-01-97, presentada por Javier Diez Canseco, Congresista de la República; asimismo, José Palomino, *Diez preguntas a Domingo García Belaunde sobre el control constitucional (a propósito de la reelección presidencial)*, en *RJP*, Año XLVI, N° 4, art. cit., p. 26.

gobiernista, incapaz de controlar a sus integrantes de la mayoría parlamentaria ante el tema de la reelección presidencial de Fujimori.

En ese sentido, se puede decir que la resolución de control difuso del Tribunal Constitucional, declarando inaplicable la ley de la reelección presidencial, será la causa de la investigación y posterior acusación constitucional por el Congreso contra los tres magistrados firmantes de la misma. Así como de la apertura de investigación y acusación constitucional contra el Presidente del Tribunal. Siendo finalmente destituidos los magistrados Aguirre, Rey y Revoredo, mientras que a Nugent le reservaron el proceso de acusación. Esta separación de los jueces por razones políticas, sólo puede ser asimilada a la decisión autoritaria acaecida con el autogolpe de Estado de 1992, de sometimiento de la justicia al poder de turno⁴⁴⁵.

No obstante este retorcido proceso parlamentario, hasta antes de la destitución de los magistrados, el Tribunal siguió resolviendo las acciones de inconstitucionalidad pendientes, casi con el mismo juego de poderes establecido en su funcionamiento interno. Aunque dadas las causas menos conflictivas, políticamente fue perceptible una casi generalizada uniformización en el sentido de los votos de los magistrados, en aras de evitar una mayor confrontación jurídico-política. Lo cual no fue óbice para que, mientras eran acusados constitucionalmente cuatro magistrados constitucionales, el TC fuese blanco también de las acervas críticas del Poder Ejecutivo, en particular del Ministro de Economía, por una importante acción de amparo que restableció los derechos pensionarios de un colectivo de jubilados.

c. Tercera etapa (28 de mayo de 1997 a la actualidad). Se inicia con la destitución de los magistrados Aguirre, Revoredo, Terry⁴⁴⁶ y la renuncia irrevocable del Presidente del Tribunal Constitucional, Ricardo Nugent⁴⁴⁷. Esta etapa se caracterizó, por que el Tribunal Constitucional se queda sólo con tres de sus siete magistrados, más su Presidente renunciante, debido a que no se puede retirar del cargo hasta que no se elija a uno nuevo del seno de sus siete miembros. Tarea que sólo es posible una vez que el Congreso nombre a los cuatro magistrados faltantes del Tribunal Constitucional, lo que no es una prioridad para el gobierno y su mayoría parlamentaria, de ahí que

445. Para ver algunos ejemplos de la intervención política en la justicia en los Estados Unidos y Francia, revisar: Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 88 ss..

446. Congreso de la República, Resoluciones Legislativas Nos. 01, 02, 03 y 04 del 29 de mayo de 1997.

447. Tribunal Constitucional, Resolución N° 037-97-PTC, del 4 de Junio de 1997; por la cual se acepta la renuncia y se declara la vacancia del magistrado Nugent.

pasado más de un año y medio todavía no lo hayan hecho. Lo cual ha devenido, como se ha señalado, en la inconstitucionalidad del funcionamiento del TC con cuatro miembros y sin capacidad de resolver las acciones de inconstitucionalidad, ya que los artículos 201° y 202° de la Constitución establece que el TC se compone de siete magistrados y que resuelve en única instancia las demandas de inconstitucionalidad contra las normas legales que violen la Constitución por el fondo o por la forma⁴⁴⁸.

A partir de esta tercera etapa, el control de la constitucionalidad de las leyes, a cargo del Tribunal Constitucional, queda nuevamente paralizado por la acción gubernamental, que es renuente a asumir el principio democrático de que la supremacía constitucional subordina al principio de la legalidad y su soberanía parlamentaria⁴⁴⁹. Entre tanto, desde entonces, sólo existe la posibilidad de resolver las acciones de garantías constitucionales –habeas corpus, acciones de amparo, habeas data, acción de cumplimiento– por mayoría de cuatro votos –ya no de cinco–, y no caben las abstenciones de acuerdo con la Ley N° 26801, modificatoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, aprobada por el Congreso sólo una semana antes de la destitución de los magistrados antes mencionados.

Por su parte, los magistrados destituidos presentaron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, que sesionaba precisamente en Lima, la primera semana de junio de 1997, una queja por la arbitraria separación. La misma que fue acogida por los integrantes de dicha Comisión, quienes emitieron un pronunciamiento cautelar, recomendando al gobierno peruano que cese la medida de separación⁴⁵⁰.

Por cuanto, es evidente que las motivaciones y los procedimientos parlamentarios también pueden estar plagados de vicios que invalidan las decisiones parlamentarias. Como en todo acto jurídico, el acto parlamentario tiene una serie de elementos materiales. En este caso, no sólo provenientes de su reglamento, sino también de la Constitución; lo que hace que los actos jurídicos públicos, en última instancia, sean controlables en sede judicial y constitucional. Es decir, es legítimo interponer una acción de amparo contra

448. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...*, op. cit., p. 143.

449. Manuel García Pelayo, *Estado legal y estado constitucional de derecho...*, op. cit., pp. 30 ss.

450. LA REPÚBLICA, *OEA evaluará ilegal destitución de los tres magistrados del TC*, edición del 5 de junio de 1997, en el mismo diario, *Gobierno apelará ante la OEA por el informe crítico de Comisión de Derechos Humanos*, edición del 7 de junio de 1997.

los actos no legislativos del Congreso que violen derechos fundamentales. Con más razón si se ha aprobado una decisión parlamentaria sin respetar la pluralidad de la opinión pública, ni tolerancia con las minorías parlamentarias, quienes tienen el derecho de convertirse en mayorías⁴⁵¹.

En ese sentido, los actos parlamentarios particulares –como la destitución de los tres magistrados– y los que tienen relevancia jurídica externa, es decir que exceden el funcionamiento interno del Congreso, constituyen la materia típica para interponer una acción de amparo. Claro está que el control jurisdiccional de los actos parlamentarios –particulares y externos– vía la acción de amparo, son admisibles en sede judicial, siempre que hayan vulnerado un derecho fundamental subjetivo u objetivo, que está constitucionalmente protegido por la garantía constitucional del amparo⁴⁵².

Tal es el caso del procedimiento de acusación constitucional y destitución de los mencionados magistrados del Tribunal Constitucional⁴⁵³. Por cuanto no estuvo sujeto al debido proceso sustantivo parlamentario, ya que se sustituyó la materia de la demanda de investigación constitucional, y no se aseguró la legítima defensa de los acusados. Más bien se montó una investigación vindicativa contra los magistrados constitucionales, que en el ejercicio de sus competencias jurisdiccionales declararon en sentencia firme inaplicable la ley de la reelección presidencial del Presidente Fujimori para el año 2000. En consecuencia, expidieron una resolución aclaratoria sobre los alcances jurídicos de dicha resolución, en la cual señalaron que no había nada que aclarar en la sentencia original⁴⁵⁴.

Por otro lado, la comunidad académica constitucional también expresó su protesta por la expulsión de los magistrados constitucionales por parte de

451. Angel Sánchez Navarro, *Las minorías en la estructura parlamentaria*, Madrid, CEC, 1995, pp. 42-46; asimismo, Juan Fernando López Aguilar, *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*, Madrid, CEC, 1988, pp. 100-164 y; César Landa, *Derecho político del gobierno y la oposición democrática...*, op. cit., pp. 111-123.

452. Enrique Alvarez Conde y Arnaldo Alcubilla, *Autonomía parlamentaria y jurisprudencia constitucional*, en, Francesc Pau i Vall (coordinador), *Parlamento y Justicia Constitucional. IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 50 ss.; Angela Figueruelo, *Incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo*, en REP N° 81, pp. 60 ss.

453. César Landa, *Garantías constitucionales en el proceso contra los magistrados del Tribunal Constitucional*, en *Revista Peruana de Derecho Procesal* N° 1, Lima, 1997, pp. 272 ss.; La República, *Acción de amparo en contra de la resolución del Congreso*, edición del 15 de junio de 1997, en <http://larepublica.com.pe/1997/Junio/pdf15/home.htm>.

454. Congreso de la República, *Alegato del doctor Valentín Paniagua Corazao en la sesión matinal del miércoles 28 de mayo de 1997*, en *Pensamiento Constitucional* Año IV, N° 4, art. cit. pp. 446 ss.

la mayoría parlamentaria, que dio muestras de actuar como una dictadura parlamentaria. En ese sentido, treintatrés profesores de Derecho Constitucional de las universidades del Perú, expresaron entre otras cosas que

2. La Constitución consagra la autonomía e independencia del Tribunal Constitucional, señalando que sus miembros gozan de las mismas prerrogativas que los congresistas. Una de estas prerrogativas es la inviolabilidad que garantiza que los magistrados no sean responsables por los votos u opiniones efectuados en ejercicio de sus funciones. En consecuencia, carece de sustento constitucional, pues constituye una sanción impuesta por las opiniones o votos emitidos al resolver o aclarar una resolución⁴⁵⁵.

No por ello se debe soslayar la posibilidad del antejuicio político, previsto en la Constitución contra los magistrados del Tribunal Constitucional, cuando se haya cometido un delito o infracción constitucional. En ese sentido, es de entender que el Congreso realice sus funciones de control constitucional, mediante su atribución de investigación y si es el caso de acusación constitucional, en el marco de las normas constitucionales, legales y reglamentarias, pero siempre que haya una infracción constitucional.

Es decir, que se haya tipificado previamente determinadas actuaciones como violaciones a la Constitución, pero nunca por los votos u opiniones emitidas en el curso de las actuaciones judiciales. De lo contrario, operan automáticamente los privilegios e inmunidades de que gozan los magistrados constitucionales y que la Constitución los asimila al de los parlamentarios⁴⁵⁶. En ese sentido, en virtud de contar con una mayoría parlamentaria, no se pueden crear *a posteriori* sanciones, para hechos o conductas que previamente no han sido definidas como antijurídicas, como se procedió con la destitución de los magistrados constitucionales. Por ello fue inválido el acto jurídico parlamentario que acusó y destituyó constitucionalmente a los magistrados del Tribunal Constitucional, por ejercer su función de protección de la constitucionalidad de las leyes⁴⁵⁷.

455. EL COMERCIO, *Pronunciamiento en Defensa del Tribunal Constitucional*, en sección Síntesis, Lima, 26 de junio de 1997.

456. 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. 304 ss.

457. César Landa, *Garantías constitucionales en el proceso contra los magistrados del tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 267 ss.

Por otro lado, la destitución de los tres magistrados constitucionales se convirtió en un catalizador, no sólo de la opinión pública especializada, sino también que generó un fenómeno social de movilizaciones de estudiantes universitarios y de ciudadanos a nivel nacional, como hace una década no se producían, en defensa del Estado de Derecho y su Tribunal Constitucional. La misma que contó con la participación cívica de los magistrados defenestrados y el respaldo de un conjunto de gremios profesionales, universidades y asociaciones civiles de la población⁴⁵⁸. Este movimiento cívico ha sido una clara muestra de lo que la doctrina denomina el sentimiento constitucional «*Verfassungsgefühl*»⁴⁵⁹ o patriotismo constitucional «*Verfassungspatriotismus*»⁴⁶⁰.

Cabe puntualizar que los tres magistrados separados del Tribunal Constitucional eran los que postulaban el activismo judicial, aunque no siempre fueron minoría en el Tribunal, porque algunas veces recibieron el apoyo de los otros dos magistrados que se autolimitaban, pero en términos cuantitativos generales, las diferencias de votación no expresaron un conflicto de opiniones jurídicas de suma cero, salvo en las dos sentencias políticas por excelencia –ley del sistema de votación del TC y la ley de la reelección presidencial, que se analizan más adelante– (ver Cuadro N° 6).

Sin embargo, en las pocas alianzas que realizaron los magistrados que se autolimitaban –dos– con los activistas judiciales –tres–, lograron sólo victorias pírricas. Esto debido a que para hacer una sentencia de inconstitucionalidad de una ley, se requería seis votos conformes de los siete y al inicio del funcionamiento del TC, llegando a contar con cinco votos por la inconstitucionalidad y dos por la constitucionalidad, con lo cual dichas normas quedaron confirmadas como constitucionales.

El control y equilibrio de poderes, llevado a sus últimas consecuencias con el control constitucional de la propia ley del Tribunal Constitucional,

458. LA REPÚBLICA, *Universitarios vuelven a ganar las calles de Lima*, edición del 5 de junio de 1997; en el mismo diario, *Trabajadores y estudiantes marcharon contra la dictadura por la democracia*, edición del 6 de julio de 1997.

459. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, Reus S.A., 1985, pp. 48 ss. y 120 ss.; asimismo, Ernst-Joachim Lampe (editor), *Das Sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtslehre*, Band X, Westdeutscher Verlag, donde reúne las distintas ponencias sobre el sentimiento jurídico, de autores como Zippelius, Kriele, Müller-Dietz, Kaufmann, entre otros.

460. Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution. Kleine politische Schriften VII*, Suhrkamp, Frankfurt, 1990, pp. 147 ss.; asimismo, Roberto Gargarella, *La Justicia frente al Gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial...*, op. cit., pp. 161 ss.

CUADRO N° 6
SENTIDO DE LOS VOTOS DE LOS MAGISTRADOS SOBRE
LAS 16 ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

	FUNDADA	INFUNDADA	IMPROCEDENTE	NULO	INAPLICABLE	ABSTENCIÓN
Ricardo Nugent	5	4	5	1	—	1
Guillermo Díaz	5	4	5	1	—	1
Francisco Acosta	5	4	5	1	—	1
José García	5	4	5	1	—	1
Manuel Aguirre	8	2	4	1	1	—
Delia Revoredo	6	4	4	1	1	—
Guillermo Rey	6	3	5	1	1	—

Fuente: Sentencias publicadas en el diario oficial *El Peruano*, entre el 6-11-96 y el 31-5-97.
Elaboración: César Landa.

sobre su sistema de votación, y sobre todo en el caso de la ley de la reelección presidencial, fue el punto de inflexión gubernamental para desarticular el control constitucional de las leyes, pieza fundamental en la jurisdicción constitucional. En tal sentido, la lógica gubernamental del liderazgo político fuerte⁴⁶¹, basado en las urnas y el proceso de modernización económica al servicio del mercado⁴⁶², se auto-exoneró del control de sus normas, lo cual afecta directamente no sólo a los principios constitucionales y a los valores democráticos del Estado de Derecho, sino al buen gobierno y el desarrollo institucional⁴⁶³.

A partir del marco cronológico del primer año del Tribunal Constitucional, y de las decisiones jurisprudenciales adoptadas, quedó claro que la tarea del TC tuvo importantes y a veces graves repercusiones en el poder político, que desde un punto de vista constitucional requiere de precisión, mediante el análisis de la sentencia sobre el sistema de votación del Tribunal para declarar inconstitucional una ley, como especialmente del análisis de las sentencias sobre la ley de la reelección presidencial. Ya que como *casos difíciles*, condensaron los diversos y opuestos principios y directrices políticas en el quehacer jurisdiccional del Tribunal Constitucional, en materia de

461. Peter Self, *Government by the market? The politics of public choice*, London, Mc Millan Press, 1993, pp. 70 ss.

462. *Ibidem.*, pp. 51 ss.

463. Patrick McAuslan, *Law, governance and the development of the market: practical problems and possible solutions*, en *Good government and law, legal and institutional reform in developing countries* (edited by Julio Faundez), London, MacMillan Press, 1997, pp. 28 ss.

control de la constitucionalidad de las leyes, lo que supone debatir sobre el *status* normativo de los jueces⁴⁶⁴.

2 SENTENCIA SOBRE EL SISTEMA DE VOTACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional inicia su labor de control constitucional de las leyes recibiendo, entre las primeras demandas de inconstitucionalidad, una contra el artículo 4° de la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que señala a la letra que el Tribunal “adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de las demandas 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”.

En ese entendido, la minoría parlamentaria promovió una acción de inconstitucionalidad, considerando que el requisito de seis votos conformes de siete magistrados para declarar inconstitucional una ley, era inconstitucional, por cuanto dificultaba y desnaturalizaba el mandato de control constitucional del Tribunal Constitucional, establecido en el artículo 201° de la Constitución, debido al requisito de seis votos de los siete magistrados. Con el agravante que de no obtener los seis votos, el pronunciamiento del Tribunal quedaría como cosa juzgada y vinculante para todos los jueces del país⁴⁶⁵.

La demanda también señaló que el legislador no tenía la posibilidad de limitar el ejercicio de la jurisdicción constitucional, y que dicha mayoría supracalificada contenía un requisito irrazonable y desproporcionado. Que trasgredía el principio democrático de la mayoría simple, convirtiendo al Tribunal Constitucional en un organismo convalidador de leyes inconstitucionales, en vez de controlar a las mismas. Asimismo, que el mencionado artículo 4° de la LOTC conducía a un absurdo jurídico, según el cual el voto singular podría ser formado por la mayoría y no por la minoría de los magistrados⁴⁶⁶.

464. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio...*, op. cit., pp. 146 ss.; Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 121 ss.; asimismo, Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y Normas*, Madrid, CEC, 1990, pp. 181 ss.

465. Raúl Ferrero Costa, *Tribunal Constitucional: Son suficientes 4 votos?*, en *El Comercio*, 25 de noviembre de 1996, p A2.

466. Samuel Abad Yupanqui, *La inconstitucionalidad del artículo cuarto de la ley orgánica del tribunal constitucional*, p. 8 y Ernesto Blume Fortini, *Ponencia*, p. 1; ponencias al V Congreso Nacional de Derecho Constitucional, APDC-PUCP, Lima, 4-6 de Noviembre de 1996.

Por todo ello, la oposición parlamentaria postuló en la demanda que, el Tribunal Constitucional pudiese “previamente y en ejercicio del control difuso –no aplicación de una norma al caso concreto– optar por resolver por mayoría simple, en la medida que la exigencia de la mayoría calificada, sólo se da cuando se decide sobre la inadmisibilidad de la demanda o se examina una acción de inconstitucionalidad, pero no en otros casos”⁴⁶⁷. De esa manera se pretendía que el TC, para resolver la demanda, no requería de los seis votos, siempre que antes de pronunciarse sobre la mencionada acción de inconstitucionalidad, de oficio decidiese, por mayoría simple y mediante el control difuso, sobre la inaplicación del mencionado artículo 4° de la LOTC.

Por su parte, en la contestación a la demanda se señaló que la LOTC había establecido un sistema de votación que no contradecía el texto de la Constitución, ya que ésta no disponía la forma de votación del TC. De ahí que la ley creó un sistema de votación de mayoría calificada, que buscaba dar seguridad absoluta, y que a juicio de uno de los voceros de la mayoría parlamentaria, el número de votos para declarar inconstitucional una ley no era materia revisable por la jurisdicción constitucional, como quedó en evidencia al responder a la pregunta si en el Tribunal Constitucional “sólo puede debatirse cuántos votos son necesarios? Pero es evidente que esa es función del legislador y no del juez”⁴⁶⁸.

En ese mismo sentido, otro vocero de la mayoría parlamentaria, en su informe oral ante el Tribunal Constitucional, enfatizó que

yo en el Congreso pedí siete votos; porque la postestad que hemos entregado a ustedes de sobreponerse al Congreso de la República en determinadas y graves circunstancias para declarar la nulidad de una norma por encontrarla violatoria del orden constitucional, es una potestad muy grave que exige una mayoría, que la pueden llamar como quieran, exagerada, hipercalificada, severa ; pero lo que no pueden es llamarla inconstitucional... La Constitución no les reconoce, señores magistrados, facultad de legislar. Si ustedes deciden ignorar el artículo 4° y lo substituyen con otro quórum de votación, habrían modificado el artículo 4°. Habrían legislado y, por consiguiente, habrían invadido atribuciones del Congreso de la República⁴⁶⁹.

467. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, El Peruano*, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145383.

468. Carlos Torres y Torres, *El Tribunal Constitucional: 6 votos*, artículo publicado como documento parlamentario por el Congreso de la República, en *El Comercio*, 4 de diciembre de 1996, p. A9.

469. Enrique Chirinos Soto, *Los seis votos del TC*, artículo publicado como documento parlamentario por el Congreso de la República, en *El Comercio*, 4 de diciembre de 1996, p. A9.

Con tales argumentos se justificaba que como la Constitución no había regulado el sistema de votación, era una tarea que el legislador realizó en el artículo 4° de la LOTC, sin límite constitucional alguno. Más aún, el número necesario de votos era un asunto propio del legislador y que, por tanto, los posibles excesos de la labor interpretativa del TC, en relación a utilizar el control difuso de las leyes para el caso *subiudice*, constituiría una invasión de competencias del Congreso.

En base a estos argumentos positivistas, dos ex-abogados progobiernistas (Acosta y García) y dos magistrados que se autolimitaban (Nugent y Díaz), consideraron que en la Constitución

no existe disposición que en forma específica contravenga lo dispuesto en el Artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y tampoco existe en forma genérica una disposición, como regla general, al caso de los órganos constitucionales colegiados... en consecuencia, para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, es necesario que en la Constitución exista una disposición que la contravenga en forma precisa y no en base de interpretaciones o deducciones controvertibles⁴⁷⁰.

Esta postura conservadora aplicó lo que se conoce en la doctrina como la regla de la inconstitucionalidad manifiesta (*rule of clear mistake*), como condición para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal, antes que realizar una interpretación constructivista⁴⁷¹.

Otro fundamento importante de la sentencia del Tribunal, que daría lugar posteriormente al control difuso en la sentencia contra la ley de la reelección presidencial, fue que si bien en este caso no procedía el control difuso, éste estaba reservado para resolver cuestiones litigiosas “respecto de las cuales existe incompatibilidad manifiesta, y no simples interpretaciones entre una norma legal y una constitucional (Artículo 138° de la Constitución) caso en que el Juez prefiere aplicar la norma constitucional o la de mayor jerarquía, si se trata de otra clase de disposiciones, control difuso que mantiene su plena vigencia para casos futuros”⁴⁷². Es decir, se dejaba planteado en la sentencia del Tribunal Constitucional la legitimidad del uso del control difuso de las leyes, en casos de control constitucional abstracto de normas legales, vía la acción de inconstitucionalidad.

470. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, *El Peruano*, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145383.

471. Alexander Bickel, *The last dangerous branch the Supreme Court at the bar of politics...*, *op. cit.*, pp. 124 ss.

472. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional...*, *cit.*, p. 145383.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional admitió el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, propio del sistema norteamericano y de los tribunales constitucionales europeos⁴⁷³, en tanto y en cuanto mediante una interpretación razonable de la norma fundamental, aquellas podían ser armonizadas con la Constitución⁴⁷⁴. Asimismo, estimó que la decisión jurisdiccional del TC, en el marco del artículo 4° de la LOTC, no debía entenderse como el voto de la minoría contra la mayoría o viceversa, sino como el voto del Tribunal, quien por imperio de la ley debía pronunciarse obligatoriamente.

En tal sentido, el Tribunal falló declarando infundada la demanda, con el voto singular en contra de los magistrados Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano. Este voto disidente encontró que “el problema, pues, no radica en el número de votos ni en el nivel de «mayorías calificadas», sino en la descomunal desigualdad procesal-constitucional consagrada en el Artículo 4 Tribunal Constitucional de la Ley N° 26435”⁴⁷⁵. Lo que trajo como consecuencia que la delicada tarea de control constitucional otorgada al TC, como cuerpo colegiado, terminó siendo decidido por dos de los siete magistrados.

Para mayor abundamiento, el voto singular señaló también que el sistema de votación del artículo 4° de la LOTC, convirtió al Tribunal Constitucional, en definitiva, en un defensor de la norma legal en perjuicio de la norma constitucional, invirtiendo y desnaturalizando su rol de controlar la constitucionalidad de las leyes. Así, pues, “la norma inferior gana con sólo uno o dos votos, mientras que la Constitución necesita no menos de seis votos”⁴⁷⁶. Motivos por el cual, los magistrados activistas judiciales emitieron un voto disidente, declarando fundada la demanda.

Al respecto, el debate en torno al artículo 4° de la LOTC, que exige seis votos sobre siete para declarar inconstitucional una norma legal, presentó básicamente los siguientes tema-problemas:

- a. Si bien el Tribunal era competente para realizar el control constitucional de las leyes, se planteó si también lo era para controlar su propia

473. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 131.

474. Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes...*, op. cit. p. 59.

475. *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, EL PERUANO Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145385.,

476. Manuel Aguirre Roca, *La desnaturalización del TC, carta de un magistrado*, en *Expreso*, 4 de enero de 1997, p. A31.

ley orgánica. Sobre el particular, cuando el artículo 1° de la LOTC señala que el Tribunal Constitucional “se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica”, esto podría significar que sus magistrados no pueden apreciar la constitucionalidad de su propia ley debido a que están sometidos a ella. Sin embargo, la propia Constitución, en el artículo 200°-4, faculta al TC a realizar el control constitucional de las normas legales, sin exceptuar a su ley orgánica. De ahí que la propia LOTC sea una materia legislativa justiciable por el Tribunal Constitucional y el sistema de votación, precisamente la primera cuestión a resolver en el sistema jurisdiccional peruano.

Asimismo, el artículo 201° de la norma suprema señala que el Tribunal Constitucional es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales, de modo que las leyes que dicte el Congreso regulan al TC, pero no la someten indefinidamente, ya que como norma legal puede ser materia de control constitucional y dejada sin efectos por inconstitucional. Más aún, si la propia ley que reforma la Constitución, no obstante su rango supremo, también podría ser materia de control constitucional, cuando vulnere la Constitución por la forma, aunque sería debatible su inconstitucionalidad por el fondo⁴⁷⁷. Resulta fácil entender que una ley orgánica, aún cuando sea la ley orgánica del Tribunal Constitucional, también está sometida al control constitucional de las leyes.

Es tan autónomo e independiente el Tribunal de los demás poderes públicos, en su rol de control de la constitucionalidad, que puede revisar no sólo las normas legales que dicte el Congreso y las que emita el Poder Ejecutivo, sino también las resoluciones del Poder Judicial en materia de garantías constitucionales, así como resolver los conflictos de competencia que se establezcan entre los poderes públicos y los organismos constitucionales. Lo cual significa que el Tribunal Constitucional no depende jurisdiccional ni administrativamente de poder público alguno⁴⁷⁸.

En este sentido, se podría señalar que el Tribunal Constitucional es el titular como *primus inter pares* de la supremacía de la soberanía constitucional, en tanto que las normas legales que dicten el Congreso

477. Flavino Ríos Alvarado, *Medio de defensa de un particular frente a una reforma a la Constitución, considerada inconstitucional*, en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, tomo II, México, UNAM, 1987, pp. 800-802; asimismo, Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?...*, *op. cit.*, pp. 4 ss.

478. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, *op. cit.*, pp. 278-279; asimismo, Helmut Simon, *Jurisdicción Constitucional*, en *Manual de Derecho Constitucional*, Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde..., *op. cit.*, p. 838.

y el Presidente de la República, como las resoluciones del Poder Judicial en materia de derechos fundamentales, dependen de sus resoluciones constitucionales. Pero esta tentación de considerar el fuerte *status* o posición jurídica de que goza el Tribunal Constitucional, no debe llevar a exagerar el mandato constitucional que le otorga la Constitución en las tareas de control de su propia ley orgánica, sobrepasando su rol de poder constituido. Esto es así, no obstante que el artículo 3° de la propia LOTC le haya otorgado al TC la competencia de las competencias, es decir, en ningún caso se puede promover contienda de atribuciones al TC, respecto de sus materias competenciales. Más aún, sólo el Tribunal puede apreciar de oficio su falta de competencia o atribuciones.

Esto supone que el Tribunal Constitucional, si bien gozaba de la competencia para revisar su propia ley orgánica, en el marco de la norma constitucional abierta que le asigna el rol de ser el organismo encargado del control constitucional, “nada de ese problema, por supuesto, aparta al juez de su papel de intérprete y aplicador de una norma, en nuestro caso la Constitución, ni nada lo libera de esa vinculación ni le permite alzarse, abierta o subrepticamente, con el papel de legislador, o, aún más grave, de poder constituyente o de revisión constitucional”⁴⁷⁹.

Ahora bien, dentro de la facultad de control constitucional de su propia ley orgánica, asumida como válida (tácita y expresamente) por todos los magistrados del Tribunal Constitucional, se debatió si era razonable o proporcional la exigencia de los seis votos de siete magistrados para declarar una norma legal inconstitucional. Al respecto, el raciocinio positivista de la mayoría de los magistrados fue que no se había probado que la norma cuestionada violase los principios de razonabilidad ni proporcionalidad, en tanto ello dependía de una adecuada ponderación de los valores y principios constitucionales⁴⁸⁰.

Pero en la sentencia no se llegó a fundamentar, ni menos a señalar, si la valoración de seis votos de siete para declarar inconstitucional una norma legal, estaba o no estaba de acuerdo con la norma constitucional que postula el control constitucional. De esta manera, implícitamente, se dejó librado a la reserva de ley la definición del número de votos, sin contemplar concretamente la posibilidad de que se pudiera cometer una

479. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1994, p. 230.

480. John Hart Ely, *Democracy and distrust, a theory of judicial review...*, op. cit., pp. 43 ss; asimismo, Enrique Alonso García, *La interpretación constitucional...*, op. cit., pp. 436 ss.

violación constitucional en el desarrollo legislativo de esta delicada materia, para el normal funcionamiento de la jurisdicción constitucional. Al parecer, a juicio de la mayoría de los magistrados, los vacíos constitucionales constituían materia de reserva legislativa abierta, de libre configuración del legislador, sin fundamentos ni límites constitucionales en su regulación positiva, según se desprende del austero razonamiento transcrito en la sentencia; y que expresa la vieja convicción de que el juez está sometido exclusivamente a la ley⁴⁸¹. De allí que se excluyese cualquier atisbo de derecho judicial y de derecho no positivo.

Los magistrados sólo fundamentaron la necesidad del sistema de votación, en la prevalencia del principio de seguridad sobre el principio democrático, en razón a que la decisión de un cuerpo colegiado, con atribuciones trascendentales, debía adoptarse por mayorías calificadas. Sin embargo, esta argumentación fue realizada en abstracto sin mencionar el caso concreto: si los seis votos de siete magistrados, constituían un exceso o no a la idea de la mayoría calificada.

Otra argumentación fundamental, tomada del derecho comparado, estuvo en apelar al principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, lo cual supuso que la labor de inconstitucionalización de las normas legales, a juicio de la mayoría de los magistrados, sólo era una labor residual, es decir, que “no se inconstitucionalice normas cuando éstas puedan, interpretativamente, compatibilizarse con la Carta Magna”⁴⁸². En efecto, la doctrina constitucional ha establecido entre las variantes de sentencias: la declaración de nulidad, declaración de incompatibilidad constitucional, resolución sobre una ley todavía conforme a la Constitución y la interpretación conforme a la Constitución⁴⁸³. Según este último tipo de sentencia, “la interpretación conforme a la Constitución conlleva, según los casos, una declaración de nulidad pronunciándose por el mantenimiento de la ley en una determinada interpretación («in harmony with the Constitution»)”⁴⁸⁴. Pero, en este caso, los

481. Ignacio de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 67 ss.

482. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, EL PERUANO, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145384.

483. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., pp. 53-57; asimismo, Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 215 ss.

484. Klaus Schlaich, *El tribunal constitucional federal alemán*, en Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elía, Oehlinger, Rideau, Dubois, Cappelletti y Rivero, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos...*, op. cit., p. 384.

magistrados no establecieron el tipo o forma de interpretación de la ley que sería acorde con la Constitución y cuál no; es decir, sólo usaron el nombre de la interpretación conforme a la Constitución para eludir resolver el meollo inconstitucional del sistema de votación.

Esta postura de la mayoría de los magistrados, enmarcada en una decisión positivista y del *self-restraint*, expresa en última instancia que

es la fórmula de la mayoría calificada la única opción que permite no convertir el proceso de inconstitucionalidad de las normas en un instrumento de cuestionamiento permanente y caprichoso, por lo que lejos de verse mellado en alguna forma el Principio Democrático o el valor Justicia, se ven integrados con el contenido de necesaria seguridad que toda decisión de trascendencia debe suponer⁴⁸⁵.

Al respecto, no pareció existir conciencia de que el rol de control constitucional supone la existencia previa de una diversidad de opciones legislativas, las mismas que deben ser evaluadas en el marco de la Constitución, cuantas veces sea demandada ante el Tribunal Constitucional, incluso si se trata de su propia ley orgánica, en aras de satisfacer no sólo la seguridad jurídica constitucional, con una aceptable razonabilidad, sino también en el marco de la interpretación y discusión constitucionales, propio de regímenes democráticos de pluralismo y tolerancia políticos⁴⁸⁶.

Pero en esta decisión hay una prevalencia de la seguridad legislativa, antes que la justicia constitucional. Lo cual supuso desvincular el concepto de la legislación del concepto de representación popular, que integra a la mayoría y a las minorías. Obviando que la justicia constitucional fiscaliza no sólo la voluntad constitucional de la mayoría, sino también protege a la oposición y a las minorías, que pueden sucumbir a las decisiones realistas, valorativas o neutrales de la mayoría parlamentaria, o, peor aún, que una transitoria mayoría gubernamental tiranice a la minoría⁴⁸⁷.

485. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en EL PERUANO, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145384.

486. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, pp. 290 ss.; la versión alemana es *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, Suhrkamp, 1998, pp. 324 ss.; asimismo, Aharon Barak, *Judicial Discretion*, New Haven and London, Yale University Press, 1989, pp. 111 ss.

487. John Hart Ely, *Democracy and distrust...*, *op. cit.*, pp. 73 ss.

- b. Si bien el Tribunal Constitucional gozaba de la potestad de declarar la inconstitucionalidad de su propia ley orgánica, se planteó el problema de si los magistrados debían resolver la causa con el sistema de votación cuestionado o, podían decidir por mayoría simple, adoptar el sistema de votación también de mayoría simple para resolver la mencionada acción de inconstitucionalidad.

Al respecto, por un lado se señaló que “el Tribunal Constitucional no puede legislar y su sistema de votación está legislado. No puede modificar las leyes. Perfectamente puede declarar que una ley es inconstitucional. Yo no discuto esa facultad, si tiene seis votos para eso”⁴⁸⁸, mientras que por otro se argumentó que

la decisión del caso, por lo demás, podría adoptarse por mayoría simple de los vocales del Tribunal Constitucional, ya que siendo inconstitucional el dispositivo de mayoría articulado por el art. 4° de la ley 26.435, resultaría absurdo someterse a él para borrarlo del ordenamiento jurídico. El Tribunal está habilitado entonces para adoptar su veredicto y ante la invalidez de la norma objetada, tendría que decidir según las pautas lógicas y de sentido común habituales en un régimen democrático, vale decir, por mayoría⁴⁸⁹.

Al respecto, desde una perspectiva positivista-legalista, el TC debía utilizar el sistema de votación establecido en su ley orgánica para resolver la demanda de inconstitucionalidad planteada. Desde la perspectiva iusnaturalista, el TC gozaba de poderes implícitos e inherentes –que surgen de la naturaleza de las cosas–, que le facultaba a decidir autónomamente el sistema de votación (por mayoría simple o absoluta), a utilizar para resolver la demanda. Si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, desde la perspectiva de una teoría constitucional institucional, la alternativa derecho natural o derecho positivo debe quedar fuera de lugar, ya que ha llevado al derecho constitucional a un fundamentalismo o a una formalización respectivamente aniquilante del Estado constitucional. Frente a esto, se debería considerar una concepción institucional que integre los valores relativos de toda la sociedad, a través de procedimientos transparentes, propios de la sociedad abierta⁴⁹⁰.

488. EL COMERCIO, *El tribunal constitucional no tiene facultad para legislar (entrevista a Enrique Chirinos Soto)*, en edición del 27 de noviembre de 1996, p. A4.

489. Néstor Pedro Sagüés, *Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quórum para sus votaciones...*, op. cit., pp. 7-8;

490. Peter, Häberle, *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*, en *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (P. Häberle), Duncker & Humblot/Berlin, 1978, pp. 103 ss.

Desde esta estructura teórico-democrática, se puede identificar la actuación de la jurisdicción constitucional con el sistema constitucional y viceversa⁴⁹¹. En mérito a lo cual, si la mayoría y la minoría de los magistrados del TC hubiesen estado de acuerdo en considerar que la exigencia de los seis votos era una suma irrazonable, y que el Congreso había actuado con deslealtad constitucional, entonces no se hubiera requerido adoptar el sistema de votación del artículo 4° de la LOTC, sino el de la mayoría absoluta.

En efecto, en casos límites como éste, el Tribunal Constitucional pudo haber aplicado la justicia constitucional material, y hecho prevalecer el principio y norma del control de constitucional del artículo 201° de la Constitución, sobre la presunción de constitucionalidad de las leyes —que en el razonamiento judicial mayoritario sería sólo doctrina comparada—, debido a que esta presunción no es *iure et de iure*. De lo contrario no existiría el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, sino que es una presunción *iuris tantum*, es decir, la norma es constitucional hasta que se demuestre lo contrario, o sea, que hay una mandato de controlar la norma demandada por inconstitucional, para perfeccionar la validez constitucional de la misma y que no puede soslayarse, mediante mecanismos de votación supercalificados u otros que obstruyan el control constitucional efectivo de las leyes.

Por ello, si en el ejercicio de su potestad legislativa, el Congreso reglamenta el control constitucional, con un mecanismo de votación que supone la autoprotección legislativa, en vez de promover el control constitucional de las leyes⁴⁹², se está ante un claro dilema: o aceptar el ejercicio abusivo del legislador y su deslealtad constitucional, que ya resolvió la vieja tesis de los poderes implícitos del Juez Marshall en el caso *McCulloch vs. Maryland* (1819), en el que estableció que “si el fin es legítimo y está en el ámbito de la Constitución, todos los medios que sean apropiados o que se adapten evidentemente a ese fin, que no estén prohibidos sino que concuerdan con la letra y el espíritu de la Constitución, serán constitucionales”⁴⁹³. O falsear el control de constitucionalidad.

491. Werner Kägi, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Untersuchungen über die Entwicklungstendenzen im modernen Verfassungsrecht*, Zürich, Polygraphischer Verlag AG, p. 147.

492. Néstor Pedro Sagüés, *Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quórum para sus votaciones...*, op. cit., p. 6.

493. 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 4 L. Ed 5779 (1819), en http://www2.law.cornell.edu/cgi-bin/fol.../hit_deadings/words=4/pageitems={body}; asimismo, ver los comentarios de W. Lockhart, Y. Kamisar, J. Choper, S. Shiffrin, R. Fallon, *The american constitution...*, op. cit., p. 51,

dad de las leyes, por el de la tácita convalidación jurisdiccional de las mismas, en virtud de la presunción de constitucionalidad de las leyes. La respuesta de base es clara, el derecho y la jurisdicción constitucional son instrumentos para encontrar la verdad constitucional y crear un orden social justo, en caso que la ley se desvíe de los objetivos constitucionales⁴⁹⁴.

- c. Si los magistrados del Tribunal hubiesen llegado a inaplicar el sistema de votación para la declaratoria de inconstitucional de una norma legal, establecido en su ley orgánica, para utilizar el sistema que ellos hubiesen acordado por mayoría de votos, se hubiese planteado el caso de si no habrían usurpado la función legislativa propia del Congreso. Al respecto, el oficialismo señaló que “la Constitución le da facultades al Tribunal Constitucional para declarar la inconstitucionalidad de las leyes... No le da facultad para legislar ni para modificar su propia legislación”⁴⁹⁵.

Pero esta rígida concepción de los límites de la labor del Tribunal Constitucional, hizo que la mayoría de los magistrados –progobiernistas y autolimitados– asumieran una cerrada defensa de los fueros legislativos, sin vislumbrar que la demanda podía resolverse de diferente manera y no sólo abdicando de la función de control constitucional. Así, pues, si bien el Congreso tiene la función de concretar la norma constitucional, no es una tarea monopólica la aprobación y derogación de las normas legales, sino que es una típica competencia compartida entre diferentes poderes y organismos constitucionales. Además, la libertad de configuración de la ley por el legislador presenta límites, como también la propia función de la justicia constitucional tiene límites (ver Tercera Parte, Cap. III, 3., 3.2.).

Así, el Tribunal Constitucional cumple con una función legislativa negativa⁴⁹⁶, que pudo desarrollarse a través de diversas variantes: declarando la incompatibilidad del art. 4° de la LOTC con el art. 201° de la Constitución, ecomendando al Legislativo la aprobación de un sistema

y; Carlos Gaviola, *El poder de la Suprema Corte de los Estados Unidos*, Buenos Aires, Editora Argentina, 1965, p. 198.

494. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel...*, op. cit., p. 62.

495. El Comercio, *El tribunal constitucional no tiene facultad para legislar (entrevista a Enrique Chirinos Soto)*..., op. cit., p. A4.

496. *VVDStRL*, Heft 5, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit...*, op. cit., informe de Hans Kelsen pp. 78 ss..

de votación razonable, lo que hubiera supuesto que la norma inconstitucional hubiese seguido rigiendo hasta su inaplazable reelaboración. O expediendo una resolución de recomendación (*Apellentscheidung*), en la que si bien la sentencia hubiese sido desestimada, se le hubiera encargado al legislador que formule una nueva redacción del sistema de votación. A modo de ejemplo, es del caso mencionar que, en un régimen político parlamentarista como Alemania, “el Tribunal ha creado este tipo de decisiones sin autorización legislativa, incluso aún más, contra la ley, ya que la ley relativa al T.C.F. tomaba como punto de partida la existencia de un vínculo necesario entre la inconstitucionalidad y la nulidad de la norma”⁴⁹⁷.

Pero es precisamente en normas constitucionales abiertas, como las que consigna la Constitución de 1993, que no debería causar estupor a las conciencias jurídicas, que en afianzamiento de la democracia y de la constitucionalidad del Estado de derecho, el Tribunal Constitucional extraordinariamente hubiese resuelto un asunto de la mayor trascendencia jurídica y política, prefiriendo la norma constitucional del control constitucional a la norma legal, pero con creatividad judicial, a través del fallo interpretativo o aditivo mencionado. Es decir, adoptando en la resolución constitucional los lineamientos básicos del sistema de votación que no fuese inconstitucional. Es en ese sentido principista, que se pronunciaron en un voto singular los magistrados propulsores del activismo judicial Aguirre Roca, Revoredo y Rey, los mismos que serían “destituidos” por el Congreso cuando utilizaron el control difuso en una radical sentencia⁴⁹⁸.

En este caso “la intervención judicial para remover los obstáculos de la regla de mayoría podría ser menos intolerables que la autoperpetuación de la regla de la minoría”⁴⁹⁹ del art. 4° de la LOTC, que vacía de contenido a la función de control constitucional. Ciertamente, ésta no es la regla en la expedición de resoluciones, pero pudo ser la excepción, a efectos de no invadir la función legislativa –positiva– del Congreso, que si bien no es monopólica, debe quedar a salvo en aras de asegurar la división y equilibrio de poderes.

497. Klaus Schlaich, *El tribunal constitucional federal alemán...*, *op. cit.*, pp. 194 ss.

498. Manuel Aguirre Roca, *Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú...*, *op. cit.*, p. 128.

499. W. Lockhart, Y. Kamisar, J. Choper, S. Shiffrin, R. Fallon, *The american constitution...*, *op. cit.*, p. 39; asimismo, Juan Chávez Molina, *La inaplicable resolución del Tribunal Constitucional*, en *El Comercio*, Lima, 7 de enero de 1997, p. A2.

Con esta controversial sentencia sobre el sistema de votación, y la clara decantación de las corrientes de opinión al interior del Tribunal Constitucional, en diciembre de 1996 se desarrolló el debate de la demanda de inconstitucionalidad contra la ley de la reelección presidencial, que por su alto contenido político causó el mayor debate constitucional de entonces. Así también avivó las tendencias al interior del Tribunal, hasta el punto de que la judicialización de la política, a través del Tribunal Constitucional, trajo como consecuencia no sólo la politización de la justicia, sino también la intervención del Congreso al Tribunal Constitucional, como se analiza a continuación.

3. SENTENCIAS SOBRE LA LEY DE REELECCIÓN PRESIDENCIAL

La mayoría del Congreso haciendo uso de las prácticas parlamentarias de excepción y de su número, aprobó en setiembre de 1996 la Ley N° 26657 que “interpretó de modo auténtico” el artículo 112° de la Constitución, a fin de permitir que el Presidente Fujimori pueda ser candidato a la reelección presidencial en el año 2000 y gobernar hasta el año 2005 de ser reelecto⁵⁰⁰. Con esta ley se puso al descubierto tempranamente: por un lado, el interés político de las fuerzas de *iure* y de *facto* gobernantes de continuar en el poder en desmedro de la alternancia de gobierno y, por otro, el desinterés gubernamental de respetar el contenido de la norma constitucional, aprobada por ellos mismos como mayoría constituyente en el CCD, de permitir la reelección presidencial consecutiva sólo por un periodo adicional⁵⁰¹.

En tal entendido, la mencionada ley de reelección presidencial dio lugar a un controvertido debate jurídico-político⁵⁰², acerca de los alcances de las discutidas sentencias del Tribunal Constitucional sobre dicha norma. En efecto, planteada la acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26657,

-
500. José Palomino, *Diez preguntas a Domingo García Belaunde sobre el control constitucional (a propósito de la reelección presidencial)*, Alfredo Quispe Correa, *Tribunal Constitucional. ¿Solución o confusión?*, Aníbal Quiroga, *A propósito del control difuso o judicial review en el Perú*, Sigifredo Orbezo, *El tortuoso camino legal de una reelección más*, todos en *RJP*, Año XLVI, N° 4, *art. cit.*, pp. 23 ss., 27 ss., 33 ss., y 38 ss., respectivamente.
501. César Landa, *Límites constitucionales de la ley de la reelección presidencial*, en *El Comercio*, 11 de octubre de 1996, p. A2; Hubert Wieland, *La reelección presidencial: análisis de la disposición constitucional y su ley interpretativa*, en *LTC*, N° 12, Lima, 1996, pp. 197 ss.; asimismo, Enrique Bernales, *El artículo 112° de la Constitución y la ley N° 26657*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, Número 3, *art. cit.*, p. 104.
502. Alberto Otárola (coordinador), *Reelección presidencial y derecho de referendun*, Lima, Foro Democrático – Fundación Hanns Seidel, 1998; donde se reúne diversos ensayos sobre los límites a la reelección presidencial.

que faculta al Presidente Fujimori a la reelección presidencial en el año 2000, y luego de un tormentoso proceso, el Presidente del Tribunal Constitucional resolvió y mandó publicar simultáneamente el 17 de enero de 1997 dos sentencias: una, declarando la inaplicabilidad de la ley de la reelección al Presidente Fujimori, y otra, declarando infundada la demanda, al no haberse alcanzado la mayoría de los seis votos de siete, para que sea inconstitucional dicha ley.

Estas polémicas resoluciones dieron lugar a un debate más político que jurídico, dado el sensible tema de la perpetuidad del gobernante en el poder, de nefastas consecuencias en la historia política y constitucional del país, como en el caso del Presidente Leguía (gobernante entre 1919 y 1930, reelecto 2 veces consecutivas, en base a reformas de la Constitución de 1919, que dio luego de un golpe de Estado, y mandó aprobar por referéndum popular). Pero, desde una perspectiva constitucional presente y futura, cabe analizar jurídicamente las posiciones puestas de manifiesto en dichas sentencias, a través de la interpretación constitucional de las mismas, para determinar finalmente cual resolución es la válida y, en consecuencia, cuál tiene naturaleza de cosa juzgada (*Rechtskraft*), eficacia vinculatoria (*Bindungswirkung*) y fuerza de ley (*Gesetzeskraft*)⁵⁰³.

3.1 Control difuso de la ley

La resolución que declaró inaplicable la ley de la reelección, por ser contraria a la Constitución, puso en discusión si el Tribunal Constitucional, que estaba encargado de la declaración abstracta de inconstitucionalidad de las normas legales, también podía realizar el control concreto de las normas legales en los procesos sobre acciones de inconstitucionalidad. Al respecto, desde la postura judicialista del ex-magistrado Aguirre Roca, señaló que los jueces tanto del Poder Judicial como los magistrados del Tribunal Constitucional, podían declarar inaplicable una norma que fuese contraria a la Constitución, porque los magistrados del Tribunal eran también jueces. Además, sí podían declarar la inconstitucionalidad abstracta de una ley, siguiendo el aforismo jurídico de quien puede lo más puede lo menos. Inclusive, el mandato del Tribunal Constitucional de actuar como el órgano encargado del control de la Constitución, le confería dicha potestad máxime si la Constitución había consagrado el principio de supremacía constitucional⁵⁰⁴.

503. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las sentencias del tribunal constitucional...*, op. cit., pp. 29 ss.

504. Manuel Aguirre Roca, *Todo ha sido una emboscada...*, op. cit., p. 8; Aníbal Quiroga, *A propósito del control difuso o judicial review en el Perú*, en *RJP*, Año XLVI, N° 4..., op.

Es claro que el ejercicio del control difuso, por parte del Tribunal Constitucional, es aplicable a las acciones de garantías constitucionales que le compete resolver, en cambio, en base a los límites de la jurisdicción constitucional, no se admite pacíficamente la afirmación de que el Tribunal Constitucional, en vía de una acción de inconstitucionalidad –*abstrakte Normenkontrolle*– se pronuncie por la vía del control difuso –*konkrete Normenkontrolle*–. Es decir, mediante la inaplicación de la ley al caso concreto, cuando la demanda versa sobre el control constitucional de una norma abstracta y general, más aún, cuando el Tribunal Constitucional no procede de oficio sino en causas⁵⁰⁵.

Sin embargo, es del caso mencionar que, el proceso ante el Tribunal Constitucional no esta basado en el principio de la justicia rogada, propio del proceso civil, sino en el procedimiento inquisitivo y tutelar, por el cual los magistrados constitucionales deben proceder de oficio para el esclarecimiento de la realidad objetiva demandada. Por eso, el Tribunal Constitucional a veces tiene que ir más allá de la demanda planteada, y así, “al examinar, por ejemplo, la constitucionalidad de una determinada ley, debe estudiar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posible, incluso cuando algunos de ellos no haya sido alegados expresamente por las partes”⁵⁰⁶. Por eso, se puede decir que los límites mayores a la jurisdicción constitucional provinieron posteriormente del poder político.

Pero es oportuno recordar que antes de este proceso, se puso a debate, en el marco de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre su sistema de votación –seis de siete votos para declarar inconstitucional una ley–, que el Tribunal podía también realizar el control difuso de constitucionalidad de las leyes. Lo cual, en el caso de la ley de la reelección presidencial, fue rechazado para la solución de ese caso concreto, desde la perspectiva de la justicia constitucional formal, sin embargo, desde la perspectiva de la justicia constitucional material⁵⁰⁷, quedó fundamentado en la sentencia sobre la ley del

cit., p. 35; asimismo, Omar Cairo, *El Tribunal Constitucional y el control difuso*, en *RPDP*, tomo II, Lima, marzo, 1998, pp. 623 ss.

505. Segundo Linares Quintana, *Teoría e historia constitucional*, tomo I, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1958, pp. 296 ss.; Alfredo Quispe Correa, *Tribunal Constitucional. Solución o confusión?* Y, Sigifredo Orbeagozo, *El tortuoso camino legal de una reelección más*, ambos en *RJP*, Año XLVI, N° 4, *op. cit.*, pp., 27 ss. y 38 ss., respectivamente; asimismo, Hans-Peter Schneider, *Jurisdicción constitucional y separación de poderes...*, *op. cit.* p. 38 ss.

506. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, *op. cit.*, p. 155.

507. *VVDStRL*, Heft 5, *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co 1950, informe de Erich Kaufmann, pp. 1-16 y contestación de Martin Drath, pp. 17-112.

sistema de votación por el pleno de los magistrados: que el control difuso mantenía su plena vigencia para casos futuros de control abstracto de leyes⁵⁰⁸.

Dicho argumento constituyó en la resolución sobre la reelección presidencial, uno de los fundamentos jurídicos para expedir una sentencia de control difuso de constitucionalidad, sin que a su interior ninguno de los magistrados lo considerasen un exceso en el ejercicio de sus competencias constitucionales. En tal entendido, la sentencia de la inaplicación de la ley de la reelección fue debatida oficialmente en el Pleno Jurisdiccional del 3 de enero de 1997, y suscrita por los siete magistrados, sin perjuicio que tres de ellos votaran a favor de la inaplicación y cuatro votaran por la abstención, por haberse pronunciado públicamente con anterioridad sobre la reelección presidencial. Es decir, no se produjo un rechazo a la tesis de la inaplicación de la ley, ni siquiera en la fundamentación de las abstenciones.

Sobre la base de tal supuesto, los magistrados Rey, Aguirre y Revoredo ejerciendo un activismo judicial radical, señalaron en la sentencia que

existiendo, por lo visto, ostensible incompatibilidad entre la Ley N° 26657, impugnada en la demanda, interpretativa del Art. 112° de la Constitución, y este mismo dispositivo, precisa que expresemos la base jurídica de este fallo. Hemos decidido aplicar el «control difuso» –derecho y obligación, constitucionalmente reconocidos a todos los jueces– y no el «control concentrado» –derecho y deber exclusivos del Tribunal Constitucional– porque, en el Pleno Jurisdiccional, durante el debate de la causa, no se logró alcanzar el número de votos señalados en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para la aplicación del «control concentrado», y no se consiguió el respaldo mayoritario para aplicarlo⁵⁰⁹.

Es claro que el Tribunal es competente para realizar el control constitucional abstracto de las leyes, incluso el de su propia ley orgánica, sin que signifique que mediante la interpretación de la Constitución este legislando. Pero, si bien la LOTC establece que el Tribunal Constitucional está sometido sólo a la Constitución y a su ley orgánica, desde una interpretación que supere al positivismo, esto significa que sus magistrados pueden apreciar la constitucionalidad concreta de una ley, al amparo de los valores, principios y normas que la Constitución les faculta para mantener el principio de su-

508. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre el artículo 4° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, en *El Peruano*, Lima, 22 de diciembre de 1996, p. 145383.

509. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26657*, en *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, p. 146045.

premacia constitucional. Ejercicio para el cual el Tribunal es autónomo e independiente de cualquier intervención política o judicial, como intérprete supremo de la Constitución, sin llegar a sustituir al poder constituyente, porque estaría creando una segunda constitución⁵¹⁰.

El Tribunal, sin duda alguna, al revisar la validez constitucional de las normas legales del Congreso y del Presidente, así como las resoluciones judiciales denegatorias de las garantías constitucionales, que protegen los derechos fundamentales, se ubica en una posición prevalente sobre las partes en conflicto, sean organismos constitucionales políticos u judiciales, ya que tiene la suprema autoridad para interpretar la Constitución y con ello ejecutar la voluntad del «*pouvoir constituant*»⁵¹¹. De lo contrario, los poderes públicos como el Congreso, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial o el Jurado Nacional de Elecciones podrían evadir su compromiso de respeto a la Constitución y preferir sus normas legales, que si bien están premunidas de una presunción *iuris tantum* de constitucionalidad, como ya se ha señalado, esto es así sólo hasta que el Tribunal Constitucional sentencie lo contrario.

En consecuencia, en base al principio de supremacía constitucional de las normas constitucionales sobre las leyes, el Tribunal debe evitar que éstas desnaturalicen o vacíen de contenido no sólo a las normas constitucionales, sino también a los valores y principios constitucionales⁵¹². Ahora, si bien el Tribunal debería partir de asumir la presunción de constitucionalidad de la ley, esto no niega que ante la demanda de inconstitucionalidad de la ley de reelección presidencial, éste haya podido declararla como inconstitucional mediante la aplicación del control difuso. Prefiriendo la función de control constitucional consagrada en la norma constitucional, al de la presunción de constitucionalidad de las leyes que, además, no está prevista en la Constitución.

Por otro lado, si se parte de entender que la ley de la reelección presidencial no es una ley general, abstracta e intemporal sino que, por el contrario, es una ley personal, concreta y retroactiva: “este era el asunto de fondo, porque sólo a Fujimori se le podía aplicar la norma. A qué otra persona se le podía aplicar? Se trataba entonces de un caso concreto, porque «las

510. Manuel García Pelayo, *El “status” del tribunal constitucional*, en *REDC*, Vol. 1, Nº 1, Enero-Abril, Madrid, CEC, 1981, pp. 20 y 30.

511. Albrecht Weber, *La jurisdicción constitucional en europa occidental: una comparación...*, *op. cit.*, pp. 78 ss.

512. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria*, en *REP*, Nº 7, Madrid, CEC, 1979, p. 218 ss.

cosas son lo que son y no lo que se denominan»⁵¹³. En efecto, dicha ley sólo es aplicable al Presidente Fujimori y no a los demás candidatos presidenciales; además, la ley agota sus efectos cuando el Presidente Fujimori inscriba su candidatura para las elecciones presidenciales del año 2000, estableciendo, asimismo su aplicación retroactiva, para facilitar la candidatura de Fujimori a una segunda reelección a la Presidencia de la República.

Todo esto lleva a argüir que el Tribunal Constitucional estaba legitimado materialmente para realizar el control difuso de la constitucionalidad de esta ley, no obstante que la LOTC no le facultara formalmente a realizar el control concreto, en una demanda de control constitucional abstracto de la ley⁵¹⁴. En este sentido, todo juicio constitucional no debe estar sometido a estrechas limitaciones formales, de allí que Leibholz, por ejemplo, apuntaba que “el proceso ante el Tribunal Constitucional Federal no será basado en el principio de justicia rogada (*da mihi facto dabo tibi ius*) que inspira el procedimiento civil. El procedimiento ante el Tribunal Constitucional Federal se basa, por el contrario, en el principio inquisitivo, según el cual el juez debe proceder de oficio para el esclarecimiento de la materia”⁵¹⁵.

Es cierto que esta postura originó un grave enfrentamiento del Tribunal Constitucional con el Congreso y el gobierno, pero ello es normal en la experiencia inicial de los tribunales constitucionales, por eso “en los primeros tiempos de su actividad la Corte Constitucional Federal de Alemania se vio expuesta a violentos ataques, también por parte del gobierno y de la Cámara Baja”⁵¹⁶.

En consecuencia, en la medida que la ley de la reelección presidencial era de carácter particular, concreto y retroactivo, es decir, la mayoría del Congreso aprobó una ley especial en razón de la persona del Presidente Fujimori y éste la promulgó beneficiándose personalmente con la misma, en perjuicio de la disposición constitucional que prohíbe la segunda reelección presidencial consecutiva, se encuentran suficientes argumentos constitucionales formales y materiales para que se hubiese declarado la inconstitucional-

513. Manuel Aguirre Roca, *Todo ha sido una emboscada...*, op. cit., p. 8.; asimismo, Omar Cairo, *El Tribunal Constitucional y el control difuso...*, op. cit., pp. 167-168.

514. Domingo García Belaunde, *Dos a Cero*, en *Expreso*, Lima, 21 de febrero de 1997; para quien el Tribunal Constitucional no llegó a decidir nada, debido a que procesalmente hablando, ninguna de los dos fallos constituyen sentencias.

515. Gerhard Leibholz, *Problemas fundamentales de la democracia moderna...*, op. cit., pp. 152-153.

516. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XIX, Número 57, Setiembre-Diciembre de 1986, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 844.

lidad de dicha ley. En efecto, si no todo acto con forma de ley es ley, quién sino el Tribunal Constitucional para someterlo a control constitucional, a propósito de la iniciativa de parte, de lo contrario, no habría control para violaciones no previstas en la Constitución, como podría ser la aplicación de una norma legal que no haya sido publicada en el diario oficial.

En ese entendido,

la cuestión de saber si la Tribunal Constitucional esta llamado a jugar un rol activista o modesto no se discute en abstracto. Si se entiende la Constitución como la interpretación y el desarrollo de un sistema de derechos que valora el vínculo interno entre la autonomía privada y la autonomía pública, un ejercicio ofensivo del derecho constitucional, lejos de ser nocivo es normativamente requerido en el caso de que se trate de la implementación del procedimiento democrático y del modo deliberativo de la formación de la opinión y la voluntad política⁵¹⁷.

Lo cual no quiere decir que el Tribunal Constitucional pueda resolver problemas que no le hayan sido planteados, sino que “con cuidado, con razones jurídicas, con voluntad integradora y coherente el Tribunal interpreta la Constitución como un todo. Pero dentro del sistema que ésta es, nadie puede decirle al Tribunal cuáles son sus límites, lo cual no significa que no los tenga, sino que éstos son los que la Constitución dice que son en unos términos cuyo sentido establece el propio Tribunal como intérprete supremo”⁵¹⁸.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional ha llevado a su máxima expresión la facultad de control constitucional, lo cual no debería causar estu-por a las conciencias jurídicas, que en el afianzamiento de la democracia y de la constitucionalidad del Estado de Derecho, el Tribunal Constitucional extraordinariamente resuelva asuntos de trascendencia jurídica y política, dejando a salvo la presunción de constitucionalidad de las leyes, por la primacía del principio de control constitucional, cuando las mayorías parlamentarias hacen usos propios de las dictaduras palamentarias⁵¹⁹.

Circunstancias ciertamente límites, pero donde el Tribunal Constitucional como defensor de la Constitución debe resolver bajo el principio del

517. Jürgen Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes...*, op. cit., pp. 303-304.

518. Francisco Tomás y Valiente, *La constitución y el tribunal constitucional*, en Favoreu, Luchaire, Schlaich, Pizzorusso, Ermacora, Goguel, Rupp, Zagrebelsky, Elia, *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos...*, op. cit., pp. 32 y 33.

519. Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, en *Verfassungsgerichtsbarkeit*, (Peter Häberle, editor)..., op. cit., pp. 104 ss.

indubio pro constituyente, en vez del *indubio pro legislatore*, a riesgo de defender materialmente la democracia, antes que beneficiar a una dictadura encubierta; es decir, invirtiendo la presunción de constitucionalidad de las leyes⁵²⁰. Por ello, “no hay que asombrarse, por último, que se conceda al juez ampliamente la facultad de apartarse de la ley si ésta parece no coincidir con las relaciones cambiantes”⁵²¹; vieja tesis revitalizada por Luis Napoleón cuando señaló la necesidad de salir de la ley para regresar al derecho (*de sortir de la légalité por rentrer dans le droit*)⁵²².

En ese sentido, la experiencia de la jurisdicción constitucional ha desarrollado una rica jurisprudencia comparada, como se muestra en el caso del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, a partir del caso *Marbury vs. Madison*, que no sólo controla la adecuada interpretación de los derechos fundamentales que hace la ley, sino también el proceso político de adopción de la ley en el Congreso, a fin de resguardar a las minorías de los procedimientos y la deliberación pública del sistema político, que puede ser violado por la mayoría parlamentaria⁵²³.

32 Control concentrado de la ley

La sentencia del Tribunal, que inaplicó la ley de reelección presidencial, fue publicada conjuntamente con el otro “fallo” que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad, por no haberse alcanzado los seis votos de siete que se necesitaba para declarar fundada una acción de inconstitucionalidad, ya que cuatro magistrados se abstuvieron de votar –Nugent, Acosta, Díaz y García– por haber adelantado opinión, y los otros tres magistrados que estuvieron en contra –Aguirre, Revoredo y Terry– ni siquiera firmaron la resolución, a los que paradójicamente se les unió Nugent y Díaz. De modo que cinco magistrados no firmaron la resolución, lo cual significó desconocer la validez jurídica de la misma, quedando pues una sentencia que tan sólo fue suscrita por dos magistrados –Acosta y García–, que además se abstuvieron de votar.

Sobre esta dislocada resolución se ha dicho, no sin razón, que no constituye una sentencia, ya que no tiene efectos jurídicos una resolución en que

520. Víctor Ferreres Comella, *Justicia constitucional y democracia...*, op. cit., pp. 268 ss.; asimismo, Gustavo Zagrebelsky, *La crucifixión y la democracia...*, op. cit., p. 121.

521. Pablo Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)...*, op. cit., p. 86.

522. Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la constitución...*, op. cit., p. 107.

523. John Hart Ely, *Democracy and distrust...*, op. cit., pp. 125-134.

los únicos dos magistrados que la suscriben lo hacen para sustentar sus abstenciones⁵²⁴. Mientras que los demás magistrados no la firmaron, a pesar que dos de ellos también habían expresado sus abstenciones y los tres restantes estaban en contra. Por ello, también se ha señalado a esta resolución como ilegal, ya que para dictar una sentencia se requiere no sólo que haya quórum de asistencia en el Pleno Jurisdiccional, sino también que la suscriban sus miembros, aunque unos votos sean en pro o en contra de la inconstitucionalidad, u otros se abstengan. Por ese motivo, el Presidente del Tribunal Constitucional aclaró reiteradamente que la sentencia válida era la de inaplicación de la ley, pero no aclaró por qué entonces mandó publicar también el otro fallo o documento, que generó una gran confusión⁵²⁵.

Por el contrario, los magistrados constitucionales pro-gobierno señalaron que, al no haberse logrado declarar la inconstitucionalidad de la ley de la reelección que fue lo demandado, ésta sigue rigiendo⁵²⁶. Lo cual es obvio, la ley de la reelección sigue en vigencia, pero no es aplicable a su único potencial beneficiado, el Presidente Fujimori, por haber sido declarada inconstitucional⁵²⁷.

En consecuencia, será el Jurado Nacional de Elecciones, organismo encargado de validar las inscripciones de las candidaturas a la Presidencia de la República para el año 2000, el que tendrá que cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional de inaplicación de la ley de la reelección presidencial, aun cuando hay voces gubernamentales que señalan que con la expulsión de los tres magistrados del Tribunal Constitucional y la renuncia de su Presidente, no habrá impedimento para compeler al Jurado Nacional de Elecciones a que acate la ley de la reelección, antes que la resolución del Tribunal Constitucional inaplique la misma.

En cualquier caso, el Jurado Nacional de Elecciones también está facultado en el ejercicio de sus competencias como máximo organismo en materia electoral, para realizar el control difuso de constitucionalidad de las leyes electorales, como lo ha venido haciendo de manera independiente del poder político. Pero, dada la materia constitucional antes que electoral, de la

524. Pedro Planas, *La sentencia del tribunal constitucional*, en *El Comercio*, 23 de enero de 1997, p. A2.

525. EL COMERCIO, *Presidente del tribunal constitucional reitera que la ley de reelección es inaplicable, pero vicepresidente afirma que pronunciamiento que declaró inaplicabilidad es nulo*, edición del 29 de enero de 1997, p. A5.

526. *Ibidem*, p. 5; asimismo, LA REPÚBLICA, *Magistrados García y Acosta niegan validez a fallo del TC*, en edición del 17 de enero de 1997, p. 6.

527. LA REPÚBLICA, *La reelección de Fujimori es inaplicable*, *ibidem*, p. 6.

ley de la reelección presidencial, el Jurado Nacional de Elecciones está sometido a cumplir la sentencia del Tribunal Constitucional, por mandato de la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁵²⁸.

En cuanto a los argumentos de la precaria resolución de control abstracto de inconstitucionalidad, estos no expresan razones ni fundamentos jurídicos o doctrinarios que la sustentan, sólo repiten parcialmente los argumentos de los demandantes y del apoderado del Congreso, manifestando a continuación, sin mayor consistencia argumentativa, las causas que llevan a los cuatro magistrados a abstenerse de votar –por haber adelantado opinión– Asimismo, en dos breves párrafos recojen el principio constitucional de no dejar de administrar justicia y el artículo 4° de LOTC, relativo a la necesidad de contar con seis votos para declarar una ley inconstitucional; para luego fallar declarando infundada la demanda por un criterio meramente positivista, por no haber obtenido los seis votos de siete que manda la ley⁵²⁹.

Esta errónea sentencia, sin embargo, puso en evidencia dos problemas fundamentales del proceso de inconstitucionalidad de las leyes. Primero, la facultad legislativa de los magistrados de no votar, es decir, abstenerse, que creó este absurdo cuadro judicial, en el cual, pese a que cuatro magistrados no manifestaron opinión judicial y que los tres restantes estaban por la inconstitucionalidad de la ley, esta norma terminó siendo convalidada en abstracto como constitucional por mandato del artículo 4° de la LOTC, pero inaplicable en concreto al Presidente Fujimori⁵³⁰. Es del caso señalar que la semana anterior a la destitución de los tres magistrados (representantes del activismo judicial del Tribunal Constitucional, Aguirre, Rey y Revoredo), el Congreso aprobó, mediante la Ley N° 26801, la supresión de las abstenciones y la modificación del quórum del Tribunal a cuatro magistrados.

Segundo, vinculado al tema anterior, se presentó el problema de la exigencia de los seis votos de siete magistrados para declarar una ley inconstitucional, como la fuente del problema. De ahí que la irrazonable y desproporcionada cuota de votación constituyese una de las causas del problema de la práctica anulación del control constitucional de las leyes, por cuanto se llegó al inequitativo cuadro de que si cinco magistrados estaban por la inconstitucionalidad, uno faltaba y otro estaba por la constitucionalidad,

528. César Landa, *Estamos viviendo una esquizofrenia constitucional*, (entrevista de José Vargas), en el diario *Arequipa al Día*, 20 de enero de 1997, p.12.

529. Tribunal Constitucional, *Exp. N° 002-96-I/TC, sentencia del Tribunal Constitucional*, en el diario oficial *El Peruano*, Lima, 17 de enero de 1997, p. 146048.

530. Manuel Aguirre Roca, *Algunas discrepancias con Enrique Chirinos*, en *El Comercio*, Lima, 26 de enero de 1997, p. A2.

pues la ley no podía ser declarada inconstitucional por el voto de un magistrado contra el de los otros cinco.

Si el sistema de control constitucional de las leyes, consagrado en la Constitución, pretende ser una garantía de protección a las minorías y a la oposición parlamentaria, como plantea la doctrina, hubiera sido propio que el Congreso hubiese establecido un sistema de votación, no para favorecer la derogación de las leyes, sino para promover el control de los fáciles excesos de las mayorías parlamentarias, mediante un sistema de votación que asegurase tanto su función de control, como la integración de magistrados independientes del poder⁵³¹.

Es evidente que a través de estas sentencias se produjo un caso de judicialización de la política, en tanto que la mayoría parlamentaria no fue capaz de llegar a acuerdos políticos con la minoría parlamentaria, lo que originó que se llegue a la politización de la justicia constitucional. Aún cuando Kelsen pretendía una justicia constitucional técnica y eficaz que protegiese a la Constitución, alejada de las preguntas políticas⁵³², y aunque se estime que “en los estados con una jurisdicción constitucional consolidada se considera superada la contraposición legislador democrático-Tribunal Constitucional”⁵³³, es imposible eliminar en una democracia el conflicto político entre las mayorías y las minorías parlamentarias, (que se reproduce en la jurisdicción constitucional). De lo que se trata, más bien, es de resolverlo institucional e independientemente de las mayorías y minorías políticas⁵³⁴.

Por eso, “en el conflicto entre derecho y política, el juez sólo está obligado ante el derecho. Pero, le es lícito esperar que el legislador le evite este conflicto, no por su propio bien sino por respeto al derecho”⁵³⁵. La consecuencia, sin embargo, de este conflicto judicial sobre la ley de la reelección presidencial, fue el enfrentamiento y las desautorizaciones públicas entre los magistrados con una opción progubernamental y los que desarrollaron un activismo judicial radical, quedando los magistrados que se autolimitaban superados u obligados a definirse por una corriente u otra.

Después de esta causa sobre la reelección presidencial, que acarrió la politización de la justicia constitucional y la acusación constitucional contra

531. Otto Bachof, *Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 844.

532. Hans Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?...*, op. cit., p. 577.

533. Albrecht Weber, *La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: una comparación...*, op. cit., p. 80.

534. José Luis Cascajo, *Las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional*, en Congreso de los Diputados, *II Jornadas de Derecho Parlamentario...*, op. cit., p. 15.

los magistrados defensores del activismo judicial y del Presidente del Tribunal Constitucional, se produjeron doce sentencias más sobre acciones de inconstitucionalidad (hasta antes de la destitución de los magistrados por la mayoría parlamentaria), en las cuales, los siete magistrados votaron de idéntica forma en las doce acciones de inconstitucionalidad, con la salvedad que hubieron votos singulares en contra del magistrado Aguirre Roca en dos casos, uno de la ley del programa popular del vaso de leche⁵³⁶ y otro de ley de amnistía contra violadores de derechos humanos⁵³⁷, así como de la magistrada Revoredo, en el caso de la ley sobre la esterilización como política de población⁵³⁸.

La causa judicial de la reelección presidencial, política por excelencia, fue tanto el detonante del reinicio de votaciones colegiadas y homogéneas en el Tribunal Constitucional, como también de la destitución de los tres magistrados activistas judiciales, con lo que quedó clausurada la función esencial del Tribunal Constitucional: el control de la constitucionalidad de las leyes.

4. LÍMITES Y POSIBILIDADES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La experiencia del Tribunal Constitucional en el Perú como encargado del control constitucional de las leyes, ha demostrado hasta el momento que tanto como organismo constitucional como judicial, se encuentra marcada por la tensión política entre el gobierno y la oposición. Debido a que el Presidente Fujimori, y los poderes de *iure* y de *facto* en que se sustenta el gobierno, están aferrados a continuar garantizando directamente sus intereses económicos, políticos y militares, mediante la reelección presidencial de Fujimori en el año 2000, sin perjuicio de la prohibición de la Constitución y de la resolución del Tribunal Constitucional.

La destitución de los magistrados constitucionales, es una clara señal de que el gobierno ha olvidado que "la justicia constitucional es un elemento del sistema de medidas técnicas, que tienen por objetivo, asegurar el ejercicio

535. Otto Bachof, *El juez constitucional entre derecho y política...*, op. cit., p. 140.

536. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26637*, en *El Peruano*, Lima, 25 de enero de 1997, p. 146313

537. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26479 y la Ley N° 26492*, en *El Peruano*, Lima, 9 de mayo de 1997, pp. 149098 y s.; César Landa, *Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana*, en *Pensamiento Constitucional*, Año III, N° 3, PUCP-MDC, Fondo Editorial, 1996, pp. 151-208; asimismo, APRODEH, *I Foro ético jurídico sobre la impunidad*, Lima, 1996, pp.46.

538. Tribunal Constitucional, *Sentencia sobre la Ley N° 26530*, en *El Peruano*, Lima, 31 de mayo de 1997, p. 149688 y s.

los magistrados defensores del activismo judicial y del Presidente del Tribunal Constitucional, se produjeron doce sentencias más sobre acciones de inconstitucionalidad (hasta antes de la destitución de los magistrados por la mayoría parlamentaria), en las cuales, los siete magistrados votaron de idéntica forma en las doce acciones de inconstitucionalidad, con la salvedad que hubieron votos singulares en contra del magistrado Aguirre Roca en dos casos, uno de la ley del programa popular del vaso de leche⁵³⁶ y otro de ley de amnistía contra violadores de derechos humanos⁵³⁷, así como de la magistrada Revoredo, en el caso de la ley sobre la esterilización como política de población⁵³⁸.

La causa judicial de la reelección presidencial, política por excelencia, fue tanto el detonante del reinicio de votaciones colegiadas y homogéneas en el Tribunal Constitucional, como también de la destitución de los tres magistrados activistas judiciales, con lo que quedó clausurada la función esencial del Tribunal Constitucional: el control de la constitucionalidad de las leyes.