



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México  
México

Carpio Marcos, Edgar  
Constitución y reelección presidencial: el caso peruano  
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXIII, núm. 98, mayo - agosto, 2000, pp. 447 - 503  
Universidad Nacional Autónoma de México  
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42709801>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica  
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## CONSTITUCIÓN Y REELECCIÓN PRESIDENCIAL: EL CASO PERUANO

Edgar CARPIO MARCOS\*

**RESUMEN:** El artículo examina, a la luz de la institución de la reelección presidencial inmediata que introdujo la Constitución peruana de 1993 y de la teoría constitucional contemporánea, las muy diversas cuestiones político-constitucionales que se han suscitado en Perú con motivo de la reelección del Presidente Fujimori en 1995, y que se han renovado en el proceso electoral de 2000. Durante el debate sobre la interpretación de dicha institución se plantearon cuestiones tales como la aplicación en el tiempo de la Constitución; las facultades de un órgano legislativo para expedir leyes de "interpretación auténtica" de la Constitución; el alcance de las resoluciones y votaciones del Tribunal Constitucional; y las facultades de control constitucional del Jurado Nacional de Elecciones, entre otras. Además de ejemplificar la problemática general de la reelección en América Latina, el trabajo muestra los obstáculos de orden político que todavía enfrenta la vigencia plena de una Constitución en nuestra región, esto es, las presiones que se ejercen sobre los órganos del Estado para que éstos encuentren soluciones jurídicas favorables al régimen autoritario, aun cuando evadan el espíritu, si no es que la letra, de la propia Constitución.

**ABSTRACT:** *This article examines, under the light of the institution of immediate presidential reelection introduced by the Peruvian Constitution of 1993 and contemporary constitutional theory, the very diverse political and constitutional issues raised in Peru by the reelection of President Fujimori in 1995, and renewed during the electoral process of 2000. During the debate on the interpretation of this institution, a few issues like the following were raised: the application of the Constitution in the dimension of time; the powers of the legislature to pass laws regarding the "authentic interpretation" of the Constitution; the scope of the determinations and the voting procedures of the Constitutional Court; the constitutional control powers of the National Jury for Elections, among others. Besides providing an example of the general problems posed by presidential reelection in Latin America, the article clearly shows the political obstacles which the full force of a Constitution still faces in our region, i. e.*

\* Profesor de derecho constitucional en la Universidad de Lima.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El artículo 112 de la Constitución y la situación jurídico-constitucional del presidente en ejercicio*. III. *Límites constitucionales de la Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112 de la Constitución*. IV. *Tribunal Constitucional y reelección presidencial*. V. *Jurado Nacional de Elecciones y re-reelección presidencial*. VI. *Reflexiones finales*.

El Virrey tenía, limitando su autoridad, la persona sagrada del rey, y el prestigio religioso de la monarquía... El presidente tiene sólo sobre sí la noción de la soberanía popular, en la cual es el primero en no creer.

Víctor Andrés BELAUNDE<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Alejándose de una inveterada tradición, que no había conocido mayor ruptura que la acontecida durante el gobierno de Augusto B. Leguía en la segunda década del siglo XX,<sup>2</sup> la Constitución de 1993 introduciría la institución de la reelección presidencial inmediata.

Como los hechos lo acreditarían después, su incorporación fue la culminación de un proceso planificado con mucho tiempo de anticipación, que recién se hizo evidente con el autogolpe perpetrado por el presidente Alberto Fujimori el 5 de abril de 1992.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> "La crisis presente. Discurso de apertura del año académico de 1914 en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos", *Revista Universitaria*, Lima, año I, vol. I, 1914, p. 409.

<sup>2</sup> Cfr. Planas, Pedro, "Reelección y autoreelección en el Perú republicano", *Democracia y tradición constitucional en el Perú*, Lima, Edit. San Marcos, 1998, pp. 310-334. Igualmente, Carpio Marcos, Edgar, "La reelección del presidente de la república", *Revista Jurídica*, Trujillo, núm. 133, 1995, pp. 235 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. Abad Yupanqui, Samuel y Garcés Peralta, Carolina, "El gobierno de Fujimori antes y después del golpe", en varios autores, *Del golpe de Estado a la nueva Constitución*, Lima, 1993, Lecturas sobre temas constitucionales, núm. 9, pp. 85 y ss. Asimismo, *Debate Constitucional*, Lima, CAJ, año I, núm. 5, 1993.

Con anterioridad, su antecesor, el presidente García Pérez, especialmente dentro de los tres primeros años de ejercicio del poder, desplegó esfuerzos por modificar la Constitución de 1979 y de ese modo posibilitar su permanencia en el poder por un periodo presidencial adicional.<sup>4</sup> Sin embargo, la presión de la opinión pública y sobre todo el descrédito en el ejercicio de la labor gubernamental hicieron que sucumbieran tales esfuerzos.<sup>5</sup>

En abril del 92, con el pretexto de que la Constitución de 1979 obstaculizaba la realización de reformas estructurales; que la ausencia de una mayoría parlamentaria dificultaba la acción del Poder Ejecutivo, y que era necesario reformular la estrategia de la lucha estatal contra la subversión, extendiendo los alcances de la aplicación de la pena de muerte, se aniquiló la institucionalidad democrática, al condicionarse la vigencia de la Constitución a los fines del "Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional" que se inauguraba.

No pudo durar mucho el régimen pretoriano. En enero de 1993, forzado por la comunidad internacional, el gobierno de *facto* cedía a su pretensión de gobernar mediante decretos leyes, y permitía la instalación del Congreso Constituyente Democrático (en adelante CCD), un órgano de transición para el restablecimiento del sistema democrático, que al no encontrarse previsto por la Constitución de 1979, entre las opciones de modificar la Constitución o sancionar una nueva, se decide finalmente por esta última.

Era, además, una forma de maquillar el rompimiento de la institucionalidad democrática, y una forma política de des-

4 Cfr. Fernández-Maldonado, G. y Melo Vega, J., "Las propuestas de reforma constitucional", en varios autores, *La Constitución diez años después*, Lima, Instituto Constitución y Sociedad, 1989, p. 409.

5 El tratamiento de la reelección presidencial con la Constitución de 1979, puede verse en nuestro trabajo "La reelección del presidente de la república", *op. cit.*, nota 2, pp. 241-248.

pejar los temores que causaba el artículo 307 de la carta del 79.<sup>6</sup> Decía dicho precepto que:

La Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone... Son juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas de conformidad con ella, los que aparecen responsables de los hechos de la primera parte del párrafo anterior.

Mantener la Constitución del 79, introduciéndole reformas mediante un procedimiento que ella no preveía (el CCD), era una imprudencia política pues mantenía la *espada de Damocles* sobre los golpistas. La salida política, entonces, no podía ser otra que la elaboración de una nueva Constitución, aunque ésta conservara la estructura de la que se derogaba.<sup>7</sup>

Un análisis comparativo entre ambas constituciones, efectuada por espíritus serenos e imparciales, han hecho notar que la carta del 93, salvo los aspectos que no tocaba de la anterior, es notoriamente inferior que su predecesora.<sup>8</sup> Uno de esos aspectos negativos que la nueva *Lex Legum* traía, y que es en el fondo lo que se había buscado con el autogolpe de abril del 92, era la autorización para que el presidente de la república en ejercicio pudiera ser reelecto para un nuevo mandato presidencial.

Establece el artículo 112, en efecto, que “El mandato presidencial es de cinco años. El presidente puede ser reelegido para un periodo adicional. Transcurrido otro periodo constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones”.

<sup>6</sup> García Belaunde, Domingo, “La nueva Constitución del Perú”, en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, *La Constitución peruana de 1993*, Lima, Edit. Grigley, 1994, pp. 13-31.

<sup>7</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo, “La reelección presidencial y la Constitución histórica”, en varios autores, *Reelección presidencial y derecho de referéndum*, Lima, Fundación Hanns Seidel, 1997, pp. 45 y 46.

<sup>8</sup> García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 6, *passim*.

pejar los temores que causaba el artículo 307 de la carta del 79.<sup>6</sup> Decía dicho precepto que:

La Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone... Son juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas de conformidad con ella, los que aparecen responsables de los hechos de la primera parte del párrafo anterior.

Mantener la Constitución del 79, introduciéndole reformas mediante un procedimiento que ella no preveía (el CCD), era una imprudencia política pues mantenía la *espada de Damocles* sobre los golpistas. La salida política, entonces, no podía ser otra que la elaboración de una nueva Constitución, aunque ésta conservara la estructura de la que se derogaba.<sup>7</sup>

Un análisis comparativo entre ambas constituciones, efectuada por espíritus serenos e imparciales, han hecho notar que la carta del 93, salvo los aspectos que no tocaba de la anterior, es notoriamente inferior que su predecesora.<sup>8</sup> Uno de esos aspectos negativos que la nueva *Lex Legum* traía, y que es en el fondo lo que se había buscado con el autogolpe de abril del 92, era la autorización para que el presidente de la república en ejercicio pudiera ser reelecto para un nuevo mandato presidencial.

Establece el artículo 112, en efecto, que “El mandato presidencial es de cinco años. El presidente puede ser reelegido para un periodo adicional. Transcurrido otro periodo constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones”.

<sup>6</sup> García Belaunde, Domingo, “La nueva Constitución del Perú”, en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, *La Constitución peruana de 1993*, Lima, Edit. Grigley, 1994, pp. 13-31.

<sup>7</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo, “La reelección presidencial y la Constitución histórica”, en varios autores, *Reelección presidencial y derecho de referéndum*, Lima, Fundación Hanns Seidel, 1997, pp. 45 y 46.

<sup>8</sup> García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 6, *passim*.

La introducción de la reelección presidencial por una única vez y en forma inmediata, como se comprenderá, no pudo estar ajeno a debates airados. En realidad, éste, así como la pena de muerte, fueron los temas más ríspidos que se habrían de presentar. Entre las propuestas manejadas, se había deslizado inclusive la posibilidad de la reelección presidencial indefinida. Tal fue la propuesta sostenida por la constituyente Martha Chávez en la Comisión de Constitución y Reglamento, que fue abandonada, por buscar el apoyo de bancadas parlamentarias ajenas a la mayoría, que si bien formaban parte de la oposición, sin embargo estaban bastante próximas a la alianza oficialista Cambio 90-Nueva Mayoría.

El proyecto sustentado por la mayoría oficialista, salvo ligeros retoques de orden gramatical, sería aprobado en la vigésimo novena sesión (B-1), del miércoles 4 de agosto de 1993, por 51 votos a favor y 24 en contra.<sup>9</sup>

El sentido del precepto constitucional, al margen de los juicios de valor, o de conveniencia o no sobre la reelección presidencial, es claro. Un presidente no puede mantenerse en el poder más allá de diez años. Terminados los cuales, si pretendiese volver a postularse, inexorablemente debe dejar transcurrir cuando menos un periodo presidencial intermedio, esto es, un mandato de cinco años.

## II. EL ARTÍCULO 112 DE LA CONSTITUCIÓN Y LA SITUACIÓN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL PRESIDENTE EN EJERCICIO

Según una tradición muy común en los países de la América Latina, el debate constituyente sobre la reelección presidencial rara vez se ha fijado en perspectiva, tomando en consideración tradiciones, costumbres e historia política; más bien ha sido común que se lleve en forma personalizada, sobre la imagen de un caudillo, para quien precisamente era preparado el camino.

<sup>9</sup> Congreso Constituyente Democrático, *Diario de los Debates. Debate Constitucional. Pleno 1993*, Lima, 1998, t. II, p. 1622.

Las deliberaciones llevadas adelante en el CCD no podían ser la excepción, pese al esfuerzo por ocultarlo que los miembros de la alianza política oficialista realizaban. En realidad, se trataba de autorizar la reelección del presidente en ejercicio, y según se dijo, si era de manera indefinida, mejor.

No era casual, además, que el debate constituyente se planteara en esos términos. Si la intención era permitir que el presidente en ejercicio pudiese repetir su mandato, había que salvar necesariamente problemas de vigencia de dos normas constitucionales distintas: Por un lado, la Constitución de 1979, durante cuya vigencia el presidente Fujimori había sido elegido en 1990, y cuyo artículo 205 prohibía la reelección presidencial inmediata. Y, de otro, la Constitución de 1993, vigente a partir del 31 de diciembre de 1993, cuyo artículo 112 permitía la reelección por un periodo presidencial adicional.

Por tanto, el dilema por resolver y dejar claramente establecido era: ¿El presidente en ejercicio podía reelegirse automáticamente conforme a la carta de 1993, o se encontraba vedado, pues fue elegido bajo la inhabilitación del artículo 205 de la carta derogada?

Un sector de la doctrina nacional,<sup>10</sup> en opinión que compartíamos, estaba por la segunda de las tesis. El presidente en ejercicio fue elegido conforme a las reglas del artículo 205 de la Constitución de 1979, y por tanto se encontraba sujeto a la interdicción de reelegirse en forma inmediata, como también hubiese estado exceptuado de recortes a su mandato presidencial, en la eventualidad de que así se hubiere acordado en el CCD.<sup>11</sup>

Como es fácil de imaginar, no participaba de esa opinión la mayoría oficialista asentada en el CCD, y como veremos

<sup>10</sup> Cfr. Paniagua Corazao, Valentín, "Reelección presidencial y legislación electoral", en varios autores, *Reelección presidencial y derecho de referéndum*, *op. cit.*, nota 7, pp. 129 y 130. Bernaldes Ballesteros, Enrique, "El artículo 112 de la Constitución y la Ley 26657", *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP, núm. 3, 1996, p. 114.

<sup>11</sup> Carpio Marcos, Edgar, *art. cit.*, *op. cit.*, nota 2, pp. 246-248.

luego, tampoco lo haría en su momento el Jurado Nacional de Elecciones, el máximo órgano de la justicia electoral en nuestro país.

### *1. Congreso Constituyente Democrático y reelección presidencial*

Al instalarse el CCD, éste asume el ejercicio tanto de funciones constituyentes como de funciones legislativas. Así lo expresaría su Reglamento, y sobre todo la Ley constitucional del 15 de enero de 1993. El debate sobre la reelección presidencial, naturalmente, no podía ser ajeno a esa configuración peculiar del CCD, como enseguida veremos.

Cuando el CCD ejercía funciones constituyentes, pese a los esfuerzos por no personalizar el debate sobre la reelección, inevitablemente éste tuvo como referente al presidente Fujimori, pues los problemas que se irían de presentar tras la inminente aprobación de la reelección inmediata en la nueva carta era si podía reelegirse o no en los comicios de 1995, según se dijo.

Porque el asunto no podía presentarse de otra manera, precisamente buena parte del debate constituyente estuvo cifrado en precisar los alcances de una eventual autorización de la reelección inmediata. Así se observaría en los debates, y desde luego frente a aquellos sectores que querían brindar una vigencia ultraactiva del artículo 205 de la Constitución de 1979, no se escatimarían esfuerzos por negar una tesis como aquélla. Es el caso del constituyente Carlos Ferrero Costa, en su intervención en la vigésimo novena sesión matinal, celebrada el 4 de agosto de 1993. Allí expresaría:

...vamos a tener una Constitución nueva a fines de 1993. Por tanto, la Constitución rige desde el momento en que se promulga y que el referéndum ha consagrado. Desde ese momento, no hay Constitución de 1979, no hay plazo de dos años, no hay régimen de que la reelección no puede ser inmediata.

¿Cómo se puede exigir que nosotros en el año 1995 vivamos con la Constitución de 1979, cuando en el 95 lo que rige es la Constitución del 93? Es decir, cuando nace la Constitución del 93, muere la Constitución del 79.<sup>12</sup>

En la misma vigésimo novena sesión, esta vez vespertina, ante la pregunta del constituyente Francisco Tudela Van Breugel-Douglas<sup>13</sup> (que recordaría la constituyente Gloria Helfer después) acerca de si la reelección presidencial inmediata se realizaría en 1995 o en el año 2000; el presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, expresaría:

Cinco palabras, presidente. Para reiterar que la propuesta aprobada (de la reelección presidencial inmediata) es la posibilidad de solamente dos periodos seguidos. ¿Quiere que sea más directo?, le diré: Si el presidente Fujimori se presentara a un proceso electoral, podrá ser presidente sólo una vez más, porque el actual periodo (el iniciado en 1990) se computaría como tal. Creo que más claro no puedo ser.<sup>14</sup>

El asunto, pues, a nivel del CCD quedó claro. La entrada en vigencia de la Constitución de 1993 derogaba la prohibición del artículo 205 de la carta del 79, y por tanto, el presidente en ejercicio se encontraba facultado para postular a la reelección presidencial en el quinquenio 1995-2000.

Como ya se ha expresado, esa era la intención cuando se asumió como tarea la elaboración de una nueva Constitución, y sin duda fue también el *leitmotiv* de la introducción de la reelección inmediata. No se pensaba, desde luego, posibilitar la reelección presidencial de un ciudadano distinto del presidente en ejercicio de entonces.

Sin embargo, el esclarecimiento de los alcances de la fórmula de la reelección presidencial no sólo se observó duran-

<sup>12</sup> Congreso Constituyente Democrático, *Diario de los Debates. Debate Constitucional. Pleno 1993*, Lima, 1998, t. II, p. 1554.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 1611.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 1615.

te los debates constituyentes en el seno del CCD. Marcó posteriormente su actividad legislativa, de la que estaba simultáneamente premunido.

En efecto, apenas se instaló el Congreso Constituyente Democrático, uno de sus primeros actos fue el de expedir la Ley constitucional del 6 de enero de 1993, cuyo artículo 3o. precisaba que: "El presidente de la república elegido en 1990 en actual ejercicio es el jefe constitucional del Estado y personifica a la nación".

A través de dicha Ley constitucional, a la que se dotó de un valor semejante a la Constitución, el Congreso Constituyente Democrático ratificaba en el cargo de presidente de la república al ciudadano Alberto Fujimori Fujimori, esto es, reconocía el mandato presidencial que éste había obtenido durante la vigencia de la carta del '79, y por tanto tenía en el presidente en ejercicio al eventual primer favorecido de autorizarse la reelección presidencial inmediata, como efectivamente sucedió al aprobarse el artículo 112 de la Constitución de 1993 unos meses después.

Precisamente porque el presidente elegido para el quinquenio 1990-1995, era el potencial primer ciudadano al que le sería aplicable el artículo 112 de la Constitución, es que el 5 de enero de 1995, pocos meses antes de que se llevaran a cabo las elecciones generales para el periodo presidencial 1995-2000, el Congreso Constituyente Democrático expidió la Ley 26430, por medio de la cual se estableció las *normas aplicables al ciudadano que ejerza la Presidencia de la república y que postule a la reelección*, según denominación que ella misma utiliza. En ese sentido, su artículo 1o. recordaría que "A partir de los 90 días anteriores al acto de sufragio, el ciudadano que ejerza la Presidencia de la república y que en virtud del artículo 112 de la Constitución postule a la reelección, queda impedido de:..."

Para el Congreso Constituyente Democrático, el presidente elegido en 1990 y en ejercicio hasta el 28 de julio de 1995, cuya ratificación él mismo había hecho mientras estuvo en

funcionamiento, debía ser considerado, eventualmente, como el primer caso donde potencialmente se habría de aplicar por vez primera el artículo 112 de la Constitución de 1993.<sup>15</sup>

*2. El Jurado Nacional de Elecciones y el artículo 112 de la Constitución de 1993: la reelección presidencial de 1995*

Terminado el debate constituyente, y con posterioridad a la expedición de la Ley 26430, el mismo tópico habría de plantearse en el ámbito del Jurado Nacional de Elecciones.

Quienes desde la arena política aún no aceptaban que un presidente elegido durante la vigencia del artículo 205 de la carta del 79, bajo la prohibición de la reelección presidencial inmediata, pudiese acogerse a la permisión establecida en el artículo 112 de la nueva Constitución, no ocultaban que finalmente la última instancia que decidiría de manera vinculante el asunto, no podía ser otro órgano que el encargado de llevar adelante el proceso electoral.

Por ello, no bien el presidente en ejercicio inscribió su candidatura a la Presidencia para el quinquenio 1995-2000, de conformidad con las normas que regulaban el proceso electoral de entonces, se tachó la admisión de tal inscripción.<sup>16</sup>

La tacha contra el presidente en ejercicio, presentada por el abogado Tito Ura Mendoza, fue resuelta por el Jurado Nacional de Elecciones mediante la resolución 172-94-JNE. En su parte considerativa, muy parca por lo demás, expresaría:<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Cfr. Planas, Pedro, "La lucha por el Estado de derecho en el Perú (La reelección forzada y el referéndum desvirtuado)", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Medellín, 1997, pp. 465-470.

<sup>16</sup> Cfr. Quiroga León, Aníbal, "El reto del Jurado Nacional de Elecciones", *El Comercio*, 5 de octubre de 1994, p. A-2.

<sup>17</sup> Resolución núm. 142-94-JNE, *El Peruano*, 27 de octubre de 1994, p. 127-132.

Que, la normatividad contenida en la Constitución Política de 1979 ha sido sustituida íntegramente por las disposiciones de la actual Constitución, en aplicación de su última Disposición Final, habiéndose cumplido además con el requisito de aprobación por Referéndum. *Que, el artículo 112 de la Constitución Política del Estado de 1993 permite la reelección del presidente de la república, sin establecer limitación alguna...*<sup>18</sup>

El pronunciamiento del Jurado Nacional de Elecciones así ponía fin al debate que desde 1993 había enfrentado, en el plano político, a mayoría y minorías. No había aplicación ultraactiva del artículo 205 de la Constitución de 1979, con lo cual el ejercicio del mandato presidencial en el quinquenio de 1990-1995, había estado sujeto:

- a) Entre el 28 de julio de 1990 al 30 de diciembre de 1993, por la Constitución de 1979.
- b) Entre el 31 de diciembre de 1993 al 28 de julio de 1995, por la Constitución de 1993.

Por tanto, cuando el presidente en ejercicio hasta julio de 1995, inscribió su candidatura presidencial para el proceso electoral de 1995, lo hacía por expresa habilitación del artículo 112 de la Constitución de 1993, que permitía la reelección presidencial inmediata.

Como era previsible, el presidente-candidato a la reelección presidencial salió airoso en los comicios electorales de aquel año. Si antes había dejado atrás a uno de los peruanos con mayor resonancia internacional, el escritor Mario Vargas Llosa, ahora le tocaba el turno a otro no menos conocido, el ex secretario general de la ONU, el embajador Javier Pérez de Cuéllar.

<sup>18</sup> Cfr. Delgado Guembes, César, "La elección del presidente de la república: la regla del doble complemento y la consolidación democrática", *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP, núm. 3, 1996, pp. 72 y ss. El subrayado es mío.

### III. LÍMITES CONSTITUCIONALES DE LA LEY DE INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA DEL ARTÍCULO 112 DE LA CONSTITUCIÓN

Pasados los comicios electorales de 1995, y cuando aún no había amainado del todo los debates sobre la reelección presidencial, el 23 de agosto de 1996 el Congreso de la república —de estructura unicameral— furtivamente aprobaba una Ley, denominada “Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112 de la Constitución”.

A juicio de la mayoría parlamentaria, de la misma alianza política del presidente reelecto, ahora el artículo 112 de la Constitución presentaba dudas interpretativas sobre sus alcances: ¿Debía entenderse que en el cómputo de la reelección presidencial se comprende a los mandatos presidenciales asumidos con anterioridad a su entrada en vigencia, esto es, antes del 31 de diciembre de 1993? o, por el contrario, ¿debe entenderse que el cómputo de la reelección presidencial inmediata sólo debe comprender los periodos presidenciales asumidos desde que ella entró en vigencia?

Con el propósito de resolver las dudas que dicho precepto constitucional ocasionaba, fugazmente se sancionó y promulgó la Ley número 26657, cuyo artículo único señalaba:

Interprétase de modo auténtico, que la reelección a la que se refiere el artículo 112 de la Constitución, está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interprétase auténticamente que en el cómputo no se tienen en cuenta retroactivamente los periodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución.

La presente norma se ampara en el artículo 112 de la Constitución y en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> La octava disposición final y transitoria de la Constitución señala que “Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional. Tienen prioridad: 1) Las normas de descentralización y, entre ellas, las que permitan tener nuevas autoridades elegidas a más tardar en 1995. Y 2) Las

La carrera, pues, para una *re-reelección* presidencial había comenzado. Ya una semana antes, el 16 de agosto de 1996, los primeros indicios de que no había intención de respetar el artículo 112 de la Constitución se dejaron entrever. A través de la Ley 26554, se introducía un "título preliminar" a la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, cuyo artículo III enunciaba:

En todo acto o procedimiento debe observarse el ordenamiento legal vigente:

Cuando una norma de derecho público condiciona el ejercicio de un derecho a hechos anteriores, sólo se tienen en cuenta los iniciados con posterioridad a la referida norma

Para extender la aplicación de esta norma más allá del procedimiento administrativo seguido ante los órganos de la administración pública, y en consecuencia hacerla aplicable aún en la sede del Jurado Nacional de Elecciones, los artículos I y VII, establecerían: "En la aplicación de las leyes *toda autoridad del Estado*, en su respectivo ámbito, deberá cumplir con los principios a que se refiere el presente Título Preliminar, salvo disposición legal expresa en contrario".

Mientras que el artículo VII, diría: "El presente Título Preliminar se aplica por extensión a *toda procedimiento fuera del ámbito del Poder Judicial*".

Si se hace abstracción de la intencionalidad de la Ley 26657 por regular concretamente el tema de la reelección presidencial, sobre el que luego volveremos, el sentido del nuevo artículo III del título preliminar de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos no es otro que impedir al Jurado Nacional de Elecciones el cómputo del periodo presidencial iniciado durante la vigencia de la Constitución de 1979, en una eventual candidatura para una *re-reelección* presidencial, y obligar de ese modo que sólo se

tome en cuenta el mandato presidencial iniciado durante la vigencia de esta última Constitución.

Cabe en consecuencia interrogarse ¿por qué entonces se dictó la Ley de Interpretación Auténtica? La respuesta es sencilla. La expedición de la Ley 26554 si bien abría las puertas de una autorización para la *re-reelección* presidencial, sin embargo no ofrecía la certeza de que fuese aplicada más adelante, cuando se inscribiese la candidatura para un tercer mandato presidencial: En efecto, la realización de los procesos electorales y todo lo que con ello se encuentra relacionado, se encuentra regulado por leyes especiales, y la ley 26554 no pasaba de ser una ley general, cuya regulación de los procedimientos administrativos no podía extenderse para el caso de los procesos electorales.

La no aplicación del artículo III del nuevo título preliminar de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos era inminente, si es que no se cerraban todas las brechas al Jurado Nacional de Elecciones, quien en última instancia decidiría el asunto.

¿Cómo parapetar legislativamente al Jurado Nacional de Elecciones? Una simple ley aunque ayudaba, sin duda, no garantizaba nada. Políticamente, no había otra salida que expedir una ley meramente interpretativa del artículo 112 de la Constitución. Pero no podía ser una ley interpretativa cualquiera, acaso desarrollada a propósito de temas cercanos a la regulación del proceso electoral. Tenía que ser una Ley de “interpretación auténtica” del artículo 112 constitucional.

Como se verá más adelante, el carácter de “Ley de Interpretación Auténtica”, so pretexto de su carácter “auténtico”, debía evitar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad por el Jurado Nacional de Elecciones, pues en Perú aún tratándose el Jurado de un órgano que no forma parte del Poder Judicial, sin embargo, la Constitución vigente la configura como el ente encargado de “administrar justicia en materia electoral” (artículo 178 inciso 4), y en cuanto tal, atribuido de la competencia para, “en todo proceso, de

existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal”, preferir la primera (artículo 138 *in fine*).

Atrás habían quedado los esfuerzos por sostener que no le era aplicable al presidente Fujimori el artículo 205 de la Constitución de 1979, pues encontrándose en vigencia el artículo 112 de la Constitución de 1993, no había impedimento alguno para que éste postulase en 1995 a la reelección presidencial.<sup>20</sup> De lo que se trataba ahora, en una verdadera leguleyada, era sostener que la primera elección presidencial había acontecido en julio de 1995 y por tanto que la primera y única (?) reelección permitida por la Constitución de 1993, sólo ocurriría en julio del año 2000.

La audacia del camino preparado, con anuencia del presidente reelecto, sin embargo no escondía la manifiesta inconstitucionalidad de la Ley de Interpretación Auténtica, y sin duda, la misma *re-reelección presidencial*.<sup>21</sup>

### 1. *Interpretación constitucional, leyes meramente interpretativas y Constitución*

Una de las primeras objeciones realizadas sobre la constitucionalidad de la Ley 26657, amparándose en una interpretación literal del artículo 102, inciso 1o. de la Constitución de 1993, fue que el Poder Legislativo no podía interpretar la carta magna, pues a tenor de dicho precepto, la atribución del Congreso se limita únicamente a “Dar *leyes* y resoluciones legislativas, así como *interpretar*, modificar o derogar las existentes”.

Dicho precepto, a juicio de algunos, no habilita al legislador ordinario a realizar una interpretación de la Constitu-

<sup>20</sup> Landa Arroyo, César, “Límites constitucionales de la ley de reelección presidencial”, *El Comercio*, del 11 de octubre de 1996, p. A-2. Igualmente, Abad Yupanqui, Samuel, “Reelección presidencial. Límites constitucionales”, *La República*, 5 de marzo de 1996, p. 19.

<sup>21</sup> Cfr. aparte de los trabajos ya citados, Wieland, Hüber, “La reelección presidencial: Análisis de la disposición constitucional y su ley interpretativa”, en varios autores, *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios III*, Lima, CAJ, 1996, pp. 197 y ss.

ción, pues sólo contempla el caso de la interpretación de las leyes aprobadas por él, y en última instancia, la interpretación de los actos legislativos de rango, valor o fuerza de ley. Por tanto, dado que la Constitución no es una ley, sino la *Lex Suprema*, el único órgano competente para realizar su interpretación "auténtica" sería el CCD, cuyas funciones sin embargo ya habían culminado el 28 de julio de 1995, varios meses antes de que se promulgara la Ley 26657.

Tal postura, que ha generado una importante polémica doctrinal no es, a nuestro juicio, relevante.<sup>22</sup> Que la Constitución no haya contemplado de manera expresa que el Legislador ordinario pueda interpretarla, no quiere decir que aquélla le sea una tarea vedada. No solamente para él, sino en general para todos los poderes públicos, pues se convenirá que la Constitución no es una norma que tenga o pueda tener un único intérprete.

La Constitución, en cuanto norma jurídica que preside e informa todo el ordenamiento jurídico, puede y debe ser interpretada, en general, por cualquier individuo o poder público que pretenda aplicar el derecho de la Constitución. Así lo hacen (o deberían hacer) los jueces del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y los diversos órganos de la administración pública. Sencillamente, en un Estado Democrático de derecho existe, como dice Pëter Häberle, una "sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución".<sup>23</sup>

Si se llevara al extremo un criterio semejante, en el ordenamiento constitucional peruano, salvo el Poder Constituyente, no habría otros intérpretes de la Constitución, pues su-

22 Entre los diversos puntos de vista que se han tejido desde que se expidiera la Ley 26657, puede verse: Monroy Gálvez, Juan, "El mito de la interpretación auténtica", *El Comercio*, 23 de enero de 1997, p. A-2; Quispe Correa, Alfredo, "La interpretación auténtica", *Expreso*, 25 de agosto de 1999, p. 31; Rodríguez Domínguez, Elvito, "No hay interpretación auténtica", *Expreso*, 6 de septiembre de 1999, p. 32, etcétera.

23 Häberle, Pëter, *Hermenéutica constitucional (A sociedade aberta dos interpretes da Constituicao: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituicao)*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. García Belaunde, Domingo, "La interpretación constitucional como problema", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 86, 1994, pp. 33 y ss.

cede que ninguno de sus preceptos reconoce a órgano alguno (incluso el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial) tal facultad.

No es pues por ese lado, donde había que encontrar los vicios de legitimidad constitucional de la Ley 26657. El problema, a nuestro modo de ver, es otro: ¿puede el Poder Legislativo dictar leyes meramente interpretativas?

Obviamente, la respuesta tiene que ser negativa. La Constitución es un ordenamiento elaborado por el Poder Constituyente y compuesto, por lo general, de normas "abiertas", esto es, normas que admiten, por la propia naturaleza de los temas que ella regula, más de una lectura interpretativa.

Por tanto, cuando el legislador ordinario pretende dictar una ley, por virtud del cual impone una sola manera de comprender el mensaje constitucionalmente previsto, lo que en realidad está pretendiendo hacer es "cerrar" o completar la obra del Poder Constituyente, olvidando que él no es más que uno de los poderes constituidos.

El Tribunal Constitucional español lo ha dicho así:

(El legislador no puede dictar) normas meramente interpretativas, cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido entre los varios posibles que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues al reducir las distintas posibilidades o alternativas del Texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del Poder Constituyente y se sitúa funcionalmente en su mismo plano, cruzando, al hacerlo, la línea divisoria entre el Poder Constituyente y los poderes constituidos.<sup>24</sup>

Desde tal perspectiva, al constituir la Ley 26657 una norma meramente interpretativa del artículo 112 de la Constitución, en forma independiente de otros problemas que su contenido pueda presentar, se trataba de una ley inconstitu-

<sup>24</sup> STC, 76/83, fundamento jurídico 6. Cfr. Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1993, p. 621.

cional, pues se había dictado rebasando las fronteras que existen entre Poder Constituyente y Poder Constituido.<sup>25</sup>

## 2. Constitución e interpretación "auténtica"

Como lo ha demostrado en un reciente estudio Alfredo Quispe Correa, en el Perú el tema de la interpretación "auténtica" de la Constitución goza de cierta tradición. Así se ha hecho en innumerables oportunidades, y con propósitos distintos.<sup>26</sup> Sin embargo, no es la fuerza de la tradición la que convalida la constitucionalidad de una práctica legislativa.

Como se sabe, la figura de la "interpretación auténtica", si bien con antecedentes, en el Estado moderno adquiere cierta carta de ciudadanía cuando en la Francia revolucionaria se implanta la institución del *referé législatif*, y por su virtud se exige que los jueces consulten al Poder Legislativo todo tipo de dudas acerca de la interpretación de las leyes, que ellos no pueden sino limitarse a aplicar.<sup>27</sup>

Hoy, naturalmente, esa configuración automática del juez y de la labor jurisdiccional que realizarían, ya no es posible de suscribirse pues ni se puede aplicar el derecho sin previamente interpretarlo, ni tampoco se puede negar que en toda interpretación que realiza cualquier operador del derecho (y especialmente el juez) hay un poco de creación personal, más aún si de lo que se trata es de interpretar la Constitución.<sup>28</sup>

25 Una posición crítica sobre la inconstitucionalidad de las leyes meramente interpretativas en España, puede verse en el trabajo de Muñoz Machado, Santiago, "La interpretación de la Constitución, la armonización legislativa y otras cuestiones", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 9, 1983, pp. 132-143.

26 Quispe Correa, Alfredo, "Los intérpretes de la Constitución", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, Lima, núm. 2, 2000 (en prensa).

27 Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Tres instituciones francesas revolucionarias y el derecho constitucional mexicano", en varios autores, *Bicentenario de la Revolución Francesa*, México, UNAM, IJ, 1991, pp. 65 y 66.

28 Cfr., por ejemplo, el clásico trabajo de Frank, Jerome, "Palabras y música (observaciones sobre la interpretación de las leyes)", en varios autores, *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Edit. Losada, 1951, pp. 173 y ss.

Sin embargo, el problema constitucional de fondo en el caso de la Ley 26657 no era tanto la denominación como “Ley de Interpretación Auténtica”, y con ello, el de mantener una posición teórica sobre la posición del juez (ordinario, constitucional o electoral) frente a la ley. El meollo del asunto, sin duda, era: ¿puede interpretarse auténticamente la Constitución?, ¿puede efectuarla el Poder Legislativo?

Serías dudas presenta, en la Teoría de la Constitución, que el planteo sobre la interpretación auténtica de las leyes pueda trasladarse con igual fortuna para el caso de la Constitución, aún admitiéndose que ésta pueda llevarla adelante, eventualmente, el mismo Poder Constituyente.<sup>29</sup>

En efecto, las funciones que el Poder Constituyente ejerce en forma soberana, plenipotenciaria y extraordinaria, termina en el mismo momento en que concluye la elaboración de la Constitución. Una vez culminada su obra, el Poder Constituyente desaparece, y los poderes constituidos asumen el ejercicio de sus competencias o atribuciones constitucionales.

Por tanto, los problemas interpretativos que se deriven de la aplicación de la Constitución, no son temas que aquél pueda resolver, pues si éstos se presentan, se manifiestan en un momento posterior a la culminación de las labores constituyentes, cuando el ejercicio de las funciones del Poder soberano han cesado, y no existe otro soberano en el Estado de derecho que su obra, la Constitución. ¿En qué momento, entonces, podría el Poder Constituyente realizar la interpretación auténtica de la Constitución?

En el caso de la Ley 26657, la irrogada facultad de “interpretar auténticamente” el artículo 112 de la Constitución, era aún más cuestionable, pues el Congreso que expidió la Ley 26657 no tenía la condición de Poder Constituyente.

Si por interpretación auténtica dicese de la operación legislativa destinada a esclarecer el sentido interpretativo de una ley realizada por el órgano que la dictó, entonces el

<sup>29</sup> Cfr. últimamente, Guastini, Ricardo, ¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, UNAM, 1999, pp. 82-84.

legislador ordinario no podía irrogarse la facultad de realizarla como si fuera su obra, pues ésta fue elaborada por un poder no solamente distinto, sino superior: el Poder Constituyente.

En consecuencia, dado que la Ley 26657 se dictaba como “interpretación auténtica” del artículo 112 de la Constitución, ello no podía entenderse de otra manera que como un acto legislativo dictado en suplantación del Poder Constituyente.

Sin embargo, la carencia de competencia del legislador ordinario para realizar interpretaciones auténticas de la Constitución no constituía el único problema, pues al establecerse mediante la Ley 26657 que la única forma posible de interpretarse el artículo 112 de la Constitución era como su artículo único precisaba, con ello se buscaba en realidad excluir de un eventual control judicial de constitucionalidad a la Ley de Interpretación Auténtica, precisamente porque se trataba de una norma que definía el sentido constitucionalmente adecuado del artículo 112 de la Constitución.

En efecto, si como la doctrina de la “interpretación auténtica” enseña, la norma interpretativa nada crea y sólo aclara el sentido de un precepto,<sup>30</sup> era consecuencia obvia que esta última no podría ser enjuiciada, pues en último extremo el control constitucional no caía sobre la Ley de Interpretación Auténtica, sino sobre el artículo 112 de la Constitución, en el sentido fijado por la ley 26657.

Y sabido es que el control de constitucionalidad de las leyes no tiene como posible objeto del control a normas constitucionales, sino únicamente a las que tienen la condición de normas con rango de ley. Porque se pretendía evitar un posible control de constitucionalidad de la Ley de Interpretación Auténtica, es que la habilitación de la *re-reelección* presidencial no culminó con la promulgación de la Ley

<sup>30</sup> Cfr. Linares Quintana, Segundo, *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 141 y ss.

26430, que introdujo un título preliminar a la Ley General de Procedimientos Administrativos.

De esta forma, nuevamente olvidando su condición de poder constituido, el Legislador ordinario rebasaba nuevamente sus atribuciones constitucionales, dado que pretendía excluir del control de constitucionalidad un acto legislativo, emanado de un poder constituido.<sup>31</sup>

### 3. *Retroactividad de la Ley de Interpretación Auténtica*

Otro aspecto que también se cuestionó a la Ley 26657 fue la regulación retroactiva que hacía de los mandatos presidenciales, al disponer que

...la reelección a la que se refiere el artículo 112 de la Constitución, está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interpretase auténticamente que en el cómputo no se tienen en cuenta retroactivamente los periodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución.

La Constitución de 1993, con algunas variantes en relación con la Constitución derogada, establece en su artículo 103 que "Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo".

Como ya se ha recordado con anterioridad, el presidente en ejercicio fue elegido por primera vez en 1990, encontrán-

<sup>31</sup> La exclusión de una ley del control judicial de constitucionalidad, a través de leyes meramente interpretativas, ya tenía un nefasto precedente entre nosotros, bien que en tal caso sólo se tratase de la interpretación auténtica de una ley, y no de la Constitución. En efecto, en junio de 1995, un juez del Poder Judicial inaplicó una ley de amnistía dictada por el Poder Legislativo por considerar que con ello se afectaba la Constitución. Dos semanas después, el Congreso expidió una Ley de Interpretación Auténtica disponiendo que dicha ley de amnistía no vulneraba la independencia del Poder Judicial, los derechos humanos, y concluía que no podía ser objeto de control de constitucionalidad. A propósito, *cfr.* Landa Arroyo, César, "Límites constitucionales de la ley de amnistía peruana", *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP, núm. 3, 1996, pp. 154 y ss.

dose sujeto dicho mandato presidencial hasta el 30 de diciembre de 1993, bajo los alcances del artículo 205 de la Constitución de 1979; y desde el 31 de diciembre de ese año, por la Constitución de 1993; con el que, desde luego, se regula su segundo mandato presidencial, que empezó el 28 de julio de 1995.

Pues bien, según la Ley 26657 no sería computable el mandato presidencial ejercido entre 1990-1995, a los efectos de la aplicación del artículo 112 de la Constitución, pues de conformidad con ella, sólo deberían contabilizarse los mandatos presidenciales iniciados durante la vigencia de la carta del 93.

De esta forma, al excluir la Ley de Interpretación Auténtica el cómputo del periodo presidencial iniciado en 1990, se transgredía el artículo 103 de la Constitución, ya que se trataba de regular un asunto que antes de su vigencia ya había acaecido, pues cuando se dictó la ley 26657, el 23 de agosto de 1996, dicho mandato presidencial ya había culminado (además de haber sido, en su momento, ratificado por la Ley constitucional del 9 de enero de 1993, y haber sido computado por el Jurado Nacional de Elecciones en el proceso electoral de 1995).

Se trataba de una exclusión arbitraria, y jurídicamente inadmisibles, pues por un lado, se pretendía desconocer la aplicación del artículo 112 de la Constitución que el Jurado Nacional de Elecciones había efectuado en el proceso electoral del 95 para admitir la candidatura del presidente Fujimori, no a través de una reforma constitucional, sino a través de una ley. Y de otro, no obstante que las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación, y rigen para el futuro (artículo 109 de la Constitución), de manera retroactiva desconocía un mandato presidencial que para la fecha en que fue promulgada ya había fenecido, y por tanto jurídicamente imposible de que fuese objeto de regulación normativa ulterior.

4. *La Ley de Interpretación Auténtica: ¿Abstracta, general e impersonal?*

Como se sabe, el establecimiento del Estado moderno supuso la inversión de los supuestos lógicos y antropológicos del Antiguo Régimen. Al gobierno de los hombres, basado en la subjetividad y arbitrio del monarca, como titular de la soberanía, se le opuso el gobierno de las leyes, un sistema en el que la ley, como expresión de la voluntad general, debía estar previamente establecida, y cumplir ciertas condiciones, como tener carácter general, ser abstracta e impersonal.

En realidad, esta condición que se exige de las leyes es consecuencia del concepto de igualdad formal que se proclama como derecho constitucional, en cuya virtud se exige de las leyes una regulación que no haga distinciones en función de criterios subjetivos o personales.

Este concepto de igualdad formal (artículo 2 inciso 2 de la Constitución) y la propia configuración de la ley, formulados ya desde finales del siglo XVIII, fueron recogidos por el artículo 103 de la Constitución de 1993, al regular la función legislativa. Dicho precepto, en efecto, afirma: "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exigen la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas".

Pues bien, este principio estructural del Estado de derecho es el que habría de ser infringido nuevamente por la Ley de Interpretación Auténtica. En efecto, la ley 26657 tiene un marcado carácter singular, esto es, se trata de una norma especial destinada a regular la situación de una única persona, la del presidente en ejercicio, y orientada a habilitar su candidatura electoral para el segundo mandato presidencial que se pudiera asumir durante la vigencia de la nueva Constitución.

Salvo el caso del presidente reelecto en 1995, ningún ciudadano se encontraba en la hipótesis de verse favorecido con la exclusión del mandato presidencial asumido durante

la vigencia de la Constitución de 1979. La situación de los últimos expresidentes de la república, no era la de aspirar a la reelección presidencial inmediata, si es que algunos de ellos lo hubiese intentado. Más aún, después de aplicarse para habilitar una *re-reelección* del presidente en ejercicio, era evidente que dicha norma, aunque no fuese formalmente derogada, cesaba en su vigencia, pues con posterioridad no serviría para regular la situación de presidente alguno que intentara la reelección inmediata.

Ciertamente, la Constitución de 1993 no excluye la posibilidad de que se dicten leyes especiales que escapen del carácter general, abstracto o impersonal. Pero para ello exige del legislador contar con una base objetiva y razonable.

Sin embargo, tal condición para la validez de las leyes especiales, en el caso de la reelección presidencial no se presentaba. Pocas dudas caben de que la Ley número 26657 se dictó con la intención de permitir la re-reelección del presidente Fujimori: Una ley “con nombre propio”, dictado para favorecer los intereses personales del presidente reelecto, y no porque lo requería la naturaleza de las cosas.

En consecuencia, dado que la Ley de Interpretación Auténtica se había dictado con el *ex profeso* cometido de permitir una *re-reelección* presidencial del presidente en ejercicio, haciéndolo pasar como si recién se tratara de una primera reelección, dicha ley vulnera el primer párrafo del artículo 103 de la Constitución, en cuanto prevé que “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas”.

##### 5. *La Ley de Interpretación Auténtica ¿norma de desarrollo constitucional?*

Un elemento adicional a tenerse en cuenta en este breve análisis de la constitucionalidad o no de la Ley 26657, está constituido por el segundo párrafo de su artículo único, a cuyo tenor se expresaría: “La presente norma se ampara en

el artículo 112 de la Constitución y en la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución”.

Dicha octava disposición final y transitoria de la Constitución de 1993 señala que “Las disposiciones de la Constitución que lo requieran, son materia de leyes de desarrollo constitucional...”

¿La ley 26657 podía considerarse como una ley de desarrollo constitucional? ¿Cuál es el ámbito de las leyes de desarrollo constitucional? La Constitución, salvo en este precepto, en ningún otro apartado menciona esta calificación de las leyes, y menos por supuesto, qué debe entenderse por “leyes de desarrollo constitucional”.

Como categoría normativa autónoma no existe, por lo que de tal calificación no cabe desprender ninguna consecuencia jurídica sobre el valor que puedan tener en el sistema de fuentes formales del derecho.

En función de los elementos descriptivos que la octava disposición final y transitoria de la Constitución realiza, la Constitución parece entender por leyes de desarrollo constitucional a todas aquellas normas con rango de ley cuyo dictado el Constituyente ha impuesto al legislador (ordinario u orgánico) en aquellos supuestos en que la eficacia de las normas constitucionales se encuentra supeditada a una previa reglamentación legislativa.<sup>32</sup>

Desde esa perspectiva, entonces, las leyes meramente interpretativas de la Constitución —sin perjuicio de lo ya expresado— no podían considerarse como “leyes de desarrollo constitucional”, ya que el artículo 112 de la Constitución no constituye una norma cuya eficacia se encuentre diferida o condicionada a reglamentación legislativa, al tener la naturaleza de una norma autoaplicativa, y directamente aplicable.

<sup>32</sup> Los diversos contenidos que estas leyes de desarrollo constitucional puedan tener, y por tanto, también la variedad de exigencias formales que para su aprobación se requiere (en algunos casos, mayoría simple y en otros, mayorías calificadas), impide que pueda analogarse con lo que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ha venido en denominar (artículo 22) “bloque de constitucionalidad”, que en nuestro país está compuesto esencialmente por las leyes orgánicas que, dictadas dentro del marco constitucional, regulan las competencias o atribuciones de los órganos del Estado.

“Interpretar” la Constitución, ciertamente, es distinto que desarrollarla. Como ya se ha dejado entrever, el legislador interpreta la Constitución cada vez que expide una ley, cualquiera puede ser su contenido, pero ello no quiere decir que la desarrolle en el sentido expresado por la octava disposición final y transitoria de la Constitución. Ésta impone que se trate de un precepto constitucional de aquéllos que Alejandro Nieto<sup>33</sup> ha llamado “incompletos”, esto es, normas constitucionales cuya eficacia exige de actos legislativos por parte del Poder Legislativo (ordinario u orgánico).

#### IV. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y REELECCIÓN PRESIDENCIAL

La aprobación de la Ley de Interpretación Auténtica y los serios vicios de legitimidad constitucional de la que se encontraba premunida, como era previsible, no tardaría en ser trasladada al Tribunal Constitucional, que apenas dos meses antes, el 24 de junio 1996, se había instalado.

Sin embargo, no serían las minorías parlamentarias las que plantearían la acción directa de inconstitucionalidad contra la Ley 26657, sino el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, el gremio que agrupa a los profesionales del derecho de la Capital de la república, y el más importante del país.

La presentación de la demanda contra la Ley de Interpretación Auténtica, y sobre todo como consecuencia de las resoluciones que el Tribunal Constitucional expidiera en dicho proceso, ocasionarían más tarde uno de los capítulos más vergonzantes que en la historia republicana se haya podido registrar, tras decretarse la destitución de tres de sus magistrados,<sup>34</sup> que votaron por la inaplicabilidad de la Ley 26657 para el caso del presidente reelecto si es que éste se presentaba, eventualmente, como candidato para las elecciones.

<sup>33</sup> Nieto, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, CEC, vol. 1, núms. 100-102, 1983, pp. 371 y ss.

<sup>34</sup> Landa Arroyo, César, “Garantías constitucionales en el proceso contra los magistrados del Tribunal Constitucional”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Lima, núm. 1, 1997, pp. 267 y ss.

nes del año 2000.<sup>35</sup> No conviene que aquí nos detengamos en analizar este último aspecto. Interesa sí destacar algunos hechos que se encuentran directamente vinculados con el tema de la reelección presidencial.<sup>36</sup>

### 1. *La acción de inconstitucionalidad contra la Ley 26657*

Como ya se adelantó, contra lo que parecía ser la prolongación final de la lucha entre oficialismo y oposición política ante el Tribunal Constitucional, fue el Colegio de Abogados de Lima quien interpuso la acción directa de inconstitucionalidad contra la Ley 26657.

No obstante, era previsible que el debate jurisdiccional en esa sede no se encontrase ajeno a motivaciones políticas, esta vez entre los mismos magistrados constitucionales. El sistema de selección empleado para nombrarlos, que exigió el consenso de las 2/3 partes de la representación parlamentaria y que ninguna de las fuerzas políticas la tenían, no culminó necesariamente con la selección de magistrados imparciales, ajenos a las vicisitudes político-partidarias, sino en una selección que privilegió la “repartición” de jueces entre mayorías y minorías.

El problema, por cierto, no era únicamente del sistema de selección de magistrados, o del procedimiento empleado, sino esencialmente del mecanismo de votación establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) para que éste resolviese las acciones de inconstitucionalidad.

En efecto, el artículo 4 de la LOTC dispondría que:

<sup>35</sup> Cfr. Aguirre Roca, Manuel, “Nacimiento, *vía crucis* y muerte del Tribunal Constitucional en el Perú”, *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, CAJ, núm. 13, 1997, pp. 115 y ss. (es la versión de los luctuosos hechos narrados por uno de los magistrados constitucionales destituidos).

<sup>36</sup> Los documentos de la acusación constitucional, así como los alegatos de los jueces destituidos, pueden verse en *Pensamiento Constitucional*, Lima, PUCP, núm. 4, 1997, pp. 421-504.

El quórum del Tribunal es de seis de sus miembros. *El Tribunal* resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen seis votos conformes.

El segundo párrafo de dicho precepto orgánico, además, recordaría que “...de no alcanzarse la mayoría calificada prevista en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada”.

No era sorprendente, entonces, que en un acto de “desprendimiento” de la mayoría parlamentaria, de los siete magistrados con los cuales se encontraría integrado el Tribunal Constitucional, éste no se preocupase de contar cuando menos con dos magistrados, pues de ese modo, salvo que el Tribunal declarase la inconstitucionalidad del artículo 4 de su LOTC, no había forma para que éste anulase leyes ilegítimas.

Sí fue sorprendente, en cambio, que cuando el Tribunal Constitucional hiciera pública su decisión, en el diario oficial *El Peruano* apareciesen publicados dos proyectos de sentencias, con fallos totalmente distintos, aunados a cuatro abstenciones de igual número de magistrados constitucionales.<sup>37</sup> El primer proyecto, firmado por dos magistrados, declaraba infundada la demanda, tras no haberse alcanzado el número de votos exigidos por el artículo 4 de la LOTC. El segundo proyecto, de manera heterodoxa, no declaraba la inconstitucionalidad con efectos generales de la Ley 26657 pues no había alcanzado el número de votos exigidos por el artículo 4 de la LOTC, pero declaraba inaplicable la Ley 26657 para el caso concreto del presidente Fujimori en una eventual candidatura para el proceso electoral del 2000.

<sup>37</sup> La sentencia fue publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 17 de enero de 1997; ahora en Tribunal Constitucional, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, 1998, t. II, pp. 894 y ss.

Como se comprenderá, la publicación de dos proyectos de sentencia en el diario oficial, antes de poner fin al problema constitucional, lo que hacía era agudizar el debate, al añadir nuevos tópicos a un asunto que por sí se mostraba altamente sensible:

¿Cuál de las dos sentencias publicadas era válida: la que declaraba infundada la demanda, o la que declaraba inaplicable la Ley 26657? ¿Existía, en realidad, sentencia constitucional?

Para unos, la única sentencia válida era la que declaraba inaplicable la ley 26657, aún cuando se admitía su heterodoxia.<sup>38</sup> Se sostuvo, en su momento, que tal heterodoxia era consecuencia del sistema desproporcionado que imponía el artículo 4 de la LOTC para declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Sin embargo, cabía preguntarse: ¿Podía declararse la inaplicabilidad de una ley en una acción directa de inconstitucionalidad? En caso de no admitirse dicha hipótesis ¿tenía el Tribunal Constitucional una salida distinta a la prevista por el artículo 4 de la LOTC? o es que acaso ¿el no haber alcanzado el número de votos necesarios forzaba declarar constitucional una norma que se consideraba inconstitucional?

Tal estado de cosas, desde luego, dividiría a la doctrina nacional, y así, como se ha recordado, mientras para unos la única sentencia válida sería aquella que declaraba la inaplicabilidad de la ley 26657,<sup>39</sup> para otros, simplemente no había sentencia, y el debate jurisdiccional debería ser resuelto por el Jurado Nacional de Elecciones.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Rodríguez Domínguez, Elvito, "El Tribunal Constitucional y el control difuso", *Gestión*, 6 de febrero de 1997, p. 24.

<sup>39</sup> Cfr. Landa Arroyo, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, PUCP, 1999, pp. 210-221. Gutiérrez Camacho, Walter, "Análisis de constitucionalidad y control difuso", *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, núm. 4, 1997, pp. 57-82. Planas, Pedro, "La sentencia del Tribunal Constitucional", *El Comercio*, 23 de enero de 1997, p. A-2; Ochoa Cardich, César, "La supremacía de la Constitución y el rol de control del Tribunal Constitucional", *El Comercio*, 19 de febrero de 1997, p. A-2.

<sup>40</sup> Cfr. Quispe Correa, Alfredo, "Tribunal Constitucional: solución o confusión", *Revista Jurídica del Perú*, Trujillo, año XLVI, núm. 4, 1996, pp. 27 y ss. Valle Riestra, Javier, "La sentencia ficticia del TC", *Expreso*, 21 de diciembre de 1999.

## 2. *¿Sentencia constitucional en la impugnación de la Ley 26657?*

La sola autorización del presidente del Tribunal Constitucional de ese entonces para que se publicara simultáneamente en el diario oficial los dos proyectos de sentencia, ya es un buen indicador de que el Tribunal no tenía la decisión institucional de poner fin al problema constitucional planteado con la ley 26657.

Formalmente, el proyecto de sentencia que declaraba infundada la demanda, por no alcanzarse el número de votos exigidos por la LOTC, tenía registrado las firmas de dos magistrados del Tribunal Constitucional, de los siete que lo integran. Otro tanto sucedió con el proyecto que declaraba inaplicable la Ley 26657, pues en realidad su parte resolutive estaba firmada por tres magistrados, acompañado de cuatro abstenciones de voto, y de conformidad con la LOTC era preciso que ella estuviese suscrita cuando menos por seis magistrados.

Desde una perspectiva procesal, por tanto, ninguno de los proyectos había cumplido con las exigencias que la LOTC demandaba para la expedición de una sentencia constitucional. Y es obvio que un órgano de justicia de carácter colegiado no puede, bajo ningún punto de vista, expedir dos sentencias sobre un mismo caso, y menos, por supuesto, dos fallos distintos.<sup>41</sup> Si, como después declarararía su presidente de entonces, el proyecto que declaraba inaplicable la Ley 26657 debía entenderse como la sentencia del Tribunal Constitucional, nunca se debió autorizar la publicación de ambos proyectos en forma simultánea.

No se hizo así, y la publicación de dos fallos distintos generó, como se señaló, nuevos problemas. Uno de ellos, sobre el que se ha discutido mucho, fue el que declaró ina-

<sup>41</sup> Orbegoso Venegas, Sigifredo, "El tortuoso camino legal de una reelección más", *Revista Jurídica del Perú*, núm. 4, pp. 38-40 y ss., donde califica la sentencia de "un verdadero monstruo jurídico".

plicable la Ley 26657 para el presidente reelecto. Técnicamente hablando, dicho fallo se salía de los alcances regulados por la LOTC, puesto que, como era evidente, tratándose de una acción directa de inconstitucionalidad resultaba sorprendente que la declaración de inconstitucionalidad tuviese efectos particulares.

La LOTC prevé, de ingresarse a evaluar el fondo de la pretensión, que el Tribunal sólo pueda fallar en dos sentidos: De estimarse la pretensión, tras contarse con seis votos conformes de los siete magistrados que integran el Tribunal Constitucional, declarar fundada la demanda y expulsar por inconstitucional la Ley 26657. De no contarse con dicho número de votos conformes, o estimarse por mayoría que la Ley de Interpretación Auténtica no era inconstitucional, desestimar la pretensión, y por consiguiente declarar que la norma era “constitucionalmente válida” (?).

Por tanto, encontrándose vigente el artículo 4 de la LOTC, que exige la suscripción de cuando menos seis magistrados, y no habiéndose obtenido un número de votos conformes como el exigido para declarar la inconstitucionalidad de la Ley 26657, entonces, el Tribunal Constitucional se encontraba obligado a respetar su normatividad, y declarar infundada la demanda, pues su condición de supremo intérprete de la Constitución no lo convierte en “dueño” del derecho, y menos aún en un órgano cuya impartición de justicia pueda hacerlo “voluntaristamente”.<sup>42</sup>

Sin embargo, casi unánimemente en la doctrina nacional se ha resaltado la decisión valiente y principal del proyecto de sentencia —y de los magistrados que lo suscriben— por virtud del cual se declaraba la inaplicabilidad de la Ley 26657.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco, “El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, núm. 56, 1999, pp. 11 y ss.

<sup>43</sup> Quiroga León, Aníbal, “A propósito del control difuso o *judicial review* en el Perú”, *Revista Jurídica del Perú*, núm. 4, pp. 33 y ss.

Pero ello se ha hecho no sin fuertes reparos al procedimiento empleado, pues si bien la Constitución de 1993 ha establecido un sistema de justicia constitucional dual o paralelo, donde coexisten el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en la administración de la justicia constitucional, también lo es que la declaración de inconstitucionalidad de la ley con efectos *erga omnes* es una atribución que se ha confiado en exclusiva al Tribunal Constitucional en el interregno de las acciones de inconstitucionalidad.

¿Puede el Tribunal ejercer el control concreto de una ley y disponer, en una acción de inconstitucionalidad, su no aplicación para el caso concreto?

Muchas son las razones para negar una posibilidad tal, y son argumentos que no hay que ligar necesariamente a lo regulado por la LOTC.

Como se sabe, el control concreto de constitucionalidad de las leyes es un modelo que nace en los Estados Unidos, y que tiene por presupuesto la existencia de un proceso ordinario, donde se presentan dudas sobre la legitimidad constitucional de la ley que se va aplicar para resolver la controversia de intereses subjetivos entre dos partes —demandante y demandado—. Si el juez advierte la ilegitimidad de la ley, la deja de aplicar en el caso concreto, y tal decisión sólo vincula a quienes participaron en el proceso, y sus efectos no se extienden a terceros.<sup>44</sup>

Pues bien, excepción hecha de los procesos constitucionales destinados a la protección de éstos mismos, que también conoce el Tribunal Constitucional, y donde por principio hay que afirmar el control *concreto* de constitucionalidad es aplicable, pues en dichos procesos el Tribunal no juzga abstractamente la validez de una ley, sino la legitimidad de actos a los que se reputa agravio; y por tanto cabe decir que obra en idéntica manera a como lo hace cualquier tribunal de la

<sup>44</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado*, México, UNAM, 1987, pp. 43 y ss.

justicia ordinaria;<sup>45</sup> sin embargo, ello no se presenta en el caso del control *abstracto* de constitucionalidad, donde el interés de quienes participan en el proceso no es defender una posición subjetiva, sino un interés objetivo, que se materializa en la defensa de la constitucionalidad del ordenamiento.

¿Cómo podría inaplicarse una ley —se entiende que para una de las partes en el proceso— si en dicho proceso quienes se encuentran legitimados lo que persiguen es la defensa objetiva de la Constitución y no un interés subjetivo?

La incongruencia de estatécnica nos ponía en la paradoja de que la inaplicación de la ley 26657 que el proyecto de sentencia realizaba, no era para una de las partes que en la acción de inconstitucionalidad participaban —el Colegio de Abogados como demandante, y el Congreso de la república como demandado—, sino para un tercero, que no había intervenido en el proceso (el presidente reelecto en 1995), y que ni siquiera, en el momento de su expedición, se encontraba en el supuesto de hecho no tolerado por la Constitución —la inscripción de su candidatura presidencial para una *re-reelección* presidencial—. <sup>46</sup>

No obstante ello, César Landa<sup>47</sup> ha expresado que se trataría de un pronunciamiento que superando el positivismo constitucional, se expidió sobre el principio inquisitivo y tutelar que rigen a los procesos constitucionales, y no sobre el “principio de la justicia rogada”, propio del proceso civil.

45 Gascón Abellan, Marina, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 41, 1994, pp. 63 y ss.

46 Hasta donde llega nuestra información, ningún Tribunal Constitucional con facultades para declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos *erga omnes*, en una acción directa de inconstitucionalidad, alguna vez ha optado por la inaplicación de una ley, con efectos *inter alios acta*. Salvando las distancias, un caso rarísimo es el que ofrecía el Tribunal de Garantías Constitucionales cubano durante la vigencia de la Constitución de 1940. *Cfr.* a propósito, Nin y Abarca, Mario, “El recurso de inconstitucionalidad en la Constitución de 1940”, *Revista Cubana de Derecho*, La Habana, año XV, núm. IV, 1941, pp. 485 y ss.

47 Landa Arroyo, César, *op. cit.*, nota 39, pp. 213.

Por su virtud, refiere, “el Tribunal Constitucional debe evitar que las leyes desnaturalicen o vacíen de contenido no sólo a las normas constitucionales, sino también a los valores y principios constitucionales”.<sup>48</sup>

En consecuencia, ha sostenido, si la ley de reelección presidencial no es una “ley general, abstracta e intemporal”, sino una “ley personal, concreta y retroactiva”; la exigencia del caso demandaba una salida como la inaplicabilidad de la ley 26657.

Pues bien, que la justicia constitucional no pueda ni deba impartirse como una justicia “legalista” es por lo demás una condición que se desprende de la propia naturaleza del parámetro de control —la Constitución— con la que el Tribunal Constitucional trabaja, cuyas disposiciones, fundamentalmente las que reconocen derechos y libertades, son normas abiertas y de contenido axiológico.

Otro tanto vale decir de la vigencia del principio inquisitivo y tutelar en la justicia constitucional, por virtud del cual los jueces constitucionales no pueden dejar al impulso de las partes el destino de los procesos constitucionales, sino que les corresponde a ellos asumir su dirección.

Pero no cabe decir lo mismo sobre la no vigencia del principio rogatorio en los procesos constitucionales, si por él hemos de entender —no en términos sinónimos como lo hace Landa al principio dispositivo—, que la impartición de la justicia constitucional nunca puede llevarla adelante el Tribunal Constitucional *ex officio*,<sup>49</sup> sino a instancia de parte.

El principio de la justicia rogada es, como hace ya bastante tiempo Cappelletti ha venido enseñando, no sólo la condición de que el Tribunal Constitucional pueda ser considerado como un auténtico órgano jurisdiccional —en oposición a la naturaleza política del órgano— sino además de

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 214.

<sup>49</sup> Cfr. Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado. Las grandes tendencias evolutivas*, Buenos Aires, EJE, 1973, pp. 64 y ss.

ello, uno de los pilares en que se fundamenta su propia legitimidad democrática.<sup>50</sup>

No puede dejarse de señalar, además, que el fallo declarando inaplicable por la ley 26657 en una acción de inconstitucionalidad donde la pretensión se encuentra destinada a que el Tribunal Constitucional considere la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, difícilmente puede conciliarse con el principio de congruencia a la que inclusive las sentencias constitucionales se encuentran sujetas.<sup>51</sup> Por virtud de este principio, como se sabe, las sentencias constitucionales deben cuidar que sus fallos guarden relación con la pretensión, lo que precisamente no se observaba.

3. *¿El sistema de votación de la LOTC condenaba al Tribunal Constitucional a considerar "constitucional" la ley 26657, pese a encontrarla inconstitucional?*

Como ya se ha expuesto, el procedimiento de selección de magistrados constitucionales, y aún el sistema de votación previsto en la LOTC para el caso de las acciones de inconstitucionalidad, hacían prever que el máximo órgano de la justicia constitucional no podría realizar eficientemente sus labores, pues estaría sujeto a condicionamientos demasiado difíciles de sortear.

Por ello es que aún antes de que la acción de inconstitucionalidad contra la ley 26657 se resolviese, se ventiló previamente una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la LOTC, argumentándose que la exigencia de seis votos conformes de los siete magistrados del TC era una exigencia irrazonable y desproporcionada que de hecho im-

50 Cfr. Cappelletti, Mauro, "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid núm. 17, 1986, pp. 36-41.

51 Cfr. Garrorena, Ángel, "La sentencia constitucional", *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, núm. 11, 1981, pp. 7 y ss.

pediría que el Tribunal Constitucional cumpla con su labor de “órgano de control de la constitucionalidad”.<sup>52</sup>

Con tal ocasión, 25 días antes a la publicación de los dos proyectos de sentencia, el 22 de diciembre de 1996, el Tribunal Constitucional, por mayoría, declaró infundada la demanda, y por tanto constitucional el artículo 4 de la LOTC.<sup>53</sup> Al declararse por mayoría que dicho precepto era constitucionalmente legítimo, el propio Tribunal Constitucional perdió la oportunidad de optimizar su condición de “órgano de control de la constitucionalidad”. Por cierto que una decisión así no sólo afectaba la eficacia de su tarea, pues además se autocondenaba a convalidar la existencia de la legislación inconstitucional, en oposición a sus verdaderas funciones de garante de la Constitución.

En efecto, pues si el artículo 4 de la LOTC obstaculizaba en exceso su labor en el control de constitucionalidad de las leyes, a través de otros preceptos, además, se aseguraba que el Tribunal Constitucional revierta su condición de órgano depurador de legislación anticonstitucional, en uno que lo constitucionalice, con el terrible daño de que ello fuese forzosamente impuesto al resto de los poderes públicos.

Así, el artículo 37 de la LOTC precisaba que “La sentencia denegatoria de la inconstitucionalidad de una norma impide la interposición de nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional”, mientras que el artículo 39, imponía que “Los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal”.

Sin duda, una de las razones que llevó a un sector de la doctrina nacional a aceptar la validez del pronunciamiento del control difuso de la ley 26657, fue la camisa de fuerza

<sup>52</sup> Cfr. Sagués, Néstor Pedro, “Los poderes implícitos e inherentes del Tribunal Constitucional del Perú y el quórum para su votaciones”, en varios autores, *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, t. III, pp. 103-112. Chávez Molina, Juan, “Inconstitucionalidad del artículo 4 de la L. O. del Tribunal Constitucional”, *Dialogo con la jurisprudencia*, núm. 4, pp. 9 y ss.

<sup>53</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 22 de diciembre de 1996; ahora en Tribunal Constitucional, *op. cit.* nota 37.

que el legislador orgánico impuso al Tribunal Constitucional, y que él mismo se negó a revisar oportunamente.

Pero ¿en realidad, era una camisa de fuerza? ¿El Tribunal Constitucional se encontraba forzado por no alcanzar el número de votos previstos en el artículo 4 de la LOTC, a constitucionalizar leyes inconstitucionales? En definitiva, ¿aún desestimando la demanda de inconstitucionalidad contra la ley 26657, no podía el Tribunal exigir de los demás poderes públicos —y concretamente del Jurado Nacional de Elecciones— el respeto a la supremacía de la Constitución?

Ciertamente, cuando el Tribunal se autorrestringió en declarar la inconstitucionalidad del artículo 4 de su LOTC, perdió la oportunidad de afirmar su condición de *primus inter pares* entre los demás poderes públicos, en lo que se refiere a su condición de “órgano de control de la constitucionalidad”.

Más aún, al rechazar por mayoría simple aquella posibilidad, el mismo Tribunal se obligaba, en lo sucesivo, a tener que contar como mínimo con los seis votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de una ley.

Una de las cosas paradójicas que precisamente presentaba el proyecto pronunciándose por la inaplicabilidad de la ley 26657, era que los tres magistrados que lo firmaban, y que eran los mismos que en la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 4 de la LOTC se habían encontrado en minoría, ahora, en esta acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Interpretación Auténtica, pretendían desligarse de lo que institucionalmente ya el Tribunal Constitucional había decidido sobre su sistema de votación en las acciones de inconstitucionalidad.

Sin embargo, una lectura más atenta de la LOTC no necesariamente concluía en la castración del Tribunal Constitucional en su función de órgano de control de la constitucionalidad. En efecto, la clave de bóveda para salir de la camisa de fuerza que la LOTC le había impuesto, podía haberse intentado a través de las llamadas sentencias interpre-

tativas que suelen dictar los tribunales constitucionales, y de la que el propio Tribunal Constitucional peruano ya había hecho ejercicio con anterioridad al caso de la Ley 26657.

Como se sabe, por virtud de las sentencias interpretativas<sup>54</sup> normalmente los tribunales constitucionales al expedir fallos desestimatorios, y optar por la conservación de la norma impugnada, condenan interpretaciones de la ley que riñen con la Constitución.<sup>55</sup>

Por lo general, se tratan de sentencias que, desde una perspectiva formal, son desestimatorias (pues no acceden a la pretensión de impugnación de inconstitucionalidad de la ley), pero que, desde una perspectiva material, se tratan de sentencias estimatorias, dado que si bien conservan el texto del precepto impugnado, ello se hace a condición de que su interpretación se realice con expulsión de las posturas interpretativas que no pueden conciliarse con la Constitución.<sup>56</sup>

El Tribunal Constitucional, por ejemplo, así había actuado en la acción de inconstitucionalidad contra la ley 26637, en la que condicionó la validez de la ley a un criterio interpretativo de conformidad con la Constitución, y excluyó de su mensaje interpretativo aquellos que no podían conciliarse con la carta magna.<sup>57</sup>

Mucho más audaz fue en las acciones de inconstitucionalidad contra el Decreto Ley número 25967 y el Decreto Le-

<sup>54</sup> Cfr. entre otros, Romboli, Roberto, "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso de constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 48, 1996, pp. 61 y ss. Pizzorusso, Alessandro, "Sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano", en varios autores, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. I, pp. 275 y ss.

<sup>55</sup> Balaguer Callejón, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Edit. Tecnos, 1997. Peralta, Ramón, *La interpretación del ordenamiento conforme a la norma fundamental del Estado*, Madrid, Universidad Complutense, 1994.

<sup>56</sup> Cfr. en nuestro medio, Landa Arroyo, César, *op. cit.*, nota 39, pp. 144 y ss.; Stein, Torsten, "Tipos de sentencias constitucionales", varios autores, *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Lima, CAJ, 1996, t. III, pp. 143 y ss.

<sup>57</sup> La sentencia puede verse en Tribunal Constitucional, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, pp. 917 y ss. (véase, sobre todo, el fundamento jurídico 3.1.C).

gislativo 817, donde el Tribunal no solamente se limitó a rechazar posturas interpretativas inconstitucionales, sino inclusive “normativizó” la interpretación constitucional de las leyes efectuada, al fijar en la parte resolutive de dichas sentencias la incorporación de su *ratio decidendi*.<sup>58</sup>

La primera disposición general y transitoria de la LOTC, reproducida literalmente del artículo 5.1 de la LOPJ español,<sup>59</sup> prevé en efecto que los jueces y tribunales interpretan las leyes y reglamentos de conformidad con las normas y principios constitucionales, según la interpretación que de los mismos hubiese realizado el Tribunal Constitucional, en cualquier clase de proceso.

Lo que en buena cuenta ello significaba es que aún cuando el Tribunal Constitucional no hubiese alcanzado el número de votos necesarios para declarar la inconstitucionalidad de la ley 26557, al desestimar la pretensión y declarar infundada la demanda, ello no impedía que los jueces y tribunales —y entre ellos hay que ubicar al Jurado Nacional de Elecciones— en su momento se viesan obligados a interpretar la ley 26657 de conformidad con la interpretación constitucional sobre el artículo 112 de la Constitución que el Tribunal Constitucional por mayoría hubiese podido realizar.

Dicho precepto, dirá Eduardo García de Enterría,<sup>60</sup>

se entiende como una manifestación de la vinculación a la Constitución, en cuanto que esa doctrina jurisprudencial expresa una interpretación cualificada de la Constitución misma realizada por el intérprete supremo... En su labor propia de interpretación y aplicación de la Constitución, los jueces y tribunales ordinarios no pueden apartarse de la interpretación que a la Constitución ha dado su “intérprete supremo”...

<sup>58</sup> *Ibidem*, pp. 939 y ss.

<sup>59</sup> Acerca de los alcances de dicho precepto en el ordenamiento español, *cfr.* Pérez Tremps, Pablo, “Constitución, Ley Orgánica del Poder Judicial y jueces”, en *Documentación Jurídica*, Madrid, núms. 45 y 46, t. XII, 1985, pp. 30 y ss.

<sup>60</sup> García de Enterría, Eduardo, “El valor normativo de la Constitución española”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 44, 1998, pp. 41 y 42.

Ese valor cualificado de la doctrina del Tribunal Constitucional da a la misma un valor virtualmente normativo.

Por cierto, ello no sólo es consecuencia de la vigencia de la primera disposición final y transitoria de la LOTC, sino también consecuencia del valor y los efectos que tienen las sentencias constitucionales, que, como se sabe, y el artículo 35 de la LOTC se ha encargado de recordar, vincula a todos los poderes públicos.

No creo que éste sea el lugar para destacar el significado y el valor de las sentencias constitucionales, y su auténtica condición de fuente formal del derecho constitucional. Pero es bueno no pasar inadvertido que el efecto vinculante de las sentencias constitucionales precisamente cobra sentido no tanto en las sentencias estimatorias de inconstitucionalidad, pues es evidente que declarada la inconstitucionalidad de una ley, ésta con la sola publicación de la sentencia queda derogada del ordenamiento; sino más bien en el ámbito de las sentencias interpretativas desestimatorias, donde la *ratio decidendi* de la sentencia juega un papel nuclear en la conservación de la norma.<sup>61</sup>

Como se ha dicho, no fue esa la salida adoptada. Se prefirió publicar dos proyectos de sentencias, ninguna de las cuales podía considerarse formalmente como sentencia válida, donde una declaraba "infundada la demanda", y por tanto constitucional la ley 26657; y la otra, inaplicable para el caso concreto del ingeniero Fujimori, la Ley 26657.

Al final, sin sentencia constitucional válida, el asunto debería esperar el pronunciamiento definitivo del Jurado Nacional de Elecciones. Pero para ello, todavía tenía que esperarse poco más de dos años, fecha en la cual se convocaría a las elecciones generales del año 2000.

<sup>61</sup> Bocanegra Sierra, Raúl, *El valor de las sentencias constitucionales*, Madrid, INAP, 1982.

## V. JURADO NACIONAL DE ELECCIONES Y RE-REELECCIÓN PRESIDENCIAL

### 1. *Ley Orgánica de Elecciones y Justicia Electoral*

Según se acercaba la fecha límite para que el Poder Ejecutivo convocara a las elecciones generales del 2000, la discusión político intensificaba en encono. Entre tanto, el debate jurídico-constitucional sobre el valor del proyecto de sentencia constitucional que declaraba la inaplicabilidad de la Ley 26657, si bien no desapareció, en cierta forma había decrecido, y la atención se dirigió a rescatar el valor del precedente que el Jurado Nacional de Elecciones dictó en 1994.

El 21 de noviembre de 1999 finalmente apareció en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Supremo número 040-99-PCM fijando como fecha de las elecciones para renovar los representantes del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, el 9 de abril del 2000.

De acuerdo con el artículo 109 de la Ley Orgánica de Elecciones, Ley número 26859, la inscripción de las candidaturas para el cargo de presidente y vicepresidentes, se pueden realizar hasta noventa días naturales antes de la fecha programada para llevarse a cabo las elecciones. El presidente reelecto, a la cabeza de la discutida Alianza Electoral "Perú 2000", inscribió su candidatura presidencial el 27 de diciembre de 1999, en la fecha límite de la inscripción de las planchas presidenciales, e inmediatamente fue admitida por el Jurado Nacional de Elecciones mediante la resolución número 2144-99-JNE.

De conformidad con el artículo 110 de la misma Ley Orgánica de Elecciones, dentro de los dos días naturales siguientes a la publicación de la resolución de inscripción de una plancha presidencial, pueden formularse tachas contra los candidatos, que, como todo hacía prever, en el caso del presidente aspirante a una *re-reelección* presidencial no se harían de esperar.

Sin embargo, el referido artículo 110 de la Ley Orgánica de Elecciones sólo contempla la admisibilidad de tachas por infracción de los supuestos especificados en sus artículos 106, 107 y 108 de la misma ley electoral, ninguna de las cuales aludía o contemplaba la hipótesis de una infracción al artículo 112 de la Constitución, esto es, que se pueda tachar la inscripción de una candidatura presidencial aspirante a una *re-reelección*.

Desde luego que ello tenía una intencionalidad: impedir que el Jurado Nacional de Elecciones pudiera tener competencia para resolver la constitucionalidad de la candidatura presidencial inscrita en transgresión del artículo 112 de la Constitución.

Se trataba de una laguna de la Ley Orgánica de Elecciones, que de modo *ex profeso* el legislador orgánico había deslizado, ya que tratándose de una ley sancionada por el Poder Legislativo encontrándose vigente la Constitución de 1993, era simplemente sospechoso que no se previera como impedimento para postular a la Presidencia de la república el límite temporal al ejercicio del mandato presidencial previsto en el artículo 112 de la carta magna.

Por cierto, tal laguna no constituía la única traba con la que el Jurado Nacional de Elecciones se habría de encontrar. Ya en mayo de 1998, el Legislativo había expedido la Ley número 26954, a través de la cual, se trasladó al Jurado Nacional de Elecciones la misma camisa de fuerza que en su momento se fijó con el Tribunal Constitucional para que éste no pudiera realizar eficazmente su tarea de órgano de control de la constitucionalidad.

Su artículo 2 precisaba que la denegatoria de la inscripción, impugnaciones y tachas sería resuelta por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, con *el voto favorable de por lo menos el número de miembros que constituyen su quórum*. De no alcanzarse la mayoría calificada prevista, *la denegatoria de inscripción, las impugnaciones o las tachas serán declaradas infundadas*.

Por mandato del artículo 179 de la Constitución, el Jurado Nacional de Elecciones está integrado por un Pleno de cinco integrantes, y el quórum para deliberar es de cuatro de sus miembros, según estipula el artículo 24 de su Ley Orgánica, Ley número 26486. Desde esa perspectiva, si el Jurado Nacional de Elecciones hubiese pretendido denegar la inscripción de la candidatura del presidente aspirante a la *re-reelección*, o, una vez inscrita provisionalmente la candidatura, resolver impugnaciones o tachas contra ella, debía contar con el voto conforme de cuatro miembros de un total de cinco integrantes, y de no alcanzarse, declararlas infundadas.

El problema, por tanto, derivaba hacia la imparcialidad y autonomía que podrían observar los integrantes del Jurado Nacional de Elecciones para resolver un tema tan sensible como éste. Teóricamente hablando, la Constitución de 1993 ha previsto una composición técnica del Jurado Nacional de Elecciones desvinculada de los poderes públicos. Sus integrantes son seleccionados, en número de uno por la Corte Suprema, la Junta de Fiscales Supremos, el Colegio de Abogados de Lima, las facultades de derecho de las universidades públicas, y las facultades de derecho de las universidades privadas.<sup>62</sup>

Constitucionalmente se trataba, pues, de una composición plural, que privilegia el aspecto técnico jurídico antes que el político. Sin embargo, en el plano factual, difícilmente se podía alcanzar lo perseguido por la norma constitucional. Los que elegirían al representante de la Corte Suprema de Justicia, y que por mandato constitucional presidiría el Jurado Nacional de Elecciones, eran magistrados que en buen número no tenían la condición de "titulares", sino de magistrados "provisionales", cuyo nombramiento fue dispuesto por el Ejecutivo en abril de 1992, después del autogolpe.

Otro tanto sucedería con el representante que saldría elegido de la Junta de Fiscales Supremos. Desde abril de 1992,

<sup>62</sup> Cfr. Paniagua Corazao, Valentín, "Sistema electoral" y "Reelección presidencial y legislación electoral", *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Lima, CAJ, 1994, pp. 231 y ss., y pp. 131-133, respectivamente.

el Ministerio Público había sido intervenido con el nombramiento de Fiscales Supremos provisionales, a los que se habilitó posteriormente no sólo para poder votar en la Junta de Fiscales Supremos, sino también para poder representar al Ministerio Público en el Jurado Nacional de Elecciones.<sup>63</sup>

Era de esperarse, entonces, que el problema de la *re-reelección* presidencial, como lo había sido con el caso del Tribunal Constitucional, no sería un asunto fácil de resolver. Ya no sólo se trataba que el Jurado Nacional de Elecciones lidiara con una camisa de fuerza que el legislador le había impuesto, sino que a ello había que sumar una cuestionable composición del máximo órgano de la justicia electoral.

## *2. El Jurado Nacional de Elecciones y la re-reelección presidencial*

Una vez inscrita la candidatura del presidente a una *re-reelección* presidencial, inmediatamente se presentó una lista bastante numerosa de impugnaciones, tachas y solicitudes de nulidad a la inscripción provisional que el Jurado Nacional de Elecciones realizó mediante la resolución número 2144-99-JNE.

El debate no duraría mucho. En una jornada sospechosamente maratónica, que empezó el 27 de diciembre con la inscripción de la candidatura a la *re-reelección* presidencial; la interposición de tachas, impugnaciones y solicitudes de nulidad, en los días siguientes, y un breve debate oral el último día de 1999, terminó con la publicación, en el diario oficial *El Peruano* y con fecha 1 de enero del 2000, de la resolución número 2191-99-JNE.

Causó sorpresa que el máximo órgano de la justicia electoral, por unanimidad, declarara improcedente las tachas interpuestas a la inscripción provisional de la candidatura a la *re-reelección* presidencial, “quien en consecuencia, se encuentra

63 Cfr. Fernández Segado, Francisco, “Los órganos electorales en el ordenamiento constitucional peruano”, *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Lima, CAJ, vol. II, 1995, pp. 205 y ss.

habilitado para postular como candidato al cargo de presidente de la república en los próximos comicios". Y, por mayoría, con un "singular" voto singular (la cacofonía es expresa), improcedentes los recursos de nulidad contra la resolución de inscripción provisional del candidato a la *reelección* presidencial.

No obstante la relativa extensión de la parte considerativa de la resolución número 2191-99-JNE, en realidad son magros y muy cuestionables desde un punto de vista constitucional los fundamentos de los que se haría eco el Jurado Nacional de Elecciones para renunciar a efectuar el control de constitucionalidad sobre la Ley número 26657, de la *reelección* presidencial.

A. *Jurado Nacional de Elecciones: entre la Ley y la Constitución*

Como se ha dicho, el artículo 110 de la Ley Orgánica de Elecciones no preveía entre las causales para interponer la tacha, el supuesto de infracción al artículo 112 de la Constitución, y sólo contempla las infracciones a los artículos 106, 107 y 108 de la misma Ley de Elecciones. El primero de dichos preceptos regula los requisitos para ser elegido presidente; el artículo 107, los impedimentos para postular al mismo cargo, pero teniendo como sujetos de la regulación únicamente a altos funcionarios del Estado distintos del presidente de la república. Y finalmente, el último de los preceptos establece la prohibición de que el candidato presidencial integre la lista de candidatos al Congreso.

Como consecuencia de la ausencia de regulación legislativa del impedimento derivado del artículo 112 de la Constitución, el Jurado Nacional de Elecciones, en el único fundamento destinado a evaluar tal situación, diría:

Que, en aplicación del principio de legalidad, los recursos de tacha contra la inscripción de candidatos a la Presidencia de la república deben fundamentarse en el incumplimiento de los

requisitos expresamente señalados en los artículos 33 y 110 de la Constitución Política, concordantes con el artículo 110 de la Ley Orgánica de Elecciones núm. 26859 que señala que la tacha contra una candidatura a la Presidencia o Vicepresidencias de la república debe fundamentarse en la infracción de los artículos 106, 107 y 108 de la citada ley; observándose que ninguno de los recursos presentados se ampara en los citados artículos; por lo que deben declararse improcedentes.<sup>64</sup>

De esta forma, el Jurado Nacional de Elecciones optaba por no encarar el trasfondo constitucional del asunto, que no era otro que pronunciarse sobre la no contemplación del límite temporal al ejercicio del mandato presidencial previsto en el artículo 112 de la Constitución como uno de los supuestos de impedimento para postular a la Presidencia de la república.

Desde una perspectiva estrictamente procesal, y en relación con controversias originadas en el ámbito de las normas con rango de ley, es incuestionable que las causales para interponer medios impugnatorios y la facultad de resolverlos, tengan que hallarse especificados en la ley, pues efectivamente en tales casos rige el principio de legalidad, que por un lado garantiza que los jueces no puedan actuar discrecionalmente, y de otro, impide que la restricción en el ejercicio de los derechos pueda interpretarse por analogía.

Sin embargo, no era esa la situación que ahora tenía que resolver el Jurado Nacional de Elecciones. Las condiciones de acceso, los supuestos de impedimentos para postular a la Presidencia de la república y el límite temporal del ejercicio del poder presidencial, no eran asuntos que la Constitución haya descuidado o, en el mejor de los casos, dejado al legislador ordinario su desarrollo; y en tanto tal, sujeto a la libertad de configuración que éste mantiene en tales casos.

El tema del límite temporal en el ejercicio del poder presidencial es un asunto que la propia Constitución de 1993

64 Fundamento jurídico primero.

a través de su artículo 112 había previsto, y por cuya virtud el periodo presidencial en el que puede desenvolverse un mismo ciudadano en calidad de presidente, no puede nunca exceder los dos mandatos presidenciales consecutivos, cada uno de cinco años.

Entre la laguna de la Ley Orgánica de Elecciones para contemplar este impedimento en la postulación al cargo de presidente, y el mandato del artículo 112 de la Constitución, la opción era aplicar directamente la norma constitucional, pues como se sabe la Constitución es también una norma, y como toda clase de norma, vinculante para todos, y muy significativamente a los poderes públicos, a los que en principio organiza y limita.<sup>65</sup>

Técnicamente, la ausencia de regulación de la hipótesis prevista en el artículo 112 de la Constitución por la Ley Orgánica de Elecciones, no constituía una inconstitucionalidad por omisión legislativa, pues esta figura se presenta siempre que se trate de un mandato que la norma constitucional impone desarrollar como obligación al legislador ordinario, y éste no cumple.<sup>66</sup> El artículo 112 de la Constitución, como antes se ha dicho, no es una norma que haya impuesto al legislador ordinario la obligación de desarrollarla para que de este pueda adquirir eficacia. Se trata, por el contrario, de una norma constitucional directamente aplicable, vinculante a todos los poderes públicos, y no sujeta a regulación legislativa alguna.<sup>67</sup>

Desde esa perspectiva, entonces, la posición en la que se encontraba el Jurado Nacional de Elecciones, al momento de resolver las tachas formuladas contra la inscripción provisional del candidato a la *re-reelección* presidencial, no era

65 Paladín, Livio, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova, 1989, pp. 156 y 157.

66 Cfr. sobre el asunto, Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997. Cómez Puente, Marcos, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Madrid, McGraw-Hill, 1997. Fernández Rodríguez, José Julio, *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, Civitas, 1998.

67 Bidart Campos, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1995, pp. 218 y ss.

la de declarar la omisión inconstitucional del artículo 110 de la Ley Orgánica de Elecciones,<sup>68</sup> sino más bien la de tener como una norma directamente aplicable el artículo 112 de la Constitución y, por tanto, considerar el límite temporal al ejercicio del poder presidencial como uno de los impedimentos que el texto constitucional impone para postular al cargo presidencial a quien se encuentra en ejercicio de éste al momento de la postulación.

No se actuó así. El peso de una inveterada tradición legalista se impuso, para *a fuer* de brindar una apariencia legal de la decisión, poner en evidencia que la cultura constitucional es aún un reto en el Perú.<sup>69</sup>

#### B. *Jurado Nacional de Elecciones* y judicial review

Sin embargo, no era ese el único problema que debería resolver el Jurado Nacional de Elecciones. Aplicar directamente el artículo 112 de la Constitución, y proscribir que el ejercicio del poder presidencial pudiera exceder más allá de los dos mandatos consecutivos, colisionaba con la Ley de Interpretación Auténtica, que como se dijo, inconstitucionalmente suprimió del cómputo los mandatos presidenciales iniciados durante la vigencia de la Constitución de 1979. Por tanto, el Jurado Nacional de Elecciones al aplicar directamente la Constitución, debería de resolver previamente acerca de la legitimidad constitucional de la Ley 26657.

Pero, ¿podía el Jurado Nacional de Elecciones, un órgano distinto y separado de la estructura orgánica del Poder Judicial, ejercer la revisión judicial de las leyes?

Como se sabe, el control judicial de constitucionalidad de las leyes nació como una competencia que, para sí y los que

<sup>68</sup> En nuestro medio, últimamente, el fenómeno de la inconstitucionalidad por omisión ha sido desarrollado por Moron Urbina, Juan Carlos, "La omisión legislativa inconstitucional y su tratamiento jurídico", *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 1, pp. 447 y ss.

<sup>69</sup> *Cfr.* las interesantes reflexiones de Aragón Reyes, Manuel, "La Constitución como paradigma", en varios autores, *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, 1998, pp. 28-31.

ejercen funciones jurisdiccionales en el ámbito del Poder Judicial, reclamó originariamente la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica en 1803, a través de su presidente John Marshall, en el *Leanding Case Marbury vs. Madison*.<sup>70</sup>

Por virtud de esta técnica, cualquier juez integrante del Poder Judicial en un caso concreto, de encontrarse que la ley ordinaria que va a aplicar en la solución de la controversia vulnera la Constitución, debe preferir ésta última, y no aplicar a la ley, aunque la declaración de inconstitucionalidad sólo vincule a las partes que intervinieron en el proceso. Aunque con matices, básicamente ése ha sido el modelo que se ha mantenido en los Estados Unidos de Norteamérica, y así se ha extendido en gran parte de los países del Continente.

Por tanto, dado que la *judicial review* es una competencia de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, el hecho de que el Jurado Nacional de Elecciones no sea un ente que forme parte de la jurisdicción ordinaria, impediría que éste pueda eventualmente resolver la constitucionalidad o no de las leyes, aún tratándose de leyes dictadas en materia electoral?

Para evitar que el Jurado pueda controlar la constitucionalidad de las leyes en materia electoral, se ha sostenido que el diseño del Jurado en la carta de 1993, permite señalar que antes de ser un órgano de naturaleza jurisdiccional, en realidad sería de naturaleza administrativa, pues si bien se le ha encargado "administrar justicia en materia electoral" (inciso 4, artículo 178 de la Constitución), básicamente el elenco de sus competencias que el mismo precepto constitucional y la Ley Orgánica desarrollan son de naturaleza administrativa. En consecuencia, se ha concluido que en idéntica manera a como sucede con los tribunales administrativos, que en el Perú se han negado a ejercer la *judicial review* por encontrarse sujetos al principio de legalidad, el Jurado Nacional

<sup>70</sup> Cfr. últimamente, Acosta Sánchez, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Madrid, Edit. Tecnos, 1998, pp. 93 y ss.

de Elecciones tampoco podría inaplicar una ley por su eventual inconstitucionalidad.

No creo que sea ocioso detenernos en un tema como éste, pues precisamente a partir de estas premisas es posible comprender la argumentación realizada por el Jurado Nacional de Elecciones en el ya recordado primer fundamento jurídico de la resolución número 2191-99-JNE, donde por lo demás se hace una expresa veneración del principio de legalidad, pero también para entender la justificación de apartarse y no hallarse vinculado con el precedente que el mismo órgano había sentado en 1994, con la resolución número 172-94-JNE. Con tal propósito, en el segundo fundamento jurídico, llegaría a decir: "Que, el pronunciamiento del Jurado Nacional de Elecciones... de 1994 no constituye jurisprudencia obligatoria, por haberse expedido dentro de un marco legal distinto al que se ha configurado como consecuencia de la Ley número 26657".

Aunque, desde luego, éste no sea el momento más propicio para analizar la naturaleza jurídica del Jurado Nacional de Elecciones en el Perú, es bueno precisar que éste tiene, a partir de la carta de 1993, una naturaleza *sui generis*, pues si de un lado, hace las veces de un organismo administrativo cuando fiscaliza la legalidad de la realización de los procesos electorales, del referéndum, de otras consultas populares, la elaboración de los padrones electorales; mantiene y custodia el registro de organizaciones políticas o proclama a los candidatos elegidos por citar sólo algunos; de otro lado, también tiene naturaleza jurisdiccional, pues no de otro modo debe entenderse el ejercicio de la "administración de la justicia en materia electoral" que la Constitución le ha reservado, y que sus decisiones sean dictadas en "instancia final, definitiva y no sean revisables" en el ámbito de la jurisdicción ordinaria; no procediendo recurso alguno, según se encargan de recordar los artículos 181 y 142 de la misma Constitución.

Constituye, para decirlo en otras palabras, un órgano de justicia especializada en la materia electoral, cuya naturaleza jurisdiccional la comparte, salvando materias competenciales,

con órganos como el Tribunal Constitucional; en cuyo ejercicio de la función, por lo mismo, está facultado para ejercer la técnica de la *Judicial Review*, y por tanto a inaplicar una ley que observe que no guarda conformidad con la Constitución.

El establecimiento constitucional de la técnica de la revisión judicial de las leyes en el capítulo relativo al Poder Judicial (artículo 138 *in fine* de la Constitución), no puede entenderse como una atribución que sólo deben ejercer los jueces y magistrados que integran el Poder Judicial, pues se trata de una competencia ínsita a todo órgano que ejerce atribuciones jurisdiccionales, cuya obligación de resolver controversias aplicando el derecho positivo, exige de los jueces (electorales) preferir la aplicación de la Constitución sobre la ley ordinaria, en el caso de que esta última sea contraria a la primera.

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, aunque se trate de una técnica que instrumentaliza cuando conoce de procesos constitucionales distintos a la acción de inconstitucionalidad (verbigracia amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, etcétera).<sup>71</sup> Y nadie ha cuestionado tal proceder del órgano de control de la constitucionalidad (artículo 1 de la LOTC), so pretexto de que éste no se encuentra ni forma parte de la estructura del Poder Judicial.

Desde esa perspectiva, entonces, resulta muy cuestionable, y aún inconstitucional, que al momento de fallar el Jurado Nacional de Elecciones sobre las tachas presentadas contra la inscripción de la candidatura del presidente en ejercicio a una *re-reelección* presidencial, apegándose a *outrance* al principio de legalidad, haya preferido obrar en respeto de éste, aplicando la Ley núm. 26657, de interpretación auténtica del artículo 112 de la Constitución, y olvidar que en un Estado constitucional de derecho, aún por encima del

<sup>71</sup> Sobre la aplicación del "control difuso" en una acción directa de inconstitucionalidad, aunque limitado para resolver prejudicialmente incidentes, puede verse: Cairo Roldán, Omar, "El Tribunal Constitucional y el control difuso", *Revista Peruana de Derecho Procesal*, núm. 2, pp. 159 y ss.

principio de legalidad, se encuentra el principio de supremacía constitucional.

El peligro de un temperamento como el esbozado por el Jurado Nacional de Elecciones, desde luego, no sólo ha marcado negativamente su actuación en el proceso electoral del 2000. Ha abierto, inclusive, dudas fundadas que en la hipótesis de una eventual tercera reelección presidencial, al no estar previsto el límite temporal del ejercicio del mandato presidencial en la Ley Orgánica de Elecciones, la Constitución vuelva sufrir un nuevo fraude.

C. *¿Jurado Nacional de Elecciones contra Jurado Nacional de Elecciones?*

Un aspecto que no dejó de llamar la atención en la resolución número 2191-99-JNE, es su frontal separación del precedente que el mismo Jurado Nacional de Elecciones, aunque integrado por miembros distintos, había establecido en 1994, a través de la resolución número 172-94-JNE, que habilitó la candidatura presidencial del presidente en ejercicio para la única reelección presidencial permitida.

Para negar lo que en su momento el mismo Jurado Nacional de Elecciones había admitido, esto es, que en 1995 se postulaba a la primera y única reelección inmediata en el cargo de presidente de la república, el máximo órgano de la justicia electoral expresaría que su anterior pronunciamiento no constituía “jurisprudencia obligatoria”, pues la última resolución se expedía “dentro de un marco legal distinto al que se ha configurado como consecuencia de la Ley número 26657”, y que “la cosa juzgada (electoral) aludida... sólo es aplicable a la causa resuelta (esto es, para el proceso electoral de 1995), por no tener carácter vinculante (la resolución del Jurado Nacional de Elecciones), resultando que dentro de nuestro sistema jurídico (su resolución) es referencial e ilustrativa”.

Pues bien, en forma indiscriminada, y según probaremos, sin repararse en el sentido de las instituciones, el Jurado Nacional de Elecciones niega sistemáticamente que sus resoluciones puedan tener el carácter de “jurisprudencia obligatoria”, constituyan “cosa juzgada” electoral y tengan “carácter vinculante”. ¿Se tratan, en los tres casos, de nociones que tienen un mismo significado?

En primer lugar, podríamos decir que por “jurisprudencia obligatoria” en materia electoral se entiende al fenómeno de fijación de la doctrina electoral que resulte de las resoluciones que emita el Jurado Nacional de Elecciones como órgano encargado de administrar la justicia electoral. En tanto que doctrina fijada por el órgano especializado en la justicia electoral, el valor de su jurisprudencia tiene un ámbito reducido de actuación, pues ha de incidir fundamentalmente en la propia labor que realice el Jurado y sus instancias previas, dado que fuera de él no hay órgano jurisdiccional alguno que tenga como competencia conocer tal materia. Normalmente la doctrina jurisprudencial es la resultante de un criterio uniforme sobre una misma materia que es reiterada en el tiempo, como consecuencia de la existencia de un número importante de resoluciones con idéntico criterio.

Sin embargo, en materias que por su propia naturaleza no pueden ser objeto de pronunciamientos continuos, la falta de reiterancia no impide que se considere lo fijado por el Jurado como doctrina. Especialmente significativo era el caso de la reelección presidencial, pues el único supuesto en el que se había resuelto sobre los alcances del artículo 112 de la Constitución en relación con los mandatos presidenciales iniciados antes de su vigencia, fue en el proceso electoral de 1995.

Ahora bien, cuando en 1994 el Jurado expidió la resolución número 172-94-JNE, la doctrina jurisprudencial sentada por el órgano de justicia electoral no la realizó sobre lo que una ley ordinaria estableciera a propósito de la reelección presidencial inmediata, que por lo demás, en 1994, no exis-

tía, sino, por el contrario, se planteó sobre los alcances del artículo 112 de la Constitución. En consecuencia, independientemente que en materia de reelección presidencial no existiera más precedente que el de 1994, la expedición de una ley, como la de interpretación auténtica, no podía afectar la doctrina jurisprudencial acerca de los alcances del artículo 112 de la Constitución para el caso del presidente reelecto en 1995. La única manera que ésta jurídicamente fuera afectada, estaba sujeta a una previa reforma de la Constitución, que desde luego no se siguió.

Como parece ser obvio, la doctrina jurisprudencial que pueda realizarse de una norma constitucional, no varía ni podría hacerlo como consecuencia de la expedición de una ley, a no ser que la norma constitucional sobre la cual recayó una inicial doctrina jurisprudencial haya sido una norma cuyo desarrollo se dejaba al ámbito del legislador ordinario, que ciertamente no era el caso del artículo 112 de la Constitución, según vimos con anterioridad.<sup>72</sup>

Otro tanto ha de decirse en relación a la negación del carácter de cosa juzgada de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones. Que ellas tienen tal condición, y en primer lugar, el carácter de cosa juzgada formal, se desprende ya de la última parte del artículo 181 de la Constitución, que, según vimos, prevé que contra las resoluciones del Jurado en materia electoral “no procede recurso alguno”.

El valor de cosa juzgada formal de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones tiende a destacar pues, que una vez expedida una decisión por esta instancia electoral, éstas ya no pueden ser impugnadas ni ante instancia superior alguna (que no existe por encima del Jurado en materia electoral), y menos, por supuesto, ante ella misma.

<sup>72</sup> Caso típico de las normas constitucionales sujetas a lo que Konrad Hesse llama “interpretación de la Constitución de conformidad con la ley”, en oposición a la “interpretación de la ley de conformidad con la Constitución”. *Cfr.* Hesse, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 75.

Pero, además, las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones, aún en oposición de lo que él mismo expresaría en su tercer fundamento jurídico, tienen también los alcances de la cosa juzgada material. Por virtud de dicho valor que se otorgan a las sentencias (judiciales, pero que son perfectamente extendibles para las resoluciones del Jurado), se impide que entre las mismas partes pueda nuevamente reproducirse la controversia ante el órgano de la justicia electoral, pues lo resuelto con anterioridad es inmodificable: Y lo resuelto fue que en 1995 el ahora candidato postuló a la reelección presidencial.

Nuevamente el artículo 181 de la Constitución se encarga de recordar esta condición de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, al declarar que ellas son dictadas en forma definitiva y no son revisables. No sólo ante el mismo órgano de la justicia electoral, pues además, tal condición de la cosa juzgada material se extiende para el caso de que se pretenda plantear el mismo debate en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (artículo 142 de la Constitución).

Los efectos de la cosa juzgada material, a diferencia de la formal, no opera solamente al interior del mismo proceso, o, en palabras del Jurado, "que sea aplicable a la causa resuelta" (resolución número 172-94-JNE), pues sus efectos se extienden para causas posteriores donde se debata el mismo asunto, como en efecto ocurriría con las impugnaciones y tachas que se interpusieran contra la inscripción provisional de la candidatura a una *re-reelección* presidencial.

Precisamente porque sus decisiones son definitivas y no son revisables, tienen la autoridad de la cosa juzgada material, y por tanto impide que el mismo Jurado Nacional de Elecciones, so pretexto de no tratarse del mismo proceso, aunque sí la misma materia y las mismas partes, puedan enervar los alcances de lo ya decidido. Y lo decidido en 1994 fue que el presidente electo en 1990, postuló a la reelección presidencial en 1995.

Finalmente, aunque la negación del carácter vinculante de las decisiones del Jurado se haya realizado como una técnica argumentativa para apartarse del carácter de cosa juzgada material de la resolución número 172-94-JNE, es cierto que no obstante que la Constitución ni la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones han previsto que las decisiones del máximo órgano de justicia electoral tengan carácter vinculante, la misma configuración de éste como un órgano de justicia especializada en la "materia electoral", hace que en este campo tenga que forzosamente reconocerse tal condición, pues es evidente que en materia electoral, el Jurado tenga que considerarse como un órgano supremo *in sue ordine*.

Como lo ha expresado García Pelayo a propósito del Tribunal Constitucional,

de acuerdo con el principio de división de funciones y poderes, la paridad jurídica de los órganos constitucionales es compatible con el predominio de uno de ellos con relación al ejercicio de sus propias competencias... de donde se desprende que la independencia jurídica del órgano respecto a una voluntad extraña en lo que se refiere al ejercicio de sus competencias no excluye la interdependencia organizativa y sistemática de los órganos entre sí, sino que más bien supone que el producto de la acción de unos sea condición para la acción de los otros, o que, cuando menos, tenga efectos sobre ella.<sup>73</sup>

## VI. REFLEXIONES FINALES

Históricamente, en la América Latina la autorización al presidente de la república para que pueda reelegirse en forma inmediata ha sido un factor de desestabilización del sistema democrático, y consiguientemente, un peligro para el régimen de libertades fundamentales.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> García-Pelayo, Manuel, "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, 1981, p. 23.

<sup>74</sup> Cfr. últimamente, el valioso trabajo de Serrafiero, Mario D., *Reelección y sucesión presidencial. Poder y continuidad*, Buenos Aires, Edit. Belgrano, 1997, *passim*.

Su prohibición, en ese sentido, ha estado ligado a la propia viabilidad de la democracia constitucional, y ha sido un freno que se ha impuesto contra los efectos nocivos de una extrapolación defectuosa del régimen *presidencialista*, que ha desencadenado que nuestros países parezcan más *monarquías republicanas* que regímenes de democracia representativa, cuya diferencia con las del *Ancién Régime*, como lo pusiera de relieve Duverger,<sup>75</sup> se encuentra en la designación popular del presidente y la limitación en el tiempo de su mandato, que en la manera de ejercer el poder estatal.<sup>76</sup>

Ausente la limitación temporal del mandato presidencial en el Perú, el absolutismo del jefe de Estado se ha exacerbado, y ha culminado con la destrucción de los débiles resquicios de institucionalidad democrática. Para mantenerse en el poder más allá de lo que la Constitución lo permite, no se ha dudado en dejar de lado la carta magna, someter a los poderes públicos y afectarse los derechos constitucionales.

Los daños ocasionados son inconmensurables, y ha marcado el destino de la Constitución de 1993.<sup>77</sup> Ha recordado también, que la democracia constitucional en el Perú es aún un problema pero también una posibilidad. Y que en esa posibilidad, no hay lugar para cualquier forma de reelección presidencial.

75 Duverger, Maurice, *La monarquía republicana, o cómo las democracias eligen a sus reyes*, Barcelona, Edit. Dopesa, 1974, *passim*.

76 El paralelo entre el presidente de la república y los representantes del antiguo régimen, en el Perú, gozan de tradición, y no empeece el tiempo, aún es muy actual el que realizara Víctor A. Belaunde en 1914: "Y como por defectos de nuestro carácter y vicios sociales muy arraigadísimos, la misma suntuosidad exterior e idéntico servilismo que rodeaba al Virrey, rodean hoy al Jefe de Estado; reviviendo el decoratismo colonial, podemos decir, sin exageración que el presidente de la república es un Virrey sin Monarca, sin Consejo de Indias, sin odores y sin juicio de residencia". Belaunde, Víctor Andrés, "La crisis presente", *Revista Universitaria*, p. 410.

77 Últimamente: Landa Arroyo, César, "La evolución constitucional autoritaria del Perú contemporáneo", *Cathedra*, Lima, año III, núm. 5, 1999, pp. 176 y ss.