

Nacimiento, vía crucis y muerte del TC*

 MANUEL AGUIRRE ROCA**

307

I. LOS PROBLEMAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (TC) DEL PERÚ

1. Introducción

Los problemas del TC comenzaron con una ley defectuosa (hecha a la medida para impedir el cumplimiento de su principal función y, antes bien, invertirla y desnaturalizarla) y continuaron a) por un inadecuado sistema de elección de sus miembros (utilizado por la mayoría oficialista para introducir a jueces «amigos») y b), para abreviar, por el nombramiento de algunos magistrados no solo políticamente identificados con el régimen, sino también probadamente «dóciles» —por decir lo menos— y, además, poco idóneos para el cargo, desde el punto de vista profesional y técnico.

* El presente artículo también ha sido publicado en: AGUIRRE, M. (1997). «Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú». En: *Derechos fundamentales e interpretación constitucional (Ensayos-jurisprudencia)*. Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 13. Lima: Comisión Andina de Juristas, pp. 115-145. (Se hicieron todos los esfuerzos para comunicar la presente publicación a la Comisión Andina de Juristas).

** Abogado. Exmagistrado del Tribunal de Garantías Constitucionales.

Los factores indicados, unidos al indeclinable afán continuista del actual régimen, a la obsesión reeleccionista de su presidente y a la nefasta gravitación que semejante contexto —especialmente aquella obsesión— ha tenido en la marcha del TC, culminaron —en una primera etapa, por lo menos— en la inconstitucional y prepotente «destitución»¹ de tres magistrados que no se doblegaron ante las presiones y, aun, ante el insólito chantaje de la mayoría oficialista del Congreso. Como se sabe, mediante una amenazante carta notarial, dicho órgano quiso conseguir, a todo trance, que los tres magistrados retiraran sus votos de apoyo a un fallo del TC —entonces ya conocido, aunque aún no publicado— que privaba de sus efectos reeleccionistas, clamorosamente inconstitucionales, a una llamada «Ley de interpretación auténtica» (Ley N.º 26657), según la cual Fujimori podría pretender un tercer periodo constitucional consecutivo, mediante una segunda reelección inmediata en el proceso general entrante del año dos mil (2000)².

Quien escribe estas líneas es uno de los tres (3) magistrados «destituidos», pero advierte que no lo hace con el hígado y que no teñirá el artículo que usted tiene ante sus ojos, estimado lector, con pasiones o intereses subjetivos; sencillamente, ha pensado que era conveniente consignar, en la introducción de esta modesta contribución académica, datos históricos que ponen de relieve el dramático impacto de una de las causas principales del fracaso del TC, verbigracia, la enorme injerencia política que ha querido convertirlo en un instrumento al servicio del continuismo del actual régimen, y del propósito de perpetuación de su presidente.

II. DEFICIENCIAS DE LA LEY ORGÁNICA DEL TC (LOTIC)

Entre las disposiciones principales de la LOTIC, hay tres que son ostensiblemente inconstitucionales y especialmente funestas, a saber, las de los artículos 4, 39 y 55. La situación se agrava si se consideran las concordancias de estos

¹ Se pone el término entre comillas, porque es evidente y hasta clamorosa, la nulidad de la resolución legislativa del Congreso que dispone dicha «destitución», y porque, consecuentemente, los «destituidos» seguimos considerándonos magistrados del TC, y, además, tenemos interpuestas sendas demandas de AMPARO en que, precisamente, solicitamos que el Poder Judicial declare la inaplicabilidad —por nulidad— de tales resoluciones, y ordene nuestra reposición.

² El artículo 112 de la vigente Constitución no permite sino una reelección inmediata. Para tener derecho a una segunda, esto es, a un tercer periodo consecutivo, Fujimori, con su abrumadora mayoría parlamentaria, hizo dar una ley, llamada de «interpretación auténtica», según la cual sí podría pretender una segunda reelección consecutiva, es decir, un tercer periodo presidencial. Más adelante se trata ese punto.

artículos con otros de la misma LOTC, y, especialmente, con los numerales 31.1, 37 y 39, según se verá.

Dice, en efecto, el artículo 4:

El quórum del Tribunal es de seis de sus miembros.

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

De producirse empate para la formación de una resolución, el Presidente tiene voto dirimente, salvo para resolver los procesos de inconstitucionalidad, en cuyo caso, de no alcanzarse la mayoría calificada prevista en el párrafo precedente para declarar la inconstitucionalidad de una norma, el Tribunal resolverá declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad de la norma impugnada.

En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver.

Entonces, por inconstitucional que sea la norma legal (o de rango legal) impugnada en una demanda de inconstitucionalidad formulada ante el TC, basta que uno de los seis (6) magistrados que integren el quórum requerido vote en contra de la demanda (o, simplemente, se abstenga³) para que la norma sea «confirmada» como constitucional, conforme lo manda el concordante y precitado artículo 39 de la misma LOTC, y para que, según ese mismo numeral, todos los jueces deban aplicarla (lo cual, como se barrunta, hace utópico el llamado «control difuso»⁴).

³ El TC ha admitido la posibilidad de que sus magistrados se «abstengan» de votar, pero sin retirarse del proceso, toda vez que, al existir la obligación de resolver los casos, pero no habiendo, en el TC, ni suplentes ni dirimientes, y siendo el quórum mínimo de seis de los siete magistrados, las inhibiciones —léase: abstenciones— no pueden obligar a los magistrados a apartarse del proceso, pues ello impediría el cumplimiento de la grave obligación de sentenciar, al dejar sin quórum al cuerpo colegiado.

⁴ El «control difuso» obliga a todos los órganos jurisdiccionales a preferir, en caso de conflicto, la norma constitucional a la de menor jerarquía; sin embargo, según el citado artículo 39, cuando el TC declara infundada queda «confirmada», esto es, «constitucionalizada» y ya todos los jueces, aunque la estimen inconstitucional o incompatible con la normatividad constitucional, deben aplicarla. Ello significa, en la práctica, que el voto de un solo magistrado del TC —aun contra la opinión de los cinco restantes del quórum— no solo puede

III. EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA

De acuerdo el artículo 55 LOTC, la jurisprudencia del TC no puede ser modificada sino con seis (6) votos concordantes, cosa que, como se adivina, vuelve a dejar la suerte del TC, de las demandas de inconstitucionalidad, de las leyes y normas de rango legal y de la Constitución, en manos de uno solo de los seis (6) miembros del quórum. Además, como quien vota en contra de una demanda votará, obviamente, en contra del correspondiente cambio de jurisprudencia, el TC quedará, *per secular seculorum*, en manos de un mismo magistrado (o de dos, respecto de las causas que se vean con siete [7] magistrados).

En efecto, el citado artículo 55 de la LOTC, tiene el siguiente tenor:

Cuando el Tribunal decida apartarse de la jurisprudencia constitucional precedente sentada por él, la resolución se adopta por no menos de seis votos conformes.

Por otro lado, los artículos 31, 35 y 37 agravan enormemente la situación descrita, según fluye de sus propios textos, cuyas partes pertinentes se reproducen en seguida para una mejor comprensión de la materia.

310

Textos (partes pertinentes):

Artículo 31. «Interpuesta la demanda, el Tribunal resuelve sobre su admisión, dentro de un plazo que no puede exceder de diez días [...]. También puede declararse la inadmisibilidad si el Tribunal hubiere ya desestimado una demanda de inconstitucionalidad sustancialmente igual en cuanto al fondo [...].

Artículo 35. Las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad tienen autoridad de cosa juzgada, vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación [...].

Artículo 37. [...] la sentencia denegatoria de la inconstitucionalidad de una norma impide la interposición de nueva acción, fundada en idéntico precepto constitucional [...].

«constitucionalizar» leyes «inconstitucionales», sino también arrebatar a todo el Poder Judicial y demás órganos jurisdiccionales, la potestad constitucional de preferir la regla constitucional a la legal o de jerarquía legal (!).

IV. RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

Nada mejor, para ilustrar el caos creado en el TC por la absurda (inconstitucional y antiprocesal) regla incorporada, al lado de otras aceptables, en el artículo 4 LOTC que exige seis (6) votos conformes para «[...] dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley», que reseñar el destino corrido por las cinco (5) primeras demandas de inconstitucionalidad incoadas ante él.

1. Las cinco primeras demandas y sus fallos

Lo que sigue es una breve reseña de la suerte corrida por las cinco (5) primeras demandas de inconstitucionalidad, y de la gravitación que en ello tuvo la insólita «regla» de los seis votos, la misma que, a la postre, sería la causante⁵ de la «destitución» de tres magistrados del TC (uno de los cuales es el autor de este artículo) y, en verdad, de la muerte jurídica del mismo.

Antes de concluir, recordémoslo, se hará un breve comentario sobre el deplorable sistema de elección de los magistrados del TC, y sobre la designación de los «allegados», ya que estos factores también influyeron, de modo decisivo, en el fracaso del TC, como así se señaló en la introducción de este artículo.

311

2. El difícil nacimiento del TC

El Tribunal Constitucional (TC) creado por la actual Constitución (Const.), que entró en vigencia el 1 de noviembre de 1993, quedó constituido e instalado, e inició su funcionamiento, el día 24 de junio de 1996. El largo tiempo de los dos años y medio corridos entre su creación (art. 201 de la Const.) y la fecha de su instalación se debió, de un lado, a que la ley orgánica que debía regular su funcionamiento (LOTC) se promulgó solo el día seis (6) de enero de 1995 (publicado en el diario oficial *El Peruano* el 10 de ese mismo mes, y entró en vigencia, según su Disposición Transitoria 10.^a solo el once de enero de 1995); y, de otro, a la falta

⁵ «Causante», en la medida en que generó los problemas de que se valieron los «allegados» para acusar falsamente a los «destituidos», y dio ocasión a los congresistas de la mayoría para emitir las resoluciones —irritas e inconstitucionales— de destitución. Pero, en último término, la «causa» fue la venganza política del fujimorismo contra los tres magistrados que respaldamos, con nuestros votos, el fallo de la «inaplicabilidad» de la ley reeleccionista. Ello queda demostrado, por ejemplo, por el hecho de que los cuatro que se abstuvieron de votar en dicha causa, siguen —como premiados— en el TC.

de deseo de ponerlo en marcha de la mayoría oficialista, la cual dominaba —y domina— el Congreso, pues sus integrantes pasan del 50 % del número legal de sus miembros, que son, en total, 120, y que operan dentro de un régimen unicameral. En efecto, solo después de largas marchas forzadas —idas y venidas, negociaciones y forcejeos— provocadas por el terco propósito de dicha mayoría oficialista (Cambio 90-Nueva Mayoría) de imponer en el TC a varios de sus candidatos, finalmente, año y medio después de promulgada la LOTC quedó, pues, hacia fines de junio de 1966, constituido el flamante —y tan desdichado— TC.

3. Primera demanda y primera sentencia

La primera demanda de inconstitucionalidad (en adelante, Di) no tardó en presentarse. El TC la recibió el 12 de julio de 1996 y fue patrocinada por el Colegio de Abogados de Arequipa. Admitida el 19 de julio de 1996, y notificada el 23 de julio de 1996, se vio en audiencia pública el 16 de septiembre de 1996; se sentenció con fecha 29 de octubre de 1996, y se publicó el 6 de noviembre de 1996.

Ya en esta primera Di se suscitó el problema generado por una absurda regla contenida —entre otras aceptables—, en su artículo 4, la cual exige, según se ha indicado, seis (6) votos conformes para hacer lugar a las demandas de inconstitucionalidad (Dis). En efecto, en la correspondiente sentencia, publicada el 6 de noviembre de 1996 (la primera emitida y publicada por el TC), se da el contrasentido —anomalía procesal insólita e irracional— consistente en que varios de los artículos de la ley impugnada en esa Di resultan declarados «no inconstitucionales» (vale decir, «constitucionales»), no obstante que cinco (5) de los siete (7) magistrados los consideramos inconstitucionales (los otros dos fueron los «allegados» al régimen, los mismos que con acusaciones falsas —obviamente orquestadas desde el Congreso— han provocado la «destitución» de tres magistrados del TC⁶).

Conviene precisar, al respecto, que, al momento de sentenciarse esa primera causa, ya se había presentado y admitido a trámite (pero aún no se había visto) una Di en contra, precisamente, de la inaudita regla del artículo 4 en cuestión. El suscrito, en voto singular, expresó lo siguiente.

⁶ En efecto, esos dos «allegados» son los magistrados que acusaron falsamente —es decir, calumniosamente— a los tres «destituidos», y que, según es, otra vez, *vox populi*, todo indica que lo hicieron a solicitud de la mayoría oficialista del Congreso, la cual necesitaba «cohonestar» su maquinada venganza política contra los tres magistrados que votaron en el sentido de la «inaplicabilidad» de la ley reeleccionista.

4. El voto singular del autor de este artículo

En los casos en que no se ha alcanzado la mayoría de los seis (6) votos exigidos por el Artículo 1 de la Ley Orgánica de este Tribunal, pero en que sí se ha logrado una clara mayoría de cinco (5) votos a dos (2), favorable a la demanda, es decir, en el sentido de la inconstitucionalidad de las correspondientes Disposiciones impugnadas, estimo —discrepando, así, del parecer y del fallo de mis colegas— que no pueden declararse «constitucionales» dichas Disposiciones, ni infundada, por tanto, en esos extremos, la demanda, pues ello equivaldría a hacer prevalecer la opinión de la minoría sobre la de la mayoría, lo cual no solo llevaría al absurdo de hacerle decir, al Órgano colegiado, precisamente lo contrario de lo que piensa, permitiendo, de paso, que la opinión de solo dos (2) de sus miembros triunfe sobre la de sus cinco (5) miembros restantes, como si el voto de unos magistrados tuviera más valor que el de los otros, y no obstante que existen los mecanismos legales y constitucionales apropiados para impedir semejante antinomia, sino que, además, resultaría incompatible con la sabia regla del Artículo 139, inciso 8 de la Constitución, concordante con los numerales 51, 138 y 201 del mismo cuerpo legal, y, especialmente, con la grave e insoslayable obligación jurisdiccional que impone el precitado Artículo 138 —sobre todo a los jueces constitucionales— de preferir, en todo caso, la norma constitucional a la legal. Sin embargo, considero que tampoco procede, a estas alturas, declarar inconstitucionales las Disposiciones impugnadas que han obtenido cinco votos en tal sentido, toda vez que se encuentra en trámite, en este Tribunal, una demanda en que se solicita que se declare la inconstitucionalidad, precisamente, de la regla de los seis (6) votos del Artículo 1, precitado, de la Ley N.º 26435, razón por la cual, en tales casos, juzgo que debe reservarse el pronunciamiento, mientras no se resuelva la mencionada demanda, máxime, si se tiene presente que pronunciar sentencia respecto de dichas Disposiciones —es decir, declararlas, ora constitucionales, ora inconstitucionales—, en estas circunstancias, entrañaría, de un lado, un adelanto de opinión respecto de la mencionada demanda de inconstitucionalidad pendiente de fallo, adelanto de opinión reñido, en mi criterio, con los principios generales del derecho —y, especialmente, del derecho procesal constitucional—, y que, de otro lado, debemos ser exquisitamente prudentes en nuestros pronunciamientos, ya que, por virtud del categórico mandato del Artículo 55 de la misma Ley N.º 26435, este Tribunal está terminantemente prohibido de modificar su jurisprudencia, si no cuenta, para ello, con siquiera seis (6) votos conformes. Aguirre Roca. (Exp. N.º 001-96-I/TC)

Los otros cuatro (esto es, todos, menos los dos «allegados») que también estimaron inconstitucionales tales artículos reservaron expresamente su criterio respecto de la constitucionalidad, o no, de esa misma regla del artículo 4 (advirtiéndole que, oportunamente, al sentenciarse la correspondiente demanda, lo harían conocer); pero, en el interín, permitieron que los dos «allegados» (Acosta Sánchez [AS] y García Marcelo [GM]) prevalecieran sobre los cinco restantes, pues no objetaron —no obstante el tenor de sus respectivos votos singulares—, la validez del fallo impuesto por tales dos votos, el mismo que declaraba, según se ha indicado, infundada, en tales extremos, por solo dos votos contra cinco, la demanda de inconstitucionalidad (con lo que, según se ha señalado, se «constitucionalizaban» tales artículos inconstitucionales).

5. La segunda Di y la cuarta sentencia

Como consecuencia de la sentencia reseñada, que se publicó el 6 de noviembre de 1996, en la audiencia pública en que se vio la segunda causa (que fue la de la Di contra la Ley N.º 26657, llamada de la «interpretación auténtica», que pretendía habilitar un tercer periodo consecutivo para el presidente Fujimori), actuando como abogado del demandante (Colegio de Abogados de Lima) el Dr. Vladimir Paz de la Barra —decano de dicho Colegio—, refiriéndose a esa primera sentencia (publicada, en el diario oficial *El Peruano*, justamente, por pura coincidencia, el mismo día de la vista, pero que era conocida desde días antes), manifestó que se desistió de su demanda, argumentando que no era equitativo ni aceptable que las causas no pudieran ganarse sino con seis (6) votos conformes, y que, al contrario, pudieran perderse con solo uno o dos votos en contra.

De ese modo, la jurisprudencia sentada por el TC en su primera sentencia fue, pues, severamente criticada y denunciada como inconstitucional por el decano del CAL. Y no le faltaba razón, obviamente, al Dr. Paz de la Barra.

El desistimiento no fue aceptado por la demandada (Congreso)⁷ y, en consecuencia, el procedimiento —una vez apurado el trámite legal correspondiente, incluyendo el «traslado» del desistimiento a la otra parte debió continuar, con señalamiento de fecha y hora para una nueva vista.

⁷ Se comenta que el Congreso aceptó el desistimiento —*vox populi, vox Dei*— porque estaba seguro de que con los votos en contra de sus dos «allegados», obligaría al TC a declarar infundada la demanda, con lo que quedaría expedito el camino a un tercer periodo consecutivo de Fujimori.

6. Los frutos del desistimiento del Colegio de Abogados de Lima (CAL)

Sin embargo, la actitud del decano del CAL produjo sus frutos, pues ella, en efecto, motivó una inteligente y muy positiva decisión del TC, la cual consistió en manifestar, públicamente —pese a la tenaz oposición de los dos «allegados» y a la vacilante actitud de otros dos magistrados— que ya no se sentenciarían más causas —incluyendo a la de la reelección (Ley 26657)—, mientras no se sentenciase la Di contra la regla de los seis votos (entonces, según se ha indicado, ya interpuesta y admitida, pero aún no vista ni resuelta). Y así se hizo, pues la causa contra la regla de los seis votos, que fue la quinta en ingresar y también la quinta en ser admitida, fue la segunda en sentenciarse. Es decir, que se suspendieron los pronunciamientos⁸ sobre las ingresadas y admitidas antes que ella —incluyendo a la de la reelección (que fue la que motivó el desistimiento del CAL, comentado líneas arriba)— a la espera de que se fallase la de los seis votos.

7. Satisfacción y aplauso

La decisión de suspensión fue muy bien acogida por los hombres de leyes, y aplaudida por el público en general, puesto que era evidente que los fallos de todas las causas iban a depender de la aplicación, o no, de tan extraña regla, la misma que privilegiaba, en forma alarmante, a las normas de rango legal sobre las constitucionales, y violaba, pues, flagrantemente, los artículos 51, 138 y concordantes de la Constitución⁹, y los principios más elementales de la igualdad legal y procesal.

Así, la causa contra la ley del referéndum —ingresada el 12 de septiembre de 1996, y admitida el 10 de septiembre de 1996; la del Vaso de Leche— ingresada el 12 de septiembre de 1996 y admitida el 23 de septiembre de 1996; y la de la reelección, admitida el 23 de septiembre de 1996, no fueron sentenciadas sino después de haberlo sido la de los seis votos, no obstante que al tomarse la decisión de suspensión, ya se había visto en audiencia pública esta última demanda.

⁸ Se suspendieron, pero sin exceder los plazos legales para resolverlos. Lo que se hizo fue, pues, alterar el orden de solución, respetando los plazos legales.

⁹ El texto de estos artículos es el siguiente: Artículo 51. «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicación es esencial para la vigencia de toda norma del Estado». Artículo 138. «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior».

8. Quinta Di y segunda sentencia: el suicidio del TC

Lamentablemente, la demanda crucial incoada contra la norma de los seis votos (art. 1 LOTC), que se esperaba que diera lugar a una jurisprudencia constitucional ejemplar, que permitiese al TC liberarse de la camisa de fuerza correspondiente, a la postre solo consiguió tres votos a favor, pues los otros cuatro magistrados —los dos «allegados», así como Nugent y Díaz Valverde— terminaron sometiéndose a la regla cuestionada y, de ese modo, «constitucionalizándola». Por eso se dijo, con toda razón, que el TC se había suicidado.

Los únicos tres que, reivindicando el imperio y la primacía constitucional, votamos a favor de la demanda, somos los tres «destituidos» cinco meses después. Se descontaba, por cierto, que de los cuatro restantes dos (los «allegados») votarían en contra, pero no se imaginó que los otros dos (el presidente Ricardo Nugent y Díaz Valverde), a última hora, harían otro tanto.

Aquellos dos incondicionales habían llegado —valga recordarlo— al extremo de pretender que tal demanda no debía siquiera ser admitida, al aducir que el plazo de caducidad de los seis (6) meses señalados en la ley ya había vencido. No obstante, la ley establecía que dicho plazo no podía empezar a correr —según es lógico— antes de la fecha de la instalación del TC. Tan absurda pretensión ponía en evidencia la total falta de independencia de los dos magistrados, así como su sumisión —parametrada— a las consignas de la mayoría oficialista.

316

9. Dos votos «complacientes» se suman a los parametrados

Resultó una enorme sorpresa para los tres «destituidos» —dicho sea, de paso, que inclusive el presidente del TC, Ricardo Nugent (lo mismo que Díaz Valverde), bendijera, con su voto, una regla tan claramente inconstitucional, puesto que ella permitía que prevaleciera, en el seno del TC, la minoría sobre la mayoría, y aun, en el caso extremo, el parecer de un solo magistrado sobre el de los cinco restantes (el quórum es de seis), a condición de que el discrepante votase en contra de la demanda, esto es, a favor de la ley cuestionada, pero no al revés, porque, según la insólita regla glosada, para el triunfo de la demanda no basta la mayoría, ni siquiera una mayoría calificada de más de la mitad del número legal de los miembros del TC, sino que es necesaria la unanimidad (con un quórum de seis), o seis votos de siete. Solo para el triunfo de la regla inferior —¡colmo de la sinrazón!— resultaba suficiente un voto, una abstención o, cuando mucho, dos opiniones.

Con tal fallo, publicado en *El Peruano* el 22 de diciembre de 1996, casi un mes después de la vista en audiencia pública (se vio el 27 de noviembre de 1996),

la mayoría oficialista del Congreso conseguía carta blanca para sus leyes, pues con sus dos «allegados» tenía asegurados, cada vez que así lo quisiera, fallos adversos a las demandas de inconstitucionalidad, lo que equivalía a disponer, en el TC, de un mecanismo —fábrica, en verdad— «constitucionalizador» de las leyes inconstitucionales aprobadas, precisamente, por dicha mayoría. El TC se convertía, pues, en una herramienta al servicio de la mayoría oficialista del Congreso —Poder Constituido—, en lugar de ser un organismo defensor de la Constitución (Poder Constituyente). Así quedaba desnaturalizado el TC y frustrada su principal misión¹⁰.

10. La tercera demanda y su fallo escandaloso

Inmediatamente después de sentenciada la causa de los seis votos, debían resolverse las demás causas pendientes.

En una de ellas, la del referéndum (que fue, en el orden de prelación cronológica, la segunda, pues fue admitida con fecha 10 de septiembre de 1996), el fallo resultó verdaderamente escandaloso, pues en él volvió a suscitarse la oposición cerrada e inflexible de los dos «allegados», de modo que, otra vez, las posiciones se dividieron 2 a 5; y como, al haberse sentenciado, apenas unos días antes, la causa contra el artículo 4 LOTC, el propio TC, por 4 a 3, había «constitucionalizado» la inconstitucional regla de los seis votos, en el fallo de esta causa se dice, textualmente, algo realmente inaudito, esto es, que:

[...] al no haberse obtenido los seis votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de la Ley N.º 26592, exigidos por el artículo 1 de la Ley 26435, este Tribunal se ve obligado, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus miembros, a declarar infundada la demanda.

11. Error en la ubicación de mi firma

El autor de este artículo, en lugar de estampar su firma con la de los otros seis magistrados, al pie del fallo glosado, quiso hacerlo, según consta a sus colegas, solo al pie de su voto singular —donde también aparece— precisando, que tal como lo había manifestado —en otro voto singular— al sentenciarse el primer

¹⁰ A tal punto es esto cierto, que se comentaba que la misma mayoría parlamentaria, autora de leyes inconstitucionales, podría valerse de interpósita persona para formular demandas de inconstitucionalidad, con el fin de lograr «constitucionalizar», con solo el voto de sus «allegados» —o de solo uno de ellos— dichas leyes aberrantes.

caso (comentado líneas arriba), a su juicio, no podía aceptarse que uno o dos magistrados —ni tampoco la minoría del quórum, cualquiera fuera su número— pudieran «constitucionalizar» leyes contra el voto de la mayoría. Sin embargo, por problemas de secretaría, ajenos a su voluntad y que —pese a haberlo intentado— él no pudo corregir a tiempo, su firma —al igual que la de los otros seis magistrados— apareció no solo al pie de su voto singular, sino también al pie de tal fallo, la misma que había sido estampada allí, originalmente, por error. Nunca quiso —ni aceptó—, en verdad, el autor de esta colaboración poner su firma al pie de fallos que consagraran la irracional —e inconstitucional— regla comentada del artículo 1 LOTC.

Otra extravagancia absurda de esta sentencia radica en que, no obstante, ella está redactada y elaborada en función del pensamiento de los cinco magistrados que se pronunciaron declarando fundada la demanda y, por tanto, inconstitucionales los dispositivos impugnados en ella —lo cual es lógico—, pues tal es el orden técnico-procesal de la redacción de sentencias y que los votos de los dos «allegados» figuran al final de la misma, bajo el rubro de «voto singular de los señores magistrados Francisco Acosta Sánchez y José García Marcelo» —lo cual es igualmente lógico—, son estos los que prevalecen (IL).

318

En otras palabras, los «votos singulares», que son siempre los que no respaldan el fallo ni forman resolución —y que, por ello mismo, van al final y se califican de «singulares»— en este caso son los que, prevaleciendo sobre los otros cinco, sí logran «constitucionalizar» una ley claramente inconstitucional. En puridad de verdad, y desde el punto de vista técnico —procesal, resulta así que, de modo abiertamente contradictorio, los votos «singulares» son los «no-singulares», y los inmensamente mayoritarios, son los «singulares».

12. La Ley de la Reelección N.º 26657: cuarta sentencia

Recorrido ya el tortuoso camino de las tres primeras sentencias, en las que se hizo manifiesta la posición gobiernista de los «allegados», y se asestó, con la «ayuda» de los magistrados Nugent y Díaz Valverde, un golpe mortal al TC, llegó el momento de sentenciar la causa —que se había dejado en suspenso contra la ley llamada de la «Interpretación Auténtica» del artículo 112 de la Constitución—. Entonces, volvió a surgir el problema de la incondicionalidad de los «allegados» que, no obstante el carácter ostensiblemente inconstitucional de esa ley y las protestas populares que ella había generado, abrazaron, otra vez, la posición gobiernista.

13. Un problema procesal inédito

Surgió un problema muy interesante, desde el punto de vista procesal-constitucional, porque tocó la casualidad de que tres de los siete magistrados habían debido pronunciarse, con anterioridad, sobre el sentido y los alcances del artículo 112 de la Constitución, y, al hacerlo, habían expresado que el mismo permitía solo una reelección consecutiva. Por tales motivos, dichos tres magistrados pensaron, originalmente, que podrían estar obligados a inhibirse del conocimiento de la causa. Sin embargo, examinando cuidadosamente el tema, se llegó a la conclusión de que no deberían inhibirse, no solo porque no habiendo jueces suplente en el TC, su inhibición equivaldría a una suerte de denegación de justicia, sino porque, además, ellos habían emitido opinión sobre la regla del artículo 112 de la Constitución, antes de que se promulgara la Ley interpretativa, N.º 26657, ley que era la cuestionada en la demanda y que, precisamente, se proponía «interpretar auténticamente», a través del Poder Legislativo, el precitado artículo 112. Tal fue la opinión de la demandada (Congreso), quien sostuvo que la sentencia ya no debería depender de la interpretación que se diera, *in abstracto*, al artículo 112 de la Constitución, sino de la que se diera a ese artículo 112 a la luz de un hecho nuevo: la existencia de la Ley interpretativa N.º 26657.

Habiendo triunfado, consecuentemente, con la anuencia de todas las partes interesadas, la tesis de la no-inhibición, la demanda se admitió a trámite, y la causa se vio en audiencia pública, según ya se ha señalado, con la presencia de los siete (7) magistrados.

Finalmente, al votarse la cuestión, resultó claro, como ya es de público conocimiento, que, otra vez, cinco magistrados consideraban fundada la demanda y, consecuentemente, inconstitucional la Ley N.º 26657; mientras los otros dos, como siempre, se «inclinaban» en sentido contrario.

Las severas críticas lanzadas contra las sentencias anteriores, en las que había permitido —con excepción del suscrito— que la minoría se impusiera sobre la mayoría, y en las que, a mayor abundamiento, se había «constitucionalizado» la fatal regla de los seis votos, sensibilizaron y puesto en alerta, el criterio de los magistrados «no-allegados», incluyendo a los dos «vacilantes» (Nugent y Díaz Valverde), a punto que al ver que no se alcanzaban —otra vez— seis votos, resolvieron no constitucionalizar la inconstitucional Ley N.º 26657, no solo porque ya hubiese sido un escándalo mayúsculo el hacerlo, sino porque se trataba de una ley elaborada a la medida, para asegurar —burlando la prohibición constitucional expresa— la continuidad del régimen y la perpetuación de su presidente en el Poder, cosa que despertaba el rechazo popular.

14. ¿Cambio de jurisprudencia?¹¹

Fue así cómo, en la obligada búsqueda de soluciones constitucionales que permitiesen liberarse en el caso de la funesta regla de los seis votos, se propuso modificar la jurisprudencia sentada a propósito de la demanda contra dicha regla, y resolver, consecuentemente, la causa por mayoría. Pero entonces se cayó en la cuenta de que el ya mencionado artículo 55 LOTC (reproducido líneas arriba) también exigía, desgraciadamente, seis votos conformes para modificar la jurisprudencia del TC. Todo estaba, pues, perfectamente amarrado.

En tal coyuntura, hubo de examinarse, en primer lugar, la posibilidad de descartar, por «control difuso», la regla del artículo 55, por estimarla inconstitucional, ya que volvía a poner la decisión del cuerpo colegiado —contrariando abiertamente el precepto constitucional según el cual quien decide es el cuerpo colegiado y no, de ningún modo, la votación minoritaria del mismo— en manos de uno o, cuando mucho, de dos magistrados. Hasta ahora no entiende, quien esto escribe, por qué no se adoptó tal temperamento. Sobre todo, por qué no lo hicieron suyo quienes, al igual que él, habían declarado, en el correspondiente fallo (el recaído en la demanda contra la ley de los seis votos) con sus votos singulares, inconstitucional la regla de los seis votos, y ello considerando que una exigencia tal privaba al TC —es decir, a la mayoría del colegio— de la facultad de que la Constitución le otorga del deber correspondiente de declarar, en resguardo de la jerarquía normativa, inconstitucionales —cuando lo son— las normas de rango legal impugnadas en las demandas de inconstitucionalidad, y, al contrario, lo obligaba a «constitucionalizarlas» contra el parecer de esa mayoría —es decir, del cuerpo colegiado, con solo uno o dos votos favor de las normas inconstitucionales cuestionadas—.

Sin embargo, en todo caso, como ese criterio —perfectamente válido a mi juicio— no fue aceptado lamentablemente por la mayoría, solo quedó como alternativa otro, esto es, el de declarar inaplicable, por «control difuso», la propia Ley N.º 26657 impugnada en la demanda. Ello se hizo factible porque la mencionada ley era, en realidad, una ley con nombre propio, puesto que solo podía

¹¹ El relato sintético que sigue se refiere a circunstancias y hechos que ya son —como los reseñados en lo que procede— de público conocimiento, pues todos ellos fueron ventilados, en forma pública, a lo largo del proceso —irregular y amañado— instaurado por el Congreso, y que concluyó, como se sabe, con la abusiva e inconstitucional «destitución» del autor de esta colaboración y de dos de sus colegas del TC. Tales hechos, por lo demás, han sido materia de numerosos análisis y comentarios igualmente públicos.

aplicarse al presidente Fujimori y a nadie más, ya que declaraba lo siguiente: «interpretase de modo auténtico que la reelección a que se refiere el artículo 112 de la Constitución está referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad¹² a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, interpretase auténticamente que en el cómputo no se tienen en cuenta retroactivamente los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución».

Consecuentemente, se estimó, por analogía legal, que se estaba frente a un problema típico de «inaplicabilidad» de una norma a un caso concreto, y no frente a uno de inconstitucionalidad de una regla de carácter general. Era, pues, visto así, perfectamente factible y, a mi juicio, imperativo aplicar la facultad de control difuso, prevista en los artículos 51, 138 y concordantes de la Constitución¹³, según los cuales «la Constitución prevalece sobre toda norma legal», y «en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera».

Esa facultad, llamada de «control difuso» (porque está difundida entre todos los órganos jurisdiccionales, desde el más humilde juzgado de paz hasta el más encumbrado tribunal), la emplea el TC todos los días, como se sabe, en el marco de referencia de la llamadas acciones de garantía (hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento), en las cuales actúa prácticamente como última instancia del Poder Judicial, y, consecuentemente, emplea lo mismo que los órganos de este, las facultades del «control difuso» según las cuales, si bien no pueden ser declaradas erga omnes, inconstitucionales las leyes y normas de rango legal ni tampoco ser derogadas, sí pueden —y deben— ser «inaplicadas» al caso concreto y pendiente de resolución cuando se reputen incompatibles con la normatividad constitucional.

¹² Lo que la regla pretende, obviamente, es que no se considere el periodo presidencial anterior (1990-95), en el cual fue presidente de la República Fujimori —y nadie más que él—, con el fin de beneficiarlo a él —y a nadie más que él— con el derecho a un tercer periodo consecutivo, en abierto desafío y violación del artículo 112 de la Constitución. Así pues, resulta palmario que la llamada ley de la «interpretación auténtica», es una ley «concreta», con nombre propio, susceptible de ser usada solo y únicamente por Fujimori y, por tanto, no solo violatoria de los artículos 103 y 112 de la Constitución, sino perfectamente pasible de ser «inaplicada» al caso concreto, vía «control difuso».

¹³ Véase la nota precedente, y la número 9, en la que se reproducen los textos de los artículos 51 y 138 de la Constitución.

Ampliamente debatido, y aprobado tal criterio por cinco (5) de los siete magistrados (con el voto en contra, como de costumbre, de los dos «allegados», se redactó la ponencia respectiva y se la sometió a votación.

15. Los avatares del caso y la segunda muerte del TC

Con cinco votos a favor y dos en contra (5 a 2), se aprobó tal ponencia —convirtiéndose, pues, la misma en sentencia¹⁴— y se firmó por los cinco (5) que la respaldaron, quedando el TC, para publicarla, a la espera de los votos singulares discrepantes de los otros dos, puesto que quienes votan en singular no firman al pie del fallo, sino que acompañan, en documento independiente, los textos —firmados— de sus opiniones o «votos singulares». Desgraciadamente, dicha sentencia, que pudo marcar la iniciación del renacimiento del TC, se convirtió en el principio de su segunda muerte (la primera había ocurrido —por mano propia, es decir, vía suicidio— con la sentencia que «constitucionalizó» la regla de los seis votos), puesto que dio lugar a que los dos «allegados», filtrándose la noticia a un canal de TV (el cual la propaló diciendo —y, por tanto, politizándola y deformándola— que el TC «le había dicho «NO» a Fujimori»), tratando de neutralizar el impacto de tal primicia ante la opinión pública, de salvar —vox populi, vox Dei— su «responsabilidad» frente a la mayoría oficialista, y de impedir que esa sentencia —aún no publicada— se consolidara, en lugar de cumplir con entregar sus votos singulares para integrar el documento final, alegaron que tal sentencia «no existía», al aducir que la correspondiente ponencia no se había sometido a votación. Y como tal situación trascendió —en virtud de la denuncia escrita e injuriosa que los mismos «allegados» hicieron a la prensa—, surgió un escándalo mayúsculo que, a su turno, precipitó la intervención —según es de conocimiento público de las influencias y de las presiones políticas—. Ello parece haber inducido

¹⁴ Una vez votada una causa, técnicamente hay ya sentencia, aunque se vote -como no es inusual- con cargo a redacción. Pero si, además, el texto ya está redactado y las firmas de los votos concordantes que la respaldan, estampadas, es obvio que ya no puede haber la menor duda de que existe sentencia, pues a los que votaron en contra solo les queda el derecho de alcanzar sus «votos singulares», los que, sencillamente, se agregan a la sentencia. Los «allegados», sin embargo, alegaron que no había sentencia, al aducir que el texto respectivo no había sido sometido a votación; cosa absolutamente falsa, pero que ello, no obstante, no fue categóricamente desmentida sino por cuatro de los restantes magistrados, pues el «complaciente» Díaz Valverde, mintiendo ante la Comisión Investigadora del Congreso —presidida por persona lega en derecho—, dijo que él había sido sorprendido cuando firmó dicha sentencia, ya que lo hizo creyendo que solo era una «ponencia». Parece que Díaz Valverde, intimidado por el Congreso, olvidó que las ponencias no se firman sino después de sometidas a votación, esto es, cuando se convierten en sentencias.

a que dos de los cinco firmantes de dicha sentencia (Nugent y Díaz Valverde) de «inaplicabilidad se sumaran a los dos «allegados» para solicitar —por mayoría de 4 a 3— la reconsideración de la votación, y a que, una vez reconsiderada la votación, resolvieran retirar sus votos alegando —a la hora nona— que, por haber «adelantado opinión», debían abstenerse de votar en el caso. Los dos «allegados» decidieron «pensarlo» y pidieron plazo para decidirse, pues no sabían si debían abstenerse o votar en contra, o uno en un sentido y el otro en otro según también es público y notorio.

Cuando, finalmente, se decidieron los «allegados», al igual que lo habían hecho Nugent y Díaz Valverde —a quienes en otro sitio hemos debido calificar de «vacilantes» por «abstenerse»—, quedó lista la sentencia final, solo que con su introducción adaptada. En esta ya no se decía, como en el documento original —cuyo texto sobrevivió íntegramente—, que el TC emitía sentencia con cinco votos en un sentido (la «inaplicabilidad») y dos en contra, sino con tres votos y cuatro abstenciones, las mismas que en sendos documentos se incorporaban como partes integrantes de la sentencia. Así ocurrió en realidad, pues en tal sentencia aparecen los siete (7) magistrados, tres manteniendo intactos sus votos originales en el sentido de la «inaplicabilidad», y los otros cuatro (4) retirándolos y absteniéndose; y todos ellos —los 7— firmando la sentencia en sus respectivos lugares¹⁵ y, por tanto, sosteniendo el fallo de la «inaplicabilidad»).

Una vez que quedó así, lista tal sentencia final y que el presidente del TC sin ninguna objeción ordenó su publicación, los dos «allegados» alcanzaron al presidente —por lo visto y según su propio dicho— otra «sentencia», —es decir, otro texto con el título de «sentencia», pero sin la naturaleza de tal, pues, entre otras incongruencias, en dicho texto no se daba cuenta ni del debate en el Pleno, ni de la votación (puesto que ella no fue jamás, en efecto, ni debatida ni votada), así como tampoco aparecían los otros cinco magistrados—, esta vez suscrita solo por ellos dos, en la cual volvían a abstenerse pero, al mismo tiempo, se pronunciaban declarando infundada la demanda y, consecuentemente, válida y constitucional la Ley N.º 26657.

¹⁵ Es claro que los dos «allegados» estaban en contra del fallo, puesto que así lo demuestran en la otra «sentencia», en la que, también «absteniéndose», se pronuncian, pero que no emitieron sus votos singulares discrepantes, pensando que así conservaban el derecho de hacerlo en la otra «sentencia» (parece que tamaño galimatías jurídico bate todos los récords imaginables), tal como, en efecto, y por increíble que resulte, lo hicieron. Sin embargo, no se dieron cuenta de que al participar, con su firma, en la primera sentencia —que sí es la auténtica y válida, pues lleva la firma de los siete (T)— ya no podían autorizar otra «sentencia», y menos una discrepante de la anterior, sobre el mismo caso y el mismo día.

16. ¡Dos pronunciamientos sobre lo mismo!

Para colmo de males, en esa «sentencia» —auténtico esperpento jurídico— decidieron participar, otra vez con sus abstenciones, el presidente Nugent y Díaz Valverde, quienes aparecen así autorizando —con sus abstenciones— dos pronunciamientos distintos sobre la misma materia. De estos, el segundo, es decir, el preparado por los «allegados», no contaba sino con la participación —una vez incorporados Nugent o Díaz Valverde— de cuatro (4) magistrados, y todos ellos absteniéndose, aunque los dos «allegados» además de «abstenerse», pronunciándose (vale decir, «votando») y suscribiendo —solo ellos dos— el fallo que declaraba infundada la demanda y, consecuentemente, constitucional la inconstitucional ley de la reelección. Los otros dos, Nugent y Díaz Valverde, aparecen, con sus abstenciones suscritas y firmadas de puño y letra en el documento, pero no firman al pie del fallo, puesto que se abstienen de verdad, esto es, sin pronunciarse en ningún sentido, pero respaldando con su presencia, por desgracia y contradictoriamente, semejante monstruo jurídico.

Nunca logré explicarme cómo el presidente del TC, así como Díaz Valverde, pudo estar presente también en la «sentencia» de los «allegados», ni cómo estos pudieron abstenerse y votar en su «sentencia», y solo abstenerse en la otra (esto es, en la verdadera, pues en ella sí estaban presentes los siete (7) magistrados, tres votando y cuatro absteniéndose), ni menos cómo pudo Nugent ordenar la publicación simultánea de los dos pronunciamientos en el diario oficial *El Peruano*.

El resultado de estos asombrosos sucesos fue que los medios no tardaron en pedirle a Nugent que precisara —como presidente del TC— cuál de los dos pronunciamientos valía, y que este —obligado a responder— contestara que el único válido era el que contaba con la presencia de los siete magistrados, es decir, el de la «inaplicabilidad», manifestando, al mismo tiempo que el otro no tenía ningún valor, ya que los que se abstienen —dijo— no pueden decidir. ¿Había olvidado Nugent que él estaba en ambos pronunciamientos, lo mismo que Díaz Valverde? Todavía es un misterio, para mí, porque nadie atinó a preguntarle a Nugent por qué había él ordenado, como presidente del TC, la publicación de los dos pronunciamientos, y por qué él, lo mismo que Díaz, Acosta Sánchez y García Marcelo, se encontraba en ambos.

17. Pedido de aclaración

Por otro lado, frente a tal situación, el CAL formuló un pedido de «aclaración» y lo entregó en la mesa de partes (trámite documentario) del TC, pero dirigido a los tres magistrados que respaldaban con sus votos, el fallo de la «inaplicabili-

dad», significando así que el pedido se refería a la verdadera sentencia, y no a la «sentencia» de los dos «allegados»¹⁶. El presidente del TC, recibido tal pedido, lo proveyó ordenando «pase al ponente». El ponente (que había sido Rey Terry) se reunió con Delia Revoredo Marsano y Manuel Aguirre Roca (autor de este artículo). Los tres decidieron someter el pedido a la consideración del Pleno, el cual, con la presencia de sus siete miembros, por cinco votos a dos (con los votos en contra como siempre, de los dos «allegados»), dispuso que, tal como se procede en la Corte Suprema de Justicia de la República (de la cual Nugent había sido presidente hasta en dos oportunidades), solo participaran en la aclaración solicitada los tres que respaldaban el fallo, ya que los otros cuatro se habían abstenido y, según lo recordó Nugent, «no tenían vela en el entierro». Conviene aclarar que los «allegados» no se opusieron a que solo colaboraran, redactaran y proveyeran el pedido de aclaración, quienes respaldaron con sus votos, el fallo de cuya aclaración se trataba, sino que opinaron que la solicitud debía devolverse o, simplemente, declararse improcedente por haber sido dirigida a los tres magistrados, y no a la presidencia del TC. Sin embargo, el Pleno acordó también la propuesta del presidente Nugent de que, por razones de celeridad y de economía procesal, continuara el trámite, toda vez que él, como presidente del TC, había ya recibido la petición de aclaración y, además, había dispuesto su admisión y tramitación.

Entonces, en cumplimiento del encargo del presidente y del Pleno, y preparado según el procedimiento usual el proyecto del proveído, esto es, la ponencia respectiva, los tres magistrados emitieron sus votos —cada uno el suyo— de respaldo en el mismo sentido, aprobando el proyecto —elaborado como de costumbre por un ponente— que declaraba improcedente el pedido de aclaración, por cuanto nada había que aclarar¹⁷.

¹⁶ Es claro que el CAL dirigió el pedido de aclaración, sin perjuicio de depositarlo por la vía regular, en la mesa de partes o trámite documentario del TC, a los tres magistrados que respaldaron con su voto la sentencia de «inaplicabilidad», con el único y transparente propósito de precisar que el pedido se relacionaba con esa sentencia, y no con la inaudita «sentencia» de los dos «allegados». Fue por eso, también, que el presidente del TC, recibido que fue el pedido por conducto regular, lo proveyó disponiendo que se entregase el pedido al ponente, doctor Rey Terry, sin hacer cuestión de estado de la forma como fue dirigida o encabezada tal petición.

¹⁷ Debe tenerse presente, por lo demás, que los tres magistrados que cumplieron con proveer el pedido no «resolvieron», sino que, firmado el proveído, lo remitieron a la presidencia del TC, para los efectos del caso; y que fue la presidencia quien ordenó su notificación como resolución del TC. Nada impedía a la presidencia convocar a un Pleno para someter a consideración (y a votación, en su caso) dicho proveído. Pero como ya el Pleno había acordado que los cuatro que se abstuvieron no tenían por qué intervenir en el asunto, el

18. La acusación de los «allegados» y la «destitución»

¡Quién iba a pensar que, tres meses después, los dos «allegados» iban a denunciarnos «por usurpación de funciones» ante una Comisión de Investigación del Congreso, especialmente abocada a la investigación de otro asunto, alegando que habíamos resuelto la petición de aclaración a espaldas del Pleno! Sobre todo si se tiene presente que esos «allegados», el mismo 22 de enero (fecha en que la resolución recaída en el pedido de aclaración se publicó en *El Comercio*) se dirigieron por carta al presidente del TC, sosteniendo, precisamente, que dicho pedido se había resuelto con usurpación de funciones y que el Pleno había desestimado, al tomar conocimiento de dicha carta, tan absurda acusación por carecer la misma de todo fundamento, ya que al contrario, dichos tres magistrados no solo sí habían sido autorizados, sino que habían recibido el encargo formal del Pleno y del presidente del TC de actuar como lo hicieron.

¡Y quién podía imaginar que el Congreso, a través de su mayoría parametrada con 52 votos, iba a «destituirnos» por «infracción de la Constitución»¹⁸, aprovechándose de las calumnias de esos «allegados» —evidentemente orquestadas— y sin tomar en cuenta, para nada, las declaraciones de los otros cinco magistrados y las pruebas instrumentales —inclusive las preconstituidas— que demostraban que esos tres magistrados sí habían sido autorizados por el Pleno para proveer el pedido de «aclaración» del CAL! Pero así fue, y por eso están ahora en marcha las demandas de amparo¹⁹ que los tres «destituidos» hemos formulado contra las resoluciones de destitución respaldadas por solo 52 parlamentarios, todos ellos de la mayoría oficialista del Congreso, y no obstante la votación en contra de todos los demás grupos y partidos allí representados.

presidente Nugent decidió, en ejercicio de su potestad de representante del TC (art. 6 LOTC), dar calidad de resolución del TC a tal proveído y ordenar, consecuentemente, tal como lo hizo, su correspondiente notificación.

¹⁸ «Infracción» que brilla por su ausencia, puesto que la conducta de los tres «destituidos», que se limitaron a proveer, por disponerlo así el Pleno y el presidente del TC, un pedido de aclaración —habida cuenta de la *sui generis* circunstancia de que, en el fallo materia de la aclaración, los otros cuatro magistrados se habían abstenido de pronunciarse— no solo no constituye falta, sino que, de un lado, no vulnera ni directa ni indirectamente ninguna regla constitucional ni legal y, de otro, concuerda con el procedimiento empleado, *mutatis mutandis*, en la Corte Suprema de la República que, en tal caso, sirvió de modelo, a propuesta de Nugent que, como se sabe había desempeñado precisamente, la presidencia de la Corte Suprema hasta en dos oportunidades.

¹⁹ Al momento de redactarse este artículo, tales demandas aún no han sido sentenciadas en primera instancia.

19. La muerte definitiva del TC y la segunda «resurrección»

Entre tanto, como consecuencia de la fatal regla del artículo 4 LOTC de un sistema de designación de magistrados que hizo posible el nombramiento de los dos «allegados» y entre otros de Díaz Valverde, quien ha hecho causa común con los mismos dos; y de la «destitución» de los tres magistrados mencionados, el TC ha muerto. Sin embargo, en virtud de una «ley»²⁰ aprobada por la mayoría oficialista, el TC «funciona» ahora de modo abiertamente inconstitucional, con solo cuatro magistrados, verbigracia: los dos «allegados», Díaz Valverde —solidarizado con ellos— y el presidente renunciante Nugent, que es el único de los cuatro que ha tenido la decencia de solidarizarse con los tres «destituidos», y de repudiar la decisión inconstitucional de los 52 congresistas que pretende «destituir» a los tres magistrados que cumplieron con su deber (desgraciadamente, aunque renunciante, al momento de escribir estas líneas, casi cuatro meses después de su renuncia, Nugent permanece en el TC y con su concurso hace posible el «funcionamiento» de ese órgano espurio).

El actual «TC» es pues un cadáver —un ente no solo inconstitucional sino anticonstitucional—, debido a que, según la Constitución (arts. 201 y 202), el TC se compone de siete miembros (y no de cuatro), además de que entre sus funciones principales figura la de «conocer en instancia única la acción de inconstitucionalidad» (mientras que el actual, por virtud de una ley aprobada, precisamente por la mayoría oficialista, no puede conocer de acciones de inconstitucionalidad). Sin embargo, ese cadáver «vive» gracias a la colaboración que le presta, incomprendiblemente, el renunciante Nugent, quien hace posible, con su presencia y participación en él, su funcionamiento.

Es así cómo el artículo 1 LOTC y sus concordancias, sumado, de un lado, al sistema de designación de los miembros del TC, y a la ostensible falta de independencia y de idoneidad de algunos de los nombrados y, de otro, a la presión política derivada principalmente del afán continuista del régimen y de la obsesión reeleccionista del presidente Fujimori, ha cavado la tumba del TC.

IV. EL SISTEMA DE DESIGNACIÓN

El sistema de designación, por elección secreta de no menos de dos tercios (2/3) del número legal de miembros del Congreso (es decir, 80 de 120), permite que la mayoría, en caso de disponer de tal porcentaje, imponga a todos sus candidatos.

²⁰ Se trata de una ley ostensiblemente inconstitucional, puesto que pretende modificar el artículo 201 de la Constitución, según se explica más adelante.

Además, como la calificación de los candidatos la hace también el Congreso, mediante una Comisión en que el partido dominante está en mayoría, es totalmente imposible que las minorías designen miembros, a menos de contar con el apoyo del partido dominante. A través de este sistema, la mayoría oficialista —que con el respaldo de algunos independientes llegó a reunir 78 de los 80 votos requeridos— trató de imponer a varios de sus ahijados, y logró introducir a García Marcelo y a Acosta Sánchez. Por otra parte, llevó también al TC a 2 «vacilantes» que, aunque no incondicionales —como aquellos dos— sí sumaron sus votos a los de los otros dos en la crucial causa contra la regla de los seis votos; y también, al abstenerse en la otra causa crucial —la de la ley reeleccionista— se inclinaron a favor de los deseos del partido oficialista. Al sumarse en esas dos causas, al parecer de los dos «allegados», los llamados «amigos» contribuyeron, de modo definitivo, al fracaso del TC. Se dice que por eso siguen, como «premiados», al lado de los dos «allegados», en el TC²¹.

El remedio a esta situación puede consistir en encargar la calificación de los candidatos a un organismo técnico e independiente, como, por ejemplo, el Consejo Nacional de la Magistratura. Entonces —pero solo entonces— podrá tenerse la seguridad de que, por lo menos, todos los finalmente designados reúnan los requisitos mínimos de idoneidad profesional y de independencia. Y se podrá decir, hecha la elección, que si bien «no están todos los que son», «sí son todos los que están».

²¹ Una prueba adicional, y no menos convincente de ello, consiste en que Nugent —que fue comprendido con los tres «destituidos» en el «proceso» seguido en el Congreso— fue «perdonado». No obstante, de haberse producido alguna irregularidad en la expedición de la resolución de «aclaración» (cosa que, ciertamente, no ocurrió), Nugent sería el responsable —el mayor responsable, en verdad— porque, en efecto, fue él quien ordenó —como presidente del TC y con la anuencia, cierto es, del Pleno— el trámite y el procedimiento observados, y, además, quien recibió el proveído que por encargo formal del Pleno y del mismo Nugent, cumplieron con alcanzarle debidamente firmado, los tres «destituidos», decidió —en uso de sus facultades de representante del TC y de su propio criterio—, elevándolo a categoría de resolución del TC, notificarlo al peticionario (CAL) en lugar de convocar al Pleno para que este se pronunciara sobre él, considerando (no sin razón, por lo demás) que los cuatro que se habían abstenido de votar, nada podían ni tenían que decir al respecto, tal como ya lo había expresado, en el acuerdo correspondiente, el Pleno del TC. ¿Cómo se explica, entonces, que los tres magistrados que se limitaron a cumplir con el encargo del Pleno y del presidente del TC, al elaborar, redactar y firmar el proveído respectivo, fuesen «destituidos», y Nugent «perdonado»? Sencillamente, porque Nugent fue uno de los cuatro que se abstuvieron de votar en el caso de la ley de la reelección, y porque lo que quería la mayoría oficialista del Congreso era, precisa y únicamente, castigar a los que habían respaldado ese fallo: el que declaró «inaplicable» la Ley de la reelección, N.º 26657, usando para ello, como pantalla o cortina de humo, el pretexto de la resolución recaída en el pedido de aclaración del CAL.