

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA  
DEL PERÚ

**“EL CONTROL POLÍTICO JURISDICCIONAL DE LA  
FUNCIÓN PARLAMENTARIA: EL CASO DEL TRANSFUGUISMO”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho  
con Mención en Política Jurisdiccional**

**AUTOR:**

**LUCIANO LÓPEZ FLORES**

**Código N° 19984452**

**JURADO:**

**Dr. JOSÉ GÁLVEZ MONTERO**

**Dr. GORKI GONZALES MANTILLA (Asesor)**

**Dr. PEDRO GRANDEZ CASTRO**

**LIMA – PERÚ**

**2011**

Luciano López Flores



**El control político jurisdiccional  
de la función parlamentaria:  
el caso del transfuguismo**



*Para mi diaria inspiración:  
Grethel, mi esposa,  
mi compañera, mi “otra parte”*



*A mi padre; a Cristina, mi madre,  
por quien soy lo que soy,  
con amor e infinito agradecimiento;  
a Cecilia, mi querida hermana;  
y a mis sobrinas: Danielle y Samantha.  
Mis mayores orgullos y mis sublimes amores.*



*“Todas las teorías son legítimas  
y ninguna tiene importancia.  
Lo que importa es lo que se hace con ellas”*

Jorge Luis Borges.

## Í N D I C E

### PRESENTACIÓN

#### CAPÍTULO I

#### **EL TRANSFUGUISMO COMO UN CASO DE POLÍTICA JURISDICCIONAL, A MODO DE INTRODUCCIÓN**

- 1.1. El transfuguismo en el Perú
- 1.2. Transfuguismo y políticas públicas
- 1.3. ¿Porqué el transfuguismo puede ser abordado desde el enfoque de la política jurisdiccional?: La hipótesis de esta investigación

#### CAPÍTULO II

#### **LAS BASES CONCEPTUALES DEL PROBLEMA**

- 2.1. ¿Qué entender por transfuguismo?
- 2.2. Diagnóstico preliminar
- 2.3. Los Principios Constitucionales de Democracia Representativa y Representación Proporcional, como punto de partida
  - a) La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de la ley de la barrera electoral
  - b) ¿El Congresista es dueño de su escaño?
- 2.4. ¿Y el derecho del Congresista de no estar sujeto a mandato imperativo?
- 2.5. ¿Es posible compatibilizar los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional, con el derecho del Congresista de no estar sujeto a mandato imperativo?

- 2.6. Diluyendo falacias: Los conceptos de transfuguismo en el Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso (2006-2011) y las tesis de la doctrina nacional
  - a) Introducción
  - b) ¿En qué consiste la tesis sobre *transfuguismo* de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del quinquenio 2006-2011?
  - c) La tesis del Dr. César Landa Arroyo
  - d) La tesis del Dr. César Delgado-Guembes
- 2.7. Nuestra posición sobre el transfuguismo, a modo de conclusión

### **CAPÍTULO III**

#### **EL CONTROL POLÍTICO JURISDICCIONAL DEL TRANSFUGUISMO CON LAS REGLAS ACTUALES**

- 3.1. La infracción constitucional como control político jurisdiccional.
- 3.2. ¿Qué tipos de transfuguismo, en la actualidad, se pueden combatir?
  - 3.2.1. Transfuguismo “clásico”
    - a) Modelo puro
    - b) Variante: Apátridas y emprendedores
  - 3.2.2. Las otras mutaciones
    - a) Transfuguismo por aborto del vientre de alquiler
    - b) Transfuguismo solapado
    - c) Transfuguismo inverso
  - 3.2.3. La escisión del consorcio, ¿es un caso de transfuguismo?
  - 3.2.4. La jurisprudencia brasileña y la determinación de los casos que no se consideran actos de transfuguismo, a modo de conclusión
- 3.3. El transfuguismo, ¿calza en alguna figura delictiva?
- 3.4. ¿Pueden los ciudadanos combatir el transfuguismo por la lesión de su derecho fundamental (difuso) a elegir?

## CAPÍTULO IV

### UN NUEVO DISEÑO DEL CONTROL POLÍTICO JURISDICCIONAL DEL TRANSFUGUISMO

- 4.1. Presentación
- 4.2. Fortalecimiento del modelo de *control político jurisdiccional* del transfuguismo
  - 4.2.1. El juicio político *especial* para los casos de transfuguismo y su distinción con las propuestas de *vacancia* del cargo de Congresista
  - 4.2.2. El *proceso declarativo de infracción de la Constitución* ante el Tribunal Constitucional
- 4.3. Las reformas complementarias
  - 4.3.1. Eliminación del voto preferencial
  - 4.3.2. Institucionalidad de los Planes de Gobierno
  - 4.3.3. Regulación de “las bancadas parlamentarias”
  - 4.3.4. La renuncia al cargo de Congresista

### CONCLUSIONES

### ANEXOS

1. Tribunal Superior Electoral (Brasil): Resolución N° 22.526. Consulta N° 1.398 — Clase 5— Distrito Federal. Brasilia, 27 de marzo de 2007.
2. Tribunal Superior Electoral (Brasil): Resolución N° 22.600. Consulta N° 1.407 — Clase 5— Distrito Federal. Brasilia, 16 de octubre de 2007.
3. Tribunal Superior Electoral (Brasil): Resolución N° 22.610. Distrito Federal. Brasilia, 25 de octubre de 2007.

### BIBLIOGRAFÍA



## PRESENTACIÓN

El 12 de junio de 2006, a solo una semana de perder las elecciones, en conferencia de prensa, Carlos Torres Caro -candidato a la Primera Vicepresidencia de la República por el Partido Unión por el Perú (“UPP”) y electo Congresista de la República por dicho partido- renunció tanto al partido como a su futura bancada parlamentaria. Aún no había sido proclamado Congresista por el Jurado Nacional de Elecciones y tampoco había jurado al cargo (lo haría el 27 de julio).

Torres Caro justificó su salida argumentando que el Comandante (r) Ollanta Humala Tasso (entonces candidato a la Presidencia de la República) había *“abandonado el camino nacionalista al entrar en pactos y componendas con partidos tradicionales al haber anunciado la creación de un frente que va a hacer una oposición radical sin consultar a las bases ni a los congresistas elegidos democráticamente por el pueblo”*. Luego, la renuncia sería concretada con otros dos Congresistas electos del mismo partido, Gustavo Espinoza (posteriormente acusado y desaforado constitucionalmente por infracción a la Constitución) y Rocío Gonzales (más tarde conocida como la Congresista “Robaluz” y que también fue desaforada por haber sido condenada penalmente).

Así, de 45 escaños que obtuvo UPP al proclamarse los resultados electorales del año 2006; la renuncia de Torres Caro, Espinoza y Gonzales determinó, de facto, que dicho partido inicie el quinquenio congresal 2006-2011 con 42 escaños, violentando –esencial y fundamentalmente- la voluntad y confianza popular, guste o no.

Unos meses antes (10 de febrero), el Tribunal Constitucional publicó la STC N° 00030-2005-PI/TC por la cual resolvió la demanda de inconstitucionalidad planteada por 35 congresistas contra la Ley N° 28617 que creó la llamada “barrera electoral” estableciendo que para acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República se requiere haber alcanzado al menos 6 representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir 5%

del número legal de sus miembros o haber alcanzado al menos el 5% de los votos válidos en el ámbito nacional.

Reparé en el detalle que la renuncia de Torres Caro y el contenido de la aludida sentencia del Tribunal Constitucional tenían una estrecha relación: el fallo reconocía que tras el sistema constitucional electoral peruano subyacen los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional que, en mi concepto, Torres Caro habría infringido.

Allí nació el interés por esta investigación, porque me percaté que el transfuguismo sí tiene respuesta en el sistema constitucional peruano y que, por tanto, no era cierto lo que algún sector de la doctrina y los políticos nacionales sostienen: que el transfuguismo no puede ser combatido porque no tiene regulación alguna. Allí fue que me interesé por investigar y demostrar que el transfuguismo constituye *infracción constitucional* porque lesiona esos dos principios constitucionales que informan el sistema constitucional electoral peruano: democracia representativa y representación proporcional y que, a su vez, informan el derecho del electorado a decidir la proporción de sus representantes en el Parlamento. Y es que cada vez que se produzca una conducta tráfuga, no sólo hay lesión de tales principios sino que, lo más importante, el electorado se ve perjudicado porque la agrupación política que eligió ya no tiene la proporción de escaños que los resultados de las elecciones habría determinado. Por tanto, el tráfuga infractor de la Constitución merece ser desaforado e inhabilitado para ejercer función pública por traicionar la voluntad popular y a su partido político.

La *infracción constitucional*, aquí, constituye un instrumento de *política jurisdiccional* que sale al rescate del elector para preservar su voluntad política. Y como tal, no sólo merece un detallado estudio sino un adecuado fortalecimiento.

Es así que esta investigación fue madurando durante estos últimos cinco años, avocándose a cimentar la validación de sus hipótesis y, lo más importante, los instrumentos propuestos de política jurisdiccional.

Y en ese camino, agradezco fundamentalmente a Dios, por todo el aprendizaje de las luces y sombras que han ocurrido –y ocurren- en mi vida.

Agradezco a mi esposa, Grethel, por las horas que he distraído de estar juntos invirtiéndolas en el desarrollo del último tramo de este trabajo, aunque sabemos, ambos, que hemos estado juntos en el trayecto con su aliento constante para seguir avanzando. Agradezco, siempre, a mi madre Cristina por el empuje que me inyectó desde niño y por su ejemplo de vida. A ella mi amor y gratitud imperecedera. A mi padre, Luciano, por darme la vida; a mi amada hermana, Cecilia, ejemplo de lucha constante, trabajo, bondad y por darme a mis hijas-sobrinas: Danielle y Samantha y a mi cuñado Bill. A mi nueva familia, la de mi esposa y ahora integrada a la mía. A mis amigos con quienes he venido compartiendo inquietudes en torno a este trabajo: Oscar Basurco, Pepe Cavassa, Jean Carlo “El Muni” Serván; a mi maestro Javier Valle Riestra quien me formó en la litigación constitucional y sus múltiples enseñanzas de vida; a Daniel Abugattás, por su amistad, su fibra social y su temperamento; a mis amigos de siempre: Javier Mundaca, Juan José Munar, Alvaro Mundaca, Renzo Habich, Gigi; a mis amigos y maestros espirituales: Juanca, Alexander, Violeta, María, César, Hugo; a mis amigos y compañeros de trabajo: Lucho, Giuseppe, Cecilia, Ricardo, Marita; y a todos los que continuamente me han apoyado y brindado su amistad y a los que no, porque de los detractores se aprende siempre.

Y un agradecimiento especial a mi asesor de tesis, Gorki Gonzales, a quien conocí en el año 1998 cuando ingresé a la Maestría en Derecho con Mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica, quien fue uno de mis profesores -y luego amigo- que marcaron y asentaron en mí la línea de interés por la investigación, por la Teoría del Derecho y el Derecho Constitucional.

Lima, noviembre de 2011.

## CAPÍTULO I

### EL TRANSFUGUISMO COMO UN CASO DE POLÍTICA JURISDICCIONAL, A MODO DE INTRODUCCIÓN

#### 1.1. El transfuguismo en el Perú

Existen estudios de los casos emblemáticos de transfuguismo en la historia del Perú Republicano<sup>1</sup>. Aquellos que aún están en la retina de los peruanos: los casos de transfuguismo grosero y delictivo del régimen de Fujimori-Montesinos en cuya cúspide está, por ejemplo, el emblemático caso de la compra del ex congresista Alberto (Beto) Kouri que, justamente, trajo abajo el fujimorato.

Pero los nuevos aires del retorno a la democracia en el año 2001 no trajeron consigo el destierro de este mal. Todo lo contrario. La endemia ha mostrado mutaciones, más sagaces, que el otrora simple y traidor cambio de bando en el ejercicio del cargo congresal, como así dan cuenta los dos quinquenios legislativos recientes (2001-2006; 2006-2011). Su profundización, su nefasta práctica, cada vez más contribuye al descrédito de la clase política, la desconfianza y falta de fe en el trabajo y representatividad de los partidos políticos, en la creencia de la política como cosa sucia vedada para el ciudadano honesto que quiere trabajar por su país desde el quehacer político. Y esto porque, lógicamente, el transfuguismo lesiona uno de los derechos más básicos de nuestra democracia: el derecho ciudadano a elegir a nuestros representantes.

Hoy que se ha iniciado un nuevo quinquenio congresal (2011-2016), el temor de nuevos casos de transfuguismo, vuelve a poner en el tapete éste problema enquistado bajo del tejido de nuestra frágil democracia. Un reciente proyecto de ley aprobado en la última legislatura del quinquenio 2006-2011 por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso denominado “Ley que previene y

---

<sup>1</sup> DELGADO GUEMBES, César: “Transfuguismo y crisis postelectoral en el proceso de reinstitucionalización democrática”; En: *Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*; N° 53, Lima: diciembre 2000, pp. 89-132.

sanciona el transfuguismo”<sup>2</sup>, en mi opinión, no soluciona el problema de fondo porque no muestra la radiografía completa del problema y todas sus ramificaciones. Tampoco lo hacen los proyectos de ley presentados en la actual legislatura 2011-2012 por la bancada de Alianza por el Gran Cambio<sup>3</sup>.

Para mí, el transfuguismo es la punta del iceberg de un problema estructural mucho mayor. Por eso creo que es importante desnudar detalladamente su anatomía a partir de los casos ya presenciados en la era fujimontesinista y que continuaron en los tiempos de los mandatarios Alejandro Toledo y Alan García Pérez.

Y es que en vista que la literatura política y jurídica en nuestro medio no ha tratado lo suficiente este gravísimo problema (o lo poco que se ha trabajado –en mi opinión- equivoca el enfoque), esta investigación analiza los temas que lo circundan para arribar, finalmente, a plantear soluciones desde la política jurisdiccional.

## 1.2. Transfuguismo y políticas públicas

El transfuguismo es un asunto de políticas públicas. Lo es porque su génesis ocurre en la sobredimensión de las facultades representativas que se arroga el Congresista quien arguye ser titular de su escaño y, por tanto, con voluntad absoluta para decidir si migra del grupo parlamentario que corresponde al partido político por el cual postuló al cargo, a otro grupo parlamentario.

Entonces, ¿qué respuestas tiene el Estado a ésta problemática?; ¿qué proponen los ciudadanos y la colectividad?.

---

2

<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/Dictamen20062011.nsf/dictamenes/060CCD2BEE39DAB6052578770060B43D>

<sup>3</sup> Se trata del Proyecto de Ley N° 00173/2011-CR presentado el 9 de septiembre de 2011, de autoría del Congresista Alberto Beingolea Delgado, respaldado por sus colegas Luis Iberico, Juan Carlos Eguren, Luis Galarreta, Marisol Pérez Tello y Enrique Wong, todos de la bancada de Alianza para el Progreso.

Estas preguntas, justamente, componen el argumento de que el transfuguismo es un asunto de *políticas públicas*.

Pero, ¿qué es una política pública?

Aquí empleo la noción de Jean Claude Thoenig que por la incompletud del concepto y su carácter “estatocentralista”, prefiere el empleo del concepto “acción pública” o “acción pública organizada”. Transcribo:

“(…) se podría caracterizar la acción pública como la manera en que una sociedad construye y califica los problemas colectivos y elabora respuestas, contenidos y procesos para abordarlos. El acento se pone más sobre la sociedad en general, no sólo sobre la esfera institucional del Estado. (...) Tres elementos principales nutren su respuesta teórica, metodológica y empírica. En primer lugar, el estado no actúa solo, sino con otros interlocutores. En segundo lugar, la sociedad recurre a múltiples formas de tratamiento de sus problemas colectivos, entre las cuales, la esfera pública sólo representa una de las posibilidades. En tercer lugar, la naturaleza de lo político debe ser una cuestión central para las ciencias sociales que no puede darse por sentada ni constituye un dato”<sup>4</sup>.

Y como bien anota Díaz Moure<sup>5</sup>

“En un régimen democrático, el análisis de políticas públicas conlleva la alteración del marco de acción pública tradicional –la Política decide y la Administración ejecuta- y la de política pública. Aunque ésta es siempre una expresión de la autoridad gubernamental, no sólo se refiere a lo que cualquier gobierno elige hacer o no hacer, sino que la política pública es un proceso “dialéctico” en el que se interrelacionan múltiples actores con desigual distribución del poder y los recursos dentro de una arena política -

<sup>4</sup> THOENIG, Jean Claude: “Política Pública y Acción Pública”; En: *Gestión y Política Pública*; Vol. VI, N° 1, primer semestre de 1997; p. 28., Cfr. [http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num\\_anteriores/Vol.VI\\_No.I\\_1ersem/TJ\\_Vol.6\\_No.I\\_1sem.pdf](http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.VI_No.I_1ersem/TJ_Vol.6_No.I_1sem.pdf)

<sup>5</sup> DÍAZ MOURE, Leopoldo: “Nuevos Temas en el Análisis de Políticas Públicas”; p. 3. Cfr. <http://campus.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/6.3.nuevasperspectivas.pdf>

ejecutiva, legislativa, judicial o electoral- que define cuáles son las reglas del juego, el proceso, los actores. Ya no se parte de la hipótesis que la Administración, en su conjunto de organismos, es la estructura encargada de poner en práctica las leyes o normas emanadas de los órganos legitimados para ello, sino de entender qué actores intervienen en la formulación y actuación de la política; qué racionalidades de acción e intereses utilizan, y contrastar los resultados con los objetivos planteados” (subrayado agregado).

Estas nociones se emparentan con la idea del “*interés público*” que puede relacionársele como el campo de acción exclusiva del Estado<sup>6</sup> hasta arribar a un moderno enfoque que puede definirlo como el espacio deliberativo en el cual los ciudadanos participan libremente para propiciar consensos respecto de temas de interés y necesidad compartida, haciendo referencia a instituciones y valores de la comunidad que tengan incidencia en la agenda política<sup>7</sup>. En la elaboración del discurso teórico y político, ésta última noción es la que nos interesa<sup>8</sup>.

Dicho en otras palabras, el “*interés público*” es aquel enfoque teórico particular que resulta del consenso logrado en aquellos espacios deliberativos que surgen al interior de la sociedad civil, respecto a temas comunes de quienes participan en la discusión (extendiéndose en sus resultados, también, a quienes no participan de manera activa, pero que guardan lazos comunes en la satisfacción de tales

---

<sup>6</sup> Véase la *Introducción*; “*Defensa Jurídica del Interés Público : De su enseñanza a su práctica efectiva*” ; En : “*Cuadernos de Análisis Jurídico*”; N° 9; “*Defensa Jurídica del Interés Público; enseñanza, estrategias, experiencias*”; Santiago de Chile, octubre de 1999; Escuela de Derecho Universidad Diego Portales; p. 8. En el mismo sentido, GONZALES MANTILLA, Gorki: “*Interés Público e Institucionalidad Democrática: Investigación para la Acción*”; En: “*Rompiendo la Indiferencia : Acciones Ciudadanas en Defensa del Interés Público*”; Santiago de Chile, 2000; Fundación Ford; p. 42. Gorki Gonzales anota al respecto que “*Lo público se perfila como la voluntad política estatal, una noción que cobra vida a través de la voluntad concreta de quienes actúan en nombre del Estado, con la misma autoridad de éste. El interés público se presenta así como pura “razón de Estado”*”.

<sup>7</sup> GONZALES MANTILLA, Gorki: *ibídem*.

<sup>8</sup> Me persuade sobremano la posición de Gorki Gonzales (Loc. cit., p. 43.) en torno a que la diferencia entre la construcción teórica del “*interés público*” identificado con el “*interés del Estado*”, por un lado, y el nuevo y moderno enfoque del “*interés público*” que utilizamos como discurso teórico y político, por otro; radica en que éste último plantea que es la pluralidad de individuos que conforman la comunidad la que alberga lo público, en primer lugar, y, en segundo lugar, porque se trata de una posición teórica que involucra en su desarrollo las normas y principios de organización del sistema social en su conjunto, configurando los elementos básicos para el desarrollo de una democracia participativa y pluralista, así como necesaria para dotar de legitimidad al Estado.

necesidades) y que definen “posiciones jurídico-políticas”<sup>9</sup> importantes y necesarias para la toma de decisiones, las cuales a su vez redunden en la actuación decisiva para la consagración de los asuntos o temas que han sido materia de la discusión. A ello se agrega que la gestación de estos espacios deliberativos se atribuyen a una cuota de sensibilidad social, entendiendo a ésta como la trascendencia del interés meramente individual en solucionar o atender problemas concretos, a aquel interés que parte desde la satisfacción de las inquietudes o necesidades de la comunidad que, por su propio peso, tiendan a satisfacer, a su vez, las necesidades individuales.

Desde esta perspectiva de políticas públicas (acción pública o *interés público*), el transfuguismo es un tópico en el que estamos involucrados la sociedad civil y el Estado en una *dialéctica* sobre el particular y en una confluencia de propuestas. Y funcionalmente, tales propuestas pueden transitar desde lo meramente administrativo (ejecutivo), legislativo y judicial.

### **1.3. ¿Porqué el transfuguismo puede ser abordado desde el enfoque de la política jurisdiccional?: La hipótesis de esta investigación**

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, queda claro que la política jurisdiccional es, en principio, una *política pública*; lo cual quiere decir que sus postulados califican y construyen los problemas tratados elaborando respuestas, propuestas y contenidos para abordarlos desde la óptica del quehacer de la función judicial. Y en ese proceso *dialéctico*, como ya lo he dicho antes, participa la sociedad civil y el Estado.

En el caso concreto de esta investigación, me concentro, principalmente, en plantear el análisis del transfuguismo y las propuestas para combatirlo desde la función judicial y, secundariamente (más bien, *complementariamente*), desde la función legislativa a modo de refuerzo de la primera.

---

<sup>9</sup> GONZALES MANTILLA, Gorki: *ibídem*.



Así, el enfoque del transfuguismo desde la *política jurisdiccional* implicaría un *remedio* contra la agresión de los principios y derechos constitucionales que dicha conducta produce. Tendría fines *sancionadores* de la conducta tráfuga y *reparadores* de los principios y derechos constitucionales vulnerados. Y, por su parte, desde el enfoque de la *política legislativa*, ésta tendría fines *preventivos* de la conducta tráfuga, a fin de evitar que ésta se produzca y atente contra principios y derechos constitucionales.

En ésta línea de pensamiento, construyo la siguiente hipótesis que pretendo demostrar en el desarrollo de esta investigación: la conducta tráfuga infringe los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional, respectivamente, además del derecho fundamental (de carácter *difuso*) a *elegir* de los ciudadanos. Tal conducta, por tanto, constituye *infracción constitucional* (además de calificarse como delito de abuso de autoridad) susceptible de *juicio político* con arreglo a lo dispuesto por los artículos 99° y 100° de la Constitución, el mismo que tiene naturaleza *jurisdiccional*. De allí que llame al empleo de éste procedimiento parlamentario para combatir las conductas tráfugas como *control político jurisdiccional del transfuguismo* y cuyo fin es sancionador y reparador.

En ese sentido, discrepo con la falacia sostenida por un sector de la doctrina nacional y con las iniciativas legislativas presentadas –a la fecha- en el Parlamento Nacional, referida a que nuestro ordenamiento jurídico *no* contiene herramientas jurídicas que combatan los casos de transfuguismo. Como lo acabo de señalar, para mí, el Congreso de la República, en materia de determinación de la *infracción constitucional* vía *juicio político*, tiene facultades *jurisdiccionales* para sancionar tal conducta con el desafuero. Es un auténtico *control político jurisdiccional*.

Claro está que el complemento de esta hipótesis -cuyos fundamentos desarrollaré en este trabajo- radica en fortalecer el modelo de *control político jurisdiccional* del transfuguismo. Y, para ello, planteo dos cosas: (i) crear un procedimiento

*especial, ad hoc*, del *juicio político por infracción constitucional* aplicable a los casos de transfuguismo, el cual deberá distinguirse de las propuestas de *vacancia* planteadas en las iniciativas legislativas que actualmente se han presentado en el Parlamento Nacional, además de establecer que dicho proceso puede ser promovido a pedido de parte por cualquier ciudadano sin necesidad de demostrar *interés directo* e invocar *interés difuso* por la naturaleza del derecho fundamental de elegir a sus representantes; y, (ii) crear una vía paralela al *juicio político* denominada *proceso declarativo de infracción constitucional*, de instancia única, tramitado y conocido por el Tribunal Constitucional, lo cual merecería modificación de los artículos 100° y 202° de la Constitución vigente. De esta manera, se crearía una vía puesta al servicio de los ciudadanos para que tutelen sus derechos y principios constitucionales subyacentes en el sistema electoral vulnerados por la conducta tráfuga.

Finalmente, planteo un conjunto de reformas legislativas complementarias (*políticas públicas legislativas*) al modelo de control político jurisdiccional del transfuguismo planteado en esta investigación que permitan *prevenir* la ocurrencia de las conductas tráfugas a nivel institucional. Para ello, planteo la eliminación del voto preferencial, la institucionalidad de los Planes de Gobierno, la regulación de las bancadas parlamentarias y la renuncia expresa al cargo de Congresista.

Considero que la sola existencia del debate académico y político sobre las ideas aquí propuestas, dará por cumplido el propósito de este estudio.

Hago votos porque así sea.

## CAPÍTULO II

### LAS BASES CONCEPTUALES DEL PROBLEMA

#### 2.1. ¿Qué entender por transfuguismo?

Considero importante recoger de manera preliminar –a fin de tener claros los linderos por donde transitará esta investigación- cuál es la concepción que tiene la doctrina con relación al transfuguismo.

Pues bien, como anota Josep María Reniu i Villamala<sup>10</sup>

“El transfuguismo se nos presenta -en esta consideración restringida al campo de la vida política- como aquella forma de comportamiento en la que un individuo, caracterizado como representante popular democráticamente elegido, abandona la formación política en la que se encontraba para pasar a engrosar las filas de otra. Así hallamos una conexión clara y diáfana entre dicho comportamiento y la institución de la representación política (...) y que supone la clave de vuelta sobre la que los sistemas democráticos basan su funcionamiento”.

Y, por su parte, Esther Seijas Villadangos<sup>11</sup> aporta una concepción muy completa sobre el particular que por dicha razón transcribo en su integridad:

“(...) el tráfuga [es] aquel representante elegido en las listas de un determinado partido político y que pasa del Grupo, ora parlamentario, ora municipal, en el que se encuentra a otro Grupo diferente antes de concluir la Legislatura o mandato para el que fue elegido, conservando su escaño o concejalía. Desde esta definición se pueden extraer los presupuestos sobre

<sup>10</sup> RENU I VILLAMALA, Josep María: “Diccionario Crítico de Ciencias Sociales”; Universidad Complutense de Madrid; En: <http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/transfuguismo.htm>

<sup>11</sup> SEIJAS VILLADANGOS, Esther: “Representación Democrática, Partidos Políticos y Tráfugas”; En: *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid: 2001; Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) N° 6, 2do semestre 2000, p. 165-166.

los que se cimienta el transfuguismo, unos necesarios y otros facultativos o accidentales.

Presupuestos necesarios serían:

i) La dimensión institucional de la actuación del tráfuga. A propósito de esta puntualización, hemos de reconocer la idoneidad de utilizar otros términos para designar a aquellas personas que cambian de partido político, pero que su actuación se desarrolla al margen de una institución representativa. Una de las propuestas, más acertadas, en esta línea consiste en identificar a este otro tipo de sujetos como “trashumantes”.

ii) El paso de un Grupo a otro, ya sea municipal o parlamentario, de la Institución en la que se desenvuelva su función representativa. Este dato nos lleva a diferenciar los tráfugas *strictu sensu*, de aquellos que inspirados en idénticas razones materializan sus discrepancias a través de la ruptura de la disciplina de grupo en una votación, tráfugas impropios o *de facto*.

iii) - Que tal actuación se produzca dentro del mismo mandato representativo, sin que medie convocatoria electoral entre su pertenencia a uno y otro Grupo”.

Las concepciones doctrinarias son más que elocuentes y nos recuerdan que en nuestro país, desde que en la era fujimontesinista se sospechaba (y posteriormente se acreditó) que el cambio de bancada de aquellos congresistas que salieron elegidos por partidos opositores al régimen, no se debía a razones de cambio en sus convicciones políticas sino por prebenda personal -que en varios casos calzó con figuras delictivas-, el transfuguismo ha sufrido mutaciones que, en mi opinión, complejizan su análisis, tratamiento y solución.

Tales mutaciones las identifiqué a partir de casos ciertamente emblemáticos acontecidos en los últimos veinte años, distribuidos en los cuatro últimos quinquenios congresales.

No voy a citar todos sino instrumentalizar algunos para mostrar la tipología operativa tanto del transfuguismo como de otras figuras más complejas que llamo “mutaciones”, de tal manera que ésta sirva para saber cuan profundo se ramifica este mal y cómo, para cada caso, se tiene actuar, bien a través del empleo de las herramientas que actualmente tiene el sistema legal –con sus imperfecciones, desde luego- bien desde la óptica de las reformas legales que se requiere –en mi modesta opinión- implementar, de tal manera que se cree un sistema inmunológico lo suficientemente eficaz para repeler casos de transfuguismo “clásico” y de estos otros casos complejos que trataré más adelante (*infra* 3.2. y 4.3.).

Mientras tanto, entraré de lleno en materia.

## 2.2. Diagnóstico preliminar

El transfuguismo, aunque suene a consuelo, no es peruano como lo hemos podido advertir en las citas de la doctrina española a las que recurrí en el epígrafe anterior.

Se trata de un fenómeno que ha ocurrido en otros países de Latinoamérica y Europa. Como bien afirma David Zovatto<sup>12</sup>, el transfuguismo es un

“(…) fenómeno que viene cobrando una importancia creciente en América Latina en los últimos años, ha sido objeto de amplios debates por sus efectos en la representación política. (...) Los efectos del transfuguismo han generado acciones de los partidos para tratar de evitar este tipo de prácticas políticas. En América Latina, países como Argentina, Brasil, México y Perú, entre otros, han experimentado en los últimos años casos de transfuguismo, si bien en grados diversos en los diferentes países, lo que ha

---

<sup>12</sup> ZOVATTO, Daniel: “Regulación de los partidos políticos en América Latina”; En: “Diálogo Político”, publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A.C. Año XXIII – N° 4 - Diciembre, 2006, p. 31, 33.

generado preocupación y la propuesta de iniciativas para atacar este fenómeno.

Un análisis de la legislación latinoamericana muestra que ésta en general es omisa en el tratamiento de este tema y, en algunos casos, más bien separa de los partidos políticos (por una ficción jurídica) a los electos o diputados al darles carácter nacional, como sucede en Chile y Costa Rica. Los únicos países que regulan expresamente el tema de los tránsfugas en su legislación nacional son Bolivia y Ecuador, en donde se han previsto sanciones”.

Sin embargo, lo que sí es nuestro es esta variedad compleja de transfuguismo que describiré más adelante (infra 3.2.) y que muestra al problema como una severa patología en nuestro país.

Pero toda la anatomía del transfuguismo requiere identificar cuáles son los problemas que están en el trasfondo. Y es que, insisto, el transfuguismo es simplemente la parte visible de tales problemas, la punta del *iceberg*.

La génesis de tales problemas la ubicamos en la aparente contradicción entre los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional con el derecho constitucional del Congresista a no estar sujeto a mandato imperativo.

Y es que, apréciase, el transfuguismo perjudica, directamente, a la agrupación política a la cual pertenece el Congresista y, mediatamente, al elector que dio el respaldo a dicha agrupación política. Entonces aquí surge la pregunta, ¿elegimos personas o elegimos partidos políticos representados por personas?.

Y cuando el transfuguismo se manifiesta, surge la justificación de los tránsfugas de alegar tener derecho a su “voto de conciencia” porque no están sujetos, según la Constitución, al “mandato imperativo”.

Entonces, ¿acaso la Constitución presenta una severa contradicción entre el derecho a no estar sujeto a mandato imperativo y la representación congresal por partidos?; o, ¿existe un punto de coincidencia entre ambos, de armonización, para no alegar la contradicción?.

Nótese que estas preguntas revelan un primer nivel del trasfondo del problema: ¿cuál es el sistema de representación congresal que recoge nuestra Constitución Política y cuál es el concepto de “no estar sujeto a mandato imperativo”?.

Todas estas interrogantes las absolveré seguidamente, de tal manera que veamos las raíces del transfuguismo.

### **2.3. Los Principios Constitucionales de Democracia Representativa y Representación Proporcional, como punto de partida**

#### **a) La sentencia del Tribunal Constitucional en el caso de la ley de la barrera electoral**

Quiero ser práctico en el análisis, así que entraré de lleno en materia.

El Tribunal Constitucional, como Supremo Intérprete de la Constitución, emitió una importantísima sentencia en el año 2006, a propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 35 Congresistas de la República contra la Ley N° 28617 que modificó los artículos 20° y 87° de la Ley N° 26859 —Ley Orgánica de Elecciones—, y el artículo 13°, inciso a), de la Ley N° 28094 —Ley de Partidos Políticos— (la denominada “Ley que crea la barrera electoral”).

El 2 de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional declaró INFUNDADA la demanda y, consecuentemente, declaró CONSTITUCIONAL la Ley N° 28617.

La importancia de este fallo radica en la manera en que concibe el Tribunal Constitucional al sistema electoral peruano, de acuerdo a los principios que – conforme a su consideración- fundamentan y estructuran dicho sistema.

Así, de la lectura de la sentencia del caso de la barrera electoral (STC N° 0030-2005-PI/TC<sup>13</sup>) se desprenden dos principios constitucionales de singular importancia que, a su vez, se articulan a partir del ejercicio ciudadano de elegir a sus representantes. Se trata de los **principios de democracia representativa y de representación proporcional**.

En cuanto al primero, en el fundamento 23° de la aludida sentencia, el Tribunal Constitucional afirma:

“23. Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35° de la Constitución.

Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es —como quedó dicho— el rasgo prevalente en nuestra Constitución”.

Este es el primer rasgo de principalísima importancia: la participación política de la ciudadanía en los asuntos públicos de la Nación y del Estado se realiza de manera indirecta a través de grupos colectivos intermedios: los partidos políticos.

---

<sup>13</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.html>



Y ese es “el rasgo prevalente en nuestra Constitución”, como bien lo dice el Tribunal Constitucional.

Es más, un 58% de la ciudadanía en Latinoamérica reconoce que los partidos políticos son esenciales para el funcionamiento de la democracia. Y dentro de esa óptica, el 56% de peruanos señala que “*no puede haber democracia sin partidos*” y el 60% reconoce que “*sin Congreso Nacional no puede haber democracia*”<sup>14</sup>.

De esta manera, el ejercicio del derecho fundamental a elegir tiene un solo objetivo: elegir partidos políticos que representen los intereses de cada segmento de la ciudadanía. Allí es donde nace la idea de *democracia representativa*.

Y como correlato de la *democracia representativa* surge el **principio constitucional de representación proporcional**, respecto al cual, en los fundamentos 31°, 36° y 37° de la ya citada sentencia, el Tribunal Constitucional se ha referido de la manera siguiente:

“31. Como quedó dicho, el artículo 187° de la Constitución exige que las elecciones pluripersonales —como lo es la elección al Congreso— se rijan por la fórmula proporcional y no por la de la mayoría, derivando a la ley la configuración concreta del sistema proporcional que se adopte. De este modo, en criterio del Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Ley cuestionada (en cuanto modifica el artículo 20° de la LOE, estableciendo la “barrera electoral”) sólo podría verificarse en el caso de que: a) desvirtúe el principio de representación proporcional previsto en el artículo 187° de la Constitución, o b) carezca de finalidad constitucionalmente válida.

(...)

---

<sup>14</sup> Corporación Latinobarómetro: “Informe 2011”, pp. 42 - 43 / Cfr. <http://www.latinobarometro.org/latino/latinobarometro.jsp>

36. En criterio de este Colegiado, el establecimiento de una “barrera electoral” resulta plenamente compatible con la Carta Fundamental, pues se encuentra orientada a:

- a) Evitar el acceso al Congreso de la República de agrupaciones políticas cuya mínima o nula representatividad impida el cumplimiento de la finalidad que la Constitución les encomienda en su artículo 35°; es decir, “concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular”, institucionalizando la representación de intereses que en los hechos aparecen atomizados a nivel social. En efecto, en criterio de este Tribunal, el rol de los partidos políticos se dirige a generar un margen de representatividad objetiva y no un mero interés de grupo, incapaz, por su nimia significancia, de ser considerado como parte de la voluntad general, sino, simplemente, como una suerte de portavoz de intereses particulares o personales.
- b) Conseguir que todos los partidos y movimientos políticos gocen siquiera de la mínima representatividad que viabilice su trascendencia institucional en la vida política del país, de modo tal que se establezcan las bases para la configuración de un verdadero sistema de partidos, entendido como aquel en el que —vía competencia, articulación e interacción— cada partido o movimiento es, en cierto modo, dependiente de la función que los otros desempeñan en el escenario político.

El sistema de partidos es parte de la *vis* externa del “funcionamiento democrático”, que les exige el artículo 35° de la Constitución, frente a la *vis* interna de ese mismo funcionamiento, constituida por su estructura y acción organizacional interna.

- c) Evitar una fragmentación en la representatividad congresal que obstaculice la gobernabilidad; el consenso entre las mayorías y minorías, y la toma de decisiones oportunas y trascendentes en la vida política, social y económica del país, pues, según quedó expuesto en los Fundamentos 4 a 18 *supra*, todos ellos son elementos vitales para la

estabilidad de la democracia representativa, reconocida en el artículo 45° de la Constitución.

- d) Impedir que, como consecuencia de la referida fragmentación, una mayoría simple pueda resultar sustancialmente beneficiada por la ausencia de contrapesos significativos en el Congreso.

37. En consecuencia, establecida la compatibilidad de la “barrera electoral” con el sistema de representación proporcional, y atendiendo a la validez constitucional de las finalidades por ella perseguidas, este Tribunal Constitucional considera que no existe vicio de inconstitucionalidad alguno en el artículo 1° de la Ley N.° 28617, en el extremo que, modificando el artículo 20° de la Ley N.° 28617, establece que para acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República, se requiere haber alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral; es decir, cinco por ciento (5%) del número legal de sus miembros, o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional”.

#### b) ¿El Congresista es dueño de su escaño?

El reconocimiento de los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional son medulares para llegar a una simplísima conclusión: el Congresista no es dueño de su escaño, de su curul. Es un inquilino del escaño porque simple y llanamente integra una agrupación política.

Es la agrupación política quien –por imperio de los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional- representa a la población electoral que la eligió en las urnas. Y porque ejerce esa representatividad es que detenta un conjunto de curules por mandato popular. De esta manera, cuando el artículo 93° de la Constitución señala que los Congresistas “representan a la Nación”, la influencia de los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional con la intermediación de

los partidos políticos determina que tal representación de la población es *indirecta*.

Aquí es donde apuntalar el reconocimiento de estos principios constitucionales que informan el sistema de democracia representativa en el Perú, resulta medular para poner las cosas en su sitio y no derivar en el erróneo criterio de que prima la elección de personas antes que los partidos que dichas personas integran. Como bien dice Sartori<sup>15</sup>, “*sea como fuere, en los sistemas de voto preferencial todos los votos van para la lista del partido*”. Y es que, no cabe duda, la lista de candidatos es una característica esencial de la representación proporcional y puede presentarse de dos formas: *bloqueadas*, cuando no se puede modificar el orden ni el nombre de los candidatos, y *abierta*, donde se desarrolla el sistema de voto preferencial<sup>16</sup>. Por ello, en mi opinión, una distorsionada lectura del voto preferencial en el sentido que éste le otorga titularidad del escaño al Congresista preferido es, a su vez, causa de distorsión de estos principios y coadyuva al debilitamiento de los partidos y la quiebra de la voluntad popular<sup>17</sup>.

Esta afirmación encuentra sustento en la refutación hecha por el Tribunal Constitucional respecto del argumento empleado por los demandantes de la inconstitucionalidad de la Ley N° 28617, quienes sostuvieron que ésta vulneraba el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes, aún cuando estos últimos obtuvieran una votación individual sumamente alta pero que no pudiesen obtener un escaño porque su agrupación política no logró superar la barrera electoral establecida por la citada Ley N° 28617.

En los fundamentos 66° y 67° de la STC N° 0030-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional contradujo tal argumentación de la manera siguiente:

---

<sup>15</sup> SARTORI, Giovanni: “Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados”. México: 1994; primera edición en español, tercera reimpression; Fondo de Cultura Económica; p. 23.

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge: “Teoría y Práctica del Derecho Constitucional”; Madrid: 1996; Editorial Tecnos; p. 272.

<sup>17</sup> Abundaré sobre este tópico más adelante (infra 4.3.1.).

“66. Los demandantes justifican así la razón por la que consideran afectado el referido derecho fundamental:

[e]l condicionamiento porcentual para acceder a un escaño del Congreso, contraviene manifiestamente el derecho de los ciudadanos a elegir a sus representantes, ya que aún cuando el candidato obtenga un determinado número de votos que le permita encontrarse entre los 120 candidatos con mayor cantidad de votos para las elecciones al Congreso de la República, ello no lo hace merecedor del cargo de congresista, sino que su acceso está supeditado al resultado del porcentaje de representantes de su partido político, con lo cual, de no alcanzarse el porcentaje recogido en la ley, el candidato perdería la curul que legítimamente obtuvo, en tanto su elección es el reflejo de la voluntad popular, que parte precisamente del derecho constitucional de los ciudadanos de poder elegir a sus representantes.

67. En tal sentido, no sólo resulta que los demandantes erróneamente consideran que nuestro sistema electoral se encuentra regido por el principio de la mayoría, conforme al cual quienes mayor cantidad de votos han alcanzados excluyen, necesariamente, al resto (sin ninguna consideración de proporcionalidad entre las fuerzas políticas participantes), sino que parecen sugerir que pertenece al contenido protegido del derecho al voto, tener la garantía de que el candidato por el que se ha votado, ocupe necesariamente un escaño en el Congreso, lo que a todas luces constituye un despropósito; máxime si se tiene en cuenta que una vez elegidos, todos los congresistas representan a la Nación (artículo 93° de la Constitución)”.

De esta manera, cuando la Ley N° 28617 estableció la barrera electoral, el legislador puso el acento en el principio constitucional de representación proporcional, puesto que con ello se pretende que en el Congreso la distribución de escaños se realice de acuerdo al número de representantes que correspondan a las agrupaciones políticas que lograron superar la valla electoral del 5%. Se optó, pues, por el modelo del “umbral” alemán conocido como *Sperrklausel*, que constituye una de las formas no excluyentes de obstruir la proliferación de

partidos en la contienda electoral y que se instituyó en varios países de Europa y latinoamérica<sup>18</sup>.

Y es más, la elección del Constituyente consignada en el artículo 187° de la Constitución de optar por el modelo de representación proporcional, se ajusta a la misma política de las democracias modernas de inclinarse por este sistema que satisface el pluralismo democrático y que -como bien señala Rodríguez Zapata<sup>19</sup>- materializa

“(…) un escrutinio de ideas, no de hombres, lo que beneficia las siglas de partido, y perjudica la calidad singular de los representantes. Su inconveniente más grave es que se basa en un *sistema de listas* y que no suele haber garantías de democraticidad en la confección de las listas, lo que provoca que no haya lazos sólidos entre los electores y sus elegidos”

#### 2.4. ¿Y el derecho del Congresista de no estar sujeto a mandato imperativo?

El primer párrafo del artículo 93° de la Constitución actual dice:

“**Artículo 93°.** Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación”

¿En qué consiste este derecho de “no estar sujeto a mandato imperativo”?

Alvarez Conde<sup>20</sup> señala que el mandato imperativo

“(…) hay que buscarlo en las Asambleas medievales, en las cuales únicamente se representaba a los electores y no a la totalidad de los ciudadanos”.

---

<sup>18</sup> SARTORI, Giovanni: *ibídem*.

<sup>19</sup> *Ibídem*.

<sup>20</sup> ALVAREZ CONDE, Enrique: “Curso de Derecho Constitucional”; Volumen II; Madrid: 2000; tercera edición; Editorial Tecnos; p. 90.

Y, con mayor precisión histórica, Rodríguez Zapata<sup>21</sup> dice:

“Los *Cahier des doléances* –que todavía se conservan en la sede del Palais Royal de París- son simples cuadernos de pocas hojas, en el que figuraban escritas las instrucciones y reivindicaciones del representante. Sirven para configurar la representación hasta la Revolución Francesa. Se trata del *mandato imperativo*, por el que los representantes debían dar cuenta de su misión y eran responsables con su patrimonio por la ejecución del mandato. Eran, asimismo, retribuidos por él”.

Así, el mandato imperativo consistía en que el representante debía defender posiciones y votar en función de las directivas que haya recibido de sus representados<sup>22</sup>. Como dice Pérez Royo<sup>23</sup>:

“El desarrollo del concepto moderno de *representación política* aparece históricamente a través de un proceso de enfrentamiento al anterior modelo de *representación estamental* del Antiguo Régimen, basado en el mecanismo del *mandato* de derecho privado, que establece una relación de *representación jurídica* entre dos sujetos.

(...)

Es asimismo ese carácter privado y con repercusión patrimonial directa de la representación estamental el que explica que el mandato concedido a los representantes no sólo pudiera ser y de hecho fuera siempre un mandato limitado, sino que fuera además un mandato de cuya gestión se tenía que rendir cuenta ante los representados y no una cuenta genérica, sino una cuenta “debidamente auditada”, diríamos hoy.

La representación del Antiguo Régimen es, pues, un mecanismo básicamente defensivo y no de dirección política. Por eso el mandato parlamentario es un *mandato imperativo*, vinculante para los representantes, que no les permite a estos ser portadores de ninguna

<sup>21</sup> Op.cit., p. 409.

<sup>22</sup> RUBIO CORREA, Marcial: “Estudio de la Constitución Política de 1993”; Tomo IV; Lima: 1999; Fondo Editorial de la PUCP; p. 78.

<sup>23</sup> PÉREZ ROYO, Javier: “Curso de Derecho Constitucional”; Madrid: 2005; décima edición; Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; pp. 623-624.

iniciativa de gobierno. Se trata de la expresión de unos colectivos con intereses particulares que en ningún momento pueden llegar a tener un punto de encuentro que haga posible su expresión en la forma de un programa general de gobierno”.

De esta manera, es atribuida a la Revolución Francesa<sup>24</sup> el reemplazo de este modelo por el mandato representativo, según el cual los parlamentarios representan a la Nación. Ya no defienden intereses particulares sino generales.

Como bien concluye Bobbio<sup>25</sup>:

“(…) en la representación política de la mayor parte de los Estados que se rigen por el sistema representativo, con respecto al “quién”, lo que caracteriza a una democracia representativa es que el representante sea un fiduciario y no un delegado; con respecto al “qué cosa”, que dicho fiduciario represente los intereses generales y no los particulares (precisamente porque representa intereses generales y no intereses particulares de sus electores rige el principio de prohibición del mandato imperativo)”.

<sup>24</sup> Francisco Fernández Segado también reconoce estos cambios en Inglaterra. Dice al respecto: *“El tránsito de uno a otro modelo va a acontecer tanto en Inglaterra como en Francia, si bien en uno y otro caso se producen diferencias significativas, como ya reflejara Jellinek y entre nosotros Fernández Carvajal. En Inglaterra, el empirismo, que está en la base misma de la evolución de su constitucionalismo, explica también este devenir histórico. La idea de que todo inglés estaba representado en el Parlamento, y por tanto presente por medio de su representante, fue ya expresada de una manera muy clara por sir Thomas Smith bajo el reinado de Isabel I, en su De Republica Anglorum. Ya antes exigían los reyes en sus cartas de convocatoria del Parlamento que los elegidos llevasen amplios poderes "ita quod pro defectu hujusmodi potestatis negotium infectum non remaneat". Durante la Revolución puritana, el Agreement of the People (1653) presuponía que los representantes tenían la suprema confianza (the supreme trust) en orden al cuidado del conjunto: "The supreme trust in order to preservation of the whole; and that their power extend without the consent or concurrence of any that their power extend without the consent or concurrence of any other person or persons".(…) En definitiva, el mandato representativo aparece en Inglaterra como la consecuencia lógica del desarrollo de la democracia representativa y como resultado de las disfuncionalidades que para la misma tenía el mandato imperativo". Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO: Francisco: “Partidos Políticos, Representación Parlamentaria e Interdicción del Mandato Imperativo”; En: *Revista de las Cortes Generales*; Madrid: 1994, N° 32., pp 288-289. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/967/20.pdf>*

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto: “El futuro de la democracia”; México: 1996; segunda edición en español; Fondo de Cultura Económica; p. 55.



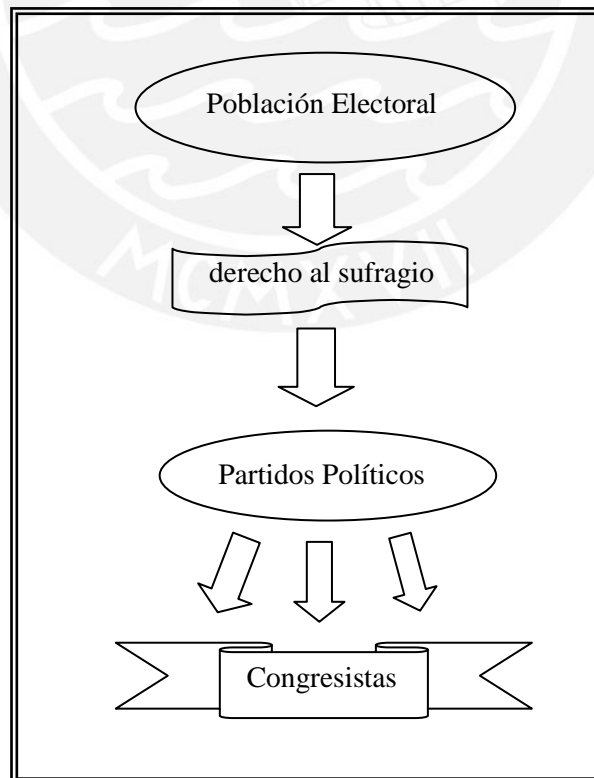
Así las cosas, la representación de la Nación que ejerce el Congresista de la República es de carácter indirecto.

Lo digo porque de la interpretación sistemática por comparación del artículo 93° de la Constitución con lo dispuesto por los artículos 31°, 35° y 187° de la misma Carta Fundamental, tenemos:

- Que por el ejercicio del derecho de sufragio, el ciudadano elige a sus representantes para participar en la vida política en el país.
- La representación es proporcional.
- Los agentes de esa representación proporcional son los partidos políticos, porque estos “concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular”.

Traducido a un gráfico, la lógica sería la siguiente:

**Gráfico 1**



El contenido del gráfico es más que elocuente. Se aprecia, de manera muy clara, por qué si el Congresista pertenece a un partido y éste, a su vez, ha sido elegido por el pueblo, es lógico que dicho representante no tenga porqué rendir cuentas al electorado por sus decisiones. Allí es donde se justifica que no esté sujeto a mandato imperativo, en su versión originaria, histórica, superada desde la Revolución Francesa.

Sin embargo, ¿está sujeto el Congresista al partido político, ya que es éste el titular del encargo del pueblo de llevar adelante sus propuestas planteadas en campaña electoral manifestada a través del voto popular?.

La doctrina se ha ocupado de esta interrogante.

Así, Pedro de Vega, citado por Marcial Rubio Correa<sup>26</sup>, dice lo siguiente:

“Por otro lado, distinguía Kelsen las mutaciones no derivadas de una interpretación evolutiva y distinta del texto de las normas, sino creadas como consecuencia de una praxis política en abierta contradicción con el contenido de la Constitución. Sería, por ejemplo, el caso del mandato imperativo que, expresamente prohibido en los textos constitucionales –entre ellos el nuestro (art. 67.2)- se presenta, no obstante, como una realidad indiscutible de la actual democracia representativa, en la que los diputados se ven obligados a seguir los dictados de los partidos políticos sin poder actuar espontánea y libremente”.

De allí que Jorge de Esteban<sup>27</sup> diga:

“(…) que la aparición de los partidos no sólo vacía de contenido el concepto de representación en su versión clásica, sino que exige una nueva teorización de lo que se debe entender hoy por la representación”.

---

<sup>26</sup> RUBIO CORREA, Marcial: op.cit., p. 79

<sup>27</sup> DE ESTEBAN, Jorge: “El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional”; Madrid: octubre-diciembre de 1990; En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*; N° 70; p. 18.

Vistas así las cosas, ¿habría mutado el “mandato representativo” de su “versión clásica” (como dice De Esteban), en donde la vinculación del Congresista hacia el partido brota desde que éste último es titular del escaño y no lo es el primero?

En nuestro medio, creo que la opinión de Enrique Bernales<sup>28</sup> da respuesta a esta interrogante al comentar el artículo 93° de la Constitución actual (subrayado agregado):

“El artículo transcrito establece el carácter de la representación y la inmunidad parlamentaria. En tal virtud, se consigna que los Congresistas representan a la Nación, y por tanto su mandato proviene de ella y no propiamente de los electores. Al respecto, PAREJA PAZ SOLDÁN anota que por este encargo los representantes deben actuar con criterio de conciencia y al margen de toda presión, cualquiera que fuera el origen de ésta. De lo anterior se concluye que no están sujetos a mandato imperativo ni a contestar preguntas o ser interpelados. Teóricamente no lo está tampoco a los partidos por los cuales han sido elegidos.

Pero la Constitución no puede formular un extremo que signifique atentar contra la unidad y la disciplina de los partidos políticos. Debe entenderse, por tanto, que la representación parlamentaria no significa atomización. Los parlamentarios representan a la Nación, pero ejercen tal representación en nombre de los partidos y organizaciones políticas que facilitaron su elección. El que no estén sujetos a mandato imperativo no debe interpretarse como independencia absoluta y deslealtad partidaria. Al contrario, son voceros y expresan el punto de vista de sus movimientos, coordinando con ellos a través de sus respectivas estructuras y defendiendo sus propuestas programáticas. Como se sabe, el Parlamento es por su propio origen, composición y funciones, el lugar de encuentro y diálogo de las fuerzas que expresan el pluralismo ideológico de la Nación. Los partidos, a su vez, son la concreción del pluralismo”.

---

<sup>28</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique: “La Constitución de 1993. Análisis Comparado”; Lima: 1998; cuarta edición; Editora Rao Jurídica; pp. 445-446.

## 2.5. ¿Es posible compatibilizar los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional con el derecho del Congresista de no estar sujeto a mandato imperativo?

Quiero seguir el hilo de la argumentación de Enrique Bernaldes (nota 28 *supra*), en el sentido de que el hecho que los Congresistas no estén sujetos a mandato imperativo, *no debe interpretarse como independencia absoluta y deslealtad partidaria*.

Y es que repárese en advertir que el argumento contiene –de manera implícita– una aparente colisión o contradicción entre el derecho del Congresista –por razón del ejercicio de su cargo– de no estar sujeto a mandato imperativo, con el mandato representativo del partido político al cual pertenece. Dicho en otras palabras, y como bien anota Rubio Correa<sup>29</sup>, la cuestión consiste en saber *si se puede seguir manteniendo el concepto de no sujeción a mandato imperativo, habida cuenta que los partidos dan instrucciones de voto precisas a sus parlamentarios*.

Fernández Segado<sup>30</sup> dice al respecto varias cosas importantes que vale la pena transcribir, a pesar de su extensión:

“Otros autores, como es el caso de Virga, han considerado que el parlamentario se ha transformado en un mero portavoz del partido, de lo que se desprende que la interdicción del mandato imperativo resulta conculcada. Cree Virga que el artículo 67° de la Constitución [italiana] impide a los parlamentarios la aceptación de las instrucciones o mandatos de cualquiera, si bien se dirige sobre todo a sancionar la independencia de los parlamentarios frente a los grupos políticos y económicos que tienden a influir sobre el Parlamento. Sin embargo, el propio autor constata que la realidad constitucional actual muestra cómo la actividad de los parlamentarios se desarrolla sobre la base de las instrucciones que cada

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 79

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *Op.cit.*, pp. 310-312.

diputado recibe de su partido; de ahí que llegue a la conclusión de que "*ai cahiers nello Stato moderno si sarebbero sostituite le direttive di partito*", tesis acogida en España, como ya vimos, por Torres del Moral. A la vista de estas circunstancias, ¿cabe algún tipo de acomodo a la norma constitucional?, o, por el contrario, ¿hemos de concluir significando que estamos ante una norma mas retórica que eficaz?

Desde luego, parece claro que la mera inscripción en un grupo parlamentario, con la subsiguiente sujeción a su disciplina, no implica una violación de la cláusula constitucional de interdicción del mandato imperativo, y ello por cuanto de tal hecho no puede derivarse que el propio comportamiento del parlamentario quede sujeto a la determinación de instancias extraparlamentarias. Por el contrario, Virga entiende que la prohibición del mandato imperativo resulta vulnerada cuando el grupo venga obligado a seguir las instrucciones de sujetos o entes extraños al propio grupo y, muy particularmente, de los ejecutivos de los partidos políticos. En esta hipótesis, "*il parlamentare viene trasformato in mero portavoce del partito*". De todo ello se desprende que violan la tantas veces mencionada cláusula aquellas normas de los estatutos de los grupos que disponen que el parlamentario se halla vinculado a las directivas políticas de la dirección del correspondiente partido, normas éstas de armonización de los grupos a las directivas impartidas por la dirección del partido de que se trate que, como constata el propio Virga están consagradas en los estatutos de muchas formaciones políticas italianas y de otros países.

En todo caso, conviene recordar que al margen ya de lo que puedan prever los estatutos de los grupos, la realidad política nos revela de modo inequívoco que la disciplina partidista termina imponiéndose las más de las veces sobre la voluntad divergente del parlamentario; basta con atender al hecho de que las rebeliones internas en el grupo (por ejemplo, los casos de los llamados francotiradores) se sancionan de modo puntual mediante medidas disciplinarias que pueden llegar a la expulsión del partido. Pero es que, por otra parte, como la doctrina reconoce de modo generalizado, el mantenimiento de la disciplina partidista se manifiesta como esencial en un

sistema en el que la representación política viene mediatizada por los partidos.

La relevancia de los partidos no sólo se revela en argumentos políticos, sino que ha tenido su reflejo en los propios ordenamientos constitucionales, como hemos tenido oportunidad de constatar. Por lo mismo, parece de todo punto necesario buscar una interpretación que, en alguna medida, armonice la cláusula constitucional de interdicción del mandato imperativo con la propia relevancia constitucional de los partidos políticos, en cuanto instrumentos de determinación de la política nacional, y con el mismo principio democrático que la Constitución proclama. Desde este punto de vista, Paladin entiende que la citada cláusula constitucional no pretende habilitar a los parlamentarios para que defrauden a sus electores, cambiando arbitrariamente de bandera en el curso de la legislatura. Por lo mismo, y desde la perspectiva de una problemática muy real en algunos países, y desde luego en España, no parece que los parlamentarios tránsfugas puedan amparar su cambio de uno o otro partido en la cláusula de interdicción del mandato imperativo. Ciertamente, razones de conciencia pueden, a nuestro juicio, conducir a un parlamentario a un grado tal de discrepancia frente al partido bajo cuyas listas resultó electo, que le imposibiliten seguir bajo la disciplina de esa formación, pero, en tal supuesto, quizá la actitud más coherente, tanto desde una perspectiva ética como, por lo que aquí importa, desde el punto de vista de una interpretación armónica de las diferentes cláusulas constitucionales en juego, sea, lisa y llanamente, la dimisión o cese en su condición de parlamentario”. (subrayado agregado).

Anteriormente, mostré cómo la doctrina comparada ha venido enfrentando este debate. Y es, precisamente, la doctrina y la jurisprudencia comparada (la española de los años 80 y 90<sup>31</sup>) la que plantea esta suerte de *extensión* de los alcances originales, históricos, del derecho del Congresista de no estar sujeto a mandato imperativo (respecto de sus propios electores), hasta la actualidad en pleno siglo XXI, en el sentido que tal derecho significa tener total y absoluta independencia

---

<sup>31</sup> Y que es fuertemente criticada por Jorge De Esteban (nota 27 *supra*).

en sus decisiones y votaciones, incluso de sus propios partidos, quienes no pueden –conforme a esta tesis interpretativa- imponer sus directivas de votación.

Para mí, esta tesis es errónea por tres razones.

**Primero**, porque argumentar que si el Congresista no está sujeto a mandato imperativo, entonces tampoco está sujeto a los mandatos del partido al cual pertenece; tal argumento sólo podría tener lógica si la relación y la representación del Congresista fuera directa con sus electores; es decir, sin partidos políticos intermediarios de la voluntad popular<sup>32</sup>. Vista así, sería una tesis contraria al mandato representativo que rige todas las democracias modernas, incluida, naturalmente, la nuestra. O, quizás, tuviera lógica si el modelo de democracia representativa no fuera el proporcional (como el nuestro) sino el de mayorías<sup>33</sup>.

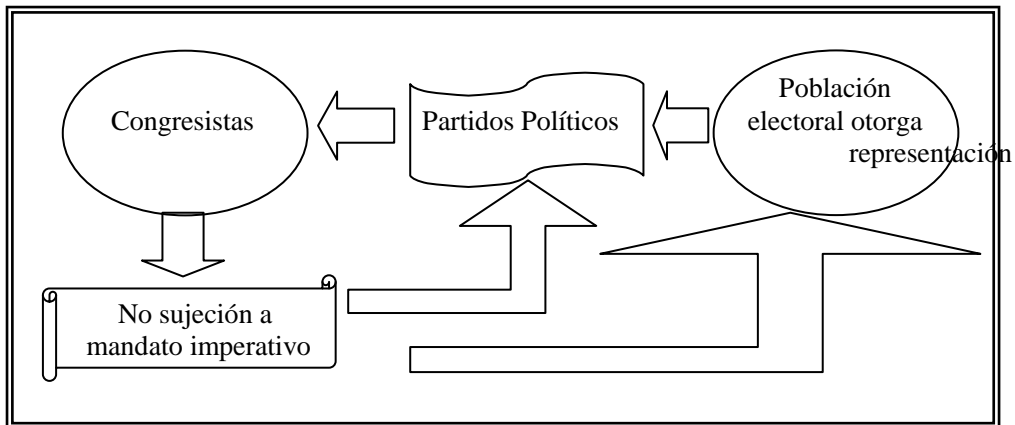
**Segundo**, porque dicha tesis le otorga **carácter absoluto**<sup>34</sup> a ese derecho del Congresista. Y es que apréciase que el manto de protección que ese derecho involucra va en dos sentidos: a) que no hay mandato imperativo de los electores; y, b) que no hay mandato imperativo de los propios partidos a los que pertenece y de donde salió elegido.

Un nuevo gráfico puede ayudar a mirar muy bien cómo actúa ese campo de protección de la tesis interpretativa que vengo rebatiendo:

<sup>32</sup> Lo que importaría regresar en el tiempo al derogado modelo de mandato imperativo puro del Antiguo Régimen.

<sup>33</sup> “Se trata de una forma de escrutinio al término de la cual se proclama electo al candidato que ha obtenido mayor número de votos; de ahí el nombre: *The first pass the post system* o *The winner takes all system*. El sistema puede ser uninominal, cuando hay un solo puesto o escaño a cubrir en la elección, o plurinominal, cuando existen varios escaños a proveer. En el escrutinio mayoritario a una vuelta el candidato elegido es aquel que ha obtenido el mayor número de votos, aunque resulta que la mayoría de los electores no se ha pronunciado a su favor”. Cfr. RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge: Op.cit., p. 269.

<sup>34</sup> Esto pese a que es hartamente conocido que tanto en la doctrina y la jurisprudencia, es pacífico el criterio por el cual ningún derecho reconocido en la Constitución tiene carácter absoluto. Por todas, cito el fundamento 43° de la STC N° 04232-2004-PA/TC: “El Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha precisado que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, por lo que el ejercicio de los derechos fundamentales puede ser objeto de la imposición de límites, ya sea para armonizar su ejercicio con otros derechos de su mismo rango, ya sea para lograr la efectividad de otros bienes, principios o valores constitucionales. Cfr. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04232-2004-AA.html>

**Gráfico 2**

Apréciase que el campo de protección de esta tesis actúa, efectivamente, contra los electores que otorgan la representación y contra los partidos a los que pertenecen los parlamentarios. *Ergo*, es muy claro ver que esta tesis se basa en el carácter absoluto del derecho del Congresista de no estar sujeto a mandato imperativo, otorgándole plena independencia.

Y, a su vez, ese carácter absoluto se manifiesta -como se aprecia en el Gráfico 2- en una *contradicción* clara entre el manto de protección que significa el derecho del Parlamentario de no estar sujeto a mandato imperativo, tanto con los electores como con el partido político al cual pertenece.

Aquí es donde cabe recoger lo que ha dicho el Tribunal Constitucional en la STC N° 04232-2004-PA/TC<sup>35</sup>, cuando señala que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto en virtud a que *“el ejercicio de los derechos fundamentales puede ser objeto de la imposición de límites, ya sea para armonizar su ejercicio con otros derechos de su mismo rango, ya sea para lograr la efectividad de otros bienes, principios o valores constitucionales”* (subrayado agregado).

Recojo este criterio jurisprudencial para hacer notar que la imposición de límites a los derechos reconocidos en la Constitución, empuja a su titular a que relacione,

<sup>35</sup> Cfr. fundamento 43°. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04232-2004-AA.html>



necesariamente, el ejercicio de su derecho con otros derechos de igual rango o con los postulados de los principios y garantías que la propia Constitución enuncia. Y aquí es donde surge la **tercera razón** que sustenta mi discrepancia con la tesis interpretativa que vengo rebatiendo: que carece de este ejercicio de interpretación constitucional basado en el principio de unidad de la Constitución<sup>36</sup>.

En efecto, la tesis que aquí cuestiono no repara, en ningún momento, en interpretar el derecho del Congresista de no estar sujeto a mandato imperativo con ningún otro derecho, principio o garantía existente en el Sistema Constitucional. Se basa en una interpretación literal, de resultado restrictivo, de la disposición constitucional que recoge este derecho. En otras palabras, el positivismo desfasado en su máxima expresión.

Contrariamente a la jurisprudencia y doctrina española que sostiene ésta equivocada tesis, Jorge De Esteban<sup>37</sup> construye una argumentación que se basa en la interpretación sistemática de los artículos 6°, 23°, 66.1°, 67.2° y 68.3° de la Constitución Española de 1978. Por la importancia del argumento para los fines que aquí me concierne, lo reproduzco *in extenso*:

“Nuestra Constitución se elabora en un momento en que no se ha desterrado el principio representativo liberal-burgués y no se ha afianzado todavía de forma radical el concepto de Estado de partidos en lo referente a su proyección sobre el concepto de la representación. Es evidente, por tanto, que en ella se va a producir una ambigüedad, también visible en la jurisprudencia constitucional, respecto a los viejos y nuevos conceptos, lo cual permitirá que sea posible, desde el punto de vista legal, la práctica del transfuguismo, aunque si se impusiese la nueva concepción no cabría sino rechazarlo.

Por una parte, desde el punto de vista del concepto clásico de la representación, hay que señalar que el artículo 1.2 reconoce la soberanía

---

<sup>36</sup> El contenido de este principio aparece detalladamente expuesto en un fallo del Tribunal Constitucional citado en la nota 38 *infra* de este trabajo.

<sup>37</sup> DE ESTEBAN, Jorge: Op.cit., pp. 19-20

nacional, el 66.1 manifiesta la idea de la representación nacional y, sobre todo, el 67.2 prohíbe taxativamente que los miembros de las Cortes Generales estén ligados por «mandato imperativo». Se deduce de aquí, en una primera lectura, que los parlamentarios representan cada uno a toda la nación, que no hay intermediarios entre los individuos que la componen y el Parlamento y que los representantes no están sujetos a ningún mandato ni disciplina alguna. Es decir, hasta aquí nos movemos en la más pura esencia de la teoría clásica de la representación y, por consiguiente, cada escaño pertenece al elegido y nadie le puede revocar.

Pero, por otra, existen también indicios de que la nueva concepción de la representación, basada en los partidos, ha entrado también en nuestra Constitución. En primer lugar, el artículo 6 indica que los partidos «expresan el pluralismo político, concurren a la formación y la manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política». Esto es: sin ellos no se puede participar en las decisiones del Estado, y el artículo 23 lo aclara aún más, puesto que señala que «los ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». Queda claro que, dejando de lado la forma directa de participación, sólo se puede participar por medio de representantes, y éstos, como dice el artículo 6, deben pertenecer a partidos políticos. Por último, en lo referente al Congreso, el artículo 68.3 declara que «la elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional», y, como es sabido, la fórmula electoral proporcional sólo se puede llevar a la práctica si existen partidos políticos. Por consiguiente, en esta segunda perspectiva, nuestra Constitución adopta la forma moderna de la representación basada en la participación por medio de los partidos políticos”.

Pues bien, el texto de la Constitución Peruana de 1993 se trabajó sobre la base del texto de la Constitución de 1979. Y ésta, a su vez, estuvo influenciada por la Constitución Española de 1978. Hago este comentario porque el conjunto de disposiciones de la Constitución Española, interpretadas por Jorge De Esteban, encuentran su correlato en varias disposiciones de nuestra Carta de 1993.

Así las cosas, si recreamos para el caso peruano la tesis que vengo cuestionando, una interpretación aislada de la disposición constitucional española contenida en su artículo 67.2º (cuyo correlato en la Constitución Peruana de 1993 es el artículo 93º) que prevé el derecho del Congresista de no estar sujeto a mandato imperativo, sin relacionarla con ninguna otra disposición de dicho Texto Fundamental, devendría en una lectura positivista (de resultado restrictivo) que asume el texto como una garantía omnímoda, inquebrantable, absoluta.

Pero el problema de dicha postura interpretativa radica en que resulta contraria a uno de los principios básicos de la interpretación constitucional: el principio de *unidad de la Constitución*, reconocido en el fundamento 12º de la STC N° 5854-2005-PA/TC<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> En esta sentencia, dijo el Tribunal Constitucional lo siguiente:

**“§4. Principios de interpretación constitucional**

*12. Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:*

*a) El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.*

*b) El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).*

*c) El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.*

*d) El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.*

*e) El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.*

Lo digo porque aplicando el principio de unidad de la Constitución, Jorge De Esteban construye su argumentación (con la cual coincido plenamente) relacionando el artículo 67.2° de la Constitución Española con lo dispuesto en los artículos 6°, 23°, 66.1° y 68.3° de la misma Carta Fundamental.

Y continuando con el paralelo de la Constitución Peruana de 1993, los principios y garantías contenidas en los artículos 6°, 23°, 66.1° y 68.3° de la Constitución Española de 1978, también se recogen en los artículos 31°, 35° y 187° de nuestra Constitución. En esta línea de razonamiento, el primer párrafo del artículo 93° de nuestra Ley de leyes (no sujeción al mandato imperativo) debe leerse de manera sistemática con lo dispuesto por sus artículos 31°, 35° y 187°.

El resultado de este ejercicio de interpretación constitucional (que la jurisprudencia constitucional española criticada por Jorge De Esteban no hizo) ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional para otro propósito, cuando tuvo que resolver el caso de la ley de la barrera electoral que antes he referido (STC N° 0030-2005-PI/TC).

Aquí es importante anotar que quienes demandaron la inconstitucionalidad de la ley de la barrera electoral, incurrieron en un error semejante a la tesis que he venido rebatiendo ya que interpretaron de manera aislada y atomizada los artículos 90° y 91° de la Constitución. Es más, su razonamiento es muy similar a aquel empleado por la tesis que vengo cuestionando en el sentido de colocar al Congresista como un funcionario desligado del partido político por el cual postuló al cargo. Transcribo el fundamento 25° de la citada sentencia:

“25. Luego de precisar lo señalado por los artículos 90° y 91° de la Constitución, los recurrentes fundamentan así la supuesta afectación del derecho fundamental a ser elegido representante:

---

*Es en base a estos criterios que debe llevarse a cabo la interpretación de los referidos artículos 142° y 181° de la Constitución”.*

Cfr. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html>

[e]xiste una manifiesta incompatibilidad entre el texto constitucional y el texto legal, en tanto la Constitución ha establecido los parámetros dentro de los cuales cualquier ciudadano puede ocupar el cargo de Congresista (...). El hecho de condicionar el acceso al cargo de Congresista, a un mínimo de representantes de un partido político (...) vulnera directamente los artículos constitucionales reseñados, ya que la Constitución, en ningún ámbito, señala que es impedimento para ocupar un escaño congresal la participación porcentual de un partido político en el resultado de las elecciones. (...). Así las cosas, el condicionamiento apuntado excede categóricamente los límites que ha establecido la Constitución para ser elegido Congresista, porque vulnera directamente el derecho de todo ciudadano a ser elegido representante y a la vez, establece requisitos que sobrepasan los límites establecidos en la Constitución para alcanzar un escaño del Congreso. (...)" (subrayado agregado)

Por ello, para mostrar lo errática de la posición argumentativa de los demandantes, el Tribunal Constitucional recurrió a ese ejercicio interpretativo basado en el principio de unidad de la Constitución, aplicado al primer párrafo del artículo 93°, relacionándolo con lo dispuesto por los artículos 31°, 35° y 187° de la misma Ley Fundamental. Sus argumentos son plenamente ejemplificativos para el sustento de la tercera razón de mi discrepancia. Transcribo (subrayado agregado):

“27. Las erróneas premisas en la argumentación de los demandantes les han llevado a olvidar dos cuestiones que resultan cruciales a efectos de determinar la constitucionalidad o no de la ley impugnada:

a) Las condiciones previstas en la propia Constitución para ocupar un escaño en el Congreso no se agotan en aquellas previstas en los artículos 90° y 93°. En efecto, considerando que la elección al Congreso es pluripersonal — además de una de las manifestaciones vitales como se institucionaliza la democracia representativa—, el acceso al cargo se encuentra condicionado, también, por el principio de representación proporcional, previsto en el artículo 187° de la Constitución, y por la necesaria pertenencia a un partido o

movimiento político para poder participar en la contienda electoral (artículo 35°), pues —tal como se mencionó— sólo por vía de la pertenencia a estas organizaciones políticas es posible institucionalizar la fragmentaria configuración de los intereses al interior de la sociedad.

b) El derecho fundamental a ser elegido representante es un derecho de configuración legal. Ello es así no sólo porque el artículo 31° de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a ser elegidos representantes, “de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”, sino también porque el principio de representación proporcional —entendido en este caso como el mecanismo, regla o fórmula que permite traducir los votos en escaños— recogido por el artículo 187° de la Constitución, queda determinado “conforme al sistema que establece la ley”, según señala este mismo artículo. En otras palabras, por voluntad del propio constituyente, la ley (orgánica) no sólo *puede*, sino que *debe* culminar la delimitación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder al cargo de congresista”.

De acuerdo al sustento de las tres razones que aquí acabo de desarrollar, estoy en capacidad de contestar la pregunta con la cual titulé éste epígrafe: *sí* es posible compatibilizar los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional con el derecho del Congresista de no estar sujeto a mandato imperativo.

Y más apropiado que decir que es una *posibilidad*, en realidad es un *deber* por imperativo del principio de interpretación constitucional de *unidad de la Constitución*, tal como lo he referido en este apartado.

La lógica consecuencia de esta tesis de interpretación constitucional consiste, entonces, en que:

- a) Es cierto que el Parlamentario no está sujeto a mandato imperativo para con sus electores, porque alegar lo contrario importaría regresar en una máquina del tiempo al Antiguo Régimen, pre- Revolución Francesa. Alegar lo

contrario también significaría negar el modelo de democracia representativa instrumentalizada, en el caso peruano, por el principio de proporcionalidad representativa que usa la intermediación de los partidos políticos. Es decir, un modelo de democracia representativa moderna que se aleja de sus moldes originales de representación directa para pasar a la indirecta. Los partidos políticos, entonces, son claves en este modelo de representación porque ellos son los que ponen a las personas que *representarán* a la Nación.

- b) No es cierto que el Parlamentario no esté sujeto a mandato imperativo para con el partido político por el cual postuló al cargo. Y es que el mandato imperativo no es aplicable para este caso. Como ya dije, se trata de un modelo histórico, desfasado, reemplazado por el modelo de democracia representativa. Es más, que la Constitución aún lo prevea expresamente es una redundancia, porque la consagración de la democracia representativa en la Carta Fundamental *implica* la no sujeción del Parlamentario al mandato imperativo de los electores. Por ello, no es aplicable invocar, *por extensión*, esa figura –caduca, en mi concepto- a las relaciones existentes entre el Parlamentario y su Partido Político.
- c) De una lectura conjunta de los artículos 31°, 35°, 93° y 187° de nuestra Constitución, las relaciones entre el Parlamentario y el Partido Político por el cual postuló al cargo, tienen fundamento constitucional desde que evidencian la democracia representativa y, concretamente, la representación proporcional según la cual es el partido el que elabora la lista de parlamentarios que será sometida a elección popular. Nuestra legislación electoral ha elegido el sistema de representación proporcional por voto preferencial.

De esta manera:

(i) El Parlamentario no es titular de su escaño, no es dueño de su escaño. La titularidad de la curul, por el sistema representativo proporcional, la tiene su Partido Político; y,

(ii) Las relaciones entre el Parlamentario y el Partido Político sí pueden ser tensas e, incluso, conflictivas, porque el Parlamentario se debe a los lineamientos de su partido basados en su ideario, sus estatutos y su programa de gobierno. Por tanto, esas tensiones tendrán que analizarse y resolverse desde un punto de vista radicalmente distinto a la errónea tesis *extensiva* del mandato imperativo. Y tendrán que revisarse, en cada caso concreto, desde la ponderación, la no vulneración de principios o derechos constitucionales, el principio o *test* de razonabilidad, entre otros que aporta el Derecho Constitucional.

## **2.6. Diluyendo falacias: Los conceptos de transfuguismo en el Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso (2006-2011) y las tesis de la doctrina nacional**

### **a) Introducción**

Como se vio en el epígrafe precedente, en mi concepto no existe una titularidad del escaño por parte del Congresista elegido en el Perú para ocuparlo en representación de un determinado partido político.

Desvirtué esa tesis haciendo un paralelo con los argumentos del jurista español Jorge De Esteban, quien en 1990 escribió un estudio -que he venido citando- en el cual refuta el criterio imperante del Tribunal Constitucional Español por el que sostiene la extensión de la no sujeción al mandato imperativo del Parlamentario respecto de su partido político, ya que el primero es dueño, titular de su escaño. Como bien sostiene De Esteban, esa nefasta y equivocada argumentación, “abrió las puertas de par en par” al transfuguismo en España<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> *Ibíd*em, p. 25



Claro está que ese es un debate arduo en España, como así lo reconoce Ángel Manuel Abellán<sup>40</sup>:

“No es preciso extenderse más sobre cómo, en todo el proceso representativo y participativo, intervienen decisivamente los partidos desde la perspectiva electoral y parlamentaria. Es claro que no cabe un concepto individualista de la representación y, por tanto, del representante. Este es el portador de la voluntad popular, pero es imposible, política y jurídicamente, desconocer su adscripción a un grupo político con las consecuencias que entraña. Una de éstas es la de aceptar y comprometerse ideológicamente con el programa del partido que constituye el objeto de la representación, o sea, la voluntad de los electores, que ha sido formada con el concurso partidista. Lo que significa que el representante viene obligado, aunque no en términos jurídicamente estrictos, sí funcional y moralmente, a manifestar esa voluntad, sin apartarse de ella, en las instituciones representativas. Queda de nuevo planteada así la recurrente y espinosa relación entre representante y partido político no desde el plano del derecho, que ya quedó zanjada por el Tribunal Constitucional en el sentido de la titularidad personal del escaño, sino desde una esfera más ambigua y delicada. En el fondo, late aquí el problema de la irreductible dificultad de integrar el principio representativo y la democracia de partidos, como a la postre se deduce de la jurisprudencia del Alto Tribunal analizada”.

Y el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional Español, pese a las décadas transcurridas a la fecha, no ha variado en absoluto, como así se desprende de los fundamentos 6º y siguientes de la STC N° 298/2006<sup>41</sup>. Transcribo algunos apartados importantes de su tesis (subrayado agregado):

“6. (...) El art. 23.2 CE, en lo que ahora interesa, consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, enunciando el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos

<sup>40</sup> ABELLÁN, Ángel Manuel: “Los representantes y el derecho de participación en el ordenamiento jurídico español”; En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*; Madrid: abril-junio de 1994; N° 84; p. 211.

<sup>41</sup> <http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9094>

públicos, con los requisitos que señalen las leyes. A este contenido explícito del precepto ha aunado nuestra jurisprudencia un contenido implícito cual es, en primer lugar, el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió (STC 5/1983, de 4 de febrero, FJ 3), no pudiéndose ser removido de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos (STC 10/1983, de 21 de febrero, FJ 2). Y, además, hemos declarado el derecho al ejercicio o desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (STC 32/1985, de 6 de marzo, FJ 3).

Cualquiera de las dimensiones que hemos identificado como integrantes del derecho de participación política reconocido en el art. 23.2 CE -acceso, permanencia y ejercicio- está delimitada -con arreglo al propio precepto constitucional- por la necesidad de llevarse a cabo "en condiciones de igualdad" y de acuerdo "con los requisitos que señalen las leyes".

(...)

En el ámbito que constituye el concreto objeto de este proceso de amparo la existencia de tales límites quedó reflejada en la STC 185/1993, de 31 de mayo (FJ 5), en la que dijimos que "es ... evidente que la Constitución española protege a los representantes que optan por abandonar un determinado grupo político y que de dicho abandono no puede en forma alguna derivarse la pérdida del mandato representativo".

8. (...) los partidos políticos no son ajenos a los límites que hemos reconocido en el legislador para configurar el régimen jurídico de los cargos públicos representativos. De otra, porque una vez trabada la relación de representación, su ruptura no puede producirse -al margen de los supuestos de fallecimiento, incapacidad o renuncia del elegido- sino por voluntad de los electores o por resolución de los poderes públicos competentes. Y, a este respecto, ya en la STC 10/1983, de 21 de febrero, dijimos que los partidos políticos no son órganos del Estado, no siendo constitucionalmente legítimo otorgar a una instancia que no reúne todas las notas necesarias para ser considerada como un poder público, la facultad de determinar por sí misma

el cese del representante en las funciones que los electores le han conferido, sujetándose sólo a las normas que libremente haya dictado para sí (FJ 2)”.

Dado que estos postulados de la doctrina jurisprudencial sobre el particular en España no han variado, continúan vigentes los argumentos críticos como los de Jorge De Esteban<sup>42</sup>, con quien convengo plenamente. Este jurista dice que

(...) la interpretación que prevalece en el Tribunal es que una persona, una vez elegida, es dueña de su escaño y, por consiguiente, se puede marchar libremente a otro partido distinto del que le presentó a las elecciones. Esto es: el Tribunal, con esta doctrina, abría la puerta de par en par al fenómeno del transfuguismo, y en ella se amparan los nómadas políticos de nuestro país.

Y, por último, con tal interpretación jurisprudencial se rompe el vínculo que debe existir entre el representante y los representados, y que consiste en el *idem sentire*, en la prolongación de voluntades, que en la época moderna se obtiene por la identificación de los votantes por el programa de un partido. Se desnaturaliza así el sentido de la representación basada en el “mandato ideológico” que venimos defendiendo”.

Pues bien, hago acotación a esta discusión doctrinaria y jurisprudencial en España porque pareciera que es coincidente con las tesis que manejaron los miembros de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República en el quinquenio 2006-2011, así como de algunos destacados representantes de nuestra doctrina nacional que han abordado la problemática del transfuguismo en nuestro país.

---

<sup>42</sup> *Ibídem.*

**b) ¿En qué consiste la tesis sobre *transfuguismo* de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del quinquenio 2006-2011?**

El 18 de abril de 2011, fue publicado en el portal web del Congreso de la República (nota 2 *supra*), el dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República (“CCR”) en el cual aprueba un Proyecto de ley que propone prevenir y sancionar el transfuguismo<sup>43</sup>.

El proyecto coincide con varios de los postulados de la muy discutible tesis de la jurisprudencia constitucional española, específicamente, en lo que concierne a la titularidad del escaño. Transcribo:

“Respecto a la descripción de la segunda acción, es decir, ausentarse de forma injustificada, reiterada y sistemática de votaciones de interés significativo para la organización política por la que fue electo, se está agregando en el texto la siguiente precisión: “conforme a las disposiciones contenidas en el Reglamento interno de cada bancada o agrupación política”. De esta manera, se elimina cualquier ápice de arbitrariedad en su configuración, pues, como cada bancada tiene la obligación de presentar al inicio del mandato un reglamento interno (En el caso del Congreso esta obligación para los Grupos Parlamentarios se encuentra en el numeral 4 del artículo 37<sup>o</sup> del Reglamento del Congreso), serán ellos quienes definirán, en ese instrumento, cuales son las votaciones de interés significativo. Así por ejemplo, si se trata de una bancada de oposición valorara como de mayor importancia la asistencia de sus parlamentarios a la votación de una moción de censura; una bancada del oficialismo, por ejemplos, valorar como prioritaria la votación de proposiciones del Poder Ejecutivo o de la cuestión de confianza, entre otras. De esta manera se trata se eliminar del texto el mayor número de disposiciones con contenido subjetivo, de tal forma que el planteamiento sea viable.

---

<sup>43</sup> Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N°s 459/2006-CR, 479/2006-CR, 662/2006-CR, 2683/2008-CR

Es importante destacar que en las sesiones se presentaron dudas acerca de si esta acción contraviene o no el principio de no sujeción a mandato imperativo que opera para los parlamentarios. En efecto, los miembros del Parlamento representan a la nación, por lo tanto no están sujetos a mandato imperativo. Esto significa que desde el momento en que un ciudadano asume el mandato parlamentario debe dejar de lado cualquier tipo de sujeción personal u organizacional porque su mandato lo obliga frente a la nación y no con respecto a determinadas personas u organizaciones (clubes, asociaciones, gremios, partidos, confesiones, etc.). Este elemento fue analizado a partir de una interpretación que tuviera cuenta, también, el mandato representativo y la titularidad del escaño”.

Ya he expresado en el epígrafe precedente mi total discrepancia con la tesis equivocada de no sujeción al mandato imperativo del Parlamentario con relación a su partido político que, en el dictamen de la CCR, aparece consignada. E, incluso, también he mostrado mi coincidencia con el planteamiento de Jorge De Esteban que contradice otros pilares adicionales que significan la permisión del transfuguismo en España a través de la jurisprudencia constitucional española que viene desde los años 80.

Y es que un razonamiento como el adoptado en la jurisprudencia constitucional española y en el Dictamen de la CCR, no es lo suficientemente sostenible desde que no armoniza -ni vincula- el acotado derecho que aparece en el artículo 93° con los principios constitucionales subyacentes en los artículos 31°, 35° y 187° de nuestra Constitución.

Pero no sólo ello, en otro apartado del Dictamen de la CCR que aprueba el Proyecto de ley contra el transfuguismo que vengo comentando, dice:

“Así, la Comisión consideró lo siguiente: desde un punto de vista jurídico, el candidato electo se hace titular legalmente de un escaño parlamentario, en la medida que si bien ha sido electo legítimamente por un partido y un programa electoral determinado, en base al sufragio ciudadano, es él quien ha recibido la confianza ciudadana a través del voto preferencial, para

implementar las ofertas electorales de su agrupación. Desde un punto de vista político, la titularidad del escaño parlamentario reposa en el partido político y en su programa electoral. Por cuanto, el candidato llega a ser representante parlamentario legalmente en virtud a que la agrupación política, que ha obtenido previamente un registro electoral en base a su acreditación ante el JNE, le presenta como candidato a un curul parlamentaria en función a un específico programa electoral.

Entonces, considerando que la sociedad quiere sancionar el transfuguismo ilegítimo, se partió de la premisa que el escaño lo es también de la agrupación política y en consecuencia, la actuación del representante debe ser concordante con ella, sobre todo porque la legitimidad de la representación parlamentaria que la sustenta, es decir el mandato representativo, radica en que la votación traduzca la expresión, libre y espontánea de los ciudadanos y que los escrutinios sean el reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas, esto es que el representante que fue elegido por una agrupación para implementar sus ofertas electorales se mantenga dentro de los márgenes razonables en esa línea.

Finalmente, es importante precisar que se eliminó la referencia a que constituía transfuguismo el incorporarse a otra bancada o agrupación política, ello debido a que resulta accesorio a la primera acción, es decir, primero tendría que abandonar o renunciar a la bancada o agrupación política por la que fue elegido. En dichos términos las citadas iniciativas fueron puestas a consideración de la Comisión”.

Apréciase que la consideración expuesta como fundamento de lo que la CCR entiende como “transfuguismo” -su operatividad y alcances- proviene de la tesis que sobre el particular postula el destacado profesor universitario y ex Magistrado del Tribunal Constitucional, César Landa Arroyo, quien distingue puntos de vista *jurídicos* y *políticos* para determinar que el Congresista elegido es *titular de su escaño*, legalmente hablando; mientras que el partido político también ostenta esa titularidad pero desde un punto de vista *político*.

Como es evidente, los postulados teóricos contenidos en el dictamen de la CCR tienen raigambre dogmática asentada en nuestra doctrina nacional.

Lo digo porque al revisar las fuentes doctrinarias citadas por los autores del dictamen de la CCR, advierto la presencia de planteamientos de dos destacadísimos profesores de Derecho Constitucional en nuestro país, como son los casos del aludido Dr. César Landa Arroyo y del Dr. César Delgado-Guembes.

Es por ello que en vista que la literatura jurídica sobre *transfuguismo* en nuestro país es escasa, voy a recoger los argumentos de los destacados Profesores César Landa Arroyo y César Delgado-Guembes, quiénes sí se han encargado de tratar este espinoso tema, para luego culminar este epígrafe con la exposición de algunos argumentos complementarios a mi tesis antes expuesta (infra 2.7.) que, adelante, cuestionan y debaten –respetuosamente, desde luego- los planteamientos de los distinguidos profesores y, con ello, los del dictamen de la CCR.

### c) La tesis del Dr. César Landa Arroyo

En un artículo titulado “*Notas sobre el Transfuguismo Parlamentario Peruano*”<sup>44</sup>, el Profesor César Landa construye una tesis que se sustenta en los siguientes lineamientos (citas ideográficas y textuales):

- (i) El transfuguismo tiene un carácter *bidimensional* porque afecta directamente a la soberanía popular y a los partidos políticos.
- (ii) El mandato representativo que obtiene un Congresista tiene un doble origen: *constitutivo originario*, proveniente del sufragio popular y, en particular, de los votos preferenciales que haya obtenido; y, *constitutivo derivado*, porque proviene de su inscripción en una lista de un partido que ha obtenido en la

---

<sup>44</sup> LANDA ARROYO, César: “Notas sobre el Transfuguismo Parlamentario Peruano”; En: *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*; Valencia: 2002, N° 13. Pp. 217-229. Cfr. [http://www.cortsvalencianes.es/contenido.jsp?id\\_nodo=4275&&&keyword=&auditoria=F](http://www.cortsvalencianes.es/contenido.jsp?id_nodo=4275&&&keyword=&auditoria=F)

contienda electoral un número determinado de escaños o bancadas parlamentarias, a ser distribuida entre sus candidatos más votados.

(iii) Debido a la *naturaleza compuesta* del mandato del Congresista, la *titularidad del escaño* debe ser vista desde dos ámbitos:

❖ *Jurídicamente*, le corresponde al candidato electo, dado que ha sido él quien ha recibido la confianza directa de la ciudadanía mediante el voto preferencial, así su elección provenga de un partido y para implementar un programa electoral determinado ofrecido en la campaña. De allí que el Congreso sea una *asamblea de los representantes electos individualmente que deliberan y votan, y no de los partidos políticos*.

❖ *Políticamente*, le corresponde al partido político porque *el candidato llega a ser representante parlamentario legalmente, en virtud a que la agrupación política que ha obtenido previamente un registro electoral en base a su acreditación ante el Jurado Nacional de Elecciones, le presenta como candidato a una curul parlamentaria, en función de un específico programa electoral*.

(iv) Hay que distinguir entre el *transfuguismo legítimo* (también denominado por el Dr. Landa como *impropio*) del *transfuguismo ilegítimo* o *propio*. El primero debe ser *reglamentado*, mientras que el segundo debe ser *sancionado* por ser entendido como *inmoral*. Por tanto, el primero es tolerable, admisible; pero el segundo no, por el contrario, debe ser combatido y sancionado.

(v) La razón de la distinción consiste en que:

“Si bien puede ser legítimo el cambio de orientación política del representante en relación a su partido o posición de su líder –lo cual genera una mutación electoral en la composición parlamentaria-, no lo es en cambio si se realiza por chantaje, presión, promesas patrimoniales o cualquier otra razón que no sea política o ideológica. En este sentido, el Reglamento del



Congreso debe considerar que el tránsfuga ilegítimo comete infracción constitucional contra la voluntad popular, al afectar la pluralidad de la representación parlamentaria, que es un principio y una garantía democrática fundamental del pueblo soberano (art. 176° de la Constitución). Lo cual haría a éste tipo de tránsfuga pasible de acusación constitucional y eventualmente de suspensión de su cargo e inhabilitación hasta por 10 años o destitución (arts. 99° y 100° de la Constitución), de acuerdo con los principios enunciados de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad.

Asimismo, la reglamentación parlamentaria debe desalentar política y jurídicamente, mas no prohibir el transfuguismo legítimo, respetando el contenido esencial de la libertad ideológica y de asociación (arts. 2°, 3°, 13°, 17° y 35° de la Constitución), entendido como el cambio de partido y/o bancada parlamentaria por razones estrictamente políticas. Ello con la finalidad de garantizar el pluralismo político que el sufragio democrático y el sistema electoral consagrados en una elección democrática, al establecer una cuota determinada de escaños obtenida por los diferentes partidos del gobierno y de la oposición en el Congreso, por cuanto, ello es una garantía de los controles interórganos, es decir, de los pesos y contrapesos al interior del Parlamento.

En este sentido, el transfuguismo legítimo es tutelable jurídicamente, dado el insalvable cambio de orientación ideológica del representante –como en el caso de Winston Churchill miembro del Partido Liberal- antes de llegar a ser el líder del Partido Conservador o, de la pléyade de tránsfugas peruanos como Enrique Chirinos Soto que salió del APRA –socialdemocracia- para pasar a Renovación –conservador-. A ello se añade también el cambio de la agrupación política en relación a su programa doctrinario o electoral, lo que da lugar usualmente a la formación de nuevos partidos –como la aparición del Partido Popular Cristiano (PPC), que se creó como desmembramiento de los tránsfugas de la Democracia Cristiana-.

### c) La tesis del Dr. César Delgado-Guembes

El Dr. César Delgado Guembes ha escrito en varias oportunidades sobre el transfuguismo en nuestro país<sup>45</sup>.

Y, desde luego, las principales líneas de su tesis que aquí resumo se basan en las fuentes que he consultado sobre el particular.

- (i) A pesar de la percepción social y política contraria a su ocurrencia, no es posible atribuirle al transfuguismo connotaciones delictivas ni antijurídicas;
- (ii) En el plano jurídico positivo, no existe un tipo legal que sancione la figura del transfuguismo, no obstante que en países como España, cierto sector doctrinal ha planteado la posibilidad de enfocar la conducta como delito contra la forma de gobierno que, en su concepto, no es aplicable;
- (iii) Transfuguismo no es, en sí, ni por sí mismo, sinónimo de conspiración, complot, sabotaje, ni traición a la democracia, ni de irresponsabilidad. Por el contrario, puede constituir un medio excepcional muy importante y valioso de hacer política “con mayúsculas”, puesto que “la política de ningún modo es patrimonio hegemónico de los partidos”<sup>46</sup>.

Es en este sentido que Delgado-Guembes afirma:

“Por eso es que no todos los casos de cambio de grupo parlamentario son asimilables al mismo tipo de transfuguismo. Casos, por ejemplo, como el del congresista Carlos Chipoco que a fines del periodo 1995-2000 abandonó Somos Perú para adherirse al Partido Popular Cristiano, que conformaba

---

<sup>45</sup> *Cfr.* “Fragilidad partidaria y racionalidad del transfuguismo en Latinoamérica”, En: “Transfuguismo político: escenarios y respuestas”, AAVV, Pamplona: 2009, Thompson Reuters-Civitas, pp. 171-242; “Transfuguismo, su matriz histórica. Entre la libertad y la anomia en la institucionalidad política”, En: Revista de la Facultad de Derecho, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, pp. 93-110; “Transfuguismo y crisis postelectoral en el proceso de reinstitucionalización democrática”, Lima: 2000, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP N° 53, pp. 89-132.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 238.

junto con Renovación un grupo parlamentario; o el de los congresistas Alfonso Baella Tuesta y Francisco Cardoso que abandonaron la Alianza Nueva Mayoría-Cambio 90, en el mismo período, para mantenerse como independiente el primero, y afiliarse a Unión por el Perú el segundo”<sup>47</sup>.

- (iv) El reconocimiento constitucional del principio de proscripción del mandato imperativo y del mandato representativo del Congresista<sup>48</sup>, constituyen un serio límite al tipo de encuadre normativo que se pretenda para regular los diversos casos de transfuguismo. Y es que una de las consecuencias derivadas de ambos principios constitucionales consiste en que

“(…) sería altamente cuestionable la constitucionalidad de una medida que imponga la pérdida del mandato por razón del apartamiento del grupo con el que se postula y llega al Congreso. Si el mandato no es imperativo y se recibe la autorización para representar a la nación es lógico que el representante –cada uno de ellos personalmente comprendido- tenga la facultad de obrar según su conciencia. El sujeto del mandato no es el partido, sino el candidato incluido en la lista del partido. Es un voto con cara y voz. No un voto descarado ni mudo”<sup>49</sup>.

- (v) De acuerdo al postulado anterior, sólo puede considerarse constitucionalmente admisible:

v.1.) La regulación interna entre el partido y el representante que se desafilia o que se aparta de la disciplina del grupo con el que llega al Congreso o al que se afilia desde que llega al Congreso.

Aquí sólo los partidos podrán instaurar procedimientos sancionadores en su interior mediante los cuales amonestarán, suspenderán o expulsarán a los

<sup>47</sup> Cfr. “Transfuguismo y crisis postelectoral en el proceso de reinstitucionalización democrática”, op.cit., p. 111.

<sup>48</sup> Delgado-Guembes puntualiza que el mandato representativo importa que el Congresista representa “a la Nación” lo cual significa que no lo vincula con la circunscripción territorial por la cual postuló.

<sup>49</sup> Cfr. “Fragilidad partidaria y racionalidad del transfuguismo en Latinoamérica”, op.cit., p. 196.

disidentes. Sin embargo, debe quedar claro que desde el punto de vista institucional, el Congreso no puede sancionar al representante disidente que toma esa decisión en pleno ejercicio de su libertad de asociación.

v.2.) La revocatoria del mandato. Pero para ello es necesario el reconocimiento explícito en la Constitución de este mecanismo (reforma constitucional). Y para que tal opción sea técnicamente viable es necesario que se corrija

“(…) la no imperatividad del mandato –y por lo tanto, el reconocimiento de su revocabilidad-, la representación de la Nación –en vez de la representación de los pueblos que eligen a los representantes-, el modelo de representación que la concibe como autorización para proceder durante un período –en vez del modelo que la concibe como el “cuaderno de instrucciones” imperativas de la colectividad representada. Paralelamente, para que éste tipo de reformas en el sistema de creencias de los pueblos sea efectiva, desde el punto de vista de la técnica electoral sería indispensable que la magnitud de las circunscripciones sea uninominal, esto es, que la integridad del territorio sea dividido en distritos uninominales y sus representantes elegidos según la fórmula mayoritaria –imposible la fórmula proporcional-”<sup>50</sup>.

## 2.7. Nuestra posición sobre el transfuguismo, a modo de conclusión

Todo lo que hasta aquí he analizado lleva a que inexorablemente me vea obligado a plantear mi postura sobre el transfuguismo.

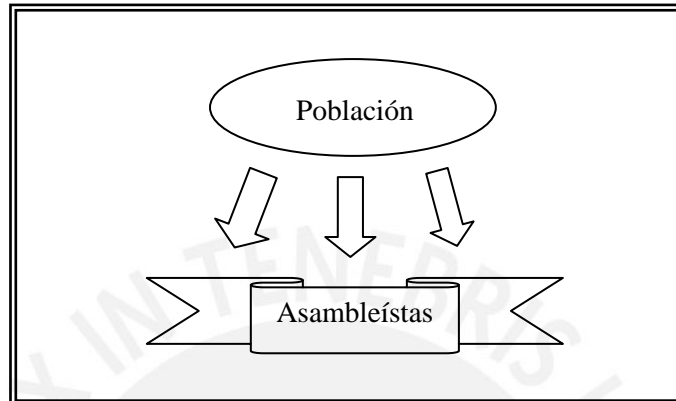
En principio considero que para darle una adecuada lectura a este fenómeno es fundamental tener claro que el principio constitucional de no sujeción al mandato imperativo tiene una etiqueta histórica porque su esencia consiste en dejar constancia que el representante no está sujeto al mandato de sus electores, bajo el

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 196-197.

modelo del antiguo régimen, de auténtica representación directa tal como ya lo he explicado antes (supra 2.4.) y que grafico a continuación:

**Gráfico 3**  
**Modelo de Representación Directa**  
**(estamental) del Antiguo Régimen**



Y como también lo dije en el apartado citado de este trabajo, como la representación era directa, sujeta a mandato imperativo, la Revolución Francesa se encargó de abolirla y es allí que nace el mandato representativo-no imperativo.

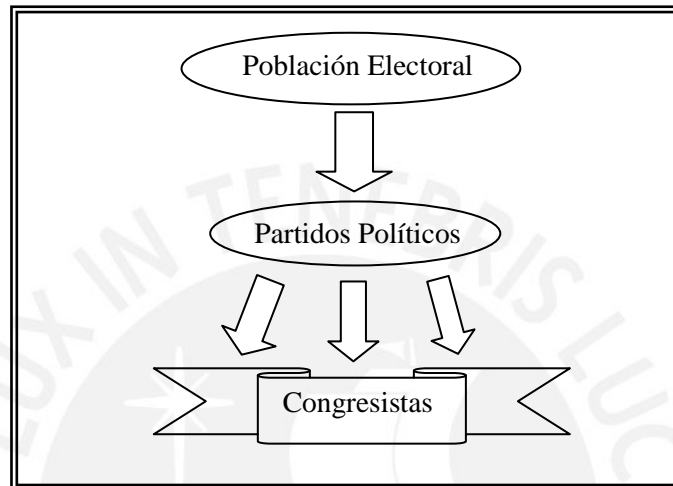
Y en esa maduración del mandato representativo los partidos políticos constituyen los agentes de intermediación entre la voluntad popular y los representantes.

Es así que el modelo de democracia (o mandato) representativa es una forma de representación indirecta en cuyo intermedio –insisto– están los partidos políticos que dotan a los representantes<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Nuevamente regreso a Fernández Segado (op.cit., pp. 304-305), quien es sumamente explícito sobre lo que él denomina “crisis del mandato representativo”. Transcribo: “*En cualquier caso, no podemos ignorar la realidad política. Y esta nos muestra que la dependencia del diputado respecto del grupo y de este en relación con el partido son casi totales en los parlamentarios actuales, a despecho de la prohibición del mandato imperativo. Como gráficamente expresa Tosi, en Italia, el grupo parlamentario, o su comité directivo, se ha convertido en la correa de transmisión del partido político en la Cámara, conduciendo la lógica del sistema a que el criterio del centralismo democrático, típico de las organizaciones comunistas de antaño, haya devenido el paradigma ideal de todas las formaciones políticas. Llegados aquí quizá sea necesario concluir significando que el reconocimiento de la realidad de los partidos y de su influjo sobre el electorado —que, en buena medida, en los sistemas electorales proporcionales con sufragio de lista muy especialmente, se traduce, como ya advirtiera Kelsen y tuvimos ocasión de subrayar inmediatamente antes, en el hecho de que los electores no designen al diputado por su persona, sino que su voto tenga más bien el significado de un acto de adhesión a un partido determinado—*”

El gráfico siguiente (que anteriormente mostré como Gráfico 1) muestra la manera de cómo opera este modelo:

**Gráfico 4**  
**Modelo de Representación Indirecta.**  
**Mandato Representativo-No Imperativo**



De esta secuencia histórica es que sostengo la tesis siguiente: si el texto constitucional omitiera la mención al principio de no sujeción al mandato imperativo y tan sólo instituyera el principio constitucional del mandato representativo, tal omisión no importaría que el principio no esté presente porque subyace a la existencia de éste último.

Dicho en otras palabras, que la Constitución consagre el principio constitucional del mandato representativo (democracia representativa y representación proporcional) implica dejar constancia que se superó la etapa del mandato imperativo por la representación del pueblo en la figura del parlamentario que, a su vez, representa a un partido político. Por tanto, es redundante que nuestra

---

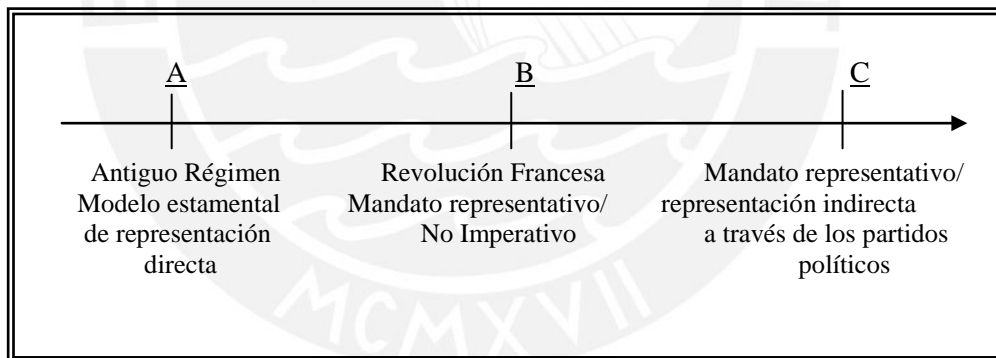
*entraña lo que Duverger ha considerado como el tránsito de una concepción individualista a otra comunitaria de la representación, tránsito que, en definitiva, se manifiesta en el hecho de que mientras en la concepción individualista de la representación cada elector concede un mandato personal a su elegido, en la comunitaria, el conjunto de electores que se reconocen en el partido que los encuadra otorga el mandato a su candidato para representarlos en bloque. Y es por todo lo expuesto por lo que puede hablarse con toda razón de la crisis del mandato representativo, esto es, de los supuestos novecentistas en que dicho mandato se asentaba”.*

Constitución refiera que los Congresistas no están sujetos a mandato imperativo cuando, a renglón seguido, reconoce la existencia de los partidos políticos como ejes que aportan representantes que son los que ponen en vigencia el principio de democracia representativa (mandato representativo). Y es que la bisagra entre la representación del pueblo y el parlamentario es el partido político.

De allí que la compatibilidad de ambos principios constitucionales (el mandato no imperativo y el de democracia representativa o mandato representativo) se encuentre en su reconocimiento evolutivo histórico de tal manera que el segundo es el reemplazo del primero.

Es, en mi concepto, una suerte de derogación tácita. El gráfico siguiente permitirá mostrar lo que aquí estoy afirmando:

**Gráfico 5**  
**Los modelos de representación directa e indirecta en el tiempo**



Ahora, en mi concepto, cuando el artículo 93° de la Constitución prevé que los Congresistas “representan a la Nación” y “no están sujetos a mandato imperativo”, existen dos posibilidades interpretativas. La primera que se basa en el tenor literal del texto constitucional y asume que por no estar sujetos a mandato imperativo, los Congresistas no están sujetos al mandato directo de sus electores y del partido político por el cual postularon.

Es aquí que se teje la tesis de que sean “titulares de su escaño” (tesis que comparte el Dr. César Landa Arroyo en nuestro medio) o que la coexistencia de ambos principios reconocidos en el citado artículo 93° de la Constitución constituyan *“un serio límite al tipo de encuadre normativo que se pretenda para regular los diversos casos de transfuguismo”*, puesto que *“si el mandato no es imperativo y se recibe la autorización para representar a la nación es lógico que el representante –cada uno de ellos personalmente comprendido- tenga la facultad de obrar según su conciencia”*, como así lo sostiene Delgado Guembes<sup>52</sup>.

La otra postura interpretativa es aquella que -para mí- se construye en base a tres aspectos: (i) el desarrollo histórico de ambos principios; (ii) el carácter no absoluto de ningún derecho fundamental; y, (iii) la aplicación del principio interpretativo de unidad de la Constitución.

En cuanto al primer aspecto, ya he dicho en este apartado que el principio del mandato imperativo quedó derogado, tras la Revolución Francesa, por el mandato representativo-no imperativo. De esta manera, decir que ningún Congresista está sujeto a mandato imperativo es declarar algo que ya está implícito en el mandato representativo.

Aquí entran a tallar el segundo y tercer aspectos, puesto que no estar sujeto a mandato imperativo (por el ejercicio del mandato representativo) no constituye un derecho absoluto en vista que su ejercicio se relaciona con lo preceptuado por los artículos 31°, 35° y 187° de la Constitución (interpretación sistemática por comparación), de tal manera que el resultado interpretativo de esta conjunción permite sostener que las relaciones entre el Parlamentario y el Partido Político por el cual postuló al cargo, tienen fundamento constitucional desde que evidencian la democracia representativa y, concretamente, la representación proporcional según la cual es el partido el que elabora la lista de parlamentarios que será sometida a elección popular (nuestra legislación electoral ha elegido el sistema de representación proporcional por voto preferencial).

---

<sup>52</sup> Véase la nota 45 supra



De esta manera: **(i)** El Parlamentario no es titular de su escaño, no es dueño de su escaño. La titularidad de la curul, por el sistema representativo proporcional, la tiene su Partido Político; y, **(ii)** Las relaciones entre el Parlamentario y el Partido Político sí pueden ser tensas e, incluso, conflictivas, porque el Parlamentario se debe a los lineamientos de su partido basados en su ideario, sus estatutos y su programa de gobierno.

Por tanto, esas tensiones tendrán que analizarse y resolverse desde un punto de vista radicalmente distinto a la errónea tesis *extensiva* del mandato imperativo. Y tendrán que revisarse, en cada caso concreto, desde la ponderación, la no vulneración de principios o derechos constitucionales, el principio o *test* de razonabilidad, entre otros que aporta el Derecho Constitucional.

Debido a la tesis que aquí sostengo, contradigo aquella postulada por el Dr. Landa Arroyo quien distingue dos ámbitos en la naturaleza “compuesta” en el mandato del Congresista al sostener que la “titularidad del escaño”, *jurídicamente*, le corresponde al candidato electo, mientras que *políticamente* le corresponde al partido político.

Para mí, tal distinción es una falacia<sup>53</sup>. Tanto así que el propio Dr. Landa, al distinguir los trásfugas “legítimos” de los “ilegítimos”, sostiene que éstos últimos cometen infracción constitucional contra la voluntad popular al afectar la pluralidad de la representación parlamentaria. Por tanto, si existe –en opinión del destacado jurista- infracción constitucional en el caso de los “trásfugas ilegítimos”, ¿cómo así puede distinguir connotaciones “políticas” y “jurídicas” en la naturaleza del mandato del Congresista si, en su propio ejemplo, aborda de lleno el análisis jurídico puesto que éste es inexorable y necesario para desentrañar el problema planteado?. Es más, ¿acaso la afirmación de que

---

<sup>53</sup> Y es la misma falacia en la que incurre el Tribunal Constitucional al considerar en su jurisprudencia que la infracción constitucional es una “falta política” como si ésta no tuviera entraña jurídica. Trataré esta tema con mayor detenimiento más adelante (*infra* 4.1.)

“políticamente” la titularidad del escaño le corresponde al partido político, no es fruto de un análisis “jurídico” del asunto?.

Desde mi punto de vista, la génesis del problema está en la interpretación literal del “mandato no imperativo” que prevé el artículo 93° de la Constitución y en la omisión del ejercicio de interpretación sistemática de dicha disposición constitucional con los artículos 31°, 35° y 187° del mismo texto fundamental. Y es que ese sólo ejercicio de interpretación constitucional basado en el principio hermenéutico de *unidad* de la Constitución –insisto- construye una plataforma de análisis jurídico del asunto estudiado que le da un enfoque diametralmente distinto al restrictivo resultado de la interpretación literal del artículo 93°.

Y en vista que existen principios constitucionales que subyacen tras los artículos 31°, 35°, 93° y 187° de la Constitución (democracia representativa, principio de representación proporcional), es claro que la conducta tráfuga lesiona tales principios. Por tanto, en vista que es claro advertir la lesión de dichos principios constitucionales, no coincido con la tesis del Dr. César Delgado-Guembes quien afirma que no es posible atribuirle al transfuguismo connotaciones *antijurídicas*.

Y en esta línea de pensamiento, sostengo que en aplicación de los principios constitucionales de democracia representativa y de representación proporcional que informan nuestro modelo parlamentario constitucional, la titularidad del escaño le corresponde al partido político. De allí que, en mi concepto, deba existir perfecta equivalencia entre los partidos cuyos representantes fueron electos y los grupos parlamentarios (bancadas) que funcionen en el Congreso. Todo esto sin perjuicio que los grupos parlamentarios, que responden a los partidos políticos, acuerden alianzas parlamentarias. Pero de allí a que un parlamentario se aparte de su grupo o bancada para pasar a otra, siempre cometerá infracción constitucional e, incluso, delito, tal como me ocuparé de argumentar más adelante (infra 3.3.).

### CAPÍTULO III

## EL CONTROL POLÍTICO JURISDICCIONAL DEL TRANSFUGISMO CON LAS REGLAS ACTUALES

### 3.1. La infracción constitucional como control político jurisdiccional

Como hemos visto, tanto la doctrina nacional como las iniciativas legislativas en el Congreso de la República argumentan que no existe mecanismo legal que haga frente a los casos de transfugismo y, por tanto, cabe sólo la reforma constitucional y legislativa para lograr tal propósito.

No comparto ese punto de vista.

Sostengo que en la actualidad, con las reglas vigentes (constitucionales y legales), *sí* existen vías para hacer frente a los casos de transfugismo; sin perjuicio que *lo ideal* sería incorporar un conjunto de modificaciones legislativas -que *grosso modo* también planteo en El Capítulo IV de este trabajo- las cuales sirvan para fortalecer la lucha contra este flagelo.

¿Cuál es esa vía?.

Sostengo que es el juicio político por *infracción constitucional*.

La importancia de establecer que se trata de una *infracción constitucional*<sup>54</sup> radica en que la Constitución prevé sanciones tales como la suspensión, la destitución y

---

<sup>54</sup> Sobre la *infracción constitucional*, el Tribunal Constitucional ha dicho en el fundamento 20 de la STC N° 0006-2003-AI/TC lo siguiente (negritas y subrayados agregados): “*Esa es la manera como se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar a los referidos funcionarios públicos por “infracción de la Constitución”. **Toda falta política en que incurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta***” (subrayado y negritas agregados). Cfr. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00006-2003-AI.html>

la inhabilitación del funcionario infractor para ejercer función pública por 10 años.

Ahora bien, la determinación de la *infracción constitucional* se realiza a través del denominado *juicio político* (previsto en los artículos 99° y 100° de la Constitución) cuya naturaleza es sancionadora y que a decir del Tribunal Constitucional, *no tiene carácter jurisdiccional*<sup>55</sup>.

Sin embargo, discrepo con los argumentos del Supremo Intérprete de la Constitución referidos a que el *juicio político* no tiene carácter jurisdiccional habida cuenta que aquel contiene una *valoración política* que está ausente en las decisiones judiciales de los Jueces del Poder Judicial. Dicho en otras palabras por el propio Contralor Supremo de la Constitución (subrayado agregado)<sup>56</sup>

“(…) en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado por el propio Congreso, por faltas a la Constitución única y estrictamente políticas. Claro está la sanción y, en su caso, la inhabilitación, deberá estar enmarcada dentro de los cánones constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad”.

Nótese que el Tribunal Constitucional arguye que los actos jurisdiccionales no contienen una *valoración política* y que, por ello, el juicio político donde se sancione una infracción constitucional importará, siempre, la determinación de *faltas estrictamente políticas*<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> En el fundamento 47° de la STC N° 00013-2009-PI/TC, el Tribunal Constitucional dijo: “47. (...) si bien la función punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón jurídica”), la función político-punitiva (aquella que puede sancionar sobre la base de la “razón política”) no lo es. Y no podría serlo, pues justamente el principio de separación de poderes es el que garantiza la ausencia de toda valoración política en las decisiones del Poder Judicial” Cfr. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00013-2009-AI.html>

<sup>56</sup> Cfr. Fundamento 48° de la STC N° 00013-2009-PI/TC ya citada.

<sup>57</sup> La misma opinión tiene Jorge Santisteban de Noriega quien afirma: “Atañe [la infracción constitucional] fundamentalmente a “faltas políticas” o “contravenciones que no constituyen delitos” y, en consecuencia, dan lugar a sanciones políticas antes que propiamente punitivas, pues como se dijo, pretenden separar del cargo al funcionario que irrespeto la Constitución y las leyes, alejarlo obligadamente de la vida pública y preservar al Estado y la confianza en que se funda su legitimidad de sus instituciones. Por el contrario, la denuncia por los delitos de función que los

No obstante, si un acto jurisdiccional está ausente de *valoración política* que –por el contrario- sí está presente en el juicio político, me pregunto si en la decisión adoptada por éste último, ¿está ausente la *valoración jurídica*?

Hago la pregunta porque la característica de la jurisdicción consiste en que el órgano que la ejerce tiene el poder de *declarar derecho (iurisdictio)* y de *coerción (coertio)* de su decisión la cual debe haber sido expedida en un procedimiento que cumpla con las garantías del debido proceso. Y si esto es así, la decisión sancionadora del *juicio político*, la declaración de *falta política*, ¿es una *declaración jurídica*?, ¿tiene *poder coercitivo*?

Desde la concepción aristotélica de *política*, ésta ha sido considerada durante siglos para hacer referencia a las obras dedicadas al estudio de aquella esfera de la actividad humana que, de alguna forma, se refiere a las cosas del Estado<sup>58</sup>. Sin embargo, la filosofía política moderna, en palabras de Bobbio<sup>59</sup>, sostiene que

“(…) un discurso sobre el concepto de la política no puede dejar de tener en cuenta esta variada interrelación con el concepto de Derecho. De esta interrelación surgió la noción de “Estado de Derecho”, entendido no en sentido restringido como aquel Estado en el que el poder político está subordinado al Derecho, sino como el propio destino de todo grupo político, que se distingue de cualquier otro grupo social por la existencia de un orden normativo, cuyas disposiciones, necesarias para la supervivencia del grupo, se hacen valer coactivamente”.

Y como bien diría el recordado Carlos Santiago Nino<sup>60</sup>:

---

*altos funcionarios puedan cometer, se encuentra ligada a los bienes jurídicamenteprotegidos por el Código Penal*”. Cfr. SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge: “Acusación Constitucional. Juicio constitucional político”; En: “La Constitución Comentada”, Tomo II; Lima: 2005; Gaceta Jurídica; p. 131.

<sup>58</sup> BOBBIO, Norberto: “Teoría General de la Política”, Madrid: 2003, Editorial Trotta, p. 175.

<sup>59</sup> *Ibíd.*, p. 259.

<sup>60</sup> NINO, Carlos Santiago: “Derecho, moral y política. Una revisión de la Teoría General del Derecho”; Barcelona: 1994, Editorial Ariel S.A., p. 147.

“Concebir las decisiones y acciones jurídicas como contribuciones a prácticas o acciones colectivas implica reconocer la naturaleza esencialmente política del Derecho. El derecho mantiene una conexión directa con la política, ya que cualquier acción o decisión jurídicamente relevante que se tome debe hacerse ponderando estratégicamente las acciones o decisiones de otros, que se dieron en el pasado, se realizan en la actualidad o se darán en el futuro. El derecho es una empresa esencialmente cooperativa –aun en un régimen jurídico autoritario- puesto que no puede lograrse efecto jurídico sin la colaboración de otros. Por lo tanto, toda acción jurídica es una acción política en el sentido de que debe tomar en cuenta las acciones, reacciones, actitudes, expectativas de otros, en la medida en que ellas tengan a su vez poder para determinar nuevas acciones, reacciones, actitudes y expectativas (sobre todo en cuanto ellas incidan en el manejo del aparato coactivo)”.

Por eso, apoyado en la filosofía política actual, sostengo que toda decisión jurídica tiene una connotación política y toda decisión política instrumentaliza el Derecho, sobre todo en aquellos casos donde se cautelan principios constitucionales o derechos fundamentales.

De allí que en la esfera judicial, si se practica la *interpretación constitucional*, se realiza una valoración política como bien sostiene Rawls<sup>61</sup> (subrayado agregado):

“Decir que la Suprema Corte es la entidad ejemplar de la razón pública significa también que es tarea de los magistrados tratar de elaborar y expresar en sus opiniones razonadas la mejor interpretación de la Constitución que puedan dar, utilizando sus conocimientos acerca de la aplicación de la Constitución y de los casos constitucionales precedentes. (...) Al hacer esto, se espera que los magistrados recurran a los valores políticos de la concepción pública de la justicia, siempre que la Constitución misma invoque expresa o implícitamente esos valores, como lo hace, por ejemplo, en una declaración de derechos que garantiza el ejercicio libre de cualquier religión o la protección de leyes para todos. El papel de la

---

<sup>61</sup> RAWLS, John. “Liberalismo Político”; México: 1996; Fondo de Cultura Económica; p. 224.

Suprema Corte en esto es parte de lo público de la razón, y un aspecto del papel más amplio, educativo, de la razón pública”

En consecuencia, una decisión judicial -más allá del empleo de la interpretación constitucional que sustenta su razonamiento en determinados casos- siempre puede considerarse como *política* por la naturaleza de la función judicial en todo Estado que se preste de democrático, tal como así lo reconoce la doctrina procesal comparada<sup>62</sup> (subrayado agregado):

“...no es sólo la notoriedad de unas determinadas resoluciones cuyos resultados son susceptibles de valoración política, sino también los propios hábitos interpretativos de una norma jurídica o las actitudes judiciales frente a ciertas situaciones de hecho, que generan consecuencias de influencia o efectos políticos, más sutiles y persistentes, incluso, que las sentencias que recaigan en un caso “sonado” (...) la jurisprudencia más eficaz -y, por tanto, con más proyección en el ordenamiento- es más la que hace en torno a los casos sencillos y poco conflictivos socialmente, que la que se produce en relación con procesos complejos. En este sentido, sí cabe hablar de las proyecciones políticas del Poder Judicial.”

La función judicial, por tanto, es siempre política más aún si, como bien apunta Gorki Gonzales<sup>63</sup>

“(...) en la actualidad los jueces deben producir acuerdos en medio de profundas contradicciones sociales y pluralismo político. Como los conflictos o litigios son la expresión de ese contexto, entonces, las respuestas judiciales a los mismos, se vinculan de modo inevitable a los principios políticos fundamentales de la sociedad. Es por ello que la legitimación de la función judicial se produce en la medida en que se orienta a desarrollar los derechos fundamentales que están, igualmente, en la estructura del ordenamiento político”.

<sup>62</sup> ALMAGRO NOSETE, José: “Consideraciones de Derecho Procesal”, Barcelona: 1988; Librería Bosch, p. 30.

<sup>63</sup> GONZALES MANTILLA, Gorki: “Los Jueces. Carrera judicial y cultura jurídica”; Lima: 2009; Palestra Editores; p. 88.

Vistas así las cosas, retomo las preguntas que formulé al inicio de este epígrafe basadas en el criterio que adopta el Tribunal Constitucional sobre las decisiones adoptadas por el Congreso en el juicio político, absolviéndolas de la manera siguiente: esas decisiones del Parlamento Nacional tienen naturaleza política y, por tanto, jurídica. Decir que contiene sólo *valoraciones políticas* (excluyendo las jurídicas) no es un argumento fuerte ni suficiente como para descartar el carácter jurisdiccional, puesto que las decisiones jurisdiccionales de los Jueces del Poder Judicial constituyen, siempre, decisiones políticas, más aún si interpretan la Constitución. Como bien anota Montoya Chávez<sup>64</sup>:

“(…) determinada la infracción constitucional como una responsabilidad constitucional, ¿cómo relacionarlas con las jurídicas?. Se debe señalar una configuración de esta magnitud, en virtud a lo que se protege a través de la infracción son más que normas de contenido político; son unas de matiz netamente jurídico. No hay nada más jurídico que la Constitución, y la infracción a ella se remite”. (subrayado agregado)

De esta manera, la valoración política está presente en las decisiones judiciales como en las pronunciadas en el juicio político por el Parlamento Nacional, por lo que invocarlas como sustento de distinción entre una y otra no es adecuado ni suficiente.

Y en vista que no es adecuada ni suficiente tal distinción, considero que la decisión sancionadora en el Juicio Político *sí es de naturaleza jurisdiccional*, más aún si las garantías jurisdiccionales propias del debido proceso sí están presentes en el juicio político como el propio Tribunal Constitucional lo reconoce en el fundamento 3° de la STC N° 0006-2003-AI/TC<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo: “La infracción constitucional”; Lima: 2005, Palestra Editores, pp. 205-206.

<sup>65</sup> Allí dijo el Tribunal Constitucional: “*En síntesis, el antejuicio es una prerrogativa funcional de la que gozan determinados funcionarios, con el propósito de que no puedan ser procesados ante la judicatura penal por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, sin que medie un procedimiento con las debidas garantías procesales ante el Congreso de la República y la*



Es más, habría que tener en cuenta que la clásica división de Poderes no es más tripartita (legislativa, ejecutiva, judicial); sino que la Constitución distribuye *competencias*. Por tanto, la función judicial ha sido distribuida en diversos órganos que la propia Constitución expresamente establece.

El propio Tribunal Constitucional lo reconoce en los fundamentos 10º y 12º de la STC N° 0004-2006-PI/TC<sup>66</sup> (subrayado agregado):

“10. Es necesario precisar que conforme al artículo 139 inciso 1, de la Constitución, el *principio de unidad de la función jurisdiccional* implica que el Estado Peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones, a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución.

(...)

12. Cosa distinta es distinguir cómo se organiza la función jurisdiccional del Estado. Como se ha evidenciado, esta función jurisdiccional es ejercida por el Poder Judicial, por el Tribunal Constitucional, por el Jurado Nacional de Elecciones y por la jurisdicción especializada en lo militar, entre otros. En el caso de los tres primeros órganos mencionados, el *principio de unidad de la función jurisdiccional* implica, a su vez, que *cada uno* de estos órganos deba sujetarse a un *estatuto jurídico básico y propio*, el que deberá asegurar la unidad funcional del sistema judicial, así como la *independencia judicial* y el *trato igualitario* a los jueces que se encuentren en el mismo nivel y jerarquía, esto es que no podría considerarse que cada uno de estos órganos

---

*consecuente acusación del propio Legislativo”* (subrayado agregado). Cfr. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00006-2003-AI.html>

<sup>66</sup> Cfr. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>

constituye una unidad cuando en su interior existan diferentes estatutos jurídicos para sus miembros”.

Bajo esta línea de razonamiento, en el *juicio político*, los artículos 99° y 100° de la Constitución le habrían otorgado *poder jurisdiccional* al Congreso para que tenga la potestad de *declarar la infracción constitucional* con las consecuentes *sanciones* de suspensión, inhabilitación y destitución<sup>67</sup>.

Y dado que el *juicio político* por infracción a la Constitución –en mi concepto- sí tiene naturaleza jurisdiccional, sostengo que el contenido que determina tal infracción (aquello que el Tribunal Constitucional llama *falta política*) debe estar relacionado a la vulneración de todo principio, garantía o derecho reconocido en la Constitución que por su gravedad merezca dar lugar a la sanción<sup>68</sup>.

Y si esto es así, las conductas tráfugas que –como hemos visto- lesionan principios constitucionales como el de democracia representativa y representación proporcional, además del derecho fundamental (difuso) a elegir de los ciudadanos, ¿pueden ser consideradas infractoras de la Constitución?

El Profesor César Landa Arroyo, en un texto que cité antes (nota 44 *supra*), propone que

<sup>67</sup> Similar opinión guarda en nuestro medio Víctorhugo Montoya Chávez: “*Si bien la jurisdicción es una labor exclusiva del Estado –le atañe como parte de su autorictas-, dentro de su distribución funcional originaria, ésta debería corresponderle al Poder Judicial. Empero, las propias Constituciones han desconcentrado esta responsabilidad genérica de administrar justicia, destinándola no sólo al ámbito militar y arbitral sino reconociéndola, como bien sucede en el país, respecto a cierta actuación del Jurado Nacional de Elecciones y del Consejo Nacional de la Magistratura y del Parlamento –léase, la acusación constitucional por infracción de la Norma Fundamental-*” (subrayado agregado) Cfr. Op.cit., p. 116.

<sup>68</sup> Al respecto, nuevamente es importante tomar en cuenta la opinión de Jorge Santisteban de Noriega (op.cit., p. 133) sobre los alcances de la infracción constitucional. Dice este autor: “*La mayor polémica en torno a la institución de la infracción constitucional ha recaído en los alcances que ella tiene en relación con las conductas que en concreto pueden dar lugar a tal acusación. Desde posiciones discrepantes han participado activamente Paniagua Corazao haciendo enérgica advertencia al carácter abierto e indefinido de la institución como fundamento de su posible aplicación abusiva; y, en el otro extremo, Eguiguren Praeli, admitiendo que en realidad todos y cada uno de los artículos constitucionales podrían constituir el catálogo de posibles contravenciones susceptibles de acusación por infracción a la Constitución*”.

“(…) el Reglamento del Congreso debe considerar que el tránsfuga ilegítimo comete infracción constitucional contra la voluntad popular, al afectar la pluralidad de la representación parlamentaria, que es un principio y una garantía democrática fundamental del pueblo soberano (art. 176° de la Constitución). Lo cual haría a éste tipo de tránsfuga pasible de acusación constitucional y eventualmente de suspensión de su cargo e inhabilitación hasta por 10 años o destitución (arts. 99° y 100° de la Constitución), de acuerdo con los principios enunciados de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad”.

Sin embargo, como también ya lo he dicho antes, la propuesta del Profesor Landa parte de la premisa de que el Reglamento del Congreso no califica el transfuguismo como infracción constitucional. Pero, luego de todo el análisis realizado hasta el momento, ¿se requeriría de una norma expresa en el aludido Reglamento parlamentario para que podamos considerar la conducta tránsfuga como inconstitucional?.

La respuesta cae de madura: es innecesario porque la contravención de principios constitucionales que justamente el propio Dr. Landa menciona, es por demás evidente y palmaria, a la luz del análisis que he realizado hasta el momento.

Por tanto, el camino de la acusación constitucional por infracción de la Constitución de los Congresistas tránsfugas constituye un modelo de política jurisdiccional que existe en la actualidad y que debiera ser impetrado ante la ocurrencia de tales casos, sin necesidad de contar con norma expresa. Argumentar lo contrario implica incurrir en la falacia del *vacío legislativo* que de acuerdo a las razones hasta aquí expuestas, en mi concepto, queda diluido.

### **3.2. ¿Qué tipos de transfuguismo, en la actualidad, se pueden combatir?**

Determinado que el *juicio político* por infracción constitucional es un modelo de política jurisdiccional que prevé la Constitución y que permite la sanción de

destitución en el cargo de los funcionarios de la alta jerarquía estatal, queda claro que el transfuguismo, en sus diversas modalidades, sí es posible de ser combatido.

Pero, ahora es momento de entrar en materia y establecer cuáles serían esas “modalidades” de transfuguismo que serían susceptibles de ser atacadas vía el mecanismo del juicio político por infracción constitucional.

En mi concepto, la casuística nacional permite detectar un grupo de tránsfugas que denomino “clásicos” y, otro, que corresponden a los grupos que llamo “mutaciones”.

Llamo “clásicos” a aquellos tránsfugas que se caracterizan por el cambio frontal y descarnado de equipo, de cambio de partido con posterioridad a su elección como Congresistas de la República. Y, por su parte, las “mutaciones” de transfuguismo corresponden a los casos que -en mi concepto- lesionan la voluntad popular al infringir el principio de proporcionalidad representativa mediante conductas que presentan tal nivel de complejidad (por su operatividad en la práctica) que dificulta su regulación y tratamiento.

Describiré, seguidamente, la anatomía de ambos grupos en nuestro medio.

### **3.2.1. Transfuguismo clásico**

Es conocida por todos la historia del decenio fujimontesinista que compró conciencias y los votos de algunos Congresistas de la “oposición”. Y así el “pase” a las filas del oficialismo de aquel entonces fue, en varios casos, descarada: la renuncia expresa a la bancada del partido o agrupación política por la que fueron elegidos para pasar al grupo parlamentario fujimorista.

Esa práctica no ha sido ajena en los quinquenios congresales de los tiempos de “retorno a la democracia”. Es más, en el último quinquenio (2006-2011) se

han dado varios casos de Congresistas que renunciaron expresamente a la bancada a la que originalmente pertenecían por el voto popular.

Pero el transfuguismo que denomino “clásico” tiene, a su vez, dos modalidades a saber:

**a) Modelo puro:**

Es el caso del Congresista que renuncia expresamente a la bancada que corresponde al Partido Político o Alianza de Partidos por el cual postuló al cargo, para pasarse a las filas de otro Partido o Alianza de Partidos.

De esta manera, si determinado Partido Político o Alianza de Partidos que formalmente se inscribieron como tales para participar en las elecciones generales y, fruto del principio constitucional de representación proporcional y su instrumento, la cifra repartidora, obtiene determinado número de escaños; ese número determinado (supongamos, 20 escaños congresales) se ve afectado, en la práctica, por la renuncia expresa de ese Congresista. Y, por consiguiente, el grupo político al cual ingresa se ve favorecido porque incrementa el número de escaños que le corresponde de acuerdo a la decisión soberana del pueblo en las urnas.

La motivación de la renuncia es un punto aparte que, para el propósito de este estudio no voy a tratar, aunque desde luego sea importante escudriñar por sus efectos en la ley penal, puesto que puede tratarse de la comisión de algún delito como quedó probado en la época del fujimontesinismo.

Aquí tenemos ejemplos recientes como en el recientemente concluido quinquenio 2006-2011 donde se formó la bancada de *Alianza Nacional*, afiliada al Partido Solidaridad Nacional, tal como se muestra en su página web<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> [http://www.congreso.gob.pe/grupo\\_parlamentario/alianzanacional/presentacion.htm](http://www.congreso.gob.pe/grupo_parlamentario/alianzanacional/presentacion.htm)

Solidaridad Nacional participó en las elecciones generales del año 2006 formando una Alianza Política con el Partido Popular Cristiano denominada “Unidad Nacional”; sin embargo, los Congresistas Isaac Meckler, David Waisman, Alvaro Gutiérrez -por citar tres casos- no postularon por dicha alianza política de partidos. Tanto Meckler como Gutiérrez postularon como invitados y salieron elegidos representando al Partido Político *Unión por el Perú*, mientras que Waisman lo hizo por Perú Posible. Fue un ejemplo de claro *transfuguismo clásico*.

#### **b) Variante: Apátridas y emprendedores**

Podría decirse que aquí hay dos sub-especies: apátridas, por un lado, y emprendedores de nuevas aventuras políticas, por otro.

Me explico.

Se trata de casos en los cuales el Congresista es elegido como representante de un determinado Partido o Alianza Política en las elecciones generales; sin embargo, renuncia a la bancada parlamentaria que corresponde al partido al cual pertenece, pero no se traslada a otra, sino que forma su propio grupo parlamentario, cual emprendedor de una nueva aventura empresarial o, en otros casos, es simplemente un apátrida, un Juan sin tierra, un desterrado que pulula en el Congreso de la República sin pertenecer a ninguna de las bancadas parlamentarias.

Nuevamente el quinquenio congresal 2006-2011 sirve de ejemplo.

En ese periodo existieron cuatro Congresistas apátridas, sin tierra, sin grupo parlamentario<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Allí están Renzo Reggiardo (ex Bancada Fujimorista), Margarita Sucari, Carlos Torres Caro y Rosa María Venegas (ex Bancada de Unión por el Perú).

Es más, se recordará que luego de culminada la segunda vuelta electoral en el año 2006 e, incluso, antes de juramentar al cargo como Congresistas el 28 de julio del mismo año, Carlos Torres Caro, Rocío Gonzales (conocida como la “Roba Luz”) y Gustavo Espinoza, se desembarcaron de las filas de Unión por el Perú y, cuando ocuparon el cargo congresal, fueron los “no agrupados”, situación que se mantuvo hasta el final del quinquenio congresal 2006-2011.

Como es lógico advertir, ningún elector votó por un grupo parlamentario “no agrupado”. Se eligieron representantes de los partidos políticos que superaron la valla electoral. Nunca debieron existir “apátridas” pululando en el Parlamento Nacional porque esa no fue la voluntad del pueblo y, menos aún, la lógica de la ley de la barrera electoral, como lo traté anteriormente (*supra* 2.3.a.).

Por otro lado, en el quinquenio actual 2011-2016, el Congresista Carlos Bruce fue expulsado del Partido Perú Posible lo que motivó que éste se apartara de la bancada de la denominada Alianza Parlamentaria (conformada por los partidos políticos Perú Posible y Acción Popular).

El Congresista Bruce no se convirtió en apátrida sino que se adhirió a los cuatro congresistas del Partido Aprista Peruano, conformando –con ellos- un grupo parlamentario denominado “Concertación Parlamentaria”.

Desde luego, el Congresista Bruce, más allá de las razones por las cuales se apartó de su respectiva bancada parlamentaria, le restó a ésta última un miembro, transgrediendo la voluntad del electorado del partido por el cual postuló al cargo.

### 3.2.2. Las otras mutaciones

#### a) Transfuguismo por aborto del vientre de alquiler

Esta primera modalidad compleja se dio en la preparación de las elecciones generales del año 2006.

Me refiero, concretamente, al caso del Partido Unión por el Perú (UPP).

Como se recordará, el Comandante Ollanta Humala Tasso, actual Presidente de la República, apareció como el *outsider* en los preparativos para dicha elección. El problema –para él– fue que su naciente Partido Político (el denominado “Partido Nacionalista”) no cumplía con una serie de requisitos para inscribirse y postular en las elecciones generales de ese año. Es así que UPP acogió al candidato presidencial, lo incorporó como invitado, haciendo lo propio con un conjunto de personas que querían presentarse a la elección congresal.

UPP se convertía, así, en un “vientre de alquiler” en el que una vez obtenida la representación por el voto popular no era descabellado suponer que podría ocurrir la separación de los *partidarios nacionalistas*. Claro está que tal suposición ocurriría siempre y cuando el candidato presidencial no ganara las elecciones.

Pero la suposición ocurrió puesto que UPP no ganó la Presidencia de la República. Así, luego de unos meses posteriores al 28 de julio de 2006, abortaron del vientre de UPP los “invitados” del Partido Nacionalista que, como ya dije, fue una agrupación política que no participó, formalmente, en las elecciones generales de ese año. No existió, jurídicamente, para esas justas electorales.



Apréciase que en esta modalidad de transfuguismo por “vientre de alquiler”, para que los invitados aborten y dejen el vientre alquilado, media renuncia expresa a la bancada parlamentaria formada a propósito de la representación obtenida en la votación popular. No obstante, he querido de todos modos hacer la distinción por la caracterización de esta forma de transfuguismo que revela la severa crisis de los Partidos Políticos en nuestro país. Una crisis que muestra la carencia de identificación con los ideales del partido, de la existencia de un “mercado” de partidos que se constituyen formalmente para estar a disposición de quienes quieren postular a los altos cargos públicos, trastocando los fines constitucionales aludidos en el artículo 35° de la Constitución vigente.

#### **b) Transfuguismo solapado**

Aquí es donde una equivocada interpretación del reconocimiento constitucional del derecho del Congresista a no estar sujeto a mandato imperativo cobra mayor relevancia. Se trata de esos casos donde la “objección de conciencia” traza una línea muy delgada entre lo que es la real convicción sobre aquello que se vota o simplemente el empleo solapado de la “conciencia” para votar en contra del criterio adoptado en la bancada.

Nótese que en éste tipo (y en el que seguidamente trataré), la propuesta programática (plan de gobierno) es -junto a la ideología que enarbola el partido- fundamental.

Y lo es porque el grupo o bancada parlamentaria debe sujetarse a las líneas programáticas del Plan de Gobierno que ofrecieron en la campaña electoral. De esta manera, el compromiso electoral del partido con sus electores radica en que sus Congresistas ejercerán sus funciones parlamentarias a favor de implementar tales líneas programáticas. De esta manera, si por ejemplo la bancada parlamentaria xx plantea un proyecto de ley que implementa una

oferta electoral y pero uno de sus Congresistas vota en contra o se abstiene de votar, ¿estará traicionando el voto popular?.

En Colombia, por ejemplo, el artículo 4° de la Ley N° 974 del año 2005 donde se instituye el denominado “Régimen de Bancadas”, se establece que los Partidos Políticos deben establecer un régimen disciplinario interno donde regulen sanciones por la inobservancia de sus directrices, las cuales se fijarán gradualmente hasta su expulsión y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del miembro de la respectiva bancada, observando el debido proceso.

Como se aprecia, el transfuguismo solapado que quiebra la disciplina parlamentaria destinada a cumplir la oferta electoral plasmada en el Plan de Gobierno, al negarse a votar, votar en contra o abstenerse de votar en la Cámara, requeriría en nuestro país la regulación del régimen de bancadas, como por ejemplo se ha hecho en Colombia, dado que el Reglamento del Congreso de la República actual no contiene normas específicas (no generales, como las contenidas en el artículo 37° del Reglamento del Congreso) que desarrollen el funcionamiento de los grupos parlamentarios. Más adelante abundaré sobre el *régimen de bancadas* con mayor detenimiento (*infra* 4.3.3.).

En este sentido, ésta modalidad de transfuguismo no podría ser combatida con eficacia vía el *juicio político por infracción constitucional*, puesto que requiere la regulación del régimen de bancadas parlamentarias.

### c) **Transfuguismo inverso**

Confieso que esta modalidad de transfuguismo es hipotética, aunque en el quinquenio congresal recientemente concluido (2006-2011) existió un caso muy aproximado a esta hipótesis.

Recordará el lector que la bancada de la denominada “Célula Parlamentaria Aprista”, al inicio del quinquenio, postuló el debate sobre la iniciativa legislativa de instaurar la pena de muerte. Mi distinguido maestro, el Dr. Javier Valle Riestra, haciendo uso de la palabra en el debate, presentó sólidos argumentos históricos y desde luego jurídicos en contra de la iniciativa.

Entre los argumentos históricos, el Dr. Valle Riestra recurrió a los principios del Partido Aprista, a aquellos enarbolados por Víctor Raúl Haya De La Torre, que a través de esa iniciativa asomaban traicionados. Don Javier Valle Riestra logró replegar a sus compañeros de bancada. La iniciativa legislativa no fue aprobada. Ese fue uno de los varios episodios donde Don Javier Valle Riestra, última vieja gloria del Partido Aprista, hizo pública su discrepancia con el resto de compañeros en poner en el debate parlamentario proyectos de ley contrarios a los idearios del partido de Haya De La Torre.

Esta es la muestra de un Congresista, fiel a los idearios de su partido, de aquellos ofrecidos al electorado y aceptados por éste a través del voto popular que se queda aislado en su propia bancada por la decisión de sus colegas de ir contra la corriente.

¿Quién traiciona a quién en este caso?. No es, desde luego, mi ilustre maestro. El caso narrado fue uno de los tantos en que los representantes del Partido Aprista se apartaron, en bloque, de las líneas matrices de su ideario político-partidario, como lo hizo saber Don Javier Valle Riestra cada vez que puso los puntos sobre las íes. Incluso, en una oportunidad, fue tildado de ser “invitado” del Partido Aprista, a lo que el célebre Tribuno respondió “*no necesitar carnet para ser aprista de convicción*”<sup>71</sup>.

A este caso lo llamo “transfuguismo inverso” donde un minúsculo grupo de Congresistas de una bancada parlamentaria se mantienen firmes con los

---

<sup>71</sup> Véase <http://www.desdeeltercerpiso.com/2008/01/25/>

idearios y los planes de gobierno del Partido, mientras el resto se aparta manifiestamente de éstos, traicionando la voluntad popular.

Sin embargo, ésta modalidad de transfuguismo sufre la misma suerte que la modalidad de *transfuguismo solapado* que traté anteriormente, puesto que requiere de la implementación del régimen de bancadas parlamentarias para poder controlarlo. Mientras dicha implementación no se realice, es imposible el control de esta modalidad.

### 3.2.3. La escisión del consorcio, ¿es un caso de transfuguismo?

Un aspecto no tratado en el epígrafe anterior es el caso de la escisión del consorcio, es decir, de la alianza de partidos. Y es que me pregunto si la separación de los Congresistas que integran los partidos que conforman las alianzas (y que componen, a su vez, los Grupos Parlamentarios) y que forman sus propios Grupos Parlamentarios cometen transfuguismo.

Pues bien, reparemos en que las Alianzas de Partidos Políticos son, en la práctica, un consorcio de partidos que se unen para participar en una elección general; es decir, siempre tienen fines electorales, como así lo señala el artículo 15° de la Ley de Partidos Políticos vigente (Ley N° 28094)<sup>72</sup> y el artículo 28° del Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas

---

<sup>72</sup> **Ley de Partidos Políticos (Ley N° 28094)**

**"Artículo 15.- Alianzas de Partidos**

Los partidos pueden hacer alianzas con otros partidos o movimientos políticos debidamente inscritos, con fines electorales y bajo una denominación común. La alianza deberá inscribirse en el Registro de Organizaciones Políticas, considerándose como única para todos los fines. A tales efectos, las organizaciones políticas presentan el acta en la que conste el acuerdo de formar la alianza, con las firmas autorizadas para celebrar tal acto.

En el acuerdo debe constar el proceso electoral en el que se participa, los órganos de gobierno, la denominación, el símbolo y la designación de los personeros legal y técnico de la alianza.

La alianza debe inscribirse entre los ciento ochenta (180) días calendario anteriores a la fecha de elección y los treinta (30) días antes del plazo para la inscripción de los candidatos a la Presidencia de la República.

Los partidos y movimientos políticos que integren una alianza no pueden presentar, en un proceso electoral, una lista de candidatos distinta de la patrocinada por ésta en la misma jurisdicción".

(“RROP”), aprobado por Resolución del Jurado Nacional de Elecciones N° 120-2008-JNE<sup>73</sup>.

Así, el inciso e) del artículo 13° de la Ley de Partidos Políticos vigente (Ley N° 28094)<sup>74</sup>, concordante con el artículo 48° del RROP, disponen la cancelación de la inscripción de la alianza electoral cuando concluya la elección general para la cual se constituyó como tal<sup>75</sup>.

Se trata, pues, de un consorcio formal, legal, no de facto como el caso de los partidos que sirven de vientre de alquiler de otros inexistentes a la fecha de la elección general, constituido con un objetivo concreto: ganar las elecciones generales.

Ahora bien, tratándose de un conjunto de partidos políticos, cada uno de ellos tiene un ideario “*que contiene los principios, los objetivos y su visión del país*”<sup>76</sup> y, naturalmente, cada uno puede tener principios, objetivos y visiones disímiles del país. Es el caso, por ejemplo, de la denominada “Alianza por el

<sup>73</sup> **Resolución N° 120-2008-JNE, Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas**

**“Artículo 28: Alianzas de Partidos Políticos y/o Movimientos Regionales**

Los partidos políticos pueden hacer alianzas con otros partidos políticos o movimientos regionales debidamente inscritos. Los movimientos regionales debidamente inscritos pueden hacer alianzas entre sí, dentro de la circunscripción donde desarrollan sus actividades. En ambos casos, las alianzas tienen fines electorales y se efectúan bajo una denominación común.

No se permite a las organizaciones políticas locales formar alianzas electorales”.

<sup>74</sup> **Ley de Partidos Políticos (Ley N° 28094)**

**“Artículo 13.- Cancelación de la inscripción**

El Registro de Organizaciones Políticas, de oficio o a pedido de los personeros legales, cancela la inscripción de un partido en los siguientes casos:

(...)

e) Para el caso de las alianzas, cuando concluye el proceso electoral respectivo, salvo que sus integrantes decidiesen ampliar el plazo de vigencia de aquella, lo que deberán comunicar al Jurado Nacional de Elecciones a más tardar dentro de los treinta (30) días naturales posteriores a la conclusión del proceso electoral. En tal supuesto, la alianza tendrá la vigencia que sus integrantes hubiesen decidido o hasta que se convoque al siguiente proceso electoral general”.

<sup>75</sup> **“Artículo 48: Cancelación de la inscripción de las alianzas electorales**

Se cancela la inscripción de las alianzas electorales, cuando concluya el proceso electoral respectivo para el cual se constituyó o al vencimiento del plazo de duración indicado en su solicitud de inscripción, salvo que sus integrantes decidan ampliar el plazo de vigencia de la misma, lo que deberá ser comunicado a la OROP a más tardar dentro de los treinta días naturales posteriores a la conclusión del proceso electoral”.

<sup>76</sup> **Ley de Partidos Políticos**

**“Artículo 6.- El Acta de Fundación**

El Acta de Fundación de un partido político debe contener por lo menos:

a) El ideario, que contiene los principios, los objetivos y su visión del país”.

Gran Cambio” que postuló en las recientes elecciones generales del año 2011 a Pedro Pablo Kuczynski a la Presidencia de la República, agrupando a diversos partidos políticos con idearios de izquierda, centro y derecha<sup>77</sup>. Como se recordará, la prensa tildó a esta alianza de un peculiar “sancochado”.

Pero, ¿cómo articular alianzas de partidos tan disímiles como éstos?

Allí es donde cobra singular importancia el Plan de Gobierno que se convirtió en una exigencia formal desde el 19 de abril de 2006 en que entró en vigencia la Ley N° 28711 que incorporó el artículo 23-A° en la Ley de Partidos Políticos<sup>78</sup>.

Y es que el Plan de Gobierno termina siendo el pacto entre partidos políticos –como los citados- disímiles entre sí que se juntan para participar en una elección general comprometiéndose a ejecutar un conjunto de líneas y medidas programáticas desde el Ejecutivo y el Legislativo. Es una oferta hacia el ciudadano que se convierte en un contrato real cuando la ciudadanía manifiesta su aceptación a dicha oferta con el voto popular.

<sup>77</sup> El Partido Popular Cristiano, Alianza por el Progreso liderado por el Alcalde Provincial de Trujillo César Acuña Peralta, El Partido Humanista Peruano liderado por el ex Presidente del Consejo de Ministros Yehude Simons y un movimiento regional cuzqueño liderado por Máximo San Román.

<sup>78</sup> **“Artículo 23-A.- Entrega de Plan de Gobierno y Publicación**

Los partidos políticos, alianzas, movimientos y organizaciones políticas locales que presentan candidatos, según sea el caso, a elecciones generales, regionales o municipales, al momento de presentación de sus respectivas listas para su inscripción deberán cumplir con entregar al Jurado Nacional de Elecciones su Plan de Gobierno del nivel que corresponda.

Los partidos políticos, alianzas, movimientos y organizaciones políticas locales publican su Plan de Gobierno en su respectiva página web y lo mantienen durante todo el período para el cual participaron en el proceso electoral.

El Jurado Nacional de Elecciones incorpora a su página web los Planes de Gobierno de dichas organizaciones políticas durante todo el proceso electoral general, regional o municipal, según sea el caso. Posteriormente mantiene sólo el de las organizaciones políticas con candidatos elegidos, durante todo su período de gobierno.

No se admitirá la inscripción de candidatos de partidos políticos, alianzas, movimientos y organizaciones políticas locales que incumplan con lo dispuesto en el presente artículo.

La obligación de presentar el Plan de Gobierno es de aplicación para las elecciones de los representantes ante el Parlamento Andino, en lo que se refiere a las propuestas que llevarán al citado Parlamento”.

Si la Alianza Electoral logra pasar la barrera electoral<sup>79</sup> y obtiene representación en el Congreso de la República, desde ese momento – sostengo- queda vinculada con la ciudadanía en cumplir lo ofrecido en el Plan de Gobierno. Y tal vinculación impide –en mi concepto- que opere la cancelación del Registro de la Alianza Electoral conforme a lo dispuesto por el inciso e) del artículo 13° de la Ley de Partidos Políticos vigente (Ley N° 28094), concordante con el artículo 48° del RROP.

Y aquí regreso con la interrogante con la cual inicié este epígrafe: cabe determinar si incurren en conducta tráfuga los Congresistas de los partidos que integran una Alianza Electoral que obtiene representación congresal y, luego que ocuparon los escaños, se escinden formando bancadas proporcionales a los partidos políticos que conformaron la alianza.

Es decir, cómo hacer, cómo tratar o regular la escisión del consorcio, porque en estos casos la escisión hará: a) que los partidos políticos escindidos actúen por cuenta propia y no en bloque, como fue la oferta electoral a la población, dado que se presentaron como alianza electoral, flexibilizando las líneas matrices de su ideario partidario; y, b) que las líneas programáticas contenidas en el plan de gobierno, aceptadas por la población que otorgó la representación mediante el voto popular, finalmente no se cumplan ni se haga ningún esfuerzo en implementar alguna de ellas mediante iniciativas legislativas.

En mi concepto, la escisión del Consorcio no debe significar la incursión en conducta tráfuga porque los electores votaron por el Consorcio y, por ende, por los partidos que lo integraron en función al Plan de Gobierno que el

---

<sup>79</sup> **Ley de Partidos Políticos**

**“Artículo 13.- Cancelación de la inscripción**

El Registro de Organizaciones Políticas, de oficio o a pedido de los personeros legales, cancela la inscripción de un partido en los siguientes casos:

- a) Al cumplirse un año de concluido el último proceso de elección general, si no hubiese alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir el cinco por ciento (5%) del número legal de miembros del Congreso o haber alcanzado al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional”.

Consortio presentó en la campaña electoral. De esta manera, los partidos que lo integraron, al escindirse, deberán conformar grupos parlamentarios.

Y en todos los casos –consorciados o escindidos- los grupos parlamentarios están vinculados, a su vez, al Plan de Gobierno presentado en campaña.

Mención aparte merece que los partidos escindidos, al formar grupos parlamentarios, puedan consorciarse con otros grupos parlamentarios al interior del Congreso. Tal consorcio parlamentario tampoco es una conducta tráfuga porque el consenso es el eje, la esencia de la democracia que, en este caso, se daría entre Congresistas que pertenecen a partidos que integraron una alianza electoral que fue elegida por el pueblo para representarlo en el Parlamento Nacional.

#### **3.2.4. La jurisprudencia brasileña y la determinación de los casos que no se consideran actos de transfuguismo, a modo de conclusión**

De lo tratado hasta este punto, queda claro que, en nuestro medio, la experiencia nos muestra casos claros de transfuguismo que pueden ser sancionados con las reglas actuales y casos condicionados a que exista la regulación legal de las bancadas parlamentarias para que merezcan sanción.

En los primeros, la infracción constitucional es palmaria. Son los casos de transfuguismo que denomino *clásico* tanto en su modalidad *pura* como en sus dos variantes (*apátridas* y *emprendedores*). Y también están en este grupo los casos de transfuguismo que denomino por *aborto del vientre de alquiler*.

Y en los segundos están los casos de transfuguismo que denomino *solapado* e *inverso*. Éstos, en mi concepto, como quiera que no existe una regulación precisa, específica del régimen de bancadas parlamentarias, es inviable combatirlos mediante el juicio político por infracción constitucional. Por ello digo que, en mi concepto, teóricamente son casos de transfuguismo por las



razones que antes ya he planteado, pero, en la práctica, no hay forma de combatirlos puesto que –insisto– el régimen de bancadas parlamentarias no está regulado con especificidad y, por consiguiente, no habría *tipicidad* de la conducta para lograr su procesamiento por infracción constitucional.

Por tanto, considero que hoy en día, en el Perú, con el modelo político jurisdiccional que proviene de los artículos 99° y 100° de la Constitución (*juicio político*), es posible conjurar el transfuguismo sólo en los casos claros de infracción constitucional que ya mencioné.

Y aquí quiero regresar a citar al Profesor Landa Arroyo quien en el texto que cité en su momento en esta investigación (supra 2.6.c), sostiene que existe transfuguismo *propio* e *impropio* y *legítimo* e *ilegítimo*. Claro que de la lectura del texto escrito por el distinguido jurista se infiere que los casos de transfuguismo *propio* e *ilegítimo* corresponden, en realidad, a los mismos supuestos<sup>80</sup> que coinciden con aquellos casos que aquí he considerado como susceptibles de tramitarse en *juicio político* por ser de clara infracción constitucional. Y en el caso del transfuguismo *impropio* coincide con aquellos que aquí he denominado *solapado* e *inverso*<sup>81</sup>.

Sin embargo, merece especial atención aquello que el Profesor Landa llama *transfuguismo legítimo*. Transcribo<sup>82</sup>:

“(…) el transfuguismo legítimo es tutelable jurídicamente, dado el insalvable cambio de orientación ideológica del representante –como el caso de

---

<sup>80</sup> Dice el Profesor Landa: “(…) el *tránsfuga propio* (...) provoca un divorcio de voluntades, entre la votación ciudadana y los resultados electorales, es decir que, la agrupación por la que votó un porcentaje de la población y que es en la que postuló el *tránsfuga*, tendrá menos bancas parlamentarias por su decisión individual, sin el concurso de su voluntad electoral popular que le ungió como representante ante el Congreso” (op.cit., p. 219). Y agrega en otro apartado el distinguido jurista: “(…) el problema para el sistema político es aquel *tránsfuga ilegítimo*, que realiza dichos actos por o en busca de un provecho personal y no en beneficio de la comunidad, lo que lo hace moralmente incapaz” (ibídem, p. 223).

<sup>81</sup> “(…) Hay que distinguir entre el *tránsfuga impropio* que rompe la disciplina de grupo en una votación parlamentaria y, el *tránsfuga propiamente dicho* que habiendo sido elegido en las listas de un determinado partido se pasa a otro conservando su escaño, por voluntad propia o por expulsión” (ibídem, p. 219).

<sup>82</sup> Ibídem, p. 224.

Winston Churchill, miembro del partido liberal- antes de llegar a ser el líder del partido conservador o de la pléyade de tráfugas peruanos como Enrique Chirinos Soto que salió de APRA –social democracia- para pasar RENOVACIÓN –conservador-. A ello se añade también el cambio de la agrupación política en relación a su programa doctrinario o electoral, lo que da lugar, usualmente, a la formación de nuevos partidos –como la aparición del Partido Popular Cristiano (PPC) que se creó como desmembramiento de los tráfugas de la Democracia Cristiana-.

Como consecuencia de este cambio ideológico se produce el cambio de bancada parlamentaria. Pero, en cualquiera de esos casos, respetando el contenido de la libertad ideológica y de asociación, se debe desmotivar el fácil recurso del cambio de bancada parlamentaria y/o parlamentaria, porque es dentro de las estructuras organizativas democráticas de su agrupación política donde deberían resolver sus conflictos internos.

De otro lado, se pueden establecer algunos otros criterios dentro del Reglamento del Congreso, en materia de organización y funcionamiento parlamentario, a fin de desalentar más no prohibir el transfuguismo legítimo, mediante el reforzamiento de las atribuciones de los grupos parlamentarios en tanto expresión jurídica funcional de los partidos políticos en el Congreso (arts. 94° y 101° de la Constitución)”.

Como se aprecia, para el Profesor Landa existiría una forma de transfuguismo *lícito* amparado en la libertad ideológica y de asociación por parte del Congresista que se disocia de su partido y del grupo parlamentario que aquel compone.

Pero, ¿cómo admitir la licitud de una conducta que lesiona la voluntad popular?; ¿acaso deben primar los derechos fundamentales a la libertad ideológica y de asociación de quien forma parte de un partido político (verdadero depositario de la voluntad popular) versus la tutela de los principios constitucionales de democracia representativa, representación proporcional y del derecho fundamental (difuso) a elegir de los electores?.

En el capítulo 3 *supra* argumenté las razones por las cuales sostengo que la conducta tráfuga incurre en infracción constitucional porque el Congresista no es titular de su escaño, sino el partido político por el cual postuló al cargo, contrariamente a lo que la doctrina nacional sostiene en nuestro medio.

Sin embargo, dicho planteamiento no concuerda con cierto sector de la doctrina comparada en España -y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de ese país- que sostiene un criterio distinto, muy criticado por otro sector doctrinario que los acusa de otorgar cobertura legal a las conductas tráfugas<sup>83</sup>.

Pero sí encuentro concordancia con la jurisprudencia comparada, específicamente la brasileña, que muy recientemente (2007) consideró en diversas instancias (el Tribunal Superior Electoral y el Supremo Tribunal Federal, respectivamente) que el Congresista no es titular de su escaño. Estos fallos figuran anexos a ésta investigación.

Marcelo Figueiredo<sup>84</sup> refiere, al respecto, lo siguiente:

“En el año de 2007, el Partido del Frente Liberal (PFL, actualmente DEM – Demócratas), formuló la siguiente Consulta 1.398 al Tribunal Superior Electoral: ¿los partidos políticos y coligaciones tienen el derecho de preservar la vacante obtenida por el sistema electoral proporcional, cuando haya pedido de cancelación de filiación o de transferencia del candidato electo por un partido para otro lema? En otras palabras, ¿el mandato pertenece al electo o al partido?

---

<sup>83</sup> Me refiero al trabajo del jurista español Jorge De Esteban que antes he citado en esta investigación (nota 27 *supra*).

<sup>84</sup> FIGUEREIDO, Marcelo: “La evolución político constitucional de Brasil”; En: *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Vol. 6, Núm. 2, 2008, pp. 227-228.

El TSE, respondiendo a la consulta, estableció que la Candidatura depende de filiación partidaria (art. 14, § 3º, V, CF) y el principio de la moralidad administrativa (art. 37, caput, CF) repudia el uso de cualquier prerrogativa pública en el interés particular o privado. Así, el mandato pertenecería al partido y en él, al candidato electo, a pesar de que el art. 55, de la CF, no prevé el cambio de partido como causa de pérdida del mandato.

En 2007, tres partidos políticos (DEM – Demócratas, PPS – Partido Popular Socialista y PSDB – Partido de la Social Democracia Brasileira) impetraron las Órdenes de Seguridad 26.602,37 26.60338 y 26.60439 ante el Supremo Tribunal Federal con la intención de recuperar los mandatos de parlamentarios que fueron electos por ellos y después cambiaron de lema.

El STF entendió que el mandato pertenece al partido, pero la declaración de vacancia depende de que se le garantice, al parlamentario, el derecho a la amplia defensa (art. 5º, LIV, CF). Estableció, también, que los efectos de la decisión serían producidos a partir de la respuesta del TSE a la Consulta 1.398, de 27/03/2007, con el objetivo de respetar el principio de la seguridad jurídica, visto que en esa fecha el TSE cambió de entendimiento acerca de la materia.

El TSE, entonces, amplió el entendimiento sobre la fidelidad partidaria a los electos por el sistema mayoritario, en consulta respondida en el día 16 de octubre de 2007. Y el mismo Tribunal editó la Resolución 22.610/07, disciplinando el proceso de pérdida del cargo electivo en razón de la desafiliación partidaria. Según esta Resolución, el parlamentario tiene justa causa para desafiliarse de su partido, sin el riesgo de perder el mandato, en los casos de: incorporación o fusión del partido; creación de nuevo partido; cambio sustancial o desvío reiterado del programa partidario; grave discriminación personal”.

Como bien sostiene Antonio Moreira Maués<sup>85</sup>, la argumentación empleada por la jurisprudencia brasileña que vengo refiriendo

“(…) se basa en la adopción por la Constitución (artículo 45°) del sistema proporcional para la elección de representantes en la Cámara de los Diputados, Asambleas Legislativas de los Estados y Cámaras Legislativas de los Municipios. La organización del sistema electoral de listas abiertas<sup>86</sup> permite que el elector vote en el partido y/o en el candidato, pero el criterio utilizado para el otorgamiento de escaños es la votación alcanzada por cada uno de los partidos o coligaciones. Así, el STF concluye que el voto y el mandato pertenecen al partido, pues la vinculación del electo al partido sería inmanente al sistema proporcional”.

En este sentido, voy cerrando este epígrafe diciendo que el *transfuguismo* es una figura inaceptable, en principio, por las razones harto argumentadas hasta aquí.

Sin embargo, admito la posibilidad de cerrados casos que justifiquen el apartamiento del tránsfuga de la bancada parlamentaria que corresponde al partido por el cual fue electo como son los casos referidos por la jurisprudencia brasileña: fusión, incorporación o creación de nuevo partido; cambio sustancial o desvío reiterado del programa partidario; persecución política del parlamentario por la dirección partidaria<sup>87</sup>. No admito, en este campo, las razones de *cambio de ideología*, puesto que si bien tal derecho del Congresista es atendible, legítimo, válido; el mismo debe merecer su renuncia al cargo, mas no un supuesto de excepción de conducta tránsfuga, tal como lo trataré más adelante (infra 4.3.4.).

---

<sup>85</sup> MOREIRA MAUÉS, Antonio: “La titularidad de los Mandatos Parlamentarios en la nueva jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal”; En: *Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Parlamentos*, 1er semestre, N° 2, 2008, pp. 18-19

<sup>86</sup> Es importante rescatar esta característica del sistema electoral brasileño de *lista abierta* que es lo que corresponde en el caso peruano. César Delgado Guembes anota al respecto: “(…) *En el Perú la opción por el doble voto preferencial define a[ll] nuestro como un sistema con lista abierta, lo cual es esencial y central para determinar si el transfuguismo es una consecuencia legalmente permisible o, por el contrario, como ocurre en España, es más bien una forma de dejar sin efecto el sistema electoral de lista cerrada que busca justamente tanto evitar el acomodamiento del plantel de candidatos como la definición estable de los bloques partidarios*”. Cfr. La nota a pie 23 en: DELGADO GUEMBES, César: “Transfuguismo, su matriz histórica...”; op.cit, p. 106.

<sup>87</sup> MOREIRA MAUÉS, Antonio: *ibídem*, p. 19.

Se tratarían de excepciones a la regla. Un transfuguismo exento de sanción puesto que la fusión, incorporación o creación de nuevo partido constituyen supuestos de mutación orgánica e, incluso, de *ideario político* del partido político que originalmente llevó al Congresista al Parlamento y que, por tanto, tal mutación conlleve a trastocar la voluntad popular que eligió que el partido político original ocupe determinada cantidad de escaños, bien por su ideario político al momento de la elección, bien por su plan de gobierno o por ambos. Este caso como aquel referido al cambio sustancial o desvío reiterado del programa partidario, serían casos concretos de lo que llamo *transfuguismo inverso* (supra 3.2.2.c.) que merecerían estar exceptuados de sanción alguna.

Y, finalmente, el supuesto de persecución política del parlamentario por la dirección partidaria (hostilización) constituiría una excepción siempre y cuando los procesamientos disciplinarios del partido o grupo parlamentario sean arbitrarios, contrarios a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y a las garantías del debido proceso.

Todos estos supuestos de excepción, claro está, merecen una modificación reglamentaria que trataré más adelante (infra 4.3.3.)

### 3.3. El transfuguismo, ¿calza en alguna figura delictiva?

Como lo he dicho antes, el Profesor César Delgado Guembes considera que en nuestro país, en el plano jurídico, no existe un tipo legal que sancione la figura del transfuguismo, no obstante haberse originado la tesis en la doctrina española referida a que su ocurrencia deriva en un delito contra la forma de gobierno<sup>88</sup>.

Y efectivamente, el jurista español Jorge De Esteban<sup>89</sup> señala lo siguiente:

“(…) una medida estrictamente jurídica es la que formuló, a título particular, el profesor Jiménez de Parga, para el que el transfuguismo político,

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 29.

considerado como un cáncer de nuestra democracia, se podría atajar aplicando a sus ejercitantes el contenido del artículo 163° del Código Penal, referente a los delitos contra la forma de Gobierno, puesto que, a su juicio, se podría entender que “el que ejecutare actos directamente encaminados a cambiar ilegalmente la organización del Estado” abarca al tránsfuga, que modifica la relación de fuerzas en una Asamblea elegida. Evidentemente, tal interpretación parece cogida por los pelos, aunque los efectos que se persiguen con el transfuguismo puedan ser, como ha ocurrido en numerosas ocasiones, la modificación de la mayoría que gobierna”.

Y haciendo un paralelo entre el contenido del artículo 163° del Código Penal Español y el inciso 5° del artículo 359° de nuestro Código Penal, el razonamiento sería muy similar al argumento de Jiménez de Parga al cual hace referencia De Esteban<sup>90</sup>, puesto que podría argumentarse que la conducta tránsfuga sería una *manera de alterar el resultado de una elección* en vista que su ocurrencia importa la modificación del número de Congresistas de determinado grupo parlamentario originariamente elegido por el pueblo.

Siguiendo el derrotero de la interpretación literal del texto de la disposición penal citada, no sería descabellado sostener que el tránsfuga incurre en esta figura delictiva en el momento en que incurre en tal reprochable conducta.

Sin embargo, si tuviéramos que analizar la incursión de alguna figura delictiva, no descartaría la comisión del delito antes mencionado, sino que concentraría el análisis en la figura del delito de abuso de autoridad, puesto que su configuración, en mi concepto, es mucho más contundente.

---

<sup>90</sup> Código Penal Peruano

*"Artículo 359.- Atentados contra el derecho de sufragio*

*Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años el que, con propósito de impedir o alterar el resultado de un proceso o favorecer o perjudicar a un candidato u organización política, realiza cualquiera de las acciones siguientes:*

*(...)*

*5. Altera, de cualquier manera, el resultado de una elección o torna imposible la realización del escrutinio”.*

En efecto, según el texto vigente del artículo 376° del Código Penal (modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29703, publicada el 10 junio 2011), incurre en este delito

“El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”.

Del texto del tipo penal destacan dos acciones que merecen especial comentario: el *abuso de atribuciones* y la comisión de un *acto arbitrario*.

Lógico es suponer que cuando el tipo penal alude, genéricamente, al término *atribuciones*, se está refiriendo a las facultades con las cuales cuenta el funcionario público. Y claro está que tales facultades deben ser aquellas que la ley le confiere (competencia reglada).

Como bien señala Rojas Vargas, “*para que exista abuso de atribuciones se da por sentado la existencia legítima de las mismas*” y, por el contrario, habrá abuso de facultades cuando

“(…) el funcionario público extralimita los límites de su competencia actuando fuera de los casos establecidos por la ley o reglamentos o cuando no observa las normas o formalidades prescritas o las instrucciones que le han sido impuestas y, finalmente, cuando hace uso de sus poderes para un objetivo distinto de aquel para el cual le fueron conferidos dichos poderes. El abuso puede ser entonces tanto un mal uso doloso de las atribuciones, como una extralimitación de funciones. (...) Ranieri, por su parte resume el abuso de atribuciones en los siguientes supuestos: cuando el funcionario público excede los límites de su competencia, obra fuera de los casos establecidos por la ley en relación con el tiempo, el lugar o las circunstancias; no observa las formalidades legales prescritas; excede sus facultades discrecionales, es decir, obra por un fin distinto de aquel para el cual se le concedió el poder discrecional. (...)”



El comportamiento abusivo puede ser muy diverso y consistir en la dación de resoluciones administrativas, judiciales o políticas que perjudican injustificadamente a terceros y/o afectan la administración pública”<sup>91</sup>.

Por otro lado, en cuanto a la comisión de un *acto arbitrario*, siguiendo siempre a Rojas Vargas<sup>92</sup>

“(…) es entonces todo lo que se opone a lo reglado y ajustado a ley, lo que no encuentra justificación en el ordenamiento jurídico, lo impredecible y sujeto a decisión personalista o voluntarista, y por lo mismo, ilegítimo. Lo arbitrario es una derivación del ejercicio abusivo de funciones y presupone obviamente el abuso, poseyendo un contenido inaceptable para el derecho y el ordenamiento jurídico. El acto arbitrario puede hallarse en órdenes formalizadas (actos administrativos), de ejecución directa o de tracto sucesivo; en órdenes verbales de ejecución inmediata, y también en simples vías de hecho. Este plexo arbitrario se funda necesariamente en el dolo del agente y en la consideración que la conducta resulta perjudicial no sólo al bien jurídico “administración pública” sino también al afectado físico o jurídico”.

De lo aportado por la doctrina penal citada formulo las siguientes premisas:

- ✓ El parlamentario fue elegido por un partido político para desempeñar sus funciones y atribuciones dentro del grupo parlamentario que corresponde a dicho partido.
- ✓ El parlamentario no fue elegido para ejercer el cargo por un partido distinto al cual postuló ni para desempeñar sus funciones incurriendo en las conductas tráfugas que he analizado en este trabajo.

---

<sup>91</sup> ROJAS VARGAS, Fidel: “Delitos contra la Administración Pública”; Lima: 2007; 4ta edición, Grijley, pp. 225-226.

<sup>92</sup> *Ibíd*em, pp. 234-235.

- ✓ Que el parlamentario electo cometa transfuguismo es una infracción a los límites de su función parlamentaria que debía desarrollarse representando al partido político por el cual postuló y respetando la voluntad popular.
- ✓ De acuerdo a las premisas anteriores, la comisión de actos de transfuguismo constituyen abuso de atribuciones de la función parlamentaria del Congresista electo.
- ✓ Y siendo la conducta tráfuga una *infracción constitucional*, se trata de un *acto arbitrario*.

Ahora bien, las conductas tráfugas combatibles según el análisis que he tratado antes implican, siempre, la plena conciencia y voluntad del Congresista tráfuga de lesionar la voluntad popular y el principio constitucional de representación proporcional. Por tanto, sumadas las premisas anteriores al dolo, la conclusión cae de madura: el transfuguismo, en mi concepto, sí es susceptible de ser catalogado como delito de abuso de autoridad.

#### **3.4. ¿Pueden los ciudadanos combatir el transfuguismo por la lesión de su derecho fundamental (difuso) a elegir?**

Según el texto del inciso a) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República, el procedimiento de acusación constitucional por infracción a la Constitución (*juicio político*) o por comisión de delito (*antejuicio político*), se inicia, siempre, a pedido de parte<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Reglamento del Congreso de la República  
*“Procedimiento de acusación constitucional*  
*Artículo 89°.- Mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político de los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución Política.*

*El procedimiento de acusación constitucional se desarrolla observando las siguientes reglas:*  
*a) Los Congresistas, el Fiscal de la Nación o cualquier persona que se considere directamente agraviada pueden presentar denuncia constitucional contra los altos funcionarios del Estado comprendidos dentro de los alcances del artículo 99° de la Constitución Política”.*

Pero, la legitimidad para obrar activa de dicha denuncia está circunscrita –según la norma reglamentaria citada- únicamente a los “*Congresistas, el Fiscal de la Nación o cualquier persona que se considere directamente agraviada*”, lo cual quiere decir que no se trata de una legitimidad para obrar *amplia* sino *restringida*.

En el caso de las conductas tráfugas susceptibles de infracción constitucional, considero que son dos los sujetos pasivos (agraviados): el Estado y los ciudadanos que mediante el voto popular eligieron a determinados partidos para que obtengan determinado número de curules que debían ser ocupadas por los candidatos más votados por dicha agrupación en cada distrito electoral.

En ese sentido, si los electores son también sujetos agraviados por la conducta tráfuga, ¿cómo identificarlos si de acuerdo con lo previsto por el artículo 31° de la Constitución, el derecho al voto se caracteriza –entre otros aspectos- por ser personal y secreto<sup>94</sup>?

Planteadas así las cosas, cabe la siguiente pregunta: cuando el Reglamento del Congreso establece que sólo pueden formular denuncia constitucional los ciudadanos que se consideren “*directamente agraviados*”, en los casos de Congresistas tráfugas, ¿sólo pueden formular tal acción los ciudadanos que *revelen* (levanten, ellos mismos, el *secreto* de su voto) el hecho que votaron por el grupo político por el cual el tráfuga candidateó?. En principio, las características del derecho al voto referidas a que es *personal* y *secreto* dificultarían la probanza de que, efectivamente, determinado ciudadano votó por determinado grupo político para tener escaños en el Congreso.

---

<sup>94</sup> Efectivamente, en el literal d) del fundamento 64° de la STC N° 0030-2005-PI/TC (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.html>), el Supremo Intérprete de la Constitución dijo que una de las características del derecho fundamental de los ciudadanos peruanos a elegir a sus representantes, es que éste es secreto. Y, en ese sentido, “(...) *Nadie puede ser obligado a revelar, sea con anterioridad o posterioridad al acto de sufragio, el sentido del voto. Este componente del derecho al voto deriva, a su vez, del derecho fundamental de toda persona a mantener reserva sobre sus convicciones políticas (artículo 2°, inciso 18), y constituye una garantía frente a eventuales intromisiones tendentes a impedir que se forje una elección libre y espontánea*”.

Sin embargo, el principio constitucional de proporcionalidad representativa aplicado a los resultados de la elección permite establecer que un número determinado de personas no identificadas (por el secreto del voto) optó por elegir a determinados representantes de partidos políticos para que ocupen un número específico de escaños.

Dicho en otras palabras, los ciudadanos determinados y no identificados -pero cuya voluntad es plenamente rastreable a través de los resultados electorales- decidieron que tal o cual agrupación política los represente en el Parlamento mediante la distribución de escaños para tal o cual persona representante de dicho partido político que postuló en la elección popular.

Siguiendo esta línea de razonamiento tenemos que la legitimidad del ciudadano será siempre *difusa*. Y es que el *interés difuso*

“Se caracteriza[n] porque corresponden a un número indeterminado de personas, radicando su afección conjunta en razones de hecho contingentes, como ser consumidores de un mismo producto o destinatarios de una misma campaña publicitaria. Cada uno de los afectados podría, por medio de su legitimación ordinaria, pretender el cese de la publicidad engañosa, por ejemplo, pero dado que ello no sería práctico, la ley concede legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores y usuarios, las cuales no pueden ni afirmar que representan a todos los consumidores ni afirmar su titularidad de derecho subjetivo material alguno”<sup>95</sup>.

De esta manera, afirma la doctrina:

“En los casos que hemos visto de legitimación extraordinaria (sustitución procesal, intereses difusos y Ministerio Fiscal) creemos demostrado que la atribución de esta legitimación no supone conceder derechos subjetivos

---

<sup>95</sup> MONTERO AROCA, Juan / GÓMEZ COLOMER, Juan Luis / MONTÓN REDONDO, Alberto / BARONA VILAR, Silvia: “Derecho Jurisdiccional”; Tomo II: Proceso Civil; Valencia: 2000; Tirant lo blanch; 9na edición; p. 78.

materiales al legitimado, sino que solo le confiere el poder procesal de realizar el proceso sin pedir nada para sí mismo”<sup>96</sup>.

Por consiguiente, si el interés difuso parte de la premisa de invocación de una *titularidad indeterminada*, ello significa que el resto de ciudadanos serían *cotitulares* del derecho o bien jurídico que bajo la noción de interés difuso se pretende proteger. Todos son *parte procesal*, pero bajo la especial particularidad de que -como ya se ha visto de lo que sugiere Montero Aroca- no existe una concesión de derechos subjetivos materiales al (o a los) legitimado (dos).

En este sentido, retomo la pregunta con la cual inicié todo este análisis: ¿sólo pueden formular la denuncia constitucional los ciudadanos que levanten, ellos mismos, el *secreto* de su voto y revelen el hecho que votaron por el grupo político por el cual el tráfuga candidateó?

Absuelvo esta interrogante señalando que el ciudadano que formula la denuncia constitucional por transfuguismo invoca el *interés difuso* subyacente en el ejercicio del derecho fundamental de toda persona a elegir a sus representantes cuya plasmación se ubica en el resultado de la elección. Y es que a través de la denuncia constitucional se pretende conjurar y reparar la alteración de los resultados de la elección a costa de la conducta tráfuga que, justamente, constituye el agravio producido al electorado.

Pero una reflexión adicional que quiero plantear aquí y que, luego, me va a permitir articular una propuesta en este trabajo (infra 4.2.2.), deriva de la siguiente inquietud: si el transfuguismo lesiona el derecho constitucional *difuso* del electorado a elegir a sus representantes y su distribución proporcional en el Parlamento, ¿cualquier ciudadano, igualmente invocando interés difuso<sup>97</sup>, puede

---

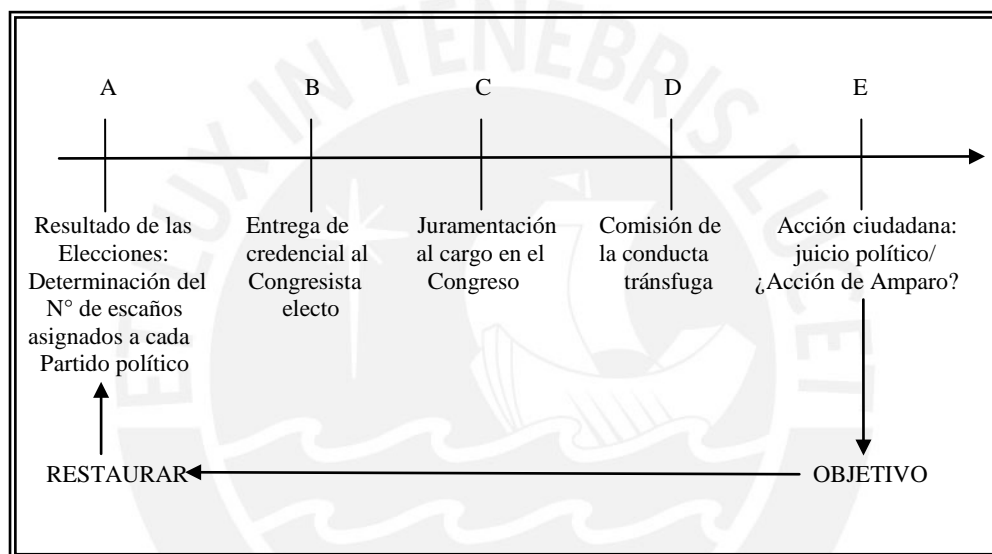
<sup>96</sup> *Ibíd*em, p. 80.

<sup>97</sup> Téngase en cuenta que el penúltimo párrafo del artículo 40° del Código Procesal Constitucional vigente señala lo siguiente: “(...) Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”. (subrayado agregado)

presentar una demanda de amparo contra el tráfuga y contra el propio Congreso de la República, al margen del *juicio político* por infracción constitucional?

Antes de absolver esta interrogante quiero reflexionar en torno a una secuencia de hechos que se producen en todo caso de transfuguismo, tal como lo muestro en el gráfico siguiente:

**Gráfico 6**  
**Antecedentes de la conducta tráfuga**  
**y sus remedios**



Repárese en el hecho que con la destitución del congresista tráfuga vía el *juicio político*, el Congreso de la República adopta una decisión de control político-jurisdiccional que, en la práctica –según se aprecia en el Gráfico 6-, restaura el resultado de la elección y mantiene la distribución de escaños cautelando, por un lado, el principio constitucional de representación proporcional y, por otro, el derecho fundamental difuso de los ciudadanos a elegir a sus representantes (y su cantidad).

Claro está que todo esto es consecuencia de la naturaleza sancionadora del juicio político que determina la destitución del tráfuga en el cargo originando su

vacancia en los términos que dispone el artículo 15° del Reglamento del Congreso de la República<sup>98</sup>.

Pero apréciase que las consecuencias prácticas de la sanción inherente al juicio político coinciden con la finalidad de restaurar la situación de hecho y de derecho existente antes que se origine la vulneración del derecho del ciudadano a elegir (proporcionalmente) a sus representantes a consecuencia de la conducta tráfuga y que es también propia del proceso de amparo constitucional porque, como es evidente -y ya me he pronunciado arduamente en este trabajo-, el transfuguismo ataca, altera, los resultados electorales.

Apréciase, además, que en aplicación de los incisos 2° y 3° del artículo 55° del Código Procesal Constitucional<sup>99</sup>, la sentencia que declara fundada una demanda de amparo no sólo ordena la restitución de las cosas al estado anterior a la violación de los derechos fundamentales vulnerados, sino que para viabilizar una orden de tal naturaleza -si se trata de actos materiales producidos por el Estado- el Juez Constitucional puede declarar la invalidez de los actos que hayan servido para instrumentalizar la vulneración de derechos.

De acuerdo a esta facultad legal del Juez Constitucional, ¿podría decirse que el demandante puede acumular a su pretensión de retornar las cosas al momento de la determinación del número de escaños asignados a cada partido político (resultado electoral), la invalidación de los actos emitidos en los puntos “B” y “C”

<sup>98</sup> Reglamento del Congreso de la República

*“Irrenunciabilidad al cargo y vacancia*

*Artículo 15°.- El cargo de Congresista es irrenunciable. **Sólo vaca por** muerte, inhabilitación física o mental permanente que impida ejercer la función y por inhabilitación superior al período parlamentario o **destitución en aplicación de lo que establece el artículo 100° de la Constitución Política**”.* (subrayado y negritas agregados)

<sup>99</sup> Código Procesal Constitucional

*“Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada*

*La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:*

*(...)*

*2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos;*

*3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación”.*

que aparecen en el Gráfico N° 6 mostrado anteriormente?. Y, es más, si se pudiera retornar en el tiempo invalidando tales actos, ¿significaría que por una vía alterna al *juicio político*, un Juez Constitucional, al invalidar los actos señalados en los puntos “B” y “C” que aparecen en el aludido Gráfico 6, podría lograr el desafuero del parlamentario tráfuga?.

Considero que las interrogantes planteadas pueden ser respondidas desde tres tesis o puntos de vista que denomino de esta manera:

- a) Tesis restrictiva: Podría argumentarse que con las reglas constitucionales actuales, no es posible recurrir al amparo para contrarrestar la conducta tráfuga.

Y es que el *juicio político* por infracción constitucional, de plena naturaleza jurisdiccional otorgada por la Constitución al propio Parlamento, implica la existencia de un *principio de reserva de competencia* -tanto en el conocimiento como en la determinación de la infracción constitucional- al Congreso de la República por el propio Constituyente. Bajo esta lógica, el Parlamento concentra el monopolio de la acción contra todo Congresista que cometa *infracción constitucional* a consecuencia de incurrir en transfugismo.

En este sentido, el *juicio político* se convierte, con las reglas actuales, en una vía procedimental específica, satisfactoria, en la defensa de los derechos y principios constitucionales vulnerados por la conducta tráfuga, lo cual determinaría la improcedencia de la demanda de amparo conforme lo prescribe el inciso 2° del artículo 5° del Código Procesal Constitucional<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Código Procesal Constitucional

“Artículo 5.- Causales de improcedencia

*No proceden los procesos constitucionales cuando:*

(...)

2. *Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.*



- b) Tesis permisiva amplia: En contrario con la tesis anterior, cabría distinguir la naturaleza y finalidades del *juicio político* y el proceso de amparo. Mientras que la naturaleza del primero es *sancionadora* (suspensión, destitución o inhabilitación hasta por diez años), la del segundo es *reparadora* porque procura restituir y tutelar los derechos fundamentales invocados por el demandante. Y en cuanto a sus finalidades, si bien es cierto el *juicio político* por infracción constitucional implica cautelar los principios y derechos reconocidos en la Constitución vulnerados por el investigado, no está concentrado en la protección de los derechos (aspecto que sí es propio del proceso constitucional de la libertad) sino en la determinación de la responsabilidad y la imposición del castigo correspondiente. Como bien lo ha dicho el Tribunal Constitucional en el fundamento 5° de la STC N° 00266-2002-AA/TC<sup>101</sup> (subrayado agregado):

“Los procesos constitucionales destinados a la tutela de los derechos fundamentales hallan su fundamento en el doble carácter de dichos derechos. En efecto, los derechos fundamentales no son solo derechos subjetivos, sino también instituciones objetivas. En esta última dimensión, los derechos fundamentales comportan valores que informan todo el ordenamiento jurídico; de ahí que su tutela y protección no sólo sea de interés para la persona titular de ese derecho, sino para la colectividad en general, pues su transgresión implica un cuestionamiento al propio ordenamiento constitucional”.

De esta manera, advirtiéndose que la naturaleza y finalidades del juicio político y del proceso de amparo son distintas, el primero no se convierte, necesariamente, en una vía idónea y específica para tutelar el derecho fundamental de quien invocando el interés difuso subyacente en el derecho de los ciudadanos a elegir a sus representantes (de acuerdo al principio de representación proporcional), accione para tutelar tales derechos. Por tanto, su naturaleza no es sancionadora como en el caso del *juicio político*.

---

<sup>101</sup> <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00266-2002-AA.html>

Ahora bien, es cierto que puede decirse que los efectos del *juicio político* y del proceso de amparo -cuando en ambos se cuestiona de inconstitucional la conducta tráfuga- es similar porque en ambos se busca el desafuero del Congresista tráfuga. Sin embargo, nuevamente la modalidad de ese desafuero es distinta porque en el primero, insisto, el desafuero constituye una sanción, una auténtica condena política porque va de la mano con la inhabilitación para ejercer cargo público hasta por diez años; sin embargo, en el segundo, el desafuero del Congresista se produce porque el inciso 2° del artículo 55° del Código Procesal Constitucional establece que la *sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: (...) 2) Declaración de nulidad de decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos constitucionales protegidos con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos; 3) Restitución o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos constitucionales ordenando que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la violación*". En ese sentido, los actos consignados en "B" y "C" del Gráfico 6 *supra* quedan contaminados, afectados por el agravio a la Constitución que importa la comisión de la conducta signada en "D"<sup>102</sup>. Consecuentemente, restituir las cosas al estado anterior a la violación de los derechos fundamentales significa preservar el resultado de las elecciones donde se determinó el número de escaños por cada partido político, es decir, preservar el acto "A" del Gráfico 6 *supra*.

Desde esta perspectiva, los efectos del proceso de amparo que aquí comento importarían también el desafuero del Congresista tráfuga, pero como correlato de la previa tutela directa de los derechos fundamentales del elector a cargo del Juez Constitucional, sin consecuencias sancionadoras de inhabilitación, propias del *juicio político* y que son ajenas a su competencia.

---

<sup>102</sup> Y es que el Congresista tráfuga recibe una credencial en virtud de haber resultado electo por un determinado Partido Político y, por ello, jura al cargo integrando determinada bancada parlamentaria. Cuando comete transfuguismo, la credencial otorgada y el juramento al cargo se contaminan de la conducta tráfuga, dado que constituyen licencias para ejercer -luego de cometido el transfuguismo- inválidamente el cargo por contrariar la Constitución.

Sin embargo, intuyo que podría surgir la pregunta: ¿afectaría el *principio de reserva de competencia* alegado en la tesis que denomino “restrictiva”?

En mi concepto, por los efectos del proceso de amparo, de ninguna manera, porque la justicia constitucional tiene una competencia y poderes propios que vinculan a todos los poderes del Estado que infrinjan derechos fundamentales. Esa es su razón –histórica- de ser: tutelar al ciudadano frente a arbitrariedades cometidas por el Estado o los particulares. Que la determinación de afectación de derechos fundamentales constituya, a su vez, una auténtica *infracción a la Constitución*, es absolutamente cierto, pero, como ya he venido diciendo, esa es una pequeña coincidencia que se aleja inmediatamente cuando analizamos la naturaleza y finalidades del proceso de amparo que son absolutamente distintas al *juicio político* que conoce el Parlamento. Por tanto, no es un cruce o usurpación de competencias del Parlamento por parte del Juez Constitucional porque el primero tiene, en el juicio político, una agenda diferente: sancionar al infractor con la suspensión, destitución o con la inhabilitación para ejercer cargo público en el futuro.

Es más, considero que la sentencia que declare fundada una demanda de amparo en los términos aquí contenidos en los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 55° del Código Procesal Constitucional que he analizado líneas arriba, podría *ordenar* (conforme lo faculta el inciso 4° del citado artículo 55°<sup>103</sup>) que el Fiscal de la Nación actúe conforme a sus atribuciones<sup>104</sup> ante el Congreso de la República contra el Congresista tráfuga vencido en el proceso de

---

<sup>103</sup> **Código Procesal Constitucional**

**“Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada**

*La sentencia que declara fundada la demanda de amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:*

(...)

4) *Orden y definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia”.*

<sup>104</sup> Esto en vista que el inciso a) del artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República señala que la denuncia constitucional se interpone a pedido de parte, específicamente, cualquier Congresista, el Fiscal de la Nación o cualquier persona directamente agraviada. No es un trámite de oficio. De allí que la sentencia podría contener la orden al Fiscal de la Nación para que formule la denuncia constitucional.

amparo, a efectos que se logre ya no su destitución, sino su inhabilitación para ejercer cargo público dentro del plazo establecido en el artículo 100° de la Ley Fundamental<sup>105</sup>.

- c) Tesis permisiva intermedia: La polémica que puede generar la tesis que denomino *permisiva amplia* va a incidir en la aparente contradicción en el *principio de reserva de competencia* que el Congreso tiene, por mandato constitucional, de determinar las *infracciones a la Constitución*, cometidas por los funcionarios de la alta jerarquía estatal, entre ellos los Congresistas.

Ya he analizado en el literal anterior que es cierto que el proceso de amparo contra la conducta tráfuga y el juicio político contra el mismo por infracción a la Constitución, coinciden en desaforar al demandado, pero en atención a naturalezas y finalidades distintas ya explicadas en la tesis anterior. De allí que, a mi juicio, no hay afectación de competencias del Parlamento en el juicio político por parte del Juez Constitucional.

Sin embargo, una vía que puede adoptar el Juez Constitucional para conciliar este posible y aparente conflicto, consiste en esta modalidad decisoria que denomino *tesis permisiva intermedia*.

Ésta tesis consiste en que el Juez Constitucional puede -de comprobar la conducta tráfuga- declarar fundada la demanda de amparo y, conforme a lo dispuesto por el inciso 1° del artículo 55° del Código Procesal Constitucional, declarar la vulneración de los derechos fundamentales afectados. Sin embargo, para el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la violación del derecho fundamental declarado en la sentencia, puede -conforme al antes citado inciso 4° del artículo 55° del Código Procesal Constitucional- ordenar

---

<sup>105</sup> Apréciase que el artículo 100° de la Constitución establece que le corresponde al Congreso “suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad”. Nótese que la redacción de la norma constitucional consigna opciones de sanción: desde la suspensión hasta la destitución e, inclusive, la inhabilitación. Por tanto, será decisión del Legislativo acumular las sanciones o aplicarlas individualmente cumpliendo el principio de proporcionalidad de penas.

remitir lo actuado al Fiscal de la Nación a efectos que actúe conforme a sus atribuciones constitucionales, esto es, formular la denuncia constitucional contra el tráfuga ante el Parlamento Nacional a efectos que se inicie el procedimiento propio del *juicio político*. Es decir, no aplica las previsiones de los incisos 2° y 3° del artículo 55° del Código Procesal Constitucional ya citados (nota a pie 99 *supra*) invalidando los actos consignados en “B” y “C” del Gráfico 6 y restituyendo las cosas al estado indicado en “A” del mismo Gráfico, sino que declara la vulneración de derechos fundamentales (*ergo*, la *infracción constitucional* está declarada judicialmente) y se limita a remitir todo lo actuado al Fiscal de la Nación para que formule la denuncia constitucional.

En mi concepto, esta *tesis permisiva intermedia* no debiera ser empleada por el Juez Constitucional por innecesaria dado que, considero, la *tesis permisiva amplia* es absolutamente válida y viable sin que se asuma usurpación de funciones constitucionales, de acuerdo a las razones antes explicadas.

No obstante, la planteo igual porque quiero dejar en claro que a mi juicio el ciudadano sí puede recurrir, siempre, al amparo, sorteando el camino del manejo político existente –naturalmente- ante el Parlamento Nacional a través del juicio político y que pueda frustrar la reparación de los resultados electorales alterados por el transfuguismo. Dependerá, pues, del Juez Constitucional que ante la duda de afectar competencias pueda optar por esta vía *intermedia* en la cual no deje de declarar la infracción constitucional por la vulneración de derechos fundamentales en su sentencia, pero remita a un órgano constitucional con atribuciones de denuncia constitucional para darle al Parlamento la oportunidad de expectorar al tráfuga.

Finalmente, voy concluyendo este Capítulo reparando en aquello que el Tribunal Constitucional dijo en el fundamento 49° de la STC N° 00013-2009-PI/TC ya citada en esta investigación. Transcribo:

“49. Al respecto este Colegiado estima que atendiendo a la función de control de la constitucionalidad que la Norma Fundamental asigna al Tribunal Constitucional sería recomendable que el Congreso de la República disponga las medidas de reforma normativa pertinentes que regulen un procedimiento abreviado y sumario en el que se faculte al Tribunal Constitucional, a pedido de parte, revisar la constitucionalidad de la medida adoptada, sobre todo si esta contiene como sanción accesoria una inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos del alto funcionario considerado como infractor de la Constitución en un juicio político, acto que de ser arbitrario sería nulo conforme lo establece el artículo 31 de la Constitución Política del Perú. De este modo se garantizaría la plena eficacia de los derechos políticos implicados sin que por el paso del tiempo su vulneración se torne en irreparable en el ámbito constitucional, dado que la inhabilitación podría limitar irrazonablemente la aspiración del acceso a la función pública como alto funcionario del Estado del ciudadano inhabilitado y con ello limitar el libre ejercicio del pueblo de elegirlo en un proceso electoral”.

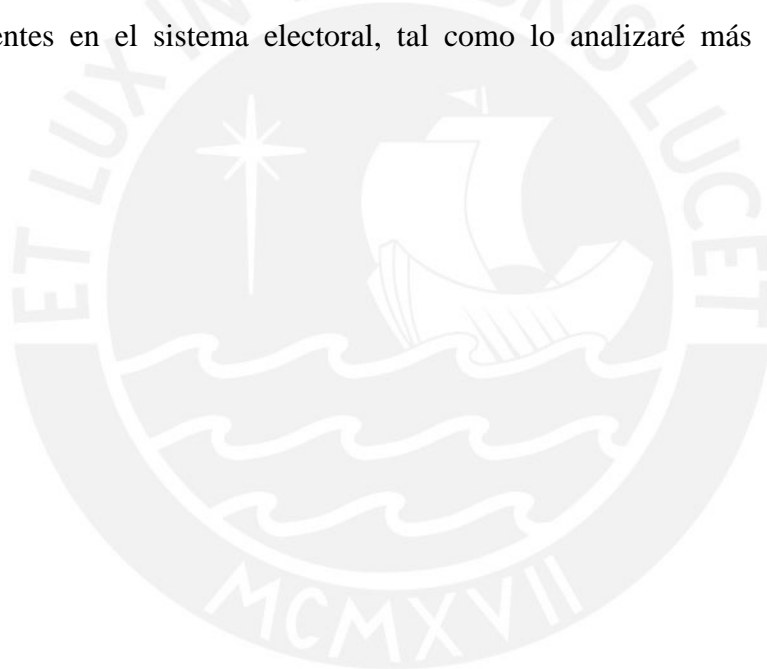
Es cierto que la propuesta de reforma legislativa que plantea el Tribunal Constitucional en esta sentencia está circunscrita a la revisión constitucional de la decisión de destitución por infracción constitucional cometida por el parlamentario desaforado en el *juicio político*<sup>106</sup>; sin embargo, apréciase que el análisis anterior sobre el proceso de amparo abre la puerta al control del propio acto tráfuga, inconstitucional, que vulnera derechos y principios constitucionales.

---

<sup>106</sup> No obstante el pedido del Tribunal Constitucional, autores como Marcial Rubio aceptan que es posible cuestionar judicialmente la destitución por infracción constitucional al afirmar que “(...) si el Congreso estableciera una de las sanciones del artículo 100° y no hubiera vía judicial para pedir tutela jurisdiccional, se podría recurrir en vía de amparo y solicitar que se restituyan los derechos constitucionales quitados. Esto, porque de acuerdo a la Constitución, una decisión política no puede conducir a dicha privación sin poder ser judicialmente contestada”. Cfr. RUBIO CORREA, Marcial: “Estudio de la Constitución Política de 1993”, Tomo IV; Lima: 1999; Fondo Editorial de la PUCP; p. 127. De la misma opinión, Jorge Santisteban de Noriega (op.cit., p. 139): “Finalmente, a nuestro juicio, todo proceso sancionatorio debe estar sujeto a revisión por parte de las autoridades jurisdiccionales en la medida en que ignore el principio de legalidad, irrespete al debido proceso o se aleje en su aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

En ese sentido, si el Contralor Supremo Constitucional, por la naturaleza de su función, reclama competencias en el control constitucional de la decisión del desafuero; con mayor razón justificaría el reclamo de competencias para conocer el origen mismo de la infracción (y su declaración) representado en la conducta tráfuga que deriva en la posibilidad del desafuero.

Ya he argumentado en las tesis *permissiva amplia e intermedia* que el Juez Constitucional, vía el amparo, tiene competencia para conocer estos asuntos. No obstante, puede fortalecerse el modelo a través de una modificación constitucional para consagrar esta vía paralela al *juicio político*, puesta al servicio de los ciudadanos, para que tutelen sus derechos y principios constitucionales subyacentes en el sistema electoral, tal como lo analizaré más adelante (infra 4.2.2.).



## CAPÍTULO IV

### UN NUEVO DISEÑO DEL CONTROL POLÍTICO JURISDICCIONAL DEL TRANSFUGUISMO

#### 4.1. Presentación

Como lo dije al momento de esbozar los planteamientos de la hipótesis que he venido desarrollando en esta investigación (*supra* 1.3.), uno de ellos consiste en fortalecer el modelo de *control político jurisdiccional* del transfuguismo.

Con tal propósito planteo dos alternativas: (i) crear un procedimiento *especial, ad hoc*, del *juicio político por infracción constitucional* aplicable a los casos de transfuguismo, el cual deberá distinguirse de las propuestas de *vacancia* planteadas en las iniciativas legislativas que actualmente se han presentado en el Parlamento Nacional, además de establecer que éste puede ser promovido a pedido de parte por cualquier ciudadano sin necesidad de demostrar *interés directo* e invocar *interés difuso* por la naturaleza del derecho fundamental a elegir a sus representantes; y, (ii) crear una vía paralela al *juicio político* denominada *proceso declarativo de infracción constitucional*, de instancia única, tramitado y conocido por el Tribunal Constitucional, lo cual merecería modificación de los artículos 100° y 202° de la Constitución vigente. De esta manera, se crearía una vía puesta al servicio de los ciudadanos para que tutelen sus derechos y principios constitucionales subyacentes en el sistema electoral vulnerados por la conducta tráfuga.

Esto lo trataré seguidamente (*infra* 4.2.) para luego culminar mis propuestas con aquellas complementarias al modelo de control político jurisdiccional del transfuguismo planteado en esta investigación que permitan *prevenir* la ocurrencia de las conductas tráfugas a nivel institucional desde el punto de vista de las *políticas públicas legislativas*. Para ello, planteo la eliminación del voto



preferencial, la institucionalidad de los Planes de Gobierno, la regulación de las bancadas parlamentarias y la renuncia al cargo de Congresista (*infra* 4.3.).

Entraré de lleno en materia.

#### **4.2. Fortalecimiento del modelo de *control político jurisdiccional* del transfuguismo**

En mi concepto, fortalecer el modelo de *control político jurisdiccional* del transfuguismo actualmente existente y que lo identifico en el denominado *juicio político* previsto en los artículos 99° y 100° de la Constitución; pasa por proponer mecanismos más efectivos y eficientes que permitan hacer realidad dicho control.

Debido a la búsqueda de esa efectividad y eficiencia es que considero útil proponer, por un lado, el mejoramiento del trámite del *juicio político*, creando una vía especial, *ad hoc* para los casos de transfuguismo; y, por otro, crear un proceso judicial *alternativo* al *juicio político*, que esté fuera del Parlamento, y que persiga el mismo propósito: la declaración del transfuguismo como infracción constitucional. Éste proceso (que importaría modificaciones en la Constitución) estaría a cargo del Tribunal Constitucional y cuyo efecto sería también la destitución del Congresista tráfuga.

Desarrollaré, a continuación, ambas propuestas.

##### **4.2.1. El juicio político *especial* para los casos de transfuguismo y su distinción con las propuestas de *vacancia* del cargo de Congresista**

De acuerdo a todo lo tratado en esta investigación, he podido exponer y justificar las razones por las cuales considero que la conducta tráfuga infringe principios y derechos constitucionales y, por consiguiente, es susceptible de ser declarada como *infracción constitucional*.

La Constitución que hoy nos rige, en sus artículos 99° y 100° consagra una vía para tal declaración: el *juicio político*. Y el juicio político prevé un procedimiento en el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República que contempla los siguientes pasos:

- ✓ La presentación de la denuncia constitucional, la cual puede ser presentada por Congresistas, el Fiscal de la Nación o cualquier ciudadano *directamente agraviado*,
- ✓ La admisión a trámite de la denuncia por parte de la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República (“SCAC”),
- ✓ La aprobación del plazo de duración de la investigación por parte de la Comisión Permanente,
- ✓ El trámite de investigación por parte de la SCAC,
- ✓ La elaboración del informe final por parte de la SCAC,
- ✓ La aprobación del informe final por la Comisión Permanente. Si el informe es acusatorio y la Comisión Permanente lo aprueba, designa una Sub Comisión Acusadora,
- ✓ La aprobación de las reglas del debate de acusación constitucional ante el Pleno por parte del Consejo Directivo,
- ✓ El debate y votación de la acusación en el Pleno del Congreso.

El tercer párrafo del inciso i) del artículo 89° del Reglamento del Congreso dispone:

“El acuerdo aprobatorio de sanción de suspensión, inhabilitación o destitución por infracción constitucional, en un juicio político previsto en el primer párrafo del artículo 100° de la Constitución, se adopta con la votación favorable de los 2/3 del número de miembros del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, siguiendo el principio de razonabilidad señalado por la Comisión de Constitución y Reglamento en su Informe presentado el 27 de enero del 2004 y aprobado por el Pleno del Congreso el 28 de enero del mismo año. En este caso, la aplicación de la sanción impuesta por el Congreso es inmediata”.

Como se aprecia, todos los pasos que contempla el procedimiento actual establecido en el artículo 89° del Reglamento del Congreso se resumen en las siguientes etapas:

1. Postulatoria (denuncia y calificación de admisibilidad);
2. Investigatoria (desarrollo de la investigación y preparación del informe final por parte de la SCAC);
3. Acusatoria (aprobación del informe final de la SCAC por la Comisión Permanente y preparación de la sustentación de la acusación por la Sub Comisión Acusadora); y,
4. Decisoria (debate y votación en el Pleno)

En las tres primeras, la instrucción es llevada a cabo por la SCAC con la supervisión y aprobación de ciertos actos por la Comisión Permanente, mientras que en la cuarta interviene el Pleno quien es el que decide, lo cual guarda relación con aquello que disponen los artículos 99° y 100° de la Constitución (subrayado agregado):

**“Artículo 99.- Acusación por infracción de la Constitución**

Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas”.

**“Artículo 100.- Ante-Juicio Constitucional**

Corresponde al Congreso, sin participación de la Comisión Permanente, suspender o no al funcionario acusado o inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra responsabilidad.

El acusado tiene derecho, en este trámite, a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso. (...)”

Sin embargo, en la actualidad existen propuestas como aquella contenida en el Proyecto de Ley N° 00173/2011-CR presentado por la bancada de Alianza por el Progreso, cuya autoría es del Congresista Alberto Beingolea y suscrito por sus compañeros de bancada Luis Iberico, Juan Carlos Eguren, Luis Galarreta, Marisol Pérez Tello y Enrique Wong, que crea el procedimiento de *vacancia* en el cargo de Congresista por incurrir en transfuguismo.

Para tal efecto, la iniciativa legislativa plantea modificar el artículo 15° del Reglamento del Congreso incorporando el transfuguismo “declarado por el Congreso” como una causal más de *vacancia* en el cargo; y la incorporación del artículo 89-B° en el mismo Reglamento creando las reglas que seguiría el procedimiento para declarar la *vacancia* por la incursión en dicha causal.

No obstante, la propuesta, a mi juicio, incurre en algunas infracciones de lo dispuesto por los actuales textos vigentes de los citados artículos 99° y 100° de la Constitución que la invalidan por completo debido a las razones siguientes:

1. Pese a que en la exposición de motivos del proyecto y en la propuesta de incorporación del artículo 42° en la Ley de Partidos Políticos, se conceptúa el transfuguismo como un acto “*que afecta el principio de representación popular*”<sup>107</sup>, no se reconoce que tal afectación constituye una *infracción constitucional*.
2. El no reconocimiento (por error u omisión del autor del proyecto) de que el transfuguismo constituye una infracción constitucional, determina que se haya propuesto un procedimiento de *vacancia* del Congresista tráfuga,

---

<sup>107</sup> Dicho en términos más apropiados y a los que me he referido en el contenido de esta investigación: el principio constitucional de *democracia representativa* y su correlato el principio de *representación proporcional*.

paralelo al *juicio político por infracción constitucional* que actualmente establecen los artículos 99° y 100° de la Constitución. No se toma en consideración que la *vacancia* –en aplicación estricta de los dispositivos constitucionales– simplemente es la consecuencia de la destitución en el cargo por el Pleno del Congreso, como expresamente lo establece el artículo 100° de la Constitución.

3. Así, la *vacancia* no es una figura *per se*, autónoma en sí misma, sino que deriva de previas declaraciones del propio Parlamento amparadas en causas externas (ajenas a la conducta del Congresista<sup>108</sup>) o internas (referidas a la conducta del Congresista<sup>109</sup>), tal como expresamente lo señala el artículo 15° del Reglamento<sup>110</sup>.
4. Finalmente, al incurrir en este error u omisión fundado en las razones antes expuestas, el Proyecto de Ley crea un procedimiento que excluye (inconstitucionalmente) la participación de la Comisión Permanente y concentra todo el procedimiento en el Pleno del Congreso.

Y entrando aún más en materia, planteo mi propuesta: sugiero crear un trámite de juicio político *especial, ad hoc*, para los casos de transfuguismo.

De esta manera, el artículo 89° del Reglamento contemplaría el trámite del juicio político *ordinario*, mientras que –al igual que el proyecto Beingolea– incorporaría el artículo 89-B° que crea el procedimiento o trámite *especial* del *juicio político por infracción constitucional* en los casos de transfuguismo.

<sup>108</sup> Muerte o inhabilitación física o mental permanente.

<sup>109</sup> Inhabilitación superior al periodo parlamentario o destitución en aplicación de lo que establece el artículo 100° de la Constitución.

<sup>110</sup> Reglamento del Congreso de la República

**“Irrenunciabilidad al cargo y vacancia**

**Artículo 15°.**– El cargo de Congresista es irrenunciable. Sólo vaca por muerte, inhabilitación física o mental permanente que impida ejercer la función y por inhabilitación superior al período parlamentario o destitución en aplicación de lo que establece el artículo 100° de la Constitución Política”

Habrían, pues, dos procedimientos para el *juicio político por infracción constitucional*: uno ordinario y el otro *especial, ad hoc*, para los casos de transfuguismo.

¿Porqué un trámite especial?

Para mí, debe tratarse de un procedimiento simplificado porque los casos de transfuguismo no requieren de mayor actividad probatoria. En esta investigación he analizado los casos que, en mi opinión, son claramente sancionables por la vulneración de principios y derechos constitucionales (supra 3.2.1., 3.2.2.a). Y, cuando se implemente la regulación del régimen de bancadas parlamentarias, los casos de transfuguismo solapado e inverso, podrán ser susceptibles de un rápido y efectivo control.

Por tanto, se trata de casos de puro derecho.

En ese sentido, el trámite especial contemplaría el siguiente procedimiento:

1. Presentación de la denuncia constitucional con los mismos requisitos establecidos para el trámite ordinario del juicio político actualmente establecidos en el artículo 89° del Reglamento del Congreso, ante la Comisión Permanente;
2. Admisión a trámite mediante la aprobación de un informe acusatorio determinando la infracción constitucional por comisión de transfuguismo, ordenando el traslado de la denuncia y el informe aprobado por la Comisión Permanente al Congresista denunciado, remitiendo lo actuado al Consejo Directivo para su inclusión en la agenda del Pleno del Congreso;
3. Sustentación del informe acusatorio por un representante designado por la Comisión Permanente ante el Pleno; defensa del acusado, debate y votación

sobre la aprobación del informe acusatorio con el quórum exigido en el trámite ordinario previsto en el artículo 89° del Reglamento del Congreso.

Con la creación de éste procedimiento sumario, no habría necesidad de cambiar el tenor de los artículos 99° y 100° de la Constitución, ni el artículo 15° del Reglamento del Congreso (como equivocadamente, a mi juicio, lo plantea el Congresista Beingolea). Sería más abreviado, observaría la presencia de la Comisión Permanente como lo manda la Constitución, y permitiría el rápido debate en el Pleno del Congreso, evitando las dilaciones innecesarias para combatir, efectivamente, éste problema.

Sin embargo, advierto un asunto práctico que merece ser tratado: qué sucedería con el concurso de infracciones. Y es que, a mi juicio, el transfuguismo permite el concurso de la infracción constitucional con la comisión del delito de abuso de autoridad.

Santisteban de Noriega alega que primero debe conocerse la materia “punitiva-jurisdiccional” para que con posterioridad el Congreso se avoque a la función “político-punitiva”<sup>111</sup>.

En mi concepto y como ya lo he tratado hasta aquí, si bien la conducta tráfuga impacta en la vulneración de principios y derechos constitucionales, tal impacto hace que dicha conducta se inserte en la figura penal del delito de abuso de autoridad. Es una suerte de *concurso ideal* (como lo llamarían los penalistas) o, si se quiere, de *acumulación* de pretensiones (como lo llamarían los procesalistas), puesto que la infracción constitucional, tramitada en el juicio político conlleva a la destitución e inhabilitación en el cargo; mientras que la comisión de delito en el

---

<sup>111</sup> *Ibíd*em, p. 132. “(...) la naturaleza jurídica autónoma de la infracción constitucional frente a la comisión de delitos no debe entenderse como totalmente desligada de la concurrencia de dicha “falta política” con delitos debidamente calificados por el Código Penal. Ante tal sumatoria de inconductas (políticas y delictivas) corresponderá que el Poder Judicial se avoque primeramente a conocer la materia punitivo-jurisdiccional –en el lenguaje de la sentencia del Tribunal Constitucional- para que, con posterioridad, el Congreso se aplique a cumplir la función político-punitiva que de manera residual pueda corresponderle a este último”.

ejercicio de la función parlamentaria, tramitada en el antejuicio, abre las puertas al procesamiento judicial a mérito de la denuncia penal del propio Poder Legislativo.

Como ya lo dije cuando traté la figura del delito de abuso de autoridad (supra 3.3.), la *desnaturalización y/o extralimitación de la función pública* que conlleva a la comisión de actos *arbitrarios* como elementos objetivos del delito, se ven materializados en la determinación previa de la *infracción constitucional*. Dicho en otras palabras, sólo calificando la conducta tráfuga como infractora de la Constitución es que tal declaración permitirá dar fundamento a la acusación por comisión de delito de abuso de autoridad.

Y es que como lo traté en su oportunidad, cuando el Congresista electo por un grupo político para desempeñar función parlamentaria, renuncia a dicho grupo para ejercer esa función en un grupo político-parlamentario distinto, inmediatamente desnaturalizó tal función, la extralimitó *per se* y, a su vez, el ejercicio de dicha función (desnaturalizada, extralimitada) es lo que determina la arbitrariedad que se materializa cada vez que el congresista la ejerce en cualquiera de sus ámbitos (control político, legislativo, representativo) integrando ese grupo político distinto al cual fue electo.

Es por estas razones que considero inadecuado que el denunciante opte por la acusación constitucional contra el tráfuga por la comisión del delito de abuso de autoridad sin incluir la comisión de infracción constitucional, puesto que requeriría, siempre, de la previa tramitación de una acusación por infracción constitucional. Lo adecuado es presentar la denuncia por ambos cargos<sup>112</sup> o, cuando menos, por la infracción constitucional individualmente<sup>113</sup>. Así, si fuera acumulada por ambos cargos y el Pleno aprobara la acusación, se produciría la

---

<sup>112</sup> Y la acumulación en nada impediría que se tramite la denuncia constitucional por la vía *especial* que aquí propongo.

<sup>113</sup> Si el denunciante optara sólo por acusar al tráfuga por infracción constitucional, sin hacer mención alguna a la comisión del delito de abuso de autoridad, nada impediría que luego de culminado el procedimiento especial del juicio político (favorable a la denuncia), pueda iniciar el antejuicio por comisión del referido delito que abra paso al proceso judicial correspondiente.



destitución, la inhabilitación del tráfuga y, a su vez, daría pie a la denuncia penal ante la Fiscalía de la Nación.

#### **4.2.2. El proceso declarativo de infracción de la Constitución ante el Tribunal Constitucional**

Sin lugar a dudas, el juicio político por infracción constitucional -al margen que su naturaleza jurídica sea *jurisdiccional* por el poder que ostenta (destitución del sancionado)- constituye una instancia política en tanto es conocido por el propio Parlamento.

A mi juicio, el problema de que sea una instancia política genera una limitación al control ciudadano, puesto que más allá que la denuncia constitucional pueda ser planteada por cualquier persona (y que en el caso del transfuguismo estaría en condiciones de acreditar ser agraviado directo por invocación del *interés difuso*, como ya lo he argumentado antes) y que, además, el proceso pueda ser más expeditivo de acuerdo a mi propuesta de crear un procedimiento *ad hoc*; nada impide que el trámite de la denuncia siga la suerte de la *voluntad política* de los parlamentarios de llevar adelante el *juicio político* y no incurrir en la tentación de dilatarlo, justamente, por negociaciones políticas.

En mi concepto -y como ya me encargué en su oportunidad de analizar el tema (*supra* 3.1.)- la *infracción constitucional* importa un análisis jurídico de la conducta infractora que entraña, indudablemente, connotaciones políticas. Aquello que el Tribunal Constitucional concibe como “faltas políticas” son, en puridad, cuestiones jurídicas porque nada más político, nada más jurídico, que los principios y derechos que subyacen a la Carta Fundamental.

Se trata, pues, de un *análisis técnico* que en un *juicio político* sería dilucidado por un ente político como lo es el Parlamento Nacional.

Y justamente por su carácter técnico es que nace esta propuesta de crear una vía paralela al juicio político parlamentario que asegure dos cosas: control ciudadano efectivo y eficaz (sin dilaciones indebidas), por un lado, rigurosidad en el análisis técnico, jurídico, por otro.

En cuanto al control ciudadano, ésta vía sería un nuevo proceso constitucional que he denominado *proceso declarativo de infracción de la Constitución*, promovido a pedido de parte por cualquier ciudadano que invoque la infracción de los principios de democracia representativa, representación proporcional y la afectación de su derecho fundamental a elegir a sus representantes, los cuales estarían afectados –en conjunto– por la conducta tráfuga del parlamentario demandado. No sería un amparo porque sería de instancia única (como lo es el proceso de inconstitucionalidad o de conflicto competencial en la actualidad) ante el Tribunal Constitucional que en su calidad de Supremo Contralor de la Constitucionalidad sería el ente encargado –por excelencia– de conocer este proceso. Con su participación aseguraríamos el análisis técnico de la *infracción constitucional* denunciada y, claro está, importaría la improcedencia de cualquier demanda de amparo en los términos que analicé anteriormente (supra 3.4.) y que, considero, resulta viable en la actualidad, ya que existiría una vía idónea y específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes en forma proporcional, determinando la inexorable aplicación del inciso 2° del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

La creación de un proceso constitucional de ésta naturaleza conllevaría a realizar una modificación de los artículos 100° y 202° de la Constitución vigente.

En el caso del artículo 100° de la Constitución se agregaría un párrafo final al texto actual que indique que la destitución en el cargo del Congresista tráfuga podrá realizarse, también, por sentencia del Tribunal Constitucional que declare fundada la demanda de *infracción constitucional* por transfuguismo que sea demandada con arreglo a lo dispuesto por el artículo 202° de la *Magna Lex*. Y es

que, como correlato, se incorporaría el inciso 4° al artículo 202° indicando que corresponde al Tribunal Constitucional conocer, en instancia única, el *proceso declarativo de infracción de la Constitución*. Asimismo, la particularidad del trámite del proceso podría detallarse en el Código Procesal Constitucional y en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, respectivamente.

Aquí cabe hacer algunas precisiones complementarias.

En primer lugar, si vía juicio político por infracción constitucional se absolvió a un parlamentario acusado de transfuguismo, no cabe el empleo del proceso constitucional *declarativo de infracción de la Constitución* para lograr el desafuero. La decisión adoptada por el Parlamento debe surtir los efectos de cosa juzgada, irrevisable. Y a la inversa: si el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda promovida en el *proceso declarativo de infracción de la Constitución* por transfuguismo y ordena el desafuero, su sentencia tiene la calidad de cosa juzgada e irrevisable por el Parlamento Nacional, sin perjuicio que pueda abrirse – con posterioridad- el *antejuicio* por comisión del delito de abuso de autoridad. Aquí cabe precisar respecto a éste último aspecto que en éste proceso constitucional no sería acumulable la denuncia por comisión de delito, ya que se mantendría la atribución del Parlamento de conocer esta acusación que -como ya lo he dicho antes (supra 4.2.1.)- se tramitaría por la vía especial, ad hoc para casos de transfuguismo.

En segundo lugar, me pregunto qué sucedería si paralelamente se encuentran abiertos un juicio político ante el Parlamento y un proceso declarativo de infracción constitucional ante el Tribunal Constitucional contra un congresista tráfuga. Considero que en esos casos debe proceder la litispendencia vía excepción en cualquiera de esas vías. De esta manera, el Tribunal Constitucional debe inhibirse de continuar conociendo el proceso declarando fundada la excepción y viceversa: el Parlamento debe inhibirse de continuar conociendo el juicio político si existe un proceso declarativo de infracción de la Constitución ante el Tribunal Constitucional.

Considero que con esta propuesta se cerraría el círculo de combate frontal contra el transfuguismo que serviría no sólo como complemento del *juicio político* en los fines de constituir herramientas efectivas contra la agresión constitucional que implica el transfuguismo, sino que serían también herramientas *disuasivas* para evitar la quiebra de la voluntad popular.

### 4.3. Las reformas complementarias

Como lo dije al inicio de éste capítulo (supra 4.1.), considero importante proponer algunas medidas complementarias al modelo de control político jurisdiccional del transfuguismo desarrollado en esta investigación (supra 4.2.) que permitan *prevenir* la ocurrencia de las conductas tráfugas a nivel institucional desde el punto de vista de las *políticas públicas legislativas*.

Y es que coincido con lo planteado por Martín Tanaka<sup>114</sup>, en el sentido que

“(…) de lo que se trata es de elevar las barreras de entrada al sistema político, hacer exigente el mantenerse en el sistema y hacer expeditiva la salida por medio de controles y sanciones efectivas, para así depurarlo de actores sin respaldo ciudadano (…) incentivar la convergencia de esfuerzos para entrar al escenario político, de modo que se limite el espacio para opciones meramente personalistas. (…) urge atender la manera en que los congresistas son elegidos, dado que esto afecta decisivamente la disciplina de los grupos parlamentarios. Por ello, cuatro medidas son clave: eliminar el voto preferencial (que debe ser acompañada por mecanismos efectivos de democracia interna); sancionar el transfuguismo mediante la pérdida de la representación y así fortalecer el funcionamiento del Congreso sobre las bancadas; hacer muy fuerte, estricta y expeditiva la sanción a los congresistas por violaciones al código de ética parlamentaria, tema particularmente sensible para la opinión pública; y profesionalizar más el

---

<sup>114</sup> TANAKA, Martín: “El sistema de partidos “realmente existente” en el Perú, los desafíos de la construcción de una representación política nacional y cómo enrumbar la reforma política”; En: *Economía y Sociedad* 72; CIES, septiembre 2009, pp. 60-61.

funcionamiento del Congreso, fortaleciendo el trabajo de los asesores parlamentarios sobre la base de bancadas y a partir de un número más funcional y estable de comisiones”.

Por eso, como reformas complementarias a aquellas formuladas en esta investigación en materia de control político jurisdiccional del transfuguismo, planteo la eliminación del voto preferencial, la institucionalidad de los Planes de Gobierno, la regulación de las bancadas parlamentarias y la renuncia expresa al cargo de Congresista.

Estas medidas, sumadas a aquellas que propongo para fortalecer el modelo de control político jurisdiccional del transfuguismo (*supra* 4.2.), permitirán fortalecer nuestra democracia en la participación de partidos políticos más sólidos y sanos en su democracia interna que reflejen la voluntad popular, cumpliendo el rol que la Constitución y la democracia moderna les ha asignado.

#### **4.3.1. Eliminación del voto preferencial**

Cuando traté el tema de si el Congresista es o no dueño de su escaño (*supra* 2.3.b), señalé que el reconocimiento de los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional resultan medulares para poner las cosas en su sitio y no caer en el erróneo criterio de que prima la elección de personas antes que los partidos que, justamente, dichas personas integran.

Y es que, citando a Sartori decía que en los sistemas de voto preferencial todos los votos van para la lista del partido lo cual genera que la lista de candidatos sea una característica esencial de la representación proporcional que se presenta de dos formas: *bloqueadas*, cuando no se puede modificar el orden ni el nombre de los candidatos, y *abierta*, donde se desarrolla el sistema de voto preferencial.

Por ello, sostuve que -en mi opinión- una distorsionada lectura del voto preferencial (en el sentido que éste le otorga titularidad del escaño al Congresista preferido) es, a su vez, causa de distorsión de los aludidos principios

constitucionales y coadyuva al debilitamiento de los partidos y la quiebra de la voluntad popular<sup>115</sup>. De allí que su necesidad de eliminación, como bien anota Jhon Crabtree

“fomentaría la unidad partidaria y así ayudaría, de paso, a la disciplina interna (...) El sistema tiende a promover una lucha partidaria interna, ya que los candidatos individuales dentro de la lista compiten entre sí por la obtención de los votos. Una instancia en la que esto se vio claramente fue la elección de 1990, cuando los candidatos individuales del Frente Democrático, el partido de Mario Vargas Llosa, gastaron sumas desproporcionadas de dinero para competir con los otros candidatos de su propia lista”<sup>116</sup>.

En esa misma línea, Fernando Tuesta Soldevilla<sup>117</sup> afirma:

“El voto preferencial debe ser eliminado. Su popularidad ante la opinión pública no debe evitar esta medida cuyo impacto ha sido perverso en una representación política, que combina fraccionamiento y baja cohesión partidaria.

Después de treinta años de haber sido implementado, se ha demostrado que el voto preferencial desata una inevitable lógica fratricida y perversa en cada partido. Es así que cada candidato, al necesitar ganar más votos que los compañeros de su propio partido, debe diferenciarse de ellos, convirtiéndose en competencia interna allí donde debería haber colaboración.

<sup>115</sup> Martín Tanaka, sobre el particular, afirma lo siguiente: “*No se modificó de manera sustancial la manera en que los representantes son elegidos (principalmente, voto preferencial), con lo que la debilidad interna de las listas partidarias se mantiene. Esto último se expresa elocuentemente en la fragmentación y escasa disciplina de los grupos parlamentarios*” (subrayado agregado). Op.cit., p. 55.

<sup>116</sup> CRABTREE, Jhon: “Partidos Políticos e intermediación en el Perú”; En: “Construir instituciones: democracia, desarrollo y desigualdad en el Perú desde 1980”; Lima: 2006; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Instituto de Estudios Peruanos; p. 45.

<sup>117</sup> TUESTA SOLDEVILLA, Fernando: “Una lógica perversa (a propósito de eliminar el voto preferencial)”; En: *Polítika*, blog de Fernando Tuesta Soldevilla; Cfr. <http://blog.pucp.edu.pe/fernandotuesta/una-logica-perversa-proposito-de-eliminar-el-voto-preferencial>

El candidato debe llamar la atención haciendo cualquier cosa para conseguir que lo observen en un mar de candidaturas --como en el 2006, cuando 2.800 realizaron campañas individuales de 24 partidos--, ya de por sí alto.

(...) difícilmente un sistema partidista frágil puede reconstituirse siendo más vulnerable a la indisciplina partidaria y al transfuguismo, por lo que no es raro que la gran mayoría de los que estuvieron involucrados en escándalos sean hijos del voto preferencial.

En consecuencia, se requiere eliminar el voto preferencial e implementar el sistema de lista cerrada”.

Coincido con todos los autores citados sobre la necesidad de abolir el voto preferencial por las razones ya expuestas, además que --como bien anota Valladares Molleda- el voto preferencial ha estimulado *“liderazgos personales que no han potenciado sino más bien socavado la fortaleza y cohesión de los partidos”*<sup>118</sup>.

Y lo propio con el Dictamen favorable recaído en los Proyectos de Ley N° 1353/2006-CR y 1275/2006-CR que propone modificar el artículo 21° de la Ley Orgánica de Elecciones eliminando el voto preferencial, emitido por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República que lastimosamente no logró ser aprobado en la sesión del Pleno del Congreso el 21 de mayo de 2009<sup>119</sup>.

Pese a que se reconsideró la votación sobre esta propuesta legislativa y se logró un Acuerdo de Junta de Portavoces para un nuevo debate plenario el 8 de junio de 2011, no pudo volver a ser discutido, por lo que culminó el quinquenio congresal 2006-2011 sin poder aprobarse<sup>120</sup>.

---

<sup>118</sup> VALLADARES MOLLEDA, Jorge: “Razones, nociones y opciones básicas para la Reforma Electoral en el Perú”; Lima: 2004; Biblioteca de la Reforma Política N° 5, Asociación Civil Transparencia – IDEA, p.17.

<sup>119</sup> Cfr. <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>

<sup>120</sup> En el actual quinquenio congresal 2011-2016, el Congresista Javier Bedoya De Vivanco de la bancada de Alianza por el Progreso ha vuelto a presentar la propuesta mediante el proyecto N°

Sin embargo, el sistema de lista cerrada tiene también sus puntos en contra que merecen ser revisados.

En efecto, la Red especializada de conocimientos electorales ACE<sup>121</sup> anota lo siguiente:

“En la mayoría de los sistemas de RP [representación proporcional] por lista en el mundo, estas son cerradas, es decir, el orden de los candidatos es determinado por los partidos y los electores no pueden expresar su preferencia por alguno de ellos. El sistema instituido para las primeras elecciones democráticas en Sudáfrica fue un buen ejemplo de lista cerrada (ver Sudáfrica: Sistemas Electorales y Manejo de Conflictos). La papeleta contenía los nombres y símbolos de los partidos y una foto de su líder, pero no el nombre de los candidatos en lo individual. Los votantes simplemente escogían al partido de su preferencia, de esa manera el candidato individual que resultaba elegido era el predeterminado por los partidos. Esto implicaba que los partidos podían incluir algunos candidatos (tal vez miembros de minorías étnicas, grupos lingüísticos o mujeres) que de otra forma podrían haber tenido dificultad de ser elegidos.

Un aspecto negativo de las listas cerradas es que los votantes no tienen capacidad para determinar quién será el representante de su partido. Las listas cerradas son generalmente insensibles a los cambios ocurridos en el entorno. Por ejemplo, en las elecciones de pre-unificación en Alemania del Este de 1990, el candidato que encabezaba la lista de un partido fue señalado como informante de la policía secreta justo cuatro días antes de la elección, por lo que fue inmediatamente expulsado del partido, pero como se trataba

---

09/2011-CR el cual, a la fecha de elaboración de esta investigación, se encuentra en estudio en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso.

<sup>121</sup> En 1998, IDEA, IFES y UNDESA establecieron el Proyecto ACE (Administración y Costo de Elecciones). La actual Red especializada de conocimientos electorales es un esfuerzo en el que colaboran nueve organizaciones: IDEA, EISA, Elecciones Canadá, el Instituto Federal Electoral (IFE), IFES, UNDESA, PNUD y la División de Asistencia Electoral de Naciones Unidas (UNEAD, por sus siglas en inglés). La Comisión Europea es un ex miembro ex officio. *Cfr.* <http://aceproject.org/about-es>



de listas cerradas, los electores tuvieron que votar por él si querían apoyar a su partido.

Muchos de los sistemas de RP de Europa continental utilizan listas abiertas, en las cuales los votantes pueden indicar no sólo su partido, sino también su candidato favorito dentro de ese partido. En la mayoría de estos sistemas, el voto para un candidato así como para un partido es opcional y, debido a que la mayoría de los electores votan por el partido y no por los candidatos, la opción de elegir candidatos en la papeleta tiene poco efecto. Pero en algunos casos (Finlandia es uno, ver Finlandia: Selección de Candidatos y Proporcionalidad Partidista) esta elección tiene una gran importancia ya que los electores deben votar por candidatos, y el orden en que los candidatos son electos está determinado por el número de votos individuales que reciben.

Si bien este modelo le brinda a los votantes una mayor libertad en la elección de sus candidatos, también genera efectos secundarios no muy deseables. Dado que los candidatos dentro del mismo partido compiten efectivamente entre sí por los votos, esta forma de lista abierta puede producir conflictos y fragmentación inter-partidarias. También puede revertir los beneficios potenciales partidistas de presentar listas con fórmulas de candidatos diversos. Por ejemplo, en elecciones de RP por listas abiertas en Sri Lanka, los intentos de los grandes partidos srilaneses por incluir candidatos tamiles minoritarios en posiciones de triunfo potencial dentro de sus listas fueron anulados porque muchos de los electores votaron deliberadamente por candidatos srilaneses colocados en posiciones más bajas en el orden de las listas, ver Sri Lanka: Cambios para Acomodar la Diversidad.

Algunos otros dispositivos son usados en pequeñas jurisdicciones para agregar mayor flexibilidad a los sistemas de lista abierta. En Luxemburgo y Suiza (ver Suiza), los electores tienen tantos votos como escaños a ocupar y los pueden distribuir entre los candidatos de una sola lista de partido o entre varias listas diferentes, como ellos lo deseen. Tanto la posibilidad de votar por más de un candidato en diferentes listas de partidos (a lo que se le conoce como "panachage"), como la de emitir más de un voto por un solo

candidato (práctica a la que se puede denominar voto "acumulativo"), le brindan una medida adicional de control al elector y ambas son catalogadas aquí como sistemas de listas abiertas”<sup>122</sup>.

Sin embargo, como bien anota Valladares Molleda<sup>123</sup>

“Dentro de los sistemas de representación proporcional que existen en el mundo, la lista bloqueada es la forma más usada (IDEA, 2000). En América Latina, además del Perú, la fórmula de listas no bloqueadas se utiliza en Brasil y Panamá (Payne y otros, 2003, pp. 108 y 109). Si bien la primera limita la capacidad del elector de influir sobre la decisión del partido, permite que los partidos aseguren la elección de candidatos con escasa popularidad personal o de grupos sociales minoritarios (IDEA, 2000; Nohlen, 1998). Además, se ha advertido que como consecuencia de estas formas "personalizadas" del sufragio "el electorado puede exigir responsabilidad individual a sus representantes y éstos saben que su reelección depende, en buena medida, de lo satisfechos que estén sus representados, y no sólo de su ubicación interna en el partido" (Molina, 2000, p. 60).

En contrapartida, las formas no bloqueada y abierta si bien permiten mayor influencia del elector, generan competencia y fragmentación al interior de cada lista (IDEA, 2000, p. 100), así como fomentan la independencia del candidato frente al partido (Nohlen 1998)”.

Reproduzco el Cuadro elaborado en el Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso que me parece de suma importancia para observar la opción por los sistemas de listas cerradas, bloqueadas y listas abiertas<sup>124</sup>:

---

<sup>122</sup> Cfr. <http://aceproject.org/main/espanol/es/esg03.htm>

<sup>123</sup> *Ibíd*em, p.33.

<sup>124</sup> *Ibíd*em, p. 5

<b>Cuadro N° 1</b>	
<b>País</b>	<b>Tipo de candidatura</b>
Argentina	Lista cerradas, bloqueadas
Bolivia	Candidatos en distritos uninominales y listas cerradas bloqueadas
Brasil	Listas cerradas, desbloqueadas
Chile	Un voto por candidato
Colombia	Listas cerradas, bloqueadas
Ecuador	Listas abiertas
Paraguay	Listas cerradas y bloqueadas
Venezuela	Candidato en Circunscripción uninominal y listas cerradas, bloqueadas
Perú	Listas cerradas y desbloqueadas (dos votos preferenciales, excepto en la circunscripción uninominal).
Uruguay	Listas cerradas, bloqueadas
Costa Rica	Listas cerrada y bloqueadas
El Salvador	Listas cerradas, bloqueadas
Guatemala	Listas cerradas, bloqueadas
Honduras	Listas cerradas, bloqueadas
México	Candidato en distrito uninominal y listas cerradas, bloqueadas
Nicaragua	Listas cerradas, bloqueadas
Panamá	Listas cerradas, bloqueadas
Republica Dominicana	Listas cerradas, bloqueadas

Fuente: Payne, Mark y otros. "La Política Importa". Banco Interamericano de Desarrollo, New Cork, 2003. pp. 108-109.

Y agrega algo más el dictamen citado que me parece sumamente importante reproducir<sup>125</sup> (subrayado agregado):

<sup>125</sup> Ibídem, p. 6.

“Parece ser de consenso la afirmación que las listas cerradas y bloqueadas contribuyen a reforzar el control partidario en la medida en que es el partido el que organiza la oferta electoral y el que concentra la mayor atención en la propia campaña.

En ese sentido, el partido puede decidir cómo será su representación, favoreciendo incluso a candidatos no muy populares pero que tengan competencia técnica para desempeñar una buena labor en un Congreso o Concejo Municipal”.

Así las cosas, es cierto que el Perú tiene una experiencia de 30 años empleando el voto preferencial con las consecuencias nefastas que ya se han comentado. Y también es cierto que la experiencia internacional permite mostrar los defectos del sistema de lista cerrada, bloqueada. Sin embargo, optar por éste modelo no implicará la solución, la panacea a la crisis de los partidos que actualmente vive nuestro país. Y no será suficiente porque se requiere, como bien anota Tuesta Soldevilla<sup>126</sup>

“(…) ser exigentes en la inscripción de los partidos y reducir el número de invitados, potenciales tráfugas partidarios. Las elecciones internas deben ser, obligatoriamente, asistidas por la ONPE, que debe capacitar y asesorar al comité electoral partidario, elegido con anticipación y con real independencia de la dirección del partido y cuyas decisiones puedan ser apelables a un tribunal de justicia. Asimismo, el cronograma, normas, padrón y hojas de vida deben estar obligatoriamente publicados en la web de cada partido y no en otro lado, facilitando la inscripción y descargando un costo al Estado. En un solo día se deben desarrollar las elecciones internas y la sociedad civil debe ejecutar la observación electoral, como bien lo ha hecho y con eficacia. Todo esto tendrá sentido si se elimina el voto preferencial”.

No obstante, ante la evidencia de los efectos nocivos del voto preferencial que constituye uno de los elementos que contribuye a problemas como el

---

<sup>126</sup> *Ibíd.*

transfuguismo y la indisciplina partidaria, vale la pena inclinarse por la eliminación de esta figura y reemplazarla por el sistema de lista cerrada, bloqueada. O quizás innovar explorando un modelo que combine ambos sistemas, de tal manera que la plancha congresal que postule el partido político contenga un número de electores por distrito electoral que vaya en lista cerrada, bloqueada (50%, por ejemplo), y otro compuesto por lista abierta, con voto preferencial. Así, si por ejemplo en el distrito electoral de Arequipa, le corresponden dos escaños a un determinado partido, un escaño va para los candidatos de la lista cerrada (en el orden propuesto) y, el otro, por el más votado de los de la lista de candidatos preferenciales. Éste es, simplemente, el bosquejo de una propuesta que no tiene por objetivo ser desarrollada a profundidad, sino simplemente esbozarla, porque lo que sí es patente, real, que en la actualidad y en mi concepto, la figura del voto preferencial debe ser eliminada.

#### 4.3.2. Institucionalidad de los Planes de Gobierno

Como ya lo he dicho antes (supra 2.7.), las relaciones entre el parlamentario y el Partido Político sí pueden ser tensas e, incluso, conflictivas, porque el primero se debe a los lineamientos del segundo basados en su ideario, estatutos y su programa de gobierno.

Y es que, como lo indiqué al tratar el *transfuguismo solapado* (supra 3.2.2.b) la propuesta programática (plan de gobierno) es -junto a la ideología que enarbola el partido- fundamental. Y lo es porque el grupo o bancada parlamentaria debe sujetarse a las líneas programáticas del Plan de Gobierno que ofrecieron en la campaña electoral. De esta manera, el compromiso electoral del partido con sus electores radica en que sus Congresistas ejercerán sus funciones parlamentarias a favor de implementar tales líneas programáticas.

De esta manera, el Plan de Gobierno constituye una herramienta más que sirve para articular y viabilizar las promesas electorales mediante el funcionamiento del

Grupo Parlamentario que está obligado, vinculado, a cumplir las promesas contenidas en el Plan.

Y son justamente las líneas programáticas contenidas en el Plan de Gobierno las que permitirán controlar casos (por el propio partido, por la bancada parlamentaria, por el Congreso y por los electores), por ejemplo, en los que la bancada plantea un proyecto de ley que implementa una oferta electoral pero uno de sus Congresistas vota en contra o se abstiene de votar. Constituye, pues, una herramienta que permite controlar, objetivamente, la disciplina partidaria-parlamentaria.

Es por ello que cabe precisar que todo partido político es una persona jurídica de derecho privado que en cada uno de sus actos -como lo dice el primer párrafo del artículo 1° de la Ley de Partidos Políticos vigente (Ley N° 28094)- “expresa el pluralismo democrático” porque concurre “a la formación y manifestación de la voluntad popular”, lo cual concuerda con lo que expresamente dice el artículo 35° de la Constitución que le sirve de sustento.

El artículo 23-A° de la Ley de Partidos Políticos vigente (en adelante “LPP”) incorporó la obligación de los partidos que participen en los comicios electorales de presentar -al momento de pedir su inscripción para participar en la contienda- su Plan de Gobierno. Dicha disposición legal fue incorporada por el artículo 1° de la Ley N° 28711 (publicada en el diario oficial el 18 de abril de 2006). No obstante, la LPP no consigna una definición de lo que es el Plan de Gobierno.

Sin embargo, en la exposición de motivos del Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República que sirvió de base para la aprobación de la Ley N° 28711 que incorporó el artículo 23-A° en la LPP, existe una definición que permitirá dar luces al respecto<sup>127</sup>. Transcribo (subrayado agregado):

---

<sup>127</sup> Cfr. Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República del mes de febrero de 2006, recaído en los proyectos de ley N°s 07470/2003-CR, 12489/2004-CR y 14292/2005-CR, los cuales proponen que las organizaciones políticas presenten su plan de

“c) Definición

De acuerdo al Pacto Ético Electoral el Plan de Gobierno representa el compendio de objetivos o fines específicos que se propone realizar la organización política al asumir el gobierno.

El Plan de Gobierno constituye la base de acción que unifica a los miembros de una organización política con sus aspiraciones y posiciones fundamentales. Es el conjunto de medidas prácticas que se plantean para solucionar los problemas concretos de una sociedad determinada.

Cabe señalar que un Plan de Gobierno que no incluya aspectos técnicos que permitan cuantificar las promesas electorales, tendría una escasa acogida por parte de la sociedad, pues un Plan de Gobierno está dirigido fundamentalmente a la población, quien se pronunciará por su valor al momento de manifestar su voluntad mediante el sufragio”.

Como se aprecia, un “Plan de Gobierno” es un conjunto de líneas matrices sobre las que se fundan las propuestas de políticas públicas que el Partido Político presenta a la población de manera previa a una contienda electoral, a fin que ésta se pronuncie coincidiendo con el programa a través del ejercicio del derecho fundamental de sufragio.

Implícito está que siendo una obligación de carácter legal la presentación del Plan, éste sea fruto de la aprobación del mismo por las instancias internas del Partido Político. Es, por tanto, un conjunto de disposiciones aprobadas por el partido.

Aquí es donde el análisis debe emparentarse con la naturaleza constitucional del Plan de Gobierno. Y para desentrañar tal naturaleza, es indispensable tomar en cuenta el rol que ejercen los partidos políticos en torno a un principio constitucional: **el principio democrático.**

---

gobierno ante el Jurado Nacional de Elecciones, el mismo que será publicado en su página web.  
*Cfr.*  
<http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/dictamenes0106.nsf/dictamenes/112C44C44618C0420525713A005D9677>

En el fundamento 23° de la famosa sentencia de la ley de la barrera electoral (STC N° 00030-2005-PI/TC), el Tribunal Constitucional lo concibió así:

*“23. Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional (derecho de voto, referéndum, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35° de la Constitución.*

*Asimismo, el referido principio se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. La democracia representativa es —como quedó dicho— el rasgo prevalente en nuestra Constitución”.*

En ese sentido, el principio democrático se articula como una bisagra en cuyo uno de sus lados existe la participación directa (individual o colectiva –partidos políticos-) de la ciudadanía; y, en el otro, su participación indirecta a través de representantes elegidos. Por tanto, uno de los instrumentos de la materialización de dicho principio constitucional, en sus dos vertientes, es la presentación del Plan de Gobierno. Y es que su presentación pone en movimiento el debate y la retroalimentación de las ideas y programas planteados, que nutre a la ciudadanía de información suficiente para que ésta elija a sus representantes en torno a las líneas matrices programáticas contenidas en los respectivos planes de gobierno de los partidos políticos.

Por ello es que el Tribunal Constitucional, en el fundamento 12° de la misma sentencia que he venido citando, dice que



“De ahí que los partidos y movimientos políticos tengan la obligación de ser organizaciones que “concurran en la formación y manifestación de la voluntad popular”, tal como lo exige el artículo 35° de la Constitución. Es decir, tienen la obligación de ser un primer estadio de institucionalización en el que la fragmentación resulte sustancialmente aminorada y encausada, a efectos de generar centros de decisión que puedan proyectar una voluntad institucionalizada de la sociedad al interior del Parlamento, que, aunada a otras, permita concurrir en el consenso, asegurando la gobernabilidad y racionalidad en la composición, organización y decisiones parlamentarias”.

Es así que la naturaleza constitucional del Plan de Gobierno toma mayor cuerpo si recurrimos a su definición que presenta la exposición de motivos del Dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República que sirvió de base para la aprobación de la Ley N° 28711 que incorporó el artículo 23-A° en la LPP. Transcribo nuevamente su contenido (subrayado agregado):

“c) Definición

De acuerdo al Pacto Ético Electoral el Plan de Gobierno representa el compendio de objetivos o fines específicos que se propone realizar la organización política al asumir el gobierno.

El Plan de Gobierno constituye la base de acción que unifica a los miembros de una organización política con sus aspiraciones y posiciones fundamentales. Es el conjunto de medidas prácticas que se plantean para solucionar los problemas concretos de una sociedad determinada.

Cabe señalar que un Plan de Gobierno que no incluya aspectos técnicos que permitan cuantificar las promesas electorales, tendrá una escasa acogida por parte de la sociedad, pues un Plan de Gobierno está dirigido fundamentalmente a la población, quien se pronunciará por su valor al momento de manifestar su voluntad mediante el sufragio”.

Así las cosas, apréciase que por la naturaleza instrumental del principio constitucional democrático que tiene el Plan de Gobierno, puede afirmarse con absoluta propiedad que la obligación de ser presentado por los partidos políticos que se inscriben para participar en las elecciones generales establecida en el

artículo 23-A° de la LPP, constituye una norma de desarrollo constitucional del **principio constitucional democrático**.

Es decir, el referido artículo 23-A° de la LPP forma parte del **bloque de constitucionalidad** que se erige sobre el rol formativo y de manifestación de la voluntad popular que el artículo 35° de la Constitución le reconoce a los partidos políticos.

Todo este razonamiento sobre la naturaleza constitucional (instrumental) del Plan de Gobierno permite que, a nivel procesal, dicho documento pueda ser utilizado como un medio de prueba idóneo para acreditar la existencia de las políticas públicas que éste contiene como propuestas programáticas de los partidos políticos. Y es que sería impropio, contrario a su naturaleza constitucional, que los Partidos Políticos elaboren propuestas de políticas públicas al momento de postular en las elecciones generales y, luego, digan que estas políticas no serán aplicables en sus respectivos gobiernos en caso de ser elegidos.

Lo digo porque es más creíble y cierto que tales políticas sean implementadas por el solo hecho de haber estado consignadas en el Plan de Gobierno, que la credibilidad y certeza del solo dicho (posterior a la presentación del Plan) del Partido Político de que no implementará tal política. Y es que si esto último fuera lo verdadero, entonces el ofrecimiento de dicha política pública no debiera haber sido consignado en dicho instrumento de naturaleza constitucional. Es más, sería burlar, traicionar, las expectativas de aquel sector poblacional que se sintió atraído por el ofrecimiento de implementación de tales políticas públicas y que, por ello, respaldó al partido político que presentó ese Plan de Gobierno dándole su representatividad indirecta conforme al principio democrático.

La raigambre constitucional del Plan de Gobierno aquí justificada permite, insisto, contar con una herramienta de control objetivo de la disciplina partidaria-parlamentaria en la votación de las propuestas que tengan relación directa con las líneas programáticas que el plan contiene. De esta manera, aquel parlamentario

que vota en contra de una propuesta legislativa que implemente una de las líneas programáticas del plan de gobierno podría ser fiscalizado por su propio grupo parlamentario mediante el “régimen de bancadas” que seguidamente trataré, sin perjuicio del control ciudadano.

#### 4.3.3. Regulación de “las bancadas parlamentarias”

Cuando me referí a los casos que denomino transfuguismo *solapado e inverso* (*supra* 3.2.2.b,c), señalé que una manera de regular la disciplina parlamentaria que evite los actos de traición del ideario político del partido y las líneas programáticas contenidas en el Plan de Gobierno ofrecido a la ciudadanía en las elecciones generales, es la regulación de las denominadas “bancadas parlamentarias”.

La experiencia de bancadas en diversos países del mundo se sustenta en una tradición democrática que muchas veces

“no se encuentran reguladas por una ley específica, sino que se identifican en el trabajo común de los cuerpos colegiados de diferentes países. En la experiencia de España, por ejemplo, la actuación en bancada refleja una cultura política de organización partidaria bastante avanzada, que en buena medida responde al sistema de gobierno parlamentario adoptado por ese país. Otros países como Argentina o Chile, con un sistema político más próximo al colombiano, presentan algunas experiencias de lo que entendemos por régimen de bancadas. Muchas de las dificultades que se presentan en el ejercicio de la actuación en bancadas relacionadas con el individualismo al interior de los cuerpos colegiados, se registran en países que deben insistir en los esfuerzos por construir partidos más organizados y democráticos”<sup>128</sup>.

---

<sup>128</sup> “Guía Práctica sobre el Régimen de Bancadas. Material de consulta para miembros de Corporaciones Públicas”; Bogotá: 2008; NDI- Instituto Nacional Demócrata para Asuntos Internacionales – NDI Colombia; p. 39.

El Perú cuenta con un régimen de bancadas (denominado “Grupos Parlamentarios”) regulado en el artículo 37° del Reglamento del Congreso de la República<sup>129</sup> que contiene reglas mínimas de organización del Grupo Parlamentario al interior del Congreso (número mínimo de Congresistas, designación de representantes, etc.) y que remite las reglas de funcionamiento del grupo a un *Reglamento Interno* que la bancada debe aprobar.

Sin embargo, tal regulación, en mi concepto, es insuficiente.

Y lo es porque me parece sumamente interesante el modelo colombiano de régimen de bancadas parlamentarias, regulado en la Ley N° 974 del año 2005 que entró en vigencia el 19 de julio del año 2006<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> **Reglamento del Congreso de la República**

**“Los Grupos Parlamentarios. Definición, Constitución y Registro**

**Artículo 37°.-** Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines y se conforman de acuerdo a las siguientes reglas:

1. Los partidos o alianzas de partidos que logren representación al Congreso de la República, constituyen Grupo Parlamentario siempre que cuenten con un número mínimo de seis Congresistas.
2. Si no logran llegar al número de representantes a que se refiere el inciso anterior, serán considerados como Grupo Parlamentario Especial sólo para los efectos de presentación de proyectos de ley, salvo que se junten dos o más agrupaciones representadas en el Congreso para constituir Grupo Parlamentario.
3. En ningún caso pueden constituir Grupo Parlamentario separado los Congresistas que pertenezcan a un mismo partido.
4. Cada Grupo Parlamentario aprueba su reglamento interno que obliga a todos sus integrantes. Los Grupos Parlamentarios son registrados en la Oficialía Mayor. Tienen derecho a contar con personal, recursos y ambientes para el desarrollo de sus funciones, en proporción al número de sus miembros.

Cada Grupo Parlamentario elegirá a sus representantes, titulares y suplentes, ante los órganos directivos que establezca el Reglamento, dando cuenta por escrito de tales nombramientos a la Oficialía Mayor. También propondrán a sus candidatos a los cargos de la Mesa Directiva y para conformar las comisiones y canalizarán la presentación de propuestas legislativas de acuerdo a lo que señala el artículo 76° del presente Reglamento. Los documentos mediante los que se dé cuenta de la elección de los referidos representantes, deben estar firmados por no menos de la mitad más uno del número de miembros que conforman el Grupo Parlamentario”.

<sup>130</sup> Algunos analistas políticos en Colombia han opinado favorablemente sobre éste régimen que forma parte del bloque de reformas políticas iniciadas desde el año 2003. La Investigadora de la Fundación Foro Nacional por Colombia, Clara Rocío Rodríguez Pico, dice al respecto: “(...) en esta reforma política se incluyeron otras normas, algunas de las cuales han tenido un efecto importante, como el funcionamiento de los partidos por bancadas, la eliminación de la doble militancia política, la creación de la Comisión de Conciliación de textos legales entre el Senado y la Cámara, y la definición como períodos institucionales y no personales de los mandatarios locales y regionales” (subrayado agregado). Cfr. RODRÍGUEZ PICO, Clara Rocío: “La reforma política: ¿Diablos haciendo hostias?”; En: *Razonpublica.com: Para saber en serio lo que pasa en Colombia*; Revista digital gratuita editada por la Fundación Razón Pública; edición del 9 de enero

La Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia C-518/2007<sup>131</sup>, es muy explícita en torno a la concepción de éste régimen. Por su importancia, transcribo *in extenso* sus particularidades:

**“3. El régimen de bancadas y las Corporaciones Públicas a las que se aplica.**

Al respecto del régimen de bancadas previsto en los incisos 6° y 7° del artículo 108° de la Constitución, consideró esta corporación que tales disposiciones consagran una *novedad en el funcionamiento del Congreso, que la misma reforma política hizo extensiva a las demás corporaciones públicas de elección popular, en cuanto modifica la forma tradicional de actuación de sus miembros, que se hacía a título personal o mediante la conformación de grupos o coaliciones puramente accidentales, muchas veces determinadas sólo por la coyuntural coincidencia en relación con algún proyecto, idea o asunto de su interés* (4).

En efecto, dicha novedad fue precisada por la Corte, en el sentido de considerar que,

"(...)

**"Ahora, por disposición constitucional, la regla general de la actuación de los miembros de las corporaciones públicas será en bancadas políticas, quedando como excepcional su actuación a título individual.** Así lo consideró la Corte en la sentencia C-859 de 2006, al declarar inexecutable la expresión "*o de aquellos en los que, por razones de conveniencia política, de trámite legislativo o controversia regional en el caso de la Cámara de Representantes, los miembros de las bancadas decidan no adoptar una decisión única* o", del inciso segundo del artículo 5° de la Ley 974 de 2005, al encontrar que se vulneraba el artículo 108 de la Constitución, en cuanto se hacían

---

de 2011; <http://razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/1674-la-reforma-politica-idiablos-haciendo-hostias.html>

<sup>131</sup> Cfr. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-036-07.htm>

nugatorios sus propósitos. Se consideró, que *la generalidad y ambigüedad de la cláusula demandada convierte prácticamente en regla general la excepción de actuación individual de los miembros de las corporaciones públicas,*

Sistema de bancadas que introduce un cambio respecto de los protagonistas del juego político, pues en adelante ya no lo serán los integrantes de las corporaciones públicas individualmente considerados, sino que los actores principales serán los partidos y movimientos políticos a través de sus bancadas en las corporaciones públicas de elección popular, que se deberán fortalecer mediante la actuación cohesionada y disciplinada de sus miembros.

Actuación en bancadas que presupone para estas la adopción de directrices, decisiones y determinaciones que deberán ser unificadas y obligatorias para sus miembros, que han de llevarse luego a la respectiva corporación a través de sus voceros o miembros autorizados. En esta medida, como es condición indispensable de la actuación en bancada, que sus miembros actúen bajo la disciplina de grupo, y que las decisiones que deban adaptarse lo sean por la mayoría de sus miembros, las minorías que puedan quedar en dicho momento están obligados a secundar con su voto en la correspondiente corporación pública tales determinaciones, so pena de las sanciones que por la inobservancia de las directrices de la bancada respectiva haya de imponerse de manera individual a sus miembros, de conformidad con los estatutos de los partidos.

Y, si bien es cierto que la posición que se asuma por parte de cada bancada es obligatoria para sus miembros y ha de ser expuesta en las corporaciones públicas a través de sus voceros o miembros autorizados para tal efecto, ello no indica que los otros miembros de las bancadas estén excusados para asistir a las sesiones respectivas, pues resulta indispensable su concurrencia a las diferentes sesiones, para la toma de las decisiones de bancada que puedan resultar necesarias en virtud de la dinámica propia del debate y para hacer cumplir el reglamento

respectivo, y sobre todo para formalizar con su voto la expresión de la voluntad popular que representan, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Política.

Al respecto de la disciplina partidista, que obliga a los miembros de las corporaciones públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político a actuar de conformidad con el régimen de bancadas, es decir, a pronunciarse en la forma previamente establecida por esta, podría pensarse que constituiría una negación de la democracia, en cuanto no permitiría la libre expresión de todos sus miembros, que son los directos representantes del pueblo; sin embargo, el sistema de bancada no se orienta a anular la actuación individual de los miembros de las corporaciones públicas sino a enmarcarla dentro de las decisiones, determinaciones y directrices sentadas por las bancadas respectivas. Además, este sistema implica que en el seno de las corporaciones públicas existan y se observen a cabalidad los mecanismos democráticos que garanticen la libre expresión de todos sus miembros y el análisis abierto de las diferentes posiciones en relación con los diversos temas de interés, con lo cual se garantizan el principio democrático que debe regir la actuación de los miembros de las corporaciones públicas.

En efecto, el sistema de bancadas presupone una importante labor que habrá de llevarse a cabo ahora al interior de cada bancada, pues les corresponde debatir y adoptar democráticamente una posición de grupo, que habrá de ser expuesta por el vocero o voceros en la correspondiente corporación pública, para lo cual deberán establecerse mecanismos que aseguren la efectiva participación de los diferentes miembros del grupo parlamentario, en forma tal que la posición que finalmente se adopte, constituya realmente el resultado del respectivo ejercicio democrático.”(5). (negritas no son del texto original)

-----  
(4) Sentencia C-036 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

(5) Sentencia C-036 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández”

Como se aprecia, la importancia de regular el régimen de bancadas radica en que se obliga, legalmente, a que los Congresistas elegidos por un mismo partido o movimiento social, actúen en grupo y coordinadamente conciliando, de un lado, la representatividad y la legitimidad, y del otro, la agilidad y la flexibilidad en la labor parlamentaria<sup>132</sup>, elevando la responsabilidad de los partidos en las discusiones internas y en la toma de decisiones.

Dicho en otras palabras, las bancadas son para actuar coordinadamente, para tomar decisiones de forma democrática al interior de los partidos, y para lograr mayores niveles de eficacia, eficiencia y responsabilidad en el funcionamiento del Parlamento Nacional. De esta manera, un partido o movimiento político actúa en bancada para promover y facilitar el trabajo en torno a un programa político único<sup>133</sup>. De allí su vinculación con el Plan de Gobierno (que se convierte en una necesidad institucional) ofrecido en la campaña electoral que ya he tratado antes (*supra* 4.3.2.).

Y aquí son por demás importantes algunos aspectos didácticos contenidos en un documento instructivo sobre bancadas parlamentarias en Colombia que he venido citando y que transcribo a continuación<sup>134</sup>:

“(…)

**b) ¿Qué decisiones se toman al interior de una Bancada?**

- \_ Respalda o rechaza las iniciativas legislativas de un autor o autores miembros del partido.
- Respalda o rechaza las propuestas para ejercer control político frente a la administración territorial.
- \_ Postula candidatos para las elecciones que tienen lugar en las Corporaciones.
- \_ Designa voceros principales, de las comisiones y para el control político.

<sup>132</sup> LÓPEZ MURCIA, Julián Daniel: “Cómo opera la Ley de Bancadas”; *Cfr.* [blogjus.wordpress.com/2007/06/06/como-opera-la-ley-de-bancadas/](http://blogjus.wordpress.com/2007/06/06/como-opera-la-ley-de-bancadas/)

<sup>133</sup> “Guía Práctica sobre el Régimen de Bancadas...”, *ibídem*, p. 8.

<sup>134</sup> “Guía Práctica sobre el Régimen de Bancadas...”, *ibídem*, p. 13.



\_ Definir posiciones oficiales frente a diversos temas de interés público y del trabajo legislativo.

**c) ¿Cómo se toman decisiones en una Bancada?**

Una bancada toma decisiones por medio de mecanismos democráticos. Esto quiere decir, que aplica reglas de juego para la discusión y conciliación de propuestas bajo los principios de transparencia, participación e igualdad del voto. Estos son requisitos mínimos para que todos sus miembros asuman como suyas sus decisiones de bancada.

**d) ¿Puedo actuar por fuera de las decisiones de la bancada cuando se trata de mi propia conveniencia política o cuando es un tema de interés de mi región?**

\_ No. Uno de los propósitos de la actuación en bancada es convertir en iniciativas conjuntas las propuestas individuales luego de las discusiones y las conciliaciones.

\_ Una alternativa para adelantar iniciativas regionales o individuales es promoverlas ante la bancada correspondiente para conseguir su respaldo”

(...)

**b) ¿Cómo se vota en bancada?**

\_ Las bancadas votan en bloque, lo que quiere decir que CADA UNO de sus miembros ejerce su derecho al voto de acuerdo con la orientación convenida en la reunión de bancada. La votación debe ser de carácter nominal (por medio de mecanismos que permitan identificar la expresión del voto de cada uno de sus miembros), de tal manera que conste en las actas el acatamiento de la decisión tomada.

\_ Cuando se trata de conflictos de intereses el miembro de la bancada solicitará permiso para no votar”.

Nótese que la regulación de las bancadas parlamentarias en Colombia (que es el modelo tomado como referencia) impulsa a que las bancadas discutan, previamente, los temas –materia de sus funciones parlamentarias- que luego serán discutidos en el Poder Legislativo. Se trata, entonces, de una discusión interior

donde expresan sus coincidencias, disidencias, alternativas y pulen las posiciones políticas que llevarán a discusión, en bloque, ante el Pleno<sup>135</sup>.

El artículo 4° de la Ley N° 974 del año 2005 que regula el *Régimen de Bancadas* en Colombia remite a los Estatutos del Partido Político las reglas especiales para el funcionamiento de sus bancadas y los mecanismos para la coordinación de sus decisiones dentro del Parlamento, en las que se establezcan obligaciones y responsabilidades distintas según se trate del cumplimiento de funciones legislativas, de control político o electorales, por parte de la respectiva corporación, así como lo concerniente a su régimen disciplinario interno. Aquí apréciase que a diferencia del artículo 37° del Reglamento del Congreso del Perú que remite al Reglamento Interno de los Grupos Parlamentarios que vincula a sus miembros, la ley de bancadas colombiana coloca los hitos, los ejes por donde se deben mover las reglas de dicho reglamento interno<sup>136</sup>. Claro que, a mi juicio, la

<sup>135</sup> En los fundamentos 7° y 8° de la Sentencia C-859-2006, la Corte Constitucional Colombiana dijo: “7. Uno de los aspectos centrales de la Reforma Política fue el de incorporar al modelo constitucional el llamado régimen de bancadas políticas. Con ello pretendió, como acaba de mencionarse, incentivar la acción política colectiva en torno a programas políticos más claros y consistentes y desestimular la acción individual de cada uno de los miembros del partido. Para los congresistas que impulsaron esta reforma, el régimen de bancadas era un instrumento adecuado para fortalecer la estructura interna de los partidos y para dar “orden, coherencia y agilidad al debate democrático”. 8. De conformidad con las finalidades descritas, el nuevo régimen de bancadas convierte a los partidos y movimientos – y no simplemente a las personas elegidas – en protagonistas del acontecer legislativo. Adicionalmente, los partidos y movimientos quedan constitucionalmente habilitados para establecer una férrea disciplina interna y para obligar a sus miembros a votar, en todos los casos – salvo en los “asuntos de conciencia”-, de conformidad con las decisiones democráticas adoptadas. En este sentido, cabe indicar que la obligación de adoptar todas las decisiones de manera democrática dentro de la bancada, tiende a fomentar la discusión colectiva y a consolidar y dotar de cohesión y consistencia las actuaciones del partido o movimiento en la respectiva corporación. Esto adicionalmente, promueve el control ciudadano y la rendición de cuentas del partido respecto de sus electores”. Cfr. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-859-06.htm>

<sup>136</sup> **Ley N° 974 del año 2005, Colombia**

**“ARTÍCULO 4°. ESTATUTOS.** Los partidos deberán establecer en sus estatutos las reglas especiales para el funcionamiento de sus bancadas y los mecanismos para la coordinación de sus decisiones dentro de las corporaciones públicas, en las que se establezcan obligaciones y responsabilidades distintas según se trate del cumplimiento de funciones legislativas, de control político o electorales, por parte de la respectiva corporación.

Asimismo, determinarán lo atinente a su régimen disciplinario interno. Podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del miembro de la respectiva corporación pública, observando el debido proceso.

En todo caso la sanción deberá ser comunicada a la Mesa Directiva de la respectiva Corporación, para que a través de ella se le dé cumplimiento, siempre que ello implique limitación de derechos congresuales.

remisión al reglamento debe ser mínima porque las normas del reglamento congresal deben establecer los linderos por donde debe moverse la conducta de los integrantes de la bancada o grupo parlamentario, de tal manera que la disciplina de los Congresistas pueda ser fácilmente medida.

Y en esa óptica cobra especial importancia la denominada *objección de conciencia*, puesto que es la única posibilidad que tiene el Congresista integrante de un Grupo Parlamentario de apartarse, válidamente, de votar contra la postura mayoritaria de la bancada sin incurrir en acto de indisciplina.

Tatiana Recoder Vallina<sup>137</sup>, al mostrar la experiencia europea, dice al respecto:

“Los Grupos parlamentarios, bien en su normativa interna, bien por medio de los estatutos de los partidos, contemplan sanciones para aquellos miembros que incumplieran con la disciplina interna, a pesar de lo cual siguen produciéndose casos con relativa frecuencia. La indisciplina de voto ha sido especialmente significativa en el Parlamento italiano, donde las votaciones secretas han facilitado enormemente estas actuaciones. También en el parlamento británico se detectan a veces “rebeliones” de los *backbenchers* contra las propuestas de los dirigentes del partido. Pero, en cualquier caso, no confundamos la indisciplina citada con los casos en los que el Grupo deja a los Diputados libertad de votación. Esta última es normal que se conceda en los supuestos del conocido como **voto de**

---

*Los estatutos de los partidos también contemplarán sanciones estrictas por la inasistencia reiterada a reuniones de bancada, las que podrán incluir la pérdida temporal del derecho al voto. La inasistencia a las reuniones de las bancadas no excusará al ausente de actuar conforme a las decisiones adoptadas por las mismas, y si no lo hiciera así este quedará sujeto a las sanciones previstas por los estatutos del partido o movimiento político para la violación del régimen de bancadas.*

*En caso de la imposición de una sanción por un partido o movimiento a uno de sus miembros procede el recurso de apelación en el efecto suspensivo, que se surtirá dentro del mismo partido y ante la instancia correspondiente que determine los estatutos.*

*El retiro voluntario de un miembro de Corporación Pública del partido o movimiento político o ciudadano en cuyo nombre se eligió, implica el incumplimiento del deber de constituir bancada, y como tal podrá sancionarse como una violación al Régimen de Bancada en los términos de la Constitución y la ley”.*

<sup>137</sup> RECODER VALLINA, Tatiana: “Los Grupos Parlamentarios en Europa Continental: Principales Modelos”; En: “Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Especial Monográfico. Los Grupos Parlamentarios”; Madrid: junio 2007; Asamblea de Madrid, Servicio de Publicaciones, pp. 56-57.

**conciencia**, esto es, aquellos casos en los que no hay una postura oficial sobre un determinado asunto o cuando se tratan temas que afectan de manera especial a las creencias más íntimas de los Diputados. Así, en Dinamarca en materias especialmente importantes para una región, los Diputados elegidos por dicha zona tienen garantizada la libertad absoluta de voto, si la supervivencia del Gobierno no está en juego. También se acepta libertad de voto en materias que no están relacionadas con la tradicional división entre izquierda-derecha del sistema de partidos o con los principales asuntos económico-sociales. En el caso de Suecia, la línea del partido en las cuestiones religiosas, éticas y a veces también las regionales (...). En Finlandia, tal es la relevancia de hecho de los Grupos, que los Diputados votan en el parlamento siguiendo los dictados de su partido. Sólo en ocasiones excepcionales pueden los parlamentarios actuar libremente según su propia conciencia, si bien hay que resaltar que es el Grupo quien toma la decisión formal sobre si sus miembros pueden o no actuar libremente”.

La **objeción de conciencia** es, entonces, el mecanismo que garantiza la opinión disidente que encuentra amparo en la libertad de conciencia prevista en el inciso 3° del artículo 2° de la Constitución.

El modelo colombiano es muy claro en prever tal aspecto<sup>138</sup>. No obstante, soy de la opinión de regular los temas que **no** se consideran como de conciencia a fin de evitar el mal uso o la falsa invocación de éste derecho del Congresista como ciudadano que ejerce la representación popular y traicione la disciplina parlamentaria.

Aquí el instructivo que he venido citando resulta ser útil para tal propósito:

---

<sup>138</sup> Ley N° 974 del año 2005, Colombia

“**ARTÍCULO 2°. ACTUACIÓN EN BANCADAS.** Los miembros de cada bancada actuarán en grupo y coordinadamente y emplearán mecanismos democráticos para tomar sus decisiones al interior de las corporaciones públicas en todos los temas que los Estatutos del respectivo Partido o Movimiento Político no establezcan como de conciencia”. (subrayado agregado)

### “¿Qué se entiende por Asuntos de Conciencia?”

\_ Los estatutos de cada partido o movimiento precisan lo que debe entenderse como asuntos de conciencia (Ej: convicciones religiosas, servicio militar obligatorio, etc.) (...)

\_ Cuando un miembro de la bancada expresa una opinión contraria y después del debate interno su posición se encuentra en abierta objeción frente a las decisiones que allí se toman, someterá a consideración y decisión de su bancada si se trata de un asunto de conciencia. En bancada se decide cuándo se deja en libertad a alguno de sus miembros para votar de acuerdo con su criterio individual, que en cualquier caso procederá sólo para asuntos de conciencia<sup>139</sup>.

\_ Las decisiones alrededor de los asuntos de conciencia pueden ser apeladas ante las instancias previstas por cada partido o movimiento político.

(...)

El carácter democrático del funcionamiento de las bancadas incluye la posibilidad de expresar opiniones contrarias dentro de ella. En este caso el miembro que no comparta las orientaciones de la bancada tendrá derecho a dejar constancia de sus opiniones y argumentos para que sus electores puedan hacer seguimiento de sus actuaciones. Dejar constancia de una opinión contraria, no quiere decir en ningún caso que el miembro discrepante quede exento de la obligación de votar en el sentido que decide su bancada, con la excepción de los asuntos que se consideren de conciencia<sup>140</sup>.

Por todas estas razones, es claro advertir que la regulación del régimen de bancadas de una manera más explícita<sup>141</sup> que contemple aspectos de vital importancia como la *objeción de conciencia*, permite que actúe en conjunto con el resto de propuestas complementarias que aquí presento, de tal manera que exista

<sup>139</sup> Ley N° 974 del año 2005, Colombia

“**ARTÍCULO 5°. DECISIONES.** Las bancadas adoptarán decisiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo segundo de esta ley. Cuando la decisión frente a un tema sea la de dejar en libertad a sus miembros para votar de acuerdo con su criterio individual, se dejará constancia de ello en el acta respectiva de la reunión de la bancada”. (subrayado agregado)

<sup>140</sup> “Guía Práctica sobre el Régimen de Bancadas...”, *ibídem*, pp. 13-14.

<sup>141</sup> Motivo por el cual el artículo 37° del Reglamento del Congreso de la República del Perú merece una urgente reforma que pueda recoger planteamientos como los del régimen de bancadas colombiano, con las mejoras que corresponda adecuando las normas a nuestra realidad y siendo más específicos con la *objeción de conciencia*.

un combate *preventivo* y efectivo contra el transfuguismo, abriendo la puerta al control de aquellas modalidades *solapada e inversa* que traté en su oportunidad en esta investigación (supra 3.2.2.b,c).

#### 4.3.4. La renuncia al cargo de Congresista

A mi juicio, la figura de la renuncia al cargo de Congresista es una valiosísima herramienta de combate contra el transfuguismo, puesto que aquel representante que invoque razones *de objeción de conciencia, de cambio de ideología partidaria*, como sustento de su decisión de renunciar al Grupo Político-Parlamentario por el cual fue electo, encuentra en la renuncia el vehículo perfecto para evitar la infracción constitucional que he desarrollado en el trayecto de esta investigación.

Sin embargo, el artículo 95° de la Constitución establece que el cargo de Congresista es *irrenunciable*.

No obstante, cabe aquí dejar constancia que, en mi opinión, la interpretación literal del referido texto constitucional no es la única y exclusiva vía para atribuirle significado, puesto que tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el caso de la acción de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 191° de la Ley N° 26859 –Ley Orgánica de Elecciones–, modificado por el artículo 17° de la Ley N° 27369 (caso de las encuestas a boca de urna, STC N° 0002-2001-AI/TC<sup>142</sup>):

“2. (...) La norma, es sabido, una vez promulgada y publicada adquiere lo que se ha dado en llamar "vida propia". Se desliga de la intención de su creador y adquiere vigencia autónoma, ubicándose en el contexto legislativo coexistente, frente a los futuros intérpretes y a las situaciones del porvenir”.

Y es que, efectivamente, todas las normas están sujetas a los diversos métodos de interpretación para atribuirles significación. Ningún método tiene un papel

<sup>142</sup> Cfr. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/0002-2001-AI.html>

preponderante. Ninguno tiene un rango superior al otro. Por ello, en palabras de Kelsen, todos los métodos son susceptibles de arribar a planteamientos interpretativos válidos y todos equivalentes por entero<sup>143</sup>.

Hago esta acotación porque sostengo la tesis de que la renunciabilidad al cargo de Congresista de la República sí es posible sin modificar un ápice del texto vigente del primer párrafo del artículo 95° de la Constitución si éste se concuerda con las demás disposiciones constitucionales que amparan la protección de derechos fundamentales (artículo 2°).

En este sentido, fruto de esa interpretación sistemática de normas constitucionales (artículos 95° y 2°) arribo al siguiente argumento: la renuncia al cargo de Congresista es posible siempre y cuando ésta se encuentre basada en causas constitucionales. Y esas *causas constitucionales* no pueden ser otras que la protección de derechos fundamentales y/o principios constitucionales. Es decir, para que la renuncia al cargo de Congresista de la República sea posible, ésta no puede ser *incausada*, ni tampoco puede basarse en cualquier causa porque sólo allí surtiría efectos la interpretación literal del artículo 95° de la Constitución: que el cargo de congresista es irrenunciable. La causa de la renuncia debe ser la protección de un derecho fundamental del renunciante o de uno o varios principios constitucionales.

Insisto: hago la atingencia sobre estos principios de la interpretación jurídica habida cuenta que si bien la interpretación gramatical del primer párrafo del

---

<sup>143</sup> Así anota Hans Kelsen: “(...) *No existe genéricamente ningún método –caracterizable jurídicopositivamente– según el cual uno entre varios significados lingüísticos de una norma pueda ser designado como el “correcto”; suponiendo, naturalmente, que se trata de varios posibles, es decir, que se trata de posibles interpretaciones del sentido en conexión con todas las otras normas de la ley o el orden jurídico. Pese a todos los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver a favor de uno u otro, en manera objetivamente válida el conflicto entre voluntad y expresión. Todos los métodos de interpretación desarrollados hasta ahora llevan siempre a un resultado posible, y nunca a un único resultado correcto. Inclinarsse a la voluntad supuesta del legislador, dejando a un lado el tenor literal, o bien atenerse estrictamente al tenor literal sin preocuparse por la voluntad –por lo general, problemática– del legislador, es, desde el punto de vista del derecho positivo, equivalente por entero*”. Cfr. KELSEN, Hans: “La Teoría Pura del Derecho”; México: 1993; Editorial Porrúa; pp. 352 - 353.

artículo 95° de la Constitución permitiría afirmar que el cargo de Congresista de la República es irrenunciable; sin embargo, tal significado de la disposición sería diametralmente distinto si se acude a la interpretación constitucional bajo el principio de *unidad de la Constitución* (nota 38 *supra*).

En efecto, una interpretación constitucional de la disposición contenida en el primer párrafo del artículo 95° de la Constitución, supone compatibilizarla con los principios y demás disposiciones constitucionales. Es, por consiguiente, una interpretación que no aísla la disposición materia de interpretación, sino que la relaciona con otras disposiciones de la Ley Fundamental, entendiéndola como un sistema. Se trata, pues, del empleo de una metodología distinta a aquella cuya finalidad estriba en extraer el sentido de la norma interpretada a la luz del empleo único y exclusivo de los métodos tradicionales de la interpretación legal.

Ello exige, por tanto, en hacer algunas precisiones teóricas, conceptuales, sobre lo que se entiende por interpretación constitucional.

García de Enterría<sup>144</sup> la entiende de esta forma:

“La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación –por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos- en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate”.

Un aspecto que es muy importante a tomar en cuenta consiste en que la metodología empleada para realizar la interpretación constitucional del primer párrafo del artículo 95° de la Constitución es la misma –desde un punto de vista

---

<sup>144</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”; Madrid: 1985; Editorial Civitas, tercera edición, p. 95.



lógico- que empleó el Tribunal Constitucional en el caso de la revisión de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones (“JNE”).

Como se recordará, el artículo 181° de la Constitución señala que las resoluciones del JNE se dictan en instancia final, son definitivas “e irrevisables”.

Sin embargo, conforme al argumento que no existen zonas exentas del control constitucional, el Tribunal Constitucional dijo que cuando la Constitución establece que las decisiones del JNE son irrevisables, dicha disposición debe entenderse que son irrevisables si y solo si las decisiones del JNE no violan derechos fundamentales. Es decir, si violan derechos fundamentales, son revisables.

Lógica y metodológicamente, mi argumento de interpretación constitucional sigue el mismo derrotero: cuando el primer párrafo del artículo 95° de la Constitución dice que el cargo de congresista es “irrenunciable”; es irrenunciable si y solo si no está basado en causa constitucional (o sea, renuncia *incausada*). Por tanto, si la renuncia está basada en causa constitucional (protección de derechos fundamentales o de principios constitucionales), el cargo es renunciable.

Claro que algunos juristas como Samuel Abad se inclinan por una interpretación literal del artículo 95° de la Constitución y opina que la renuncia no es viable, tal como así lo dijo a un medio de prensa<sup>145</sup> al comentar el intento de renuncia al cargo que en su momento planteó el jurista Don Javier Valle Riestra en el año 2008:

“Sólo si se reforma la Constitución, el legislador aprista Javier Valle Riestra podría renunciar al cargo, sostuvo hoy el constitucionalista y ex defensor adjunto Samuel Abad, quien añadió que, de acuerdo con la Carta Magna, el mandato legislativo es irrenunciable.

---

<sup>145</sup> Red de Noticias Andina. Cfr. <http://www.andina.com.pe/Espanol/Noticia.aspx?id=b2ms6jLW8qc=>

Añadió que si pese a ello Valle Riestra hace efectiva su renuncia, el Congreso tendría que responderle que no es procedente, precisamente, por dicho precepto constitucional, o que en todo caso espere a que el Congreso haga la reforma correspondiente.

Explicó que el artículo 95 de la Carta es contundente cuando afirma que “el mandato legislativo es irrenunciable”, y esto lo sabe Valle Riestra porque es constitucionalista”.

Naturalmente, por las razones ya expuestas y porque me baso en los principios de la interpretación constitucional *que todo constitucionalista debe saber*, muestro mi discrepancia con Samuel Abad sobre este tema. Y además del desacuerdo y dada mi amistad y admiración por mi maestro, el distinguido jurista, Don Javier Valle Riestra Gonzales Olaechea, colaboré con él en la preparación de su demanda de amparo contra el Congreso de la República que fuera presentada el 23 de junio del año 2008 para que judicialmente se reconozca su renuncia al cargo de Congresista de la República.

Don Javier Valle Riestra sostenía una tesis diferente a la mía. Se trataba de la tesis alemana elaborada por Otto Bachof<sup>146</sup> por la cual *No todo lo que está en la Constitución es constitucional*.

Según una nota del diario El Comercio del 25 de marzo del año 2008, el jurista argumentaba lo siguiente al diario “El Comercio”<sup>147</sup> (subrayado agregado):

“Yo prometí a mis electores luchar por restaurar la Carta del 79 y el bicameralismo. No se ha podido hacer. Sería un oportunista si me quedara.

<sup>146</sup> Cfr. Lección inaugural de la Universidad de Heidelberg impartida el 20.7.1951.-Publicada originalmente en Recht und Staat 163/164, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubingam, 1951. //Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo. Fuente: “¿Verfassungswidrige Verfassungsnormen?” EN O. Bachof, “Wege zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht.”, ed. Athenaum, Königstein, 1979.

<sup>147</sup> Cfr. <http://elcomercio.pe/edicionimpresa/html/2008-03-25/valle-riestra-dice-sentirse-frustrado-y-presenta-carta-renuncia-al-congreso.html>

Además siento que es una claudicación seguir en un sistema en el que no creo".

La Constitución señala que el cargo de congresista es irrenunciable. Sin embargo, Valle Riestra comentó que "no todo lo que está en la Constitución es constitucional". Apelando a la tradición constitucional, afirmó que "todas las constituciones, salvo las de 1979 y 1993, han contemplado la renuncia".

"Las normas supranacionales consagran el principio de que uno no está obligado a hacer un trabajo en contra de su voluntad y que vaya en contra de sus principios", comentó".

Internamente, compartí con Javier Valle Riestra mi tesis sobre la renunciabilidad basada en el ejercicio de interpretación constitucional antes explicado, puesto que, en mi concepto, tal ejercicio interpretativo impedía que se presentara la antinomia por colisión o contradicción de supuestos normativos<sup>148</sup>. Y es que, justamente, la labor del intérprete es la de agotar todos los medios para evitar encontrarse con la antinomia que conlleva al empleo del *control normativo* (inaplicación de una de las normas en conflicto, por ejemplo).

De allí que la tesis alemana de las *antinomias constitucionales* ("No todo lo que está en la Constitución es constitucional"), en mi concepto, no fuera aplicable al presente caso porque no hay colisión alguna entre normas constitucionales sino todo lo contrario: una perfecta armonización entre el artículo 95° y la cláusula de los derechos fundamentales del artículo 2° de la Constitución.

Valle Riestra, generosamente, aceptó incluir mi planteamiento como pretensión principal en su demanda y, subordinadamente, su tesis de las antinomias constitucionales.

---

<sup>148</sup> Para Bobbio la antinomia es "*aquella situación en la que se encuentran dos normas, cuando una de ellas obliga y la otra prohíbe, o cuando una obliga y la otra permite, o cuando una prohíbe y la otra permite un mismo comportamiento*". Cfr. BOBBIO, Norberto: "Teoría General del Derecho"; Bogotá: 1999; Editorial Temis; tercera reimpresión de la segunda edición; p. 188.

El caso fue resuelto de manera favorable por el 10° Juzgado Constitucional de Lima mediante sentencia del 11 de marzo del año 2010.

Allí, el Juez Roberto Vílchez Dávila declaró *fundada en parte* la demanda del Dr. Valle Riestra puesto que aceptó la tesis de la interpretación constitucional, desestimando la de las antinomias constitucionales<sup>149</sup>.

De todos los fundamentos de la sentencia, recojo lo expuesto en los considerandos séptimo y noveno. Transcribo:

“SÉPTIMO: Que, en ese sentido, una interpretación conforme con la dignidad de la persona y el respeto de los derechos fundamentales, y que a su vez no vacíe de contenido la regla contenida en el artículo 95° de la Constitución, es aquella que entiende que cuando el texto constitucional señala que el cargo de congresista es irrenunciable, está haciendo referencia a una prohibición de renunciar sin alegar causa alguna o incausada y que no basta la sola decisión del Congresista de renunciar al cargo para que opere la misma. Del mismo modo, es aquella que entiende, contrario sensu, que sí es posible renunciar al cargo de congresista cuando exista una causa que justifique dicha decisión, y siempre y cuando dicha renuncia sea aceptada por el Congreso de la República, como así se establece para el caso del Presidente de la República, en atención al principio de igualdad contenido en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución, tratándose de dos poderes del Estado de la mayor importancia en la vida política nacional y de funcionarios de la mayor jerarquía elegidos por votación popular”.

(...)

NOVENO: Que, en consecuencia, teniendo en cuenta que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado y que por ello todos los preceptos constitucionales tiene por finalidad la defensa y respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, entre ellos la libertad de trabajo, que supone la libertad de realizar o no una determinada

---

<sup>149</sup> En el considerando quinto de dicha sentencia, el Juez del 10° Juzgado Constitucional de Lima dijo: “QUINTO: (...) la tesis formulada por el actor respecto a que la aparente incompatibilidad de la irrenunciabilidad del cargo de congresista con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución conlleva necesariamente a que dicha norma deba ser considerada inconstitucional, deberá ser desestimada por el Juzgado”.

actividad remunerada o cambiarla por otra; estando a que desde una interpretación conforme con la dignidad de la persona y el respeto de los derechos fundamentales, y que a su vez no vacíe de contenido el artículo 95° de la Constitución, posibilita la renuncia al cargo de Congresista cuando exista una causa que justifique dicha decisión, y siempre y cuando dicha renuncia sea aceptada por el Congreso de la República; teniendo en cuenta la avanzada edad y la angustia y tensión que padecería el demandante por ejercer un cargo para el que ya no tiene vocación, pone en evidencia que la falta de pronunciamiento por el Pleno del Congreso respecto de la renuncia planteada por el actor estaría afectando su dignidad como persona y su derecho a la libertad de trabajo, y pondría en riesgo o amenazaría su derecho a la salud; razones por las cuales corresponde estimar en parte la demanda presentada”.

Y, amparado en estos argumentos, el Juez Vílchez Dávila ordenó

“(…) que el Presidente del Congreso de la República cumpla con someter a consideración del Pleno del Congreso, como primer punto del orden del día de la agenda de la próxima sesión, la renuncia presentada por el demandante el día 24 de marzo de 2008, conforme a las consideraciones expuestas en el décimo considerando de la presente resolución”.

La sentencia fue apelada tanto por el Congreso de la República como por el demandante. Pero ambos sólo apelaron el extremo de la ejecución de la renuncia, con lo cual la viabilidad constitucional de tal mecanismo por razones de la defensa de los derechos fundamentales invocados por el actor, quedó consentida.

Los autos fueron elevados a la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

Mediante Resolución N° 20 del 30 de junio del año 2011 los Magistrados integrantes de dicho Tribunal Superior entraron en discordia de acuerdo al siguiente detalle:

- ✓ La doctora Palomino Thompson opinó porque se confirme la sentencia del Juez Vílchez Dávila, pero opinó porque se revoque la orden que aquella contiene, reformándola por el mandato siguiente: que el Pleno del Congreso, como máximo órgano deliberativo, acepte la solicitud de renuncia presentada el 24 de marzo de 2008.
- ✓ El doctor Ordóñez Alcantara opinó también porque se confirme la sentencia, pero opinó porque ésta se revoque en su mandato, el cual reformó por la orden siguiente: que el Congreso de la República acepte la renuncia, bajo apercibimiento de considerarse aceptada por dicho Poder del Estado.
- ✓ El doctor Aguado Sotomayor también opinó porque se confirme la sentencia, pero no revocó el mandato que ésta contiene. Más bien, pidió que se declare “nulo” el concesorio de adhesión a la apelación concedido al demandante.
- ✓ Finalmente, la doctora Donato Meza también opinó porque se confirme la sentencia, pero revocó el mandato, ordenando que se declare *procedente* la renuncia al cargo de Congresista presentada por el demandante, “*sin necesidad de someter al pleno del Congreso dicha decisión; debiendo ser reemplazado por el accesitario*”.

Como se aprecia, los cuatro Vocales Superiores están de acuerdo con la viabilidad de la renuncia al cargo de Congresista. La discordia se produce, únicamente, por la manera de ejecutarla, puesto que el Reglamento del Congreso no contempla procedimiento alguno para hacerla viable, dado que siempre se ha asumido la interpretación literal del texto del artículo 95° de la Constitución que determina la irrenunciabilidad al cargo.

Y en ese trance, nótese que dos Magistrados Superiores consideran que el Pleno debe aceptar la renuncia, uno de ellos conviene en todos sus detalles con el mandato contenido en la sentencia y, el último, es el único que indica que no es

necesario someter al Pleno la aceptación de la renuncia, por lo que ésta debe tramitarse llamando al accesitario.

Para dirimir la discordia, la Resolución N° 20 del 30 de junio de 2011 ordenó el llamamiento de otro Vocal Superior para lo cual se fijó la vista de la causa para el próximo 17 de octubre del mismo año, siendo convocada la Jueza Encinas Llanos. Los resultados del criterio de dicha Magistrada dirimente no los tengo, debido a que coincide con el tiempo que vengo escribiendo esta investigación<sup>150</sup>.

No obstante, lo que es por demás importante es que éste histórico caso permite consagrar la viabilidad de la tesis siguiente: el cargo de Congresista, en la actualidad, es renunciable siempre que se funde en la defensa de principios o derechos constitucionales.

Por tanto, la renunciabilidad es otro instrumento que permitirá contribuir a resolver los problemas de transfuguismo, puesto que el Congresista que incurre en esta conducta puede evitar ser sometido al *juicio político por infracción constitucional* y ser desaforado, con todas las consecuencias que tal decisión implica.

Por el contrario, dar un paso al costado vía la renuncia alegando su derecho a la libertad de opinión y de pensamiento que le permite justificar su decisión de no continuar compartiendo las líneas programáticas del partido por el cual postuló al cargo y que para no incurrir en transfuguismo, prefiere renunciar, no sólo es una salida perfectamente viable jurídica y constitucionalmente, como me he encargado de argumentar aquí, sino que, además, una digna lección política para sus colegas y que, sin duda, será apreciado por la colectividad.

---

<sup>150</sup> Aprovecho la oportunidad para agradecer al doctor Javier Valle Riestra Gonzales Olaechea por proporcionarme copias simples de la sentencia de primera instancia y de la Resolución N° 20 dictada por la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Lima cuyo contenido aquí he citado, por la importancia histórica y académica que tienen estos actuados, puesto que se trataría del primer caso de renuncia al cargo de Congresista de la República desde la Constitución de 1979 que consagró la irrenunciabilidad y cuyo mandato fue recogido por el artículo 95° de la Constitución de 1993.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** El transfuguismo es un fenómeno que viene cobrando una importancia creciente en América Latina en los últimos años, siendo objeto de debate por sus efectos en la representación política. Países como Argentina, Brasil, México y Perú, entre otros, han sufrido esa experiencia. Concretamente en nuestro país -como da cuenta la doctrina- éstos aparecen con notoriedad durante el fujimorato en el que, paradójicamente, la revelación pública del caso de Alberto *Beto* Kouri ocasionó la caída del régimen. No obstante, luego del retorno a la democracia, continuaron los casos de transfuguismo en los dos quinquenios legislativos recientes (2001-2006; 2006-2011), lo que ha contribuido al descrédito de la clase política, la desconfianza y falta de fe en el trabajo y representatividad de los partidos políticos. Y esto porque, lógicamente, el transfuguismo lesiona uno de los derechos más básicos de nuestra democracia: el derecho ciudadano a elegir a nuestros representantes.

**SEGUNDA:** El tránsfuga es aquel representante elegido en las listas de un determinado partido político y que pasa del Grupo (parlamentario o municipal) en el que se encuentra -y del cual resultó electo- a otro Grupo parlamentario diferente antes de concluir la Legislatura o mandato para el que fue elegido, conservando su escaño. La casuística en el Perú muestra una variedad de supuestos que van más allá del molde original del transfuguismo basado en el simple cambio de bancada.

**TERCERA:** El Tribunal Constitucional, como Supremo Intérprete de la Constitución, emitió una importantísima sentencia en el año 2006 (STC N° 0030-2005-PI/TC), a propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 35 Congresistas de la República contra la Ley N° 28617 (la denominada “Ley que crea la barrera electoral”). La importancia de este fallo radica en la manera en que concibe el Tribunal Constitucional al sistema electoral peruano, de acuerdo a los principios que –conforme a su consideración- fundamentan y estructuran dicho sistema: **de democracia representativa y de representación proporcional.**



**CUARTA:** El Tribunal Constitucional señala en la STC N° 0030-2005-PI/TC que el **principio de democracia representativa** consiste en la participación política de la ciudadanía en los asuntos públicos de la Nación y del Estado que se realiza de manera indirecta a través de grupos colectivos intermedios: los partidos políticos. Al respecto, cabe señalar que el informe del año 2011 del Latinobarómetro muestra que un 58% de la ciudadanía en América Latina reconoce que los partidos políticos son esenciales para el funcionamiento de la democracia. Y dentro de esa óptica, el 56% de peruanos señala que “*no puede haber democracia sin partidos*” y el 60% reconoce que “*sin Congreso Nacional no puede haber democracia*”.

**QUINTA:** En cuanto al **principio de representación proporcional**, El Tribunal Constitucional señala en la STC N° 0030-2005-PI/TC que el artículo 187° de la Constitución exige que las elecciones pluripersonales —como lo es la elección al Congreso— se rijan por la fórmula proporcional y no por la de la mayoría, derivando a la ley la configuración concreta del sistema proporcional que se adopte. De esta manera, cuando la Ley N° 28617 estableció la barrera electoral, el legislador puso el acento en éste principio puesto que con aquel se pretende que en el Congreso la distribución de escaños se realice de acuerdo al número de representantes que correspondan a las agrupaciones políticas que lograron superar la valla electoral del 5%. Se optó, pues, por el modelo del “umbral” alemán conocido como *Sperrklausel*, que constituye una de las formas no excluyentes de obstruir la proliferación de partidos en la contienda electoral y que se instituyó en varios países de Europa y Latinoamérica.

**SEXTA:** El reconocimiento de los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional son medulares para llegar a una simplísima conclusión: el Congresista no es dueño de su escaño. Es un inquilino de la curul que ocupa porque simple y llanamente integra una agrupación política. Por tanto, es la agrupación política quien —por imperio de los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional— representa a la población electoral que la eligió en las urnas. Y porque ejerce esa

representatividad es que detenta un conjunto de curules por mandato popular. De esta manera, cuando el artículo 93° de la Constitución señala que los Congresistas “representan a la Nación”, la influencia de los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional con la intermediación de los partidos políticos determina que tal representación de la población es *indirecta*.

**SÉPTIMA:** En mi concepto, cuando el artículo 93° de la Constitución prevé que los Congresistas “representan a la Nación” y “no están sujetos a mandato imperativo”, existen dos posibilidades interpretativas. La primera que se basa en el tenor literal del texto constitucional y asume que por no estar sujetos a mandato imperativo, los Congresistas no están sujetos al mandato directo de sus electores y del partido político por el cual postularon. Es aquí que se teje la tesis (de la jurisprudencia constitucional y de cierto sector de la doctrina española) de que los Congresistas son “titulares de su escaño” (y que en nuestro medio comparte el Dr. César Landa Arroyo) o que, como lo entiende César Delgado Guembes, la coexistencia de ambos principios reconocidos en el citado artículo 93° de la Constitución constituyan “*un serio límite al tipo de encuadre normativo que se pretenda para regular los diversos casos de transfuguismo*”, porque “*si el mandato no es imperativo y se recibe la autorización para representar a la nación es lógico que el representante –cada uno de ellos personalmente comprendido- tenga la facultad de obrar según su conciencia*”. La otra postura interpretativa es aquella que -para mí- se construye en base a tres aspectos: (i) el desarrollo histórico de ambos principios; (ii) el carácter no absoluto de ningún derecho fundamental; y, (iii) la aplicación del principio interpretativo de unidad de la Constitución.

**OCTAVA:** La compatibilidad de los principios constitucionales del mandato no imperativo y de democracia representativa (o mandato representativo) encuentra en su reconocimiento evolutivo histórico la manera en que el segundo es el reemplazo del primero. Es, en mi concepto, una suerte de derogación tácita porque el mandato imperativo quedó derogado, tras la Revolución Francesa, por el

mandato representativo-no imperativo. De esta manera, decir que ningún Congresista está sujeto a mandato imperativo es declarar algo que ya está implícito en el mandato representativo. Así, no estar sujeto a mandato imperativo no constituye un derecho absoluto en vista que su ejercicio se relaciona con lo preceptuado por los artículos 31°, 35° y 187° de la Constitución, de tal suerte que el resultado interpretativo de esta conjunción (interpretación sistemática por comparación) permite sostener que las relaciones entre el Parlamentario y el Partido Político por el cual postuló al cargo, tienen fundamento constitucional desde que evidencian la democracia representativa y, concretamente, la representación proporcional según la cual es el partido el que elabora la lista de parlamentarios que será sometida a elección popular (nuestra legislación electoral ha elegido el sistema de representación proporcional por voto preferencial).

**NOVENA:** Desde mi punto de vista, la conclusión anterior permite mostrar que la génesis del problema jurídico subyacente en el transfuguismo está en la interpretación literal del “mandato no imperativo” que prevé el artículo 93° de la Constitución y en la omisión del ejercicio de interpretación sistemática de dicha disposición constitucional con los artículos 31°, 35° y 187° del mismo texto fundamental. Y es que ese sólo ejercicio de interpretación constitucional basado en el principio hermenéutico de *unidad* de la Constitución –insisto- construye una plataforma de análisis jurídico del asunto estudiado que le da un enfoque diametralmente distinto al restrictivo resultado de la interpretación literal del artículo 93°. Y en vista que existen principios constitucionales que subyacen tras los artículos 31°, 35°, 93° y 187° de la Constitución (democracia representativa, principio de representación proporcional), es claro que la conducta tráfuga lesiona tales principios. Por tanto, en vista que es claro advertir la lesión de dichos principios constitucionales, no coincido con la tesis del Dr. César Delgado-Guembes quien afirma que no es posible atribuirle al transfuguismo connotaciones *antijurídicas*.

**DÉCIMA:** Tanto la doctrina nacional como las iniciativas legislativas en el Congreso de la República argumentan que no existe mecanismo legal que haga frente a los casos de transfuguismo y, por tanto, cabe sólo la reforma

constitucional y legislativa para lograr tal propósito. No comparto ese punto de vista. Sostengo que en la actualidad, con las reglas vigentes (constitucionales y legales), *sí* existen vías para hacer frente a los casos de transfuguismo; sin perjuicio que *lo ideal* sería incorporar un conjunto de modificaciones legislativas - que *grosso modo* también planteo en este trabajo las cuales sirvan para fortalecer la lucha contra este flagelo. Sostengo que esa vía es el juicio político por infracción constitucional porque: (i) el contenido que determina tal infracción debe estar relacionado a la vulneración de todo principio, garantía o derecho reconocido en la Constitución que por su gravedad merezca dar lugar a la sanción respectiva; (ii) las conductas tránsfugas calzan en dicho contenido porque lesionan principios constitucionales como el de democracia representativa y representación proporcional, además del derecho fundamental (difuso) a elegir de los ciudadanos; y, (iii) la Constitución prevé sanciones tales como la suspensión, la destitución y la inhabilitación del funcionario infractor para ejercer función pública por 10 años.

**UNDÉCIMA:** Los artículos 99° y 100° de la Constitución le otorgan *poder jurisdiccional* al Congreso para que tenga la potestad de declarar la *infracción constitucional* con las consecuentes sanciones de suspensión, inhabilitación y destitución de los funcionarios acusados. Por tanto, el camino de la acusación constitucional por infracción de la Constitución de los Congresistas tránsfugas constituye un modelo de *política jurisdiccional* que existe en la actualidad y que debiera ser impetrado ante la ocurrencia de tales casos, sin necesidad de contar con norma expresa. Argumentar lo contrario implica incurrir en la falacia del *vacío legislativo* que de acuerdo a las razones hasta aquí expuestas, en mi concepto, queda diluido.

**DÉCIMO SEGUNDA:** La casuística nacional permite detectar un grupo de tránsfugas que denomino “clásicos” y, otro, que corresponden a los grupos que llamo “mutaciones”. Los primeros son aquellos tránsfugas que se caracterizan por el cambio frontal y descarnado de equipo, de cambio de partido con posterioridad a su elección como Congresistas de la República. Y dentro de éstos existen dos

variantes: los *apátridas* (se desligan del grupo sin incorporarse a ningún otro, denominándose “no agrupados”) y los *emprendedores* (se desligan pero no se incorporan a ningún grupo sino que forman el suyo con identidad propia). Y, por su parte, las “mutaciones” corresponden a los casos siguientes que denomino: (i) *aborto del vientre de alquiler*, porque se trata de aquellas alianzas electorales de facto, no formales, por las que miembros de un partido de hecho, no inscrito, informal, se incorporan como invitados a otro que es el que por estar formalmente inscrito postula en la contienda electoral y logra escaños a su favor. Por tanto, el *aborto* de los invitados que forman su grupo parlamentario del partido *informal*, es el que pertenece a esta modalidad; (ii) *solapado*, porque se trata de aquellos que sin renunciar a la bancada recurren al “voto de conciencia” para pronunciarse en contra de las iniciativas impulsadas por el grupo parlamentario al que pertenecen, aún cuando éstas correspondan al ideario del partido o del plan de gobierno presentado en la contienda electoral; y, (iii) *inverso*, porque se trata de los casos en que la bancada en pleno impulsa iniciativas que van en contra de los principios del ideario del partido o del plan de gobierno presentado en las elecciones. Éste último justifica uno de los supuestos de transfuguismo legítimo.

**DÉCIMO TERCERA:** La *escisión del consorcio* (disolución de la alianza electoral o parlamentaria) no debe significar la incursión en conducta tráfuga porque los electores votaron por la alianza y, por ende, por los partidos que la integraron en función al Plan de Gobierno que ésta presentó en la campaña electoral. De esta manera, los partidos, al escindirse de la alianza, deberán conformar grupos parlamentarios. Y en todos los casos –consorciados o escindidos- los grupos parlamentarios están vinculados, a su vez, al Plan de Gobierno presentado en campaña como alianza. Mención aparte merece que los partidos escindidos, al formar grupos parlamentarios, puedan consorciarse con otros grupos parlamentarios al interior del Congreso. Tal consorcio parlamentario tampoco es una conducta tráfuga porque el consenso es el eje, la esencia de la democracia que, en este caso, se daría entre Congresistas que pertenecen a partidos que integraron una alianza electoral que fue elegida por el pueblo para representarlo en el Parlamento Nacional.

**DÉCIMA CUARTA:** La infracción constitucional es palmaria en los casos de transfuguismo que denomino *clásico* tanto en su modalidad *pura* como en sus dos variantes (*apátridas* y *emprendedores*); así como en los casos de transfuguismo que denomino por *aborto del vientre de alquiler*. Sin embargo, en los casos de transfuguismo que denomino *solapado* e *inverso*, éstos, en mi concepto, como quiera que no existe una regulación precisa, específica del régimen de bancadas parlamentarias, es inviable combatirlos mediante el juicio político por infracción constitucional. Por ello digo que, en mi concepto, teóricamente son casos de transfuguismo por las razones planteadas en esta investigación, pero, en la práctica, no hay forma de combatirlos puesto que –insisto– el régimen de bancadas parlamentarias no está regulado con especificidad y, por consiguiente, no habría *tipicidad* de la conducta para lograr su procesamiento por infracción constitucional.

**DÉCIMA QUINTA:** Concordando con la jurisprudencia del Tribunal Superior Electoral y el Supremo Tribunal Federal de Brasil, respectivamente, que además de concluir que el transfuguismo lesiona los principios de democracia representativa, representación proporcional y del derecho del electorado a elegir la proporción de sus representantes (con lo cual afirma que el Congresista no es titular de su escaño, sino el partido político); considero que la única posibilidad de cerrados casos que justifiquen el apartamiento del tráfuga de la bancada parlamentaria que corresponde al partido por el cual fue electo, son los siguientes: (i) fusión, incorporación o creación de nuevo partido; (ii) cambio sustancial o desvío reiterado del programa partidario (transfuguismo *inverso*); (iii) persecución política del parlamentario por la dirección partidaria, siempre y cuando los procesamientos disciplinarios del partido o grupo parlamentario sean arbitrarios, contrarios a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y a las garantías del debido proceso. Adviértase que la excepcionalidad corresponde a situaciones ajenas a su voluntad.

No admito, en este campo, las razones de *cambio de ideología*, puesto que si bien tal derecho del Congresista es atendible, legítimo, válido; el mismo debe merecer su renuncia al cargo, mas no un supuesto de excepción de transfuguismo.

Todos estos supuestos de excepción que admitirían un *transfuguismo legítimo*, claro está, merecen una modificación reglamentaria para hacerlos posibles, concretamente, la regulación de las bancadas parlamentarias.

**DÉCIMO SEXTA:** El transfuguismo, en mi concepto, sigue el siguiente derrotero: (i) El parlamentario fue elegido por un partido político para desempeñar sus funciones y atribuciones dentro del grupo parlamentario que corresponde a dicho partido; (ii) No fue elegido para ejercer el cargo por un partido distinto al cual postuló ni para desempeñar sus funciones incurriendo en las conductas tráfugas que he analizado en este trabajo; (iii) Que el parlamentario electo cometa transfuguismo es una infracción a los límites de su función parlamentaria que debía desarrollarse representando al partido político por el cual postuló y respetando la voluntad popular; (iv) De acuerdo a las premisas anteriores, la comisión de actos de transfuguismo constituyen abuso de atribuciones de la función parlamentaria del Congresista electo; y, (v) Siendo la conducta tráfuga una *infracción constitucional*, se trata de un *acto arbitrario*. Ahora bien, las conductas tráfugas combatibles según el análisis que he tratado antes implican, siempre, la plena conciencia y voluntad del Congresista tráfuga de lesionar la voluntad popular y el principio constitucional de representación proporcional. Por tanto, sumadas las premisas anteriores al dolo, la conclusión cae de madura: el transfuguismo, en mi concepto, sí es susceptible de ser catalogado como delito de abuso de autoridad.

**DÉCIMO SÉPTIMA:** Las consecuencias prácticas de la sanción inherente al juicio político coinciden con la finalidad de restaurar la situación de hecho y de derecho existente antes que se origine la vulneración del derecho del ciudadano a elegir (proporcionalmente) a sus representantes a consecuencia de la conducta tráfuga y que es también propia del proceso de amparo constitucional porque, como es evidente -y ya me he pronunciado arduamente en este trabajo-, el

transfuguismo ataca, altera, los resultados electorales. Además, en aplicación de los incisos 2° y 3° del artículo 55° del Código Procesal Constitucional, la sentencia que declara fundada una demanda de amparo no sólo ordena la restitución de las cosas al estado anterior a la violación de los derechos fundamentales vulnerados, sino que para viabilizar una orden de tal naturaleza -si se trata de actos materiales producidos por el Estado- el Juez Constitucional puede declarar la invalidez de los actos que hayan servido para instrumentalizar la vulneración de derechos. Por ello, de acuerdo a esta facultad legal del Juez Constitucional, puede decirse que el demandante puede acumular a su pretensión de retornar las cosas al momento de la determinación del número de escaños asignados a cada partido político (resultado electoral), la invalidación del otorgamiento de la credencial de Congresista y el acto de juramento al asumir el cargo. Y si bien es cierto que el proceso de amparo contra la conducta tráfuga y el juicio político contra el mismo por infracción a la Constitución, coinciden en desaforar al demandado, sus naturalezas y finalidades son distintas. De allí que, a mi juicio, no hay afectación de competencias del Parlamento en el juicio político por parte del Juez Constitucional.

**DÉCIMO OCTAVA:** Planteo dos alternativas para fortalecer el modelo actual de *control político jurisdiccional* del transfuguismo: **(i)** crear un procedimiento *especial, ad hoc*, del *juicio político por infracción constitucional* aplicable a los casos de transfuguismo, el cual deberá distinguirse de las propuestas de *vacancia* planteadas en las iniciativas legislativas que actualmente se han presentado en el Parlamento Nacional, además de establecer que éste puede ser promovido a pedido de parte por cualquier ciudadano sin necesidad de demostrar *interés directo* e invocar *interés difuso* por la naturaleza del derecho fundamental a elegir a sus representantes; y, **(ii)** crear una vía paralela al *juicio político* denominada *proceso declarativo de infracción constitucional*, de instancia única, tramitado y conocido por el Tribunal Constitucional, lo cual merecería modificación de los artículos 100° y 202° de la Constitución vigente. De esta manera, se crearía una vía puesta al servicio de los ciudadanos para que tutelen sus derechos y principios



constitucionales subyacentes en el sistema electoral vulnerados por la conducta tráfuga.

**DÉCIMO NOVENA:** Forman parte del fortalecimiento del modelo de control político jurisdiccional antes esbozado, un conjunto de propuestas complementarias que permitan *prevenir* la ocurrencia de las conductas tráfugas a nivel institucional desde el punto de vista de las *políticas públicas legislativas*. Para ello, planteo la eliminación del voto preferencial, la institucionalidad (carácter vinculante) de los Planes de Gobierno, la regulación de las bancadas parlamentarias (que permitan regular los casos de “objeción de conciencia”) y la renuncia al cargo de Congresista (ésta última, como lo demuestro con el “caso Valle Riestra”, es una consecuencia real, práctica, en la actualidad).



## ANEXOS

4. TRIBUNAL SUPERIOR ELECTORAL (Brasil)  
RESOLUCIÓN N° 22.526. CONSULTA N° 1.398 — CLASE 5—  
DISTRITO FEDERAL (Brasilia).

**Ponente:** Ministro Cesar Asfor Rocha.

**Consultante:** Partido del Frente Liberal (PFL) - Nacional, por su  
Presidente.

Brasilia, 27 de marzo de 2007.

5. TRIBUNAL SUPERIOR ELECTORAL (Brasil)  
RESOLUCIÓN N° 22.600. CONSULTA N° 1.407 - CLASE 5 -  
DISTRITO FEDERAL (Brasília).

**Ponente:** Ministro Carlos Ayres Britto.

**Consultante:** Nilson Mourao, Diputado Federal.

Brasilia, 16 de octubre de 2007.

6. TRIBUNAL SUPERIOR ELECTORAL (Brasil)  
RESOLUCIÓN N° 22.610

**Ponente:** Ministro Cezar Peluso.

Brasilia, 25 de octubre de 2007.

## ANEXO 1



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

RESOLUÇÃO Nº 22.526

CONSULTA Nº 1.398 – CLASSE 5ª – DISTRITO FEDERAL (Brasília).

**Relator:** Ministro Cesar Asfor Rocha.**Consulente:** Partido da Frente Liberal (PFL) - nacional, por seu presidente.

CONSULTA. ELEIÇÕES PROPORCIONAIS.  
 CANDIDATO ELEITO. CANCELAMENTO  
 DE FILIAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE  
 PARTIDO. VAGA. AGREMIÇÃO. RESPOSTA  
 AFIRMATIVA.

Resolvem os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por maioria, vencido o Ministro Marcelo Ribeiro, responder positivamente à consulta, na forma do voto do relator e das notas taquigráficas.

Brasília, 27 de março de 2007.


 MARCO AURÉLIO

- PRESIDENTE

CESAR ASFOR ROCHA

- RELATOR

Cta n° 1.398/DF.

2

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Senhor Presidente, cuida-se de consulta formulada pelo Partido da Frente Liberal, formulada nos seguintes termos, no que interessa:

*Considerando o teor do art. 108 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático.*

*Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos.*

*Considerando ainda que, também o cálculo das médias, é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.*

### INDAGA-SE:

*Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?*

A Assessoria Especial da Presidência (ASESP) manifesta-se às fls. 5-10 pela resposta afirmativa.

É o relatório.



## VOTO

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (relator):  
Senhor Presidente, consulta o Partido da Frente Liberal (PFL), por meio do seu ilustre Presidente Nacional, *se os partidos políticos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.*

Refere o Partido consulente que a candidatura de qualquer cidadão a cargo eletivo depende de prévia filiação partidária, conforme exigência constitucional e também do vigente Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65).

Não é nova essa questão de se saber se o mandato eletivo é de ser tido como pertencente ao indivíduo eleito, à feição de um direito subjetivo, ou se pertencente ao grêmio político partidário sob o qual obteve a eleição, não importando, nesse caso, se o êxito eleitoral dependeu, ou não, dos votos destinados unicamente à legenda ou do aproveitamento de votos das chamadas *sobras partidárias*.

É da maior relevância assinalar que os Partidos Políticos têm no Brasil, *status* de entidade constitucional (art. 17 da CF), de forma que se pode falar, rememorando a lição de Maurice Duverger (*As Modemas Tecnodemocracias*, tradução de Natanael Caixeiro, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978), que as modernas democracias de certa forma secundarizam, em benefício dos Partidos Políticos, a participação popular direta; na verdade, ainda segundo esse autor, os Partidos Políticos adquiriram a qualidade de autênticos protagonistas da democracia representativa, não se encontrando, no mundo ocidental, nenhum sistema político que prescindia da sua intermediação, sendo excepcional e mesmo até exótica a candidatura individual a cargo eletivo fora do abrigo de um Partido Político.

A Carta Magna Brasileira estabelece, como condição ~~de~~ elegibilidade do cidadão, dentre outras, a filiação partidária (art. 14, § 3º, ~~V~~).

Cta nº 1.398/DF.

4

enquanto o art. 17, § 1º, assegura aos partidos políticos estabelecer normas de fidelidade e disciplina, o que serve de indicativos suficientes para evidenciar que a democracia representativa, no Brasil, muito se aproxima da partidocracia de que falava o referido doutrinador francês Maurice Duverger (op. cit.).

Dado o quadro jurídico constitucional positivo, a saber, o que confere ao Partido Político a exponencial qualificação constitucional, ladeada pela sua essencialidade ao funcionamento da democracia representativa, torna-se imperativo assegurar que a interpretação jurídica de qualquer questão pertinente aos Partidos Políticos, com destaque para essa questão da fidelidade dos eleitos sob a sua legenda, há de ter a indispensável correlação da própria hermenêutica constitucional, com a utilização prestimosa dos princípios que a Carta Magna alberga.

Essa visão da aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais à solução de controvérsias concretas, no mundo processual, representa a superação do que o Professor Paulo Bonavides chama de velha hermenêutica (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, 2000), para aludir à forma interpretativa da Constituição que deixava à margem de invocação imediata a força normativa dos princípios; tem-se, hoje em dia, como pertencente ao passado, a visão que isolava os princípios constitucionais da solução dos casos concretos, posição que parece ter tido o abono do notável jurista italiano Emilio Betti (*Apud Bonavides, op. cit.*), bem como a formulação de que os princípios eram normas abertas (preconizada por Karl Larenz, Metodologia da Ciência do Direito) ou meramente informativas, não portando densidade suficiente para resolução de conflitos objetivos.

Adotada a posição do Professor Paulo Bonavides, segundo a qual os princípios são normas e as normas compreendem as regras e os princípios, pode-se (e deve-se) dizer e proclamar que, na solução desta Consulta, é mister recorrer-se aos princípios constitucionais normativos, vendo-se a Constituição, nas palavras do Professor Norberto Bobbio, como

Cta nº 1.398/DF.

5

termo unificador das normas que compõem o ordenamento jurídico, eis que sem ele, as normas constituiriam um amontoado e não um ordenamento (Teoria do Ordenamento Jurídico, tradução de Maria Celeste dos Santos, Brasília, UnB, 1997).

Ora, não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária.

Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor.

Todavia, parece-me incogitável que alguém possa obter para si - e exercer como coisa sua - um mandato eletivo, que se configura essencialmente como uma função política e pública, de todo avessa e inconciliável com pretensão de cunho privado.

O princípio da moralidade, inserido solenemente no art. 37 da Carta Magna, repudia de forma veemente o uso de qualquer prerrogativa pública, no interesse particular ou privado, não tendo relevo algum afirmar que não se detecta a existência de norma proibitiva de tal prática.

É que o raciocínio jurídico segundo o qual o que não é proibido é permitido, somente tem incidência no domínio do Direito Privado, onde as relações são regidas pela denominada licitude implícita, o contrário ocorrendo no domínio do Direito Público, como bem demonstrou o eminente

Cta nº 1.398/DF.

6

Professor Geraldo Ataliba (Comentários ao CTN, Rio de Janeiro, Forense, 1982), assinalando que, nesse campo, o que não é previsto é proibido.

Não se há de permitir que seja o mandato eletivo compreendido como algo integrante do patrimônio privado de um indivíduo, de que possa ele dispor a qualquer título, seja oneroso ou seja gratuito, porque isso é a contrafação essencial da natureza do mandato, cuja justificativa é a função representativa de servir, ao invés da de servir-se.

Um levantamento preliminar dos Deputados Federais, eleitos em outubro de 2006, mostra que nada menos de trinta e seis parlamentares abandonaram as siglas partidárias sob as quais se elegeram; desses trinta e seis, apenas dois não se filiaram a outros grêmios partidários e somente seis se filiaram a Partidos Políticos que integraram as coligações partidárias que os elegeram. Por conseguinte, vinte e oito parlamentares, eleitos sob determinadas legendas, passaram-se para as hostes dos seus opositores, levando consigo, como se fossem coisas particulares, os mandatos obtidos no último prélio eleitoral.

Apenas para registro, observe-se que dos 513 deputados federais eleitos, apenas 31 (6,04%) alcançaram por si mesmos o quociente eleitoral.

Não tenho dificuldade em perceber que razões de ordem jurídica e, sobretudo, razões de ordem moral, inquinam a higidez dessa movimentação, a que a Justiça Eleitoral não pode dar abono, se instada a se manifestar a respeito da legitimidade de absorção do mandato eletivo por outra corrente partidária, que não recebeu sufrágios populares para o preenchimento daquela vaga.

Penso, ademais, ser relevante frisar que a permanência da vaga eletiva proporcional na titularidade do Partido Político, sob cujo pálio o candidato migrante para outro grêmio se elegeu, não é de ser confundida com qualquer espécie de sanção a este, pois a mudança de partido não é ato ilícito, podendo o cidadão filiar-se e desfiliar-se à sua vontade, *mas sem*



Cta nº 1.398/DF.

7

*que isso possa representar subtração à bancada parlamentar do Partido Político que o abrigou na disputa eleitoral.*

Ao meu sentir, o mandato parlamentar pertence, realmente, ao Partido Político, pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do Partido Político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas (art. 17, III, da CF).

Por outro lado, as disponibilidades financeiras dos Partidos Políticos e o controle do acesso ao rádio e à TV não estão ao alcance privado dos interessados, pois são geridos em razão de superiores interesses públicos, implementados diretamente pelos Partidos Políticos e coligações partidárias.

Registro que tenho conhecimento – e por elas nutro respeito – de respeitáveis posições jurisprudenciais e doutrinárias afirmativas de que o candidato eleito conserva o mandato eletivo, quando se desfilia do grêmio pelo qual se elegeu.

Contudo, essa orientação pretoriana se plasmou antes do generalizado acatamento que hoje se dá à força normativa dos princípios constitucionais. Aquela orientação, portanto, não está afinada com o espírito do nosso tempo, rigorosamente intolerante com tudo o que represente infração à probidade e à moralidade administrativas e públicas.

Creio que o tempo presente é o da afirmação da prevalência dos princípios constitucionais sobre as normas de organização dos Partidos Políticos, pois sem isto se instala, nas relações sociais e partidárias, uma alta dose de incerteza e dúvida, semeando alterações ocasionais e fortuitas nas composições das bancadas parlamentares, com grave dano à estabilidade dessas mesmas relações, abrindo-se ensejos a

Cta nº 1.398/DF.

8

movimentações que mais servem para desabonar do que para engrandecer a vida pública.

Não se trata, como poderia apressadamente parecer, que a afirmação de pertencer o mandato eletivo proporcional ao Partido Político seja uma criação original ou abstrata da interpretação jurídica, de todo desapegada do quadro normativo positivo: na verdade, além dos já citados dispositivos constitucionais definidores das entidades partidárias e atribuidores das suas insubstituíveis atribuições, veja-se que o art. 108 do Código Eleitoral evidencia a ineliminável dependência do mandato representativo ao Partido Político, permitindo mesmo afirmar, sem margem de erro, **que os candidatos eleitos o são com os votos do Partido Político.**

Este dispositivo já bastaria para tornar indubitosa a assertiva de que os votos **são efetivamente dados ao Partido Político**; por outro lado essa conclusão vem reforçada no art. 175, § 4º, do Código Eleitoral, ao dizer que **serão contados para o Partido Político os votos conferidos a candidato, que depois da eleição seja proclamado inelegível ou que tenha o registro cancelado**; o art. 176 do mesmo Código também manda contar **para o Partido Político** os votos proporcionais, nas hipóteses ali indicadas.

Tudo isso mostra que **os votos pertencem ao Partido Político**, pois do contrário não teria explicação o seu cômputo para a agremiação partidária nos casos mencionados nos referidos dispositivos do Código Eleitoral; se os sufrágios pertencem ao Partido Político, curial e inevitável dizer que o mandato eletivo proporcional, por igual, pertence ao grêmio partidário, como consequência da primeira afirmação.

Penso que o julgamento desta Consulta traz à tona a sempre necessária revisão da chamada **teoria estruturalista do Direito**, que tendeu a explicar o fenômeno jurídico somente na sua dimensão formal positiva, como se os valores pudessem ser descartados ou ignorados, **ou**

como se a norma encerrasse em si mesma um objetivo pronto, completo e acabado.

Com efeito, as exigências da teoria jurídica contemporânea buscam compreender o ordenamento juspositivo **na sua feição funcionalista**, como recomenda o Professor Norberto Bobbio (Da Estrutura à Função, tradução de Daniela Beccacia Versiani, São Paulo, Editora Manole, 2007), no esforço de compreender, sobretudo, as finalidades (teleologias) das normas e do próprio ordenamento.

Ouso afirmar que a teoria funcionalista do Direito evita que o intérprete caia na tentação de conhecer o sistema jurídico apenas pelas suas normas, excluindo-se dele a sua função, empobrecendo-o quase até à miséria; recuso, portanto, a postura simplificadora do Direito e penso que a parte mais significativa do fenômeno jurídico é mesmo a representada no quadro axiológico.

Outro ponto relevante que importa frisar é o papel das Cortes de Justiça no desenvolvimento da tarefa de contribuir para o conhecimento dos aspectos axiológicos do Direito, abandonando-se a visão positivista tradicional, certamente equivocada, de só considerar dotadas de força normativa as **regulações normatizadas**; essa visão, ainda tão arraigada entre nós, deixa de apreender os sentidos finalísticos do Direito e de certo modo, desterra a legitimidade da reflexão judicial para a formação do pensamento jurídico.

Volto, ainda esta vez, à companhia do Professor Paulo Bonavides, para, com ele, afirmar que as normas compreendem as regras e os princípios e, portanto, estes são também imediatamente fornecedores de soluções às controvérsias jurídicas.

Observo, como destacado pelo eminente Ministro Cezar Peluso, haver hipóteses em que a mudança partidária, pelo candidato a cargo proporcional eleito, não importa na perda de seu mandato, como, por

Cta nº 1.398/DF.

10

exemplo, quando a migração decorrer da alteração do ideário partidário ou for fruto de uma perseguição odiosa.

Com esta fundamentação respondo afirmativamente à consulta do PFL, concluindo que os Partidos Políticos e as coligações conservam o direito à vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda.

Antes de dar por concluído este voto, quero registrar que mandei fazer um levantamento de todos os deputados eleitos nas eleições de 2006 e pude verificar que, dos quinhentos e treze deputados federais eleitos, somente trinta e um (cerca de 6,04%) obtiveram votos próprios para atingir o quociente eleitoral, sem que houvesse necessidade de receber votos conferidos à sua legenda atribuídos a outros candidatos do seu próprio partido ou de sua própria coligação.

É o voto.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente):  
O afastamento, do cenário constitucional, da candidatura avulsa tem a minha idade - ocorreu com a Carta de 1946. E notamos, não só diante do voto proferido pelo ministro Cesar Asfor Rocha como também ante os novos ares constitucionais da Lei Básica de 1988, que os partidos políticos ganharam, nessa Carta, uma ênfase maior. Se formos ao artigo 17, constataremos que, além da autonomia, da liberdade de criação, consagradas quanto aos partidos políticos, há referência ao funcionamento parlamentar de acordo com a lei. E a lei baliza esse funcionamento parlamentar, tem sido essa a tradição, conforme os deputados eleitos.

Cta nº 1.398/DF.

11

No § 1º está registrada – e não há palavras inúteis em diploma algum – a fidelidade partidária, fidelidade e disciplinas. Leio, para documentação no voto, o teor do preceito:

Art. 17. (...)

(...)

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, (...) devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

A cláusula é linear, não é específica apenas quanto a associados a partidos políticos. E, no § 3º, há a previsão de que os partidos políticos têm direito a recursos do Fundo Partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, com balizamento ditado pela legislação ordinária, mais uma vez, a partir das cadeiras ocupadas na Câmara dos Deputados.

Constato no artigo 14 algo que respalda as exigências da legislação ordinária sobre a necessária escolha do candidato em convenção. O artigo 14, § 3º, revela como condição de elegibilidade a filiação partidária.

Tenho lembrança de que, nesta sala, li, ultimamente, dois diplomas, do Presidente e do Vice-Presidente da República, que registram, porque assim dita o arcabouço normativo em vigor, os partidos que integraram a coligação que ensejou respaldo suficiente à eleição.

Se fizermos um levantamento na legislação de regência, verificaremos o financiamento das campanhas eleitorais pelo partido político – e conta ele com o Fundo Partidário para isso – que é, num primeiro passo, financiamento público e que está compelido o partido à prestação de contas.

Como é distribuído esse horário da propaganda eleitoral? É distribuído a partir da discricção do próprio partido, consideradas certas balizas legais.

Cta nº 1.398/DF.

12

Se formos à Lei nº 9.096/95, constataremos, no artigo 24, a regra segundo a qual, na Casa Legislativa, o integrante da bancada de partido deve subordinar a ação parlamentar aos princípios doutrinários e programáticos, às diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção partidários, na forma do estatuto.

Já no artigo 25 da Lei nº 9096/95 – e ninguém ousa colar a pecha de inconstitucional a esse artigo, como também não ousa no tocante ao artigo 24 –, está revelado que:

Art. 25. O estatuto do partido poderá estabelecer, além das medidas disciplinares básicas de caráter partidário, normas sobre penalidades, inclusive com desligamento temporário da bancada, suspensão do direito de voto nas reuniões internas ou perda de todas as prerrogativas, cargos e funções que exerça em decorrência da representação e da proporção partidária, na respectiva Casa Legislativa, ao parlamentar que se opuser, pela atitude ou pelo voto, às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos partidários.

Mais do que isso, temos, talvez no campo simplesmente pedagógico, o teor do artigo 26 da Lei nº 9096/95, a dispor que perde automaticamente a função ou o cargo que exerça na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, da definição das cadeiras – que se faz pelos votos obtidos pela legenda –, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito. Está em bom português, em bom vernáculo.

Mas devemos admitir, como o fez com desassombro o relator, que uma questão é o aspecto normativo formal e material e algo totalmente diverso é o dia-a-dia da vida política brasileira. Sua Excelência ressaltou que, neste início de legislatura, ocorreram cerca de 40 trocas de partido.

Não sou investigador político, mas sabe lá como essas trocas se fizeram, quais foram as motivações.

Cta nº 1.398/DF.

13

Penso que a invocação foi muito correta. Estamos a discorrer sobre administração pública, gênero, *lato sensu*, e não podemos desconhecer os princípios mencionados, numa sinalização clara e precisa, no artigo 37 da Constituição Federal. A menos que se declare a inconstitucionalidade, e não conseguiria indicar onde estaria o conflito das normas regedoras da espécie, principalmente aquelas que definem o número de cadeiras da agremiação pelos votos obtidos pela própria agremiação, não há como relegar à inocuidade a vinculação inicial certo partido.

Não temos como deixar de responder – e talvez a sociedade fique de alma lavada, no que cada qual cumprirá o dever de apreciar a matéria neste Colegiado – de forma afirmativa à consulta formulada pelo Partido da Frente liberal.

Acompanho, portanto, Sua Excelência, relator, no voto proferido, que louvo. Fico confortado, dada a sintonia de idéias em torno do alcance do arcabouço normativo, especialmente o constitucional, assentando que há, sim, sem adentrar – porque, neste caso, já estaria partindo para casos concretos – situações já verificadas, a vinculação do candidato eleito ao partido.

E para escancarar tudo o que foi dito até aqui, lembraria a situação de um deputado que não logrou, embora alcançando 38 mil votos, a eleição. Houvesse permanecido na legenda pretérita, a qual esteve integrado, teria sido eleito com 11 mil votos. O fato revela, a mais não poder, que norteiam o número de cadeiras a serem ocupadas os votos obtidos pela legenda.

Nós próprios editamos resolução consoante a qual, no caso de registro indeferido após a alimentação das urnas eletrônicas, os votos do candidato inelegível, que teve o registro indeferido, vão para a legenda.

Acompanho Sua Excelência, respondendo afirmativamente à indagação, que, em boa hora, num serviço prestado à nação brasileira, veio a ser formalizada pelo partido consulente.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Senhor Presidente, formula o Partido da Frente Liberal (PFL), com base no art. 23, inc. XII, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65), a seguinte consulta:

“Considerando o teor do art. 108 da Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral), que estabelece que a eleição dos candidatos a cargos proporcionais é resultado do quociente eleitoral apurado entre os diversos partidos e coligações envolvidos no certame democrático.

Considerando que é condição constitucional de elegibilidade a filiação partidária, posta para indicar ao eleitor o vínculo político e ideológico dos candidatos.

Considerando ainda que, também o cálculo das médias, é decorrente do resultado dos votos válidos atribuídos aos partidos e coligações.

INDAGA-SE:

Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”

2. Regularmente formulada a consulta, que versa sobre matéria eleitoral, entro a dar-lhe resposta.

**1. O sistema representativo proporcional.**

3. É bem conhecida, desde antes da clássica obra de **JOHN STUART MILL** sobre o tema, a conveniência política da adoção de um governo representativo: *“o único governo capaz de satisfazer a todas as exigências do estado social é aquele do qual participou o povo inteiro; que toda a participação, por menor que seja, é útil (...)”*. Como, porém, *“é impossível a participação pessoal de todos, a não ser numa proporção muito pequena dos negócios públicos, o tipo ideal de um governo perfeito só pode ser o representativo”*<sup>1</sup>. Mais tarde, com **HANS KELSEN**<sup>2</sup> chegou-se

<sup>1</sup> *Considerações sobre o governo representativo (Considerations on representative government, 1861)*. Trad. de Manoel Santos Jr. Brasília: UnB, 1981, p. 38. A divulgação do sistema proporcional também se deveu a **THOMAS HARE**, autor de *“The machinery of representation”* (1857) e *“The election of representatives”* (1859).



a afirmá-lo como a melhor forma de democracia, opinião compartilhada por “DUVERGER, SARTORI, CANOTILHO e RAMIREZ”<sup>3</sup>.

4. Dentre as especificidades reclamadas pela estrutura do sistema representativo, está a opção por um dos seus métodos eleitorais, proporcional ou majoritário. Em confronto com as manifestas deficiências deste<sup>4</sup>, especialmente a sub-representação dos grupos ou extratos minoritários, ganha primazia o sistema proporcional, enquanto tende, mais que a garantir-lhes a mera presença nas assembléias, a assegurar verdadeira proporção de todas as relevantes correntes ideológicas na representação popular<sup>5</sup>.

Como afirma GILBERTO AMADO,

“os sistemas de representação proporcional não visam, como se pode pensar à primeira vista, à representação das minorias; visam à representação de todas aquelas opiniões que, existindo em força numérica suficientemente importante para significar uma corrente de idéias, têm o direito de influir, na proporção da sua força, no governo do país”<sup>6</sup>.

Já no século XIX, J. F. de ASSIS BRASIL, cuidando de criticar o “*duello de morte*” resultante de sistema majoritário que conferisse a totalidade dos eleitos ao partido que tivesse “*simplesmente a maioria dos eleitores*”, apontava o risco de uma seleção adversa *avant la lettre* como razão para se adotar sistema representativo de diversas correntes de pensamento:

“Espíritos delicados e mansos, serenos e justos, isto é, precisamente aqueles que possuem mais qualidades para servir o país com proveito, não podem deixar de fugir com horror de ser lenha d’esse inútil incendio. Assim se exerce fatal seleção em

<sup>2</sup> “(...) conserva toda su vigencia aquella afirmación de Kelsen, hecha hace ya 70 años, de que no hay más democracia posible que la democracia representativa” (ARAGÓN REYES, Manuel. *Derecho de sufragio: principio y función*. In: NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia & ZOYATTO, Daniel (compiladores). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. Mexico: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 91).

<sup>3</sup> Cf. MORAES, Alexandre de. *Presidencialismo*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 94.

<sup>4</sup> Merecem menção, dentre outras: baixo grau de representatividade dos eleitos em relação à totalidade dos eleitores; a decepção, desânimo e “entorpecimento cívico” de grandes parcelas do eleitorado, cujos votos, vencidos, não se consideram.

<sup>5</sup> PINTO FERREIRA, Luiz. O problema da representação proporcional. *Revista de Informação Legislativa*, nº 43, Senado Federal, p. 143.

<sup>6</sup> *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999, pp. 61-62. Grifos nossos.

favor dos individuos de menos escrupulos, ou de caracter mais duro e asperos sentimentos, senão completamente despidos d'elles, cuja influencia nos negócios e costumes publicos não é a mais reclamada pelas exigencias do progresso social. Quem não poderá apontar aqui e alli, isolados no seu trabalho pessoal, ainda que indirectamente util ao bem publico, esses raros homens bons, conciliadores, inteligentes, verdadeiros caracteres humanos, a cujo nobre e doce tempereamento inspiram instinctivo asco as tribulações da politica militante? As leis irrationaes acenam a tudo quanto é ruim e repellem os melhores elementos.

**Não é necessario traçar o quadro contrario, para fazer logo pensar em que elle seria o fructo a que se encaminharia um systema de eleição animado pelo espirito de garantir a todas as opiniões, na possivel medida de sua Intensidade, meios seguros, naturaes e faceis de ganharem representação legal”<sup>7</sup>.**

5. Não precisa grande esforço intelectual por advertir que o fundamento político-filosófico do sistema representativo radica na necessidade de atribuição de espaço de expressão política e atuação indireta às correntes ideológicas dos mais diversos matizes, cujas posturas são agrupadas e sintetizadas nos programas dos partidos políticos.

É que, na chamada democracia partidária, a representação popular não se dá sem a mediação do partido<sup>8</sup>, enquanto elemento agregador e expressivo do ideário político dos cidadãos. Não se concretiza, na democracia, a representação do povo pelo chamado representante, senão por intermédio de um partido político, já que não se cuida, estritamente<sup>9</sup>, de mandato conferido por um cidadão à pessoa do representante:

**“Un tercer elemento subyacente se refiere al carácter indirecto de la relación entre los representantes y los representados, que es propio de la democracia contemporánea.**

<sup>7</sup> *Democracia representativa – do voto e do modo de votar*, 3ª ed., refundida. Paris: Guillard, Aillaud, 1893, pp. 140-141. Grifos nossos.

<sup>8</sup> Ou de grupos organizados de interesse.

<sup>9</sup> Trata-se de um mandato político-representativo, nos termos de SILVA, José Afonso da (*Curso de direito constitucional positivo*, 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 138) ou, noutra opinião, “embora sem mandato, destituídos dos poderes da representação autêntica, os parlamentares são chamados de representantes para lembrar-lhes que se devem portar como se fossem, realmente, representantes e mandatários; como se a sua missão tivesse a natureza do mandato, cumprindo-lhes cuidar, em consequência, não de seus próprios interesses, mas dos interesses da coletividade” (TELLES JR., Goffredo Silva. *O povo e o poder – o conselho do planejamento nacional*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77).

Cta nº 1.398/DF.

17

Entre ambos, se ha desarrollado un **sistema de intermediación** configurado por los **partidos** y los **grupos**<sup>10</sup>.

Não há quem não veja e negue a essencialidade desse papel dos partidos políticos, como autênticos *corpos intermediários*<sup>11</sup> do regime democrático, segundo dicção do Supremo Tribunal Federal, na mecânica dos sistemas proporcionais:

"O núcleo central do seu mecanismo reside, essencialmente, em assegurar a cada uma das **agregações partidárias** uma representação, se não matematicamente, ao menos, sensivelmente proporcional a sua real importância no contexto político"<sup>12</sup>.

E o funcionamento do sistema representativo proporcional baseia-se *"no número fixo de cadeiras estabelecido a priori pela própria assembléia e segue o seguinte procedimento: o número de votos válidos (...) divide-se pelo número de cadeiras a serem preenchidas, obtendo-se, assim, o quociente eleitoral, que representa a condição para preencher uma cadeira (relacionado com a legenda, i.e., o número de votos obtidos por cada partido, indica quantas cadeiras serão preenchidas pelo partido). Procura-se determinar a representação da minoria em função de sua força eleitoral"*<sup>13</sup>.

Vem daí a nítida e visceral dependência que guarda o sistema proporcional em relação aos partidos políticos<sup>14</sup>. Escusaria lembrar, ao propósito, p. ex, que candidato eleito sob determinado partido poderia não tê-lo sido noutro.

Ao comentar o mecanismo de atribuição de sobras ou restos, inerente ao sistema proporcional que adota quociente eleitoral, a doutrina

<sup>10</sup> ARCAÑA, Oscar Godoy, Problemas contemporáneos de la democracia representativa, In: JACKISH, Carlota (compiladora). *Representación política y democracia*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer Stiftung – CIEDLA, 1998, p. 59. Grifos nossos.

<sup>11</sup> ADI-MC nº 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 27.04.2001.

<sup>12</sup> CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais x representação política*. Brasília: Senado Federal, 1990, p. 150. Grifos nossos.

<sup>13</sup> BARRETO, Vicente. *Voto e representação*. Brasília: UnB, 1980, p. 76. Grifos nossos.

<sup>14</sup> Representação e partido são realidades inseparáveis, pois, como afirma OLAVO BRASIL DE LIMA JUNIOR, no prefácio à obra citada de GILBERTO AMADO (p. XXVII) "a verdadeira representação política só se materializa

Cta nº 1.398/DF.

18

deixa evidentes a natureza e a titularidade dos postos por preencher:

“Esse é um dos mais complexos problemas trazidos pela representação proporcional; ao procurar uma relação entre a **força dos diferentes partidos**, o sistema fixa, inicialmente, um quociente, retirado da divisão do número de eleitores pelo de postos a preencher. Definido esse quociente, os **partidos terão** tantos representantes quantas vezes atinjam tal número”<sup>15</sup>.

A idéia fundamental de sistemas de inspiração proporcional, segundo **JEAN MEYNAUD**, “*é de uma grande clareza: a atribuição a cada tendência, de fato à cada lista apresentada, de um número de cadeiras proporcional aos votos por ela obtidos. Em outros termos, a fórmula implica na igualdade entre a porcentagem das cadeiras obtidas e aquela dos votos recebidos. Se um partido obteve, por exemplo, 30% dos votos, ele está habilitado a receber 30% das cadeiras. E deve acontecer o mesmo com relação a todos os partidos em luta na circunscrição. O objetivo ideal da fórmula proporcional é uma situação de perfeita igualdade na qual cada cadeira custe aos diferentes partidos o mesmo número de votos*”<sup>16</sup>.

Ora, é inequívoco que as cadeiras se tornam aí disponíveis para o partido à custa da totalidade dos votos que obteve. Não parece, destarte, concebível que um candidato, para cuja eleição e posse não apenas concorreram, senão que até podem ter sido decisivos, recursos do partido, e recursos não apenas financeiros<sup>17</sup>, mas também aqueles compreendidos no conceito mesmo de *patrimônio partidário de votos*, abandone os quadros do partido após repartição das vagas conforme a ordem nominal de votação.

Embora o candidato possa, deveras, prestar grande contribuição ao partido com os votos individuais, não é essa a regra geral, como o demonstra a rotina da eleição de candidatos de votação

---

*através de partidos com certas características e quando a representação se faz através da representação proporcional*”. Grifos nossos.

<sup>15</sup> PORTO, Walter Costa. *História eleitoral no Brasil, vol. 01 - o voto no Brasil: da colônia à quinta república*. Brasília: Senado Federal, 1989, p. 207. Grifos nossos.

<sup>16</sup> *Sistemas eleitorais*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987, p. 33. Grifos nossos.

<sup>17</sup> Exemplificados nos gastos eleitorais, inclusive de verbas oriundas do fundo partidário; no tempo de propaganda eleitoral do partido; na mobilização de recursos humanos e materiais para a campanha etc.

inexpressiva que obtêm vagas na esteira na votação de outros, bastante populares.

Não há como admitir-se, na moldura do sistema, que representante eleito sob tais condições possa mudar de partido levando consigo o cargo, até porque, se tivesse concorrido por outro partido, poderia nem sequer ter sido eleito, o que mostra desde logo que o patrimônio dos votos deve entender-se, na lógica do sistema proporcional, como atributo do partido, e não, de cada candidato.

A centralidade da representação por meio dos partidos políticos, não obstante sua propalada *crise de representatividade*, é, aliás, idéia universal nos horizontes dos regimes democráticos:

“a lo largo del proceso de democratización de la política, los **partidos políticos** se han convertido en **medios de expresión, articulación y ejecución** de las necesidades y exigencias de los miembros de una sociedad. Los partidos son, en este aspecto, instrumentos para el logro de beneficios colectivos y cumplen un papel vinculante entre el Estado y la sociedad (...). Los **partidos políticos** son **elementos indispensables de la democracia representativa**. No existe hasta la actualidad una institución que pueda reemplazar a los **partidos políticos** en su función de interpretar, agregar y articular en términos generales expectativas y demandas de la sociedad<sup>18</sup>”.

E a experiência internacional revela que “és cierto que en el presente no cabe desconocer la función mediadora articuladora, que cumplen los **partidos** en la representación política. Esa importante función incluso les está reconocida de manera expresa en casi todas las **constituciones latinoamericanas** (Argentina, art. 38; Bolivia, arts. 222-224; Brasil, art. 17...)”<sup>19</sup>. Mais ainda, classifica-se o Brasil como um dos “ordenamientos que atribuyen a los **partidos** el monopolio de la presentación de candidatos: (...) **Brasil** (donde, además, se exige la ‘afiliación partidaria’ para ser titular del derecho de sufragio pasivo, art. 14 de la Constitución y art. 2 del Código

<sup>18</sup> JACKISH, Carlota. La representación política en cuestión. In: JACKISH, Carlota (compiladora). *Representación política y democracia*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer Stiftung – CIEDLA, 1998, pp. 19 e 39. Grifos nossos.

<sup>19</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. Op. cit., p. 93. Grifos nossos.

Cta nº 1.398/DF.

20

*Electoral*)<sup>20</sup>, ao lado da Argentina, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá e Paraguai.

Como não poderia deixar de ser, a doutrina nacional também proclama, sobretudo à luz do ordenamento jurídico, o qual de há muito sepultou o modelo das candidaturas avulsas, a essencialidade dos partidos políticos na estruturação e funcionamento da democracia representativa:

“No Brasil, os cargos políticos nos Poderes Legislativo e Executivo são preenchido mediante eleições, e só se admite candidato mediante a inscrição partidária (v. art. 14, § 3º, V, da CF). Portanto, sem o concurso dos partidos não há como organizar e desempenhar as funções estatais. Na democracia moderna não há poder político, nem Estado, se não há partido político<sup>21</sup>”.

“Como é padrão onde se adota a representação proporcional, a apresentação de candidaturas no Brasil é exclusividade de partidos políticos, não havendo nenhuma possibilidade de candidatura independente (CE, art. 87)<sup>22</sup>”.

É lícito, pois, concluir que está na *ratio essendi* do sistema proporcional o princípio da atribuição lógica dos votos aos partidos políticos, enquanto são estes os canais de expressão e representação das ideologias relevantes do corpo social, como o enuncia e resume, de forma lapidar, GILBERTO AMADO: “O voto proporcional é dado às idéias, ao partido, ao grupo”<sup>23</sup>.

6. A representação do povo por meio de representantes, é certo, opera ainda por via do mandato.

A respeito, notava GERALDO ATALIBA que, “no instituto do mandato cristaliza-se toda a idéia de representatividade que se traduz nas instituições republicanas (...). O mandato se põe no centro de toda

<sup>20</sup> ARAGÓN REYES, Manuel. Derecho electoral: sufragio activo y pasivo. In: NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia & ZOVATTO, Daniel (compiladores). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. Mexico: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 119-120.

<sup>21</sup> CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A lei dos partidos políticos. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 19, 1997, p. 40. Grifos nossos.

<sup>22</sup> SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Sistemas eleitorais: tipos, efeitos jurídico-políticos e aplicação ao caso brasileiro*, p. 154. Grifos nossos.

Cta nº 1.398/DF.

21

*construção jurídica da República. É seu instrumento de viabilização. Não se pode cogitar de representação sem meios idôneos de sua eficácia. Sem mandato não há República<sup>24</sup>.*

Mas convém não esquecer que a *natureza do mandato* não prescinde da indefectível conformação partidária, a qual é também, e não por outra causa, condição jurídica *sine qua non* de seu exercício:

“Permeando o mandato parlamentar existe um duplo vínculo: o de caráter popular e o de índole **partidária**. O mandato parlamentar constitui expressão do princípio fundamental de que todo poder emana do povo. E reveste-se de índole partidária, vez que a **representação popular no Brasil somente se efetiva pela intermediação de partido político**, condição haurida expressamente do plano constitucional<sup>25</sup>”.

## II. A representação proporcional no Brasil.

7. O aprimoramento contínuo do sistema representativo proporcional é necessidade imperiosa em países que, como o Brasil, apresentam, por força do aprendizado democrático e do relativo desenvolvimento socioeconômico, considerável grau de pluralismo político:

“Desde luego, lo que sí es cierto es que un sistema de **representación proporcional** permite un conjunto muy variado de matices con los que adecuarse a diferentes situaciones y objetivos con una cierta neutralidad, lo que a su vez posibilita la mayor fidelidad con que las fórmulas proporcionales reflejan a las fuerzas sociales, algo enormemente importante en sociedades desagregadas o, por lo menos, con un **alto grado de pluralismo socio-económico, cultural y, por lo mismo, político**<sup>26</sup>”.

A extravagância da sua disciplina no ordenamento brasileiro, que permite o voto nominal, e não, apenas no partido, nas eleições proporcionais, decorre de ser nosso sistema, segundo **WALTER COSTA PORTO**,

<sup>23</sup> Op. cit., p. 53. Grifos nossos.

<sup>24</sup> *República e constituição*. São Paulo: RT, 1985, pp. 64-65.

<sup>25</sup> CALIMAN, Auro Augusto. *Mandato parlamentar – aquisição e perda antecipada*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 44. Grifos nossos.

<sup>26</sup> SEGADO, Francisco Fernández. *La representatividad de los sistemas electorales*. San José, C. R.: IIDH, CAPEL, 1994, p. 58. Grifos nossos.

Cta nº 1.398/DF.

22

"(...) 'uma mistura de escrutínio uninominal e de representação proporcional, da qual há poucos exemplos através do mundo'. Quais esses exemplos hoje? Talvez somente o da Finlândia. Nesse país, vota-se só em um candidato (...). Essa fórmula, adotada pelo Brasil e pela Finlândia, foi classificada por Giusti Tavares, em livro recente, como *voto pessoal único em candidatura individual*. Para ele, 'uma experiência singular e estranha, inconsistente com o espírito e com a técnica da representação proporcional'. O voto em candidato individual, esclarece, 'que, contabilizado para a legenda, é transferível a outros candidatos da mesma legenda, equivale ao voto numa lista partidária virtual cuja ordenação se faz como resultado das escolhas de todos os eleitores da legenda.'"<sup>27</sup>.

Essa particularidade do sistema eleitoral brasileiro, contudo, não desvanece o peso nem a função que devem reconhecidos à instituição do partido político, dentro da lógica inerente ao sistema proporcional. Observa **LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA**, que, "*admitindo-se que o normal nos sistemas proporcionais seja o voto em partidos, sendo casos como o brasileiro esparsas exceções, uma consequência direta desses sistemas é o fortalecimento do papel dos partidos políticos e a delineação ideológica do voto. Assim, com a despersonalização do voto, é muito pouco usual que um eleitor vote por simpatia pessoal, havendo uma tendência, pelo menos em tese, ao voto por razões programáticas ou ideológicas*"<sup>28</sup>.

Arrisco a diagnosticar que, a despeito das peculiaridades do nosso sistema proporcional, uma das causas da debilidade<sup>29</sup> dos partidos políticos reside, precisamente, nos estímulos oficiais e na indiferença popular quanto à desenfreada **transmigração partidária** que se observa nos parlamentos, não raro induzida por interesses menos nobres. Ora, suposto não solucionem de per si os problemas, até certo ponto naturais, das disputas intrapartidárias e dos embates por votos entre correligionários,

<sup>27</sup> *A mentirosa uma*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 143.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 138. Grifos nossos.

<sup>29</sup> "É notória a idéia de que os partidos políticos brasileiros pouco ou nada significam. É notório que, para vários candidatos, não faz diferença o partido pelo qual se candidatam, já que o importante é a campanha pessoal. Em suma, é difícil, no Brasil, falar-se em política partidária (...). Os partidos passam, então, a ser somente um veículo para que alguns políticos possam se eleger, independente de posições ideológicas e programas partidários, o que os transforma em *partidos de aluguel*. Como decorrência, a unidade e a coesão partidárias ficam totalmente comprometidas, pois, como comenta Sartori, os políticos 'frequentemente trocam de partido, votam contra as diretrizes partidárias e recusam qualquer tipo de disciplina, sob o pretexto de que a liberdade de representação de suas bases não pode sofrer interferências'. *Idem*, pp. 160-161.



o reconhecimento, a garantia e a vivência de que o *mandato* pertence ao *partido*, não à *pessoa* do mandatário, têm, entre outros, o mérito de, impedindo a promiscuidade partidária, fortalecer a identificação e a vinculação ideológica entre candidatos, partidos e eleitorado, como substrato conceitual e realização histórica da democracia representativa.

8. À luz das premissas do primado dos partidos na organização da vida política e da natureza partidária dos mandatos nas eleições proporcionais, cumpre indagar agora do alcance dessa *vinculação* entre candidato e partido. Esgotar-se-ia no momento das eleições, no ato da proclamação dos eleitos, na sua posse, ou pressuporia liame mais sólido entre o candidato e a agremiação política pela qual se elegeu? A resposta implica a questão da compatibilização entre a liberdade de filiação e a necessidade de observância da fidelidade partidária.

Não é nova a discussão a respeito, e suas soluções teóricas foram tangenciadas na década de 50 e, de modo exemplar, numa célebre mesa de debates<sup>30</sup>, composta por notáveis personalidades e da qual reproduzo este diálogo significativo:

“O SR. MINISTRO VICTOR NUNES LEAL – (...) O voto de legenda fortaleceria a unidade partidária e contrabalançaria, portanto, com a organização interna dos partidos. O partido não tenderia, assim, a fragmentar-se. **A sanção para o transfugismo também seria muito útil nesse sentido. Não vou ao ponto de entender que o deputado ou senador deva perder o mandato quando muda de partido. Ele pode ter razões muito ponderáveis para isso, até de ordem moral.**

O SR. NEREU RAMOS – Poder-se-ia adotar a medida desde que se assegurasse ao representante o direito de defesa. Como disse S. Exa., ele pode ter motivos ponderáveis.

O SR. MINISTRO VICTOR NUNES LEAL – Pelo projeto do Dr. João Mangabeira, a consequência da **perda de mandato** ocorreria também quando o parlamentar fôsse expulso do partido pela convenção. Acontece, entretanto, que ele pode ter sido vítima inclusive de perseguições, não ter saído do partido apenas por sua versatilidade política. Podia estar sofrendo uma **sanção** por sua rebeldia dentro do partido, por seu gesto contra a direção

<sup>30</sup> LIMA SOBRINHO, Barbosa (Relator). *Sistemas eleitorais e partidos políticos*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1956, p. 45. Grifos nossos.

partidária. **A sanção que me parece adequada é a exclusão do deputado ou senador trãnsfuga de qualquer grupo partidário dentro do Parlamento; êle ficaria isolado, independente, não participaria de comissões – porque a representação nesses órgãos técnicos é partidária.**

O SR. NESTOR DUARTE – Na Câmara, o partido que perde, digamos, um de seus membros **continua a manter a sua posição nas Comissões, como se não tivesse sido desfalcado.**

O SR. MINISTRO VICTOR NUNES LEAL – Mas desde que o trãnsfuga possa entrar para outro partido...

O SR. NESTOR DUARTE – A Câmara já prevê esses casos.

O SR. MINISTRO VICTOR NUNES LEAL – Se já está previsto... Porque essa já me parece sanção bastante forte. O deputado ou senador isolado, não pertencendo a nenhum partido, não podendo figurar no Parlamento como membro de nenhuma bancada, perde muito do seu prestígio, **embora conserve o seu mandato.** Isso pode ser um bem ou um mal. Pode ser um bem se ele encontrar receptividade dentro do âmbito nacional para fazer dessa dissidência uma campanha, a bandeira de um novo programa.

O SR. NESTOR DUARTE – Posso dar meu exemplo pessoal. Não me filio a nenhuma legenda. (...) O deputado sem legenda é um apátrida dentro da Câmara.

O SR. MINISTRO VICTOR NUNES LEAL – E **êsse tipo de sanção traria a vantagem de não desmentir o princípio hoje mais ou menos consagrado, de que o deputado representa o povo; embora escolhido pelo critério partidário, representa o povo.**

O SR. NESTOR DUARTE – A expulsão é problema muito sério e precisa ser examinado com muito cuidado."

As soluções contrapostas, apresentadas então e agora, apontam para caminhos alternativos: a) proibição da filiação do trãnsfuga de qualquer agremiação partidária, com preservação de seu mandato; ou b) retenção da vaga pelo partido desfalcado com a perda do mandato do representante, desde que garantida a possibilidade de ingresso do trãnsfuga noutra partido.

Não custa avaliá-las sob os ângulos constitucional e legal.

## II.1. Matriz constitucional da representação proporcional

9. A última solução, que propõe perda do mandato e retenção da vaga pelo partido originário, objeto de sugestão inicialmente restrita ao

Cta nº 1.398/DF.

25

âmbito das comissões parlamentares, deve, a meu juízo, aplicar-se a todo movimento de mudança partidária.

Diversamente do que preconizava o Min. **VICTOR NUNES LEAL**, não apenas a participação em comissões e órgãos técnicos é partidária, mas o *próprio mandato* por exercer guarda o caráter inequivocamente partidário com que foi conquistado. A proposição concessiva empregada pelo eminente Ministro e jurista, segundo a qual “o deputado representa o povo, embora escolhido pelo critério partidário”, dever converter-se e ser lida em termos causais: “o deputado representa o povo, **porque** escolhido pelo critério partidário”.

O reconhecimento da extrema importância dos partidos políticos é, de um lado, imperativo que, embora não se tenha ainda realizado através de nossa história política, por razões conhecidas, mas já agora irrelevantes, promana da própria Constituição da República como característica sistemática da adoção da democracia partidária, e, de outro, constitui fator de avigoramento da identidade e da função político-ideológicas dos partidos:

“Constatada a **essencialidade dos partidos políticos** – palavras sempre usadas no plural para indicar a necessidade de pluralismo partidário – e o desenvolvimento destas entidades singulares, um tema de reflexão se lança irrecusável. Podem os partidos conviver com a infidelidade de seus membros a **princípios programáticos e diretrizes estabelecidas**? Claro que não. A **fidelidade – ou lealdade – ao programa e às normas fixadas** caracterizam-se como **elementos essenciais à preservação dos próprios partidos e do conseqüente Estado de Partidos**. A ausência de lealdade aos princípios e demais integrantes da agremiação leva os partidos políticos à descrença eleitoral. E, mais grave: conduz até mesmo o regime democrático a riscos inoportunos que, a curto prazo, podem transmudá-lo em autoritário ou até mesmo em totalitário (...).

A Constituição de 1988 procura impedir a perda de prestígio por parte dos partidos políticos exigindo a presença de regras atinentes à fidelidade e à disciplina partidárias nos estatutos de cada agremiação. Os documentos partidários tratam da matéria, conferindo-lhe, todavia, um tratamento de ‘lei do céu azul’: boas e perfeitas na leitura, mas de nenhuma aplicação real”<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> LEMBO, Cláudio. *Participação política no direito eleitoral*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 68. Grifos nossos.

Cta nº 1.398/DF.

26

10. Estaria a temática da relação umbilical entre candidato e partido confinada ao campo estreito do art. 17, § 1º, da Constituição Federal, que impõe aos partidos políticos o dever de estabelecerem, nos estatutos, “*normas de fidelidade e disciplina partidárias*”?

A resposta é, incontestavelmente, negativa. A primazia conferida aos partidos políticos deita raízes e faz sentir sua influência estruturante por todo o sistema político-eleitoral de inspiração proporcional.

Há, decerto, avisados doutrinadores que, compartilhando as preocupações do saudoso Min. **VICTOR NUNES LEAL**, afirmam competir exclusivamente aos partidos, como regra absoluta, a questão da disciplina das sanções aplicáveis à infidelidade partidária:

“Ao partido, e a mais ninguém, compete aplicar sanção por quebra de fidelidade partidária. Se essa sanção, ou a troca de legenda, acarreta a **perda de mandato (de lege ferenda, possível apenas com alteração constitucional)**, é matéria a ser sopesada criteriosamente; impossível admiti-la sem respeito ao legítimo direito de divergência<sup>32</sup>”.

“Ao contrário, então, da Constituição anterior, **a nova não prevê a possibilidade da perda do mandato em função de infidelidade partidária**. Segundo José Afonso da Silva, além de não admitir a perda do mandato em face de infidelidade partidária, a Constituição vai mais longe, estabelecendo **vedação** nesse sentido. Deveras, no art. 15, a Lei Fundamental, ‘declara vedada a cassação de direitos políticos, só admitidas a perda e a suspensão deles nos estritos casos indicados no mesmo artigo’. Já a Constituição anterior (Emenda Constitucional 1/69) não só exigia que os partidos reclamassem disciplina de seus membros como previa a perda do mandato do parlamentar que deixasse o partido pelo qual fora eleito ou descumprisse as diretrizes legitimamente estabelecidas pela direção partidária. A matéria era regulada pela Lei 5.682/71. A Emenda Constitucional 5, de 15/05/85, suprimiu o instituto, agora revigorado, em outra bases, pela Constituição de 1988”<sup>33</sup>.

A resposta à consulta não se adstringe, porém, e, a rigor, nem de longe concerne à questão da fidelidade partidária, entendida em termos estritos como princípio destinado a governar as relações internas

<sup>32</sup> CUNHA, Sérgio Sárvulo da. Reforma eleitoral-partidária. *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, nº 125, jan-mar 1995, p. 11. Grifos nossos.

Cta nº 1.398/DF.

27

entre o partido e seus afiliados, as quais constituem o objeto específico da previsão do art. 17, § 1º, da Constituição da República. O de que se trata, aqui, é do *fato externo da mudança de partido*, coisa que só no plano teórico pode relacionar-se com esse tema constitucional da fidelidade e disciplina partidária.

Criticando o disposto no art. 4º, § 1º, da Resolução TSE nº 20.993, de 26.02.2002, que regula a “*verticalização das coligações*”, à luz da autonomia partidária, **ROBERTO AMARAL** e **SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA** observam que “*o ato normativo do TSE (...) golpeia os princípios do federalismo, cláusula pétrea, e da livre organização e autonomia partidária, consoante o § 1º do art. 17 da CF, uma conquista da redemocratização: ‘É assegurado aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura (...), devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidária’. A garantia da autonomia dos partidos teria repercussão na lei nº 9.504/1997, quando, em seu art. 6º, define como questão interna corporis (dos partidos) as decisões sobre coligação*”<sup>34</sup>.

É fora de dúvida que a questão da fidelidade partidária tem, diversamente do que se decidiu acerca das coligações<sup>35</sup>, e de maneira muito mais clara, perante aquela norma constitucional, caráter de assunto *interna corporis*. E a racionalidade da mesma norma nasce do conceito restrito da fidelidade partidária, enquanto objeto das relações entre o partido e o representante, as quais devem pautar-se pela fidelidade deste às orientações programáticas daquele. Ninguém pretende que o parlamentar se transforme, nas palavras de **CLEMERSON MARLIN CLÈVE**<sup>36</sup>, “*em mero*

<sup>33</sup> CLÈVE, Clemerston Marlin. *Fidelidade partidária*. Curitiba: Juruá, 1999, pp. 23-25. Grifos nossos.

<sup>34</sup> *Manual das eleições*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 21. Grifos nossos.

<sup>35</sup> Prova da clareza com que se consagra aos estatutos dos partidos a questão da fidelidade partidária, coisa que não se dá com o tema das coligações, é a Emenda Constitucional nº 52, de 08.03.2006, que inova ao assegurar aos partidos autonomia para “*adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal*”. O objetivo da emenda é tornar a verticalização uma questão interna dos partidos, tanto quanto o é, atualmente, a temática da fidelidade partidária.

<sup>36</sup> Op. cit., p. 26. Defende o Professor Titular da UFPR que “*o partido não pode dispor livremente sobre o mandato (o fato de, no sistema constitucional brasileiro contemporâneo, o parlamentar não perder o mandato em virtude de filiação a outro partido ou em decorrência do cancelamento da filiação por ato de infidelidade é eloquente (...)). É indubitoso que, à luz do sistema constitucional em vigor, o mandato não está à disposição do partido*” (idem, p. 29). Parte ele, contudo, da consideração de que “*o único condicionamento previsto na Constituição quanto ao exercício do mandato decorre do instituto da fidelidade partidária*” (idem, ibidem), o que não procede, já que a

Cta nº 1.398/DF.

28

*autômato, em boca sem vontade, destinado apenas a expressar, sem independência e violentando a consciência e a liberdade de convicção, as deliberações tomadas pelos órgãos partidários*". Mas o âmbito de incidência do art. 17, § 1º, da Constituição Federal, esse alcança apenas as relações internas entre os partidos e os representantes.

Ora, a questão que a consulta suscita sobre a *legitimidade do mandato representativo proporcional* tem outro fundamento, voltado ao fato externo do cancelamento de filiação ou da transferência de partido, à luz da relação entre o *representante* e o *eleitor*, intermediada pelo *partido*. Afere-se, aqui, não a fidelidade partidária, mas a *fidelidade ao eleitor!*

E, neste passo, estou convencido de que, por força de *imposição sistêmica* do mecanismo constitucional da representação proporcional, *as vagas obtidas por intermédio do quociente partidário pertencem ao partido*. Daí, aliás, a irrelevância absoluta da circunstância de já não constar, do ordenamento vigente, nenhum texto expresso a respeito. Ninguém ignora que a revelação ou, *rectius*, a reconstrução da norma jurídica nem sempre, ou quase nunca, é o resultado do processo interpretativo de texto isolado, nem sequer de enunciados textuais com sentido claro ou único, que reservaria ao intérprete a tarefa pobre de a descobrir como dado objetivo e imutável oculto sob as palavras<sup>37</sup>. É coisa rudimentar que a reconstrução das normas sistemáticas, sejam regras ou princípios, constitui o cerne da interpretação jurídica, constitucional ou não, enquanto atividade consistente em atribuir significado, não apenas a um texto, mas, quase sempre ou não poucas vezes, a vários textos que, combinados, exprimem normas<sup>38</sup>. Donde, *"a interpretação sistemática o processo hermenêutico, por essência, do Direito, de tal maneira que se pode asseverar que ou se compreende o*

própria natureza do sistema representativo proporcional – sem que se cogite de "*mandato imperativo*" (idem, p. 30) – impõe a pertinência do mandato ao partido.

<sup>37</sup> Sobre a desacreditada teoria do sentido claro, vejam-se as críticas certeiras de JOSEF ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. trad. de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, p. 337-339.

<sup>38</sup> Leia-se GIOVANNI TARELLO: "L'interpretazione riguarda anzitutto ciascun singolo documento, e successivamente le combinazioni di documenti e le combinazioni di significati, nonché, *tendenzialmente*, la combinazione di tutti i documenti normativi che fanno parte di un sistema giuridico e di tutti i significati" (*L'interpretazione della legge*. Milano: A. Giuffrè, 1980, p. 102).

Cta nº 1.398/DF.

29

*enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Neste sentido, é de se afirmar, com o devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação*<sup>39</sup>.

Ora, o art. 14, § 3º, inc. V, da atual Constituição da República, regulamentando o disposto no § único do art. 1º, no aspecto da democracia representativa, sublima a filiação *partidária* à condição necessária de elegibilidade. De modo que, como tal filiação constitui *requisito e pressuposto constitucional do mandato*, o cancelamento dela ou a transferência do partido por que se eleger o candidato, quando não seja justificado, tem por efeito, já do ângulo dessa norma, a preservação da vaga na esfera do partido de origem.

Aqui, tem-se de notar peculiaridade hermenêutica relevantíssima: não se cuida da filiação a *qualquer* partido político, mas *àquele* pelo qual o candidato, aderindo ao respectivo programa, disputará, na condição prometida de defensor e representante, as eleições. Entendimento diverso implicaria o completo esvaziamento da função *sistêmico-representativa* dos partidos e daquela própria exigência constitucional, que se degradaria e reduziria a estéril formalismo, ao qual pouco se daria a identidade do partido a que se filiasse o candidato, desde que, apenas para constar, se atendesse ao requisito de uma filiação qualquer!

A conclusão de **PALHARES MOREIRA REIS**<sup>40</sup> é peremptória:

**“Como o parlamentar somente tem o seu mandato em qualquer Casa Legislativa, em decorrência de uma eleição na qual teve possibilidade de concorrer por uma legenda partidária, quando este deixar o partido sob cuja legenda foi eleito, perde automaticamente a função ou cargo que exerça em função da proporção partidária”.**

<sup>39</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. São Paulo: Malheiros, 12995, p. 49.

<sup>40</sup> O partido político e a lei de 1995. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, e VELLOSO, Carlos Mário da Silva (coords.), *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 188.

Insisto no ponto de crucial importância para a resposta à consulta: *a vinculação candidato-partido é imanente ao próprio sistema representativo proporcional adotado pelo ordenamento jurídico.*

11. Sobre em nada entender-se com os limites da fidelidade partidária objetivada na previsão do art. 17, § 1º, da Constituição Federal, a consulta propõe a questão mesma da relação indelével entre o candidato eleito e o partido por que o foi, segundo a qual a consequência jurídica da atribuição da vaga ao partido *tem fundamento constitucional autônomo*, que não está apenas no art. 14, § 3º, inc. V, mas também, reafirmado, no alcance do art. 45, que estatui:

“Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, **pelo sistema proporcional**, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”.

Ora, escusaria retomar o discurso acerca dos fundamentos, da natureza e da função democrática do regime representativo proporcional para concluir, sem esforço, que, no próprio seio do *conteúdo significativo* da expressão **“sistema proporcional”**, está o primado dos partidos políticos e sua consequente titularidade sobre as cadeiras conquistadas nas eleições. E a conclusão vale assim para as Assembleias Legislativas, como para as Câmaras de Vereadores, *ex vi* do art. 84 do Código Eleitoral.

12. Observe-se, por fim, que não se está a propor, de forma alguma, restrição ou embaraço à liberdade de filiação partidária, nem à liberdade de consciência, e, tampouco, cassação, perda ou suspensão de direitos políticos, cujos valores são também tutelados pela Constituição da República<sup>41</sup> e não se indispõem, em ponto algum, com o reconhecimento de que toda mudança injustificada de partido aniquila o fundamento estrutural que dá legitimidade ao exercício do mandato pelo representante.

<sup>41</sup> “O princípio constitucional da fidelidade partidária deve ser compatibilizado com os demais princípios constitucionais, designadamente, o princípio do mandato representativo e o princípio da liberdade de consciência, de pensamento e de convicção” (CLÈVE, Clemerson Martin. Op. cit., p. 78).



O nexu indissolúvel dos elementos eleitor-partido-representante torna mais complexa, posto não insolúvel, a equação cujo deslinde corresponde à solução da consulta. E, para desatá-la, é indispensável recorrer a experimento metodológico, consistente em perquirir as razões da transferência ou desfiliação partidária<sup>42</sup>, em busca da identificação de **quem lhe deu causa e das respectivas conseqüências**, mediante as seguintes distinções:

1) o candidato eleito que se desfiliar ou mudar de agremiação terá, *em regra*, o mandato subtraído em favor do partido por que se elegeu. No caso de a transferência ser fruto de *mudança de orientação pessoal*, por exemplo, o partido de origem terá o direito de conservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, em razão de a ruptura daquela relação complexa *eleitor-partido-representante* ter sido *causada pelo parlamentar*, que já não pode apresentar-se como representante do ideário político em cujo nome foi eleito.

Caso a transferência ou a desfiliação tenha por causa fundamento não justificável à luz da suprema necessidade de preservação da vontade política expressa pelo eleitor no momento do voto, como cerne da idéia de representação, deve o mandato permanecer, pois, com o partido, porque o membro que fraturou a relação é o representante, desde aí destituído da capacidade de representar os eleitores adeptos da corrente de pensamento encarnada pelo partido.

Não se trata, sublinhe-se, de sanção pela mudança de partido, a qual não configura *ato ilícito*, mas do reconhecimento da inexistência de direito subjetivo autônomo ou de expectativa de direito autônomo à manutenção pessoal do cargo, como efeito sistêmico-normativo da realização histórica (*fattispecie concreta*) da hipótese de desfiliação ou transferência injustificada, entendida como ato culposo incompatível com a função representativa do

<sup>42</sup> Note-se que, como o mandato representativo é irrevogável (diferentemente do imperativo), as alterações na relação só podem ter duas origens: ou são causadas pelo partido, ou pelo candidato. O eleitor assume sua posição nessa relação tripartite no momento do voto, e, por isso, não pode sofrer com posterior traição ou falseamento de sua vontade, seja pelo partido, seja pelo candidato.

ideário político em cujo nome foi eleito. Tal é a óbvia razão por que não incide, na hipótese, a norma do art. 55 da Constituição da República, em cujo âmbito a perda do mandato é reação do ordenamento a atos ilícitos e, como tal, é sanção típica. Mudar ou desfiliar-se de partido é ato lícito!

2) Algumas exceções devem, contudo, ser asseguradas em homenagem à própria necessidade de resguardo da relação eleitor-representante e dos princípios constitucionais da liberdade de associação e de pensamento. São elas, v.g., a existência de **mudança significativa de orientação programática do partido**<sup>43</sup>, hipótese em que, por razão intuitiva, estará o candidato eleito autorizado a desfiliar-se ou transferir-se de partido, conservando o mandato. O mesmo pode dizer-se, *mutatis mutandis*, em caso de comprovada **perseguição** política dentro do partido que abandonou.

Essas são situações em que a desfiliação e a mudança se justificam em reverência à mesma necessidade de **preservação do mandato** conferido pelo povo ao representante afiliado a determinada agremiação política, com o intuito de proteger o voto do eleitor, dado, em nosso sistema, não apenas à pessoa, mas sobretudo ao partido que a acolhe. Resguarda-se aí, em substância, a confiança depositada pelo eleitor nas propostas e idéias cuja expressão estão à raiz do sistema representativo proporcional.

E, porque é o **partido** que, em tais hipóteses, terá dado causa ao rompimento daquela relação complexa, por alteração superveniente de sua linha político-ideológica ou pela prática odiosa de perseguição, será ele, não o candidato eleito, que deverá suportar o juízo de inexistência de direito subjetivo à conservação do mandato em sua esfera jurídica.

## II.2. Aspectos infraconstitucionais da representação proporcional.

13. Volto, na introdução deste tópico, a lembrar, com a doutrina, que *"o sistema eleitoral está umbilicalmente ligado ao sistema partidário, dado o regime estabelecido em nossa legislação (...)". Lembra*

<sup>43</sup> Afinal, "quando se fala em fidelidade partidária está em jogo não só a fidelidade do filiado perante o programa e o estatuto, mas também a fidelidade do partido ao seu próprio programa" (AMARAL, Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Op. cit., p. 697). Grifos nossos.

Cta nº 1.398/DF.

33

**DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS:** '(...) o sistema eleitoral adotado leva a crer, de acordo com a doutrina, que conduz a uma **democracia partidária**. (...) É semidireta, representativa partidária devido à eleição proporcional dos representantes; admitir o voto de legenda e mesmo na atuação direta do povo há participação dos parlamentares que só podem ser eleitos se **inscritos em partidos**'<sup>44</sup>.

Colhem-se, deveras, no plano infraconstitucional, não poucas normas do Código Eleitoral e da legislação conexas que pressupõem e confirmam a preponderância axiológica do partido político na conformação e funcionamento do sistema representativo proporcional e o alto grau de sua vinculação com os candidatos.

A previsão constitucional do liame entre candidato e partido encontra reflexo, por exemplo, na Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), cujo art. 11, inc. III, exige "*prova de filiação partidária*" como condição essencial para deferimento do pedido de registro de candidatos pelos "*partidos e coligações*".

O art. 2º do Código Eleitoral reafirma que o todo poder emana do povo e em seu nome é exercido, mas "*por mandatários escolhidos, direta e secretamente, dentre candidatos indicados por partidos políticos nacionais*"<sup>45</sup>.

O capítulo dedicado ao Registro dos Candidatos é abundante (arts. 87, 88, 90, 91, 94 e 96, e.g.) na referência à obrigatoriedade da filiação partidária. O art. 87, esse é textual no prover que "*somente podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos*".

Dispõe o art. 108 que o número de vagas por preencher com candidatos registrados por um partido se apura mediante cálculo de quociente partidário<sup>46</sup>:

<sup>44</sup> STOCO, Rui & STOCO, Leandro. *Legislação eleitoral interpretada: doutrina e jurisprudência*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 288-289. Grifos nossos.

<sup>45</sup> Grifos nossos.

<sup>46</sup> Definido pelo Código Eleitoral da seguinte forma: "Art. 107 - Determina-se para cada Partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sob a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração" (Redação dada pela Lei nº 7.454, de 30.12.1985).

Cta nº 1.398/DF.

34

"Art. 108. Estarão eleitos tantos candidatos **registrados por um partido ou coligação** quanto o respectivo **quociente partidário** indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido".

A previsão é de mecanismo que se desdobra em duas etapas:

1) A primeira, de natureza quantitativa, fundada no quociente partidário<sup>47</sup>, é a que define o **número de cadeiras conquistadas pelo partido**. É por isso que o quociente resultante é dito *partidário*.

2) A segunda cuida tão-só de revelar quais serão os candidatos que preencherão as vagas obtidas pelo partido e, nisso, serve apenas para definir quem ocupará a vaga conquistada pelo partido, por meio da adoção de critério de votação nominal, de todo em todo instrumental e secundário em relação ao primeiro.

A diferença entre as duas etapas é bem realçada por **JAIRO NICOLAU**:

"Na realidade, o sistema eleitoral utilizado nas eleições para a Câmara prevê dois movimentos.

No primeiro, é feita a distribuição das cadeiras **entre os partidos (ou coligações)** de acordo com o quociente eleitoral (total de votos válidos dividido pelo número de cadeiras de cada Estado). **O partido terá tantas cadeiras** quantas vezes ele atingir o quociente eleitoral (ele pode ainda receber outras cadeiras de sobras). (...)

O segundo movimento é a distribuição destas cadeiras entre os partidos. Nesta fase, sim, um sistema majoritário é utilizado: **os mais votados do partido** são eleitos, independentemente dos votos que cada um tenha obtido.

Para o nosso sistema, **primeiro importa saber quantos votos obteve o partido**, e só depois saber dos votos recebidos pelos candidatos"<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Cumpre distinguir dois conceitos: "o *quociente eleitoral* será simplesmente o resultado da divisão dos votos válidos pelo número de cadeiras a serem distribuídas. Para a definição do *quociente partidário*, que é o número de cadeiras a que cada partido tem direito, o procedimento dependerá da existência ou não de coligações partidárias" (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 156. Grifos nossos).

<sup>48</sup> Apud PORTO, Walter Costa. *A Mentirosa Uru*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 176. Grifos nossos.

Refere-se o Código Eleitoral à "ordem" de votação nominal como critério subordinado, derivado e acessório, destinado apenas a desempenhar função ordinatória de preenchimento dos cargos à disposição do partido. Essa regra traduz, assim, a presença de elemento majoritário como simples meio de estruturação de um sistema que abraça, declarada, nítida e substancialmente, o princípio representativo proporcional. Eis a precisa lição de **LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA**:

"não obstante poder haver uma enorme variação, e mesmo *mistura*, nos critérios de transformação de votos em mandatos (*regra decisória*) ..., no campo do *princípio representativo* há somente duas opções, a serem escolhidas de maneira exclusiva: ou se busca a formação de maiorias parlamentares (*princípio majoritário*) ou se objetiva um poder legislativo que reflita, de maneira fiel, as diversas correntes de pensamento existentes na sociedade (*princípio proporcional*)

É esse o motivo pelo qual não se pode falar em sistemas mistos, porque, mesmo que haja, concomitantemente, elementos majoritários e proporcionais no método de transformação de votos em cadeiras, *um sistema eleitoral só pode atender a apenas um princípio representativo – ou o majoritário (formação de maiorias), ou o proporcional (distribuição conforme a força de cada partido) –, sendo logicamente impossível misturar os dois princípios, já que seria teratológico pensar em formação de maiorias e, ao mesmo tempo, refletir todas as correntes de pensamento em uma determinada sociedade*<sup>49</sup>.

É o partido considerado em si mesmo, portanto, que, titular de certo número de vagas por preencher, o faz segundo um critério majoritário, que é meramente classificatório e, como tal, não interfere na essência proporcional do princípio adotado pelo sistema representativo, nem no caráter partidário da atribuição dos mandatos<sup>50</sup>.

Reconforta-o o disposto no art. 175, § 4º, do mesmo Código Eleitoral, ao determinar pertencerem ao partido os votos do candidato que não possa assumir o mandato.

<sup>49</sup> Op. cit., p. 78.

<sup>50</sup> **PINTO FERREIRA** destaca o caráter partidário da representação proporcional, descrevendo-a como "um sistema através do qual se assegura aos diferentes *partidos políticos* no Parlamento uma representação correspondente à força numérica de cada um. Ela objetiva fazer assim do Parlamento um espelho tão fiel quanto possível do colorido partidário nacional" (*Código Eleitoral Comentado*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 144-145. Grifos nossos).

Cta nº 1.398/DF.

36

Prescreve, ainda, o § único do art. 215 do Código Eleitoral:

"Art. 215. Os candidatos eleitos, assim como os suplentes, receberão diploma assinado pelo Presidente do Tribunal Regional ou da Junta Eleitoral, conforme o caso.

Parágrafo único. Do diploma deverá constar o nome do candidato, a indicação da legenda sob a qual concorreu, o cargo para o qual foi eleito ou a sua classificação como suplente, e, facultativamente, outros dados a critério do juiz ou do Tribunal."

Ora, se a indicação do partido sob o qual o candidato concorreu deve constar, necessariamente, do diploma, decerto o objetivo da norma só pode ser o de atrelar a legenda ao diploma e ao cargo em que o diplomado é investido. Como a lei não contém palavras inúteis, nem estatuições desnecessárias<sup>51</sup>, a menção obrigatória da legenda do candidato eleito no diploma tem óbvia vocação de reger situação futura, e não, passada, a título de mero registro histórico, até porque a mesma informação já consta de proclamações e listagens anteriores. E tal vocação não pode ser outra senão a de vincular o candidato à legenda da qual se valeu para conquistar o cargo.

**14.** Todos esses preceitos infraconstitucionais, mais que revelar a dimensão de primazia do partido político no sistema eleitoral pátrio, descortinam e reafirmam a natureza indissolúvel do vínculo entre o representante e a agremiação específica sob cuja égide se elegeu. **MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO** descreve com acuidade o fenômeno do qual provém esse enlace:

"Não há como ignorar a significativa e cada vez mais acentuada inferência operada pelo **fenômeno partidário** sobre o sistema eleitoral e político dos diferentes países (...). Em verdade, constatada a sobrepujança do partido (...), detona-se uma nova realidade: a democracia patrocinada pelos partidos, muitas vezes solenemente consagrada pelos ordenamentos jurídicos.

Na nossa sistemática, todas as etapas que envolvem a postulação de cargos eletivos encontram-se na **dependência da atuação do organismo partidário** por cuja legenda está sendo lançada a candidatura"<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> *Ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit.*

<sup>52</sup> Op. cit., pp. 65-97. Grifos nossos.

Essa firme relação lógico-jurídica entre candidato e partido, que se não exaure à proclamação dos eleitos, deve manter-se enquanto, *rebus sic stantibus*, perdure o mandato partidário assumido pelo representante em função e sob os auspícios do partido a que se filia como depositário de corpo relevante e identificável de idéias, opiniões e pensamentos políticos.

### III. Conclusão.

15. O caráter intrinsecamente partidário do sistema político brasileiro, de si já evidente quanto aos cargos ocupados na proporção dos quocientes eleitorais, é indisputável. A relação típica entre o candidato eleito e o grupo político a que pertenceu durante a eleição é essencial à identificação dos fundamentos que outorgam legitimidade ao mandato eletivo proporcional.

A inconsistência do raciocínio que prega uma como “portabilidade” ou labilidade da vaga, que acompanharia o eleito como predicado personalíssimo, qualquer que seja o partido a que se filie e a qualquer que seja o tempo de filiação, decorre do erro na identificação da natureza e titularidade dos cargos eletivos na sintaxe normativa do sistema representativo proporcional. Essa errônea percepção é, certamente, herança do empedernido patrimonialismo<sup>53</sup> e do desavergonhado personalismo<sup>54</sup> brasileiros, que pertencem em submeter o interesse público ao particular, permitindo a apropriação privada da *res publica*, por meio do privilégio da pessoa<sup>55</sup> em detrimento do cargo. A respeito, reveja-se a sempre atual crítica de ASSIS BRASIL:

<sup>53</sup> Na expressão de FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro*, 3ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

<sup>54</sup> De acordo com FABIO KONDER COMPARATO, “os vícios do sistema eleitoral são números e bem conhecidos. De todos eles, os mais importantes, pelos nefastos efeitos que provocam em toda a nossa vida política, são o personalismo dos candidatos a postos parlamentares e (...). O primeiro dos defeitos apontados, largamente analisado e comentado pelos grandes intérpretes de nossa realidade humana, como Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda e Caio Prado Jr., é, na verdade, a expressão de um dos traços mais marcantes da cultura nacional”. (A necessária reformulação do sistema eleitoral brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes e VELLOSO, Carlos Mário da Silva (coords.). Op. cit., 63. Grifos nossos).

<sup>55</sup> JOSÉ DE ALENCAR, o romancista, em obra consagrada ao estudo do sistema representativo, retrata com maestria esta distorção: “O cidadão não se preocupa de suas convicções, na ocasião do voto: não interroga sua consciência, não medita nas necessidades do país; não se qualifica em relação as idéias. Só tem em mente o nome dos candidatos; questão de pessoa, que sopita a questão do princípio. (O sistema representativo, ed. fac-similar (1868). Brasília: Senado Federal: 1996, p. 152. Grifos nossos).

“É, por isso, muito serio o perigo de que venhamos a ter **partidos sem ideal, bandos acaudilhados por chefes pessoases. Não haveria mal maior que esse.** Raramente taes chefes são homens competentes. Em primeiro lugar, aos espiritos bem ponderados repugna ter sequito por mero fanatismo pessoal; **querem que lhes acompanhem as ideias, mas não a pessoa.** Depois, na generalidade dos casos, o chefe pessoal não é tal porque tenha eminentes qualidades, que lhe creassem real superioridade moral sobre os que o seguem; pelo contrario, quasi sempre é chefe quem foi bastante fraco para lisongear as paixões dominantes, consentindo em pôr-se à frente d'ellas, não para dirigil-as, mas para ser seu instrumento”<sup>56</sup>.

E, por solapar tão arraigada e nefasta prática, deve-se insistir, sem cansaço, em que os partidos, verdadeiros “*entes intermediários entre o povo e o Estado, integrados no processo governamental*”<sup>57</sup>, são o *locus* do público, e o cidadão eleito para cumprir o mandato é mero particular. Mero, porque sua relevância sucumbe – e é providencial que assim o seja – diante da grandeza da função pública por exercer em proveito dos interesses do cargo, e não, da pessoa, homem ou mulher, que o ocupe.

Resumindo as considerações, tem-se que:

(i) a dinâmica da arquitetura político-eleitoral desenhada na Constituição da República e consolidada na legislação subalterna caracteriza-se pela adoção, para certos cargos, de eleições “*pelo sistema proporcional*”, cujo mecanismo funda-se na preeminência radical dos partidos políticos sobre a pessoa dos candidatos;

(ii) dessa caracterização de proporcionalidade brota, como princípio, a pertinência das vagas obtidas segundo a lógica do sistema, mediante uso de quocientes eleitoral e partidário, ao *partido* ou *coligação*, e não, à pessoa que sob sua bandeira tenha concorrido e sido eleita;

(iii) sua previsão constitucional encontra eco na legislação subalterna;

(iv) a doutrina, assim nacional, como estrangeira, não hesita em reconhecer, dentre os modelos teóricos, a superioridade do sistema

<sup>56</sup> Op. cit., pp. 161-162.

<sup>57</sup> CAGGIANO, *Monica Herman Salem*. Op. cit., p. 65.



Cta n° 1.398/DF.

39

proporcional, que, apesar das imperfeições, é o que mais bem respeita as exigências de justiça, eqüidade<sup>58</sup> e representatividade, sem comprometer a estabilidade do governo<sup>59</sup>.

E, sob tais fundamentos, **respondo à consulta**, afirmando que os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando, **sem justificação nos termos já expostos**, ocorra cancelamento de filiação ou de transferência de candidato eleito para outra legenda.

### ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente):

Se Vossa Excelência me permite, quero apenas ressaltar mais um aspecto a revelar a existência da fidelidade, considerada a vontade do eleitor, do povo brasileiro, e que se verifica quanto à urna eletrônica.

O que surge no painel da urna quando digitado certo número? Deverá ser digitado o número que corresponda – e temos os dois primeiros algarismos – à legenda do partido, acrescido de algarismos à direita, pertinentes ao candidato. É isso o que está previsto, com todas as letras, no artigo 59 da Lei n° 9.504/97, e na com resolução desta Corte, retratando o que está na norma primária, a Resolução n° 22.156/2006. E havendo necessidade de utilização do sistema pretérito, da cédula, a própria lei também revela que se terá o lançamento do número do candidato que é composto – reafirmo, aparecendo a fotografia do candidato na urna eletrônica do número da legenda e do próprio candidato, alfim do número do registro.

---

<sup>58</sup> Idem, p. 150.

<sup>59</sup> Para uma discussão percuciente da questão, v. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Op. cit., pp. 146-149.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Senhor Presidente, não posso deixar de dizer que ouvimos aqui três excelentes votos, três reflexões refinadas, a começar pela do eminente relator, Ministro Cesar Asfor Rocha, passando pelo voto de Vossa Excelência e desaguando no voto do Ministro Cezar Peluso. Três excelentes votos, resultantes de aturadas reflexões.

Parece-me que todos eles deitam raízes em três comandos constitucionais, pelo menos. Primeiro comando, o de que não há candidatura avulsa no Brasil. É condição de elegibilidade a filiação partidária.

A segunda razão, que me parece também rimada com a Constituição, ou seja, os três votos proferidos homenageiam a cabeça do art. 14 da Constituição, a estabelecer, nesse dispositivo, que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto. Claro, também que, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular. Mas atendo-me ao voto direto e secreto como expressão da soberania. Soberano é o que está acima de tudo, é o que está acima de todos. Soberania significa *super omnia*; o que está acima de tudo, o que está acima de todos, repito. E o eleitor vota, no exercício da sua soberania, em determinado candidato, registrado por um partido político. De maneira que a interpretação de Vossas Excelências significa, ao consignar essa partidocracia de que falou o Ministro Cesar Asfor Rocha, que o mandato pertencente ao partido, e não ao candidato por ele registrado e afinal eleito. Isto em se tratando de eleição pelo sistema proporcional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): Para a preservação do próprio partido político, como ressaltado pelos ministros Cesar Asfor Rocha e Cezar Peluso, evitando-se que, de alguma forma, e o argumento não é extremado, possa-se chegar ao totalitarismo. Homenagea-se um fundamento da República - o pluralismo político.

Cta nº 1.398/DF.

41

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: É onde vou chegar, é a terceira razão.

A segunda razão me parece essa: os votos de Vossa Excelência prestigiam o comando constitucional que faz do eleitor um soberano. E é preciso respeitar a vontade do soberano.

A terceira razão, o terceiro motivo, parece-me arrancar do inciso V do art. 1º da Constituição, que consagra o pluralismo político, a significar que todos têm o direito de professar um credo político, de nutrir, tecer uma convicção político-ideológica, no sentido de que todos têm o direito de conceber um modo otimizado, um modo ideal de estruturar e funcionalizar o Estado. A pólis. E o pluripartidarismo a que alude o art. 17 da Constituição parece-me ser, nada mais, nada menos, que uma expressão, uma projeção, uma deusificação do pluralismo político. É porque existe o pluralismo político que existe o pluripartidarismo; as coisas se encaixam.

Encontro também na Constituição alguns contrapontos a tudo até agora verbalizado por mim mesmo. É que a conclusão do voto de Vossas Excelências deságua numa proposição categórica: mudar de partido ou desistir de uma legenda partidária; renunciar a uma legenda partidária é perder o cargo parlamentar já adquirido eleitoralmente. Ou seja, os votos de Vossas Excelências significam que essa migração partidária ou essa desistência de uma filiação acarreta perda do cargo parlamentar. Vossas Excelências parecem limitar os votos à situação de deputados federais, pelo sistema proporcional. Portanto, Vossas Excelências concluem que a consequência instantânea, automática, imediata, dessa migração ou dessa renúncia de filiação é uma só: perder o cargo. E perder como sanção, como castigo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Isso foi textualmente negado, tanto no voto do eminente relator, quanto no meu. A perda do cargo não possui, aqui, caráter sancionatório.

Cta nº 1.398/DF.

42

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): De qualquer forma, permita-me Vossa Excelência, tem-se que a interpretação sistemática da Constituição Federal leva à conclusão sobre a perda do cargo. Dir-se-á: bem, no artigo 55 da Carta está prevista essa causa. Podemos responder que no artigo 56 que se segue também não está excluída como a conduzir a perda do cargo, no que são enumeradas as situações concretas em que não haverá a perda do mandato.

Sobre as conseqüências, em si, devemos observar “cada ato, cada fato, no seu dia”, e aguardemos.

O SENHOR MINISTRO CAPUTO BASTOS<sup>60</sup>: Vossa Excelência faz uma ponderação no sentido de uma perplexidade: antes de caminhar o art. 55, como ficaria a situação daquele que pretende mudar de partido? Se Vossa Excelência me permite, seria mais ou menos se tivéssemos diante de um recurso, ou seja, alguém que pratica uma vontade incompatível com a vontade de recorrer.

O mandato está radicado no quociente eleitoral, que é matéria intangível pela vontade de quem quer que seja, a não ser por força da lei, porque quem fixa o quociente é a lei, não é o partido nem o eleitor, muito menos o candidato.

Quero dizer que o dia de hoje será marcado para mim pela eloqüência dos votos proferidos, independentemente de concordar ou discordar desses votos.

Havia eu preparado um pequeno improviso, mas vi nos votos que me antecederam, do eminente Relator, do Ministro Cezar Peluso e do presidente, votos muito eloqüentes, mas uma das questões que mais me chama a atenção neste tema é que não basta a filiação partidária como pressuposto de elegibilidade. Há a exigência de filiação um ano antes da eleição. Não basta alguém estar filiado a partido político e resolver pedir o seu registro na Justiça Eleitoral, porque sem o aval da Justiça Eleitoral ninguém será candidato, mas no caso há a indicação de prazo um ano

---

<sup>60</sup> Notas taquigráficas sem revisão do Ministro Caputo Bastos.

Cta nº 1.398/DF.

43

antes do pedido de registro, da eleição, e depois não existe exigência alguma de carência para mudar de partido.

Peço desculpas, pois sempre ouço Vossa Excelência com muita admiração e carinho.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Procurei demonstrar, em meu voto, que não consigo entender que o sistema partidário fundado na idéia da representação de opiniões, ideologias e visões políticas possa admitir que alguém, que se comprometa, com a adesão a partido político, a representar, no parlamento, todos aqueles que têm idênticas opiniões, pensamentos, ideários etc., mude de partido e, portanto, de orientação.

Onde fica a função representativa dessas correntes de opiniões que os partidos, como corpos intermediários, estão destinados a desempenhar? Se o candidato, eleito por ter-se comprometido com determinado ideário político, mudar, uma vez diplomado e empossado, imediatamente para partido com ideário completamente diferente, demonstra, com isso, que não dá a mínima importância aos eleitores que nele depositaram o voto de confiança de que sustentaria aqueles ideais no parlamento.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Este é um quarto fundamento, muito bom, do voto de Vossas Excelências. Eu sempre raciocino em cima da Constituição, não citei, nem vou citar, nenhuma lei e nenhum ato infraconstitucional. A Constituição assegura aos partidos políticos o funcionamento parlamentar. E o partido, evidentemente, fica visceralmente prejudicado com a migração dos seus filiados. Esvazia-se de representatividade política e se vê amesquinhado no seu funcionamento parlamentar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Ministro, não estou preocupado com o partido, pois quem fica prejudicado são os eleitores, que votaram na expectativa de que aquele candidato honraria seu compromisso com o ideário político que o partido encarnava.

Cta nº 1.398/DF.

44

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Mas esse é outro fundamento autônomo, é o art. 14, que eu já citei, quanto ao eleitor na perspectiva da soberania. Mas busco outro fundamento, o art. 17, inciso IV, da Constituição, que assegura aos partidos políticos o direito de funcionar no Parlamento.

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (relator): Se Vossa Excelência me permite, muitos são eleitos com votos atribuídos quase que exclusivamente à legenda.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Em suma, retomando o fio do raciocínio, os votos de Vossas Excelências deságuam nesse juízo categórico de que cancelar filiação partidária, ou migrar de partido, tem uma conseqüência, qual seja, a perda do mandato.

A minha primeira dificuldade é que o instituto jurídico da perda do mandato é de assento constitucional, vale dizer, o regime jurídico constitucional do parlamentar passa por esse tema delicadíssimo, nevrálgico, da perda do mandato.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Mas o regime representativo, do qual se tira a conseqüência da perda do mandato por outro fato, também é constitucional, pois é do sistema mesmo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Muito bem, se a perda do mandato por migração partidária, cancelamento partidário, significa sanção, o art. 55 da Constituição restará vulnerado porque esse rol é taxativo. Cumpre uma função ambivalente porque ao mesmo tempo é uma ameaça de castigo, mas é também uma garantia do parlamentar: a garantia de que não perderá o mandato senão nas hipóteses descritas pela Constituição.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Se Vossa Excelência percorrer o art. 55 verá que a conseqüência da perda do mandato é imputada a título de sanção, pois as hipóteses a que essa sanção corresponde são de atos ilícitos. Mudar de partido não é ilícito!

Cta nº 1.398/DF.

45

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente):  
Ele próprio é que se descredencia à continuidade do exercício.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Ele tem liberdade de opinião e pode mudar de partido. O que já não pode é tentar atuar no parlamento como representante de uma corrente de opinião que jamais vai defender.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: O voto de Vossa Excelência, entre tantos pontos de relevo, reflexivo, tem esse, de fazer a distinção entre a perda por sanção e a perda que não decorre de uma sanção, porque ato ilícito nenhum foi praticado. Praticou-se ato voluntário de transferência de partido, ou de cancelamento da filiação partidária.

Esta primeira dificuldade minha estaria removida. Não é que a Constituição, em seu art. 55, deixe de listar taxativamente hipóteses de perda de mandato, porém, a partir de um pressuposto que não está presente no voto de Vossa Excelência, qual seja, o cometimento de um ilícito. Portanto, o primeiro obstáculo constitucional também tenho por suplantado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente):  
Ministro, é dar conseqüências à vontade do próprio ocupante do cargo, como também ocorre na renúncia.

O SENHOR MINISTRO CAPUTO BASTOS: Já que Vossa Excelência fez essa distinção, o mesmo fenômeno com relação à distinção se aplica no caso das inelegibilidades. Nós temos as inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 64/90, e temos a inelegibilidade sanção prevista no seu art. 22.

Da mesma forma, no campo das inelegibilidades, nós temos aquelas que decorrem pura e simplesmente da lei e aquela que decorre de um ato ilícito por abuso do poder econômico que, por exemplo, está no art. 22.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente):  
Por incompatibilidade na continuidade do exercício do mandato.

Cta nº 1.398/DF.

46

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Urr outro obstáculo que, espero, seja removido nessa discussão do tema é que realmente, o candidato pode se ver já eleito, com sua filiação partidária preservada, numa situação de desnaturação ideológica do partido.

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (relator): Se Vossa Excelência e o Ministro Cezar Peluso me permitem, vou incorporar essa fundamentação ao meu voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): A compatibilidade de permanência surge por ato do partido.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: E neste caso a subsistência do mandato está conforme a função representativa, porque ele continua representando aquela corrente de opinião.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: A dificuldade que enfrento, mas juntos estamos a remover, é que pode não ser caso de deserção ou traição ideológica. A migração se dá, pelo contrário, por um imperativo de resistência ideológica de membro do partido, ou seja, o candidato não desertou dos seus ideais, quem desertou foi o partido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): Seria até mais positivo se assim ocorresse, do que o que verificamos no dia-a-dia.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Em suma, estou, com a ajuda de Vossas Excelências, fazendo uma interpretação sistêmica da Constituição brasileira, da qual pincei quatro fundamentos para a decisão que estamos a tomar.

Tive duas dificuldades, mas, com a ajuda de V. Exas., ambas estão afastadas.

As minhas objeções eram mais aparentes do que reais, portanto fico confortado intelectualmente e, do ponto de vista cívico, experimento o maior prazer de cravar o meu voto na direção dos votos de Vossas Excelências, porque estamos a tomar uma decisão que concilia o



Cta nº 1.398/DF.

47

Direito com a vida. Decisão que atende aos anseios da mais depurada e autêntica cidadania, sobretudo nessa quadra de profunda crise ideológico-moral da vida político-partidária brasileira.

É como voto, Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (relator):  
 Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite, incorporarei essa colocação feita pelo Ministro Cezar Peluso ao meu voto, reportando, evidentemente, como manifestação de Sua Excelência.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO:  
 Respondo à consulta de forma convergente, afirmando que o partido político preserva, sim, a vaga daquele seu filiado que, detentor de mandato parlamentar, migra para outra sigla, fora das duas situações já constantes do voto do Senhor Ministro Cezar Peluso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente):  
 E a ênfase dada, em decorrência do que previsto na Constituição Federal, à legenda em si, à vontade do eleitor e à identificação da legenda e do candidato está no § 2º do artigo 59 da Lei nº 9.504/97:

*Art. 59. (...)*

*(...)*

*§ 2º Na votação para as eleições proporcionais, serão computados para a legenda partidária os votos em que não seja possível a identificação do candidato, desde que o número identificador do partido seja digitado de forma correta.*

É possível, inclusive, afastar-se o acasalamento entre os números que designam a sigla e os números que designam o candidato, bastando que os dois primeiros números estejam corretos, considerada a legenda, para se ter o cômputo, embora os seguintes, designando o candidato, em si, estejam errados.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DELGADO: Senhor Presidente, após tantas considerações e fundamentos voltados para se extrair da Constituição aquilo que ela deseja e o que contém, desnecessário seria tecer outras considerações. Mas, em razão da relevância do tema, permita-me a Corte sintetizar algumas anotações que fiz no curso das razões aqui apresentadas.

Até agora está sendo firmado o entendimento de que a fundamentação do nosso sistema proporcional é de conferir aos partidos a titularidade dos mandatos eletivos.

Nesse aspecto, sempre tenho concebido que, entre o eleitor e o candidato envolvido pela ideologia partidária, há a afirmação de um negócio jurídico eleitoral, firmado com o objetivo de valorizar, primeiramente, a cidadania, a expressão maior da cidadania, dentro do sistema proporcional, para valorizar o princípio da representação partidária, também para valorizar o princípio do pluralismo político e, como já afirmou o Ministro Carlos Ayres Britto, o crédito político.

Permitam-me, ainda, fazer algumas considerações de ordem histórica.

Lembraria que, inicialmente, pelo nosso sistema eleitoral quando começou, em 1932, votava-se em lista, em um número de candidatos que não excedesse o de elegendos, mais um. Falava-se em dois momentos de apuração, sendo eleitos, no que se denominava "1º turno", os candidatos que obtivessem o quociente eleitoral e, na ordem de votação obtida, tantos candidatos registrados sob a mesma legenda quantos o quociente eleitoral partidário indicasse. Assim, estariam eleitos, em 2º turno, os outros candidatos mais votados, até que se preenchessem os lugares que não tivessem sido preenchidos no 1º turno.

Esse sistema demonstra que a valorização e o idealismo partidários não eram considerados centro das atenções.

O modelo, formulado por Assis Brasil, já aqui citado, tido como o mais importante membro da comissão designada por Getúlio Vargas para estudar e sugerir a reforma da legislação eleitoral, recebeu a crítica de ser uma fórmula mista, de transação, de acomodação de sistemas opostos, proporcional no 1º turno e majoritário no 2º turno, sem valorizar o idealismo partidário.

Sabemos que com a Constituição de 1934 e sua determinação de que seriam eleitos os deputados "mediante sistema proporcional" – podemos dizer que aí tivemos o início da movimentação do sistema proporcional e de valorização partidária – teve-se que alterar o Código, com a edição da Lei nº 48, de 4 de maio de 1935, que em seu artigo 89 dispôs: *"Far-se-á a votação em uma cédula só, contendo apenas um nome ou legenda e qualquer dos nomes da lista registrada sob a mesma"*.

A lista permaneceu, assim, intuída. Equivocam-se, então, aqueles que julgam que nosso sistema proporcional, com a originalidade da "escolha uninominal, pelo eleitor, a partir da lista oferecida pelos partidos", despreza essa lista.

E o fato de que um número ínfimo de deputados e vereadores se eleja alcançando, com seus votos nominais, o quociente eleitoral, e dependendo, assim, dos votos dados aos companheiros de legenda, reforça o entendimento de que pertençam aos partidos os mandatos.

Observo, Senhor Presidente, que desde aquela época, aqui assinalada, já havia um entendimento implícito em nosso ordenamento jurídico, já consagrado por doutrinadores, de que os mandatos pertenciam aos partidos.

Além disso, a filiação partidária é condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, da Constituição Federal) e só podem concorrer às eleições candidatos registrados por partidos (art. 87 do Código Eleitoral). Em

conseqüência, a troca de partidos contribui para diminuir o grau de representatividade do regime democrático e para violar o princípio de representatividade que está insito em tal regime.

Disso decorre a falta de identidade partidária, que não pode ser prestigiada no momento em que está posto o constitucionalismo brasileiro que tem visado, em todas as horas e em todos os momentos, aperfeiçoar o regime democrático e, principalmente, a representatividade política.

A elevada migração partidária leva, ainda, ao descrédito do Legislativo, gerando a inconfiabilidade do eleitor e violando aquele negócio jurídico eleitoral de que falei inicialmente.

Com efeito, o cidadão atribui a prática de troca de partido ao predomínio de interesses particulares dos parlamentares, como já afirmado, ao governismo – ou seja, à preponderância, especialmente, do Poder Executivo quando tem a sua maioria configurada, a um comportamento, por que não dizer, espúrio-, pois muitas vezes a imprensa noticia, embora não tenhamos aqui provas a apresentar, vantagens obtidas com as seguidas trocas de partido. Tais vantagens podem ser diretas ou indiretas, conforme afirmado de modo público.

Convém observar um fato a respeito da história das legislaturas. Na 52ª Legislatura (fev/2003 a jan/2007), apenas para dar exemplo, trocaram de legenda 38% dos representantes da Câmara dos Deputados. Demonstra-se, assim, o descrédito que o movimento causa na confiabilidade do cidadão com o funcionamento do Poder Legislativo.

Lendo, também, afirmação de Bolivar Lamounier, que chegou a declarar seja o Brasil, no nível econômico e social em que se situa, caso único de “subdesenvolvimento partidário”, que não é o querer da Constituição. Pelo contrário. O partido político, antes de tudo, está sendo afirmado por todos os doutrinadores, sem discrepância, é uma associação voluntária de indivíduos portadores de cidadania política, definida por um prol de direitos políticos. O direito mais importante é o de votar e de ser votado,

com fidelidade a uma ideologia partidária. Em sendo uma associação, um partido é, portanto, um ente coletivo, cujos membros associados aceitam voluntariamente um enquadramento normativo, expresso nos estatutos, e uma adesão programática, expressa no programa político.

A natureza destas relações remete, necessariamente, ao acatamento de uma conduta disciplinada por parte dos filiados, sem a qual não se estabelece a possibilidade de existência efetiva e eficaz do partido. Nos regimes democráticos e nos partidos democráticos, a relação disciplinada do filiado para com o coletivo partidário não prescinde da existência de direitos partidários. Além de direitos de representar e candidatar-se pelo partido e de participar ativamente da vida interna, com o direito de ascender à direção partidária, um dos mais importantes direitos individuais consiste no exercício da liberdade de opinião. O partido não pode e não deve restringir ou arbitrar a liberdade de opinião de seus filiados. Afirmção absolutamente correta de acordo com a principiologia a ser seguida.

Da mesma forma que os direitos partidários individuais são plurais, os deveres também são diversos. Um dever central dos militantes do partido consiste na garantia da unidade da ação desse partido. Essa unidade é conseqüência do princípio democrático da decisão por maioria. Assim, processados os debates, obedecidos os critérios democráticos de decisão, os membros de um partido devem garantir a implementação de decisões tomadas de forma unitária.

Com base nessas afirmações, Senhor Presidente, apenas registro, em complementação, pulando aqui outras considerações, o que a Constituição brasileira, em seu art. 14, § 3º, inciso V, aqui já afirmado, em combinação com o art. 17, atribui ao partido um papel fundamental no sistema político nacional. Em conseqüência, a gênese dos partidos políticos confunde-se com a do próprio sistema democrático, e faz aí uma vinculação na qual não se pode empregar interpretação relativa para desconstituir os efeitos desse vínculo.

Cta nº 1.398/DF.

52

Cláudio Lembo, por exemplo, chegou a afirmar que *“o atual sistema constitucional conferiu aos partidos políticos um verdadeiro monopólio da intermediação da vontade popular”*. Portanto, sendo seus representantes e veículo de aprimoramento do regime democrático.

Tem-se, portanto, que no atual quadro constitucional está prestigiado o partido político, rechaçando o personalismo, o individualismo. E essa cosmovisão democrática, inserta no texto constitucional, é própria de uma sociedade pluralista, na qual o organismo social tem uma variedade de valores impressionantes que se opõem a toda atitude individualista. Por isso mesmo o candidato não é detentor de poder superior que lhe permita levar em seu rastro a suplência.

Acrescento, a essas idéias, as do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, que lembrando a lição de Ripert, de que *“os deputados são, na Assembléia Nacional, representantes de seu partido”*, registrou:

A fidelidade partidária [embora não concorde, como fez o Ministro Cezar Peluso, que se trata de fidelidade partidária, mas fidelidade à vontade do eleitor, que já é um valor muito mais alto posto na Constituição] tem como mero objetivo assegurar ao eleitor a certeza de que o candidato por ele sufragado representa a feição ideológica de seu partido frente aos problemas nacionais e, portanto, não sufraga o nome, mas as idéias e o programa que o postulante ao cargo eletivo se propõe a defender. O verdadeiro sentido de partido político, portanto, é a formação de uma consciência política e da realidade nacional, ficando essas aspirações acima dos nomes das pessoas, da figura do candidato.

Em outro acórdão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, em voto proferido pelo magistrado Aloysio Alvares Cruz:

O indivíduo isolado carece de existência política positiva, porque não pode exercer influência sobre a formação da vontade do Estado e, sendo assim, a democracia só é possível quando os cidadãos se reúnem em organizações definidas para fins políticos, de modo que entre o cidadão e o Estado se interponham essas coletividades, que agrupem, nos partidos, as vontades políticas coincidentes. O descrédito dos partidos na teoria e na prática do direito político envolve um ataque à realização da democracia, cuja vida somente o subterfúgio pode considerar possível sem a existência dos partidos. As democracias organizadas assentam no direito da maioria de

governar e no direito das minorias de criticar, pois a crítica é também colaboração, de tal sorte que a democracia já foi definida como o regime em que a maioria respeita a minoria. Daí afirmar-se que os Parlamentos devem espelhar todas as opiniões políticas da Nação, sem o que seria falseado o regime representativo e, conseqüentemente, a democracia. Se, por vezes, são lamentáveis os excessos das lutas partidárias, certo é que o progresso não se obtém com repouso e quietude.

Postos estes conceitos, sobreleva notar que o mandato parlamentar não pertence, de direito, ao representante partidário escolhido pelo povo, mas ao partido e seus adeptos, que o sufragaram.

E continuo, Senhor Presidente, novamente invocando opinião de Cláudio Pacheco e a do Ministro Hahnemann Guimarães que, em 18 de maio de 1949, ao proferir voto no Supremo, afirmou:

Não é o povo, em sua totalidade, que elege a Assembléia representativa, pois o corpo eleitoral é formado por diversos grupos, que se distinguem pelas suas convicções políticas, e os mandatos cabem aos partidos, em razão de sua forma numérica, pelo que se fazem representar no Parlamento, proporcionalmente ao seu prestígio eleitoral, das diversas correntes da opinião pública.

A seguir, a opinião de José Afonso da Silva comentando o voto do Ministro Hahnemann Guimarães no mesmo sentido já aqui veiculado.

Outras considerações são feitas, que repetem com outras palavras os magníficos votos aqui proferidos a respeito do tema.

Senhor Presidente, com essas rápidas considerações, voto de acordo com os entendimentos aqui já firmados, na linha apontada pelo relator e pelos votos que se lhe seguiram.

### ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Senhor Presidente, se me permite, queria fazer ao eminentíssimo e caríssimo Ministro José Delgado o esclarecimento de que não sou contrário à

Cta nº 1.398/DF.

54

fidelidade partidária. Apenas adverti que a questão da consulta não diz respeito, propriamente, a uma questão de fidelidade partidária, entendida em senso restrito.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DELGADO: Entendi a afirmação de Vossa Excelência e apoiei imediatamente a construção de que a fidelidade não é ao partido em si, mas à vontade do eleitor, que não pode ser descaracterizada para o aperfeiçoamento da democracia.

#### VOTO

O SENHOR MINISTRO CAPUTO BASTOS: Senhor Presidente, a essa altura, após tantas lições memoráveis cujos registros ficarão, certamente, para a história, não teria nenhuma originalidade qualquer dos fundamentos que já havia elencado para pronunciar meu voto.

Mais uma vez parabenizando todos os excelentes e excepcionais votos que me antecederam, acompanho o eminente relator.

#### VOTO (vencido)

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, com a devida vênua, votarei vencido.

Em primeiro lugar, concordo, em tese, com tudo o que ora foi dito sobre o verdadeiro absurdo que é, hoje, essa falta de fidelidade aos partidos.

Realmente, a situação é triste. Nós vemos os deputados mudando de partidos e costuma haver uma coincidência – que não posso afirmar que esteja na mente dos deputados que o fizeram, nem digo que ocorra em todos os casos, mas em muitos deles -: deputados de oposição passam para partidos da situação.



Cta nº 1.398/DF.

55

Essa é uma prática que acontece há tempos em nosso país.

O SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (relator):  
Se Vossa Excelência me permite, por questão de esclarecimento, o Presidente da República é filiado ao PT, que teve um deputado que se elegeu sob sua legenda e saiu do partido, e apenas um foi incorporado a esse partido. Ele continuou com o mesmo número de deputados.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Pondero, com a devida vênia, que a base de sustentação do governo não é constituída apenas pelo Partido dos Trabalhadores. Teríamos de verificar os outros partidos que integram a base. Essa questão não é, contudo, para mim, fundamental para a resposta da consulta.

Eu li o parecer da Assessoria Especial, depois ouvi atentamente a todos os votos – muito bem fundamentados – dos eminentes ministros que me precederam e minha dificuldade está em que todas essas normas que justificariam a conclusão são relativas ao período eleitoral.

Não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato. Isso, no final das contas, é o objeto da consulta.

O objeto da consulta é se o partido é o titular da vaga. No fundo, isso quer dizer que, se o deputado abandona o partido pelo qual foi eleito, se ele muda de partido, perde o mandato. Se o mandato é do partido, é claro que o deputado – não existem duas vagas para cada deputado – vai perder.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente):  
E precisaria de uma norma diante dos princípios consagrados pela Constituição Federal? Seria acaciano.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DELGADO: Há muito tempo, desde que o constitucionalismo foi instituído no ordenamento jurídico do

Cta nº 1.398/DF.

56

mundo, não somente do Brasil, temos princípios e postulados implícitos e explícitos das cartas magnas. Tudo decorre do sistema.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente):  
O Direito não é ciência exata. A justiça seria obra da máquina, e não do homem, se o fosse.

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DELGADO: Se observarmos a evolução do conteúdo, na Carta Magna de 1.215, os constitucionalistas – e aqui temos a autoridade maior – chegaram a anotar a existência de princípios implícitos.

O SENHOR MINISTRO CAPUTO BASTOS: É a própria teoria do controle de constitucionalidade. Não precisou de nenhuma norma explícita para que o Judiciário pudesse declarar uma norma inconstitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente):  
Se pudesse sopesar acórdãos, um prolatado a uma só voz e outro por maioria, daria peso maior ao prolatado por maioria. E Vossa Excelência assume, até certo ponto, cadeira que sempre ocupei!

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, devo dizer que, em relação a votos proferidos neste Tribunal, procuro, mesmo vencido, proferi-los de acordo com meu entendimento. Creio ser esta a minha obrigação.

Em relação aos princípios implícitos – não desconheço que existam –, causa-me certa estranheza o fato de a Constituição estar prestes a completar dezenove anos e esta ser a primeira vez que se proclama que há a aludida perda de mandato. Ou seja, demorou-se um pouco para se perceber esse princípio.

Em relação aos artigos das leis infraconstitucionais citadas, verifico que os arts. 25 e 26 da Lei nº 9.096/95 tratam de temas diversos.

O art. 26 estatui que perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção

Cta nº 1.398/DF.

57

partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito. Trata-se, como se vê, de cargo que exerça “em virtude da proporção partidária” na Casa.

Isso porque, nas comissões, a participação é proporcional à expressão numérica dos partidos na Casa de Leis. Se o parlamentar deixa o partido, deixará também de exercer o cargo na comissão.

O artigo 25 também não me impressiona, pois, a meu ver, não se aplica à consulta em exame. O dispositivo, que se refere ao estatuto do partido, não cuida do tema objeto da consulta.

De qualquer modo, o tema em debate, ao que entendo, é de índole constitucional.

Quanto à questão da perda do mandato em razão da mudança de partido por parte de parlamentar, registro, Senhor Presidente, que há precedente específico do Supremo Tribunal Federal: o Mandado de Segurança nº 20.927, relator Ministro Moreira Alves. Há, também, o Mandado de Segurança nº 26.405, relator Ministro Gilmar Mendes.

Neste último só há, propriamente, o voto do Ministro Gilmar Mendes. Sua Excelência expõe essa questão, mas diz que o caso está prejudicado. A decisão do Tribunal foi acolhendo a prejudicialidade. Não há, portanto, como saber se o Supremo Tribunal acompanharia, ou não, S. Exa. naquele voto.

No Mandado de Segurança nº 20.927 julgou-se o mérito; houve votos vencidos. A data do julgamento é 11.10.89. O Mandado de Segurança nº 26.405 é mais recente, de 2004.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO:  
O pressuposto no voto do Ministro Moreira Alves, nesse Mandado de Segurança nº 20.907, foi a adoção de sanção jurídica da perda do mandato, ou seja, a perda do mandato enquanto sanção, enquanto castigo. Agitei essa idéia e discutimos aqui coletivamente para mostrar a diferença.

Cta nº 1.398/DF.

58

A premissa foi outra, pelo que estou vendo aqui, literalmente.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Senhor Presidente, no citado precedente, o douto Ministro Moreira Alves, apreciando a questão, asseverou:

“(…) Pelo sistema de representação proporcional, que é o adotado para a eleição dos Deputados, 'estarão eleitos tantos candidatos registrados por um Partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido' (artigo 108 do Código Eleitoral), o que estabelece, sem dúvida alguma, uma estreita vinculação entre o Partido ou a Coligação e o candidato que concorreu às eleições por um ou por outra, certo como é – e a Constituição atual o declara no artigo 14, parágrafo 3º, V – que uma das condições de elegibilidade é a filiação partidária.

Em face da Emenda nº 1/69, que, em seu artigo 152, parágrafo único (que, com alteração de redação, passou a parágrafo 5º desse mesmo dispositivo por força da Emenda Constitucional nº 11/78), estabelecia o princípio da fidelidade partidária, Deputado que deixasse o Partido sob cuja legenda fora eleito perdia o seu mandato. Essa perda era decretada pela Justiça Eleitoral, em processo contencioso em que se assegurava ampla defesa, e, em seguida, declarada pela Mesa da Câmara (arts. 152, § 5º; 137, IX; e 35, § 42).

Com a Emenda Constitucional nº 25/85, deixou de existir esse princípio de fidelidade partidária, e, em razão disso, a mudança de Partido por parte de Deputado não persistiu como causa de perda de mandato, revogado o inciso V do artigo 35 que enumerava os casos de perda de mandato.

Na atual Constituição, também não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que tem permitido a mudança de Partido por parte de Deputados sem qualquer sanção jurídica, e, portanto, sem perda de mandato.

Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de Partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (artigos 5º, LXX, “a”; 58, § 1º; 58, § 4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda do mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o artigo 55.

Cta nº 1.398/DF.

59

Se esses dispositivos, que denotam o valor dado pela atual Constituição à representação partidária, não tiveram o condão de impedir a mudança de Partido por parte dos titulares de mandato de Deputado – que são os eleitos, diplomados e empossados –, o terão com referência aos candidatos eleitos (...).”

Cito, agora, o voto do eminente Ministro Sepúlveda

Pertence:

“(...) Continuo a pensar, Senhor Presidente, cada vez que vejo a dedução das razões da posição oposta, mais me convenço de que se funda ela na idealização e no transplante, para o nosso regime positivo de representação proporcional, de uma ortodoxia do sistema, pensada em termos abstratos, que a nossa Constituição não conhece. Ortodoxia que se manifesta nesta Casa, que se manifestou no desenvolvimento das discussões do caso precedente, através do eminente Ministro Paulo Brossard, quando S.Exa. acabou por declinar que, para ele, o sistema iria ao ponto de sancionar com a perda do mandato também o titular que se desvinculasse da legenda pela qual se elegeu”.

Esse, exatamente, o caso ora posto em consulta.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: E veja o fundamento do voto do Ministro Paulo Brossard, não foi nenhum dispositivo da Constituição em apartado, topicamente considerado, pontualmente considerado, foi o sistema.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Continua o voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

“No entanto, na minha convicção restou inabalada, com todas as vênias, a premissa de que parti: a falta, em nosso direito constitucional vigente, de base para decretar a perda de mandato de titular, convicção que agora acaba de receber valiosos subsídios do eminente Ministro Moreira Alves.

A partir do sistema, inferir-se essa perda não me parece definitivamente autorizado pelo texto constitucional, que é – e nem poderia ser de modo diverso, tal a gravidade da sanção – exaustivo, no art. 55, a ponto de tornar explícito, por exemplo, o que seria muito mais fácil de extrair por inferências lógicas: que o Deputado que perde os direitos políticos perderá o seu mandato eletivo.

Como me mantive firme na premissa de que não há base para a perda do mandato do titular que muda de legenda, também não me convenci, com todas as vênias, do *distingue* entre a situação do titular e a do suplente (...).”

Cta nº 1.398/DF.

60

Em seguida, cuida-se da questão relativa ao suplente e da coligação. Peço vênia para ler, agora, parte do voto do ilustre Ministro Francisco Rezek:

“A Constituição de 1988 tem naturalmente um subsolo. Este consiste, basicamente, nas suas circunstâncias, no seu momento histórico. Não foi por acaso que o constituinte de 88 se omitiu de prescrever, com a riqueza vernacular quantitativa que usou em tantos temas menores, sobre a fidelidade partidária. Não quis fazê-lo por acreditar, provavelmente, que não salmos ainda daquela zona cinzenta em que nos encontramos desde os acontecimentos de 64, ou, mais precisamente, desde quando dissolvidos os antigos partidos – resultando no abandono da vida pública por homens da estatura do nosso antigo colega Oscar Corrêa. Isso é uma realidade que o constituinte deve ter querido prestigiar, e ao direito positivo me atenho.

Sei que o futuro renderá homenagem à generosa inspiração cívica da tese que norteou os votos dos eminentes Ministros Celso Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches.

Receio não encontrar no direito pátrio, tal como hoje posto, o que me autoriza reclamar do suplente essa postura (...).”

O eminente Ministro Aldir Passarinho, ao se manifestar naquele precedente, traçou, de início, considerações de caráter histórico, para mostrar que a Constituição já previu a perda do mandato em caso de infidelidade partidária. Em seguida, averbou:

“(...) Quer dizer que não houve, a meu ver, omissão na Constituição em não estabelecer o princípio de perda do mandato por infidelidade partidária, pois o tema sempre esteve presente. E tanto é certo que na Constituição anterior, que não podia ser naturalmente esquecida dos novos constituintes, havia regra expressa nesse sentido, a qual foi, como disse, amenizada pela Emenda Constitucional nº 11”.

Nesse ponto, Sua Excelência adota raciocínio também desenvolvido pelo Ministro Moreira Alves, ao qual adiro integralmente. Não me parece haver espaço para invocar princípios implícitos quando a matéria foi tratada expressamente na Constituição anterior e a alusão à perda de mandato, de modo claro, foi retirada da atual Constituição.

Cta nº 1.398/DF.

61

Parece-me, com a devida vênia, que o constituinte não quis que essa hipótese, de mudança de partido pelo parlamentar eleito, acarretasse a perda do mandato.

Cito, ainda, do voto do Ministro Aldir Passarinho, o seguinte excerto:

"A meu ver, os casos de perda de mandato, expressos no art. 55 são taxativos: os constantes dos itens I a VI. E tanto é certo que nos seus §§ 2º e 3º, expressamente se prevê o processamento a adotar quando as razões forem as dos itens I, II e VI, ou as dos itens III a V, a meu ver, sem nenhum espaço para hipóteses outras.

No caso de decoro parlamentar, o § 1º do aludido art. 55 admite elastério, dizendo que é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membros do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. Mas nem aí se poderá incluir a hipótese de infidelidade partidária, como aliás o Ministro PAULO BROSSARD salientou no seu voto.

Na verdade, o que a Constituição prevê é que é condição de elegibilidade haver a filiação a partido político. Realmente, essa é a exigência que a Constituição faz.

No tocante à infidelidade partidária, bem como no pertinente à indisciplina, a Constituição expressamente remeteu a fixação das normas referentes a tais pontos aos Estatutos dos Partidos Políticos, conforme o art. 17, § 1º, o qual assegura aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidária.

Mas, nem aí, a Constituição estabelece que, como norma de fidelidade partidária, possa ser determinada a perda do mandato político. Isso não está implícito na Constituição, e na oportunidade, não é necessário enfrentar essa questão. (...)

Assim, Senhor Presidente, entendo que, na verdade, no nosso sistema, ideal seria a prevalência da vinculação aos partidos políticos, e a Constituição atual está cheia de princípios nesse sentido. Há que se prestigiar os partidos políticos, e isso deixei expresso no voto anterior, quando endosse, em tese, as razões expendidas pelo Ministro PAULO BROSSARD. Entretanto, não se encontra na Constituição Federal, nem na legislação pertinente, nada, absolutamente nada, que implique na perda do mandato do deputado ou do senador como, também, na perda de suplência, no caso de mudança de partido (...)"

Cta nº 1.398/DF.

62

Senhor Presidente, ponho-me de acordo com os votos vencedores no *writ* decidido em 1989 pela Suprema Corte.

Isso porque, em síntese, meu pensamento é o seguinte:

- a) o tema em análise foi tratado na Constituição de 67/69;
- b) era objeto de norma expressa;
- c) houve modificação no texto constitucional, de modo que, hoje, não há regra que determine a perda do mandato na hipótese em questão, pois
- d) o artigo 55 da vigente Constituição, em *numerus clausus*, elenca quais são os casos de perda de mandato e não há, no citado rol, a hipótese de mudança de partido por parte de parlamentar eleito.

Nesse diapasão, concordo inteiramente com o já citado voto do Ministro Pertence, que ao mesmo tempo realça o caráter exaustivo do artigo 55 da Constituição e demonstra que, quanto ao tema, a Constituição de 1988 não se deteve sequer em face da redundância, explicitando até mesmo a hipótese de perda do mandato quando o parlamentar perde seus direitos políticos. O silêncio, no que diz respeito a mudança de partido, me parece, *data venia*, eloqüente.

Assim, embora louve toda argumentação no sentido de se prestigiar a fidelidade partidária, não encontro razões no direito posto que autorizem a conclusão a que chegaram os doutos votos vencedores.

O SENHOR MINISTRO CAPUTO BASTOS: Obviamente, longe de mim e, acredito, de qualquer membro desta Corte, tentar mudar o entendimento ou as convicções pessoais de cada um. Este é um Colegiado, nós pensamos colegiadamente, mas eu gostaria apenas de ponderar que a Constituição de 1988 também retirou do texto constitucional, que era expresso em 1969, a competência para o Supremo regulamentar os processos sob sua jurisdição. Mas, nem por ausência dessa norma, o Supremo deixou de regular. E o exemplo mais característico é a ação



Cta nº 1.398/DF.

63

declaratória de constitucionalidade, que, à mingua de um texto que regulasse essa ação da competência originária, foi fixada em voto, aliás, brilhante, do Ministro Celso de Mello.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Em relação à questão trazida por V. Exa., Ministro Caputo Bastos, penso, com a devida vênua, não interferir no raciocínio que desenvolvi. Até porque, se não me falha a memória, o que constava da Constituição de 1967/69 era a possibilidade de o Supremo Tribunal definir, em seu regimento interno, hipóteses de cabimento de recurso extraordinário, inclusive, após a Emenda 7/77, considerando a relevância da questão federal. Havia, por assim dizer, autorização para o Supremo “legislar” nesse tema.

O que há na Constituição atual - para todos os tribunais e não apenas para a Suprema Corte - é a possibilidade de os regimentos internos disporem sobre a competência e funcionamento dos órgãos das cortes de justiça. Isso, todos os tribunais – inclusive o Supremo - vêm fazendo.

Assim, pedindo vênua aos demais, respondo negativamente à consulta.



Cta nº 1.398/DF.

64

**EXTRATO DA ATA**

Cta nº 1.398/DF. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha.  
Consulente: Partido da Frente Liberal (PFL) - nacional, por seu presidente.

Decisão: O Tribunal, por maioria, respondeu positivamente à consulta, na forma do voto do relator e das notas taquigráficas. Vencido o Ministro Marcelo Ribeiro. Votou o Presidente.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio. Presentes os Srs. Ministros Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, Caputo Bastos, Marcelo Ribeiro e o Dr. Antonio Fernando de Souza, procurador-geral eleitoral.

SESSÃO DE 27.3.2007.

**CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO**

**Certifico a publicação desta resolução no Diário da Justiça de** 8 / 5 / 07, **fls.** 143.

**Em,** , **lavrei a presente certidão.**

/accb

## ANEXO 2



TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

RESOLUÇÃO Nº 22.600

CONSULTA Nº 1.407 – CLASSE 5ª – DISTRITO FEDERAL (Brasília).

Relator: Ministro Carlos Ayres Britto.

Consulente: Nilson Mourão, deputado federal.

CONSULTA. MANDATO. CARGO MAJORITÁRIO.  
PARTIDO. RESPOSTA AFIRMATIVA.

Resolvem os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, responder positivamente à consulta, nos termos do voto do relator.

Brasília, 16 de outubro de 2007.

  
MARCO AURÉLIO

PRESIDENTE

  
CARLOS AYRES BRITTO

RELATOR.

Cta nº 1.407/DF.

2

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO: Senhor Presidente, trata-se de consulta eleitoral, formulada pelo deputado federal Nilson Mourão, eleito pelo Estado do Acre e sob a legenda do Partido dos Trabalhadores (PT). Consulta que nos é feita por esta forma:

“(...) Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral majoritário, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”

2. Provocada sobre o tema, a Assessoria Especial da Presidência sugeriu a este nosso Tribunal Superior Eleitoral que respondesse afirmativamente à consulta. Eis a sugestão: *“o partido político será sempre o primeiro e último detentor dos mandatos eletivos, uma vez que não são estas propriedades dos que os auferem”* (fls. 7-16).

3. É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (relator):  
 Senhor Presidente,

4. Passo ao voto. Fazendo-o, tenho que a presente consulta exige um devido exame **no modo constitucional de ser dessa figura que atende pelo nome de “partido político”**. Seja o partido político de forma isolada, seja mediante “coligações eleitorais” ou “blocos parlamentares”, pois o fato é a que a nossa Lei Maior contém nada menos que 20 expressos dispositivos sobre a complexa realidade partidária do País. Um desses dispositivos é o que prevê, justamente, a formação de blocos para uma atuação parlamentar concertada (é o § 1º do art. 58); outro, é o que se)

Cta nº 1.407/DF.

3

refere à formação de “coligações eleitorais” (§ 1º do art. 17); um terceiro, enfim, é o que menciona a figura dos “líderes partidários” (art. 140).

5. Acrescento: além dessa pesquisa para o conhecimento do modo constitucional de ser dos partidos, suas coalizões e liderança, **é preciso revelar as funções que lhes são próprias**. Isto para se ver até que ponto a Magna Carta Federal faz do conjunto das instituições partidárias uma necessária peça da requintada engrenagem do nosso regime ou sistema representativo. Regime ou sistema representativo que já é a preponderante dimensão da democracia política brasileira.

6. Se afirmo ser o sistema representativo a preponderante dimensão da democracia política brasileira, é em atenção aos seguintes dizeres iniciais do parágrafo único do art. 1º da nossa Lei Maior: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (...)”. O povo, então, posicionado como fonte primaz do poder político e a ser representado por aqueles a quem elege para o exercício dos Poderes Executivo e Legislativo; pois o certo é que esse poder que emana do povo e que por ele é exercido mediante representação (regime representativo) é o poder de natureza política. Vale dizer, poder eminentemente governativo, partilhado, no plano da União, entre os membros do Congresso Nacional e do Poder Executivo Federal.

7. Por um modo diferente de dizer a mesma coisa, o que importa saber é se a vontade objetiva da Constituição faz dos partidos políticos um mecanismo elementar do sistema representativo em que se traduz a nossa democracia do tipo indireto (com toda procedência normada no título constitucional de nº I, que porta o altissonante nome “Dos Princípios Fundamentais”). Logo, o que importa saber é se tal vontade constitucional objetiva confere ou não confere posição de centralidade aos gêmios partidários, em matéria de regime representativo ou de democracia indireta. Se a eles incumbe ou não incumbe, sozinhos, aliançadamente e

Cta nº 1.407/DF.

4

ainda por suas lideranças, uma protagonização *de primeira linha* no processo político-eleitoral e de representatividade popular<sup>1</sup>.

8. Assim indicados os pressupostos de elaboração do presente voto, passo a lembrar que os “partidos políticos” (forma plural que se lê na cabeça do art. 17 da Constituição Federal) **são pessoas jurídicas de Direito Privado**. Isso porque adquirem sua personalidade “na forma da lei civil”, embora tenham que registrar os seus estatutos “no Tribunal Superior Eleitoral” (§ 2º desse mesmo artigo constitucional de nº 17). Mas em que tipo de pessoa jurídico-privada os partidos políticos se constituem?

9. Resposta: assim como todo agente público é **gente antes de ser agente**, o partido político é **associação antes de ser partido**. Associação a que a nossa Lei Maior confere tratamento em apartado, especializado mesmo (já veremos), por cumprir funções transcendentais daquelas que são próprias das pessoas jurídicas meramente privadas. Lógico! Não fosse por essa transcendência funcional, os partidos políticos permaneceriam na vala comum das entidades associativas. Referidos tão-só de forma genérica ou de *cambulhada* nos incisos de nºs. XVII a XXI do art. 5º.

10. Pois bem, enquanto modalidade de associação, todo partido político é **constituído por uma reunião formal de pessoas do mundo do ser para compor uma outra realidade, abstrata ou ideal, chamada de “pessoa jurídica”**. Pessoa jurídica ou pessoa plural. Coletiva. Não de acordo com a lista que se lê nos incisos de I a V do art. 44 do Código Civil brasileiro, porém como expressão do direito individual — que a

<sup>1</sup> Acerca da imprescindibilidade do governo representativo, consta do magnífico voto que o ministro Cezar Peluso proferiu na Consulta n. 1.398 – Classe 5ª, Distrito Federal: “É bem conhecida, desde antes da clássica obra de JOHN STUART MILL sobre o tema, a conveniência política da adoção de um governo representativo: “o único governo capaz de satisfazer a todas as exigências do estado social é aquele do qual participou o povo inteiro; que toda a participação, por menor que seja, é útil (...)”. Como, porém, “é impossível a participação pessoal de todos, a não ser numa proporção muito pequena dos negócios públicos, o tipo ideal de um governo perfeito só pode ser o representativo” (página de rosto).

nossa Constituição vocaliza por esta forma: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter militar” (inciso VII do art. 5º).

11. Com mais exatidão, esse direito subjetivo-constitucional é do tipo individual, mas exercitável por modo necessariamente coletivo; ou seja, “pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”, segundo – agora sim - definição que se lê na cabeça do art. 53 do nosso Código Civil (lei federal 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Isto porque “o substrato básico” (Celso Antônio Bandeira de Mello) ou o substrato primário sobre que repousa toda associação é, logicamente, **uma pluralidade orgânica de pessoas**. Não um serviço ou atividade juridicamente personalizada (caso das autarquias), menos ainda a personificação normativa de um patrimônio (caso das fundações)<sup>2</sup>.

12. Sem embargo dessa natureza primariamente associativa, a categoria dos partidos políticos principiou a ganhar especificidade constitucional com a primeira das duas alíneas do inciso LXX do art. 5º da Constituição. **Isto a propósito da habilitação processual ativa de todos eles em tema de mandado de segurança coletivo. Habilitação processual que voltou a ser consagrada em duas oportunidades: uma, administrativamente, perante o Tribunal de Contas de União (§ 2º do art. 74); outra, judicialmente, perante o Supremo Tribunal Federal (inciso VIII do art. 103).** Sendo que, tanto em sede de mandado de segurança coletivo quanto de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade, é exigível deles, **partidos políticos, representação no Congresso Nacional;** quer dizer, os parlamentares a representar os seus partidos, ou, no que dá no mesmo, os partidos a se fazer representar pelos parlamentares eleitos sob sua bandeira. Porém com este complemento de idéia, já denotativa de uma especial relevância constitucional dos grêmios partidários: cada qual

<sup>2</sup> Pluralidade orgânica de pessoas, foi dito, seja no sentido de uma duradoura ou consistente identidade de propósitos, seja quanto à personalizada formalização jurídica da agregação em si.

Cta nº 1.407/DF.

6

deles tanto pode agir por motivação meramente privada ou corporativa (defendendo, estatutariamente, interesses próprios e dos seus filiados) quanto por impulso altruístico ou rigorosamente institucional (velando, então, programaticamente, por interesses e valores que já são de índole societária). **É o que se tem chamado de habilitação processual ativa do tipo universal**; a mesma, por sinal, que se reconhece ao Procurador Geral da República e ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a teor das seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal, entre muitas outras: ADI 1.096-MC, Rel. Min. Celso de Mello, e ADI 1.963-MC, Rel. Min. Maurício Corrêa.

13. Por que habilitação processual ativa do tipo universal? Pela clara razão de que o lado institucional de todo partido político é uma antecipada credencial jurídica para velar pelos assuntos da *pólis*. Pelos negócios de governo e de Administração Pública. Daí porque dissemos, pessoalmente, em voto proferido na ADI 3.059-MC:

"(...) partido político existe para manter com o Poder Governamental – também apropriadamente chamado de Poder Político – um enlace tão umbilical quanto insuscetível de desfazimento. Pois começa com a própria forma de conceber a estruturação de tal Poder e prossegue, ora com a tentativa eleitoral de assumi-lo, ora com o acompanhamento crítico do respectivo desempenho. Logo, enquanto houver governo da *pólis* haverá partido político (tirante as hipóteses do mais radical holocausto da própria Democracia). O que já significa, no plano das ações diretas de inconstitucionalidade, uma habilitação processual cujo núcleo deontico se mantém logicamente aberto. **Não aberto no sentido negativo de que não se exige o requisito da pertinência temática sempre que a autoria do feito couber a organização político-partidária. Mas aberto no sentido positivo de que tal pertinência já existe por antecipação.** Já se presume, então, como corolário do regime jurídico-constitucional de todo partido político brasileiro com representação no Congresso Nacional. É repetir: pertinência material adrede assegurada por essa filha unigênita do Poder Constituinte, que é a Lei Maior de 1988, ao fazer das instituições político-partidárias pessoas jurídicas de permanente vitalização do pluralismo político. Entendido o pluralismo político, já do ângulo dos cidadãos, como o direito de se organizarem em pessoas jurídico-eleitorais diferenciadas para conceber por um modo peculiar o Governo da *pólis*. Com seus naturais



Cta nº 1.407/DF.

7

desdobramentos quanto à forma de investidura e sua duração, exercício e acompanhamento crítico desse Poder de abrangência territorial e pessoal máxima. Logo, e em última análise, direito à convivência político-ideológica dos contrários, que é um dos mais visíveis conteúdos da Democracia” (pp. 3 e 4).

14. Dou seqüência ao raciocínio para aditar que, a essa função de sujeito processual ativo que é ínsita aos partidos políticos, a Constituição ajuntou a de **intermediário** entre o corpo de eleitores de uma dada circunscrição e todo e qualquer candidato a cargo de representação popular. O partido enquanto necessária ponte. Elo imprescindível na corrente que vai do eleitor ao eleito. É como está no inciso V do § 3º do art. 14, que torna “a filiação partidária” uma das explícitas “condições de elegibilidade, na forma da lei”.

15. Ora bem, a essa obrigatoriedade de filiação partidária só pode corresponder à proibição de candidatura avulsa. *Candidatura zumbi* ou exclusivamente pessoal, **pois a intercalação partidária se faz em caráter absoluto ou sem a menor exceção**. O que revela a inserção dos partidos políticos na compostura e no funcionamento do sistema representativo, na medida em que somente eles é que podem selecionar e emprestar suas legendas para todo e qualquer candidato a posto político-eletivo. **Candidatos deles**, partidos (devido a que ninguém em particular é candidato de si mesmo), para o que a Constituição lhes concede o direito subjetivo de “autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária” (§ 1º do art. 17). Autonomia que é reforçada com a regra impeditiva da edição de medidas provisórias sobre partidos políticos (alínea a do inciso I do § 1º do art. 62) e com o desfrute do direito subjetivo “a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei” (§ 2º). Tendo por contrapartida o dever de “prestação de contas à Justiça Eleitoral” e a

Cta nº 1.407/DF.

8

“proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes” (aqui, inciso II do art. 17, e, ali, inciso III desse mesmo artigo).

16. Dizendo as coisas por modo reverso, **ninguém chega ao poder estatal de caráter eletivo-popular sem a formal participação de uma dada agremiação política. O que traduz a formação de um vínculo necessário entre os partidos políticos e o nosso regime representativo**, a ponto de se poder afirmar que esse regime é antes de tudo partidário. Por isso que se fala, em todo o mundo ocidental civilizado, de *democracia partidária*, como ressay dos escritos de Norberto Bobbio e Maurice Duverger. Este último, por sinal, apropriadamente lembrado no magistral voto que exarou o ministro César Ásfor Rocha nos autos da referida consulta (a nº 1.398-DF). Voto assim parcialmente redigido:

“É da maior relevância assinalar que os Partidos Políticos têm no Brasil *status* de entidade constitucional (art. 17 da CF), de forma que se pode falar, rememorando a lição de Maurice Duverger (*As Modernas Tecnodemocracias*, tradução de Natanael Caixeiro, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978), que as modernas democracias de certa forma secundarizam, em benefício dos Partidos Políticos, a participação popular direta; na verdade, ainda segundo esse autor, os Partidos Políticos adquiriram a qualidade de autênticos protagonistas da democracia representativa, não se encontrando, no mundo ocidental, nenhum sistema político que prescindia da sua intermediação, sendo excepcional e mesmo até exótica a candidatura individual a cargo eletivo fora do abrigo de um Partido Político” (p. 3).

17. Com efeito, a **âmbiência normativo-constitucional aqui retratada nos autoriza a inferir que:**

I - se o regime representativo brasileiro decola da regra constitucional de que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (...)” (parágrafo único do art. 1º da Constituição), esse poder que tem no povo a sua única fonte é o de natureza, justamente, político-representativa; isto é, poder de se investir, após

candidatura partidária vitoriosa, nos postos de comando político do nosso País, mediante os quais se constitui e se exercita a democracia indireta ou representativa (por oposição à democracia direta ou participativa, enunciada pela parte final desse mesmo parágrafo único do art. 1º e também pelo art. 14, *caput*, da Constituição);

II – se a soberania popular é o primeiro dos “fundamentos” da República Federativa do Brasil (inciso I do art. 1º), e se tal soberania é a que se exerce “pelo sufrágio universal e, pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (parte introdutória do art. 14), **nada disso é operacionalizado senão pela sobredita intermediação partidária.** Vale dizer, o esquema ou o arranjo político-partidário nacional é **via de obrigatório trânsito pelos exercentes da soberania popular para se chegar até aos candidatos eleitos.** Soberania popular, partidos políticos e candidatos eleitos a se atraírem magneticamente ou no curso de uma necessária relação “de implicação e polaridade”, como dizia Miguel Reale para caracterizar as relações de complementaridade ou de mútua causalidade. Aqui, nos autos desta consulta, relação trina de causa e efeito.

18. Tal caminhar entrelaçado com a soberania popular e candidatos é explicativo, a seu turno, do “caráter nacional” dos partidos políticos e da liberdade de sua “criação, fusão, incorporação e extinção (...)”, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana (...) e “vedada a utilização de organização paramilitar” (*caput* e inciso I do art. 17 da nossa *Lei Fundamental*, combinadamente com o § 4º desse artigo). É que todo grêmio partidário se define como segmento, facção, parte, corrente, enfim, de convicção público-ideológica ou de filosofia política. Centro subjetivado de opiniões convergentes quanto ao modo de conceber,

e praticar o governo da *pólis* brasileira, esse caracterizado espaço de irrupção contínua das relações entre os nossos governantes e governados<sup>3</sup>. Por conseguinte, a cada partido é franqueado atuar em todas as circunscrições eleitorais brasileiras para divulgar uma otimizada fórmula de engendrar e operacionalizar o governo do nosso País, e, assim, arregimentar simpatizantes, associados e candidatos. Estou a dizer: cada partido político é predisposto a laborar no campo da qualificação informativa dos eleitores-soberanos, nesse plano da filosofia de governo ou “pluralismo político”, **para a formação de blocos de eleitos com perfil ideológico definido**. Fórmula racional de se fazer política, pelo antecipado conhecimento das linhas de atuação de governo e de oposição, com as respectivas cobranças de fidelidade programático-partidária e de campanha eleitoral (daí a parte final do § 1º do art. 17, sobre a consignação, em estatuto, de “normas de disciplina e fidelidade partidária”). Signo de uma autenticidade representativa e de uma lealdade que têm tudo a ver com legitimação para o desempenho dos cargos públicos e superior qualidade de vida política para o Brasil.

19. Já em termos rigorosamente objetivos ou de ideação programática, a encarecida intercalação partidária atua no próprio interior dos fundamentos da República Federativa do Brasil (incisos de I a V do art. 1º da Constituição). É que o primeiro desses fundamentos, que é a soberania popular, chega por modo facilitado ao último deles, que é o pluralismo político, por-obra e graça-de-uma-sistemática divulgação dos conteúdos programáticos ou doutrinários de cada partido. Visto que todo partido político intenta alcançar o Poder pela captação do voto popular, é certo, porém precedida de uma vis-à-trativa que se faz pela divulgação de determinadas idéias quanto ao melhor modo de se estruturar e funcionalizar o governo da pólis. Idéias-força, em verdade, na acepção de que superadoras de uma opinião apenas esporádica, anódina, fragmentária.

<sup>3</sup> Sobre o conceito de *pólis*, ver “Dicionário de Política”, da autoria conjunta de Norberto Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino, Editora Universidade de Brasília, 2ª edição.

Cta nº 1.407/DF.

11

Quero dizer: idéias-força que se qualificam pela sua mais elaborada consistência mental e pelo seu professar por um número de adeptos já constitutivos de verdadeiro grupo ou corrente ideológica. Por isso que titular (tal grupamento social orgânico) “do direito de influir, na proporção de sua força, no governo do país” (Gilberto Amado, referido às fls. 15 do mencionado voto do ministro Cezar Peluso, a propósito do sistema proporcional de eleição).

20. As coisas se encaixam. É que a pré-falada dimensão institucional ou altruística dos partidos políticos advém, inicialmente, do lógico imbricamento de todos eles com o “pluralismo político”. Isto por ser o pluralismo político o princípio fundamental que, para ser colocado em prática por modo sistemático, organizado, racional, passa pelos aparatos personativos que são, justamente, os partidos políticos. Donde o princípio constitucional do “pluripartidarismo” (*caput* do art. 17 da Constituição) como densificação daquele específico fundamento, a ponto de se poder ajuizar que **o pluripartidarismo existe porque o pluralismo político existe**. Este último a ser concentrada e incessantemente servido por aquele, visto que uma das razões do constitucional acesso gratuito dos partidos a rádio e televisão (§ 3º do art. 17) é lhes possibilitar, inicialmente, propaganda institucional junto ao público em geral. Depois é que eles, partidos políticos, sobretudo valendo-se de recursos do fundo partidário e de um desonerado acesso à mídia radiodifusora sonora e de sons e imagens, se põem a trabalhar *a quatro mãos* com cada-qual dos seus candidatos; e já numa fase pós-eleitoral, perfilam-se ao lado da sua bancada de eleitos e respectivas lideranças (“lideranças partidárias”, disse a Constituição, para encarecer a necessidade da organizada presença dos partidos já no âmbito de cada uma das Casas do Congresso Nacional).

21. Outra causa da dimensão institucional dos partidos políticos, percebe-se, reside na citada intermediação de caráter subjetivo; ou seja, os partidos e suas eventuais coligações a se colocar de permeio entre os eleitores e os candidatos à ocupação de cargo de provimento

Cta nº 1.407/DF.

12

eletivo. Permeio ou intercalação que se materializa pela assunção de condutas deste *naípe*, **assumidas indistintamente para a disputa de cargos sob o sistema proporcional ou sob o princípio majoritário de eleição**: filiação partidária; escolha dos candidatos em convenção; registro das candidaturas em unidade da Justiça Eleitoral; identificação dos concorrentes pela legenda do partido; celebração de alianças; financiamento da campanha com recursos do fundo partidário; utilização dos espaços de rádio e de televisão para o fim de propaganda individual; endosso ou aval ético-ideológico-profissional de cada candidato assim partidariamente disputante da preferência do eleitorado, pois se candidatar por um partido ou coligação **é deles receber uma espécie de atestado de bons antecedentes, pureza de propósitos, apego a regras de disciplina e lealdade associativa, sólido compromisso com idéias** (o perfil ideológico de cada candidato se conhece é pelo perfil ideológico do seu partido). Idéias constitutivas de uma doutrina que se acalenta como verdadeira razão de viver, a tornar impensável o seu arbitrário ou desmotivado abandono após *a unção pelas urnas*. Tão impensável esse abandono por eles, candidatos já eleitos, quanto pelos partidos mesmos; que não podem desertar nem do seu ideário nem da cobrança de fidelidade por parte daqueles a quem ajudaram eleger. Afinal, avalista é assim mesmo: tem que velar pelo adimplemento dos compromissos assumidos pela pessoa-a-que-m-somente-avalizou-por-lhe-parecer-digna-de-confiança:

22. Numa primeira síntese, é em virtude de toda essa laboriosa engenharia constitucional que se busca tonificar o pluralismo político e assim elevar os padrões da representatividade popular em nosso País. Os partidos políticos a ocupar uma posição de nítida liderança no processo político-eletivo, desde a filiação à escolha dos candidatos em convenção, para desaguar na fiscalização dos eleitos e no co-desempenho dos cargos assim eletivamente conquistados. Espécie de ímã e de bússola para simpatizantes, filiados, candidatos, eleitores e eleitos. Logo, cada agremiação encarnando o civilizado apogeu da institucionalidade, do

coletivo, do estatutário e do programático, a patentear o reconhecimento da posição de centralidade constitucional de todos eles, grêmios partidários. **Seja qual for o cargo eleitoralmente disputado e obtido. Seja qual for o “sistema” ou o “princípio” eleitoral de votação** (na linguagem da Constituição, “sistema proporcional” e “princípio majoritário”, o primeiro a figurar no art. 45, e, o segundo, no art. 46).

23. Passo, agora, à indicação de mais uma função constitucional-partidária. A de intercalação, acabamos de ver, é a que se dá no curso de um determinado período eleitoral. Momento que antecede ao exercício desse ou daquele cargo de investidura eletiva. Já a de natureza processual, é a que transcorre em fase posterior à eleição e no pressuposto da vitória de pelo menos um representante partidário (explicado que somente partido político com representação no Congresso Nacional é que pode impetrar mandado de segurança coletivo e propor ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental). Mesmo pressuposto, aliás, da terceira função agora apontada: **a do “funcionamento parlamentar de acordo com a lei”** (inciso IV do art. 17, negritos à parte). Corresponde a dizer: trata-se de uma terceira função, posterior ao momento eleitoral e que também é desempenhada a partir de pelo menos um deputado ou senador eleito. Os partidos a deter o direito de acompanhar e até de coordenar o desempenho dos seus representantes, para o que escolhem seus líderes (referidos no art. 140) e ficam autorizados a celebrar acordos para a formação de blocos (§ 1º do art. 58). De parilha com o uso das competências que a Magna Carta de logo lhes conferiu: propor a abertura de processo de perda de mandato (§§ 2º e 3º do art. 55), requerer a sustação do andamento de ações penais da competência originária do Supremo Tribunal Federal (§ 3º do art. 53), participar, proporcionalmente às respectivas bancadas, tanto da constituição das Mesas legislativas quanto das comissões parlamentares,

Cta nº 1.407/DF.

14

inclusive durante o recesso de todo o Poder Legislativo (§§ 1º e 3º do art. 58).

24. É o clímax da mencionada relação tripartite de interesses e valores (partido-eleitor-candidato), já agora transposta para a atuação parlamentar de quantos conseguirem êxito na final apuração dos votos populares. Atuação parlamentar que também se projeta sobre os exercentes do Poder Executivo e o funcionamento de toda a Administração Pública (direta e indireta), seja para manifestar apoio, seja para vocalizar contestação. É que ao Poder Legislativo tanto cabe legislar – o que faz, o mais das vezes, com a participação do Chefe do Poder Executivo (art. 48 da Constituição) – como “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas” os atos desse mesmo Poder Executivo, “incluídos os da administração indireta” (inciso X do artigo constitucional de nº 49, ao lado de outras competências e atribuições de efeitos concretos).

25. É o quadro normativo que me basta para fazer as seguintes e decisivas perguntas, na linha da presente consulta: uma eventual e desmotivada desfiliação partidária, ora por desistência pura e simples de se permanecer associado, ora por transferência para uma outra unidade partidária, é opção que implica auto-desqualificação para a titularidade do cargo? Sabido que mandato é representação? Não apresentação? Um agir em nome de outrem, que, no caso, tanto é o povo quanto o partido sob cuja legenda se deu a eleição? Não apenas um ou outro, alternativamente, mas um e outro simultaneamente? Por todo o tempo de duração do mandato, então?

26. Recolocando as perguntas, a partir da primeira hipótese, que é a de desligamento puro e simples do partido: Pode o eleito, em tal conjectura, mutilar o mandato e torná-lo um instrumento de representação pela metade? O até então representante do partido a fazer o representado decair dessa condição e unilateralmente dizer que, doravante, só lhe interessa representar diretamente o povo? Inaugurando, por essa forma voluntarista, um relacionamento político não mais institucional, não



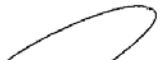
Cta nº 1.407/DF.

15

mais programático, não mais estatutário? *Livre, leve e solto* para somente ao povo dar satisfações quanto ao seu modo de atuar e respectivas motivações? Alterando, por conseguinte, em pleno desenrolar do jogo político-partidário, as respectivas regras e a própria configuração ideológica do voto popular?

27. Já na pressuposição de mudança de partido “transfugismo”, para Victor Nunes Leal), pergunto: é dado ao representante passar a representar uma entidade sob cuja bandeira ideológica deixou de hastejar perante o povo, quando em campanha pela captação do voto? Bandeira ideológica muitas vezes criticada como encarnação do próprio mal, nas *refregas* em que se dá toda campanha eleitoral? Um novo partido por cuja convenção o trânsfuga não foi indicado nem sob cuja legenda obteve registro eleitoral como candidato? Partido que não investiu em sua pessoal eleição e ao lado do qual não se apresentou como detentor de uma história de pensamento e luta em comum? Partido que para crescer quantitativamente em sua representação impõe ao do eleito em debandada um correspondente desfalque? Alimentando-se da esqualidez do outro, de maneira a alterar o próprio resultado eleitoral-partidário das urnas? Forcejando, também aqui, por inverter um quadro ideologicamente definido *nas pranchetas* do voto popular?

29. **Minha resposta é rotundamente negativa.** O dever de não desocupar a cadeira em que se foi eleitoralmente assentado é a primeira das condições de leal exercício de um mandato que não é senão uma binária representação (é a Constituição que fala assim, com todas as letras, conforme vimos da citação do parágrafo único do art. 1º e da mencionada alínea a do inciso LXX do art. 5º, combinadamente com os §§ 2º e 3º do art. 55, mais o inciso VIII do art. 103). O eleito a compor com o seu partido e com o povo **uma relação jurídica de inerência com o regime representativo brasileiro.** Relação tricotômica de que inicialmente participou quando ainda candidato, de sorte a já não poder desunir o que a Constituição uniu. Como na liturgia católica do casamento.



30. Esta nossa conclusão ganha em robustez se voltarmos à afirmativa de ser o partido político, antes de tudo, uma pessoa jurídica do tipo associativo. Como tal, a ele se aplica a regra de que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” (inciso XX do art. 5º). Do que decorre a licitude da desvinculação partidária, seja qual for a base de sua motivação. Sem que isto signifique, entretanto, prosseguir no exercício do mandato popular, que a tanto se opõe o sistema de comandos constitucionais em torno de um regime representativo que é eminentemente partidário, conforme visto. Até porque mandato é representação e representação é função. Quer dizer, “existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las” (Celso Antônio Bandeira de Mello, em “Curso de Direito Administrativo”, 23ª edição, Malheiros Editores, p. 68, agosto de 2007). Donde a serena dedução de que, **ao se demitir do dever de servir ao partido pelo qual foi eleito, o demissionário incide em renúncia tácita de mandato.** Renúncia lógica. Renúncia auto-evidente, porque a relação tripartite dos interesses, compromissos e valores que permeiam a disputa e o exercício do mandato popular é tão elementarmente expressão do regime representativo que não pode ser rompida assim discricionariamente, assim unilateralmente, assim caprichosamente pelo mandatário popular e partidário. De acordo, aliás, com recente e majoritária decisão que o Supremo Tribunal Federal exarou nos mandados de segurança nºs. 26.602, 26.603 e 26.604, sessões plenárias dos dias 3 e 4 do fluente mês de outubro).

31. Foi precisamente no curso desse histórico julgamento plenário que perguntei e em sequência respondi:

“(…) dentre esses direitos que o ex-filiado *já não leva pra casa*, já não carrega a tiracolo como se fosse a própria roupa do corpo ou uma bolsa de moedas, está o mandato parlamentar?”

“Uma primeira resposta: se considerarmos que o mandato foi obtido em virtude de um obrigatório vínculo jurídico-partidário, a

desfiliação não pode deixar de implicar uma perda do mandato. Perda, não como castigo ou sanção, visto que nenhum ato ilícito foi praticado. Porém como expressão de renúncia tácita. *Um abrir mão* da continuidade do exercício do mandato. Como sucederia com quem deixasse a condição de sócio de qualquer outra entidade da espécie associativa, ainda que estivesse a exercer cargo de direção. O apeiamento de ambas as condições seria automático”.

### 32. Na mesma oportunidade, ajuntei:

“Sucede que essa voluntária desfiliação, quando inteiramente discricionária ou sem nenhuma outra justificativa que não seja o puro querer subjetivo do até então associado, é uma opção que tem suas conseqüências. As conseqüências lógicas da escusa de deveres e do exercício de direitos que tenham a sua única razão de ser na permanência mesma da filiação. Estou a dizer: a desfiliação é ato voluntário que, uma vez formalizado, aparta o desfiliado do grêmio a que pertencia. *Corta-lhe o cordão umbilical* partidário. Deixando ele, ex-associado, de cumprir os deveres e exercer os direitos que eram próprios da filiação.

“Esse *bater em retirada*, emanação direta de uma constitucional autonomia de vontade, é direito potestativo que opera pelo automático desligamento partidário do parlamentar. O desligamento em si como o próprio objeto do direito subjetivo. Mas de sorte a reinvestir o partido, também por modo automático, na inteireza da sua composição numérico-parlamentar. Na integridade de sua bancada, tal como ressaída, com toda legitimidade, *da pia batismal* do voto popular. Recomposição que se dá pela convocação de quem já diplomado como primeiro suplente do partido ou coligação, conforme o caso. Pois somente assim é que se restaura a pureza de uma relação de direito que tanto faz o candidato depender do partido, no período de registro eleitoral e votação popular, quanto o partido depender do candidato já eleito, na subsequente fase de atuação parlamentar de um e de outro. Despontando claro o raciocínio de que progressivamente abandonado pelos seus eleitos, **o partido se expõe ao risco mortal de zerar seus representantes legislativos e aí já não ter como exercitar o seu direito subjetivo a um funcionamento parlamentar.** Nem perante o Parlamento mesmo, nem perante o Poder Judiciário, para o manejo das conhecidas ações de controle concentrado de

constitucionalidade (ADIN's, ADC's, ADPF's)<sup>4</sup>. E se falo do parlamentar como representante do partido - e não somente do povo -, é porque a Magna Lei assim o diz, com todas as letras, nos §§ 2º e 3º do art. 55, tanto quanto no inciso VIII do art. 103.

“Acresce que o § 1º. do mesmo art. 17 da Lei Fundamental remete para os estatutos de cada grêmio político as “normas de disciplina e fidelidade partidária”. Isto, naturalmente, em prol do partido e em desfavor do filiado. *Saltando aos olhos* que a infidelidade máxima é alguém abandonar o partido após a investidura no mandato parlamentar. Daí a exegese da presunção de renúncia ao respectivo exercício, somente incabível se na própria Constituição Federal se preservasse, às expressas, a manutenção naquela investidura. Como fez – isto sim – com as hipóteses de que trata o art. 56, todas elas no pressuposto do não-cometimento de infração (sabido que as normas veiculadas pelos incisos de I a VI do art. 55 pressupõem ilicitude de conduta parlamentar, que não é o caso dos autos)”.

33. É neste fluxo de idéias que vocalizo uma segunda síntese: todas as três comentadas funções (a processual, a de intermediação e a parlamentar) confirmam o regime da mais entranhada inserção dos partidos políticos no espectro constitucional do sistema representativo brasileiro. Sistema, então, que adiciona um ingrediente partidário à soberania do voto popular e ao poder-dever da representação que assiste a todo e qualquer detentor de mandato eletivo. Repito: **sistema que adiciona um ingrediente partidário à soberania do voto popular e ao poder-dever da representação que assiste a todo e qualquer detentor de mandato eletivo.**

34. Tal ingrediente partidário não desconfirma que todo o poder emana do povo, que se faz representar por aqueles a quem elegeu (parágrafo único do art. 1º da Constituição). Mas implica o reconhecimento de que: a) a soberania do voto popular é exercitada para sufragar candidatos partidários, e não candidatos avulsos; b) os candidatos partidários, eventualmente eleitos, se investem em cargos de representação

<sup>4</sup> Constituição Federal de 1988, art. 103: “Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: VIII - partido político com representação no Congresso Nacional”. Lei nº. 9.882/99, art. 2º: “Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”. Inclua-se, aqui, a propositura do mandado de segurança coletivo, que, já dissemos, antessupõe representação partidária no Congresso Nacional (alínea a do inciso LXX da Constituição Federal).

binariamente popular e partidária mesma. Por conseguinte, o eleitor-soberano vota no candidato e no seu partido (isoladamente, ou em coligação, conforme repetidamente anotado), **para instaurar uma futura relação de representação que permaneça tridimensional**; quer dizer, o mandato que se ganhou por modo popular e partidário é de ser exercido como expressão de uma representatividade igualmente popular e partidária. Com o que se atende ao próprio conceito de soberania como o grau máximo do poder político (soberania vem de *super omnia*, a significar o que está acima de tudo e acima de todos).

35. É assim com a participação orgânica ou sinérgica das agremiações partidárias que a soberania popular brasileira decide, eleitoralmente, a cada quatro anos (tempo de uma legislatura e do mandato das chefias executivas, segundo o parágrafo único do art. 44 e o art. 82 da Constituição) – decide a cada quatro anos, dizíamos, **sob cujo esquadro político ideológico o País vai viver**. Esquadro que se impõe aos Poderes eminentemente políticos da nossa República Federativa, que são os chefes do Poder Executivo e os parlamentares em geral; seja porque os primeiros se constituem nas figuras centrais de todo processo eleitoral e, depois, da vida institucional de cada unidade federativa (monopolizadores que são da iniciativa das leis orçamentárias e dirigentes supremos de toda a Administração Pública, esse focado espaço das políticas públicas, atividades e serviços de que fundamentalmente depende a qualidade de vida da população), seja porque todos eles, chefes do Poder Executivo e conjunto dos parlamentares, exercitam um grande rol de competências que só podem ser validamente tocadas se em regime de atuação concertada. Esquadro, enfim, que, a toda evidência, não é de ser conspurcado e muito menos revogado a golpes de um tão arbitrário quanto unilateral e provinciano decisionismo.

36. Não que se ignore a forma dual de se estar num partido durante o processo eleitoral: a forma proporcional e a majoritária. Não que se desconheça o fato de que a Constituição mesma fez dos deputados

Cta nº 1.407/DF.

20

federais uma instância de representantes do povo (art. 45), enquanto o senado foi normado como instância de representação dos Estados e do Distrito Federal (art. 46). Mas tudo isso tem que ser interpretado em harmonia com, pelo menos, três anteriores e fundamentais comandos: a) o povo é a fonte de todo o poder governamental, exercendo tal poder por meio de **representantes eleitos** (todos, sem exceção, conforme o parágrafo único do art. 1º); b) a primeira forma de exercício da soberania popular está no sufrágio universal e no voto direto e secreto (art. 14, *caput*); c) a filiação partidária é condição *sine qua non* de elegibilidade (toda elegibilidade política, insista-se, a teor do inciso V do § 3º do art. 14).

37. Com efeito, é preciso conciliar as respectivas interpretações, a partir de uma preponderância que somente cabe àqueles três anteriores e fundamentais comandos constitucionais. Onde a imperiosa compreensão de que, ao falar dos deputados federais como representantes do povo ("A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal"), **a nossa Lei Maior não recusou ao Presidente da República e aos senadores a condição de legítimos detentores de uma representação popular** (isto seria uma grosseira negação ao parágrafo único do art. 1º e à parte inicial da cabeça do art. 14). Ela falou do povo, é certo, porém como categoria **demográfica**. Não em sentido propriamente político ou como instância de poder soberano.

38. Na matéria, o que a nossa Lei Fundamental ordenou foi o seguinte: a) o número dos deputados federais a eleger em cada qual das três unidades da Federação (Estado, Território e Distrito Federal) é **proporcional à respectiva população** (mesma proporcionalidade populacional que se lê no inciso IV do art. 29, a respeito do número de vereadores por Município); b) o sistema de votação de tais parlamentares é **o proporcional**, na acepção de que operante pela conjugação de dois

quocientes: um quociente eleitoral e um quociente partidário (tal como densificados pelos arts. 106, 107 e 108 do Código Eleitoral brasileiro<sup>5</sup>).

39. Já no tocante à redação do art. 46 ("O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário"), com seu § 1º ("Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três senadores, com mandato de oito anos"), cuida-se de dispositivos que encerram dois núcleos semânticos. O segundo, consubstanciado na regra de que o número de senadores é igual para o Distrito Federal e os Estados-membros, independentemente do tamanho das respectivas populações (critério por unidade federativa, portanto, e não por quantitativo populacional). O primeiro núcleo deontológico, a seu turno, consubstanciador de um sistema de votação que *secundariza* o coletivo partidário em favor do desempenho individual dos candidatos. Noutros termos, por esse princípio de votação é considerado eleito quem obtém, pessoalmente, a maioria dos votos válidos apurados. Logo, princípio que não conduz à disputa entre partidos ou coligações, uns perante os outros, (coletivamente, então), mas entre os próprios candidatos em sua concreta individualidade. Cidadãos contra cidadãos, conforme acentuei no voto que emiti por ocasião do julgamento daqueles referidos mandados de segurança, no STF.

40. É o mesmo princípio que timbra a eleição para o cargo de Presidente da República (§.2º do art. 77 da Constituição), que também não foi topicamente referido como representante do povo. Nem do povo nem de nenhuma das pessoas políticas de natureza federada. Não se podendo, aqui, negar o óbvio: nesse tipo de competição federal *homem-a-homem*, candidato *versus* candidato; o prestígio individual tende a suplantar o partidário. A luta que se trava envolve pessoas já mais avançadas em

<sup>5</sup> Eis os textos: "Art. 106. Determina-se o quociente eleitoral dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral, desprezada a fração se igual ou inferior a meio, equivalente a um se superior". "Art. 107. Determina-se para cada partido ou coligação o quociente partidário, dividindo-se pelo quociente eleitoral o número de votos válidos dados sobre a mesma legenda ou coligação de legendas, desprezada a fração". "Art. 108. Estarão eleitos tantos candidatos registrados por um partido ou coligação quantos o respectivo quociente partidário indicar, na ordem da votação nominal que cada um tenha recebido".

idade cronológica (mínimo de 35 anos) e, portanto, com maior possibilidade de afirmação profissional e ideológica. Pessoas de um mais disseminado conhecimento junto ao corpo de eleitores. Mas essa dependência eleitoral menor do partido não se confunde com independência. Não significa *desideologia* partidária ou coligacional. *Desrepresentação* em toda a linha, do povo ao partido. Liberdade para se metamorfosear em ave de arribação, pouco importando se faz inverno ou verão. Seria um salto interpretativo chapadamente acrobático, entendo, sem nenhuma rede de proteção constitucional. Um atentado ao método ou processo de interpretação sistemática da Constituição, quando se sabe que toda interpretação jurídica, "ou é sistemática ou não é interpretação" (Juarez Freitas, citado, ainda uma vez, pelo Ministro Cezar Peluso (p. 29).

41. Sem prejuízo destas proposições, e atento à diretriz hermenêutica de que a Constituição não tem palavras inúteis, admito que o art. 46 faz da Câmara dos Deputados Federais uma instituição preponderantemente republicana, como faz do Senado Federal uma instituição marcadamente federativa. Mas sem que isto signifique negar à Câmara o desempenho de misteres federativos, nem ao Senado o desempenho de misteres republicanos. Até porque deputados federais e senadores são membros de um Congresso Nacional que desempenha multitudinárias funções que ora têm na forma republicana de governo a sua base de inspiração e balizamento, ora têm na forma federativa de Estado a sua justificativa e limites.

42. Nesse ritmo argumentativo, e já me encaminhando para o fecho deste voto, tenho que todos os exercentes de mandato eletivo federal (com seus equivalentes nas pessoas federadas periféricas) estão vinculados a um modelo de regime representativo que faz do povo e dos partidos políticos uma fonte de legitimação eleitoral e um *locus* de embocadura funcional. Tudo geminadamente, como verdadeiros irmãos siameses. Donde o instituto da representatividade binária, incompatível com



Cta nº 1.407/DF.

23

a tese da titularidade do mandato como um patrimônio individual ou propriedade particular.

43. Respondo, pois, afirmativamente à consulta que nos é dirigida, para assentar que uma arbitrária desfiliação partidária implica desqualificação para se permanecer à *testa* do cargo político-eletivo. Desqualificação que é determinante da vaga na respectiva cadeira, a ser, então, reivindicada pelo partido político abandonado. É a única resposta que me parece rimada com a Constituição, toante e consoantemente, conforme procurei demonstrar. Convicto de que é no devocional respeito a ela, Constituição, que se propicia à sociedade o máximo de segurança jurídica. Afinal, só a Constituição governa quem governa. Governa permanentemente quem governa temporariamente.

44. É como voto, permitindo-me lembrar postura hermenêutica entusiasticamente recomendada pelo imortal Geraldo Ataliba: não se pode interpretar a Constituição como se ela fosse uma fortaleza de paredes indestrutíveis em torno dos mais excelsos valores, porém fechada com portas de papelão.

#### VOTO

O SENHOR MINISTRO JOSÉ DELGADO: Senhor Presidente, após um voto com a categoria deste que a Corte acaba de ouvir, o silêncio seria a melhor forma de prestar uma homenagem à cultura jurídica do eminente ministro Carlos Ayres Britto. Mas não posso deixar até em homenagem a toda a fortaleza de fundamento que aqui foi posta, de tecer sucintas considerações, reafirmando posicionamento já aqui assumido, quando esta Corte respondeu a consulta anterior, referente às eleições proporcionais. E vou fazê-lo em forma de enunciados para sintetizar o meu pensamento, que segue a linha tão bem exposta aqui pelo

ministro Carlos Ayres Britto, repete alguns dos fundamentos já expostos, mas traz também outras mensagens.

1. Primeiramente, afirmo que a fidelidade partidária é indispensável ao fortalecimento das instituições políticas. É tão necessária que o artigo 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal, exige, como condição absoluta de elegibilidade, que o candidato esteja filiado a um partido. Todos nós sabemos que não há palavras inúteis na Constituição e que de todas as suas mensagens conseqüências são geradas.

2. A valorização do candidato em detrimento do partido tem propiciado situação que facilita a migração partidária, muitas vezes com finalidade meramente eleitoral ou pessoal, em face da ausência de compromisso com os programas partidários. Esse proceder não está autorizado nem explicitamente nem implicitamente pela Constituição Federal; esse proceder se choca frontalmente com os postulados e princípios que a Constituição cria como sistema político.

3. No instante em que há liberdade de organização partidária, a fidelidade partidária é uma necessidade de natureza absoluta, que gera conseqüências de rompimento imediato.

4. É indiscutível a tese de se fortalecer a fidelidade partidária para os candidatos dos cargos do Poder Executivo e do Legislativo, sob pena de o sistema ficar com uma função horizontal para as eleições proporcionais e outra vertical, com efeitos em desarmonia com a Constituição Federal, para as eleições partidárias.

5. O eleito, conseqüentemente, passa a ser obrigatoriamente um representante do partido a que está filiado. No instante em que quebra a fidelidade prometida ao partido, renunciando está à condição de representá-lo no Executivo e/ou no Legislativo, perdendo o direito subjetivo de exercer o cargo ocupado, o qual foi adquirido com toda a vinculação ao partido. Sem essa vinculação, nunca teria chegado ao cargo que está ocupando.

6. Não se pode afastar, também, a vinculação direta do candidato, tanto nas eleições majoritárias como nas proporcionais, aos

ideais defendidos pelo partido. Tanto assim é que, durante a campanha, as bandeiras do partido – tanto no sentido literal, como no sentido figurado – representam a plataforma partidária.

A Constituição Federal de 1988 consagra, de modo implícito, o instituto da fidelidade partidária nas mensagens dos artigos 14 e 17.

O primeiro, ao dispor sobre as condições de elegibilidade, com maior destaque para o § 3º, que determina, no seu inciso V, a filiação partidária como uma das exigências para o cidadão postular uma candidatura a qualquer cargo eletivo.

O Capítulo V, que trata dos partidos políticos, estabelece no artigo 17 que:

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I – caráter nacional;

II – proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III – prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV – funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

§ 2º Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

[...]

Assim, os partidos farão imperar todas as normas por eles aprovadas e, especialmente, a norma de fidelidade partidária.

7. Ao determinar que os estatutos partidários incorporem normas de fidelidade e disciplina partidárias, a Constituição está outorgando aos partidos ampla margem de autonomia para que regulem os institutos e suas normas organizacionais e programáticas, com maior ou menor rigor,

bem como reivindicuem para si as vagas ocupadas no Executivo e no Legislativo quando os candidatos que por eles foram eleitos – em eleição que se deu segundo seus objetivos e programas estabelecidos – abandonarem a vinculação assumida.

8. Para se candidatar, o cidadão deve ser obrigatoriamente filiado a um partido político cuja disciplina deverá orientar seu desempenho parlamentar até mesmo depois de eleito. Portanto, pressuposto indispensável para a candidatura – e, por conseguinte, para a aquisição e exercício do mandato eletivo –, a filiação partidária exigida pela Constituição é fator determinante da fidelidade partidária, no sentido de exigir obediência às normas doutrinárias e programáticas, e as diretrizes estabelecidas pelos órgãos de direção dos partidos, nos termos do seu estatuto.

9. O conceito de fidelidade partidária não pode dissociar-se do conceito de democracia. Para que a democracia brasileira prospere, é desejado proteção ao sistema de fidelidade partidária, com as conseqüências geradas quando quebrada, tendo acesso aos cargos do Legislativo ou do Executivo.

Porém o instituto da fidelidade partidária deve colocar na balança dois valores cruciais: o partido e o indivíduo. Esses valores o eminente ministro Carlos Ayres Britto bem realçou em seu voto. Esta deve ser a linha limítrofe da nova regulamentação: interesse do partido levado ao extremo tende ao totalitarismo; por outro lado, o livre arbítrio do eleito leva ao desrespeito profundo para com o eleitor.

A fidelidade partidária almejada deve buscar o equilíbrio entre os dois valores sem acarretar prejuízos ao sistema democrático; pelo contrário, aperfeiçoando-o, levando ao cúmulo os postulados do Estado de Direito.

Em razão disso, a mudança de partido por quem ocupa cargo eletivo gera perda do mandato, por descumprir aquilo que venho

Cta nº 1.407/DF.

27

sempre chamando de “negócio jurídico eleitoral”. Em conseqüência, os partidos e coligações tinham o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral majoritário quando havia pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito ou do partido para outra legenda. Esta conseqüência é decorrente das obrigações que o candidato assumiu com o partido e com o seu eleitor, tudo a bem do espaço para a sua eleição.

Então, Senhor Presidente, com meus renovados louvores ao voto do eminente relator, acompanho-o integralmente.

### VOTO

O SENHOR MINISTRO ARI PARGENDLER: Senhor Presidente, entendo que constitui um pressuposto do nosso sistema constitucional que o eleito exerça seu mandato no partido que o elegeu. A Constituição, embora discipline detalhadamente a existência dos partidos políticos, não cogitou dessa especial circunstância da migração de um partido para o outro porque repugna à idéia do sistema vigente essa possibilidade.

O fato só vem a julgamento neste Tribunal em função do cenário que se manifestou nos últimos anos, com uma desenfreada fuga de partidos por parte dos eleitos e por motivos completamente arbitrários. Estamos tratando aqui, portanto, dessa migração arbitrária. Há hipóteses em que essas transferências de partido se justificam.

Estou inteiramente de acordo com o brilhante voto do eminente relator. Realmente um dos melhores votos que já ouvi até hoje neste Tribunal Superior Eleitoral.

Entretanto, permito-me apenas uma observação: a idéia de esta migração constituir uma espécie de renúncia tácita não me parece

Cta nº 1.407/DF.

28

apropriada, porque a renúncia tem a ver com intenção. Assim, não pode haver uma renúncia tácita que contrarie a intenção. E a intenção daqueles que abandonam o partido não é a de deixar o exercício do mandato.

Assim, apenas substituindo a expressão “renúncia tácita” pela idéia de desqualificação do mandato devido ao abandono do partido, acompanho o relator.

### VOTO

O SENHOR MINISTRO CAPUTO BASTOS: Senhor Presidente, tendo ouvido atentamente o voto do eminente ministro Carlos Ayres Britto, resta-me ainda uma preocupação.

Ultimamente temos assistido a um fenômeno interessante: aquilo que em princípio deveria ser uma decisão tomada em âmbito político tem sido trazido, de uma certa maneira, ao Tribunal Superior Eleitoral.

Questões que sabemos estarem na agenda do Congresso Nacional, mas que, por uma ou outra razão, não têm obtido naquela Casa um consenso que permita sua disciplina, o que as traz para este Tribunal.

E, em razão dessas circunstâncias, temos ouvido, e até lido, editoriais em que se aponta uma certa inversão de papéis institucionais quando o Tribunal responde a uma consulta, pois é acusado de estar legislando.

É evidente que há um retumbante equívoco nessa afirmação. O Tribunal, definitivamente, não faz – e nem teria pretensão de fazer – aquilo que não está sob a sua competência constitucional.

O Tribunal apenas responde às consultas que lhe são formuladas, até em homenagem àqueles que as formulam e ao interesse que motiva tais consultas.

Cta n° 1.407/DF.

29

O Tribunal não pode é deixar uma consulta sem resposta. Ou seja, o Tribunal não será omissivo.

A questão torna-se interessante porque aquilo que aparentemente poderia ser uma discussão de índole exclusivamente política, por meio da consulta – e como a competência deste Tribunal é interpretar a legislação eleitoral –, recebe, muitas vezes, uma resposta jurídica.


E, nesse ponto, parece-me que o voto do ministro Carlos Ayres Britto é irrepreensível. Vossa Excelência fez um trabalho exaustivo, completo, sobre toda a disciplina dos partidos políticos no texto constitucional.

Com esse esclarecimento, afirmo que, ao responder a uma consulta, o Tribunal não está legislando, mas fazendo uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, entendido como um todo: a Constituição Federal, o Código Eleitoral, a lei eleitoral e, inclusive, as resoluções deste Tribunal.

E se aparentemente não existe um dispositivo explícito, a interpretação da Corte é dinâmica, construtiva, no sentido de dar completude ao ordenamento jurídico.

Achei importante fazer essas considerações, tendo em vista que há algumas dificuldades que, pelo menos a meu juízo, se avizinham: ao definirmos a questão do ponto de vista constitucional e eleitoral, haverá, seguramente, assuntos que deverão ser objeto de disciplina, por exemplo, se a Justiça Eleitoral será competente para examinar o caso...

O entendimento atual é de que os conflitos que se dão no âmbito dos partidos políticos deverão ser julgados pela justiça comum. Porém, será um processo ou um procedimento, com o perdão da distinção do administrativista? Nós, caso sejamos competentes, atuaremos em sede administrativa ou em sede eleitoral?



Cta nº 1.407/DF.

30

Então, essa disciplina, entre outras – por exemplo, definir quais serão os contornos da incompatibilidade ideológica que afirmamos aqui no julgamento da Consulta nº 1.398 –, são questões sobre as quais o Tribunal, a partir de agora, proclamado o resultado, certamente deverá se debruçar. E, mais uma vez, louvando a participação do eminente ministro relator e parabenizando-o, com muito carinho, acompanho Sua Excelência.

### VOTO

O SENHOR MINISTRO GERARDO GROSSI: Senhor Presidente, na ocasião da resposta à consulta trazida a este Tribunal no dia 27 de março deste ano, eu não estava presente. Tive, pois, o cuidado de obter esse acórdão e o de lê-lo com a maior das atenções. Ler, principalmente, o voto do eminente ministro relator, Cesar Rocha, o longo voto do ministro Peluso – muito bem fundamentado – e o voto de Vossa Excelência, os três juízes que mais pensaram, meditaram e disseram naquele julgamento.

Embora não tenha participado daquele julgamento, por um natural interesse pelas coisas do Tribunal vi que a decisão tomada ao responder àquela consulta, foi submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, sendo inteiramente acolhida por ele, não obstante a votação majoritária; o que nada quer dizer, pois um Tribunal de onze, que decidiu por oito, decidiu definitivamente.

Excluídas as peculiaridades da eleição proporcional, mencionadas em todos os votos e muito bem exploradas no voto do ministro Peluso, a matéria proposta hoje é absolutamente idêntica àquela.

Nessas mínimas considerações, estou acompanhando o voto do ministro Carlos Ayres Britto, no sentido de responder afirmativamente à consulta.



Cta nº 1.407/DF.

31


## VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Senhor Presidente, quando tive a honra de proferir meu voto a respeito da consulta precedente, insisti muito sobre as conseqüências da eleição proporcional na condução do meu raciocínio. Não o farei agora, até porque o voto do eminente ministro relator é muito sólido. Não desenvolverei agora argumentação sobre a circunstância de que não ser proporcional a eleição não retira a validade da conclusão daquela consulta.

Não obstante acompanhando integralmente a conclusão do eminente ministro relator, vou aliar-me à ressalva do eminente ministro Ari Pargendler. Até porque, não apenas naquele voto em particular, mas sobretudo no que proferi em mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal, insisti em que essa conseqüência não me parece que possa ser justificada a título de renúncia, que é um ato espontâneo, que tende à cessação, à extinção do mandato.

Desenvolvi ali, no mandado de segurança, um pouco mais longamente, o meu raciocínio, tentando demonstrar que se trata, pura e simplesmente, de um efeito jurídico ligado à previsão de um fato objetivo, tal como, por analogia, em *mutatis mutandis*, se dá com um mandato ~~negocial em que, perante certos fatos, como por exemplo, a morte, o~~ ~~mandato se extingue. Isto é, basta que sobrevenha o fato previsto numa~~ ~~norma jurídica ou num sistema jurídico para que, automaticamente, do~~ ~~mundo jurídico apareça, como conseqüência, a extinção do mandato.~~

~~E o que ocorre no caso. Isto é, diante do fato do objetivo da~~ ~~desfiliação partidária imotivada, surge no mundo jurídico a conseqüência da~~ ~~perda desse mandato, independentemente da intenção ou não que possa~~ ~~ser atribuída ao candidato.~~

Com essa ressalva, e louvando mais uma vez o belíssimo voto do eminente ministro relator, acompanho Sua Excelência. 

## VOTO

O SENHOR MINISTRO GERARDO GROSSI: Senhor Presidente, gostaria também de, nesse particular, aderir à fundamentação do voto do eminente ministro Peluso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): Quanto à ressalva?

O SENHOR MINISTRO GERARDO GROSSI: Que não se trata de renúncia.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (relator): Farei uma adaptação.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): Cogitei, quando veiculei a matéria, de uma desqualificação por ato próprio do detentor do mandato.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO: Na verdade, é um ato incompatível com a subsistência do mandato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): Insubsistente.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (relator): O ministro Caputo falou de incompatibilidade.

O SENHOR MINISTRO CAPUTO BASTOS: Foi exatamente o exemplo que dei a transação de uma dívida que é objeto de um recurso. Quer dizer, pratica-se um ato incompatível com a vontade de recorrer.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Presidente): É como se pudesse haver duas visões: uma quanto à impossibilidade da candidatura avulsa e outra, uma vez eleito, quanto à detenção do mandato sem o respaldo do partido político. O ministro relator realmente proferiu um voto fundamentado, burilado.

É certo que se tem, nas eleições proporcionais, mais um argumento, que é o da distribuição das cadeiras mediante os votos atribuídos à legenda. Mas isso não altera a percepção da Carta, o que se contém na Carta, como a revelar – o que foi muito bem salientado pelos colegas, principalmente pelo relator – um grande sistema a ser considerado, a partir até mesmo da condição de elegibilidade, que é a filiação partidária: a lei a requer com antecedência mínima de um ano. O estatuto do partido pode prever prazo maior.

Também o que se contém no artigo 17, § 1º, da Constituição Federal, sobre a previsão no estatuto de regras próprias à disciplina e à fidelidade partidária, não está jungido às eleições proporcionais. Não há a distinção no preceito. É abrangente, apanhando, portanto, as eleições majoritárias.

Tem-se a exigência de filiação; a escolha, como salientado pelo relator, do candidato em convenção do partido; o financiamento, em parte, da campanha eleitoral pelo partido, via fundo partidário; a questão alusiva ao horário da propaganda eleitoral gratuita, como ressaltado por Vossa Excelência, para quê? Para que tantas exigências se, após a vinculação candidato-partido – estabelecida a mais não poder – ele, candidato, logrando êxito, pode simplesmente virar as costas ao partido que lhe respaldou a caminhada?

Apontou-se muito, explorou-se que, no preceito exaustivo referente à perda do mandato – e ocorre a abrangência a apanhar o

Cta n° 1.407/DF.

34

Senado Federal, a eleição majoritária –, não há referência ao abandono do partido, ao abandono, portanto, da sigla que endossou a eleição como causa dessa perda.

O mesmo raciocínio, porém, deve ser emprestado ao artigo que se segue, que é o artigo 56. No rol das situações que não acarretam a perda do mandato pelo deputado e pelo senador, não está a desfiliação, o abandono do partido que implicou o sucesso nas urnas. Mais do que isso, há um equilíbrio, e esse equilíbrio se faz presente – o equilíbrio, é certo, mitigado – nas diversas esferas, nas eleições proporcionais e também nas eleições majoritárias, que decorrem da vontade dos eleitores.

Sabemos que, em relação às eleições majoritárias, o número do candidato é o número da sigla partidária e, evidentemente, há uma razão de ser nessa identificação, na tomada do número da sigla para designar o próprio candidato. A razão de ser é o elo que existe, inafastável, durante o mandato – a não ser presente uma razão social, forte, aceitável –, o elo entre o candidato e o partido.

Não há cassação, muito menos cassação decorrente da caça em si, a se assentar a partir do ordenamento jurídico, Vossa Excelência esclareceu bem nesta resposta à consulta. Estamos a interpretar o arcabouço normativo. O nosso ato é vinculado. Não há cassação, o que há é um ato de vontade do próprio detentor do mandato, que ressaltei – e não creio haja um vocábulo mais preciso para se designar o fenômeno –, desqualifica-se para o próprio exercício.

A atuação do Tribunal Superior Eleitoral foi facilitada com o pronunciamento do Supremo nos Mandados de Segurança de n° 26.602, 26.603 e 26.604. E, quanto às dúvidas levantadas a respeito da competência, o Supremo sinalizou a respeito, ao revelar, quanto ao processo administrativo de justificação de desfiliação do partido, ser competente a Justiça Eleitoral. E não haverá apenas um conflito de interesses entre partidos. Haverá um conflito de interesses envolvendo

Cta nº 1.407/DF.

35

mandatos, e, sobre a persistência, ou não, do mandato, de início, competente é a Justiça Eleitoral. Deve, portanto, o processo, ainda que jurisdicional, ter tramitação na própria justiça especializada, na jurisdição especializada cível e penal, que é a eleitoral.

Cumprimentando mais uma vez o relator, ministro Carlos Ayres Britto, pela proficiência do voto, um voto realmente estudado, apresentando respostas a várias questões, acompanho Sua Excelência e folgo em perceber que a decisão da Corte é unânime.

Há na consulta, pelo menos ao primeiro exame, certa impropriedade no que se alude à coligação. Quer dizer, a vinculação não é à coligação, a vinculação é ao partido. A coligação é uma ficção jurídica que ocorre para se arregimentar forças e se lograr êxito e, depois da eleição, ela deixa de existir, valendo notar que as cadeiras são distribuídas considerados os votos de cada uma das siglas que a compuseram. Para isso é que os dois primeiros algarismos do número de candidato correspondem ao partido.

A resposta é, portanto, positiva. Persiste a vinculação ao partido que indicou o eleito, seja titular, vice ou suplente.



Cta nº 1.407/DF.

36

## EXTRATO DA ATA

Cta nº 1.407/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto.  
 Consulente: Nilson Mourão, deputado federal.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, respondeu positivamente à consulta.

Presidência do Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio. Presentes os Srs. Ministros Cezar Peluso, Carlos Ayres Britto, José Delgado, Ari Pargendler, Caputo Bastos, Gerardo Grossi e o Dr. Antonio Fernando de Souza, Procurador-Geral Eleitoral.

SESSÃO DE 16.10.2007\*.

<b>CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO</b>	
<b>Certifico a publicação desta resolução no Diário</b>	
<b>da Justiça de</b> <u>28/12/2007</u> <b>fls.</b> <u>001</u> <b>.</b>	
— Weslei Machado Alves Analista Judiciário	<b>Eu, _____, lavrei a presente certidão.</b>

## ANEXO 3



## TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

## RESOLUÇÃO Nº 22.610

Relator: Ministro Cezar Peluso.

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o art. 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária, nos termos seguintes:

Art. 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa.

§ 1º - Considera-se justa causa:

- I) incorporação ou fusão do partido;
- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal.

§ 2º - Quando o partido político não formular o pedido dentro de 30 (trinta) dias da desfiliação, pode fazê-lo, em nome próprio, nos 30 (trinta) subseqüentes, quem tenha interesse jurídico ou o Ministério Público eleitoral.

Resolución nº 22.610/DF.

2

§ 3º - O mandatário que se desfilou ou pretenda desfiliar-se pode pedir a declaração da existência de justa causa, fazendo citar o partido, na forma desta Resolução.

Art. 2º - O Tribunal Superior Eleitoral é competente para processar e julgar pedido relativo a mandato federal; nos demais casos, é competente o tribunal eleitoral do respectivo estado.

Art. 3º - Na inicial, expondo o fundamento do pedido, o requerente juntará prova documental da desfiliação, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 4º - O mandatário que se desfilou e o eventual partido em que esteja inscrito serão citados para responder no prazo de 5 (cinco) dias, contados do ato da citação.

Parágrafo único - Do mandado constará expressa advertência de que, em caso de revelia, se presumirão verdadeiros os fatos afirmados na inicial.

Art. 5º - Na resposta, o requerido juntará prova documental, podendo arrolar testemunhas, até o máximo de 3 (três), e requerer, justificadamente, outras provas, inclusive requisição de documentos em poder de terceiros ou de repartições públicas.

Art. 6º - Decorrido o prazo de resposta, o tribunal ouvirá, em 48 (quarenta e oito) horas, o representante do Ministério Público, quando não seja requerente, e, em seguida, julgará o pedido, em não havendo necessidade de dilação probatória.

Art. 7º - Havendo necessidade de provas, deferi-las-á o Relator, designando o 5º (quinto) dia útil subsequente para, em única assentada, tomar depoimentos pessoais e inquirir testemunhas, as quais serão trazidas pela parte que as arrolou.

Parágrafo único - Declarando encerrada a instrução, o Relator intimará as partes e o representante do Ministério Público, para apresentarem, no prazo comum de 48 (quarenta e oito) horas, alegações finais por escrito.



Resolução nº 22.610/DF.

3

Art. 8º - Incumbe aos requeridos o ônus da prova de fato extintivo, impeditivo ou modificativo da eficácia do pedido.

Art. 9º - Para o julgamento, antecipado ou não, o Relator preparará voto e pedirá inclusão do processo na pauta da sessão seguinte, observada a antecedência de 48 (quarenta e oito) horas. É facultada a sustentação oral por 15 (quinze) minutos.

Art. 10 - Julgando procedente o pedido, o tribunal decretará a perda do cargo, comunicando a decisão ao presidente do órgão legislativo competente para que empossa, conforme o caso, o suplente ou o vice, no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 11 - São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final. Do acórdão caberá, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, apenas pedido de reconsideração, sem efeito suspensivo.

Art. 12 - O processo de que trata esta Resolução será observado pelos tribunais regionais eleitorais e terá preferência, devendo encerrar-se no prazo de 60 (sessenta) dias.

Art. 13 - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se apenas às desfiliações consumadas após 27 (vinte e sete) de março deste ano, quanto a mandatários eleitos pelo sistema proporcional, e, após 16 (dezesesseis) de outubro corrente, quanto a eleitos pelo sistema majoritário.

Resolução nº 22.610/DF.

4

Parágrafo único – Para os casos anteriores, o prazo previsto no art. 1º, § 2º, conta-se a partir do início de vigência desta Resolução.

Brasília, 25 de outubro de 2007.

MARCO AURÉLIO – PRESIDENTE

CEZAR PELUSO – RELATOR

CARLOS AYRES BRITTO –

JOSÉ DELGADO –

ARI PARGENDLER –

CAPUTO BASTOS –

MARCELO RIBEIRO –

**CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO**

**Certifico a publicação desta resolução no Diário**

**da Justiça de \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_, fls. \_\_\_\_\_.**

**Em, \_\_\_\_\_, lavrei a presente certidão.**

*Ass:*

## BIBLIOGRAFÍA

- AAVV.: “Defensa Jurídica del Interés Público: De su enseñanza a su práctica efectiva”; En: “*Cuadernos de Análisis Jurídico*”; N° 9.
- AAVV.: “Defensa Jurídica del Interés Público; enseñanza, estrategias, experiencias”; Santiago de Chile, octubre de 1999; Escuela de Derecho Universidad Diego Portales.
- ABAD YUPANQUI, Samuel: “Sólo si se modifica la Constitución, Valle Riestra podría renunciar”. Declaraciones a la Agencia de Noticias ANDINA, Lima: 24 de marzo de 2008; Cfr. <http://www.andina.com.pe/Espanol/Noticia.aspx?id=b2ms6jLW8qc=>
- ABELLÁN, Ángel Manuel: “Los representantes y el derecho de participación en el ordenamiento jurídico español”; En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*; Madrid: abril-junio de 1994; N° 84.
- ALMAGRO NOSETE, José: “Consideraciones de Derecho Procesal”, Barcelona: 1988; Librería Bosch.
- ALVAREZ CONDE, Enrique: “Curso de Derecho Constitucional”; Volumen II; Madrid: 2000; tercera edición; Editorial Tecnos.
- BACHOF, Otto: Lección inaugural de la Universidad de Heidelberg impartida el 20.7.1951.-Publicada originalmente en *Recht und Staat* 163/164, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubingam, 1951. //Traducción de Leonardo Álvarez Álvarez, Profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo. Fuente: “¿Verfassungswidrige Verfassungsnormen?” EN O. Bachof, “Wege

zum Rechtsstaat. Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht.”, ed. Athenaum, Königstein, 1979.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique: “La Constitución de 1993. Análisis Comparado”; Lima: 1998; cuarta edición; Editora Rao Jurídica.

BOBBIO, Norberto: “El futuro de la democracia”; México: 1996; segunda edición en español; Fondo de Cultura Económica.

“Teoría General de la Política”, Madrid: 2003, Editorial Trotta.

“Teoría General del Derecho”; Bogotá: 1999; Editorial Temis; tercera reimpresión de la segunda edición.

CÓDIGO PENAL PERUANO, Decreto Legislativo N° 635.

CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (PERÚ), Ley N° 28237.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO: “Informe 2011”. Cfr. <http://www.latinobarometro.org/latino/latinobarometro.jsp>

CRABTREE, Jhon: “Partidos Políticos e intermediación en el Perú”; En: “Construir instituciones: democracia, desarrollo y desigualdad en el Perú desde 1980”; Lima: 2006; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, Instituto de Estudios Peruanos.

DE ESTEBAN, Jorge: “El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional”; Madrid: octubre-diciembre de 1990; En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*; N° 70.

DELGADO GUEMBES, César: “Transfuguismo y crisis postelectoral en el proceso de reinstitucionalización democrática”; En: *Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*; N° 53, Lima: diciembre 2000.

“Fragilidad partidaria y racionalidad del transfuguismo en Latinoamérica”, En: “Transfuguismo político: escenarios y respuestas”, AAVV, Pamplona: 2009, Thompson Reuters-Civitas.

“Transfuguismo, su matriz histórica. Entre la libertad y la anomia en la institucionalidad política”, En: *Revista de la Facultad de Derecho*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP.

DÍAZ MOURE, Leopoldo: “Nuevos Temas en el Análisis de Políticas Públicas”.

*Cfr.*

<http://campus.usal.es/~dpublico/areacp/materiales/6.3.nuevasperspectivas.pdf>

DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO DEL CONGRESO (PERÚ) recaído en los Proyectos de Ley N°s 459/2006-CR, 479/2006-CR, 662/2006-CR, 2683/2008-CR que aprueba el proyecto de “Ley que previene y sanciona el transfuguismo”. Publicado en el portal web el 18 de abril de 2011.

*Cfr.*

<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/Dictamen20062011.nsf/dictamenes/060CCD2BEE39DAB6052578770060B43D>

DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO DEL CONGRESO (PERÚ) recaído en los Proyectos de Ley N° 1353/2006-CR y 1275/2006-CR que propone modificar el artículo 21° de la Ley Orgánica de Elecciones eliminando el voto preferencial. *Cfr.* <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>

DICTAMEN DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO DEL CONGRESO (PERÚ) del mes de febrero de 2006, recaído en los proyectos de ley N°s 07470/2003-CR, 12489/2004-CR y 14292/2005-CR, los cuales proponen que las organizaciones políticas presenten su plan de gobierno ante el Jurado Nacional de Elecciones, el mismo que será publicado en su página web. Cfr. <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/dictamenes0106.nsf/dictamenes/112C44C44618C0420525713A005D9677>

FERNÁNDEZ SEGADO: Francisco: “Partidos Políticos, Representación Parlamentaria e Interdicción del Mandato Imperativo”; En: *Revista de las Cortes Generales*; Madrid: 1994, N° 32. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/967/20.pdf>

FIGUEREIDO, Marcelo: “La evolución político constitucional de Brasil”; En: *Estudios Constitucionales, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Universidad de Talca, Vol. 6, Núm. 2, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”; Madrid: 1985; Editorial Civitas, tercera edición.

GONZALES MANTILLA, Gorki: “Interés Público e Institucionalidad Democrática: Investigación para la Acción”; En: “*Rompiendo la Indiferencia: Acciones Ciudadanas en Defensa del Interés Público*”; Santiago de Chile, 2000; Fundación Ford.

“Los Jueces. Carrera judicial y cultura jurídica”; Lima: 2009; Palestra Editores .

GUÍA PRÁCTICA SOBRE EL RÉGIMEN DE BANCADAS. MATERIAL DE CONSULTA PARA MIEMBROS DE CORPORACIONES PÚBLICAS; Bogotá: 2008; NDI- Instituto Nacional Demócrata para Asuntos Internacionales – NDI Colombia.

KELSEN, Hans: “La Teoría Pura del Derecho”; México: 1993; Editorial Porrúa.

LANDA ARROYO, César: “Notas sobre el Transfuguismo Parlamentario Peruano”; En: *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*; Valencia: 2002, N° 13. Cfr. [http://www.cortsvalencianes.es/contenido.jsp?id\\_nodo=4275&&&key word=&auditoria=F](http://www.cortsvalencianes.es/contenido.jsp?id_nodo=4275&&&key word=&auditoria=F)

LEY DE PARTIDOS POLÍTICOS (PERÚ), LEY N° 28094.

LEY N° 974 DEL AÑO 2005 (COLOMBIA), Ley por la cual se reglamenta la actuación en bancadas de los miembros de las corporaciones públicas y de adecúa el Reglamento del Congreso al Régimen de Bancadas. Diario oficial 45.980, 22 de julio de 2005.

LÓPEZ MURCIA, Julián Daniel: “Cómo opera la Ley de Bancadas”; Cfr. [blogjus.wordpress.com/2007/06/06/como-opera-la-ley-de-bancadas/](http://blogjus.wordpress.com/2007/06/06/como-opera-la-ley-de-bancadas/)

MONTOYA CHÁVEZ, Víctor Hugo: “La infracción constitucional”; Lima: 2005, Palestra Editores.

MONTERO AROCA, Juan / GÓMEZ COLOMER, Juan Luis / MONTÓN REDONDO, Alberto / BARONA VILAR, Silvia: “Derecho Jurisdiccional”; Tomo II: Proceso Civil; Valencia: 2000; Tirant lo blanch; 9na edición.

MOREIRA MAUÉS, Antonio: “La titularidad de los Mandatos Parlamentarios en la nueva jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal”; En: *Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Parlamentos*, 1er semestre, N° 2, 2008.

NINO, Carlos Santiago: “Derecho, moral y política. Una revisión de la Teoría General del Derecho”; Barcelona: 1994, Editorial Ariel S.A.

PÉREZ ROYO, Javier: “Curso de Derecho Constitucional”; Madrid: 2005; décima edición; Macial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

PROYECTO DE LEY N° 00173/2011-CR presentado el 9 de septiembre de 2011 de autoría del Congresista Alberto Beingolea Delgado, respaldado por sus colegas de bancada Luis Iberico, Juan carlos Eguren, Luis Galarreta, Marisol Pérez Tello y Enrique Wong.

PROYECTO DE LEY N° 09/2011-CR de autoría del Congresista Javier Bedoya de Vivanco que propone modificar el artículo 21° de la Ley Orgánica de Elecciones eliminando el voto preferencial.

RAWLS, John. “Liberalismo Político”; México: 1996; Fondo de Cultura Económica.

RECODER VALLINA, Tatiana: “Los Grupos Parlamentarios en Europa Continental: Principales Modelos”; En: “*Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid. Especial Monográfico. Los Grupos Parlamentarios*”; Madrid: junio 2007; Asamblea de Madrid, Servicio de Publicaciones.

RED ESPECIALIZADA DE CONOCIMIENTOS ELECTORALES ACE. Proyecto ACE (Administración y Costo de Elecciones) en el que colaboran IDEA, EISA, Elecciones Canadá, el Instituto Federal



Electoral (IFE), IFES, UNDESA, PNUD y la División de Asistencia Electoral de Naciones Unidas (UNEAD, por sus siglas en inglés). La Comisión Europea es un ex miembro ex officio. *Cfr.* <http://aceproject.org/about-es>

#### REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (PERÚ)

RENIU I VILLAMALA, Josep María: “Diccionario Crítico de Ciencias Sociales”; Universidad Complutense de Madrid; En: <http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/T/transfuguismo.htm>

RESOLUCIÓN DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES (PERÚ) N° 120-2008-JNE, Reglamento del Registro de Organizaciones Políticas.

RESOLUCIÓN DE LA SÉPTIMA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA, N° 20, 30 de junio de 2011, Expediente N° 567-2011. Da cuenta de la discordia producida al emitir sentencia de vista en el Proceso de Amparo (renunciabilidad al cargo de Congresista) interpuesto por don Javier Valle Riestra Gonzales Olaechea (demandante) vs. Congreso de la República (demandado).

RODRÍGUEZ PICO, Clara Rocío: “La Reforma Política: ¿Diablos haciendo hostias?”; En: *Razonpublica.com: Para saber en serio lo que pasa en Colombia*; Revista digital gratuita editada por la Fundación Razón Pública; edición del 9 de enero de 2011; <http://razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/1674-la-reforma-politica-idiablos-haciendo-hostias.html>

RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge: “Teoría y Práctica del Derecho Constitucional”; Madrid: 1996; Editorial Tecnos.

ROJAS VARGAS, Fidel: “Delitos contra la Administración Pública”; Lima: 2007; 4ta edición, Grijley.

RUBIO CORREA, Marcial: “Estudio de la Constitución Política de 1993”, Tomo IV; Lima: 1999; Fondo Editorial de la PUCP.

SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge: “Acusación Constitucional. Juicio constitucional político”; En: “La Constitución Comentada”, Tomo II; Lima: 2005; Gaceta Jurídica.

SARTORI, Giovanni: “Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados”. México: 1994; primera edición en español, tercera reimpresión; Fondo de Cultura Económica.

SEIJAS VILLADANGOS, Esther: “Representación Democrática, Partidos Políticos y Tránsfugas”; En: *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid: 2001; Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) N° 6, 2do semestre 2000.

SENTENCIA DEL 10° JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LIMA, Resolución N° 11, 8 de marzo de 2010, Expediente N° 30303-2008. Javier Valle Riestra Gonzales Olaechea (demandante) vs. Congreso de la República (demandado). Materia: Proceso de Amparo (renunciabilidad al cargo de Congresista).

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA N° C-859-2006 Cfr. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-859-06.htm>

SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA N° C-036-2007. Cfr. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-036-07.htm>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL N° 298/2006.

*Cfr.*

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=9094>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ N° 00002-

2001-PI/TC. *Cfr.* <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/0002-2001-AI.html>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ N° 00006-

2003-AI/TC *Cfr.* <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00006-2003-AI.html>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ N° 04232-

2004-PA/TC *Cfr.* <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04232-2004-AA.html>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ N° 05854-

2004-PI/TC. *Cfr.* <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.html>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ N° 00030-

2005-PI/TC. *Cfr.* <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.html>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ N° 00004-

2006-PI/TC. *Cfr.* <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ N° 00013-

2009-PI/TC *Cfr.* <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00013->

2009-AI.html

TANAKA, Martín: “El sistema de partidos “realmente existente” en el Perú, los desafíos de la construcción de una representación política nacional y cómo enrumbar la reforma política”; En: *Economía y Sociedad* 72; CIES, septiembre 2009.

TRIBUNAL SUPERIOR ELECTORAL (Brasil): RESOLUCIÓN N° 22.526. CONSULTA N° 1.398 — CLASE 5— DISTRITO FEDERAL (Brasilia). **Ponente:** Ministro Cesar Asfor Rocha. **Consultante:** Partido del Frente Liberal (PFL) - Nacional, por su Presidente; Brasilia, 27 de marzo de 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR ELECTORAL (Brasil): RESOLUCIÓN N° 22.600. CONSULTA N° 1.407 - CLASSE 5 - DISTRITO FEDERAL (Brasília). **Ponente:** Ministro Carlos Ayres Britto. **Consultante:** Nilson Mourao, Diputado Federal. Brasilia, 16 de octubre de 2007.

TRIBUNAL SUPERIOR ELECTORAL (Brasil): RESOLUCIÓN N° 22.610. **Ponente:** Ministro Cezar Peluso. Brasilia, 25 de octubre de 2007.

TUESTA SOLDEVILLA, Fernando: “Una lógica perversa (a propósito de eliminar el voto preferencial)”; En: *Polítika*, blog de Fernando Tuesta Soldevilla; Cfr. <http://blog.pucp.edu.pe/fernandotuesta/una-logica-perversa-proposito-de-eliminar-el-voto-preferencial>

THOENIG, Jean Claude: “Política Pública y Acción Pública”; En: *Gestión y Política Pública*; Vol. VI, N° 1, primer semestre de 1997. Cfr. [http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num\\_anteriores/Vol.VI\\_No.I\\_1ersem/TJ\\_Vol.6\\_No.I\\_1sem.pdf](http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.VI_No.I_1ersem/TJ_Vol.6_No.I_1sem.pdf)

VALLADARES MOLLEDA, Jorge: “Razones, nociones y opciones básicas para

la Reforma Electoral en el Perú”; Lima: 2004; Biblioteca de la Reforma Política N° 5, Asociación Civil Transparencia – IDEA.

VALLE RIESTRA, Javier: “Valle Riestra dice sentirse frustrado y presenta carta de renuncia al Congreso. Buscaba la restitución de la Carta Magna del 79 y la reimplantación del sistema bicameral”. Declaraciones al diario “El Comercio”; Lima: 25 de marzo de 2008; *Cfr.* <http://elcomercio.pe/edicionimpresa/html/2008-03-25/valle-riestra-dice-sentirse-frustrado-y-presenta-carta-renuncia-al-congreso.html>

ZOVATTO, Daniel: “Regulación de los partidos políticos en América Latina”; En: “Diálogo Político”, publicación trimestral de la Konrad-Adenauer-Stiftung A.C. Año XXIII – N° 4 - Diciembre, 2006.

