

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional
recaída en el Expediente N° 0030-2005-PI/TC

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Gustavo Adolfo Olivares Marcos

ASESOR:
Juan Manuel Sosa Sacio

Lima, 2022

RESUMEN

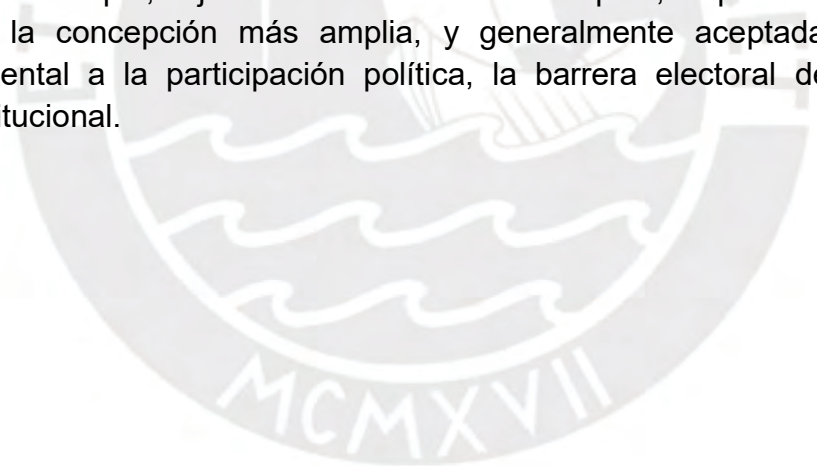
En el marco del caso de la “barrera electoral” (un tema de derecho electoral) el presente trabajo tiene los siguientes principales objetivos:

1) analizar cuál ha sido el razonamiento del Tribunal Constitucional por el que llega a la conclusión que la barrera electoral establecida por la Ley N° 28617, no es inconstitucional;

2) precisar los conceptos que maneja el Tribunal Constitucional sobre un cierto número de instituciones jurídicas centrales (necesarios para la resolución de este tipo de casos), como son, *inter alia*: el principio democrático, el principio de soberanía popular, la democracia representativa, el sistema de representación proporcional, y el derecho fundamental a la participación política;

3) demostrar que el Tribunal Constitucional estaría manejando conceptos restrictivos sobre estas materias constitucionalmente relevantes debido, en parte, a una singular concepción que ha desarrollado sobre el principio de soberanía popular, que no corresponde a la significación usualmente atribuida a este principio, también establecido por la Constitución, de la que se aparta; y

4) determinar que, bajo una redefinición de conceptos, en particular, tomando en cuenta la concepción más amplia, y generalmente aceptada, del derecho fundamental a la participación política, la barrera electoral de 5%, sí sería inconstitucional.



ÍNDICE

| | <i>pág.</i> |
|---|-------------|
| I. INTRODUCCIÓN..... | 4 |
| II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N° 0030-2005-PI/TC..... | 4 |
| III. HECHOS ESTABLECIDOS EN LA SENTENCIA..... | 5 |
| A. Demanda de inconstitucionalidad..... | 5 |
| B. Contestación de la demanda..... | 6 |
| C. Sentencia del Tribunal Constitucional..... | 7 |
| D. Análisis del caso concreto..... | 8 |
| E. Sobre el precedente..... | 8 |
| IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE DERIVAN DE LA SENTENCIA OBJETO DE ANÁLISIS..... | 9 |
| A. Problema jurídico principal..... | 9 |
| B. Problemas jurídicos secundarios..... | 9 |
| V. ANÁLISIS Y POSICIÓN FUNDAMENTADA DE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS..... | 10 |
| A. Marco teórico..... | 10 |
| B. Significado del principio democrático para el Tribunal Constitucional..... | 10 |
| C. Significado del principio de soberanía popular para el Tribunal Constitucional..... | 12 |
| D. Significado de la democracia representativa y la democracia directa para el Tribunal Constitucional..... | 16 |
| E. Posición del Tribunal Constitucional respecto del derecho fundamental a la participación política..... | 20 |
| F. Sobre la alegada vulneración por el establecimiento de la “barrera electoral”..... | 23 |
| G. Reflexiones finales..... | 25 |
| VI. CONCLUSIONES..... | 26 |
| A. Problema jurídico principal..... | 26 |
| B. Problemas jurídicos secundarios..... | 27 |
| VII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA..... | 27 |

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se realiza un informe jurídico de la sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 0030-2005-PI/TC, a través del cual se planteó la inconstitucionalidad de la Ley N° 28617, la misma que estableció la “barrera electoral”, por afectar los artículos 2°, inciso 17, 30°, 31°, 33°, 35°, 90°, 91°, 185° y 187° de la Constitución.

Después del análisis de las argumentaciones de las partes, le tocó al Tribunal Constitucional determinar si la referida ley vulneró el derecho fundamental de la persona a elegir y ser elegido representante, habiendo, para tal efecto, procedido al análisis de este derecho fundamental como ‘derecho de configuración legal’. Seguidamente, el Tribunal Constitucional procedió a determinar si la ley cuestionada afectó al sistema de representación proporcional, procediendo para ello al análisis del principio de representación por mayoría, del principio de representación proporcional, y la finalidad de la barrera electoral.

Una vez esclarecido estas materias, el Tribunal Constitucional procedió a determinar si la Ley N° 28617 había vulnerado el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes, concluyendo por declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad.

Empero, para arribar a esta conclusión, el Tribunal Constitucional debió partir de la imperiosa necesidad de precisar ciertas otras materias constitucionales relevantes como el rol del principio democrático en un Estado social y democrático de derecho, habiendo también, para ello, abordado otros conceptos centrales, para la determinación del caso, como el principio de soberanía popular, la democracia representativa y la democracia directa.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional declaró, asimismo, que los criterios expuestos en sus fundamentos 60 y 61 constituyen precedentes vinculantes, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

Nuestro objetivo es conocer mejor la posición del Tribunal Constitucional en su rol de último garante del derecho fundamental a la participación política y respecto de bienes constitucionales como el derecho fundamental a elegir y ser elegido representante. Se cuestiona también de qué forma el sistema electoral tiene que ser democrático, y si el sistema de representación proporcional escogido cumple tal función.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE N° 0030-2005-PI/TC

El motivo de elección de esta sentencia del Tribunal Constitucional es que aborda el análisis de un importante número de instituciones jurídicas centrales que articulan el funcionamiento del sistema político-jurídico del país, y toma posiciones respecto de estas que a la postre se constituyeron en precedentes

vinculantes dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Sobre la base de lo alegado por 35 congresistas demandantes, el Tribunal Constitucional resolvió una pretendida vulneración constitucional del derecho al sufragio (un tema de derecho electoral) fundándose en el desarrollo de un cierto número de criterios jurisprudenciales centrales que el Tribunal señala son sustento de nuestro Estado social y democrático de derecho, dando lugar a otro importante número de consideraciones en la doctrina jurisprudencial constitucional.

De forma manifiesta, por ejemplo, el Tribunal Constitucional tomó posición con respecto al concepto de democracia representativa y su importancia en nuestro ordenamiento jurídico (frente a la creciente importancia de la democracia directa), confirmando que el 'rasgo prevalente' de nuestra Constitución es la de ser una democracia representativa y que, no existen soberanos. En efecto, el Tribunal Constitucional se apartó del principio de soberanía popular (artículo 45° de la Constitución) por lo que tendríamos que ver cómo y por qué, al ser tan fundamental para la teoría política y democrática este concepto de soberanía popular. Otro ejemplo, ratificó –al igual que en otras sentencias– que el derecho internacional de los derechos humanos es derecho interno, algo que difícilmente suele ser avalado por muchos en la judicatura que, en su lugar, indican que los jueces solo están sometidos “a la Constitución y a la ley”.

Esta sentencia no solo presenta una serie de posicionamientos del Tribunal respecto de instituciones jurídicas centrales, sino también posicionamientos doctrinales como una peculiar interpretación de la doctrina la del contrato social de Rousseau para avalar la doctrina del Estado-nación de Sieyès.

La riqueza de esta sentencia es manifiesta, por lo que consideramos se justifica ampliamente un análisis, aunque sea somero, de la misma, desde diferentes ángulos, más allá de lo estrictamente planteado por los 35 congresistas demandantes respecto de la alegada vulneración del derecho fundamental al sufragio por una ley electoral (Ley N° 28617).

En resumen, nos centraremos, más que al análisis de la alegada pretensión de los 35 congresistas demandantes, al análisis de cómo piensa y maneja el Tribunal un cierto número de conceptos centrales para nuestro ordenamiento jurídico, y si esta manera de conceptualizar así las cosas por el Tribunal resulta coherente desde otras perspectivas.

III. HECHOS ESTABLECIDOS EN LA SENTENCIA

En esta parte se hace un resumen de los hechos conforme aparece en la sentencia, dada la extensión y complejidad de la misma.

A. Demanda de inconstitucionalidad

En fecha 10 de noviembre de 2005, 35 congresistas del Congreso de la República interpusieron una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28617 cuyo artículo 1° modificó los artículos 20° y 87° de la Ley Orgánica de

Elecciones (LOE), y cuyo artículo 2° hizo lo mismo con el artículo 13° de la Ley de Partidos Políticos (LPP).

Los fundamentos de la demanda fueron los siguientes:

a) La ley dispuso que se requiere la obtención de un mínimo de 6 representantes, en más de una circunscripción electoral (o sea, 5% del número legal de miembros, o al menos 5% de los votos válidos a nivel nacional) para acceder al procedimiento de distribución de escaños.

Los congresistas demandantes señalaron que esta ley trasgrede el derecho a ser elegido representante, porque condiciona el acceso al cargo a que su partido político alcance un mínimo de representantes, vulnerando de este modo el artículo 31°, en concordancia con los artículos 90° y 91° de la Constitución.

b) La "barrera electoral" así establecida es contraria al derecho fundamental que tienen los ciudadanos para elegir representantes (artículo 31° de la Constitución), porque un candidato, por muchos votos que haya obtenido, no tiene garantizado ningún escaño, dado que estará supeditado al porcentaje de votos obtenido por su partido, resultando por ello inconstitucional. Los 120 congresistas elegidos no serán necesariamente aquellos que hayan obtenido la más alta votación del electorado.

c) El derecho fundamental al sufragio es personal. No puede depender de su participación en un partido político. El condicionamiento que impone esta ley respecto a la participación es inconstitucional.

d) El límite de la "barrera electoral" es arbitrario e irracional. No tiene sustento en la Constitución. Por ejemplo, no está en el artículo 30° (sobre los requisitos para ser ciudadano) ni en el artículo 33° (sobre las causas de suspensión de la ciudadanía).

e) La ley cuestionada impide que las elecciones sean expresión fiel de la voluntad popular, por tanto, resulta contraria al artículo 176° de la Constitución, porque da prioridad a los intereses de los partidos políticos antes que al interés de los ciudadanos.

f) La ley impugnada vulnera el derecho fundamental a la participación política, en este caso, de los grupos políticos minoritarios, lo que es contrario al pluralismo político, desincentiva la formación de nuevos partidos políticos y, a la vez, refuerza a los grupos políticos mayoritarios, *i.e.*, a las oligarquías partidarias.

g) La cancelación de las organizaciones políticas que no hayan alcanzado la representación parlamentaria requerida, después de un año, afecta al sistema político democrático, dando como resultado la desaparición de la representación de las minorías políticas.

B. Contestación de la demanda

El apoderado del Congreso de la República contestó la demanda el 11 de enero de 2006, solicitando que sea declarada infundada, en base a lo siguiente:

a) La Ley busca promover las alianzas y coaliciones partidarias, impidiendo la multiplicación de los pequeños partidos políticos. Para reforzar el sistema de partidos y evitar la dispersión electoral (ya que esto debilita la estabilidad y

governabilidad del sistema político), la ley busca dificultar el acceso a los pequeños partidos.

b) No hay vulneración del artículo 176° de la Constitución. que señala que la expresión fiel de la voluntad popular debe ser reflejada en las urnas. La adopción de determinada técnica electoral para traducir los votos en escaños no la vulnera, porque corresponde al legislador, elegir los métodos de conversión (de votos en escaños) dentro del marco constitucional.

c) La Ley en cuestión no prioriza los intereses partidarios en detrimento de los intereses del pueblo. La ley busca priorizar la gobernabilidad y el buen desempeño del parlamento que representa al pueblo.

d) La Constitución (artículos 2°, inciso 17, y 31°), y la LOE establecen los requisitos para ser elegido congresista.

e) La Constitución deja a la ley la forma de convertir los votos en escaños. Estas leyes pertenecen al bloque de constitucionalidad. Es erróneo sostener que la ley impugnada vulnera el derecho fundamental a ser elegido.

f) Una supuesta excesiva intervención del Estado no vulnera el principio de proporcionalidad, pues la ley tiene por finalidad reforzar al Estado democrático y la ley resulta idónea para alcanzar este fin constitucional. Por otro lado, el legislador dispone de una libertad de apreciación para determinar la medida necesaria.

g) Un sistema democrático es aquel que no solo reconoce el ejercicio de los derechos fundamentales de sus ciudadanos (como el de sufragio), sino que también debe contar con instituciones jurídicas sólidas que le permitan hacer efectivo su sistema democrático.

h) La "barrera electoral" no vulnera el carácter personal del voto (artículo 31° de la Constitución). Dicha cualidad solo implica el ejercicio por el ciudadano de su derecho, sin representante alguno.

i) La cifra repartidora lleva a que algunos candidatos no lleguen al Congreso a pesar de haber obtenido más votos preferenciales que otros, de otros partidos. Nuestro sistema electoral emplea este mecanismo, pero no implica que los 120 congresistas electos sean quienes obtuvieran más votación.

j) La Ley cuestionada reconoce la importancia de los partidos políticos y su rol de intermediarios (entre la población y el Estado), pero no desconoce el derecho de participación política de los ciudadanos. La ley busca realizar un fin esencial para la consolidación del sistema democrático, mediante la consolidación del sistema de partidos. Para ello resulta necesario atenuar la fragmentación y la polarización de los partidos.

k) Un objetivo de la Ley impugnada es cancelar la inscripción de partidos que no sean representativos, porque no serían canalizadores de la voluntad popular. Los partidos políticos tienen una función pública, y por ello deben tener un mínimo de representatividad nacional. La proliferación de partidos no ayuda a la consecución de los fines e ideales de la Nación.

C. Sentencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional resolvió declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad (es decir, que el establecimiento de la “barrera electoral” no es inconstitucional).

También declaró que los criterios expuestos en los fundamentos 60 y 61 de la sentencia constituyen precedentes vinculantes (para todos los poderes públicos), de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

D. Análisis del caso concreto

El caso se desarrolla en el marco del derecho constitucional peruano, pero al tratarse de alegaciones de vulneración de derechos fundamentales y, en particular, del derecho fundamental a la participación política, se tiene que tomar en cuenta un análisis en un marco más ampliado (en el marco del derecho internacional de los derechos humanos).

En este caso los demandantes alegaron que la ley impugnada (Ley N° 28617) afecta el derecho fundamental de los ciudadanos de ser elegidos y elegir a sus representantes (artículo 31° de la Constitución).

Consideraron los demandantes que se han vulnerado otros bienes constitucionales de singular importancia como el derecho a la participación política (artículo 2°, inciso 17, de la Constitución), centrales para el funcionamiento del sistema democrático, mientras que el Procurador del Congreso sustentó la validez de la “barrera electoral”, dado que favorece la gobernabilidad y la estabilidad del sistema político. Estos dos posicionamientos centrales subyacen a lo largo del análisis de la sentencia del Tribunal.

Para el Tribunal, primeramente, existe la necesidad de establecer el rol, y las manifestaciones, del principio democrático representativo de nuestro Estado social y democrático de derecho, así como las relaciones de dicho principio con la gobernabilidad. Seguidamente, después de haber fijado su marco conceptual, el Tribunal se avocó a la resolución de la pretendida vulneración constitucional por la ley que establece la “barrera electoral”, declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad.

Por nuestra parte, por razones de orden metodológico, nos avocaremos primero al análisis de los posicionamientos centrales del Tribunal respecto de un cierto número de instituciones jurídicas centrales para nuestro ordenamiento político democrático, para después efectuar un análisis de las argumentaciones de las partes respecto de la alegada vulneración del derecho a elegir y ser elegidos representantes como parte del derecho fundamental a la participación política.

E. Sobre el precedente

El Tribunal Constitucional resolvió declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad, y declaró que los criterios expuestos en los fundamentos 60 y 61 de la sentencia (sobre los límites de las sentencias interpretativas del Tribunal) constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal

Constitucional.

De acuerdo con el fundamento 60, el Tribunal, en virtud de su condición de supremo intérprete de la Constitución (artículos 201° y 202° de la Constitución, y 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), declaró su condición de poder constituido, "sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución".

Y, de acuerdo con el fundamento 61, señala los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas "manipulativas" (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas). Sin ánimo exhaustivo, como dijo, son los siguientes:

- a) En ningún caso se debe vulnerar el principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución).
- b) No cabe dictarlas cuando hay más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar.
- c) Sólo cabe dictarlas cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad, de la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y consecuencias adversas.
- d) Sólo resultan legítimas en la medida en que este Colegiado argumente las razones y fundamentos normativos constitucionales que la justifiquen. Su utilización es excepcional. Sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.
- e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE DERIVAN DE LA SENTENCIA OBJETO DE ANÁLISIS

A. Problema jurídico principal

La concepción que el Tribunal Constitucional tiene sobre el principio democrático, y la concepción que tiene sobre el principio de soberanía popular (ambos principios estructurantes del Estado social y democrático de derecho), ¿le permite al Tribunal tener una concepción restrictiva del derecho fundamental a la participación política, de manera a generar un impacto negativo sobre la concepción que usualmente se le atribuye a este derecho fundamental?

B. Problemas jurídicos secundarios

1. ¿Tiene el principio democrático la misma característica o naturaleza en un sistema de democracia representativa, y otro en un sistema de democracia directa, para el Tribunal Constitucional?
2. ¿Tiene el principio de soberanía popular la misma característica o naturaleza en un sistema de democracia representativa, y otro en un sistema de democracia directa, para el Tribunal Constitucional?
3. Cuando se produce una vulneración al principio democrático, ¿se produce

una afectación al principio de soberanía popular?

4. Cuando se produce una vulneración al principio de soberanía popular ¿se produce una afectación del principio democrático?

5. Cuando se produce una vulneración al derecho fundamental a la participación política ¿se produce una afectación del principio de soberanía popular y, por ende, al principio democrático?

6. Si bajo un sistema de democracia representativa, la ‘barrera electoral’ no vulnera el derecho fundamental a participar en política, ¿lo vulnera en un sistema de democracia directa o de democracia participativa?

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS IDENTIFICADOS

A. Marco teórico

De forma breve, pero clara y concisa, abordaremos algunas instituciones centrales del sistema político democrático en el marco de esta sentencia y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Para entender mejor la respuesta que da el tribunal acerca de la “barrera electoral”, y de por qué la ley que la establece, finalmente –según el Tribunal– no vulnera la Constitución, resulta necesario aclarar, de forma previa, la preconcepción del Tribunal respecto de estas instituciones.

Y es que el Tribunal cuando se refiere a la democracia (principio democrático) también se refiere al derecho fundamental a la participación política como su sustento, pero paradójicamente pone de lado al pueblo (principio de soberanía del pueblo). Por ello nos planteamos varias interrogantes.

En primer lugar, ¿qué es el principio democrático para el Tribunal Constitucional? En segundo lugar, ¿qué es el principio de soberanía del pueblo y por qué tiene una posición presuntamente contradictoria en torno a esta institución? Vinculado con el primero y segundo, en tercer lugar, ¿qué concepción tiene el Tribunal Constitucional de la democracia representativa y la democracia directa? ¿cómo los define, y por qué de esa forma?

De la preconcepción jurídica del Tribunal dependerá la respuesta que ha dado en el presente caso, y las que dará en los siguientes casos que le corresponda resolver. Y, por último (no por ello menos importante), ¿cuál es la posición del Tribunal Constitucional respecto del derecho fundamental a la participación política?

B. Significado del principio democrático para el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional señala que el principio democrático (artículo 43 de la Constitución), es el fundamento del Estado social y democrático de derecho. ¿Cómo llega a este enunciado el Tribunal?

El Tribunal resalta primero la estrecha relación que existe entre Constitución y principio democrático, y que ambos factores se condicionan mutuamente. Sostiene que la Constitución puede ser definida como la *juridificación* de la democracia. Para ilustrar mejor su enunciado, el Tribunal señala que:

“En efecto, la Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un *totus* social en el que subyace la igualdad.” (Exp. N° 0030-2005-PI/TC, FJ. 0230).

Para el Tribunal, la Constitución es la manifestación jurídica de la voluntad del poder constituyente (*i.e.*, una asamblea investida por el pueblo para manifestar su voluntad general de dotarse de una Constitución), y que existe una estrecha relación inicial entre los siguientes conceptos: Constitución, democracia, soberanía popular, Estado democrático, y derechos humanos.

El Tribunal Constitucional también resalta la estrecha relación que existe entre principio democrático, Estado democrático y derechos humanos. Al respecto, señaló:

“Que los derechos humanos son la materialización del principio democrático en su faz fundacional al interior del Estado social y democrático de derecho, queda evidenciado cuando, sin perjuicio del reconocimiento expreso de una amplia gama de derechos fundamentales, el artículo 3° de la Constitución, además de la dignidad humana, reconoce a la soberanía popular y al Estado democrático como sus fuentes legitimadoras” (Exp. N° 0030-2005-PI/TC, FJ. 0231).

Para el Tribunal, los derechos fundamentales son la plasmación del principio democrático, el cual, a su vez, alude como su fundamento, al principio de soberanía popular (del cual deriva su legitimidad democrática). El principio democrático se encuentra solidariamente unido al principio de supremacía constitucional (del cual alimenta su fundamento democrático).

El principio democrático es inherente al Estado constitucional, señala el Tribunal, e indica que este principio:

“se materializa en la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos. [...]” (Exp. N° 0030-2005-PI/TC, FJ. 0232).

Aunque, con frecuencia, el Tribunal resalta más el aspecto de la participación política indirecta que la participación política directa, sin embargo, reconoce que el derecho fundamental a la participación política directa también es la materialización del principio democrático.

En efecto, el principio democrático se materializa también cuando “cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa ‘en la vida política, económica, social y cultural de la Nación’, según reconoce y exige el artículo 2° 17 de la Constitución”. (Exp. N° 00005-2007-PI/TC, FJ. 14).

Hasta aquí, está claro que existe una estrecha interrelación entre estos conceptos: Constitución, democracia, soberanía popular, Estado democrático, principio democrático y derechos fundamentales, en particular, principio democrático y derecho fundamental a la participación política (directa e indirecta).

Empero, el Tribunal Constitucional deja vislumbrar que, el concepto que tiene de

la democracia es, ciertamente, uno mucho más restringido.

Citando la obra *¿Qué es el Tercer Estado?* de Emmanuel Sieyès, a quien la doctrina reconoce haber propuesto la teoría de la representación, el Tribunal resalta que ésta “concede la materialización práctica del principio democrático, bajo la figura del concepto ideal de Nación, del sufragio (restringido) y de unos representantes que no son la traducción específica de la voluntad de los representados, sino que expresan la voluntad política de la Nación.” (Exp. N° 0030-2005-PI/TC, FJ. 0225).

En la práctica, dada las características de nuestra democracia (representativa), el Tribunal asimila más el principio democrático con el concepto de la democracia representativa, que con la participación política directa. Por ello, cuando se refiere al ‘principio democrático’, se refiere, casi invariablemente, al ‘principio democrático representativo’.

C. Significado del principio de soberanía popular para el Tribunal Constitucional

En cuanto al principio de soberanía popular (artículo 45 de la Constitución), el Tribunal Constitucional asume una postura según la cual “no existe algún soberano”, reiterando anterior postura similar según la cual admite que “no existen soberanos”. Al respecto, explica el Tribunal que:

“Todo poder [deviene] en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.” (Exp. N° 00030-2005-PI/TC, FJ. 0230).

Reitera la misma postura cuando advierte que “si bien el artículo 45 de la Constitución establece que ‘el poder del Estado emana del pueblo’, ello no significa que, dentro del Estado Constitucional, es decir, una vez vigente la Norma Fundamental, el pueblo se mantenga como detentador de un Poder Constituyente capaz, de *iure*, de actuar de modo incompatible con los postulados constitucionales”. (Exp. N° 00013-2021-PI/TC, FJ. 43).

Por ello, el Tribunal sostiene que no existen soberanos, ni poderes absolutos o autarquías; al respecto, postula que:

“Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo (Sentencia 05854-2005-AA/TC, fundamento 3)”. (Exp. N° 00013-2021-PI/TC, FJ. 44).

El poder del pueblo, entonces, para el Tribunal, es “limitado e informado, siempre y en todos los casos”, por el contenido normativo de la Constitución; esto último resulta muy importante. Con ello, el Tribunal Constitucional parece asimilar la teoría del “poder constituyente” con la del “poder constituido” (cuyos poderes, a su vez, se derivan del poder constituyente, y no del pueblo) para explicar, de forma diversa, que si bien “[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen [...]”, y de este modo, justificar el “rasgo prevalente” de la democracia representativa en la Constitución.

Para tal efecto, el Tribunal desarrolla la siguiente teoría:

“El pueblo, como Poder Constituyente, deposita su voluntad en la Constitución, se inserta en el Estado social y democrático de derecho, y deja de ser tal para constituirse en poder constituido. [...]” (Exp. N° 00030-2005-PI/TC, FJ. 0231).

Basado en reiterada jurisprudencia, la posición del Tribunal Constitucional es clara respecto al principio de soberanía popular: para el Tribunal, no existen soberanos. Incluso, en una de sus más recientes sentencias (octubre de 2021) declaró que:

“El pueblo es un poder constituido y, por consiguiente, limitado, esencialmente, por el respeto a la Norma Fundamental”. (Exp. N° 00013-2021-PI/TC, FJ. 45).

El Tribunal explica que el pueblo actúa en calidad de poder constituido, pues “si actuara como poder constituyente no podría ser objeto de limitaciones jurídicas más allá de las que él mismo pudiera autoimponerse” (Sentencia 00014-2002-PI/TC, fundamento 116). (Exp. N° 00013-2021-PI/TC, FJ. 46).

Como lo ha enfatizado el Tribunal, en su concepción, todo poder, incluyendo el del pueblo, está “limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo”.

No siendo el pueblo ‘soberano’, a pesar de que la Constitución misma establece el principio de soberanía popular (“el poder emana del pueblo”), en la concepción del Tribunal, el único soberano sería entonces, la Constitución.

¿Es sostenible esta doctrina de la ‘soberanía de la Constitución’? No suena paradójico que el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, le diga al pueblo, “el poder emana de ti, pero no eres más que un poder constituido y limitado por el contenido jurídico-normativo de la Constitución”. ¿Es coherente y, constitucionalmente legítimo, esta interpretación del Tribunal?

Pero, ante todo, ¿de dónde viene esta concepción, o de qué teórico, o en qué teoría política se inspira?, ¿por qué el Tribunal pretendería debilitar o invalidar el principio político de la soberanía del pueblo?, y ¿para qué le serviría establecer, por medio de la interpretación constitucional, un principio de ‘soberanía de la Constitución’?

En efecto, el principio de soberanía popular es hoy universalmente reconocido en/por casi todas las constituciones democráticas. “El poder emana del pueblo”, y otras disposiciones constitucionales similares como: “la soberanía reside en el pueblo”, “la soberanía, una e indivisible, reside en el pueblo”, “la soberanía es solo del pueblo”, “la soberanía reside esencialmente en la Nación”, “la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo”, “la soberanía reside exclusivamente en el pueblo”, “la soberanía radica en el pueblo”, “la soberanía nacional pertenece al pueblo”, “todo poder estatal emana del pueblo”, “el pueblo es la fuente de todo poder en el Estado”, “el portador y única fuente de poder en [...] es su pueblo multinacional”, “todo poder en la República [...] pertenece al pueblo”; todas estas disposiciones constitucionales, de muchos países, significan, básica y fundamentalmente, que el titular del poder político es el pueblo en su conjunto, y

no un ciudadano, ni un órgano, ni una institución.

Al respecto, el Tribunal no ha tomado en cuenta que la propia Constitución Política de 1993 dispone en el artículo 45°, segundo párrafo, que:

“Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.”

Entonces, de acuerdo con la propia Constitución, ¿no constituye rebelión o sedición, postular que el poder del pueblo está limitado, siempre y en todos los casos, por el contenido jurídico-normativo de la Constitución? ¿no constituye rebelión o sedición, decirle al pueblo, eres un ‘poder constituido’, limitado, y sometido a la Norma Fundamental?

Estando a que, el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, ¿no constituiría rebelión o sedición, autoerigirse en soberano, mediante la postulación, por el Tribunal, del principio de la “soberanía de la interpretación constitucional”?

Como vemos, la posición del Tribunal respecto de la soberanía del pueblo (*i.e.*, que no es ningún soberano, sino solo un poder constituido), tiene implicaciones mayores, no solo para la actividad jurisdiccional del Tribunal, sino también a nivel del funcionamiento del sistema político democrático.

Y es que, un Estado, es Estado, porque tiene el atributo de la soberanía. Históricamente, recaía en el monarca (en la época del absolutismo). Eventualmente, puede recaer en un Parlamento para evitar que recaiga en el pueblo (Reino Unido), puesto que, en tiempos modernos, no puede recaer (o ya no recae más) en el monarca. Por lo general, en los tiempos modernos, puede también recaer en un poder constituyente, pero en una etapa de primigenidad de la Constitución.

La soberanía da origen al Estado. Si no tiene soberanía, un Estado no es Estado. Si el poder político del Estado no recae en el monarca, ni en el pueblo, ni en un poder constituyente, ni en Parlamento, ¿puede, efectivamente, recaer en una Norma Fundamental y, por ende, en su supremo intérprete?

De acuerdo con nuestra Constitución (segundo párrafo, artículo 45°) podría configurarse entonces un caso de rebelión o sedición, de acuerdo con el caso concreto, o uno, o lo otro.

Pero si, eventualmente, recae en la Constitución misma ¿no estaríamos mejor protegidos por la garantía de la aplicación de los derechos fundamentales de las personas, cuya esfera normativa pertenece al derecho internacional de los derechos humanos en todo lo que atañe a los derechos de las personas?

¿No significaría, en el plano interno, que nos encontraríamos ante la soberanía (en última instancia) del Tribunal Constitucional y, en el plano externo, ante la soberanía del derecho internacional, y concretamente, del control de convencionalidad, que puede ser aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH? En suma, estaríamos presumiblemente mejor sometidos a la soberanía del imperio del derecho (el *rule of law* del mundo anglosajón).

El Tribunal, a nuestro juicio, sí se ha apartado del principio político de la soberanía popular. Pero, si bien, apartarse es contrario a lo establecido por el artículo 45° de la Constitución, no lo sería tanto, si, al final de cuentas, el principio de soberanía popular quedase sometido a la aplicación del *rule of law* nacional, al derecho internacional de los derechos humanos y, por ende, al derecho internacional general.

Pero ¿por qué entonces –en la realidad de los hechos– el Tribunal se aparta del principio de soberanía popular?

Para entender mejor la postura del Tribunal, en este caso, es necesario primero, entender los hechos políticos de la coyuntura alrededor del caso *sub judice*.

En el caso en cuestión, los partidos políticos mayoritarios y minoritarios pugnaban por definir cuál sería, y qué porcentaje tendría la barrera electoral, para las elecciones generales de entonces, y también cómo y por qué mecanismo se traducirían los votos en escaños (es decir, qué sistema electoral sería el adoptado por la ley). Como en toda pugna de intereses, se trataba de definir las reglas de juego del sistema electoral peruano.

Era imperativo entonces redefinir y, rediseñar variantes de, algunos conceptos centrales, como los ya mencionados: principio democrático, soberanía popular, democracia representativa y democracia directa, derechos fundamentales y participación política indirecta.

Creemos que, de ningún modo, el Tribunal buscaba llegar, por extensión, a sustituir el principio político de la soberanía popular por el principio de la supremacía del derecho (*rule of law*) que, de cierto modo, substituiría mejor al concepto de la ‘soberanía de la Constitución’.

Dada la composición del Tribunal (en su mayoría magistrados vinculados a los grandes partidos de la derecha liberal y ultraliberal), creemos que el razonamiento del Tribunal era el de restringir la cobertura de legitimidad del principio democrático que, a su vez, se fundaba en un principio de soberanía popular inexistente o, al menos, debilitado. Relajando la fuerza normativa de ambos principios, la defensa de una barrera electoral definida, por la mayoría en el Congreso, de 5%, no iba a suponer ningún tipo de vulneración constitucional. De este modo, la barrera electoral se ajustaría a los intereses particulares de los partidos mayoritarios de la derecha, en particular, a los intereses partidarios de Fuerza Popular y su cúpula dominante; pero resultada contrario a los intereses de las agrupaciones y organizaciones políticas minoritarias.

Por otro lado, una importante (pero desmesurada) preocupación, expresada por el Tribunal, era el peligro de que el pueblo pudiera –en algún momento– actuar como un ‘poder constituyente’ (y no como un ‘poder constituido’, calidad a la que el Tribunal le había asignado) y que, en esa condición, no pudiera ser capaz de autolimitarse y restringirse en el ejercicio de su poder (Sentencia Exp. N° 00014-2002-PI/TC, fundamento 116). (Exp. N° 00013-2021-PI/TC, FJ. 46).

Al respecto, pensamos que resulta paradójico, por no decir insólito, que un Tribunal ‘constituido’, pretenda reducir al pueblo (al soberano) a similar condición de “poder constituido”, para que así no pueda ‘extralimitarse’ y actuar como un

“poder constituyente”. ¿Extralimitarse en qué? Una casi segura respuesta sería, para que el pueblo no pueda dotarse de una nueva Constitución, o para que no pueda efectuar una reforma constitucional sustancial de la Constitución en vigor. ¿De qué teórico, o teoría política proviene esta peculiar doctrina de “soberanía de la Constitución”, asumida por el Tribunal?

La posición del Tribunal Constitucional es clara al respecto: no existen soberanos. Admite en su lugar que, el pueblo, un ‘poder constituido’ (para el Tribunal), está siempre, y en todos los casos, “limitado e informado”, por el contenido jurídico-normativo de la Norma Fundamental.

Al parecer, el Tribunal se inspira, en la obra de Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil* (1992), donde el autor propone incluso una “Constitución sin soberano” y, eventualmente, una “Constitución internacional”, o un conjunto de constituciones “abiertas” que permitan reflejar la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política. En una época de sociedades plurales, como las actuales, señala el autor: “hay quien ha considerado posible sustituir, en su función ordenadora, la soberanía del Estado (y lo que de exclusivo, simplificador y orientador tenía de por sí) por la soberanía de la Constitución”. Propone una sociedad “dúctil”, construida sobre el pluralismo y las interdependencias. El eminente teórico italiano es uno de los más influyentes del movimiento neoconstitucionalista.

En resumen, la postura del Tribunal Constitucional respecto del principio de soberanía popular (consagrado en el artículo 45° de la Constitución) ignora que la fuente de la legitimidad, de todo poder político en el Estado, reside en el pueblo. En este sentido, consideramos que la Constitución difícilmente podría legitimarse a sí misma.

D. Significado de la democracia representativa y la democracia directa para el Tribunal Constitucional

Ahora bien, en el marco de la concepción de la democracia, por el Tribunal Constitucional, hemos visto que cuando se refiere a la democracia, también se refiere al derecho fundamental a la participación política (como la “materialización” del mismo), pero –paradójicamente– deja de lado al pueblo. Asimismo, hemos visto que cuando el Tribunal se refiere al principio democrático, parece asimilarlo más al concepto de la democracia representativa, que al concepto de democracia directa. ¿Qué es la democracia representativa y qué es la democracia directa, para el Tribunal? ¿Tiene algún valor jurídico-político la democracia directa para el Tribunal?

Conforme a lo establecido por el Tribunal, la democracia representativa es el “rasgo prevalente” de nuestra Constitución (Exp. N° 0030-2005-PI/TC, FJ. 0232). Ciertamente, la historia constitucional peruana revela la preeminencia del sistema representativo a lo largo de sus, ahora, más de 200 años de vida independiente.

Solo en la Constitución vigente de 1993, el derecho fundamental a la participación política ha sido reconocido, y se han instituido mecanismos de

participación política directa. A pesar de este cambio importante en la evolución de las instituciones, no parecen haber sido decisivos ni determinantes en el desarrollo de la historia constitucional del país, excepto a partir del tramo relacionado con el referéndum sobre la reforma de la Constitución de diciembre de 2018.

Desde un punto de vista comparativo, la Constitución de 1979, al igual que la Constitución de 1993, establecieron que “el poder emana del pueblo, pero se ejerce por representantes”, estableciendo con ello que el ‘rasgo prevalente’ del sistema político peruano es la democracia representativa, tal como lo afirma el Tribunal.

Si bien ambas constituciones, de 1979 y 1993, reconocieron que todos los ciudadanos pueden participar ‘directamente’ en los asuntos públicos, la Constitución de 1979 no estableció otro mecanismo que no sea el de ‘participar’ para “elegir” representantes. En efecto, la Constitución de 1979 no reconoció el derecho del pueblo peruano a ejercer su poder para presentar iniciativas legislativas, tampoco reconoció el derecho a referéndums ratificatorios de las leyes aprobadas por el Congreso, o a la insurgencia contra un gobierno injusto. El sistema político de la Constitución de 1979 fue categóricamente representativo.

En cambio, en la Constitución de 1993, sí se puede constatar una cierta evolución que va de reflejar un sistema netamente representativo (Constitución de 1979), hacia otro casi completamente, pero no del todo, representativo (Constitución de 1993). Paradójicamente, el gobierno que introdujo este cambio sustancial no es de origen democrático, sino más bien dictatorial, es decir, proveniente de un autogolpe de Estado. Empero, el Tribunal Constitucional infiere que, no es posible aplicar exclusivamente los mecanismos de la democracia directa.

En cuanto a la aplicación, en el Perú, de los mecanismos de la democracia directa, el Tribunal no habría notado que, en los hechos, se ha producido el paso de un sistema puramente representativo (Constitución de 1979) hacia otro no del todo representativo (Constitución de 1993), porque la Constitución misma reconoce la existencia de los mecanismos de la democracia directa, a través del reconocimiento del derecho fundamental a la participación política (artículo 2°, inciso 17), y por medio de la ley N° 23600 (Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos), que, presuntamente, debe promover el uso de los mecanismos de participación directa, pero que, en lugar de promoverlos, los restringe.

En los hechos, además de las experiencias de los referéndums, la Constitución peruana ha incorporado la revocatoria del mandato, la iniciativa constitucional “desde abajo”, la iniciativa legislativa y la derogatoria popular de las leyes, las cuales casi nunca han funcionado.

En materia de referéndums, en el Perú, la práctica de los mecanismos de la democracia directa no es muy extenso (como en Suiza, por ejemplo, que maneja récords mundiales de participación política directa de sus ciudadanos), pero, a

nivel de impacto real, es susceptible de incidir en la teoría y la práctica de este mecanismo constitucional de participación política directa.

Como lo hemos señalado, el cambio es notorio, en la teoría y la práctica del derecho fundamental a la participación política; y, a nivel interno y externo, se está desarrollando un “escenario de democratización de la sociedad”, como lo constata el Tribunal.

Pero lo que resulta más sorprendente es que el Tribunal haya citado al propio Juan Jacobo Rousseau (filósofo político ginebrino, figura de la época de la Ilustración por su contradicción al pensamiento ilustrado, ‘contractualista’, y buque insignia de la teoría de la participación política directa), para fundamentar las razones históricas por las que considera que la democracia representativa, y no la democracia directa, es una buena forma de gobierno. El Tribunal señaló, al respecto, que:

“Fue el propio Rousseau quien, en su *Contrato Social*, sostuvo –bajo la premisa de que la soberanía del pueblo no podía ser representada (convencido de que ello devendría en su pérdida y la consecuente sumisión popular a la voluntad de los representantes)– que, dada la diversidad de condiciones necesarias para conseguirla, jamás existiría una verdadera democracia. Incluso hoy se acepta que, dada la complejidad del Estado moderno, es imposible, que éste pueda desenvolverse, exclusivamente, a través de mecanismos de democracia directa. Considerar que en las sociedades modernas los ciudadanos tienen la capacidad de deliberar y decidir sobre la cosa pública, sin la participación de intermediarios para tal efecto, es simple ficción.” (Exp. N° 00030-2005-PI/TC, FJ. 0225).

Es así que el Tribunal Constitucional sostiene que en nuestro país: “[s]in duda, la democracia representativa es una democracia pluralista, pues la representación encuentra en la soberanía popular a su fuente de poder y debe ser seno de contrapesos y controles mutuos entre las diferentes fuerzas políticas. [...]” (Exp. N° 00030-2005-PI/TC, FJ. 0229). Y sobre esta base el Tribunal sustentó que:

“[...]”, la Norma Fundamental es la combinación de dos principios mutuamente dependientes: el principio político de soberanía popular y el principio jurídico de supremacía constitucional.” (Exp. N° 00030-2005-PI/TC, FJ. 0226).

Sobre el concepto de democracia directa, el Tribunal Constitucional se pronunció rotundamente. Los mecanismos de democracia directa son solo el “complemento idóneo para dotar de estabilidad a la democracia representativa” (Exp. N° 00030-2005-PI/TC, FJ. 0226); prosigue el Tribunal:

“Descartada la posibilidad de que una sociedad se rija de una vez y para siempre en base a la manifestación directa de su voluntad para la adopción de todas las decisiones que le atañen, es la democracia representativa el principio que articula la relación entre gobernantes y gobernados, entre representantes y representado. Ella rige nuestro

Estado social y democrático de derecho, encontrándose reconocida en el artículo 45° de la Constitución (Exp. N° 00030-2005-PI/TC, FJ. 0225-0226).

El Tribunal Constitucional reconoce también que: “[b]ien puede decirse que hemos ingresado a un escenario de ‘democratización de la sociedad’ en el que, si bien cobran singular protagonismo los mecanismos de democracia directa, un primer peligro consistiría en creer que lo hacen como si fueran la antítesis de la democracia representativa, cuando no son más que su natural complemento” (Exp. N° 00030-2005-PI/TC, FJ. 0227). Igualmente sostiene el Tribunal que:

“No puede olvidarse que la defensa cerrada de los mecanismos de democracia directa en contraposición a los supuestos perjuicios generados por la democracia representativa, ha sido, finalmente, el recurrente argumento de las dictaduras para pretender fundamentar la supuesta validez de sus organizaciones totalitarias de partido único, en las que por vía de la argucia de una aparente mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, en los hechos y las decisiones terminan siendo monopolio del dictador, en la mejor muestra recreada de la fórmula hobbesiana: *Auctoritas, non veritas facit legem* (La autoridad – no la verdad– hace la ley)” (Exp. N° 00030-2005-PI/TC, FJ. 0227-0228).

A nuestro juicio, el Tribunal Constitucional, siguiendo las doctrinas constitucionales, y el pensamiento político, prevalecientes de la época, se ha decantado por una postura valorativa, clara, y netamente política, a favor de la democracia representativa y el sistema de partidos, señalando que son las únicas vías para participar en la vida política del país.

En relación a este posicionamiento del Tribunal, consideramos importante señalar que Rousseau, quien postuló la teoría política de la democracia directa y de su funcionamiento, basado en la libertad de la participación política directa del individuo, más bien pareció indicar que nadie puede representar al pueblo mejor que el pueblo mismo, y sostuvo categóricamente que la forma de gobierno representativo era una “mala forma de gobierno”, señalando –además– que “en el instante en que un pueblo se da representantes, ya no es libre; ya no es”. En palabras de Rousseau:¹

“La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad general no se representa; o es ella misma, o es otra; no hay término medio. Los diputados del pueblo no son, por tanto, ni pueden ser sus representantes, no son más que sus delegados; no pueden concluir nada definitivamente. Toda ley que el pueblo en persona no haya ratificado es nula; no es una ley. [...]”

¹ ROUSSEAU Jean-Jacques, *Del contrato social, Discurso sobre las ciencias y las artes, Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (traducción de Mauro Armijo), 1ra edición 1980, Sociología Alianza Editorial, p. 120.

Para Juan Jacobo Rousseau, el ciudadano participa en los asuntos públicos desde el inicio del contrato social al poner a su persona bajo la suprema dirección de la 'voluntad general'. Su teoría política concibe la voluntad general, y la subordinación del poder ejecutivo (gobierno), al poder absoluto del soberano (el pueblo).

Rousseau postuló la teoría política de la democracia directa, y de su funcionamiento, basado en la libertad de la participación política directa del individuo. Tuvo gran impacto y su legado histórico perdura.

E. Posición del Tribunal Constitucional respecto del derecho fundamental a la participación política

En esta parte continuaremos a resaltar –de forma sucinta– la estrecha relación que existe entre Constitución, soberanía popular, democracia, y derechos fundamentales; pero, en particular, veremos la posición del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental a la participación política.

Al respecto, puntualiza el Tribunal, que “siendo la Constitución la expresión jurídica de la soberanía popular, ésta otorga a aquella su fundamento y razón de existencia, por lo que una Constitución sólo es identificable como tal en la medida de que se encuentre al servicio de los derechos fundamentales del pueblo. [...]” (Exp. N° 00030-2005-PI/TC, FJ. 0230).

El Tribunal también ha reiterado la necesidad que tiene el Estado social y democrático de derecho, de “respetar, garantizar y promover los derechos fundamentales de cada persona” (Exp. N° 0030-2005-PI/TC, FJ. 0230-0231).

Conforme hemos visto, según el Tribunal, la Constitución, no solo es la “materialización” de la democracia, sino que, los derechos fundamentales, son también la “materialización” del principio democrático. La relación entre Constitución, democracia, derechos fundamentales, y principio democrático, es entonces de interdependencia, y retroalimentación, mutua.

Pero a esta estrecha relación se le tiene que sumar el principio de soberanía del pueblo, sin el cual la Constitución, según el mismo Tribunal, no tendría fundamento, ni razón de existencia. Pero tendríamos que resaltar, además, que el principio de soberanía popular es la fuente de la legitimidad democrática, no solo de la Constitución, sino de todo poder político que se ejerce dentro del Estado. Lo cual nos permite plantear que, difícilmente, podría haber Constitución sin soberano, ni Estado sin soberanía.

El principio de la soberanía del pueblo es entonces esencial a todo Estado y a su ordenamiento jurídico-político. El principio de la soberanía del pueblo también está estrechamente interconectado con el principio democrático.

En cuanto a la estrecha relación que tienen estos conceptos con los derechos fundamentales de las personas, la situación es –sin embargo– un tanto diferente. En concreto, los derechos fundamentales, incluyendo el derecho fundamental a la participación política de las personas (en los asuntos públicos), son personales, independientes de su pertenencia o no a un cierto Estado, ya que, estos derechos humanos son exigibles contra el mismo Estado, o Estados, del

cual uno es un nacional, y son exigibles también contra otros Estados, de los cuales uno no es nacional.

¿Pero, en virtud de qué no dependen, para su existencia, del reconocimiento, por la Constitución de un Estado? En virtud de su pertenencia al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y al derecho de los tratados, es decir, de su pertenencia al derecho internacional general.

En otras palabras, los derechos fundamentales no surgen con las constituciones políticas de los Estados, sino que preceden a la existencia del Estado, son anteriores a estos. En este sentido, un Estado podría no tener Constitución escrita, sin embargo, igual le serían exigibles las garantías de la aplicación de los derechos fundamentales dentro de su ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, el derecho fundamental a la participación política sería el 'derecho fundante' del Contrato Social, que se manifiesta luego en forma de voluntad general para dar origen al Estado, y a su ordenamiento jurídico. En su faceta interna y externa sería, entonces, un derecho de carácter absoluto; y, en su faceta interna (en el marco del Estado social y democrático de derecho) dejaría poco margen para la "configuración legal".

En cuanto al vínculo entre democracia y el derecho fundamental a la participación política, el Tribunal Constitucional ha sostenido reiteradamente que:

“La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1° de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar al máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales. (Exp. N° 00030-2005-PI/TC, FJ. 0232 y Exp. N° 04677-2004-PA/TC, FJ. 12).

Aclarar esto es importante, ya que nos permite explicar mejor en qué estaría fallando la concepción el Tribunal Constitucional cuando define los alcances del derecho fundamental a la participación política (puesto que solo lo puede hacer dentro de su marco constitucional de derecho interno).

Por otro lado, según la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos es también derecho interno; y así lo estableció el Tribunal Constitucional al señalar, en reiteradas oportunidades, que:

“Los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las normas con rango constitucional se encuentran los “Tratados de derechos humanos” [Exp. N° 00047-2004-AI/TC, FJ. 61, y Exp. N° 00025-2005-AI/TC, FFJJ. 25 y ss]; y, que los derechos fundamentales deben ser “obligatoriamente interpretados” no solo en concordancia con dichos tratados, sino también con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (Exp. N° 00005-2007-

PI/TC, FJ. 11 y 12).

También nos interesa aclarar la estrecha relación que tienen los derechos fundamentales con la democracia directa y la democracia representativa, a nivel interno. En el marco del caso en cuestión, el Tribunal explica que, en general, los derechos fundamentales tienen una vinculación directa con la consolidación y la estabilidad de la sociedad democrática, lo que hace de ellos, a su vez, que sean garantías institucionales de la misma; y, sobre el caso de los denominados “derechos políticos” (artículos 2° 17 y 30° a 35°, de la Constitución), el Tribunal señala que:

“Una sociedad en la que no se encuentran plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra ‘herida de muerte’”. (Exp. N° 04677-2004-PA/TC, FJ. 12).

El Tribunal Constitucional también presenta una definición del derecho fundamental a la participación política (reconocido por el artículo 2°, inciso 17, de la Constitución), señalando que “constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad.” (Exp. N° 05741-2006-PA/TC, 11/12/2006, FJ. 2).

Por ello sostiene que el derecho fundamental a la participación política:

“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” (Exp. N° 0030-2005-PI/TC, FJ. 0232).

Empero, el Tribunal considera que, en determinadas circunstancias, como cuando el pueblo se pronuncia en un referéndum, lo hace en calidad de “poder jurídicamente limitado por la Constitución” (Exp. N° 00013-2021-PI/TC, FJ. 45). Por ello, consideramos que, según la concepción del Tribunal, los derechos de participación ciudadanos, incluyendo el de referéndum, son todos “derechos limitados”; y –como lo dijo el mismo Tribunal– estos derechos se ejercen “de conformidad con la Constitución” (es decir, son derechos de configuración legal). En otras palabras, el derecho fundamental a la participación política (cuyo origen no es la Constitución, sino el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho de los tratados, y el derecho internacional general) no sería tan fundamental como su nombre y naturaleza lo expresan, sino de menor rango, ejercidos en el marco de la Ley N° 26300 que establece los derechos de participación y control ciudadanos.

En este sentido, habría una incoherencia estructural en la concepción del Tribunal, derivado de su postura incoherente, o al final de cuentas, de su

negación, del principio de soberanía popular.

F. Sobre la alegada vulneración por el establecimiento de la “barrera electoral”

Retornemos ahora a ver en qué consiste la denominada “barrera electoral”, cuestionada por los demandantes.

La Ley N° 28617 la estableció con la finalidad de regular la participación política de los diversos partidos o movimientos políticos en las elecciones generales, estableciendo un procedimiento de distribución de escaños de acuerdo a porcentajes de representatividad obtenidos (haber alcanzado al menos 6 representantes en más de una circunscripción electoral, *i.e.*, 5% del número legal de sus miembros, o haber alcanzado el mínimo de 5% de los votos válidos a nivel nacional).

El Tribunal señaló al respecto que lo que buscaba la ley es una “representación para todos”.

Por ello era importante que los partidos concurriesen en la formación y manifestación de la voluntad popular, y que los partidos políticos no sean simples agrupamientos representativos de intereses particulares.

El procurador del Congreso, por su parte, afirmó, entre otras cosas, que la “barrera electoral” evitaría la “dispersión electoral”, favorecería la gobernabilidad y estabilidad del sistema político; y, favorecería el sistema de partidos.

El Tribunal, por su parte, señaló la necesidad de establecer, entre las materias constitucionalmente relevantes, el rol del principio democrático en el Estado social y democrático de derecho, abordando, igualmente, otras materias relevantes como los conceptos de democracia representativa, el derecho fundamental a ser elegido representante (como derecho de configuración legal), y el sistema de representación proporcional, incluyendo la finalidad de la “barrera electoral”.

El Tribunal señaló, asimismo, que son erróneas las premisas en la argumentación de los demandantes, dado que el acceso al cargo se encuentra condicionado por el principio de representación proporcional (artículo 187° de la Constitución), y por la necesaria pertenencia a una organización política. También señaló que el derecho fundamental a ser elegido representante es un “derecho de configuración legal”, que establece que los ciudadanos tienen derecho a ser elegidos representantes “de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”, y por el principio de representación proporcional, el cual queda determinado conforme al mecanismo electoral que establece la ley.

Sobre el sistema electoral de representación proporcional el Tribunal destacó que es el modo según el cual el elector manifiesta, por medio del voto, el partido o candidato de su preferencia, y, según el cual, los votos se convierten en escaños; que, dicha representatividad puede lograrse a través del “principio de representación por mayoría” (donde la adjudicación de escaños se rige por la regla de la mayoría: esto es, sólo se determina al vencedor o vencedores); o por

medio del “principio de representación proporcional” (donde la adjudicación de escaños procura, proporcionalmente, la representación de las diversas organizaciones políticas).

De este modo, la inconstitucionalidad de la ley de la “barrera electoral” podría verificarse solo en caso de que: (i) se desvirtúe el principio de representación proporcional, o (ii) se carezca de finalidad constitucionalmente válida.

En el primer caso, el Tribunal encontró que la “barrera electoral”, en modo alguno puede considerarse, “en sí misma, contraria al sistema de representación proporcional, sino simplemente una variante más de dicho sistema”.

En el segundo caso, el Tribunal encontró que la “barrera electoral” es plenamente compatible con la Constitución, pues se encuentra orientada a:

- A) Evitar el acceso al Congreso de partidos políticos con mínima o nula representatividad que impidan el cumplimiento de la finalidad de la Constitución: “concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular” (artículo 35°).
- B) Conseguir que todas las agrupaciones políticas gocen siquiera de un mínimo de representatividad.
- C) Evitar una fragmentación en la representatividad congresal que obstaculice la gobernabilidad.
- D) Impedir que, como consecuencia de la referida fragmentación, una mayoría simple pueda resultar beneficiada por la ausencia de contrapesos.

En resumen, para el Tribunal, en una democracia fragmentada, como la nuestra, no existe posibilidad de generar consensos (entre grupos mayoritarios y minoritarios del Congreso), por lo que al evaluarse la constitucionalidad de la “barrera electoral”, debe tenerse en cuenta ciertos hechos de la vida política, por ejemplo, la gobernabilidad, que exige una participación política plural, pero también que una representatividad atomizada elimina la posibilidad de gobernar de forma eficiente. Por ello resulta necesario, para el Tribunal, la generación de un “consenso de las mayorías”.

Entonces, sobre el argumento en torno al cual ha girado la argumentación central de los demandantes, es decir, sobre la supuesta afectación de los derechos fundamentales a elegir y ser elegidos representantes al Congreso, el criterio del Tribunal fue el siguiente: si la participación en política para la formación de la voluntad político-estatal, es presupuesto indispensable de una sociedad democrática, la ‘barrera electoral’ no constituye *per se* una vulneración al derecho fundamental de la participación política, porque es un derecho de configuración legal, que no desvirtúa el principio de representación proporcional, cuya finalidad es constitucionalmente válida.

A nuestro parecer, sin embargo, en esta sección sobre la “barrera electoral”, el Tribunal se habría orientado fuertemente (incluso hasta en la fundamentación de la misma) de la sentencia del Tribunal Constitucional español N° 75/1985, que es un caso bastante parecido, sobre una “barrera electoral” para la distribución de escaños de Diputados al Parlamento de Cataluña.

No obstante el ejemplo utilizado, de otro país, se puede apreciar en esta sentencia que, en España, para tener derecho al reparto electoral, el porcentaje mínimo de votos no es de 5%, sino solo 3%, lo cual es una cifra claramente mucho más asequible, y mucho más 'participativa', en términos de acceso a la representación electoral.

¿Significa esto que los criterios utilizados por el Tribunal para determinar la inconstitucionalidad de la "barrera electoral" resultarían arbitrarios e injustos?

Efectivamente, del ejemplo del Tribunal Constitucional español, fácilmente puede verificarse que una barrera electoral de 3% tampoco vulneraría, de ninguna manera, los criterios utilizados por el Tribunal, es decir, (i) si la "barrera electoral" desvirtuaría el principio de representación proporcional, y (ii) si la "barrera electoral" afectaría la finalidad constitucional.

Muy por el contrario, encontramos que una eventual "barrera electoral" de 3% sí reflejaría, y plenamente, el respeto por la igualdad jurídica de los partidos políticos oficialmente inscritos, y el respeto por los derechos fundamentales de las minorías.

El Tribunal había indicado, inicialmente, que lo que buscaba la ley en cuestión era una "representación para todos". Pues bien, el Tribunal mismo no lo estaría respetando, ya que, bajo el razonamiento del Tribunal, se está dando como resultado, una representación no para todos, sino solo para los partidos mayoritarios, con la consecuente discriminación de los grupos minoritarios.

Sobre este punto, los congresistas demandantes no argumentaron en su petitorio la afectación del artículo 2º, inciso 2, de la Constitución ("A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole"), es decir, la vulneración del derecho fundamental a la igualdad, y la vulneración de la prohibición general de discriminación; así como la afectación de la garantía constitucional del derecho fundamental a la igualdad entre partidos políticos que están formalmente inscritos.

Claramente, y en vista de los hechos, que el sistema político actual sigue igual de fragmentado, atomizado, y capturado por los intereses particulares, y que el sistema de partidos no cumple su rol, por cuanto, en su gran mayoría, también han sido capturados por la corrupción, el razonamiento del Tribunal, sobre la constitucionalidad de la "barrera electoral", deja mucho que desear.

G. Reflexiones finales

Para el Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales son la materialización del principio democrático, porque "se materializa a través de la participación política indirecta de la ciudadanía; es decir, a través de sus representantes libremente elegidos".

Con una concepción de la democracia bastante restringida, en este caso, el Tribunal parece relacionar el derecho fundamental a la participación política, casi exclusivamente, con el derecho de sufragio, lo que no corresponde a la concepción más amplia que se tiene del derecho fundamental a la participación

política.

En efecto, según nuestra Constitución, el derecho fundamental a la participación política también comprende el derecho de iniciativa legislativa y de referéndum, de remoción o revocación de autoridades, de petición de rendición de cuentas, y no solo derechos de elección.

Al respecto, consideramos que una visión más completa sería la de considerar al principio democrático como la manifestación del derecho fundamental a la participación política –directa e indirecta– de las personas, y no solo la participación política “indirecta”; pero, el Tribunal, además, no las distingue de la participación de los partidos políticos (que es otro tipo de participación) y su importancia para la gobernabilidad.

Con ello, el Tribunal estaría equiparando la actividad de la participación en política, de los partidos políticos, al derecho fundamental de las personas de participar en política (este último, ‘derecho superior’), dando prioridad a la participación de los partidos políticos y a su rol en la formación de la voluntad política.

Se sigue que, una visión más completa, del principio democrático, sería concordante con la aceptación plena del principio de soberanía popular (El poder emana del pueblo) donde la representación encuentra en la soberanía popular su fuente de legitimidad.

De allí que, si el derecho fundamental a la participación en política, considerado en el sentido amplio, que verdaderamente le es atribuido, es presupuesto indispensable para la formación de la voluntad político-estatal de una sociedad democrática, la ‘barrera electoral’ (de 5%), sí constituiría *prima facie* una vulneración al derecho fundamental a la participación política. También vulneraría el derecho a la igualdad jurídica entre partidos políticos oficialmente inscritos, con la consiguiente discriminación de ciertas minorías, quienes quedarían “sin representación” en un sistema principalmente representativo.

VI. CONCLUSIONES

A. Sobre el problema jurídico principal

Conforme hemos visto, dada la concepción restrictiva que el Tribunal Constitucional tiene sobre el principio democrático (reducido a ‘principio democrático representativo’), y la concepción peculiar que tiene sobre el principio de soberanía del pueblo (reemplazado ahora por la ‘soberanía de la Constitución’), hemos llegado a la conclusión que el Tribunal tiene, igualmente, una concepción restrictiva del derecho fundamental a la participación política (el Tribunal privilegia la participación política indirecta, a expensas de la participación política directa).

Existe pues correlación entre la concepción que el Tribunal tiene sobre estos principios (de democracia y de soberanía de la Constitución) con la concepción que tiene del derecho fundamental a la participación política; y es porque, además, todo su razonamiento se enmarca dentro del sistema de democracia

representativa.

Ello explica la respuesta que da para la resolución del presente caso (*i.e.*, que la “barrera electoral” no es inconstitucional). El costo es, sin embargo, alto. Se da expensas de poner de lado al principio de soberanía popular (sustento de la legitimidad democrática), que está establecido en la Constitución.

Ello también explica, que en un contexto de “soberanía de la Constitución” (y no del pueblo), los mecanismos de la democracia directa, para el Tribunal, sean solo ‘complementarios’ de la democracia representativa, pudiendo también ser ‘coadyuvantes’.

B. Sobre los problemas jurídicos secundarios

1. Sí, el principio democrático tiene una característica o naturaleza en un sistema de democracia representativa, y otro en un sistema de democracia directa, para el Tribunal Constitucional.
2. Sí, el principio de soberanía popular tiene una característica o naturaleza en un sistema de democracia representativa, y otro en un sistema de democracia directa, para el Tribunal Constitucional.
3. Sí, cuando se produce una vulneración al principio democrático, sí se produce una afectación al principio de soberanía popular.
4. Sí, cuando se produce una vulneración al principio de soberanía popular, sí se produce una afectación al principio democrático.
5. Sí, cuando se produce una vulneración al derecho fundamental a la participación política, sí se produce una afectación del principio de soberanía popular y, por ende, al principio democrático.
6. Bajo un sistema de democracia representativa, la ‘barrera electoral’ no vulneraría el derecho fundamental a participar en política, pero sí lo vulneraría en un sistema de democracia directa o de democracia participativa.

VII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Sentencias

Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 75/1985, *Recursos de amparo núms. 488 y 632/1984*, Madrid, 18 de junio de 1985, BOE núm. 170. Suplemento. STC, Exp. N° 0003-1996-I/TC, *Proceso de Inconstitucionalidad promovido por 36 Congresistas de la República. Sobre la Ley que regula el referéndum*, Lima, 20 de diciembre de 1996.

STC, Exp. N° 005-2003-AI/TC, *Congresistas de la República*, Lima, 3 de octubre de 2003.

STC, Exp. N° 014-2003-AI/TC, *Alberto Borea Odría y Más de 5,000 Ciudadanos*, Lima, 10 de diciembre de 2003.

STC, Exp. N° 4677-2004-PA/TC, *Confederación General de Trabajadores del Perú*, Lima, 7 de diciembre de 2005.

STC, Exp. N° 0030-2005-PI/TC, *Más del 25% del Número Legal de Miembros del Congreso de la República*, Lima, 2 de febrero de 2006.

STC, Exp. N° 5741-2006-PA/TC, *Absalón Lorgio Verdi Olivares*, Lima, 11 de diciembre de 2006.

STC, Exp. N° 00005-2007-PI/TC, *Colegio de Abogados de Lambayeque*, Lima, 26 de agosto de 2008.

STC, Exp. N° 00013-2021-PI/TC, *Caso de la Junta Nacional de Justicia*, Lima, 19 de octubre de 2021.

Artículos y libros

AGUIAR DE LUQUE Luis, *Democracia Directa y Derecho Constitucional* (tesis doctoral), Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, marzo 1977, 558 p.

BERNALES BALLESTEROS Enrique, *El Derecho Humano a la Participación Política*, Revista Derecho PUCP, N° 59, 2006, Lima, p.11. Reproducido en: Comisión Andina de Juristas (CAJ), pp. 9-32.

BLOOM Allan, "Jean-Jacques Rousseau [1712-1778]", en: STRAUSS Leo, y CROPSEY Joseph (compiladores), *Historia de la Filosofía Política*, 7ma reimpresión 2010, Fondo de Cultura Económica, México, D.F., pp. 529-548.

BOTELLA Juan, CAÑEQUE Carlos, y EDUARDO Gonzalo (eds.), "Rousseau: el republicanismo, la soberanía y la voluntad general", en: *El Pensamiento Político en sus textos: de Platón a Marx*, Madrid, Tecnos 1998, pp. 26-39.

CHANAMÉ ORBE Raúl, *La Constitución comentada*, Ediciones Legales, Vol. 1 y 2, Lima, 2015, 1456 p.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General N° 25, La participación en los asuntos públicos y el derecho a voto, artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (57° Período de Sesiones, 1996), párrafo 6.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Observaciones Generales Adoptadas por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, fecha: 19 de mayo de 1989. Doc. CCPR/C/21/Rev.1.

DALLA VIA Alberto Ricardo, *Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 26/08/2011, 65 p.

– "Los derechos políticos y electorales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anales de la Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Buenos Aires, 2 de mayo de 2012, pp. 5-31.

FERNÁNDEZ GARCÍA Eusebio, "La aportación de las teorías contractualistas", en: PECES-BARBA Gregorio, y ASIS Rafael, *Historia de los Derechos Fundamentales en el Siglo XVIII*, Universidad Carlos III de Madrid, Repositorio Institucional e-Archivo, Vol. II, 2001, pp. 3-42.

GARCÍA BELAUNDE Domingo, *Las Constituciones del Perú*, 3ra ed., JNE, 2016, 753 p.

HÄBERLE Peter, *Métodos y Principios de la Interpretación Constitucional. Un*

Catálogo de Problemas, Revista de Derecho Constitucional Europeo, N° 13, 2010, pp. 379-414.

– “La revisión total de la Constitución Federal Suiza de 1999/2000” (traducción del alemán por Carmen Zavala, revisión de César Landa), *Revista Peruana de Derecho Público*, N° 1, Nueva Época, 2004, pp. 135-154. Reproducido en: HÄBERLE Peter, *Nueve Ensayos Constitucionales y una Leyenda Jubilar*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Palestra, Lima, febrero de 2004.

IDEA, “When Citizens Take the Initiative: Design and Political Considerations”, en: *Direct Democracy : The International IDEA Handbook*, Institute for Democratic and Electoral Assistance (IDEA), Stockholm, 2008, pp. 61-80.

JURADO NACIONAL DE ELECCIONES (JNE), *Guía de Participación Ciudadana del Perú*, JNE y PNUD, Lima, 2008, 70 p.

LANDA ARROYO César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Palestra, 3ra edición, 2007, 1005 p.

LOZANO TELLO Gladys Jeanette, *Las Iniciativas Ciudadanas de Reforma Constitucional al Interior del Congreso de la República: Mecanismo Participativo Ineficaz para la Solución de los Problemas de Representación* (tesis para optar el grado de magister en ciencias políticas con mención en política comparada), abril de 2013, Escuela de Posgrado, PUCP, 169 p.

MARAVÍ SUMAR Milagros, “El funcionamiento de las instituciones de la democracia directa en el Perú a partir de la Constitución Política de 1993”, *Ius et Praxis*, vol. 4, núm. 2, 1998, Universidad de Talca, Chile, pp. 135-147.

NOVAK Fabián, “Mecanismos de participación directa y fortalecimiento de la democracia representativa”, *Agenda Internacional*, Año XVIII, N° 29, 2011, pp. 67-90.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Del contrato social, Discurso sobre las ciencias y las artes, Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (traducción de Mauro Armíño), 1ra edición 1980, Sociología Alianza Editorial, 385 p.

RUBIO C. Marcial, EGUIGUREN P. Francisco, BERNALES B. Enrique, *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Fondo Editorial PUCP, 3ra ed., 2017, 828 p.

VERGARA ESTÉVEZ Jorge, “Democracia y Participación en Jean-Jacques Rousseau”, *Revista de Filosofía*, N° 68, 2012, pp. 29-52.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-43602012000100004>

WIELAND CONROY Hubert, “El referéndum: un derecho constitucional que el Congreso de la República prefiere ignorar”, *La Mula* (lamula.pe), 29 de abril de 2019.

— “Iniciativa legislativa y referéndum: dos herramientas de participación política ciudadana directa”, *La Mula* (lamula.pe), 14 de junio de 2018.

ZAGREBELSKY Gustavo, *El Derecho Dúctil* (traducción de Marina Gascón), Editorial Trotta, Madrid, 1992.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
0030-2005-PI/TC

**SENTENCIA
DEL PLENO DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**
Del 2 de febrero de 2006

Más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República (demandantes)
c. Congreso de la República (demandado)

Asunto:

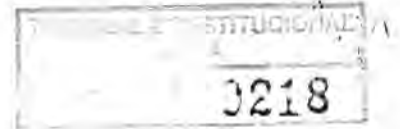
Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28617 —Ley que establece la Barrera Electoral—.

Magistrados firmantes:

GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0030-2005-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO
LEGAL DE MIEMBROS DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 2 días del mes de febrero de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados García Toma, presidente; Gonzales Ojeda, vicepresidente; Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, con el fundamento de voto del magistrado Alva Orlandini, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28617, que modifica los artículos 20º y 87º de la Ley N.º 26859 —Ley Orgánica de Elecciones—, y el artículo 13º, inciso a), de la Ley N.º 28094 —Ley de Partidos Políticos—.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso: Proceso de inconstitucionalidad.

Demandantes: 35 Congresistas de la República.

Norma sometida a control: Ley N.º 28617.

Bienes constitucionales cuya afectación se alega:

El derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política de la Nación (artículo 2º, inciso 17); el derecho de los ciudadanos de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes (artículo 31º); de ejercer sus derechos individualmente, o a través de organizaciones políticas, y que tales organizaciones concurren en la formación y manifestación de la voluntad popular (artículo 35º); haber excedido de los requisitos previstos constitucionalmente para ser congresista (artículos 90º y 91º); el principio de que el sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las



votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos, y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa (artículo 176°); el derecho a que el escrutinio de los votos se realice en acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio (artículo 85°); el sistema de representación proporcional de las elecciones pluripersonales (artículo 187°).

Petitorio:

Que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28617, que modifica los artículos 20° y 87° de la Ley Orgánica de Elecciones y el artículo 13° de la Ley de Partidos Políticos. Asimismo, que, por conexión o consecuencia, se extienda la declaración de inconstitucionalidad a las demás normas legales que se relacionen con la norma impugnada y se dicten después de interpuesta la demanda.

III. NORMA CUESTIONADA

La norma impugnada es la Ley N.º 28617, que dispone:

Artículo 1°.- Modifícanse los artículos 20° y 87° de la Ley Orgánica de Elecciones, los mismos que quedarán redactados de la siguiente manera:

Artículo 20°.- Las Elecciones para Congresistas se realizan conjuntamente con las elecciones para Presidente y Vicepresidentes de la República.

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 en el ámbito nacional.

Artículo 87°.- Los partidos políticos y las alianzas que para el efecto se constituyan pueden presentar fórmulas de candidatos a Presidente y Vicepresidentes, y listas de candidatos a congresistas en caso de Elecciones Generales, siempre que estén inscritos o tengan inscripción vigente en el Jurado Nacional de Elecciones. Se considera vigente la inscripción de los partidos políticos y alianzas de partidos que hayan obtenido representación parlamentaria en el último proceso de Elecciones Generales.

Los partidos políticos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigencia temporalmente por espacio de un (1) año, al vencimiento del cual se cancelará su inscripción.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Artículo 2°.- Modifícase el artículo 13° de la Ley de Partidos Políticos, que quedará redactado como sigue:

Artículo 13.- 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.
(...).

DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA.- Para las elecciones presidenciales y parlamentarias del año 2006 se entenderá que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria del artículo 20 de la Ley Orgánica de Elecciones será de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional será de cuatro por ciento (4%).

Igualmente para el mismo proceso electoral relacionado en esta Disposición Transitoria se entenderá que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria del inciso a) del artículo 13 de la Ley de Partidos Políticos será de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional será de cuatro por ciento (4%).

IV. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 10 de noviembre de 2005, 35 Congresistas de la República interponen demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N.º 28617, cuyo artículo 1º modifica los artículos 20º y 87º de la Ley Orgánica de Elecciones (en adelante, LOE), y cuyo artículo 2º modifica el artículo 13º de la Ley de Partidos Políticos (en adelante, LPP).

Los fundamentos de la demanda son los siguientes:

- a) La Ley cuestionada, al referir que para ingresar 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 a nivel nacional, vulnera el derecho fundamental a ser elegido representante (artículo 31º de la Constitución), pues establece condiciones para su ejercicio que rebasan los lineamientos que la Constitución ha establecido en sus artículos 90º (que establece que para ser congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido 25 años y gozar de derecho de sufragio) y 91º (que enumera a los funcionarios que no pueden ser elegidos congresistas si no han dejado el cargo 6 meses antes de la elección).
- b) Condicionar el acceso al cargo de congresista a que el partido político al que se pertenece alcance un mínimo de representantes, vulnera directamente los citados artículos constitucionales.



- c) La “barrera electoral” vulnera la libertad con la que los ciudadanos deben ejercer su derecho fundamental a elegir a sus representantes (artículo 31° de la Constitución), pues aún cuando un candidato obtenga un número de votos que le permita encontrarse entre los 120 candidatos más votados, ello no lo hará merecedor del cargo de congresista, pues dicho acceso estará supeditado al porcentaje de votos alcanzado por su partido político. La Ley da lugar a una inconstitucionalidad, pues los 120 parlamentarios no serán necesariamente los 120 candidatos que obtuvieron el mayor número de votos.
- d) El derecho de sufragio tiene naturaleza personal, de modo que no es posible que pueda ser compatible con una ley que establezca un condicionamiento respecto de la participación de un determinado partido político en el Congreso.
- e) El límite es irrazonable, pues no se desprende del propio texto constitucional; en concreto, no deriva de sus artículos 30° (que establece los requisitos para ser ciudadano) y 33° (que establece las causas por las que se suspende la ciudadanía).
- f) La Ley impugnada evita que las elecciones al Congreso sean expresión fiel de la voluntad de la ciudadanía, tal como lo exige el artículo 176° de la Constitución. Se da prioridad al interés de un partido político antes que al interés del pueblo.
- g) La Ley cuestionada resta la participación de las minorías y se deja sentadas las bases para el establecimiento de un antipluralismo político, generándose un clima de desincentivo para la formación de nuevos partidos políticos y fortaleciendo peligrosamente a los grupos mayoritarios, lo que puede repercutir en un forzado triunfo de las oligarquías partidarias.
- h) La modificación del artículo 87° de la LOE, conforme a la cual los partidos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigente su inscripción temporalmente por espacio de un año, al vencimiento del cual será cancelada, afecta directamente al Estado social y democrático de derecho, sustentado en un sistema democrático, ya que lo que se pretende es la desaparición de cualquier tipo de representación de las minorías.

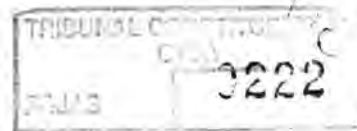
2. Contestación de la demanda

Con fecha 11 de enero de 2006, el apoderado del Congreso de la República contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, por los siguientes fundamentos:

- a) La Ley dificulta a los partidos pequeños el acceso a las curules, fomenta las alianzas y coaliciones partidarias, y disuade la proliferación de pequeños partidos. Evita la dispersión electoral que debilita la gobernabilidad y la estabilidad del sistema político nacional. Favorece el sistema de partidos políticos.
- b) No existe afectación del artículo 176° de la Constitución, pues lo que los demandantes entienden como “la expresión fiel de la voluntad de la ciudadanía reflejada en las urnas”, de ninguna manera puede entenderse como la adopción de una determinada técnica electoral para traducir los votos en escaños. Corresponde al legislador, a través de las normas electorales, elegir o modificar los mecanismos, técnicas y métodos para



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



convertir los votos en escaños, sin más límites que los que el marco constitucional ha dispuesto.

- c) No es cierto que la Ley priorice el interés de un partido político al interés del pueblo, porque lo que prioriza es la gobernabilidad y el desempeño adecuado del órgano parlamentario, representante de la voluntad popular.
- d) No solamente la Constitución establece los requisitos o condiciones para ser elegido congresista, sino que también lo hace, por encargo de ella misma (artículos 2º, inciso 17, y 31º), la LOE.
- e) Le corresponde a la ley y no a la Constitución —según establecen los artículos 2º, inciso 17; 31º; 176º, y 187º— definir la forma de convertir los votos en escaños. De manera tal que estas leyes pertenecen al bloque de constitucionalidad, razón por la cual resulta errónea la afirmación de que la Ley incoada vulnera el derecho fundamental a elegir y ser elegido.
- f) En el hipotético y negado caso de que nos halláramos ante una excesiva intervención del Estado con respecto al derecho fundamental al sufragio, la norma no vulnera el principio de proporcionalidad, pues tiene un fin constitucional (reforzar el Estado democrático) y es una medida idónea para alcanzarlo. A lo que se agrega que el legislador debe disponer de libertad de apreciación de la realidad, a efectos de definir qué medida es necesaria en aras de alcanzar un determinado fin constitucional.
- g) Un gobierno democrático no se caracteriza únicamente por dotar de facultades efectivas a sus ciudadanos para ejercitar sus derechos fundamentales, como el de sufragio, sino que además debe contar con instituciones jurídicas que permitan hacer efectiva la democracia.
- h) El carácter personal del voto (artículo 31º de la Constitución), no es vulnerado por la “barrera electoral”, pues dicha cualidad implica que éste sea ejercido por el ciudadano mismo sin representante alguno.
- i) No es cierto afirmar que los 120 parlamentarios electos son aquellos 120 candidatos que obtuvieron el mayor número de votos, pues nuestro sistema electoral emplea el mecanismo de la cifra repartidora que, inevitablemente, lleva a que algunos miembros de un partido no lleguen al Parlamento pese a haber obtenido más votos preferenciales que los de otro partido.
- j) La Ley impugnada no niega el derecho de participación política de los ciudadanos, ni desconoce la importancia de los partidos políticos, sino que, por el contrario, reconociendo su gravitante finalidad (ser intermediarios entre la población y el Estado), les asigna un tratamiento complementario. Resulta de esencial importancia la consolidación de un sistema de partidos en el país, y para ello es necesario tomar medidas que atenúen la fragmentación y la polarización del mismo.
- k) Los partidos políticos deben tener presencia y organización nacional, motivo por el cual se les exige un mínimo de representación parlamentaria o votación a nivel nacional. Uno de los objetivos de la Ley cuestionada es, precisamente, no mantener vigente la inscripción de organizaciones políticas que no sean representativas y que no puedan cumplir con aquella labor esencial de ser canalizadoras de la voluntad popular. Los



partidos políticos son personas jurídicas de derecho privado, pero con una función pública. La existencia de numerosos grupos de representación pequeños imposibilita la consecución de los intereses e ideales de la Nación y de los ciudadanos que la conforman.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

1. Determinar el rol del principio democrático en el Estado social y democrático de derecho. Para tales efectos, deberán abordarse las siguientes materias:
 - 1.1 La democracia representativa.
 - 1.2 El principio democrático como fundamento del Estado social y democrático de derecho.
 - 1.3 El principio democrático como principio articulador en el Estado social y democrático de derecho.
2. Determinar si la ley vulnera el derecho fundamental a ser elegido representante. Para tales efectos deberán abordarse las siguientes materias:
 - 2.2 El derecho fundamental a ser elegido representante y la unidad de la Constitución.
 - 2.3 El derecho a ser elegido representante como derecho de configuración legal.
3. Determinar si la ley afecta el sistema de representación proporcional. Para tales efectos deberán abordarse las siguientes materias:
 - 3.1 Principio de representación por mayoría.
 - 3.2 Principio de representación proporcional.
 - 3.3 Finalidad de la "barrera electoral".
4. Determinar si la ley vulnera el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes.
5. Determinar si la ley vulnera la función constitucionalmente encomendada a los partidos políticos.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio.

1. La demanda tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N.º 28617 —Ley que establece la Barrera Electoral—, por afectar los artículos 2º, inciso 17; 30º, 31º, 33º, 35º, 90º, 91º, 176º, 185º y 187º de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
3224

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Dicha Ley consta de dos artículos y una disposición transitoria. Los demandantes no han especificado qué cláusulas son las inconstitucionales. Sin embargo, del tenor de la demanda es posible advertir que, en concreto, consideran inconstitucional su artículo 1º en el extremo que, modificando el artículo 20º de la Ley N.º 26859 —Ley Orgánica de Elecciones (LOE)—, 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.

Asimismo, consideran inconstitucional ese mismo artículo 1º, en el extremo que, modificando el artículo 87º de la LOE, establece que:

Los partidos políticos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigencia temporalmente por espacio de un (1) año, al vencimiento del cual se cancelará su inscripción.

Por otra parte, consideran inconstitucional su artículo 2º, en el extremo que, modificando el artículo 13º, inciso a), de la Ley N.º 28094 —Ley de Partidos Políticos (LPP)—, dispone que:

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.

2. La Disposición Transitoria Única de la cuestionada Ley, dispone que:

Para las elecciones presidenciales y parlamentarias del año 2006 se entenderá que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria del artículo 20º de la Ley Orgánica de Elecciones será de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional será de cuatro por ciento (4%).

Igualmente, para el mismo proceso electoral relacionado en esta Disposición Transitoria, se entenderá que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria del inciso a) del artículo 13º de la Ley de Partidos Políticos será de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional será de cuatro por ciento (4%).

Si bien los demandantes no han realizado referencia alguna a esta disposición, es evidente que, en tanto ella se limita a reducir mínimamente —para las elecciones parlamentarias del año 2006— el margen de la “barrera electoral”, establecida en las normas que son objeto de impugnación, también se encuentra siendo cuestionada.

Sin embargo, es precisamente esta esencial vinculación entre la Disposición Única Transitoria y los artículos incoados, la que exige precisar que en el juicio de constitucionalidad que se realizará sobre éstos, implícitamente, se estará enjuiciando también la constitucionalidad de aquélla.



§2. Constitución y democracia.

3. Los demandantes acusan que la Ley impugnada afecta el artículo 31º de la Constitución, que reconoce los derechos fundamentales de los ciudadanos de ser elegidos y elegir libremente a sus representantes. Asimismo, consideran vulnerados otros bienes constitucionales de singular relevancia para el funcionamiento, estabilidad y pervivencia de la democracia. Por su parte, el Procurador del Congreso de la República ha sustentado la validez constitucional de la “barrera electoral” afirmando, entre otras cosas, que ella favorece la gobernabilidad y la estabilidad del sistema político nacional.

De ahí que exista la necesidad, ante todo, de establecer el rol y las manifestaciones del principio democrático representativo en nuestro Estado social y democrático de derecho, así como las relaciones de dicho principio con la gobernabilidad.

2.1 La democracia representativa.

4. Desde que se comprendió que el fundamento y la legitimidad de las competencias y los poderes del Estado residen en la voluntad general del pueblo, se suscitaron inconvenientes de significativa relevancia al momento de sustentar y configurar el modo en el que debía manifestarse y articularse el principio democrático al interior del Estado.

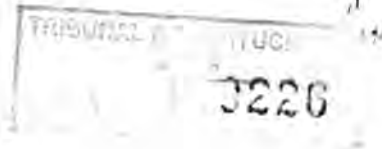
Fue el propio Rousseau quien, en su *Contrato Social*, sostuvo —bajo la premisa de que la soberanía del pueblo no podía ser representada (convencido de que ello devendría en su pérdida y la consecuente sumisión popular a la voluntad de los representantes)— que, dada la diversidad de condiciones necesarias para conseguirla, jamás existiría una verdadera democracia. Incluso hoy se acepta que dada la complejidad del Estado moderno, es imposible que éste pueda desenvolverse, exclusivamente, a través de mecanismos de democracia directa. Considerar que en las sociedades modernas los ciudadanos tienen la capacidad de deliberar y decidir sobre la cosa pública, sin la participación de intermediarios elegidos para tal efecto, es simple ficción.

Sin embargo, es la teoría de la representación (ordinaria y extraordinaria) de Sieyès, expuesta en su obra *¿Qué es el Tercer Estado?*, la que concede posibilidad de materialización práctica al principio democrático, bajo la figura de un concepto ideal de Nación, del sufragio (restringido) y de unos representantes que no son la traducción específica de la voluntad de los representados, sino que expresan la voluntad política ideal de la Nación.

5. Descartada la posibilidad de que una sociedad se rija de una vez y para siempre en base a la manifestación directa de su voluntad para la adopción de todas las decisiones que le atañen, es la democracia representativa el principio que articula la relación entre gobernantes y gobernados, entre representantes y representados. Ella rige nuestro Estado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



social y democrático de derecho, encontrándose reconocida en el artículo 45° de la Constitución, en cuanto señala que

El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen (...).

Consiguientemente, la Norma Fundamental es la combinación de dos principios mutuamente dependientes: el principio político de soberanía popular y el principio jurídico de supremacía constitucional.

6. La democracia representativa también se encuentra recogida en diversos artículos constitucionales, como el 43° (nuestro gobierno “es representativo”), el 93° (“Los congresistas representan a la Nación”), los artículos 110° y 111° (el Presidente de la república personifica a la Nación y es elegido por sufragio directo), los artículos 191° y 194° (elección por sufragio directo de los gobiernos regionales y locales), entre otros.

7. Por su parte —como señala Pedro de Vega—, si la esencia de la política parlamentaria es la deliberación, y ésta no es posible bajo la forma de mandato imperativo alguno, el mandato representativo constituye una exigencia ineludible del sistema¹. Y por ello, si bien el artículo 93° de la Constitución dispone que los congresistas representan a la Nación, a renglón seguido prevé que

no están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.

De esta manera, son notas distintivas de la democracia representativa, de un lado, que los representantes no son meros portavoces de sus representados, sino conformantes de un órgano con capacidad autónoma e independiente de decisión, previa deliberación; y de otro, que lo son no de simples intereses particulares (*policys*), sino generales (*politics*).

8. Sin perjuicio de ello, nuestra Constitución ha consagrado también determinados mecanismos de democracia directa o semidirecta como el referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción y revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas (artículo 31° de la Constitución), que —como se sustentará luego, y aunque resulte paradójico— son el complemento idóneo para dotar de estabilidad a la democracia representativa.

9. La democracia representativa es la que, en definitiva, permite la conjugación armónica del principio político de soberanía popular con un cauce racional de deliberación que permita atender las distintas necesidades de la población. Empero, dicha deliberación

¹ DE VEGA, Pedro. “Democracia, representación y partidos políticos”. En: *Pensamiento Constitucional*. N.º 2, 1995, p.17



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

racional y, en suma, la gobernabilidad del Estado, pueden situarse en serio riesgo si a la representación no se le confiere las garantías para que pueda “formar voluntad”. La representación indebidamente comprendida y articulada, es la matriz potencial de un desequilibrio que, si no es adecuadamente conjurado, puede impedir que el Estado atienda su deber primordial de “promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación” (artículo 44° de la Constitución), y con ello, desencadenar el colapso del sistema representativo en su conjunto, y con él, el del propio Estado social y democrático de derecho. Tales peligros son descritos a continuación.

10. Dejada de lado la idea de que en la sociedad reside una única verdad homogénea susceptible de ser descubierta por la razón, se comprende que, por el contrario, a la sociedad es inherente una fragmentación de distintas dimensiones, desencadenante, a su vez, de un pluralismo materializado en distintos ámbitos. De esta forma, a diferencia de lo que pudo haber concebido el primer liberalismo, puede afirmarse que a las sociedades contemporáneas no es inherente la uniformidad, sino, por el contrario, el pluralismo.

Aunque utilizando como ejemplo a la sociedad italiana, Norberto Bobbio explica en estos términos la realidad internamente heterogénea de las sociedades contemporáneas, singularmente descriptiva, por cierto, de la realidad social peruana:

[s]e trata de una sociedad articulada en grupos diferentes y contrapuestos, entre los cuales anidan tensiones profundas, se desencadenan conflictos lacerantes y se desarrolla un proceso constante de composición y descomposición. Existe el pluralismo en el nivel económico allí donde todavía hay en parte una economía de mercado, muchas empresas en competencia, un sector público diferente del sector privado, etc.; pluralismo político, porque hay muchos partidos o muchos movimientos políticos que lucha entre ellos, con votos o con otros medios, por el poder en la sociedad y en el Estado; pluralismo ideológico, desde el momento en que no existe una sola doctrina de Estado, sino diferentes corrientes de pensamiento, diversas versiones del mundo, diferentes programas políticos que tienen una libre actividad y que dan vida a la opinión pública heterogénea variada y polifacética².

11. Bien puede decirse que hemos ingresado —hace tiempo ya— a un escenario de “democratización de la sociedad” en el que, si bien cobran singular protagonismo los mecanismos de democracia directa, un primer peligro consistiría en creer que lo hacen como si fueran la antítesis de la democracia representativa, cuando no son más que su natural complemento.

No puede olvidarse que la defensa cerrada de los mecanismos de democracia directa en contraposición a los supuestos perjuicios generados por la democracia representativa, ha sido, finalmente, el recurrente argumento de las dictaduras para pretender fundamentar

² BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 68 y 69.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
0228

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

la supuesta validez de sus organizaciones totalitarias de partido único, en las que por vía de la argucia de una aparente mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, en los hechos y las decisiones terminan siendo monopolio del dictador, en la mejor muestra recreada de la fórmula hobbesiana: *Auctoritas, non veritas facit legem* (La autoridad — no la verdad— hace la ley).

12. Siendo el pluralismo ideológico y social una constatación fáctica de las libertades políticas y de expresión, es sencillo advertir que no se trata de un pluralismo institucional, sino atomizado o fragmentario. En su estado puro, dicho pluralismo no es más que la suma de intereses particulares urgidos por traducir el margen de control social alcanzado en control político. 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 35º 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.

13. Los partidos políticos, tienen por función, entre otras, evitar que la legítima pero atomizada existencia de intereses, al interior de la sociedad, se proyecte en igual grado de fragmentación al interior Congreso de la República, pues, si ello ocurre, resultará minada la capacidad deliberativa y, con ella, la posibilidad de adoptar oportuna y consensuadamente decisiones para afrontar los distintos problemas políticos, sociales y económicos del país.

14. De esta manera, siendo el pluralismo y la democracia dos valores inherentes y consustanciales del Estado social y democrático de derecho, es imprescindible que sean debidamente articulados, pues de ello depende la gobernabilidad en el sistema representativo. Por ello, con razón manifiesta se ha afirmado que

La fragmentación [llevada al Parlamento] produce competencia entre los poderes y termina por crear un conflicto entre los mismos sujetos que deberían resolver los conflictos, una especie de conflicto a la segunda potencia. Mientras el conflicto social dentro de ciertos límites es fisiológico, el conflicto entre poderes es patológico, y termina también por hacer patológica, exasperándola, la conflictualidad social normal³.

15. El hecho de que la gobernabilidad implique la generación de consensos no significa que en la democracia resulte proscrito el disenso. Por el contrario, la democracia implica el consenso de las mayorías, con pleno respeto frente al disenso de la minoría. Aunque el

³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo y democracia*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 106.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



gobierno democrático es un gobierno de mayorías, éste pierde sustento constitucional si no se encuentran plenamente garantizados los derechos fundamentales de las minorías. De ahí la necesidad del establecer distintos mecanismos de control al gobierno que, inevitablemente, se presentan como vías, por así decirlo, “contramayoritarias”. Sólo así se encuentra plenamente asegurada la libertad (en igualdad) de todas las personas al interior del Estado social y democrático de derecho.

La tolerancia ha sido reconocida por este Tribunal como “valor superior y principio rector de un sistema democrático”⁴, en la medida que

[e]l poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando sólo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que dimana el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de la voluntad política. Se ha dicho, acertadamente, que la democracia es discusión. Por eso el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna⁵.

16. Sin duda, la democracia representativa es una democracia pluralista, pues la representación encuentra en la soberanía popular a su fuente de poder y debe ser seno de contrapesos y controles mutuos entre las distintas fuerzas políticas. Pero no puede ser una democracia fragmentaria en la que no exista posibilidad de generar consensos entre las mayorías y minorías parlamentarias. En otras palabras, no cabe que so pretexto de identificar matemáticamente a la democracia representativa con la representación “de todos”, se termine olvidando que, en realidad, de lo que se trata es que sea una representación “para todos”.

De ahí la importancia de que los partidos y movimientos políticos concurren en la formación y manifestación de la voluntad popular, tal como lo exige el artículo 35º de la Constitución, y no sean simples asociaciones representativas de intereses particulares.

17. En ese sentido, se puede decir que el gobierno representativo está inspirado por cuatro principios⁶, a saber: la elección de representantes a intervalos regulares, la independencia parcial de los representantes, la libertad de la opinión pública y la toma de decisiones tras el proceso de discusión.

⁴ STC 0042-2004-AI, Fundamento 3.

⁵ KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Editorial Labor, 1977. p. 141.

⁶ MANIN, Bernard. *Los principios del gobierno representativo*. Madrid: Alianza Editorial. p. 242.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
3230

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

18. Así pues, al evaluarse la constitucionalidad de la “barrera electoral”, deberá tenerse en cuenta, por un lado, que la gobernabilidad exige la participación política plural, pero también que una representación atomizada elimina la posibilidad de gobernar o, cuando menos, la posibilidad de hacerlo eficientemente.

2.2 El principio democrático como fundamento del Estado social y democrático de derecho

19. El artículo 43° establece que la República del Perú “es democrática”. La democracia, etimológica y coloquialmente entendida como el “gobierno del pueblo”, mal podría ser concebida como un atributo o característica más del Estado social y democrático de derecho, pues, en estricto, Norma Constitucional y Democracia, son dos factores que se condicionan de modo recíproco, al extremo de que con verdad inobjetable se ha sostenido que la Constitución bien podría ser definida como la *juridificación* de la democracia⁷. En efecto, la Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un *totus* social en el que subyace la igualdad.

20. Lo expuesto, desde luego, no significa que en el Estado social y democrático de derecho exista algún soberano. Por el contrario, como ha tenido oportunidad de referir este Colegiado,

[u]na vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder [deviene] en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.⁸

Ocurre, sin embargo, que siendo la Constitución la expresión jurídica de la soberanía popular, ésta otorga a aquélla su fundamento y razón de existencia, por lo que una Constitución sólo es identificable como tal en la medida de que se encuentre al servicio de los derechos fundamentales del pueblo. Ello ha llevado a Rubio Llorente a sostener, con atino que

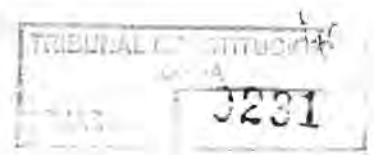
[n]o hay otra Constitución que la Constitución democrática. Todo lo demás es (...) simple despotismo de apariencia constitucional.⁹

De este modo, la voluntad política que da origen al Estado social y democrático de derecho se proyecta en éste, no ya como un poder supremo, sino como el contenido material del constitucionalismo concretizado en la necesidad de respetar, garantizar y

⁷ ARAGÓN Reyes, Manuel. “Estado y democracia”. En: AA. VV. *El derecho público de finales de siglo. Una perspectiva iberoamericana*. Madrid: Civitas, 1997, pp. 31-45.

⁸ STC 5854-2005-PA, Fundamento 3.

⁹ “La Constitución como fuente de derecho”. En: *La forma del poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 83.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

promover los derechos fundamentales de cada persona. El pueblo, como Poder Constituyente, deposita su voluntad en la Constitución, se inserta en el Estado social y democrático de derecho, y deja de ser tal para convertirse en un poder constituido. La democracia episódica, fáctica, no reglada y desenvuelta en las afueras del Derecho, da lugar a una democracia estable, jurídica y, consecuentemente, reglada y desarrollada conforme a los límites establecidos en la Constitución; da lugar, en otros términos, a la democracia constitucional.

Tales límites, por vía directa o indirecta, se reconducen a asegurar el respeto, promoción y plena vigencia de los derechos fundamentales.

Por ello el artículo 44º establece como uno de los deberes primordiales del Estado

[g]arantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Y por esa misma razón se ha sostenido que

[e]n realidad, (...) no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir, sino uno, puesto que sólo de una manera (mediante el Estado Constitucional) puede el poder organizarse para preservar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad en igualdad); la división de poderes es sólo una forma de asegurarla.¹⁰

21. Que los derechos fundamentales son la materialización del principio democrático en su faz fundacional al interior del Estado social y democrático de derecho, queda evidenciado cuando, sin perjuicio del reconocimiento expreso de una amplia gama de derechos fundamentales, el artículo 3º de la Constitución, además de la dignidad humana, reconoce a la soberanía popular y al Estado democrático como sus fuentes legitimadoras.

2.3 El principio democrático como principio articulador en el Estado social y democrático de derecho

22. Sin embargo, tal como ha tenido ocasión de sostener este Tribunal¹¹, el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o

¹⁰ ARAGÓN Reyes, Manuel. "La Constitución como paradigma". En: AA.VV. *El significado actual de la Constitución*. México D.F: UNAM, 1998, p. 21.

¹¹ Vid. STC 4677-2004-PA, Fundamento 12.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2º, inciso 17, de la Constitución.

La democracia se fundamenta pues, en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1º de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45º de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31º de la Constitución), de organizaciones políticas (artículo 35º de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2º, inciso 17 y 30º a 35º (entre ellos destaca, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2º, inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2º, inciso 5), de reunión (artículo 2º, inciso 12) y de asociación (artículo 2º, inciso 13).

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, “herida de muerte”.

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 35º 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.



§3. La Constitución como unidad y el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes como derecho de configuración legal

24. El argumento sobre el que gira toda la argumentación de los recurrentes reside en una supuesta afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos a elegir y ser elegidos representantes (artículo 31°), en este caso, al Congreso de la República.

Se trata de dos derechos en correspondencia recíproca. Empero, en atención a que el artículo 1° de la Ley impugnada, en el extremo que modifica el artículo 20° de la LOE, se refiere directamente a la necesidad de superar una determinada "valla" a efectos de poder acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso, este Tribunal considera pertinente, en primer lugar, centrar su análisis en la eventual vulneración de derecho fundamental a ser elegido.

25. Luego de precisar lo señalado por los artículos 90^{o12} y 91^{o13} de la Constitución, los recurrentes fundamentan así la supuesta afectación del derecho fundamental a ser elegido representante:

[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. (...).

26. En estas afirmaciones subyace una equívoca comprensión, de un lado, de los criterios de interpretación constitucional y, de otro, de la relación entre Constitución y ley.

¹² "Artículo 90° de la Constitución.- (...) Para ser elegido congresista se requiere ser peruano de nacimiento, haber cumplido veinticinco años y gozar del derecho de sufragio."

¹³ "Artículo 91° de la Constitución.- No pueden ser elegidos miembros del Parlamento Nacional si no han renunciado al cargo seis (6) meses antes de la elección:

1. Los ministros y viceministros de Estado, el Contralor General.
2. Los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones, ni el Defensor del Pueblo.
3. El Presidente del Banco Central de Reserva, el Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, y el Superintendente Nacional de Administración Tributaria.
4. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad, y
5. Los demás casos que la Constitución prevé."



En efecto, en primer término, los demandantes pretenden determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser elegido congresista a partir de un análisis positivista y aislado de los artículos 90° y 91° de la Constitución, en los que se establecen determinadas condiciones para acceder al cargo. Sin embargo, tal como ha destacado este Tribunal, la Constitución del Estado no puede ser concebida como una suma desarticulada y atomizada de disposiciones, sino como una unidad. En palabras de este Tribunal,

[I]a 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.¹⁴

Por otra parte, los demandantes conciben implícitamente a la Constitución como una norma reglamentaria y, consecuentemente, acabada en su contenido dispositivo. En efecto, parecen entender la Carta Fundamental sólo desde una óptica positivista, de modo tal que las relaciones entre la Constitución y las leyes queden reducidas a un juicio de validez e invalidez, bajo el umbral exclusivo del principio de jerarquía, sin tener en cuenta que, en una multiplicidad de casos, la ley es complemento necesario de las cláusulas constitucionales. Así sucede de modo evidente, por ejemplo, en el caso de los derechos fundamentales de configuración legal.

En dicha línea de razonamiento, cuando el Tribunal Constitucional ha debido precisar el concepto de "sustento constitucional directo", que, de conformidad con el artículo 38° del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), debe caracterizar a los derechos que merecen protección a través del proceso constitucional de amparo, ha sostenido lo siguiente:

La noción de "sustento constitucional directo" a que hace referencia el artículo 38° del CPCConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55° de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o "bloque de constitucionalidad".

De ahí que el artículo 79° del CPCConst., establezca que

"[p]ara apreciar la validez constitucional de las normas, el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar (...) el ejercicio de los derechos fundamentales".

Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de

¹⁴ STC 5854-2005-PA, Fundamento 12.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

protección. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa.

Correspondiendo un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el constituyente.¹⁵

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.

Desde luego, que el referido derecho fundamental sea de configuración legal, no implica que la ley llamada a precisar determinadas delimitaciones a su contenido protegido se encuentre exenta de un control de constitucionalidad. Significa, tan sólo, que el constituyente ha querido dotar al legislador de un margen amplio de apreciación en la determinación del ámbito normativo del referido derecho, lo que debe ser tenido en cuenta por la jurisdicción constitucional al momento de valorar la validez o invalidez constitucional de su actuación.

¹⁵ STC 1417-2005-AA, Fundamentos 9 y 10.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

28. Estas premisas son de singular relevancia a efectos de evaluar la constitucionalidad de la Ley impugnada, motivo por el cual corresponde ahora ingresar en la evaluación de los alcances del artículo 187° de la Constitución que exige que las elecciones pluripersonales se rijan por el principio de representación proporcional, y las implicancias generadas por el hecho de que el derecho fundamental a ser elegido representante sea de configuración legal.

§4. El sistema electoral de representación proporcional

29. Dependiendo de los alcances, amplios o restringidos, que se pretenda dar al concepto de sistema electoral, este puede convertirse, en un extremo, en sinónimo de “Derecho electoral”, con lo cual haría alusión a todos los aspectos relevantes relacionados con la materia electoral (órganos electorales, proceso electoral, mecanismos de elección, modalidades de sufragio, etc.). A este concepto amplio hace alusión el artículo 176° de la Constitución cuando refiere que

[e]l sistema electoral tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos; y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa.

Tiene por funciones básicas el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de referéndum u otras consultas populares; el mantenimiento y la custodia de un registro único de identificación de personas; y el registro de los actos que modifican el estado civil.

Pero desde una óptica más restringida, que es la que interesa ahora destacar, el sistema electoral es concebido como

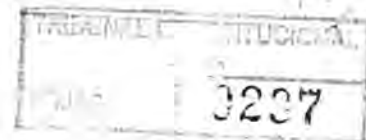
[e]l modo según el cual el elector manifiesta por medio del voto el partido o candidato de su preferencia, y según el cual esos votos se convierten en escaños.¹⁶

30. Dicha representatividad puede lograrse a través de dos principios de distintos alcances y finalidades: el principio mayoritario y el principio proporcional. En el caso del principio mayoritario, la adjudicación de los escaños es dependiente de que un candidato o partido haya alcanzado la mayoría absoluta o relativa de los votos. De conformidad con esta fórmula sólo se determina al vencedor a vencedores, a partir de un simple conteo de votos regido por la regla de la mayoría.

Por su parte, en el caso de la fórmula proporcional, la adjudicación de escaños resulta del porcentaje de votos que obtienen los distintos partidos, procurando, proporcionalmente, la representación de diversas fuerzas sociales y grupos políticos en el Parlamento.

Cierto es que difícilmente en los distintos ordenamientos electorales encontraremos alguna de estas fórmulas en estado “puro”. Usualmente, se suelen presentar ciertos

¹⁶ NOHLEN, Dieter. *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 34.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

rasgos del sistema proporcional en sistemas predominantemente mayoritarios y viceversa. Sin embargo, como bien afirma Dieter Nohlen, aún cuando los sistemas electorales combinen elementos técnicos que a menudo se encuentran en sistemas mayoritarios (por ejemplo, circunscripciones uninominales, candidaturas uninominales, regla o fórmula de decisión mayoritaria) con elementos técnicos que suelen hallarse en sistemas proporcionales (circunscripciones plurinominales, candidaturas por lista, regla o fórmula de decisión proporcional), el sistema electoral en su conjunto sólo puede asignarse a uno de los principios de representación: la representación por mayoría o la representación proporcional¹⁷.

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.
32. La regulación concreta del sistema proporcional puede variar dependiendo de distintos factores, como por ejemplo, la fórmula de cálculo utilizada. Así, el método D'Hondt y el de la cifra repartidora (que se fundamenta en el método de D'Hondt), buscan fortalecer a los partidos o agrupaciones que hayan obtenido mayor votación. El método Saint Lague, favorece a los partidos de menor representatividad. Y el método Hare o de cociente electoral, favorece a los partidos situados entre ambos extremos. Todos, sin embargo, respetan el principio de representación proporcional, por lo que resultan plenamente constitucionales.
33. El artículo 30° de la LOE ha recogido la fórmula de la cifra repartidora. En efecto, dicho artículo establece:

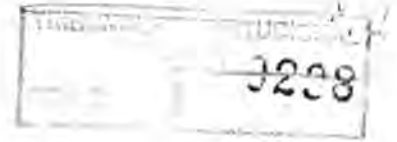
Artículo 30.- Para Elecciones de Representantes al Congreso de la República, la Cifra Repartidora se establece bajo las normas siguientes:

- a) Se determina el número de votos válidos obtenidos por cada lista de candidatos;
- b) El total de votos válidos obtenidos por cada lista se divide, sucesivamente, entre 1, entre 2, entre 3, etc. según sea el número total de Congresistas que corresponda elegir;

¹⁷ NOHLEN, Dieter. “Sistemas electorales parlamentarios y presidenciales”. En: AA. VV. *Tratado de Derecho Electoral Comparado en América Latina*. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Universidad de Heidelberg / Tribunal electoral del Poder Judicial de la Federación / Instituto Federal Electoral / Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 156.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



c) Los cuocientes parciales obtenidos son colocados en orden sucesivo de mayor a menor, hasta tener un número de cuocientes igual al número de los Congresistas por elegir; el cuociente que ocupe el último lugar constituye la Cifra Repartidora;

d) El total de votos válidos de cada lista se divide entre la Cifra Repartidora, para establecer el número de Congresistas que corresponda a cada una de ellas;

e) El número de Congresistas de cada lista está definido por la parte entera del cuociente obtenido a que se refiere el inciso anterior. En caso de no alcanzarse el número total de Congresistas previstos, se adiciona la unidad a quien tenga mayor parte decimal ; y,

f) El caso de empate se decide por sorteo entre los que hubieran obtenido igual votación.

34. Corresponde entonces preguntarse si la “barrera electoral” establecida en el artículo 1º de la Ley cuestionada, desvirtúa la regla de la representación proporcional que, de conformidad con el artículo 187º de la Constitución, ha sido regulada en el artículo 30º de la LOE.

Dicha barrera impide que quienes hayan alcanzado cierto mínimo de representatividad en las elecciones congresales ingresen al procedimiento de reparto de escaños. Por ende, sólo podríamos llegar a una respuesta afirmativa a la pregunta planteada si acaso este Colegiado entendiera que tras la regla de proporcionalidad subyace el principio conforme al cual absolutamente todos los partidos intervinientes en las elecciones, por el sólo hecho de participar en ellas, tienen derecho a obtener, cuando menos, un escaño parlamentario.

Empero, si tal fuera el sentido de la regla de la proporcionalidad, devendrían también en inconstitucionales las denominadas barreras “naturales”, sin cuya existencia la representación proporcional se tornaría impracticable. Nos referimos, desde luego, a la fórmula de porcentajes, el número de escaños, las circunscripciones, etc. Estos elementos, en sí mismos, determinan que sea imposible identificar el sistema de representación proporcional con una suerte de representación “total”, pues impiden que todos los partidos participantes que hayan obtenido algún margen de votación puedan necesariamente incluir a alguno de sus candidatos en el Congreso de la República.

Es por ello que, con relación a una supuesta identidad entre el sistema de representación proporcional y un sistema de correspondencias proporcionales exactas, o lo que podría denominarse un sistema “puro” de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional español ha señalado, en criterio que este Colegiado comparte plenamente, que

[s]i con tal expresión se entiende que la única opción constitucionalmente válida sería la que atribuyese, sin desviaciones, los escaños de modo exactamente proporcional al porcentaje de votos conseguidos, debe decirse que semejante



sistema ni existe entre nosotros, desde luego, ni en el Derecho comparado en parte alguna, ni acaso en sistema imaginable. La proporcionalidad es más bien una orientación o criterio tendencial, porque siempre, mediante su puesta en práctica, quedará modulada o corregida por múltiples factores del sistema electoral, hasta el punto que puede afirmarse que cualquier concreción o desarrollo normativo del criterio, para hacer viable su aplicación, implica necesariamente un recorte a esa “pureza” de la proporcionalidad abstractamente considerada.¹⁸

35. Así las cosas, siendo que la “barrera electoral” en modo alguno puede considerarse, en sí misma, contraria al sistema de representación proporcional, sino simplemente una variante más de dicho sistema, queda tan sólo por analizar si ella se encuentra orientada a cumplir fines constitucionalmente válidos.

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.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional español N.º 75/1985, Fundamento 5.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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 1º de la Ley N.º 28617, en el extremo que, modificando el artículo 20º de la Ley N.º 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.

§5. El Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución

38. Que, como se dijo, el derecho fundamental a ser elegido representante (artículo 31º de la Constitución) sea un derecho de configuración legal, no excluye la posibilidad de que este Tribunal realice un control constitucional de la ley llamado a culminar su delimitación normativa, pero sí obliga a este Colegiado a respetar el margen de apreciación política del Congreso de República al momento de crear Derecho, dentro del marco constitucional.

5.1 La Constitución como norma jurídica y la interpretación que le es inherente

39. Ello, desde luego, no desvirtúa la competencia de este Tribunal para interpretar la Constitución, ni menos aún, para interpretar las leyes “de conformidad con la Constitución”. La interpretación es una función inherente a la labor de todo operador del Derecho; es decir, inherente a la labor del operador de las normas jurídicas.

40. La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado, tanto desde un punto de vista objetivo-estructural (artículo 51º), como desde el subjetivo-institucional (artículos 38º y 45º). Consecuentemente, es interpretable, pero no de cualquier modo, sino asegurando su proyección y concretización, de manera tal que los derechos fundamentales por ella reconocidos sean verdaderas manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución).

41. En consecuencia, pretender que la Constitución no puede ser interpretada, no sólo negaría su condición de norma jurídica –en directa contravención de sus artículos 38º, 45º y 51º–, sino que desconocería las competencias inherentes del juez constitucional como operador del Derecho, y sería tan absurdo como pretender que el juez ordinario se encuentre impedido de interpretar la ley antes de aplicarla.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5.2 La jurisdicción constitucional, en general, y el Tribunal Constitucional, en particular, como elementos de equilibrio en el Estado social y democrático de derecho

42. A partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando ésta contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias.

Es por ello que el artículo 45° de la Constitución dispone que el poder del Estado emana del pueblo y todo aquel que lo ejerce lo debe hacer con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Consiguientemente, velar por el respeto de la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales (artículo 2° del CPConst.) no son funciones que competan de modo privativo al Congreso de la República, sino que las comparten, *in suo ordine*, todos los poderes públicos.

43. De ahí que el artículo 38° prevea el poder-deber de los jueces de preferir la Constitución a las leyes, en caso de que exista incompatibilidad insalvable entre ambas (control difuso); y de ahí que los artículos 200°, inciso 4; 201°, 202°, inciso 1; 203°, y 204° hayan regulado el proceso de inconstitucionalidad ante el TC, confiriendo a éste la capacidad de expulsar del ordenamiento jurídico las leyes viciadas de inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarlas de conformidad con la Constitución (control concentrado). Las sentencias emitidas en este proceso tienen efectos generales, vinculan a todos los poderes públicos y adquieren calidad de cosa juzgada (artículos 81° y 82° del CPConst.).

44. De este modo, la jurisdicción constitucional es el elemento de equilibrio que garantiza el no retorno al absolutismo parlamentario, en el que, so pretexto de representar a "la mayoría", se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los idearios del gobierno de turno.

45. Este poder de la jurisdicción constitucional (control difuso y concentrado de las leyes) conlleva el deber de los jueces de comprender el mensaje normativo, tanto de la Constitución como de las leyes, a través de la interpretación, a efectos de determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre ambas.

5.3 ¿Por qué el artículo 1° de la LOTC establece que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución?

46. Si bien entre los órganos constitucionales no existe una relación de jerarquía, al interior del Poder Jurisdiccional sí existe una jerarquía constitucional, pues aún cuando todo juez



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes (artículo 138° de la Constitución) y, consecuentemente, facultado a interpretarlas, el Poder Constituyente ha establecido que el contralor, por antonomasia, de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución).

En efecto, si es a través de los procesos constitucionales (artículo 200°) que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución, y es este Tribunal el encargado de dirimir en última (en el caso de las resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) o única instancia (procesos de inconstitucionalidad y competencial) tales procesos (artículo 203°), resulta que al interior del Poder Jurisdiccional —llamado a proteger en definitiva (artículos 138° y 200° a 204°) la supremacía normativa de la Constitución (artículos 38°, 45° y 51°)— el Tribunal Constitucional es su órgano supremo de protección (artículo 201°) y, por ende, su supremo intérprete. No el único, pero sí el supremo.

47. Es por ello que así lo tiene estipulado actualmente el artículo 1° de su Ley Orgánica — Ley N.° 28301— y el artículo 1° del Reglamento Normativo del TC. Y es por ello que el artículo VI del Título Preliminar del CPCConst., luego de recordar el poder-deber de los jueces de inaplicar las leyes contrarias a la Constitución (artículo 138° de la Constitución), establece que no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por este Colegiado en un proceso de inconstitucionalidad, y que deben interpretar y aplicar las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. Éstas no son creaciones *ex novo* del legislador del CPCConst., sino concretizaciones de una interpretación conjunta de los artículos 138°, 201° y 203° de la Constitución.
48. Desde luego, cuando se establece que determinados criterios dictados por este Tribunal resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la independencia y autonomía del Poder Judicial, reconocidas en el artículo 139°, inciso 2, de la Constitución, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 2°, inciso 2); máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación (artículos 38°, 45° y 51° de la Constitución). Debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última *ratio* en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución).
49. De esta manera, deriva de la propia Constitución que al Tribunal Constitucional corresponda la interpretación suprema de la Constitución, pues es la única forma de



asegurar, de un lado, la garantía jurisdiccional (artículo 200°) que es inherente a su condición de norma jurídica suprema (artículos 38°, 45° y 51°), y, de otro, el equilibrio necesario a efectos de impedir que los otros órganos constitucionales —en especial, el Congreso de la República—, se encuentren exentos de control jurisdiccional, lo que tendría lugar si pudiesen desvincularse de las resoluciones dictadas en el proceso que tiene por objeto, justamente, controlar la constitucionalidad de su producción normativa.

5.4 Fundamento constitucional y legitimidad de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional

50. Al comprender que la Constitución es la norma jurídica suprema y que, como tal, puede ser interpretada, se comprende también que la jurisdicción constitucional no es solamente la negación o afirmación de la legislación, sino también su necesario complemento. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional es una colaboradora del Parlamento, no su enemiga.

51. El principio de separación de poderes, recogido en el artículo 43° de la Constitución, busca asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros, pero, a su vez, entendiéndolo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38°, 45° y 51°).

52. Dado que el artículo 201° de la Constitución establece que el Tribunal Constitucional “es independiente y autónomo” en el ejercicio de sus competencias, como intérprete supremo de la Constitución (artículo 201°, 202° de la Constitución y 1° de la LOTC) goza de un amplio margen en la determinación de los métodos interpretativos e integrativos que le sean útiles para cumplir de manera óptima su función de “órgano de control de la Constitución” (artículo 201° de la Constitución). Todo ello, claro está, con pleno respeto por los límites que de la propia Norma Fundamental deriven.

53. Cada una de las distintas clases de sentencias interpretativas e integrativas (*Vid.* STC 0004-2004-CC, Fundamento 3.3), según se expone a continuación, encuentran su fundamento normativo en diversas disposiciones constitucionales.

Dado que al Parlamento asiste legitimidad democrática directa como representante de la Nación (artículo 93°), el juez tiene el deber de presumir la constitucionalidad de las leyes, de modo tal que sólo pueda inaplicarla (control difuso) o dejarla sin efecto (control concentrado), cuando su inconstitucionalidad sea manifiesta; es decir, cuando no exista posibilidad alguna de interpretarla de conformidad con la Constitución. De esta manera, el fundamento constitucional de las sentencias interpretativas propiamente dichas se encuentra en los artículos 38°, 45° y 51° de la Constitución, que la reconocen como norma jurídica (suprema); *ergo*, interpretable; así como en el principio de



presunción de constitucionalidad de las leyes, derivado del artículo 93° de la Constitución.

54. Por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene la obligación, de conformidad con el artículo 45° de la Constitución, de actuar con las responsabilidades que ésta exige. Por ello, advertido el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede generar, y la consecuente afectación de los derechos fundamentales que de ella puede derivar, tiene el deber —en la medida de que los métodos interpretativos o integrativos lo permitan— de cubrir dicho vacío normativo a través de la integración del ordenamiento pues, según reza el artículo 139°, inciso 8, de la Constitución, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

De otro lado, dado que en la generalidad de los casos las sentencias aditivas e integrativas, buscan reparar la desigualdad derivada de aquello que se ha omitido prescribir en la disposición sometida a control, el fundamento normativo para declarar la inconstitucionalidad de la omisión descrita, a efectos de entender incluido en el supuesto normativo de la disposición al grupo originalmente discriminado, se encuentra en el artículo 2°, inciso 2, de la Constitución, que proclama la igualdad ante la ley y proscribire todo tipo de discriminación, en su artículo 200° *in fine*, que reconoce el principio de razonabilidad (principio que transita y se proyecta a la totalidad del ordenamiento jurídico), y en el artículo 51°, que exige la unidad constitucional del ordenamiento jurídico.

55. Sin duda, la jurisdicción no puede legislar desde un punto de vista formal; es decir, no tiene la capacidad de creación jurídica *ex novo* dentro del marco constitucional, pues dicha competencia ha sido reservada constitucionalmente al Congreso (artículos 90° y 102° 1) y, en su caso, al Poder Ejecutivo, a través del dictado de decretos legislativos (artículo 104°) o decretos de urgencia (artículo 188°, inciso 19). Sin embargo, dado que la sentencia constitucional conlleva una función interpretativa (concretizadora) de la Constitución y las leyes, es también fuente de derecho, pues permite definir con carácter vinculante y efectos generales los alcances normativos de sus disposiciones. Por ello, cuando los artículos 138°, 201°, 202°, inciso 1, y 204°, establecen el control difuso y concentrado de constitucionalidad de las leyes, no reservan a la jurisdicción constitucional solamente garantizar el respeto por la Constitución, sino también, en el marco del proceso constitucional, promocionar y proyectar su postulado normativo (artículos 38° y 45° de la Constitución).

56. De otro lado, las sentencias exhortativas propiamente dichas, en las que el Tribunal Constitucional modula los efectos en el tiempo de sus sentencias de manera tal que el Congreso de la República pueda, por vía legal, adoptar las medidas que eviten las consecuencias inconstitucionales que puedan derivarse de la expulsión de una ley del ordenamiento, no sólo tienen sustento constitucional en el artículo 45°, que exige a este



Tribunal medir responsablemente las consecuencias de sus decisiones, sino también en la fuerza de ley de dichas sentencias, prevista en el tercer párrafo del artículo 103° de la Constitución, y, en consecuencia, en los distintos efectos temporales que aquellas pueden alcanzar, sobretodo cuando versan sobre materias específicas, como la tributaria (artículo 74°) y penal (artículo 103°).

57. Es indudable que si el TC no procediera de la forma descrita y, por el contrario, se limitara a declarar la inconstitucionalidad de la norma, sin ningún tipo de ponderación o fórmula intermedia, como la que ofrecen las referidas sentencias, el resultado sería manifiestamente inconstitucional y entonces nos encontraríamos en el escenario de un Tribunal que, con sus resoluciones, fomentaría un verdadero clima de inseguridad jurídica, en nada favorable al Estado social y democrático de derecho. Basta con imaginarse el drama en el que se hubiera situado al Congreso de la República y al propio Poder Judicial si —sin ningún criterio interpretativo o de modulación de efectos en el tiempo— este Tribunal hubiese declarado inconstitucionales, por ejemplo, las normas que, años atrás, regulaban los procesos seguidos contra el terrorismo (STC 0010-2002-AI) o ante la jurisdicción militar (STC 0023-2003-AI).

58. La Constitución normativa no sólo se hace efectiva cuando se expulsa del ordenamiento la legislación incompatible con ella, sino también cuando se exige que todos los días las leyes deban ser interpretadas y aplicadas de conformidad con ella (sentencias interpretativas); cuando se adecua (o se exige adecuar) a éstas a la Constitución (sentencias sustitutivas, aditivas, exhortativas); o cuando se impide que la Constitución se resienta sensiblemente por una declaración simple de inconstitucionalidad, no teniéndose en cuenta las consecuencias que ésta genera en el ordenamiento jurídico (sentencias de mera incompatibilidad).

59. El reconocimiento de que al Parlamento asiste la legitimidad directa del pueblo (artículo 93° de la Constitución), el deber de concebir al ordenamiento jurídico como una proyección unitaria y armónica de los valores constitucionales (artículo 51° de la Constitución) y el deber de la jurisdicción constitucional de actuar “con las limitaciones y las responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45° de la Constitución), exigen que la sentencia constitucional, no sólo pueda ser una afirmación o negación de la ley, sino también su complemento, de modo tal que, por vía de la interpretación constitucional, se evite, en la medida de lo posible, la expulsión de la ley del ordenamiento, si de ello se pueden derivar inconstitucionalidades mayores a aquella en la que incurre.

5.5 Los límites de las sentencias interpretativas

60. Aunque la labor interpretativa e integrativa de este Tribunal se encuentra al servicio de la optimización de los principios y valores de la Constitución, tiene también en las disposiciones de ésta a sus límites. Y es que, como resulta evidente, que este Tribunal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Constitucional sea el supremo intérprete de la Constitución (artículo 201° y 202° de la Constitución y 1° de la Ley N.° 28301 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional—), en nada relativiza su condición de poder constituido, sometido, como todos, a los límites establecidos en la Constitución.

61. Así como la fuerza normativa de la Constitución (artículo 51°) y las responsabilidades constitucionales con las que deben actuar los poderes públicos (artículo 45° de la Constitución) son las que, en última instancia, otorgan fundamento constitucional al dictado de las sentencias interpretativas e integrativas del Tribunal Constitucional, son, a su vez, las que limitan los alcances y oportunidad de su emisión. De esta manera, y sin ánimo exhaustivo, los límites al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas” (reductoras, aditivas, sustitutivas, y exhortativas) son, cuando menos, los siguientes:

- a) En ningún caso vulnerar el principio de separación de poderes, previsto en el artículo 43° de la Constitución. Esto significa que, a diferencia de la competencia del Congreso de la República de crear derecho *ex novo* dentro del marco constitucional (artículos 90° y 102°, inciso a, de la Constitución), las sentencias interpretativas e integrativas sólo pueden concretizar una regla de derecho a partir de una derivación directa de las disposiciones de la Constitución e incluso de las leyes dictadas por el Parlamento “conforme a ellas”. En suma, deben tratarse de sentencias cuya concretización de normas surja de una interpretación o analogía *secundum constitutionem*.
- b) No cabe dictarlas cuando, advertida la inconstitucionalidad en la que incurra la ley impugnada, y a partir de una adecuada interpretación del texto constitucional y del análisis de la unidad del ordenamiento jurídico, exista más de una manera de cubrir el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad pueda generar. En dichos casos, corresponde al Congreso de la República y no a este Tribunal optar por alguna de las distintas fórmulas constitucionales que permitan reparar la inconstitucionalidad, en la que la ley cuestionada incurre, por lo que sólo compete a este Tribunal apreciar si ella es declarada de inmediato o se le concede al Parlamento un plazo prudencial para actuar conforme a sus competencias y atribuciones.
- c) Sólo cabe dictarlas con las responsabilidades exigidas por la Carta Fundamental (artículo 45° de la Constitución). Es decir, sólo pueden emitirse cuando sean imprescindibles a efectos de evitar que la simple declaración de inconstitucionalidad residente en la ley impugnada, genere una inconstitucionalidad de mayores alcances y perversas consecuencias para el Estado social y democrático de derecho.
- d) Sólo resultan legítimas en la medida de que este Colegiado argumente debidamente las razones y los fundamentos normativos constitucionales que, a luz de lo expuesto,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



justifiquen su dictado; tal como, por lo demás, ha ocurrido en las contadas ocasiones en las que este Tribunal ha debido acudir a su emisión (STC 0010-2002-AI, 0006-2003-AI, 0023-2003-AI, entre otras). De este modo, su utilización es excepcional, pues, como se dijo, sólo tendrá lugar en aquellas ocasiones en las que resulten imprescindibles para evitar que se desencadenen inconstitucionales de singular magnitud.

- e) La emisión de estas sentencias requiere de la mayoría calificada de votos de los miembros de este Colegiado.

Estos criterios constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

§6. El derecho fundamental de los ciudadanos a elegir a sus representantes.

62. Sin perjuicio de lo dicho en el punto §4 de esta sentencia, dado que los recurrentes han considerado que el referido extremo del artículo 1º de la Ley cuestionada vulnera también el derecho fundamental de los ciudadanos a elegir libremente a sus representantes (artículo 31º de la Constitución), este Tribunal considera necesario ocuparse sobre determinados alcances del referido derecho.

63. El derecho fundamental de sufragio activo se manifiesta a través del voto (tercer y cuarto párrafos del artículo 31º de la Constitución), y su titularidad se encuentra reservada a los ciudadanos, es decir, a los mayores de 18 años, y siempre que dicha ciudadanía se encuentre inscrita en el registro electoral correspondiente (artículo 30º de la Constitución). Es así que la suspensión de la ciudadanía por cualquiera de las causales previstas en el artículo 33º de la Norma Fundamental, da lugar a la suspensión del ejercicio del derecho de voto.

64. De conformidad con el artículo 31º de la Constitución, el derecho de voto goza de las siguientes garantías inherentes a la delimitación de su contenido protegido:

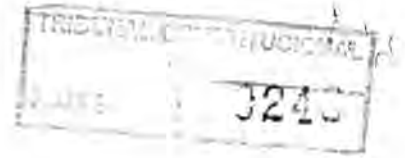
- a) Es personal: Debe ser ejercido directamente y, en ningún caso, a través de interpósita persona.

Los demandantes han alegado que dado que el derecho de sufragio

[t]iene **naturaleza personal**, no [es] posible (...) que un derecho con tales alcances pueda convivir con una ley que establezca un condicionamiento respecto de la participación de un determinado partido político del Congreso. (sic).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



La manifiesta ausencia de nexo lógico entre aquello que protege el requerimiento constitucional de que el voto sea personal, y este alegato de los demandantes, releva a este Tribunal de mayor análisis sobre el particular.

- b) Es igual: Esta característica deriva del mandato previsto en el artículo 2º, inciso 2, de la Constitución, conforme al cual ninguna persona puede ser discriminada por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Siendo el derecho de voto una garantía institucional para la estabilidad y la convivencia armónica en una sociedad democrática, en modo alguno puede justificarse la restricción en su ejercicio por causas carentes de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Por el contrario, dichas restricciones deben ser en todos los casos valoradas bajo el imperio del principio *pro homine*, de manera tal que toda interpretación debe encontrarse orientada a procurar el ejercicio pleno del derecho.

- c) Es libre: Esta característica del derecho de voto merece un análisis conjunto con su obligatoriedad hasta los setenta años. La libertad inherente al derecho de voto debe ser comprendida en el sentido de que a nadie pueda conminarse a que se manifieste en un determinado sentido, de manera tal que su orientación sea consecuencia de una meditación personalísima, “espontánea” (artículo 176º) y responsable entre las distintas opciones posibles. La “decisión”, consiguientemente, jamás puede ser consecuencia de algún grado de incidencia previa sobre la libertad de conciencia (artículo 2º, inciso 3) ni menos aún sobre la integridad física, psicológica o moral (artículo 2º, inciso 1).

Sin embargo, en aras de forjar una identidad ciudadana con los principios consubstanciales a la participación política y la democracia, el constituyente no solamente ha estatuido el voto como un derecho, sino como un deber, de modo tal ha optado por estatuir el voto obligatorio, dando lugar a que, sin perjuicio de lo expuesto, ante la ausencia de causas justificadas, pueda derivarse alguna sanción administrativa por no acudir a las urnas.

- d) Es secreto: 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 2º, inciso 18), y constituye una garantía frente a eventuales intromisiones tendentes a impedir que se forje una elección libre y espontánea.



65. Pues bien, expuestos así los ámbitos protegidos por el derecho fundamental de todo ciudadano a elegir a sus representantes, resulta evidente que el artículo 1° de la Ley impugnada, al establecer la “barrera electoral”, no resulta contrario a este derecho. En efecto, dicha disposición no impide el ejercicio personal del voto. Tampoco genera discriminación de ningún tipo entre los votantes o entre los partidos o movimientos participantes, pues absolutamente a todos les serán aplicables las mismas reglas constitucionales y legales. No impide acudir libremente a las urnas. Menos aún, exige revelar la identidad del candidato, partido, movimiento, alianza o lista a la que se ha decidido apoyar.

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).

§7. Los requisitos para mantener vigente la inscripción de los partidos y movimientos políticos

68. Por otra parte, los demandantes también han cuestionado la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley N.º 26859, en el extremo que, modificando el artículo 87° de la LOE, dispone que

[l]os partidos políticos que no hayan obtenido representación parlamentaria mantendrán vigencia temporalmente por espacio de un (1) año, al vencimiento del cual se concelará su inscripción.

Asimismo, cuestionan la constitucionalidad del artículo 2° de la Ley N.º 26859, que, modificando el artículo 13° a) de la Ley N.º 28094, dispone:



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.

69. Sobre el particular, los demandantes sostienen que resultan inconstitucionales los artículos citados, pues con ellos

[s]e evidencia el verdadero objetivo de la ley de modificación: la cancelación de las inscripciones de los partidos políticos que constituyen la minoría. Es decir, se afecta directamente el Estado social y democrático de derecho, sustentado en un sistema democrático, ya que, a fin de cuentas lo que se pretende, de forma manifiesta y expresa, es la desaparición de cualquier tipo de representación de las minorías.

70. El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. En efecto, resulta evidente que los reseñados artículos se encuentran orientados a cumplir similares finalidades a las que cumple la "barrera electoral", puesto que aún cuando la democracia exija un gobierno de las mayorías con pleno respeto de los derechos fundamentales de las minorías, tales minorías y, en concreto, las minorías partidarias, sólo pueden ser consideradas relevantes en la formación y manifestación de la voluntad general que permita la gobernabilidad y el consenso (artículo 35° de la Constitución) en la medida de que gocen de un mínimo de institucionalidad representativa, y la ausencia de ello queda evidenciado cuando no se tiene representación parlamentaria, o se tiene una representatividad ínfima a nivel nacional.

71. Es por ese mismo motivo que la inscripción de los partidos, movimientos y agrupaciones políticas en el Perú siempre se ha encontrado sujeta a cumplir con una determinada cantidad de firmas de adherentes¹⁹.

¹⁹ El Decreto Ley 11172, del 30 de setiembre de 1949, exigía 20 mil firmas de adherentes para la inscripción del partido (2.57% del electorado aprox). La misma cantidad de firmas fue exigida por los Decretos Leyes 13713 Decreto Ley 14250, este último del 5 de diciembre de 1962. El Decreto Ley 21995, del 15 de noviembre de 1977, que rigió sólo para las elecciones de la Asamblea Constituyente de ese entonces, modificó la cifra exigiendo 40 mil adherentes (0.59% del electorado aprox.). El Decreto Ley 22652, del 27 de agosto de 1979, mantuvo la cifra. El 24 de agosto de 1984, se expidió la Ley 23903, que elevó la valla hasta 100 mil firmas (1.19% del electorado aprox). La Ley 25684, del 21 de agosto de 1992, mantuvo la valla de 100 mil firmas (0.99% del electorado aprox). La Ley 26859, del 29 de setiembre de 1997, establece el requisito de 4% de firmas de adherentes (500 mil electores aprox). La Ley 27369, del 17 de noviembre de 2000, disminuye la valla al 1% de firmas de los votantes del último proceso electoral (120 mil electores aprox). Finalmente, la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos, en concordancia con la Ley Orgánica de Elecciones establece el 1% de firmas de los votantes del último proceso electoral (120 mil electores aprox).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 72. Por lo demás, la norma resulta acorde con el principio de proporcionalidad (artículo 200° de la Constitución), en la medida de que otorga al partido el plazo de un año para reestructurar sus bases y adoptar las medidas necesarias para poder lograr a futuro una representatividad institucional que justifique su presencia en el escenario del consenso político.
- 73. Por todo lo dicho, el Tribunal Constitucional considera plenamente constitucionales los extremos impugnados de los artículos 1° y 2° de la Ley N.° 28617; y, consecuentemente, dada su esencial vinculación con la Disposición Transitoria Única de la misma Ley (a la que se hizo alusión en el Fundamento 2 *supra*), este Colegiado también considera constitucional dicha disposición.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

- 1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.
- 2. Los criterios expuestos en los fundamentos 60 y 61 de la presente sentencia constituyen precedentes vinculantes para todos los poderes públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo VII del Código Procesal Constitucional.

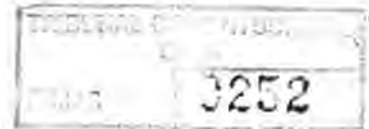
Publíquese y notifíquese.

SS.

**GARCÍA TOMA
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Lo que certifico:

Sergio Ramos Llanos
SECRETARIO RELATOR(e)



EXP. N.º 0030-2005-PI/TC
LIMA
MÁS DEL 25% DEL NÚMERO
LEGAL DE MIEMBROS DEL
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

FUNDAMENTO DEL VOTO DEL MAGISTRADO ALVA ORLANDINI

Considero que el Tribunal Constitucional, ante la coyuntura que confronta el país, que rebasa el aspecto propiamente electoral, debe plantear algunos asuntos que corresponde al Congreso de la República abordar y resolver, sea mediante reforma constitucional o modificación legislativa, según corresponda.

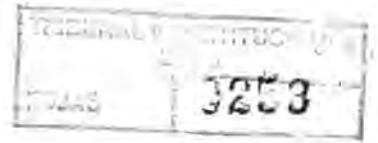
La accidentada historia constitucional del Perú es fruto de la desorbitada ambición de los militares que usaron la fuerza para usurpar el poder político, con la colaboración de civiles ávidos de riqueza mal habida. La demanda materia de este proceso de inconstitucionalidad es, por lo tanto, ocasión propicia para enumerar sintéticamente los cambios que requiere la Ley Fundamental del Estado.

La separación de Poderes. Desde que se dicta, el 17 de diciembre de 1822, la ley de Bases de la Constitución Política de la República Peruana, se establece (2) que la soberanía reside esencialmente en la Nación y no puede ser patrimonio de ninguna persona ni familia; (4) que su gobierno es popular representativo; y (10) que el principio más necesario para el establecimiento y la conservación de la libertad, es la división de las tres principales funciones del poder nacional, llamadas comúnmente tres poderes.

La división, o separación, de las funciones ha existido formalmente en las doce Constituciones del Perú; pero materialmente todas, sin excepción, fueron violadas. Se usurpó el cargo de Presidente de la República; el Congreso fue disuelto, mutilado o falseado; y se mantuvo el Poder Judicial manipulado, con jueces hechizos. No se impuso pena privativa de la libertad a los usurpadores, ni a los que se enriquecieron a expensas del país.

Caracteriza, pues, a nuestra historia política republicana la alternancia entre los golpes de Estado y los fraudes electorales. Las elecciones limpias son excepción.

El proceso penal contra los autores de los delitos contra los Poderes del Estado y el Orden Constitucional, perpetrados el 5 de abril de 1992 está aún sin sentencia, a pesar de que los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

nombres de los principales agentes aparecen en el decreto ley N° 25418.

Las atribuciones del Congreso. En los breves interregnos democráticos el Congreso, además de legislar, ha cumplido, con mayor o menor eficiencia, su atribución de órgano de control político. En algunos períodos, incluso, confundió la fiscalización con la frecuente e inmotivada censura de los ministros de Estado. El enfrentamiento derivó en el golpe de Estado de 27 de octubre de 1948.

La actual Carta exige, razonablemente, la mayoría absoluta de votos del número legal de integrantes del Congreso, para censurar a uno o más ministros; y si la censura se repite contra dos Gabinetes corresponde al Presidente de la República decretar la disolución del Congreso y la convocatoria inmediata a elecciones (artículo 134°). Como lo señaló este Colegiado, en sentencia de 1 de diciembre de 2003 (Exp. N° 0006-2003-AI/TC), la Constitución tiene un vacío respecto del número de votos para declarar la vacancia del Presidente de la República por su permanente incapacidad moral o física, razón por la cual exhortó al Congreso a reformar la Constitución y su Reglamento a efecto de resolver tal situación. Acatando dicha sentencia, el Congreso corrigió su Reglamento, hecho que fortalece el Estado Social y Democrático de Derecho.

Aunque la delegación de facultades legislativas es una novedad que introduce la Constitución de 1979, restringida en la actual (que excluye la de leyes orgánicas), fue, empero, utilizada anteriormente para los efectos de promulgar algunos códigos. La delegación legislativa en el Presidente de la República debe tener la amplitud de la Carta precedente, pues el Poder Ejecutivo dispone de un mayor número de técnicos y especialistas; y el Congreso mantiene siempre su atribución de reformar, o derogar, las leyes.

El Congreso debe reasumir la función de ratificar los altos mandos militares y policiales y los embajadores del Perú en el exterior.

El abuso en el ejercicio del mandato no imperativo. Los representantes a Congreso no están sujetos a mandato imperativo. Nadie les puede imponer la obligación de desempeñar sus funciones con sujeción a directivas o consignas de los grupos de poder o de las dirigencias partidarias. Empero, no debe confundirse ese atributo de la representación parlamentaria con una suerte de patente de corso a efecto de que los congresistas, olvidando programas partidarios, por los que votó el pueblo, actúen rebasando los límites que impone la ética política.

En muchos períodos de la República se han producido migraciones de miembros del Congreso de un sector político a otro; en algunas ocasiones –excepcionales– por causa de servir mejor los intereses nacionales o locales.



La libertad de opinar y de votar de los parlamentarios no puede ser irrestricta y menos abusiva e incontrolada. Es verdad que los debates de las leyes y de las mociones políticas que al Parlamento corresponde, o no, aprobar implican el intercambio de hechos, ideas e informaciones. Es posible que los argumentos de unos convencen a otros y, por lo tanto, la votación final refleje la opinión de la mayoría (o de la unanimidad) del cuerpo legislativo. En tales supuestos, naturalmente, no se justifica objetar el comportamiento del congresista.

El transfuguismo. Distinto es el caso de los tráfugas. Elegidos para defender determinados programas y mantener una línea política a la cual adhieren los electores, los representantes al Congreso –como está acreditado documentalmente- celebran compromisos, generalmente ocultos y remunerados, sea voluntaria o compulsivamente. Los tráfugas no sólo vulneran el principio de representación proporcional y coadyuvan a formar mayorías ficticias en el Congreso (también puede ocurrir en otros espacios de representación), sino que atentan contra la moral pública y crean la desesperanza y la indignación de los ciudadanos.

Es difícil legislar sobre esta temática. Pero hay que hacerlo. Los partidos políticos deben tener potestad para someter a consulta popular (referéndum revocatorio) a los congresistas que actúan deslealmente. Si se produce la revocación, debe ingresar el accesitario a efecto de que no se desequilibre la representación proporcional. Si el sistema es distinto, el reemplazante debe emanar de una nueva elección.

Circunscripciones electorales. El Congreso ha sido bicameral a lo largo de nuestra historia, con la excepción de las inaplicadas disposiciones de la Constitución de 1826 (que estableció las Cámaras de Tribunales, Senadores y Censores) y de 1827 (que creó el Congreso unicameral). La Carta de 1993 integra el Congreso unicameral con 120 congresistas.

Los diputados eran elegidos por provincias y los senadores por Departamentos, hasta el proceso de 1945. En las elecciones de 1950, 1956 y 1963 los diputados, al igual que los senadores, fueron elegidos por Departamentos. En 1980, 1985 y 1990 los diputados continuaron siendo elegidos por Departamentos y los Senadores por distrito único, que abarcó toda la República.

Elección indirecta y elección directa. Senadores y Diputados fueron elegidos a través de colegios electorales de parroquia y de provincia, o sea indirectamente. Los ciudadanos con derecho a votar (el voto no fue universal) elegían a los electores de parroquia y éstos a los de provincia, que sumían la función de elegir tanto a los miembros del Congreso, como al presidente y vicepresidente de la República. A partir de la Constitución de 1856 se dispuso la elección directa de unos y otros.

Calificación de las elecciones. Correspondió al propio Congreso calificar y proclamar a los



elegidos Presidente y Vicepresidentes, hasta 1919. La Constitución de 1920 transfirió esa atribución a la Corte Suprema de Justicia. A partir de 1931 se establece el Jurado Nacional de Elecciones, al que denomina Poder Electoral la Constitución de 1933. Los más significativos fraudes electorales ocurrieron en 1950 y 2000. La autonomía no es autarquía. Es inconstitucional que se pretenda cercenar el control constitucional de los actos del JNE si violan derechos fundamentales.

Sistemas electorales. La elección de Diputados y Senadores se hizo conforme al sistema de mayoría simple hasta 1945. Con ese sistema (y de mayoría y minoría, en 1950 y 1956), era suficiente alcanzar la mayor votación relativa para obtener un cargo parlamentario.

Con tal sistema empírico, podía ocurrir (y de hecho ocurrió) que los candidatos obtuvieran, por ejemplo, el 20 % de los votos para ser elegidos y proclamados. El 80% de los ciudadanos que dispersaron sus votos entre los demás candidatos quedaban sin representación. Con el referido sistema, el Congreso representaba sólo a la minoría.

El sistema de mayoría y minoría es, también, empírico. En efecto, la ley establece el número de cargos que le corresponde a la mayoría y, también, a la minoría. Puede ocurrir, por ejemplo, que la ley señale cinco cargos para la mayoría y un cargo para la minoría. Producida la votación, la mayoría podría alcanzar cincuenta mil votos y la minoría cuarenta y nueve mil. La primera lista tendría los cinco cargos y la segunda lista sólo un cargo. No habría proporcionalidad. La situación sería más absurda si hay más listas de candidatos y no alcanzarían ninguna representación, aunque, en conjunto, superen a la primera lista e, incluso, tengan más votación que las que ocuparon el primer y segundo lugares.

Para que no se retorne al manejo empírico de la elección parlamentaria clásica, siempre que el Legislador (o el Constituyente) opinara por la sustitución del actual sistema, sería indispensable que la reforma constitucional determine, sobre la base de distribución de la población en el territorio nacional, que los distritos electorales a crearse tengan un número de habitantes equivalente. Sólo así se respetarían los principios constitucionales y los tratados internacionales que regulan el Estado democrático de derecho.

El decreto-ley N° 14250 estableció el sistema de representación proporcional, con el método de la cifra repartidora, a partir de 1963.

El sistema de representación proporcional apunta a dar más veracidad a la composición del Congreso. Empero, no es una solución perfecta. Motiva la dispersión de los ciudadanos en numerosos partidos políticos y conspira, en consecuencia, contra la eficacia de las instituciones.

Con la Ley N° 14669 (sobre elecciones municipales), los alcaldes, elegidos con mayoría relativa, afrontaron dificultades insalvables para el gobierno municipal, por cuanto tenía



mayoría adversaria de regidores. Fue necesaria la Ley N° 23903 para afrontar esa situación. Tal ley dispuso que el alcalde victorioso tuviera la mitad más uno de los regidores, aplicándose la cifra repartidora a las otras listas. Parecería aconsejable que una nueva ley disponga se realice una segunda elección entre los dos candidatos más votados, a efecto de que haya una efectiva representación vecinal.

El sistema de representación proporcional funciona adecuadamente sólo cuando el número de cargos a elegir es relativamente elevado. Eso ocurrió, por ejemplo, cuando se eligió la Asamblea Constituyente de 1978-79 y el Senado en 1980, 1985 y 1990. En cambio, no puede ser idóneo en caso de que sólo se elija 2 o 3.

Con cualquier sistema electoral, los congresistas representan a la Nación (artículo 93°).

La igualdad ante la ley. El principio de igualdad ante la ley de que es titular toda persona humana, se sustenta, además del artículo 2°-2 de la Constitución, en los artículos 7° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y II y 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros convenios internacionales.

La igualdad, en cuanto a participar en el gobierno del Estado, se traduce, asimismo, en el principio "una persona, un voto". De manera que, considerando que la población censada del Perú es 26.600.000 habitantes y siendo el número de escaños en el actual Congreso de 120, para recurrir al sistema uninominal habría que conformar distritos electorales de poco más o menos 220,000 habitantes. Alternativamente, la distribución de escaños podría implementarse sobre la base del Registro Electoral que sobrepasa los 16.000.000 de ciudadanos. Obviamente, el retorno al sistema de distritos uninominales puede considerarse para el futuro. Sin embargo, para que no ocurra lo que padeció el Perú hasta mediados del siglo 20, tendría que recurrirse, también, a la doble elección, tal como se aplica para elegir el Presidente de la República (artículo 111°). De otra manera, el Congreso estaría integrado por representantes de las minorías.

No debe perderse de vista, igualmente, que el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos indica que

"Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por **sufragio universal e igual y por voto secreto** u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto." (subrayado nuestro).

Los tratados internacionales forman parte del derecho nacional, según el artículo 55° de la



Constitución y se interpretan conforme a la Cuarta Disposición Final de la Constitución de 1993.

Deviene inconstitucional, por lo tanto, toda norma que, prescindiendo del número de habitantes o de electores, distribuya arbitrariamente los cargos de congresistas, por cuanto los ciudadanos de algunas circunscripciones (actualmente departamentos) eligen en mayor proporción que otros.

El número de electores, según el RENIEC, sobrepasa de 16.000.000. La representación de éstos en el Congreso unicameral resulta insuficiente. Es la menor en nuestra vida republicana.

La cédula única y el voto preferencial. La cédula única fue usada, por primera vez, en el proceso electoral de 1963, de acuerdo al decreto-ley N° 14250. Permite que los nombres de todos los partidos y candidatos aparezcan en las cédulas impresas por mandato del Jurado Nacional de Elecciones (actualmente la ONPE) y que lleguen hasta las mesas de sufragio por conducto del órgano electoral. Los electores, por lo tanto, tienen la posibilidad de marcar sus votos por los candidatos de su preferencia.

Antes de la cédula única, los candidatos debían mandar imprimir sus respectivas cédulas (con formatos previamente aprobados) y distribuirlas hasta las mesas de sufragio, todo lo cual requería tener una organización que abarcara todo el territorio nacional. Los ciudadanos frecuentemente no podían votar por sus candidatos por falta de cédulas.

La Ley Orgánica de Elecciones (26859) se refiere a las cédulas de sufragio en sus artículos 255°, 258°, 260°, 262° y 264°, entre otros. El artículo 262° indica que "...El elector, en la cámara secreta y con el bolígrafo que se le proporciona, marca en la cédula un aspa o una cruz dentro de los cuadrados impresos en ella, según corresponda..."

La cédula única, con dos o más secciones, contiene los símbolos que identifica a cada lista inscrita, según el artículo 122° de la Ley 26859. O sea que hay tantos símbolos como listas hayan sido inscritas. En el proceso político electoral del 9 de abril de 2006 la proliferación de listas obliga a que la cédula electoral sea de dimensión insólita.

Los Poderes del Estado tienen la inexcusable obligación de facilitar a los ciudadanos la emisión de su voluntad electoral. En consecuencia, parece razonable que se modifique las características de la cédula de sufragio, para simplificarla. La cédula podría tener los cuadrados necesarios para que el elector marque, con números, sus votos a favor de la fórmula presidencial, congresistas, etc.

Con ese objeto se tendría que suprimir el voto preferencial (que requiere el número del respectivo candidato). El voto preferencial, introducido en la elección de la Asamblea



Constituyente y mantenido hasta el proceso electoral en curso, pues ha sido y es un factor que atenta contra la unidad y armonía de los integrantes de las listas de candidatos al Congreso.

Vigente ya la Ley de Partidos Políticos (28094) corresponde a estas agrupaciones políticas determinar el orden de colocación de los candidatos, de acuerdo al cual se haría la distribución de los cargos alcanzados.

Eventual inconstitucionalidad de la Ley. El panorama electoral de 2006 acredita la existencia de cerca de 30 agrupaciones políticas que presentarán, separadamente o en alianzas, un número apreciable de listas parlamentarias. La dispersión y fragmentación de la votación, por lo tanto, puede ocurrir. En consecuencia, la ley materia de impugnación debió prever la solución pertinente. No se ajustaría a la justicia electoral que si, por ejemplo, superan la barrera electoral dos o tres agrupaciones, que en conjunto, reciban el tercio de la votación, obtengan el cien por ciento de los escaños parlamentarios. Los ciudadanos no estarían realmente representados en el Congreso. En tal supuesto, la representación proporcional sería ilusoria.

La ley materia de la sentencia del TC tampoco resuelve el caso –difícil, pero no imposible– de que ninguna de las listas de candidatos al Congreso supere la barrera electoral.

El artículo 184° de la Constitución declara que

“El Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad de un proceso electoral, de un referéndum o de otro tipo de consulta popular cuando los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superan los dos tercios del número de votos emitidos. La ley puede establecer proporciones distintas para las elecciones municipales.”

La lógica de ese precepto constitucional es que haya manifestación, clara y rotunda, de la voluntad popular. En realidad, la nulidad debería ser declarada si la mitad más uno de los votos emitidos son nulos o en blanco; pero el constituyente, conforme a precedentes constitucionales, mantuvo la referida proporción.

Con el mismo criterio, tendría que ser nula la elección de congresistas si los votos a favor de las listas que no sobrepasan la barrera electoral superan los dos tercios, puesto que se habría vaciado de contenido al artículo 187° de la propia Constitución, según el cual

“En las elecciones pluripersonales hay **representación proporcional**, conforme al sistema que establece la ley. La ley contiene disposiciones especiales para facilitar el voto de los peruanos residentes en el extranjero.”

Habría, notoriamente, una falta de representación proporcional –y, por ende, flagrante violación constitucional, si se produce el caso materia de esta reflexión.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Asimismo, la ley cuya inconstitucionalidad es materia de la demanda y de esta sentencia no resuelve el caso de que, usando la facultad que le confiere el artículo 134° de la Constitución, el Presidente de la República decreta la disolución del Congreso, si éste ha censurado o negado su confianza a dos Consejos de Ministros, en el curso del primer año del período parlamentario. ¿En ese supuesto, pueden participar las agrupaciones políticas que en las elecciones generales no alcanzaron la barrera electoral? Y ¿cuál sería la situación jurídica de tales agrupaciones –y de sus congresistas- si en las nuevas elecciones superan la barrera electoral?

El Congreso de la República debe dictar la ley correspondiente, habida cuenta la exquisita sensibilidad de alguno de sus integrantes, que –desconociendo la uniforme doctrina universal- pretende recortar atribuciones al Tribunal Constitucional.

S.
ALVA ORLANDINI

Lo que certifico:

Sergio Ramos Llanos
SECRETARIO RELATOR(e)