

# Transfuguismo: ¿Historia sin fin? Comentarios a un nuevo intento regulatorio en el Parlamento Peruano



**LUCIANO LÓPEZ FLORES**

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres.  
Magister en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia  
Universidad Católica del Perú.

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.  
Profesor de la maestría en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## SUMARIO:

- I. Transfuguismo: Veinticinco intentos regulatorios en los últimos trece años, a modo de introducción.
- II. ¿Es constitucional la propuesta de la "Comisión Chehade"?
- III. Para que la historia llegue a su fin: El rol de la Judicatura Constitucional y el Caso Brasileño.
- IV. Reflexiones y Propuestas, a modo de Conclusión Integral.



## I. TRANSFUGUISMO: VEINTICINCO INTENTOS REGULATORIOS EN LOS ÚLTIMOS TRECE AÑOS, A MODO DE INTRODUCCIÓN

En un trabajo anterior<sup>1</sup> cité un interesante estudio de los casos emblemáticos de transfuguismo en la historia del Perú Republicano<sup>2</sup>, de aquellos que aún nos quedan en la retina: los casos de transfuguismo grosero y delictivo del régimen de Fujimori-Montesinos en cuya cúspide está, por ejemplo, el de la compra del ex congresista Alberto ("Beto") Kouri, que trajo abajo el fujimorato<sup>3</sup>.

Pero los nuevos aires del retorno a la democracia en el año 2001 no trajeron consigo el destierro de este mal. Todo lo contrario. La endemia ha mostrado mutaciones, más sagaces que el otrora simple y traidor cambio de bando en el ejercicio de la función congresal, como así ha acontecido en los últimos trece años<sup>4</sup>. Su profundización, su nefasta práctica, cada vez más contribuye al descrédito de la clase política. Y esto porque, lógicamente, el transfuguismo

lesiona uno de los derechos más básicos de nuestra democracia: el derecho ciudadano de elegir a sus representantes.

En una nota del diario "El Comercio" del 11 de marzo de 2012<sup>5</sup> se decía que en once años (2001-2012) hubo veinticuatro intentos de regular el transfuguismo para combatirlo sin resultados favorables. Así, en el gobierno de transición de Valentín Paniagua (noviembre 2000-julio 2001) se presentó una iniciativa legislativa que fue rechazada. En el gobierno del ex Presidente Alejandro Toledo (2001-2006) se presentaron dieciséis propuestas de ley y durante el periodo del ex Presidente Alan García (2006-2011) otros siete proyectos de ley.

Al finalizar el periodo del ex Presidente García Pérez se aprobó un Dictamen en la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República (del 12 de abril de 2011), presidida por el entonces Congresista aprista Aurelio Pastor Valdivieso, que denominó a la propuesta "Ley que previene y sanciona el transfuguismo"<sup>6</sup> y

1. LÓPEZ FLORES, Luciano. *Anatomía del Transfuguismo: propuestas desde el control político-jurisdiccional*. Lima: Emma Editores, 2012, Primera edición, p. 29.
2. DELGADO GUEMBES, César. "Transfuguismo y crisis postelectoral en el proceso de reinstitucionalización democrática". En: *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima: Fondo Editorial de la PUCP, Derecho, 2000, No. 53, pp. 89-132.
3. También revítese la interesante investigación de Carlos Iván Degregori y Carlos Meléndez que analizan la historia del Parlamento peruano durante el decenio fujimorista a partir del cual procuran aportar pistas que expliquen las razones del desempeño actual del Congreso cuyo perfil del parlamentario está basado en la escasa confiabilidad, deslealtad partidaria y pragmatismo a ultranza. Cfr.: DEGREGORI, Carlos Iván y MELÉNDEZ, Carlos. *El nacimiento de los Otovongos: El Congreso de la República durante los gobiernos de Alberto Fujimori (1990-2000)*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2007.
4. En mi libro, *Anatomía del Transfuguismo*, ya citado (*ibíd.*, pp. 151 y ss.), realicé una tipología de las formas de transfuguismo acontecidas con posterioridad al fujimorato (2001-2011). Allí están los que denominé "apátridas" que renuncian a la bancada pero no integran ningún grupo parlamentario; "emprendedores" que renuncian a la bancada para fomentar la formación de su propio grupo parlamentario; "aborto del vientre de alquiler" que acontece en los casos de aquellos parlamentarios que pertenecen a una agrupación política que no participó formalmente en las elecciones (ni en forma individual ni en alianza electoral) y que una vez obtenidos los escaños en el Parlamento, sus miembros se desvinculan de la bancada formando la suya (Caso Partido Nacionalista albergado por Unión por el Perú en las elecciones del año 2006); los "solapados" que son aquellos parlamentarios que votan reiteradamente en contra de la decisión de la bancada, rompiendo la disciplina de grupo político; y, finalmente, los casos de transfuguismo "Inverso" que acontece cuando son uno o más parlamentarios los que se mantienen firmes al ideario del partido o al plan de gobierno ofrecido en la elección general en contraposición a los demás miembros de la bancada que se apartan de tales postulados.
5. Cfr. «<http://elcomercio.pe/politica/1385848/noticia-11-anos-hubo-24-intentos-acabar-transfuguismo-nada>»
6. Ver: «[congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/Dictamen20062011.nsf/dictamenes/060CCD2BEE39DAB6052578770060843D](http://congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/Dictamen20062011.nsf/dictamenes/060CCD2BEE39DAB6052578770060843D)»

que, en mi opinión, no solucionaba el problema de fondo. No obstante, este Dictamen nunca fue puesto en debate ante el Pleno.

Y en el actual quinquenio congresal (2011-2016), hubo un pre dictamen aprobado por la Comisión de Constitución y Reglamento presidida por el Congresista del partido oficialista Gana Perú, Fredy Otárola Peñaranda (en adelante "Comisión Otárola") que trabajó proyectos de ley presentados en la legislatura 2011-2012 por la bancada de Alianza por el Gran Cambio entre otros<sup>7</sup>, pero que planteaba una fórmula por la cual se pierde el cargo congresal cuando el parlamentario comete transfuguismo o no justifica su retiro de la bancada, catalogando —en mi concepto, de manera acertada— al transfuguismo como *infracción a la Constitución*. Sin embargo, este pre-Dictamen fue dejado de lado por la composición actual de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso presidida por el Congresista Omar Chehade Moya (en adelante "Comisión Chehade"). Así, en la Décimo Segunda Sesión Ordinaria de la Comisión de la legislatura 2013-2014, llevada a cabo el 25 de marzo de 2014, se aprobó el Dictamen<sup>8</sup> recaído en los Proyectos de Ley No. 221/2011-CR (de autoría de la Congresista María del Carmen Omonte, del Grupo Parlamentario Alianza Parlamentaria); 1560/2012-CR (de autoría del Congresista Omar Chehade del Grupo Parlamentario Nacionalista); 2555/2013-CR (de autoría de la Congresista Martha Chávez del Grupo Parlamentario Fuerza Popular); y, 3142/2013-CR (de autoría del Congresista José León Rivera del Grupo Parlamentario Perú Posible).

Este muy reciente Dictamen constituye el intento regulatorio número veinticinco en los últimos trece años desde el retorno a la democracia

(2001-2014). Aún no ha sido puesto a debate ante el Pleno del Congreso de la República. Y aunque faltan dos años para el término del actual quinquenio congresal en los cuales el Pleno podrá discutir la propuesta contenida en el referido Dictamen, en mi concepto, aquel no solo prevé medidas muy blandas en el combate contra el transfuguismo sino que, en lo esencial y desde el punto de vista jurídico, considero que resultan ser contrarias a la Constitución porque vulneran el principio de proporcionalidad representativa. Pero no solo ello. Desde un punto de vista político, la iniciativa de la "Comisión Chehade" constituye una muestra más de la reiterada incapacidad del Parlamento Nacional —o, peor aún, de su falta de voluntad— de llevar a cabo una reforma institucional que dote de herramientas firmes, eficaces, de lucha —en serio— contra el transfuguismo. De allí que postule —como lo he dicho en otra oportunidad<sup>9</sup> y lo reiteraré en este breve trabajo (*infra* 3)— que se puede hacer mucho desde la judicatura constitucional, tal como así sucedió en el año 2007 en Brasil, aunque lo ideal sea que este tema fuera objeto de debate en una reforma constitucional<sup>10</sup> que esperemos en algún momento se produzca.

Mientras tanto, a efectos de enriquecer el debate en torno al reciente Dictamen de la "Comisión Chehade", expondré mis argumentos de por qué considero que su propuesta resulta ser inconstitucional. Luego, decantaré en mi propuesta de activismo judicial, desde la judicatura constitucional, como una medida de corto plazo que extraiga el debate del espacio parlamentario dadas sus constantes reticencias sobre esta materia que auguran —parafraseando a García Márquez— la crónica de una muy probable muerte anunciada del Dictamen objeto de estu-

7. Se trata del Proyecto de Ley N° 0221/2011-CR presentado el 16 de septiembre de 2011, de autoría de la Congresista María del Carmen Omonte Durand de Dyer, de la bancada Alianza Parlamentaria.

8. Ver: <[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02\\_2011\\_2.nsf/d99575da99ebf8e305256f2e006d1cf0/d4c22021799760ce05257caf0054bdaa/\\$FILE/00221DC04MAY030414.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc02_2011_2.nsf/d99575da99ebf8e305256f2e006d1cf0/d4c22021799760ce05257caf0054bdaa/$FILE/00221DC04MAY030414.pdf)>

9. Cfr.: "Anatomía del Transfuguismo [...]". *Op. Cit.*, pp. 140 y ss.

10. Así también lo he dicho en mi libro *Anatomía del Transfuguismo*, *ibid.*, pp. 175 y ss.

dio, a pesar de sus blandas medidas. Finalmente, expondré algunas reflexiones y propuestas, a modo de conclusión integral.

## II. ¿ES CONSTITUCIONAL LA PROPUESTA DE LA "COMISIÓN CHEHADE"?

El Dictamen de la "Comisión Chehade" plantea modificar el inciso 4 y adicionar el inciso 5 al artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República. Asimismo, propone modificar el inciso 2 del artículo 76 del mismo Reglamento<sup>11</sup>.

Una de las sustanciales características de la propuesta consiste en que aquella omite el término "transfuguismo", a pesar que en la fundamentación del Dictamen se analiza este fenómeno. En su reemplazo, se refiere, en

primer lugar, a los "**renunciantes**" al partido o alianza electoral por el que fueron elegidos; y, en segundo lugar, a quienes "**dejen de pertenecer**" al grupo parlamentario que originalmente conformaron. La distinción encuentra sentido en que en el primer caso estamos frente a un acto puramente voluntario del Congresista, mientras que en el segundo estamos frente a un acto que puede involucrar la decisión del partido o grupo parlamentario, puesto que puede darse el caso que éste último *expulse* al Congresista de la agrupación política en cuya virtud *deja de pertenecer* a la bancada. No obstante, la figura de la *expulsión* no es algo que prevea la fundamentación del Dictamen en este último caso, sino que el Congresista se vea en la necesidad de "dejar de pertenecer" a la agrupación política en ejercicio de su

11. La propuesta contenida en el dictamen es la siguiente:

*"Artículo 1.- Modifica el inciso 4) y adiciona el inciso 5) al artículo 37 del Reglamento del Congreso de la República*

*Modifícase el inciso 4) y adiciona el inciso 5) al artículo 37" del Reglamento del Congreso de la República el mismo que queda redactado de la misma manera:*

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

*Artículo 37. Los Grupos Parlamentarios son conjuntos de Congresistas que comparten ideas o intereses comunes o afines y se conforman de acuerdo a las siguientes reglas:*

*(...)*

*4. Tampoco pueden constituir grupo parlamentario los Congresistas que hayan renunciado al Partido o alianza electoral por el que fueron elegidos y/o dejen de pertenecer a la bancada que originalmente conformaron. No deben ser considerados a efecto de la distribución de la directiva de las Comisiones a que se refiere el cuarto párrafo del artículo 34 del Reglamento del Congreso ni pueden ocupar cargos directivos en el Congreso o las Comisiones.*

*5. Cada Grupo Parlamentario aprueba su reglamento interno que obliga a todos sus integrantes.*

*(...)"*

*"Artículo 2. Modifica el numeral 2 del artículo 76 del Reglamento del Congreso de la República*

*Modifícase el numeral 2.3 del artículo 76" del Reglamento del Congreso, el mismo que queda redactado de la siguiente manera:*

*"Requisitos especiales*

*Artículo 76. (...)*

*2. Las proposiciones de ley o de resolución legislativa que presentan los Congresistas lo serán a través del Grupo Parlamentario y requieren del respaldo:*

*(...)*

*2.3. Los Congresistas que hayan renunciado al Partido o alianza electoral por el que fueron elegidos y/o hayan dejado de pertenecer a la bancada que originalmente conformaron requieren del respaldo de un número mínimo de seis (6) Congresistas.*

*En el caso de los incisos 1 y 2 el Directivo-Portavoz o quien lo reemplace deberá certificar dicho respaldo. En el supuesto del inciso 3 será certificado por el Oficial Mayor del Congreso. Cuando son varios los autores, se puede diferenciar entre autor o autores principales y adherentes. (...)"*

libertad de conciencia (véase el ítem 4.4. del "Análisis" del Dictamen).

Y otra sustancial característica de la propuesta se centra en los efectos de la "renuncia" o al acto de "dejar de pertenecer" a la bancada o partido político. El Dictamen plantea tres consecuencias a saber: (i) Que no pueden constituir Grupo Parlamentario, ni adherirse a otro nuevo; (ii) Que no pueden ser considerados en la distribución de la directiva de las Comisiones ni pueden ocupar cargos directivos en el Congreso de la República (integrar la Mesa Directiva: Presidencia y Vicepresidencias); y, (iii) Requieren del respaldo de un mínimo de seis (6) Congresistas para presentar Proyectos de Ley.

En otras palabras, la propuesta apunta a que el Congresista *tránsfuga* se convierta en un paria, una suerte de *zombie* dentro del Parlamento porque no puede integrar ninguna bancada. Y de esta manera, se le priva del derecho a ser elegido en cargos directivos en Comisiones y en la Mesa Directiva, además de dificultársele la función de proponer iniciativas legislativas. En buena cuenta, se le priva del acceso a recursos logísticos si éste contara con el pleno ejercicio de su derecho a ser elegido en cargos Directivos al interior del Parlamento; sin embargo, no se le priva del derecho al voto que, a la larga, termina siendo lo más importante de cara a las negociaciones políticas del grupo oficialista que en caso no obtenga mayoría parlamentaria, cada voto cuenta, incluso el de los *tránsfugas apátridas*, para usar una terminología a la que ya me he referido en otra oportunidad (*supra* nota 4).

Así las cosas, encuentro un contrasentido en la argumentación a la cual recurre la fundamentación del Dictamen de la "Comisión Chehade", porque si bien reconoce que en cada proceso electoral los ciudadanos votan por el partido "cuyo programa de gobierno representa mejor sus convicciones e intereses y por ende la renuncia de

un congresista al partido político o alianza por el que fueron elegidos y/o dejen de pertenecer al grupo parlamentario de origen y su posterior adhesión a otro grupo parlamentario, supone alterar esa manifestación de la voluntad popular" (subrayado agregado)<sup>12</sup>; sin embargo, las consecuencias de esa "alteración" de la "voluntad popular" es sancionada recortándole el acceso a recursos logísticos, pero manteniéndolo en el escaño con el arma más poderosa de todo *tránsfuga*: el poder de negociación del voto en el Pleno o en las Comisiones que integra en calidad de miembro, en desmedro del partido por el cual postuló al cargo, el cual ve mermado su número de curules que inicialmente le correspondían por la fuerza de la voluntad popular.

He aquí el punto de quiebre con la propuesta del Dictamen de la "Comisión Chehade" y que considero irreconciliable dada mi postura que he venido sustentando y sosteniendo desde hace algún tiempo<sup>13</sup>: que el escaño no le pertenece al Parlamentario sino al Partido por el cual este postuló en las justas electorales. Y, desde este punto de vista, toda medida legislativa que regule la patología del *tránsfugismo* debe siempre derivar en que el *tránsfuga* pierda el escaño, porque su conducta infringe la Constitución. Debe llamarse, inmediatamente, al accesorio, a efectos que se resguarde la voluntad popular de que un partido ocupe determinado número de curules en el Parlamento Nacional. En consecuencia, toda medida legislativa como la propuesta en el Dictamen de la "Comisión Chehade" que no conlleve medidas de esta naturaleza, será siempre —en mi concepto— inconstitucional porque vulnera los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional que articulan el derecho fundamental a la participación política.

Me explico. Parto de la tesis sostenida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia No. 0030-2005-PI/TC<sup>14</sup> emitida en el año 2006, a

12. Véase la página 9 del Dictamen de la "Comisión Chehade".

13. Me refiero, siempre, a mi trabajo *Anatomía del Tránsfugismo* tantas veces citado.

14. Ver: «<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.html>»

propósito de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por 35 Congresistas de la República contra la Ley 28617 que modificó los artículos 20 y 87 de la Ley 26859 —Ley Orgánica de Elecciones—, y el artículo 13, inciso a, de la Ley 28094 —Ley de Partidos Políticos— (la denominada “Ley que crea la barrera electoral”). De la lectura de esta sentencia se desprenden dos principios constitucionales de singular importancia que, a su vez, se articulan a partir del ejercicio ciudadano del derecho elegir a sus representantes (derecho a la participación política): los **principios de democracia representativa y de representación proporcional**. Y es que el primer rasgo de principalísima importancia de nuestro sistema constitucional electoral radica en la participación política de la ciudadanía en los asuntos públicos de la Nación y del Estado que se realiza de manera indirecta a través de grupos colectivos intermedios: los partidos políticos. Y ese es “el rasgo prevalente en nuestra Constitución”, como bien lo dice el Tribunal Constitucional. Es más, un 58% de la ciudadanía en Latinoamérica reconoce que los partidos políticos son esenciales para el funcionamiento de la democracia. Y dentro de esa óptica, el 56% de peruanos señala que “no puede haber democracia sin partidos” y el 60% reconoce que “sin Congreso Nacional no puede haber democracia”<sup>15</sup>. De esta manera, el ejercicio del derecho fundamental a elegir o derecho al sufragio (manifestación del *derecho a la participación política*) tiene un solo objetivo: elegir partidos políticos que representen los intereses de cada segmento de la ciudadanía. Allí es donde nace la idea de **democracia representativa**.

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

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

En este sentido, el reconocimiento de los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional son medulares para llegar a una simplísima conclusión: el Congresista no es dueño de su escaño, de su curul. Es un inquilino del escaño porque simple y llanamente integra una agrupación política. Y es la agrupación política quien —por imperio de los principios constitucionales de democracia representativa y representación proporcional— representa a la población electoral que la eligió en las urnas. Y porque ejerce esa representatividad es que detenta un conjunto de curules por mandato popular. De esta manera, cuando el artículo 93 de la Constitución señala que los Congresistas “representan a la Nación”, la influencia de los acotados principios constitucionales con la intermediación de los partidos políticos determina que tal representación de la población sea *indirecta*.

Es más, un criterio jurisprudencial posterior a la sentencia de la ley de la barrera electoral como lo es la Sentencia No. 0026-2006-PI/TC (caso Javier Valle-Riestra y más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República<sup>16</sup>), abona a esta tesis. Transcribo el contenido del fundamento 8 (subrayado agregado):

15. Corporación Latinobarómetro. *Informe 2011*, Pp. 42 - 43. Cfr.: «<http://www.latinobarometro.org/latino/latinobarometro.jsp>»

16. Cfr.: «<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00026-2006-A1.htm>»

"8. Al respecto, este Colegiado debe precisar que si bien el congresista es independiente y autónomo en sus decisiones, su actuación no puede desligarse temeraria e irreflexivamente del partido político del cual provino o lo acogió; en tal dirección apunta el artículo 35 de la Norma Fundamental, según el cual: Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica.

La ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general.

De esta manera, la importancia del fortalecimiento de los partidos políticos en un Estado democrático y social de derecho como el nuestro, se impone y reconfigura la autonomía reconocida al congresista, atendiendo al presupuesto de la propia estabilidad institucional, soporte de una verdadera democracia representativa.

El punto medio entre la independencia y la pertenencia de los parlamentarios a los partidos políticos es condición sine qua non para desterrar las prácticas de transfuguismo que tanto afectaron el normal funcionamiento del Congreso de la República, máxime si con tal acontecimiento se trunca la voluntad popular, puesto que, según el artículo 176 de la Constitución, el Estado debe asegurar que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos."

Aquí es donde apuntalar el reconocimiento de estos principios constitucionales que informan el sistema de democracia representativa en el Perú, resulta medular para poner las cosas en su sitio y no derivar en el erróneo criterio de que prima la elección de personas antes que los partidos que éstas integran. Como bien dice Sartori<sup>17</sup>, "sea como fuere, en los sistemas de voto preferencial todos los votos van para la lista del partido". Y es que, no cabe duda, la lista de candidatos es una característica esencial de la representación proporcional y puede presentarse de dos formas: *bloqueadas*, cuando no se puede modificar el orden ni el nombre de los candidatos, y *abierta*, donde se desarrolla el sistema de voto preferencial<sup>18</sup>. Por ello, en mi opinión, una distorsionada lectura del voto preferencial en el sentido que éste le otorga titularidad del escaño al congresista preferido es, a su vez, causa de distorsión de estos principios y coadyuva al debilitamiento de los partidos y la quiebra de la voluntad popular.

De esta manera, cuando la Ley 28617 estableció la barrera electoral, el legislador puso el acento en el principio constitucional de representación proporcional, puesto que con ello se pretende que en el Congreso la distribución de escaños se realice de acuerdo al número de representantes que correspondan a las agrupaciones políticas que lograron superar la valla electoral del 5%. Se optó, pues, por el modelo del "umbral" alemán conocido como *Sperrklausel*, que constituye una de las formas no excluyentes de obstruir la proliferación de partidos en la contienda electoral y que se instituyó en varios países de Europa y Latinoamérica<sup>19</sup>. Y es más, la elección del Constituyente consignada en el artículo 187 de la Constitución de optar por el modelo de representación proporcional, se ajusta a la misma política de las democracias modernas de inclinarse por este sistema que satisface el pluralismo democrático y que

17. SARTORI, Giovanni. *Ingeniería Constitucional Comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994, Primera edición en español, Tercera reimpresión, p. 23.  
 18. RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge. *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 272.  
 19. SARTORI, Giovanni. *ibíd.*

—como bien señala Rodríguez Zapata<sup>20</sup>— materializa “un escrutinio de ideas, *no de hombres*, lo que beneficia las siglas de partido, y perjudica la calidad singular de los representantes”.

De esta manera, cuando el artículo 93 de la Constitución señala que los Congresistas “representan a la Nación” y “no están sujetos a mandato imperativo”, existen dos posibilidades interpretativas. La primera, se basa en el tenor literal del texto constitucional y asume que por no estar sujetos a mandato imperativo, los Congresistas no están sujetos al mandato directo de sus electores y del partido político por el cual postularon. Es aquí que se teje la tesis (de la jurisprudencia constitucional y de cierto sector de la doctrina española<sup>21</sup>) de que los Congresistas son “titulares de su escaño” (y que en nuestro medio comparte el Dr. César Landa Arroyo<sup>22</sup>) o que, como lo entiende el Dr. César Delgado Guembes, la coexistencia de ambos principios reconocidos en el citado artículo 93 de la Constitución constituyan “un serio límite al tipo de encuadre normativo que se pretenda para regular los diversos casos de transfuguismo”, porque “si el mandato no es imperativo y se recibe la autorización para representar a la nación es lógico que el representante —cada uno de ellos personalmente comprendido— tenga la facultad de obrar según su conciencia”<sup>23</sup>.

La segunda, por el contrario, consiste en una tesis de interpretación constitucional (basada

en el principio de unidad) de los artículos 31, 35, 93 y 187 de la Constitución por la cual sostengo: (i) Que es cierto que el Parlamentario no está sujeto a mandato imperativo para con sus electores, porque alegar lo contrario importaría, por un lado, regresar en una máquina del tiempo al Antiguo Régimen, pre-Revolución Francesa; y, por otro, también significaría negar el modelo de democracia representativa instrumentalizada, en el caso peruano, por el principio de proporcionalidad representativa que usa la intermediación de los partidos políticos. Es decir, un modelo de democracia representativa moderna que se aleja de sus moldes originales de representación directa para pasar a la indirecta. Los partidos políticos, entonces, son claves en este modelo de representación porque ellos son los que ponen a las personas que *representarán* a la Nación; (ii) Que no es cierto que el Parlamentario no esté sujeto a mandato imperativo para con el partido político por el cual postuló al cargo. Y es que el mandato imperativo no es aplicable para este caso. Como ya dije, se trata de un modelo histórico, desfasado, reemplazado por el modelo de democracia representativa. Es más, que la Constitución aún lo prevea expresamente es una redundancia, porque la consagración de la democracia representativa en la Carta Fundamental *implica* la no sujeción del Parlamentario al mandato imperativo de los electores. Por ello, no es aplicable invocar, *por extensión*,

20. *Ibid.*

21. Criticada arduamente por Jorge De Esteban. Cfr. DE ESTEBAN, Jorge. “El fenómeno español del transfuguismo político y la jurisprudencia constitucional”. Madrid, 1990. En: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, No. 70.

22. El Profesor Landa Arroyo señala que debido a la naturaleza compuesta del mandato del Congresista, la titularidad del escaño debe ser vista desde dos ámbitos: *Jurídicamente*, le corresponde al candidato electo, dado que ha sido él quien ha recibido la confianza directa de la ciudadanía mediante el voto preferencial, así su elección provenga de un partido y para implementar un programa electoral determinado ofrecido en la campaña. De allí que el Congreso sea una *asamblea de los representantes electos individualmente que deliberan y votan*, y no de los partidos políticos. *Políticamente*, le corresponde al partido político porque el candidato llega a ser representante parlamentario legalmente, en virtud a que la agrupación política que ha obtenido previamente un registro electoral en base a su acreditación ante el Jurado Nacional de Elecciones, le presenta como candidato a una curul parlamentaria, en función de un específico programa electoral. Cfr. LANDA ARROYO, César. *Notas sobre el Transfuguismo Parlamentario Peruano*; Valencia: 2002, Corts, En: *Anuario de Derecho Parlamentario*, No. 13, pp. 217-229. Cfr.: «[http://www.cortsvalecianas.es/contenido.jsp?id\\_nodo=4275&&keyword=&auditoria=F](http://www.cortsvalecianas.es/contenido.jsp?id_nodo=4275&&keyword=&auditoria=F)»

23. DELGADO GUEMBES, César. “Fragilidad partidaria y racionalidad del transfuguismo en Latinoamérica”. Pamplona: Thompson Reuters-Civitas, AAVV, 2009. En: *Transfuguismo político: escenarios y respuestas*, p. 196.



esa figura —caduca, en mi concepto— a las relaciones existentes entre el Parlamentario y su Partido Político; y, (iii) Que de una lectura conjunta de los artículos 31, 35, 93 y 187 de nuestra Constitución, las relaciones entre el Parlamentario y el Partido Político por el cual postuló al cargo, tienen fundamento constitucional desde que evidencian la democracia representativa y, concretamente, la representación proporcional según la cual es el partido el que elabora la lista de parlamentarios que será sometida a elección popular. Nuestra legislación electoral ha elegido el sistema de representación proporcional por voto preferencial. De esta manera el Parlamentario no es titular de su escaño, no es dueño de su escaño porque la titularidad de la curul, por el sistema representativo proporcional, la tiene su Partido Político; y, las relaciones entre el Parlamentario y el Partido Político sí pueden ser tensas e, incluso, conflictivas, porque el Parlamentario se debe a los lineamientos de su partido basados en su ideario, sus estatutos y su programa de gobierno. Por tanto, esas tensiones tendrán que analizarse y resolverse desde un punto de vista radicalmente distinto a la errónea tesis *extensiva* del mandato imperativo.

De allí que la propuesta legislativa del pre dictamen de la "Comisión Otárola" —a diferencia del dictamen de la "Comisión Chehade"— fuera más consecuente con la lesión constitucional que implica la conducta *tránsfuga* y propusiera que el Congresista que incurriera en tal conducta cometía "*infracción a la Constitución*" y debía ser "*sancionado con la destitución en el cargo, conforme al procedimiento de acusación constitucional, vía juicio político, contemplado en la Constitución y el Reglamento del Congreso de la República*".

### III. PARA QUE LA HISTORIA LLEGUE A SU FIN: EL ROL DE LA JUDICATURA CONSTITUCIONAL Y EL CASO BRASILEÑO

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

El dicho popular de "*otorongo no come otorongo*" se cimenta en la historia reciente de los últimos trece años en los que el Poder Legislativo peruano ha demostrado su nula capacidad —y voluntad— de combatir eficazmente el *tránsfuga*. Sin embargo, esta suerte de *historia sin fin*, en mi concepto, sí tiene medios para ponerle término.

En primer lugar, si tenemos claro que de la interpretación unitaria de los artículos 31, 35, 93 y 187 de la Constitución, el escaño le pertenece al partido y no al parlamentario, toda conducta *tránsfuga* va a recalar, siempre, en la infracción de dos principios constitucionales concretos que, a su vez, articulan el derecho fundamental a la participación política de la ciudadanía, como ya se ha visto hasta el momento. De esta manera, podemos llegar al extremo de argumentar, válidamente, que no se requiere ningún tipo de regulación para sancionar el *tránsfuga* porque basta impulsar una denuncia constitucional contra aquel Congresista que incurra en dicha conducta.

Pero, si no se quiere girar en torno del espacio parlamentario donde se ostenta la fama bien ganada de *otorongo no come otorongo*, podría ensayarse la recurrencia a la vía del proceso de Amparo Constitucional.

En mi libro *Anatomía del Tránsfuga* (ibid., pp. 140 y ss.) señalé que si el *tránsfuga* lesiona el derecho constitucional *difuso* del electorado a elegir a sus representantes y su distribución proporcional en el Parlamento (derecho a la participación política), ¿cualquier ciudadano, invocando interés difuso<sup>24</sup>, puede presentar una demanda de amparo contra el *tránsfuga* y contra el propio Congreso de la República, al margen del *juicio político* por infracción constitucional?

Para absolver la pregunta resulta clave el contenido del gráfico siguiente:



Repárese en el hecho que con la destitución del congresista tráfuga via el *juicio político*, el Congreso de la República adopta una decisión de control político-jurisdiccional que, en la práctica —según se aprecia en el gráfico—, restaura el resultado de la elección y mantiene la distribución de escaños cautelando, por un lado, el principio constitucional de representación proporcional y, por otro, el derecho fundamental difuso de los ciudadanos a la participación política (elegir a sus representantes y su cantidad). Claro está que todo esto es consecuencia de la naturaleza sancionadora del juicio político que determina la destitución del tráfuga en el cargo originando su vacancia en los términos que dispone el artículo 15 del Reglamento del Congreso de la República<sup>25</sup>.

Pero apréciese que las consecuencias prácticas de la sanción inherente al juicio político

coinciden con la finalidad de restaurar la situación de hecho y de derecho existente antes que se origine la vulneración del derecho del ciudadano a elegir (proporcionalmente) a sus representantes a consecuencia de la conducta tráfuga y que es también propia del proceso de amparo porque, como es evidente el transfuguismo ataca, altera, los resultados electorales. Apréciese, además, que en aplicación de los incisos 2 y 3 del artículo 55 del Código Procesal Constitucional<sup>26</sup>, la sentencia que declara fundada una demanda de amparo no sólo ordena la restitución de las cosas al estado anterior a la violación de los derechos fundamentales vulnerados, sino que para viabilizar una orden de tal naturaleza —si se trata de actos materiales producidos por el Estado— el Juez Constitucional puede declarar la invalidez de los actos que hayan servido para instrumentalizar la vulneración de derechos.

25. Reglamento del Congreso de la República:

*Irrenunciabilidad al cargo y vacancia*

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

26. Código Procesal Constitucional:

*Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada*

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

(...)

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

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

De acuerdo a esta facultad legal del Juez Constitucional, ¿podría decirse que el demandante puede acumular a su pretensión de retornar las cosas al momento de la determinación del número de escaños asignados a cada partido político (resultado electoral), la invalidación de los actos emitidos en los puntos "B" y "C" que aparecen en el gráfico mostrado anteriormente? Y, es más, si se pudiera retornar en el tiempo invalidando tales actos, ¿significaría que por una vía alterna al *juicio político*, un Juez Constitucional -al invalidar los actos señalados en los puntos "B" y "C" que aparecen en el aludido gráfico- podría lograr el desafuero del parlamentario transfuga?

Considero que las respuestas a estas interrogantes son afirmativas. Y es que cabría distinguir la naturaleza y finalidades del *juicio político* y del proceso de amparo. Mientras que la naturaleza del primero es *sancionadora* (suspensión, destitución o inhabilitación hasta por diez años), la del segundo es *reparadora* porque procura restituir y tutelar los derechos fundamentales invocados por el demandante. Y en cuanto a sus finalidades, si bien es cierto el *juicio político* por infracción constitucional implica cautelar los principios y derechos reconocidos en la Constitución vulnerados por el investigado, no está concentrado solo en la protección de los derechos (aspecto que sí es propio del proceso constitucional de la libertad) sino en la aplicación del control político-jurídico que aquel implica, además de la determinación de

la responsabilidad y la imposición del castigo correspondiente, aspectos que en modo alguno recoge el proceso de amparo<sup>27</sup>.

De esta manera, advirtiéndose que la naturaleza y finalidades del juicio político y del proceso de amparo son distintas, el primero no se convierte, necesariamente, en una vía idónea y específica para tutelar el derecho fundamental a la participación política de quien invocando el interés difuso subyacente en el derecho de los ciudadanos a elegir a sus representantes, accione para tutelar tal derecho, toda vez que en el juicio político (como ya lo he expuesto ampliamente) existe el componente *subjetivo de análisis político*, además del *objetivo* referido al *análisis jurídico*. Por tanto, la naturaleza del proceso de amparo no es sancionadora como en el caso del *juicio político*. Ahora bien, es cierto que puede argüirse que los efectos prácticos del *juicio político* y del proceso de amparo —cuando en ambos se cuestione de inconstitucional la conducta transfuga— es similar porque ambos determinan el desafuero del Congresista que incurre en transfuguismo. Sin embargo, nuevamente la modalidad de ese desafuero es distinta porque en el primero, constituye una sanción, una auténtica condena política porque va de la mano con la inhabilitación para ejercer cargo público hasta por diez años; sin embargo, en el proceso de amparo, el desafuero del Congresista sería una consecuencia de aquello establecido en el inciso 2 del artículo 55 del Código Procesal Constitucional<sup>28</sup>.

27. Como bien lo ha dicho el Tribunal Constitucional en el fundamento 5° de la STC N° 00266-2002-AA/TC (subrayado agregado): "Los procesos constitucionales destinados a la tutela de los derechos fundamentales hallan su fundamento en el doble carácter de dichos derechos. En efecto, los derechos fundamentales no son solo derechos subjetivos, sino también instituciones objetivas. En esta última dimensión, los derechos fundamentales comportan valores que informan todo el ordenamiento jurídico; de ahí que su tutela y protección no sólo sea de interés para la persona titular de ese derecho, sino para la colectividad en general, pues su transgresión implica un cuestionamiento al propio ordenamiento constitucional". Cfr.: «<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00266-2002-AA.html>»

28. "Artículo 55.- Contenido de la Sentencia fundada

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

(...)

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

En ese sentido, los actos consignados en "B" y "C" del gráfico *supra* quedan *contaminados*, afectados por el agravio a la Constitución que importa la comisión de la conducta signada en "D"<sup>29</sup>. Y, como consecuencia, tales actos "B" y "C" quedan invalidados no por una inconstitucionalidad originaria sino sobreviniente a costa de la conducta tráfuga. De allí que diga que dichos actos quedan *contaminados* por dicha conducta. Por tanto, declarar inconstitucional el acto "D" y, consecuentemente, anular los actos "B" y "C" para retornar las cosas al estado anterior a la violación de los principios y derechos fundamentales que el acto "D" habría generado, importa preservar el resultado de las elecciones donde se determinó el número de escaños por cada partido político; es decir, preservar el acto "A" del gráfico *supra*. Por ello, en esta línea de razonamiento, los efectos del proceso de amparo que aquí comento importarían el desafuero del Congresista tráfuga, pero como correlato de la previa tutela directa del derecho fundamental a la participación política del elector a cargo del Juez Constitucional, sin consecuencias sancionadoras de inhabilitación, propias del *juicio político* y que son ajenas a su competencia.

Sin embargo, intuyo que podría surgir la pregunta: ¿afectaría el *principio de reserva de competencia* para determinar las infracciones a la Constitución cometidas por Parlamentarios que la Constitución le asigna al Poder Legislativo vía el *juicio político*? En mi concepto, por

los efectos del proceso de amparo, de ninguna manera, porque la justicia constitucional tiene una competencia y poderes propios que vinculan a todos los poderes del Estado que infrinjan derechos fundamentales. Esa es su razón —histórica— de ser: tutelar al ciudadano frente a arbitrariedades cometidas por el Estado o los particulares. Que la determinación de afectación de derechos fundamentales constituya, a su vez, una auténtica *infracción a la Constitución*, es absolutamente cierto y propio del control jurídico (no político), pero, como ya he venido diciendo, esa es una pequeña coincidencia que se aleja inmediatamente cuando analizamos la naturaleza y finalidades del proceso de amparo que son absolutamente distintas al *juicio político* que conoce el Parlamento. Por tanto, no es un cruce o usurpación de competencias del Congreso por parte del Juez Constitucional porque el primero tiene, en el juicio político, una naturaleza (control político-jurídico) y agenda diferente: sancionar al infractor con la suspensión, destitución o con la inhabilitación para ejercer cargo público en el futuro. Es más, considero que la sentencia que declare fundada una demanda de amparo en los términos aquí contenidos en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 55 del Código Procesal Constitucional que he analizado líneas arriba, podría *ordenar* (conforme lo faculta el inciso 4 del citado artículo 55<sup>30</sup>) que el Fiscal de la Nación actúe conforme a sus atribuciones<sup>31</sup> ante el Congreso de la República contra el

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

30. *Código Procesal Constitucional*:

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

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

(...)

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

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

Congresista tráfuga vencido en el proceso de amparo, a efectos que se logre ya no su destitución, sino su inhabilitación para ejercer cargo público dentro del plazo establecido en el artículo 100 de la Ley Fundamental<sup>32</sup>.

Esta propuesta, como lo dije al inicio, extraería el debate del espacio parlamentario para colocarlo en el seno de la justicia constitucional.

Así sucedió en Brasil donde las medidas contra el transfugismo provinieron de sendos pronunciamientos de la Judicatura: el Tribunal Superior Electoral ("TSE") y el Supremo Tribunal Federal ("STF"), respectivamente. En el caso del primero, se dictaron las Resoluciones No. 22.526 del 27 de marzo<sup>33</sup>, 22.600 del 16 de octubre<sup>34</sup> y 22.610 del 25 de octubre<sup>35</sup> del año 2007, respectivamente. Marcelo Figueiredo<sup>36</sup> relata, al respecto, lo siguiente:

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

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

*En 2007, tres partidos políticos (DEM – Demócratas, PPS – Partido Popular Socialista y PSDB – Partido de la Social Democracia Brasileira) impetraron las Órdenes de Seguridad ("Mandatos de Seguridad") 26.602-3<sup>37</sup>, 26.603-1<sup>38</sup> y 26.604-0<sup>39</sup> ante el Supremo Tribunal Federal con la intención de recuperar los mandatos de parlamentarios que fueron electos por ellos y después cambiaron de lema.*

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

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

33. Cfr.: «<http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/consultatse/cta1398.pdf>»

34. Cfr.: «<http://www.cepam.sp.gov.br/arquivos/consultatse/cta1407.pdf>»

35. Cfr.: «[http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade\\_partidaria/res22610.pdf](http://www.tse.jus.br/internet/partidos/fidelidade_partidaria/res22610.pdf)»

36. FIGUEIREDO, Marcelo. "La evolución político constitucional de Brasil", Universidad de Talca, Estudios Constitucionales, 2008. En: Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Vol. 6, Núm. 2, pp. 227-228.

37. Véase el fallo en: «[http://www.conjur.com.br/dl/fidelidade\\_eros.pdf](http://www.conjur.com.br/dl/fidelidade_eros.pdf)»

38. Cfr.: «[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/315\\_Infidelidade%20partidaria%20%20Voto%20Celso%20de%20Mello%20%20MS26.603.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/315_Infidelidade%20partidaria%20%20Voto%20Celso%20de%20Mello%20%20MS26.603.pdf)»

39. Cfr.: «<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/viewFile/110/82>»

El TSE, entonces, amplió el entendimiento sobre la fidelidad partidaria a los electos por el sistema mayoritario, en consulta respondida en el día 16 de octubre de 2007. Y el mismo Tribunal editó la Resolución 22.610/07, disciplinando el proceso de pérdida del cargo electivo en razón de la desafiliación partidaria. Según esta Resolución, el parlamentario tiene justa causa para desafiliarse de su partido, sin el riesgo de perder el mandato, en los casos de: incorporación o fusión del partido; creación de nuevo partido; cambio sustancial o desvío reiterado del programa partidario; grave discriminación personal<sup>40</sup>.

Como bien sostiene Antonio Moreira Maués<sup>40</sup>, la argumentación empleada por la jurisprudencia brasileña que vengo refiriendo:

*"(...) se basa en la adopción por la Constitución (artículo 45) del sistema proporcional para la elección de representantes en la Cámara de los Diputados, Asambleas Legislativas de los Estados y Cámaras Legislativas de los Municipios. La organización del sistema electoral de listas abiertas<sup>41</sup> permite que el elector vote en el partido y/o en el candidato, pero el criterio utilizado para el otorgamiento de escaños es la votación alcanzada por cada uno de los partidos o coligaciones. Así, el STF concluye que el voto y el mandato*

*pertenecen al partido, pues la vinculación del electo al partido sería inmanente al sistema proporcional".*

#### IV. REFLEXIONES Y PROPUESTAS, A MODO DE CONCLUSIÓN INTEGRAL

De lo tratado en este trabajo puede apreciarse que las medidas a adoptarse en torno al transfuguismo pueden ser más simples y concretas de lo que pudiera imaginarse: En todo caso, desde hace algún tiempo he lanzado y sustentado la teoría ya expuesta y que vuelvo a plasmar en este ensayo, a propósito del reciente dictamen de la "Comisión Chehade".

Desde luego, la regla general que planteo en mi tesis radica en que el transfuguismo es siempre inconstitucional. Pero como toda regla admite una excepción, coincido en parte con el Profesor Landa Arroyo, quien en el texto ya citado sostiene que existe transfuguismo *propio* e *impropio* y *legítimo* e *ilegítimo*. Claro que de la lectura del texto escrito por el distinguido jurista se infiere que los casos de transfuguismo *propio* e *ilegítimo* corresponden, en realidad, a los mismos supuestos<sup>42</sup> que coinciden con aquellos casos que aquí he considerado como susceptibles de tramitarse en *juicio político* —o combatirse por el proceso de amparo— por ser de clara infracción constitucional. Y en el caso del transfuguis-

40. MOREIRA MAUÉS, Antonio. "La titularidad de los Mandatos Parlamentarios en la nueva jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal". 2008. En: Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Parlamentos, 1er semestre, Nº 2, pp. 18-19.

41. Es importante rescatar esta característica del sistema electoral brasileño de *lista abierta* es la misma que corresponde al caso peruano. César Delgado Güembes anota al respecto: "(...) En el Perú la opción por el doble voto preferencial define el nuestro como un sistema con lista abierta, lo cual es esencial y central para determinar si el transfuguismo es una consecuencia legalmente permisible o, por el contrario, como ocurre en España, es más bien una forma de dejar sin efecto el sistema electoral de lista cerrada que busca justamente tanto evitar el acomodamiento del plantel de candidatos como la definición estable de los bloques partidarios". Cfr.: DELGADO GUEMBES, César. "Transfuguismo, su matriz histórica. Entre la libertad y la anomia en la institucionalidad política". Lima: Fondo Editorial de la PUCP, Derecho. En: Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP, p. 106.

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

mo *impropio* coincide con aquellos que aquí he denominado *solapado e inverso*<sup>43</sup>.

Sin embargo, merece especial atención aquello que el Profesor Landa llama *transfuguismo legítimo*<sup>44</sup>. Como se aprecia, para el Profesor Landa existiría una forma de *transfuguismo ilícito, legítimo*, amparado en la libertad ideológica y de asociación por parte del Congresista que se disocia de su partido y del grupo parlamentario que aquel compone. Pero, ¿cómo admitir la licitud de una conducta que lesiona la voluntad popular?; ¿caso deben primar los derechos fundamentales a la libertad ideológica y de asociación de quien forma parte de un partido político (verdadero depositario de la voluntad popular) versus la tutela de los principios constitucionales de democracia representativa, representación proporcional y del derecho fundamental (difuso) a elegir de los electores?

En mi concepto, concordando con la jurisprudencia del Tribunal Superior Electoral y del Supremo Tribunal Federal de Brasil, respectivamente, que además de concluir que el *transfuguismo* lesiona los principios de democracia representativa, representación proporcional y del derecho a la participación política de los ciudadanos (derecho al sufragio manifestado en la voluntad del electorado de elegir la proporción de sus representantes); considero

que la única posibilidad de cerrados casos que justifiquen el apartamiento del *tránsfuga* de la bancada parlamentaria que corresponde al partido por el cual fue electo (*transfuguismo legítimo*), son los siguientes: (i) fusión, incorporación o creación de nuevo partido; (ii) cambio sustancial o desvío reiterado del programa partidario (*transfuguismo inverso*); (iii) persecución política del parlamentario por la dirección partidaria, siempre y cuando los procesamientos disciplinarios del partido o grupo parlamentario sean arbitrarios, contrarios a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y a las garantías del debido proceso. No admito, en este campo, las razones de *cambio de ideología*, puesto que si bien tal derecho del Congresista es atendible, legítimo, válido; el mismo debe merecer su renuncia al cargo, mas no un supuesto de excepción de *transfuguismo*. Todos estos supuestos de excepción que admitirían un *transfuguismo legítimo*, claro está, merecen una modificación reglamentaria para hacerlos posibles. Y la vía es la regulación del régimen de bancadas parlamentarias.

Finalmente, también considero que una regulación sólida que combata el *transfuguismo* debe abordar un conjunto de medidas concretas que permitan *prevenir* la ocurrencia de las conductas *tránsfugas* a nivel institucional desde el punto de vista de las *políticas públicas legislativas*, como son la eliminación del voto preferencial,

43. "(...) el *transfuguismo legítimo* es tutelable jurídicamente, dado el insalvable cambio de orientación ideológica del representante –como el caso de Winston Churchill, miembro del partido liberal– antes de llegar a ser el líder del partido conservador o de la pléyade de *tránsfugas* peruanos como Enrique Chirinos Soto que salió de APRA –social democracia– para pasar RENOVIACIÓN –conservador–. A ello se añade también el cambio de la agrupación política en relación a su programa doctrinario o electoral, lo que da lugar, usualmente, a la formación de nuevos partidos –como la aparición del Partido Popular Cristiano (PPC) que se creó como desmembramiento de los *tránsfugas* de la Democracia Cristiana–. Como consecuencia de este cambio ideológico se produce el cambio de bancada parlamentaria. Pero, en cualquiera de esos casos, respetando el contenido de la libertad ideológica y de asociación, se debe desmotivar el fácil recurso del cambio de bancada parlamentaria y/o parlamentaria, porque es dentro de las estructuras organizativas democráticas de su agrupación política donde deberían resolver sus conflictos internos. De otro lado, se pueden establecer algunos otros criterios dentro del Reglamento del Congreso, en materia de organización y funcionamiento parlamentaria, a fin de desalentar más no prohibir el *transfuguismo legítimo*, mediante el reforzamiento de las atribuciones de los grupos parlamentarios en tanto expresión jurídica funcional de los partidos políticos en el Congreso (arts. 94º y 101º de la Constitución) (...). Hay que distinguir entre el *tránsfuga impropio* que rompe la disciplina de grupo en una votación parlamentaria y, el *tránsfuga propiamente dicho* que habiendo sido elegido en las listas de un determinado partido se pasa a otro conservando su escaño, por voluntad propia o por expulsión" (*ibid.*, p. 219).

44. *Ibid.*, p. 224.

la institucionalidad (carácter vinculante) de los Planes de Gobierno, la regulación de las bancadas parlamentarias (que permitan regular los casos de "objeción de conciencia") y la renuncia al cargo de Congresista.

En todo caso, dejo abierto el debate de cara a enriquecer, como lo dije al inicio, el contenido de la propuesta de la "Comisión Chehade" que, en mi concepto, no es conforme con la Constitución por las razones harto expuestas en este trabajo.