ÍNDICE

ÍNDICE 1
ACRÓNIMOS, ABREVIATURAS Y SIGLAS MÁS COMUNES 7
INTRODUCCIÓN 11

CAPÍTULO I: EL AMPLIO MUNDO DE LO ELECTORAL 19
1. LA DEMOCRACIA ELECTORAL COMO OBJETO DE ESTUDIO 21
1.1. La vigente importancia de la democracia procedimental 26
1.2. La idea maestra de una elección 32
1.3. Principales señas de identidad de la democracia electoral peruana 36
1.3.1. El punto de partida: la concepción del Sistema Electoral 36
1.3.2. El caudillo y los partidos políticos 43
1.3.3. El predominio de una clase política excluida 48
1.3.4. La ordinarización de los mecanismos de democracia participativa 55
1.4. El proceso electoral y el sufragio 69
2. EL DERECHO AL VOTO Y LO ELECTORAL 73
2.1. El voto como derecho fundamental 74
2.2. El voto como derecho político de participación 79
2.3. El voto como derecho de configuración legal y su idea maestra 84
2.4. ¿Quiénes son electores?: la titularidad del derecho a voto 95
2.5. ¿Quiénes son los electores?: Los excluidos del "demos" 101
2.6. ¿Quiénes son los electores?: el padrón electoral 108
2.6.1. Noción y características 109
2.6.2. ¿Cuántos padrones electorales? 114
2.6.3. Las garantías del padrón electoral 120
3. EL SUFRAGIO COMO UN DERECHO DE ORGANIZACIÓN: LA FUNCIONALIZACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL Y LA ELECCIÓN 123

3.1. El sufragio como mecanismo de integración: la experiencia europea 123

3.2. El sufragio como medio para legitimar una elección: el voto obligatorio 128

4. LA "ELECTORALIZACIÓN" DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD . 136

4.1. La libertad de asociación: los partidos políticos..... 136

4.1.1. El SE, la creación y pérdida del registro de las organizaciones políticas 140

4.1.2. El SE y la libertad de autoorganización 145

4.1.3. Balance: la electoralización de las organizaciones políticas 148

4.2. Las libertades de expresión e información y las campañas electorales 152

5. HACIA UNA DEFINICIÓN DEL AMPLIO MUNDO DE LO ELECTORAL 159

CAPÍTULO II: LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL COMO GARANTE DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA 165

1. LOS CONFLICTOS ELECTORALES Y LOS DISEÑOS ORGÁNICOS 167

1.1. El origen de la verificación de los poderes parlamentarios .. 169

1.2. La verificación de poderes en nuestros días: el denominado contencioso electoral 172

2. LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL COMO PODER DEL ESTADO . 178

2.1. La Organización Electoral en el cuerpo estatal 180

2.1.1. Una breve mirada a la experiencia Latinoamericana 181

2.1.2. El origen de la Organización Electoral peruana 185

2.2. El bloque orgánico electoral en la Constitución de 1993 188

2.3. La autonomía de los órganos electorales 192

2.3.1. La autonomía personal de sus titulares: la elección de los Magistrados y la designación de los Jefes Nacionales 194

2.3.2. La remoción de los "Jefes Nacionales": entre los conceptos jurídicos indeterminados y el principio de tipicidad 200

2.3.3. La vacancia de los Magistrados del JNE..... 210

2.3.4. La independencia económica 212

3. LA DIVISIÓN DE PODERES EN LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL.... 213

3.1. La coordinación administrativa y sus diferencias con la tutela, la jerarquía y la cooperación administrativas 214

3.2. Las relaciones entre los órganos electorales peruanos..... 218

4. EL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES COMO TRIBUNAL ELECTORAL 225

4.1. Administrar justicia en materia electoral 225

4.2. Una aproximación al principio de independencia judicial... 230

4.3. Los principios de unidad y exclusividad de la jurisdicción electoral especializada 235

4.3.1. La unidad de las jurisdicciones especializadas 235

4.3.2. El estatuto del juez electoral 243

4.4. Las particulares dimensiones de la independencia jurisdiccional electoral..... 249

4.4.1. La noción de voluntad popular para lo electoral 250

4.4.2. El principio de respeto por la voluntad popular y la conservación de los actos jurídicos 251

4.4.3. El respeto por la voluntad popular y los principios de celeridad, eficacia y transparencia 256

4.4.4. El principio de respeto por la voluntad popular y la nulidad de la elección..... 258

4.4.5. El denominado "criterio de conciencia" en la apreciación de los hechos 267

4.4.6. El "criterio de conciencia" peruano y la "causal abstracta de nulidad" mexicana en clave comparada..... 271

5. EL JNE COMO AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y TRIBUNAL ELECTORAL 275

5.1. La autotutela administrativa y la heterotutela jurisdiccional.... 278

5.1.1. Una aproximación al poder de autotutela administrativa 279

5.1.2. El acto firme, la cosa juzgada y el desinterés objetivo... 281

5.1.3. La revisión de oficio y la irrevocabilidad de los actos 285

5.2. La revisión de oficio de los actos electorales..... 290

5.2.1. La discrecionalidad del poder fiscalizador 292

5.2.2. La relación entre el Pleno del JNE y los JEE 297

5.2.3. La revisión de las decisiones del Pleno por el Pleno 300

5.3. El poder reglamentario y el principio de legalidad versus el principio de imparcialidad del juzgador..... 303

6. BALANCE: EL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES COMO ÓRGANO BIFRONTE..... 312

CAPÍTULO III: EL AMPARO ELECTORAL Y LAS CONDICIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO..... 317

1. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ 318

1.1. El control de constitucionalidad en la historia republicana 318

1.2. La justicia constitucional: el modelo dual 325

1.2.1. El Tribunal Constitucional peruano 328

1.2.2. El modelo peruano de judicial review 334

1.2.3. El precedente como instrumento normativo de la jurisdicción constitucional..... 343

2. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL AMPARO ELECTORAL 354

2.1. El caso Espino Espino y la interpretación *a contrario*..... 355

2.2. El caso Lizana Puelles: el precedente vinculante sobre la interpretación de los arts. 142 y 181 CP 358

2.3. El caso Castillo Chirinos y la ubicuidad de la justicia constitucional..... 361

2.4. Balance: el estado del amparo electoral en el Perú 363

3. LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DEL AMPARO ELECTORAL VIGENTE..... 367

3.1. El rango de los TIDH en el ordenamiento jurídico peruano y el control de "internacionalidad" de la Constitución..... 368

3.1.1. La tesis del rango constitucional de los TIDH..... 369

3.1.2. La tesis del criterio de la interpretación conforme a los TIDH 374

3.2. Una alternativa interpretación constitucional de los preceptos electorales 380

3.2.1. La interpretación literal: entre las reglas y los principios.... 384

3.2.2. El constitucionalismo, el principio democrático y lo electoral 390

3.2.3. El principio de unidad y las antinomias constitucionales 398

3.3. La tesis de la inconstitucionalidad de los preceptos constitucionales 403

3.3.1. El caso de la sucesión a la corona española y el principio de igualdad 406

3.3.2. El caso peruano de la no revisión de las decisiones del JNE y la Constitución de 1993 410

3.4. La (in)existencia del amparo electoral en el Perú 416

4. RAZONES PARA UN AMPARO ELECTORAL PERUANO 419

4.1. Las características de un recurso efectivo para lo electoral 419

4.2. El propósito del amparo electoral 427

5. LOS PROBLEMAS DEL AMPARO ELECTORAL 436

5.1. Primer problema: el objeto del amparo y los derechos de configuración legal 437

5.1.1. La difícil separación entre lo constitucional-electoral y lo administrativo-electoral 439

5.1.2. La (de) limitación del objeto del amparo electoral: la experiencia española 447

5.1.3. La (de)limitación del objeto del amparo electoral peruano 453

5.2. Segundo problema: la residualidad del amparo y la superposición de jurisdicciones 458

5.2.1. Las actuales competencias del Tribunal Constitucional sobre la "materia electoral" 459

5.2.2. La convivencia de dos jurisdicciones 465

6. HACIA UN MODELO DE GARANTÍAS ELECTORALES CONSTITUCIONAL Y GARANTISTA 470

6.1. La necesaria reestructuración de la Organización Electoral 472

6.1.1. La primera opción: un poder electoral monolítico 473

6.1.2. La segunda opción: una organización electoral de dos órganos electorales 478

6.1.3. La tercera opción: un órgano electoral autónomo y una jurisdicción electoral especializada pero incardinada en el Poder Judicial 481

6.2. La fiscalización electoral y la Defensoría del Pueblo 489

6.3. El amparo electoral y otras reformas 493

CONCLUSIONES 499

BIBLIOGRAFÍA 517

ACRÓNIMOS, ABREVIATURAS Y SIGLAS MÁS COMUNES

AA	Acción de amparo
APRA	Alianza Popular Revolucionaria Americana – Partido Aprista peruano
Art.	Artículo
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CDFT	Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú de 1993
CE	Constitución española
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEE	Comunidad Económica Europea
CEPC	Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
CER	Censo de españoles residentes
CERA	Censo de españoles residentes ausentes
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNM	Consejo Nacional de la Magistratura
CM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917
CODE	Partido Político Coordinadora Democrática
Comps.	Compiladores
Coord.	Coordinador
CP	Constitución Política del Perú de 1993
CPC	Código Procesal Constitucional peruano
CR	Congreso de la República
CSE	Consejo Supremo Electoral nicaragüense
DNI	Documento Nacional de Identidad peruano
DNFPE	Dirección Nacional de Fiscalización y Procesos Electorales del Jurado Nacional de Elecciones peruano
ed.	Edición
eds.	Editores
FIM	Movimiento político Frente Independiente Moralizador

FJ.	Fundamento Jurídico
FRENATRACA	Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos
FS	Partido Descentralista Fuerza Social
JEC	Junta Electoral Central española
JEE	Jurado Electoral Especial peruano
JNE	Jurado Nacional de Elecciones peruano
IFE	Instituto Federal Electoral de México
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
IU	Partido político Izquierda Unida
LBD	Ley peruana de Bases de Descentralización, Nº 27783
LDPCC	Ley peruana de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, nº 26300
LEM	Ley de Elecciones Municipales peruana, nº 26864
LER	Ley de Elecciones Regionales peruana, nº 27683
LEPA	Ley de Elecciones de Representantes ante el Parlamento Andino peruana, nº 28360
LOE	Ley Orgánica de Elecciones peruana, nº 26859
LOJNE	Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones peruano, nº 26486
LOONPE	Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales peruano, nº 26487
LORENIEC	Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil peruano, nº 26497
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General español, nº 5/1985
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General peruano, nº 27444
LPP	Ley de Partidos Políticos peruana, nº28094
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común españoles
ONPE	Oficina Nacional de Procesos Electorales peruano
OE	Organización Electoral
OEA	Organización de los Estados Americanos
OROP	Oficina de Registro de Organizaciones Políticas
p.	Página

pp.	Páginas
PPC	Partido Popular Cristiano
PRD	Partido de la Revolución Democrática mexicano
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RENIEC	Registro Nacional de Identificación y Estado Civil peruano
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
ROP	Registro de Organizaciones Políticas peruano
RUI	Registro Único de Identificación peruano
SE	Sistema Electoral peruano
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
ss.	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional peruano
STCE	Sentencia del Tribunal Constitucional español
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional
TCU	Tratado de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEPJF	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México
TGC	Tribunal de Garantías Constitucionales
UE	Unión Europea
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
Vol.	Volumen
3P1	Artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

Cuando empecé a trabajar en uno de los tres órganos electorales peruanos nunca imaginé que mis inquietudes por la elección y sus vicisitudes tomarían forma de tesis doctoral. Lo escrito hasta entonces era exiguo, casi inexistente, o se restringía a reunir y compendiar la extensa normativa electoral. Actualmente, dicha situación no ha cambiado mucho.

No era casual que esto ocurriese. Son otras las prioridades doctrinales de un Estado Constitucional y Democrático joven que, desde su nacimiento a la vida republicana a comienzos del siglo XIX, ha contado con más gobiernos militares y autocráticos que democráticos; y pese a que la Constitución de 1979 introdujo un Tribunal de Garantías Constitucionales, convertido en Tribunal Constitucional con la Constitución de 1993, el desarrollo jurisprudencial de sus preceptos continuó con una tendencia a la exégesis[1]. De otro lado, el elevado número de tecnicismos derivados del sistema electoral y las actividades preparatorias de la elección hicieron del Derecho Electoral un objeto de estudio más atractivo para los especialistas en Ciencia Política. Sin embargo, aunque el sufragio es un derecho de organización y procedimientos, es un derecho fundamental al fin y al cabo. Por ello, mi desafío consistió en aproximarme desde las categorías del Derecho Constitucional al agreste terreno de *lo electoral*. Pero no era el único.

[1] César LANDA escribe que aún con la vigente Carta de 1993, el Alto Tribunal permanecía acostumbrado al control del Ejecutivo, mostrando una vocación por la exégesis y por la interpretación positivista del texto constitucional, en: *Tribunal Constitucional y Estado Democrático,* 3era. ed., Lima, Palestra, 2007.

Los temores de fraude electoral que preveían los representantes de la oposición política al gobierno del presidente Alberto Fujimori se hicieron realidad. Desde su perspectiva, revelada en los debates del Congreso Constituyente Democrático de 1992, el fraude se estaba promoviendo a través del nuevo diseño tripartito que propusieron los representantes del partido político Cambio 90 – Nueva Mayoría. La Constitución de 1993 instituyó el denominado *Sistema Electoral* compuesto por tres Órganos Autónomos: el Jurado Nacional de Elecciones - JNE (jurisdicción especializada en lo electoral), la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE (encargada de la planificación y desarrollo de las actividades preparatorias de la elección) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC (que confecciona el padrón electoral). De un diseño histórico de un solo órgano (el Jurado) se pasó a un modelo tripartito.

El presidente Fujimori fue reelegido para un segundo periodo y re-reelegido para un tercero bajo serios cuestionamientos contra la labor desempeñada por la ONPE y el JNE. La misión *ad hoc* de la OEA concluyó que las elecciones del 9 de abril de 2000 no fueron "ni libres, ni justas"[2]. Por ello, luego de la caída del régimen, una de las primeras medidas del gobierno de transición del presidente Valentín Paniagua fue renovar a las autoridades electorales para que no hubiese duda de la transparencia de la elección que tendría lugar en el 2001. El trabajo de los titulares de los tres organismos electorales, entonces, fue impecable

[2] El Jefe de la misión de observación electoral de la OEA en las elecciones generales peruanas del 9 de abril de 2000, Eduardo Villa Stein, declaró que éstas no habían sido "ni libre, ni justas". El candidato de la oposición, Alejandro Toledo, decidió retirarse de la contienda en la segunda vuelta electoral porque existían muchos indicios en el comportamiento de los titulares de los organismos electorales proclives al fraude electoral impulsado por el entonces presidente de la República y candidato a una tercera reelección, Alberto Fujimori. Desde Washington se evaluó la posibilidad de imponer al Estado Peruano la resolución 1080 *Pedro Rodríguez*, en: "La Organización de Estados Americanos evita lanzar sanciones contra el régimen peruano", *Diario ABC*, del jueves 1 de junio de 2000, versión electrónica disponible en: (http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/2000/06/01/031.html) (20-07-2011)

logrando legitimar a las instituciones que dirigían y volverlas confiables ante los ojos de ciudadanos y observadores electorales. Sin embargo, sus funciones se sobredimensionaron y todo lo electoral se convirtió en un ámbito delicado, en un terreno sagrado que sólo podía ser encomendado y preservado por sus guardianes reconocidos en la Constitución. Los demás poderes públicos inspiraban demasiada desconfianza en la población como para que se les confiriese, siquiera, un papel pequeño en la obra electoral. Una desconfianza histórica que se habría acrecentado con los últimos acontecimientos.

Entonces, pese a que el sufragio forma parte del catálogo de derechos fundamentales susceptible de protección por el amparo, y en consecuencia, por la jurisdicción constitucional, aquel habría sido separado del objeto amparable debido a su ropaje "electoral". El mandato de no revisión judicial de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones reforzó esta perspectiva. El Estado peruano apostaba por el fortalecimiento de una democracia formal, de origen, frente al déficit de su democracia sustantiva o la deslegitimación de su ejercicio. Sin embargo ¿es el bien jurídico *elección* un fin que debe ser alcanzado incluso en detrimento de los derechos fundamentales que la sustentan?

Este trabajo de investigación tiene como objetivo central dilucidar si las garantías electorales en el Perú protegen el derecho de sufragio tanto como a la elección libre y competitiva. Adopta a la Organización Electoral y a las garantías de la elección como elemento transversal. Y es que un estudio sobre la democracia formal sigue siendo vigente, porque sienta las bases para que la democracia sustantiva goce de buena salud, o porque sin la primera, la segunda sería inexistente. A ello obedece que apueste por procurar que este trabajo sea un aporte para garantizar tanto elecciones como sufragio; y para promover la consolidación de la democracia formal en un contexto en el que los conflictos sociales y electorales, así como el déficit de ciudadanía, según

veremos, se convierten en los nuevos atentados contra el respeto por la voluntad popular depositada en las urnas. La investigación se divide en tres partes.

El primer capítulo tendrá por cometido definir lo que entenderemos por *materia electoral.* Una pregunta nada baladí en un Estado que crea una jurisdicción especializada y autónoma para lo electoral (el Jurado Nacional de Elecciones), cuyas decisiones tienen carácter de cosa juzgada y no son revisables ni por la judicatura ni, aparentemente, por la jurisdicción constitucional. En este sentido, todo lo que ingrese en el mundo de lo electoral se detraería del amparo constitucional. Ello estaría incluyendo al sufragio y las manifestaciones de otros derechos fundamentales según seremos testigos. Las señas de identidad de la democracia peruana que apuntaré en este capítulo serán de utilidad para comprender cómo es que se arribó a esta inusitada concepción de lo *electoral.*

En el segundo capítulo se someterá a examen al constitucionalmente denominado *Sistema Electoral* (al que llamaré *Organización Electoral* debido a los órganos que lo componen). Sus competencias exclusivas y excluyentes sobre la materia discutida exigen un análisis cuidadoso de su naturaleza jurídica y de las manifestaciones que definen su autonomía. Es imprescindible conocer si tal y como ha sido configurada responde a las características de una Organización garantista. Y es que si los artículos 142 y 181 de la Constitución Política de 1993 proscribieron la revisión judicial de sus decisiones sobre lo electoral, será indispensable averiguar si tutelan derechos fundamentales tanto como controlan la legalidad de la elección; o si presentan problemas que requieren de alguna reforma. La jurisprudencia del Jurado Nacional de Elecciones será una fuente indispensable en este capítulo, así como la referencia a los modelos de organización electoral Latinoamericanos.

Ahora bien, el aludido mandato de no revisión judicial de las decisiones electorales del JNE tuvo al Poder Legislativo como aliado para cerrar el círculo que lo convertiría en un órgano inexpugnable ante el control. El legislador proscribió, además, toda acción de garantía contra sus resoluciones. Como veremos en el tercer capítulo, inicialmente, al socaire de la literalidad de los preceptos constitucionales 142 y 181, el supremo intérprete de la Constitución entendió que toda demanda de amparo contra el JNE debía ser declarada improcedente. En 2004 cambió de opinión e interpretó que el control constitucional de sus decisiones no sólo era posible, sino que era imperativo en un Estado Constitucional y Democrático. Un año después el Alto Tribunal declaraba inconstitucional la interpretación literal de los cuestionados preceptos, y por medio de un precedente, establecía los lineamientos del amparo electoral. Este camino era cruzado por el derrotero legislativo que, de un silencio pasmoso sobre el amparo, había pasado a instaurar su procedencia por vulneraciones a la tutela procesal efectiva; para finalmente, prohibirlo bajo amenaza de sanciones que impondría a los jueces que osaran admitirlos a trámite[3]. El precedente constitucional desató las filias y fobias del legislador y del Tribunal Electoral contra el TC ante una aparente usurpación de funciones legislativas y electorales, así como una serie de conflictos que aparecen de modo cíclico en cada proceso electoral.

En el contexto planteado, la primera cuestión que procura dilucidar el tercer y último capítulo de esta investigación es si existe amparo

[3] El art. 5.8 del Código Procesal Constitucional, Ley 28237 (publicado el 31 de mayo de 2004 y con vigencia desde el 1 de diciembre de 2004) admitía, por vez primera, el amparo contra las resoluciones del Jurado que no fuesen de naturaleza jurisdiccional o, cuando siendo jurisdiccionales, violasen la tutela procesal efectiva. En diciembre de 2005 el emblemático 5.8 CPC fue modificado. Ya no podría cuestionarse las resoluciones del Pleno "en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad". Todas las resoluciones contrarias a este mandato que proviniesen "de cualquier autoridad, no surtirían efecto legal alguno" (Artículo único de la Ley 28642 que modifica el artículo 5º numeral 8), de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional, publicada el 8 de diciembre de 2005). Los subrayados corresponden a la autora.

electoral en el ordenamiento jurídico peruano. Si la respuesta fuese positiva, buscará identificar cuál será la posición del Tribunal en la elección. Si fuese negativa, será preciso analizar la viabilidad de implantar un recurso de amparo, o si tal y como está el modelo de Organización Electoral resultaría, a todas luces, innecesario. En todo caso esta tesis no podría llegar a su fin, sin llevar a cabo un balance sobre el modelo electoral peruano y de procurar un aporte que propenda su mejora; y transforme este modelo de Organización Electoral tripartito en un diseño Constitucional y Garantista.

En cuanto a la metodología, este no es un trabajo de derecho comparado, sino acerca de las garantías electorales en el Derecho peruano. No obstante, ha sido indispensable recurrir a doctrina española y mexicana ante el déficit bibliográfico peruano, así como, a los diseños orgánicos electorales de los Estados Unidos Mexicanos, España, Nicaragua y Costa Rica para estudiar la experiencia peruana en el contexto Latinoamericano (debido al especial interés que presentan dichos diseños); y contrastarla, con un modelo distinto y distante como el español.

En segundo lugar, he recurrido al método histórico para conocer los antecedentes de la Organización Electoral y de la jurisdicción constitucional a fin de hallar las razones de sus encuentros y desencuentros. Resulta de mucha utilidad, además, para tener mayores elementos de juicio en el examen sobre la pertinencia del amparo electoral.

En tercer lugar, el criterio jurisprudencial será indispensable para contrastar la doctrina seleccionada y los elementos de juicio de las conclusiones. Es así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y del Jurado Nacional de Elecciones forma parte de las inquietudes de este trabajo de investigación; de la misma manera que la

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus opiniones consultivas. Finalmente, he recurrido de modo ilustrativo a las sentencias del Alto Tribunal español, del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Mexicano.

Recordando que se trata de un modelo tripartito, y más bien, específico, mucho de lo que intento aportar ha sido construido, parafraseando a Antonio Machado, haciendo camino al andar.

CAPÍTULO I: EL AMPLIO MUNDO DE LO ELECTORAL

En la experiencia peruana la discusión sobre qué es electoral y qué no lo es dejó de ser un ejercicio académico cuando el constituyente determinó que las resoluciones jurisdiccionales del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral o de consultas populares fuesen cosa juzgada. Dichas decisiones no son revisables por la jurisdicción ordinaria, ni lo serían por la jurisdicción constitucional.

El problema sustancial radica en que la Constitución Política de 1993 guardó silencio sobre los alcances de la denominada "materia electoral". Esto determinó que el legislador la definiera como aquella que "comprende los temas previstos en las leyes electorales y aquellos que conoce el Jurado Nacional de Elecciones en instancia definitiva"[4]. Aunque este precepto fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional[5] (por motivos ajenos a lo que se debate en este punto, pero que explicaré con detenimiento en el tercer capítulo), dicha definición nos permite entender que el legislador ha adoptado un punto

[4] Artículo único de la Ley 28642, publicada el 8 de diciembre de 2005.

[5] Resolutivo 1 del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional en la STC 00007-2007-PI-TC, del 22 de junio de 2007.

de vista orgánico para comprender lo "electoral". Esto podría conducirnos a creer que todo aquello que sea resuelto por el JNE durante una elección o consulta popular sería, a su vez, electoral. Bajo esta lógica existirían manifestaciones de otros derechos fundamentales distintos al sufragio que se estarían "electoralizando" y, de esta manera, detrayéndose del amparo y de la competencia de la jurisdicción constitucional.

El objetivo de este primer capítulo será dilucidar cuáles son los alcances del amplio (o más bien ampliado) mundo de lo electoral en el ordenamiento jurídico peruano. Para alcanzar este cometido lo dividiré en cuatro partes. En la primera, luego de introducir las características de una democracia electoral como elemento transversal de esta investigación, acometeré los signos de identidad del sistema democrático peruano para localizar al lector en el contexto. En la segunda, estudiaré el contenido del derecho de sufragio, sin descuidar las particularidades que alcanza en dicho país andino; y recurriendo a la experiencia comparada, será posible evidenciar la funcionalización que padece. La tercera parte se relaciona con los derechos de libertad que habrían padecido un proceso de "electoralización". Cerrará este capítulo un ineludible balance sobre lo que se viene entendiendo por "lo electoral" y sobre lo que, desde mi punto de vista, debería formar parte de su contenido. Como las garantías electorales constituyen el corazón de este trabajo, este estudio preliminar será de mucha utilidad para dilucidar los alcances competenciales de la jurisdicción especializada y analizar cuáles formarían parte de la constitucional. Pero no será sino hasta el segundo y tercer capítulo donde se abordarán estas últimas reflexiones.

1. LA DEMOCRACIA ELECTORAL COMO OBJETO DE ESTUDIO

Cuando el Reino Unido votó en Elecciones Generales del 6 de mayo de 2010, el Partido Liberal Demócrata obtuvo un tercer lugar con un 23% de los votos, seis puntos porcentuales menos que el Partido Laborista (29%). No obstante, las reglas del sistema electoral fueron determinantes para que los laboristas consiguieran 258 escaños de los 650 de la Cámara de los Comunes y los liberales sólo 57. Pese al 1% de votos adicional al porcentaje de las pasadas elecciones, este tercer partido obtuvo cinco escaños menos. Una manifestación pública en *Downing Street* contra aquellos resultados arrancó a Nick Clegg las siguientes declaraciones:

> "Nunca hubiera imaginado que 1000 personas se manifestarían en el centro de Londres pidiendo la representación proporcional. Es un tema que tradicionalmente sólo preocupa a un puñado de académicos y expertos constitucionales"[6].

En un sistema predominantemente bipartidista (laboristas y conservadores), por primera vez, desde las elecciones de 1974, ningún partido obtenía la mayoría absoluta. Las declaraciones del líder del Partido Liberal Demócrata resumen la creciente preocupación del ciudadano de a pie por el sistema de conversión de votos en escaños parlamentarios y su deseo de renovar el escenario político. En un

---

[6] Tomado de OPPENHEIMER, Walter. "Las Tribulaciones de Nick Clegg", *El País*, domingo 9 de mayo de 2010, p. 4. En esta elección, David Cameron, líder del partido conservador fue elegido como primer ministro del Reino Unido. Posteriormente, formaron un gobierno de coalición. Véase de este mismo columnista: "Los conservadores británicos ganan las elecciones sin mayoría absoluta", *El País Digital* del 7 de mayo de 2010, disponible en: (http://www.elpais.com/articulo/internacional/conservadores/britanicos/ganan/elecciones/mayoria/absoluta/elpepuint/20100506elpepuint_18/Tes) (10-03-2011); y el artículo de la redacción de la BBC Mundo. "Elecciones Reino Unido: Brown espera, Cameron ofrece", del 7 de mayo de 2010, disponible en: (http://www.bbc.co.uk/mundo/internacional/2010/05/100507_reino_unido_elecciones_lideres_az.shtml) (10-03-2011)

contexto en el que los liberales obtuvieron un porcentaje de votación inusualmente alto, los electores cuestionaban el sistema de mayorías preguntándose si no era tiempo de adoptar uno que, al menos, contribuyese favorablemente a los pactos políticos[7]. Mostraron su descontento ante un sistema que, no sin razón, LIJPHARDT acusa de "propicia(r) la competencia y el enfrentamiento" en el Parlamento[8]. Que si bien se justificaba en un escenario de bipartidismo absoluto, pierde vigencia porque excluye a terceros partidos que van cobrando la suficiente fuerza política como para formar parte del gobierno.

No es el único país que planteó este tipo de controversias. España cuenta con un amplio debate doctrinario sobre la reforma del sistema electoral, que el Consejo de Estado sintetizó en la necesidad de facilitar

---

[7] Se previó el desarrollo de un referéndum para el 5 de mayo de 2011 en Reino Unido para decidir si el sistema electoral cambiaría para las elecciones parlamentarias. El modelo vigente es del sistema uninominal mayoritario (*first past the post)*, y el modelo consultado, denominado "voto alternativo", consiste en que los electores selecciones por orden de preferencia a sus candidatos de una lista. Si ninguno obtuviese el 50% de los votos, el candidato menos votado sería eliminado y la segunda elección de quienes prefirieron al político descartado se suma al resto. El proceso se repetirá hasta que uno de los candidatos obtenga el 50%, en: OPPENHEIMER, Walter. "Los sondeos auguran la victoria del 'no' en la reforma del sistema electoral británico", en: *Diario El País,* edición digital del 20 de abril de 2011, disponible en: (http://www.elpais.com/articulo/internacional/sondeos/auguran/victoria/reforma/sistema/electoral/britanico/elpepiint/20110420elpepiint_8/Tes) (03-05-2011); Véase además: BLASCO, Emili. "Referéndum sobre el sistema electoral británico dentro de un año", *Diario ABC,* del 02 de julio de 2010, versión digital disponible en: (http://www.abc.es/20100702/internacional/referendum-sobre-sistema-electoral-201007021301.html) (03-05-2011), *Diario el Informador*, del 3 de mayo de 2011, versión digital disponible en: (http://www.informador.com.mx/internacional/2010/215633/6/gran-bretana-preve-un-referendum-de-la-reforma-electoral-en-mayo.htm) (03-05-2011); "Un referéndum sobre el sistema de votos y elecciones autonómicas en R. Unido", *Diario El Comercio,* del 3 de mayo de 2011, versión digital disponible en: (http://www.elcomercio.es/agencias/20110503/masactualidad/internacional/referendum-sobre-sistema-voto-elecciones_201105031157.html) (03-05-2011). La pregunta del referéndum fue la siguiente: *At present, the UK uses the 'first past the post' system to elect MPs to the House of Commons. Should the 'alternative vote' system be used instead?* (tomado del sitio web de *The Electoral Comission,* disponible en: (http://www.aboutmyvote.co.uk/) (11-05-2011). La opción por el "no" fue la ganadora en única vuelta.

[8] LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 27.

la participación del ciudadano en la vida política del país y en una mejora en la vida democrática. Algunas de sus inquietudes se relacionaron con el voto de los extranjeros en elecciones municipales; la conversión del Senado en una cámara territorial; la posibilidad de hacer del Congreso de los Diputados una cámara más representativa; o el voto directo de los ciudadanos españoles residentes en el extranjero como reemplazo al voto postal[9].

Distintos antecedentes históricos e institucionales así como distintas tradiciones jurídicas imponen el sello de la diferencia en las necesidades legislativas. Así, puede discutirse si las listas de candidatos con cuotas

---

[9] El cada vez más elevado porcentaje de inmigrantes residentes en territorio español condujo a los expertos a preguntarse si era posible ampliar o no el derecho de sufragio de los extranjeros residentes en España. El punto de partida para sus reflexiones fue que las decisiones de los gobiernos locales influían directamente en su calidad de vida, así como en la necesidad de integrarlos. Una segunda propuesta se relacionaba con el perfeccionamiento del sistema para el ejercicio del sufragio por parte de los españoles residentes en el extranjero. Siendo el voto directo la regla y el voto postal, la excepción, surgía la duda sobre si la ordinarización del voto postal para dichos ciudadanos atentaba contra su derecho al sufragio. La tercera propuesta, con el incremento de la proporcionalidad del sistema seguido para las elecciones a las Cortes Generales y la ampliación de las opciones ofrecidas a los electores. En términos sencillos, se cuestionaba que la densidad poblacional de una provincia (como Madrid) no se viese reflejada en el número de representantes que obtiene en el Congreso de los Diputados en contraste a la que consigue otra provincia (como Soria) con una densidad poblacional mucho menor. Una quinta propuesta era la creación de circunscripciones de ámbito subestatal para las elecciones al Parlamento Europeo, dado que, en la actualidad, la circunscripción es de ámbito estatal. La sexta apunta a la corrección de algunos defectos percibidos en las normas que regulan la confección del censo electoral y las campañas electorales, a fin de prevenir posibles fraudes o situaciones de desigualdad entre los partidos participantes. Y como sétima, y quizá la más emblemática, fue la transformación del Senado en una cámara que responda a un criterio territorial. En el *Informe sobre modificaciones a la Constitución española,* de febrero de 2006, el Consejo de Estado español opinó favorablemente sobre la reforma constitucional del Senado sometida a consulta por el Gobierno (disponible en: http://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf) (30-03-2011)). Las demás reformas se abordaron en el *Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General*, de 24 de febrero de 2009, disponible en: (http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf) (30-03-2011). Con la *Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General* se modificó diversos aspectos procedimentales de la elección, y entre los grandes temas aludidos, se abordó el voto de los residentes ausentes. Ellos podrán optar entre el voto directo ante el Consulado español localizado en el país en el que residen y el voto por correo postal. En relación al voto de los extranjeros en elecciones municipales, se habilita mayores subvenciones a los municipios para cubrir gastos electorales.

de género distribuidas "en cremallera" (que alternan a los aspirantes de ambos sexos) son o no necesarias en Estados europeos como Reino Unido o en España, pero en un país musulmán como Túnez, representa una conquista importante para la paridad de géneros[10]. Otras serán las necesidades de un Estado como el peruano.

El 2 de febrero de 1995, la señora Susana Higuchi Miyagawa de Fujimori denunció ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) que la República del Perú, a través del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), había violado el artículo 23 de la Convención Americana al impedirle, en forma arbitraria e ilegal, que postulara como candidata de la Agrupación Independiente "Armonía Frempol" al Congreso Constituyente Democrático de su país. De otro lado, el 10 de octubre de 2002, Janeth Espinoza Feria denunció al Estado peruano ante la misma Comisión, porque el JNE llevó a cabo una interpretación restrictiva de la norma sobre cuotas electorales que perjudicaba a las mujeres. Aunque sobre este segundo caso pende una conclusión de la Comisión[11], sobre el primero existe un Informe

---

[10] Con la caída de la dictadura de Ben Ali (1987-2011), los tunecinos decidieron convocar a una Asamblea Constituyente, y luego de 24 años de dictadura volverán a votar. Aprobaron una nueva ley electoral que opta por la paridad en sus primeras elecciones, disponiendo que hombres y mujeres se alternarán en las listas de candidatos a dicha Asamblea, en: Diario El País del 13 de abril de 2011, disponible en:
(http://www.elpais.com/articulo/internacional/Tunez/opta/paridad/primeras/elecciones/elpepuint/20110413elpepiint_7/Tes) (13-04-2011)

[11] Con el informe Informe Nº 51/021 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró la admisibilidad de la Petición 12.404 del 10 de octubre de 2002 formulada por Janeth Espinoza Feria y otras contra Perú. Denunciaron que en una interpretación restrictiva de la Ley Electoral 26859 que recoge las cuotas electorales en un mínimo de 30% de mujeres o varones, el Jurado Nacional de Elecciones había favorecido la discriminación de género. La Resolución Nº 068-2001 de 22 de enero de 2001 que reglamentó las cuotas mínimas electorales en los distritos de Callao, Ica y La Libertad para las elecciones del Congreso de la República de abril de 2001, estableció éstas en un 25%, en lugar de cumplir con el 30% exigido legalmente. Recurrieron ante el JNE y éste declaró infundada la apelación a través de su resolución nº 122-2001-jne, del 5 de febrero de 2001. La comisión admitió a trámite la denuncia por presunta violación de los derechos a la no discriminación (artículo 1(1), a los derechos políticos (artículo 23) y a la igualdad ante la ley (artículo 24). Sigue pendiente de Informe final.

concluyente acerca del ordenamiento jurídico peruano. A juicio de la Comisión, éste impedía todo recurso efectivo contra las resoluciones del Jurado sobre lo electoral, "lo que *per se* constituye una violación del artículo 25, párrafo 1, de la Convención", o el derecho a la protección judicial[12].

Como era de esperar, la Comisión se mostró respetuosa de la soberanía estatal y de los criterios que adoptase en el diseño de su organización electoral. Sin embargo, recomendó al Estado peruano que modificara su Constitución e implementase un recurso que fuese efectivo para la tutela de los derechos políticos. No sería la única vez que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos opinaría sobre la estructura electoral estatal, tampoco sobre la defensa que los Estados Latinoamericanos que suscribieron la Convención procuran a estos derechos. En *Yatama contra Nicaragua*, la CIDH objetó el diseño de órgano único del Estado denunciado con el Consejo Supremo Electoral que, al mismo tiempo, organizaba elecciones e impartía justicia electoral en instancia definitiva[13]. Adicionalmente, mostró sus observaciones contra las garantías jurisdiccionales para estos derechos, pero éstas serían más evidentes en el caso *Castañeda contra los Estados Unidos Mexicanos*. En opinión de la Corte, la jurisdicción especializada en lo electoral mexicana carecía de las funciones que le permitiesen tutelar el

---

Disponible en: (http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/Peru12404.htm) (01/02/2011).

[12] El artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales, en: Informe No 119/99 de fecha 6 de octubre de 1999, FJ. 25.

[13] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de junio de 2005.

derecho de participación política ante violaciones provenientes de una norma autoaplicativa[14].

Los problemas que la CIDH encuentra en estos casos emblemáticos (y únicos, aún) sobre derechos políticos tienen como común denominador el diseño de la estructura orgánica electoral y las garantías jurisdiccionales del sufragio. Habrá oportunidad de examinar el contenido de estas sentencias más adelante. Por ahora, es importante anotar que la Organización Electoral peruana ocupa un lugar destacado en la tendencia Latinoamericana a adoptar modelos de órganos autónomos para la salvaguarda de derechos políticos que excluyen a la judicatura. Lo segundo que es preciso destacar es que, a juicio de la Comisión, como este diseño carecería de las características de un ente judicial, era recomendable que el Estado peruano implementase un recurso "ante jueces electorales especializados o integrantes del Poder Judicial"[15].

Como vemos de todo lo expuesto hasta aquí, la denominada democracia formal sigue importando y mucho.

1.1. La vigente importancia de la democracia procedimental

La noción más abstracta de la democracia reside en una forma de gobierno donde la titularidad última del poder reside en el pueblo. El

[14] La CIDH determinó que la inexistencia de un recurso efectivo y sencillo que permitiese al señor Jorge Castañeda Gutman cuestionar la decisión del órgano electoral que le impedía participar en la contienda electoral determinó que México incurriese en responsabilidad internacional, en: Caso *Castañeda Gutman contra los Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia del 6 de agosto de 2008.

[15] Informe No 119/99 de fecha 6 de octubre de 1999, FJ. 57.

punto de vista procedimental de la democracia se centra en un conjunto de reglas que establecen quién será el autorizado para adoptar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos[16]. Esto se sintetiza en la elección como técnica que usa el pueblo para designar a sus representantes y que se impone con la llegada del Estado liberal. Me detendré brevemente en la tesis de SCHUMPETER porque es la más emblemática. Parte de la premisa que el método democrático es aquel sistema de gestión de decisiones políticas para realizar el bien común, en el que los individuos resuelven las cuestiones en litigio determinando libremente a quienes se congregarán para realizar su voluntad. Quienes quieran ser representantes deberán luchar por el favor del pueblo en una competencia libre y justa. En este sentido será la elección libre y competitiva la que permitirá cambios significativos de quienes ocupan los cargos públicos representativos. Sin embargo, el pueblo no decide, sino que es inducido a adoptar una decisión, como ocurre con la publicidad comercial y conforme a las teorías sobre el comportamiento de las masas. Y como no existe seguridad sobre la posibilidad de que el pueblo pueda influir de otra manera en la Administración estatal, su poder radicará en la elección, porque a través de ella, crea un gobierno y depone uno anterior y éste sería el único poder que en realidad tiene[17]. El pueblo se limita a "aceptar o rechazar los hombres que han de gobernarle", pero no bajo cualquier modalidad. Las reglas que garantizan la "libre competencia" en la elección determinan la distancia entre esta técnica y otros medios no democráticos.

De esta manera, SCHUMPETER desmitificó la idea de democracia como gobierno efectivo del pueblo restando centralidad al elemento "voluntad

---

[16] BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 14. Véase además el trabajo de Dieter NOHLEN. *Sistemas electorales y partidos políticos,* 3era. ed., Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2004, pp. 11 y ss.

[17] SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Folio S.A., Barcelona, 1984, pp. 346-347.

popular" para otorgársela a la elección porque procura demostrar que la voluntad popular puede ser manipulable. El pueblo decide por sí mismo las cuestiones en litigio sólo "mediante la elección de los individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad". A su juicio, una vez que los representantes asumen el mando, el poder que le queda al pueblo para "gobernar" es prácticamente nulo[18]. La noción de este autor revela a un ciudadano que sólo participa en la vida política del Estado con su voto; que carece de todo interés en los asuntos públicos y de la capacidad de formarse una opinión. Soslaya las condiciones indispensables para propender un voto libre e informado que conduzca al Estado a una democracia sustantiva.

Es evidente que la teoría de la democracia formal es una visión de mínimos; y que existen factores adicionales que configuran la vida democrática de un Estado, que apuntan a que la participación en la vida política sea efectiva, cuya enumeración es discutible. Lo que es indiscutible es que el fracaso de la democracia directa determinó la instauración de una democracia representativa con predominio de las mayorías. Por ello, de modo prioritario se buscó perfeccionar el sistema electoral, la Administración que conduciría las elecciones y las reglas del juego. Esto nos conduce a entender que la democracia es, sobre todo, la posibilidad real de alternancia en el poder (o en términos de la

---

[18] Ídem, pp. 321 - 362. En este mismo sentido, BOBBIO considera que la única manera de entender la democracia como contrapuesta a la autocracia, es como un conjunto de reglas, que determinarán quiénes estarán facultados a tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos, en: *El futuro de la democracia,* Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1986, p. 14, y también en: *Liberalismo y Democracia,* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992, p. 7. Aunque como buen liberal, no olvidará en su definición mínima de la democracia a las libertades de expresión, de asociación, información como un tercer elemento (adicional al voto y a las reglas del procedimiento electoral) indispensable para garantizar la democracia. SARTORI dirá también que "cualquier régimen cuyo personal político "para controlar" es escogido a través de elecciones libres, competitivas y no fraudulentas, se clasifica como democracia", en: SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la Democracia?,* Taurus, Buenos Aires, 1993, p. 193. Para este autor, si no existe igualdad o justicia social, o las entidades se encuentran en crisis, nos encontraremos con una mayor o menor "democraticidad", pero seguirá siendo una democracia, siempre y cuando haya cumplido con lo anterior.

CADH, de "elecciones auténticas"), lo que supone la existencia de elecciones libres y justas.

DAHL es uno de los autores que ha escrito sobre democracia sustantiva y que ha sido adoptado como referente de numerosos escritores contemporáneos. En su opinión para que un Estado sea democrático debía contar con los siguientes factores[19]:

> 1. **"Participación efectiva**: los ciudadanos deben tener oportunidades adecuadas e iguales para definir sus preferencias, incluir puntos en la agenda pública y expresar sus razones respecto al resultado final.
> 2. **Comprensión bien informada:** los ciudadanos deben disfrutar de oportunidades suficientes e iguales para descubrir y afirmar lo que prefieren en relación con un asunto de su interés.
> 3. **Igualdad de voto en la fase decisiva:** debe asegurarse a cada ciudadano que su opinión tendrá el mismo peso que la opinión de otros ciudadanos en el momento de tomar colectivamente las decisiones.
> 4. **Control de la agenda:** el *demos* debe tener la oportunidad de tomar decisiones sobre qué asuntos hay que abordar y cuáles no mediante procedimientos que satisfagan los tres primeros criterios.
> 5. **Carácter comprensivo:** todas las personas adultas con intereses políticos legítimos deben participar de los poderes de la ciudadanía (los visitantes y transeúntes pueden quedar excluidos)".

Desde mi punto de vista, las condiciones de DAHL son compatibles con sociedades que tienden a la homogeneidad cultural y educativa. Más allá de las libertades básicas, "la comprensión bien informada" y el "control de la agenda" por todos los elementos del *demos* suponen un potente Estado constitucional y social, donde el principio de igualdad se ha ramificado en todos, o al menos, en la mayoría, de los niveles de su estructura orgánica. Es decir, un Estado que tienda a la homogeneidad social, que no sólo reconozca derechos fundamentales en un catálogo, sino que sus respectivos preceptos sean lo suficientemente normativos como para que los derechos que encarnan sean ejercitables por todos y cada uno de los miembros de la población. Esto se traduce en políticas

[19] DAHL, Robert. *Democracy and its critics,* New Haven, Yale University, 1989, caps. 6-9. Los resaltados en negritas corresponden a la autora.

estatales que promuevan la igualdad (como la educación pública de calidad; o una asistencia sanitaria que involucre a toda la población; o un igual acceso a la justicia; o planes de empleo que involucre a los grupos sociales fácticamente discriminados, como mujeres y discapacitados; o de subsidios para los desempleados).

Como premisa, quienes participan tienen acceso a una calidad de vida que les permite: acceso a información calificada, comprender la agenda política, estar en capacidad de aportar puntos a dicha agenda interviniendo en el debate público; y adoptar decisiones desprovistas de criterios asistencialistas. Solo así el pueblo podrá elegir en auténtica libertad. Esta premisa es más clara en el trabajo de HELD, cuando escribe sobre el ideal democrático como un escenario donde el individuo es plenamente autónomo. Él puntualiza que para alcanzar la "autonomía democrática" las medidas de igualdad no deben estar destinadas a satisfacer los intereses particulares ni formar parte de unas medidas benéficas para paliar alguna diferencia de oportunidad, sino a fortalecer los derechos sociales[20]. Es decir, derechos que satisfagan las condiciones de subsistencia y que procuren una vida digna.

Bajo distintos nombres, la equidad que RAWLS propuso en su *Teoría de la Justicia* se convierte en el corazón de las teorías contemporáneas de la democracia. Promueven una democracia sustantiva con condiciones de vida, libertad, seguridad, equidad, igualdad social, deliberación pública. Valores materiales que la Constitución proclama, sin cuya realización no alcanzan efectividad las garantías procedimentales u

[20] HELD, David. *Modelos de Democracia,* Madrid, Alianza Editorial, 2001, p. 355.

organizativas de la democracia. Una democracia en la que participen amplios sectores de la población y no sólo unos pocos[21].

Soy de la opinión que un Estado no puede postergar la vigencia de una democracia sustantiva y conformarse con una democracia formal al estilo de la visión schumpeteriana. La democracia es *autogobierno,* donde todos participan a través de una elección transparente y justa por medio del sufragio. Y cuando digo todos, me refiero a cada uno de los ciudadanos o miembros de la comunidad política, sin exclusiones de tipo elitista (grupos sociales fácticamente discriminados como los indígenas) o inclusiones de tipo paternalista (como ocurre con el voto obligatorio que rige en la Constitución peruana de 1993, según analizaré en breve). Una democracia donde rija la regla de la mayoría con un respeto real por los derechos de las minorías. Una democracia respetuosa de la pluralidad que se hace evidente con una multiculturalidad que reconocen constituciones como la peruana. Una democracia donde los gobernantes rindan cuentas y la población comprenda cuál es el destino de sus impuestos y del dinero que ingresa de la cooperación internacional. Una democracia que ya en 1928, MARIÁTEGUI consideraba que, "pese a todos sus defectos", puede acercarnos "a las mejores realizaciones de la justicia social"[22]. Y es que, parafraseando a ARAGÓN, la democracia al margen del ordenamiento es sólo un principio político y no jurídico[23]; pero al margen de la realidad se convierte en un precepto decorativo.

---

[21] Para HELD, "los individuos deberían disfrutar los mismos derechos (y, por consiguiente, de las mismas obligaciones) en la especificación del marco que genera y limita las oportunidades disponibles para ellos; esto es, deberían ser libres e iguales para determinar las condiciones de sus propias vidas, siempre y cuando no utilicen este marco para negar los derechos de otros", ídem, p. 338.

[22] MARIÁTEGUI, José Carlos. *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana,* 3era. ed., Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2007, p. 56.

[23] "El principio democrático fuera de la Constitución no tiene forma ni contenido jurídicos (…)", en: ARAGÓN REYES, Manuel. "La eficacia jurídica del principio democrático", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Nº 24, 1988, pp. 9-45, p. 30.

No obstante, si BOBBIO sostenía que la democracia es como una "casa de cristal" en la que "no hay amnesias"[24], la experiencia peruana revela precisamente lo contrario. Sigue viviendo ciclos caudillistas (a los que me referiré en breve) que interrumpen los ciclos democráticos, lo cual determina que el respeto por la voluntad popular depositada en las urnas siga siendo un tema de urgente estudio y desarrollo. Si al menos la democracia procedimental no se encuentra lo suficientemente institucionalizada será imposible sentar las bases para la democracia sustantiva.

1.2. La idea maestra de una elección

La "imagen maestra" de una elección se identifica en su celebración periódica con sufragio universal, libertad personal y libre competencia[25]. En este punto es ilustrativa la jurisprudencia del TEDH. En su célebre sentencia sobre el caso *Mathieu-Mohin y Cleyfart vs. Bélgica*, de 28 de enero de 1987, interpretó que los distintos sistemas electorales pueden pretender objetivos diversos y difíciles de armonizar, e incluso, incompatibles entre sí. Pero deben reflejar con la mayor fidelidad posible las opiniones del pueblo y canalizar las corrientes ideológicas para "promover la formación de una voluntad política de suficiente claridad y coherencia" y "(…) aunque el art. 3P1 no establece la necesidad de regular un determinado sistema electoral, sí fija la

---

[24] BOBBIO, Norberto; PONTARA, Giuliano y VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia,* Ariel, Barcelona, 1985, p. 21.

[25] SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. "Una visión institucional del proceso electoral", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 39, 1993, pp. 63-80, p. 66 y 67. Véase además el trabajo de VALLÈS, Josep. "Proceso electoral, comportamiento electoral y sistema político", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* nº 5, 1990, pp. 189-199.

exigencia de elecciones "libres", "en intervalos razonables" y "con votación secreta". No importa cuál sea el diseño siempre y cuando esté en condiciones de traducir la voluntad popular y responda a unas características mínimas.

La periodicidad como posibilidad de alternancia es el primer elemento de dicha imagen maestra. La periodicidad permite la selección de quiénes van a ostentar la responsabilidad ejecutiva del gobierno durante un ciclo. Los representantes elegidos deberán esforzarse por desarrollar una labor conforme a la Constitución y cumplir sus promesas políticas en un esfuerzo que no requiere aquél que lidera un gobierno vitalicio. Quienes pierdan la confianza de los electores serán removidos en la siguiente elección. Esta periodicidad también tiene la capacidad de revelar los cambios en las aspiraciones y demandas de los diversos componentes de la comunidad, y alentar que las opciones políticas perdedoras en una contienda puedan resultar ganadoras en otra. La periodicidad aunada a la alternancia pueden revelar las posibles mutaciones en los intereses de la población.

También es cierto que la democracia no es un sistema de gobierno alternativo "sino aquel en el que el cambio siempre es posible"[26]. Esto significa que la alternancia se presenta como deseable pero no como obligatoria y bastará que el sistema electoral garantice esta posibilidad. En el caso peruano, la periodicidad viene establecida por la Constitución Política y es de cinco años para las autoridades nacionales (presidente, vicepresidentes y representantes ante el Congreso de la República) y de cuatro años para las autoridades subnacionales (Presidentes y Consejeros de los gobiernos regionales; alcaldes y concejales).

[26] SOLOZÁBAL,... ídem, p. 35.

Un segundo elemento es el voto universal, libre, directo y secreto[27]. Las características del sufragio son garantías electorales en sí mismas. Se proyectan sobre las reglas de cada una de las etapas del proceso electoral e, incluso, sobre actividades que podrían ser consideradas paralelas pero directamente vinculantes. Como ocurre con la elección de los aspirantes de los partidos políticos a formar parte de las listas de candidatos del partido en una elección general. Es la llamada democracia interna, sobre la que volveré más adelante, donde las reglas y garantías del voto igual, directo y secreto estarán presentes, por mandato del legislador, pese a que los partidos sean personas jurídicas de derecho privado.

En tercer lugar es indispensable que se garantice la libre concurrencia de candidatos y opciones políticas a la competición por el poder, y de los ciudadanos a las urnas. El derecho al voto igual ha ampliado su consigna inicial de un ciudadano un voto, para convertirse en una manifestación del principio de igualdad que se proyecta a lo largo de todo el proceso electoral. Es el sustento de toda elección competitiva y se manifiesta en las reglas que garantizarán la igualdad de condiciones entre candidatos durante el proceso electoral. Así ocurre cuando se impide a los líderes de opinión o autoridades públicas que difundan su voto el día de la elección, o que apoyen a algún candidato a través del simbolismo que encarna un uniforme militar o una vestimenta clerical[28]. Otro es el encargo al legislador de establecer los mecanismos

---

[27] Cabe apuntar que en las elecciones indirectas o mediatas, el cuerpo intermedio (el colegio electoral) es previamente elegido y se encuentra entre el elector y los parlamentarios. Es preciso distinguir entre "elección indirecta formal" (cuando el colegio electoral está obligado a respetar el voto del elector primario) y la "elección materialmente indirecta" (cuando el colegio electoral no tiene aquel compromiso y elige a los titulares de escaños según su propio juicio). No obstante, me referiré a las elecciones directas o aquellas en las que el elector determina a los titulares de los escaños, por ser esta la fórmula consagrada en la CADH y la tendencia en los Estados a los que aludiré constantemente a lo largo de esta investigación: América Latina y España.

[28] Se prevé que las autoridades públicas o líderes de opinión que acaban de sufragar, no divulguen el contenido de su voto. Se impide a los miembros de las fuerzas

que garanticen "la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana"[29].

Estas medidas se relacionan con el control de la conducta de las autoridades que cuentan con poder de decisión en una institución pública. La finalidad es clara: que no utilicen dicho poder, ni para influir en la voluntad política de los trabajadores estatales que se encuentran bajo su dirección, ni para acceder a los recursos públicos que les procuren apoyo político. El listado de inelegibilidades e incompatibilidades de las candidaturas también apunta a un ejercicio neutral del poder. Cualquier tipo de influencia de este tipo de electores sobre otros en relación a la orientación del voto quebranta la igualdad de condiciones que debe existir entre los competidores.

En cuarto, la elección será competitiva si las libertades informativas y de expresión no son coartadas, o en términos de DAHL, si existen fuentes de información distintas a las oficiales. También si las organizaciones políticas cuenten con espacios para dar a conocer sus propuestas que fomenten el debate político. En quinto, si el Estado destina al desarrollo de la elección recursos orgánicos y humanos suficientes para el contexto sociopolítico, aspecto que analizaré con mayor detenimiento cuando llegue al segundo capítulo. En todo caso, es preciso apuntar que bajo estas condiciones, la elección permitirá la renovación del pacto democrático adoptado en la Constitución y consolidar la organización del Estado.

---

armadas y policiales en situación de disponibilidad o retiro, concurrir a manifestaciones de carácter político portando el uniforme (art. 353 LOE). El mismo impedimento alcanza a los miembros del clero secular o regular, de todo credo religioso (art. 354 LOE).

[29] Artículo 31 de la Constitución Política de 1993, modificado por Ley Nº 28480, publicada el 30 de marzo de 2005.

1.3. Principales señas de identidad de la democracia electoral peruana

Los elementos de una democracia sustantiva no han llegado a la cima de su consolidación en la democracia peruana. Ésta adopta como punto de partida la Constitución que declara a la República del Perú como "democrática, social, independiente y soberana", que establece la obligatoriedad de desarrollar elecciones periódicas, que asigna órganos especializados a dicho cometido, y que en suma, define las reglas del juego político. No obstante, se sustenta en otros factores como el caudillismo, el predominio de las oligarquías, las diferencias sociales y la casi *ordinarización* de los mecanismos de democracia participativa.

1.3.1. El punto de partida: la concepción del Sistema Electoral

El sistema electoral es entendido, no en la vertiente orgánica que le atribuye la Constitución Política de 1993[30], sino como "el conjunto de reglas y procedimientos conforme a los cuales se convocan y celebran las elecciones, se asignan los escaños (o asientos parlamentarios) a tenor de los votos obtenidos por las candidaturas y se resuelven los recursos a que todo este proceso diere lugar"[31]. En síntesis, el sistema electoral determina el reparto del poder político. Lo que más interesa

---

[30] De acuerdo a la Constitución Política de 1993, el Sistema Electoral tendrá 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 (…)" (art. 177 CP).

[31] TORRES DEL MORAL, Antonio. *Estado de Derecho y democracia de partidos,* 2da. edición, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004, pp. 373-374.

para la distribución de las mayorías y minorías parlamentarias son aquellas reglas que establecen el método de conversión de los votos de los electores (la denominada *voluntad popular*) en escaños de representación política conforme al principio que la define, ya sea el mayoritario o el proporcional.

A juicio de NOHLEN[32] para que el sistema electoral funcione todo Estado deberá precisar en primer lugar, la subdivisión del territorio nacional en circunscripciones que en el caso peruano serán los espacios territoriales donde los votos de sus residentes se convertirán en escaños parlamentarios[33]. En segundo lugar, la forma de la candidatura (ya sea por listas abiertas donde los electores eligen nominalmente a candidatos de distintas organizaciones políticas), y si las listas, a su vez, estarán bloqueadas (el elector vota en bloque, marcando el símbolo del partido político) o no bloqueadas con voto preferencial (el votante elige, de modo nominal, a los candidatos de una misma organización política). En tercero, el procedimiento de votación propiamente dicho con la definición de sus garantías. En cuarto, el procedimiento de asignación de escaños. En quinto, el ámbito de adjudicación de los

---

[32] Voz: "Sistemas Electorales", *Diccionario Electoral,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos: San José de Costa Rica, publicación en línea disponible en: (http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/). El profesor MOLAS señala que el término hace alusión al "conjunto de procedimientos mediante los cuales los votos expresados por los electores determinan la atribución de los escaños o puestos a cubrir", en: "Sistema Electoral", *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional,* ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César (directores), tomo I, 2da. ed., Aranzadi, Navarra, 2011, p. 273. Sin diferencias sustanciales en el instituto analizado se pronuncia Joseph COLOMER, en: *Cómo votamos. Los sistemas electorales del mundo: pasado, presente y futuro,* Gedisa, Barcelona, 2004; y, entre los autores peruanos, TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. *La Circunscripción Electoral: Perú y la Región Andina,* Oficina Nacional de Procesos Electorales, Lima, 2002, p. 7.

[33] Fernando TUESTA define la circunscripción electoral como "aquel conjunto de electores que conforman la base para que sus votos se repartan entre un número determinado de escaños. En consecuencia es la circunscripción electoral en donde se asignan los escaños a candidatos o partidos que han ganado las elecciones". Agrega que en algunos lugares, como el Perú para el tema que nos convoca, es delimitado por el territorio o la base territorial, en: *La Circunscripción Electoral… ob. cit.,* p. 7.

escaños. En sexto y sétimo lugares, el método de cómputo y la barrera de representación o también conocida como valla electoral.

El Estado peruano adopta un modelo de gobierno presidencialista concentrando en una misma persona la jefatura de Estado y la jefatura de Gobierno; encomienda la función legislativa al Congreso de la República y al Poder Judicial, la jurisdiccional de modo genérico. Optó por un Congreso de la República unicameral[34], (aunque se viene discutiendo el retorno a la bicameralidad que rigió el Congreso peruano hasta la Constitución de 1979), compuesto por ciento treinta congresistas elegidos en circunscripciones departamentales (de acuerdo a la división política) y dos complementarias. Una de éstas corresponde a la Provincia Constitucional del Callao y la segunda a las provincias de Lima distintas a aquella donde funciona la sede de la capital de la República. Los Consejos Regionales se componen de un mínimo de siete y un máximo de veinticinco miembros, y como las regiones aún se erigen sobre los antiguos departamentos compuestos, a su vez, por provincias, la distribución será por lo menos de uno por cada provincia del departamento. El resto seguirá un criterio de población electoral (art. 191 CP), pero en todos los casos, es el Jurado Nacional de Elecciones la autoridad electoral que los asigna. Como acoge un sistema de representación proporcional (art. 187 CP) eligió el método D'Hondt o cifra repartidora para llevar a cabo el reparto del poder o la conversión de votos en escaños de representación[35].

---

[34] La Constitución de 1993 se elaboró luego del autogolpe de Estado promovido por el ex – presidente Alberto Fujimori Fujimori. Entre otras novedades, el Congreso de la Repúblico pasó de bicameral a unicameral. Actualmente se viene discutiendo los proyectos de reforma constitucional en los que se plantea el retorno a la bicameralidad.

[35] Cuando los escaños se reparten según el principio proporcional se configuran dos tipos básicos de métodos de cómputo: el procedimiento del divisor (también denominado procedimiento de cifra mayor) y el procedimiento del cociente electoral. Los procedimientos de divisor se caracterizan "por la división de los votos obtenidos por los diferentes partidos entre serie de divisores, lo cual produce secuencias de cocientes decrecientes para cada uno de los partidos. Los escaños se asignan (…) a los

Ahora bien, las candidaturas al Congreso de la República se presentan en listas cerradas pero no bloqueadas con voto preferencial. Y en el caso de los gobiernos regionales y locales, las candidaturas a Presidentes y Consejeros o Alcaldes y concejales en lista única, cerrada y bloqueada. Todas estas listas deberán prever un 30% de cuota de género (hombres o mujeres), un 15% de cuota de origen en aquellos lugares en los que existan comunidades nativas y pueblos originarios en el ámbito provincial y regional; y para el caso de elecciones municipales, de un 20% de cuota de jóvenes (de 18 a 29 años).

En cuanto a la barrera legal o al umbral de representación, para acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República es preciso haber alcanzado al menos siete (7) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral o departamento (donde se erigen las actuales regiones); lo que equivale al cinco por ciento (5%) del número legal de sus miembros. Otra posibilidad para que los partidos políticos no queden excluidos del reparto es que alcancen al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos a nivel nacional[36].

La Constitución prevé el *ballotage* si es que ninguno de los candidatos a Presidente de la República alcanza la mayoría absoluta o el cincuenta por ciento (50%) más uno del electorado (art. 111 CP). Es en primera vuelta electoral cuando se define la composición del Congreso o cuál será el partido político que contará con el mayor número de escaños.

---

mayores cocientes". El más conocido de estos métodos es el D`Hondt, en: NOHLEN, Dieter. *Sistemas electorales y partidos…*, ob. cit., p. 72.

[36] Como la barrera electoral fue introducida con la Ley 28617, publicada el 29 de octubre de 2005, que modificó el artículo 20 de la Ley Orgánica de Elecciones, ésta no se aplicó a las elecciones presidenciales y parlamentarias del año 2006 (que se encontraban cercanas a la fecha de la aludida modificación legislativa). En dicho proceso electoral se entendió que el número de parlamentarios previsto en la modificatoria era de cinco (5) y el porcentaje de los votos válidos a nivel nacional sería del 4%.

Esto quiere decir que el *ballotage* impide al electorado decidir, *a priori,* que quienes gobiernan tengan el mismo color político que quienes legislan[37]. Exceptuando las elecciones presidenciales de 1985 en las que el presidente Alan García Pérez (Alianza Popular Revolucionaria Americana – APRA) obtuvo el 52% de los votos a nivel nacional, el Gobierno suele definirse en una segunda fase electoral. Ningún otro candidato ha logrado obtener una mayoría absoluta como para ser proclamado presidente de la República en primera votación y ni el voto de arrastre ha garantizado que el ganador obtenga mayoría en el Congreso[38].

En este contexto, la división del poder podría definirse: ya sea por una relación dialéctica entre mayorías y minorías (si el partido de gobierno es el mismo que el que tiene mayoría en el Congreso); o, por una separación casi estricta entre poderes que podría dificultar la gobernabilidad (si el partido de gobierno es distinto al que obtuvo la

---

[37] El *ballotage* encuentra su razón de ser en el mandato constitucional del artículo 111. Será elegido Presidente de la República el candidato que obtenga la mayoría absoluta de los votos descontando los votos viciados o en blanco. Se procederá a una segunda elección dentro de los treinta siguientes a la proclamación de los cómputos oficiales, entre los dos candidatos que hayan obtenido las dos más altas mayorías relativas.

[38] No debemos ignorar que el voto de arrastre ha sido uno de los factores que ha contribuido a que el Congreso unicameral esté compuesto mayoritariamente por miembros del partido político gobernante. Como las elecciones para Jefe de Estado y representantes al Congreso de la República son simultáneas, se considera que la opción por el Presidente de la República conduce al elector a votar para el Congreso por la misma organización política a la cual pertenece su candidato a la presidencia, de modo automático o por arrastre. Por ello, las campañas electorales son, en esencia, presidencialistas, promueven la imagen del candidato a Presidente y de los candidatos al Congreso que resulten más conocidos mediáticamente. Las elecciones de representantes para el Congreso de la República, Parlamento Andino y del Presidente y Vicepresidentes de la República se lleva a cabo en la misma fecha y con la misma cédula de votación organizada en tres columnas. En la primera, aparecen la foto del candidato a Presidente, el símbolo y nombre de la organización política. En la segunda, el nombre y símbolo de la misma organización política de la primera columna, así como dos casillas en blanco destinadas a los números del voto preferencial y cuya cumplimentación queda a discreción del elector. La tercera columna es similar a la segunda, pero corresponde a los representantes al Parlamento Andino.

mayoría en el Congreso de la República)[39]. Sin embargo, la tendencia a la atomización que ha experimentado el sistema de partidos políticos peruano, según veremos en el siguiente epígrafe, se ha reflejado en un Congreso de la República fragmentado, con una oposición políticamente débil que no logra consolidarse como un bloque frente al oficialismo. Los gobiernos regionales y locales aún no son lo suficientemente fuertes en funciones y en legitimidad como para ser un referente de poder[40].

---

[39] Es muy difícil que algún partido obtenga una mayoría absoluta. Esto quiere decir que son dos posibles escenarios: que el partido de gobierno obtenga un mayor número de representantes que los demás competidores, como en elecciones generales 2001. El partido político (Perú Posible) del entonces presidente Alejandro Toledo obtuvo cuarentaicinco de los ciento veinte escaños, seguido por el Partido Aprista peruano con 28 representantes. O, que obtenga, más bien, una minoría como en las elecciones de 2006. El partido que consiguió el mayor número de escaños fue Unión por el Perú (45), cuyo candidato presidencial era el nacionalista Ollanta Humala; seguido del APRA (con 36), partido del entonces electo presidente Alan García. Desde la promulgación de la Constitución de 1993 que transformó el Congreso bicameral en unicameral, únicamente una composición congresal ha sido favorable por mayoría absoluta al gobernante de turno: el ex - presidente Alberto Fujimori (es decir, al creador de las reglas del juego).

[40] La división estatal en gobierno nacional, regional y local determina la necesidad de apuntar brevemente, cómo se lleva a cabo esta separación de poderes en los niveles de gobierno distintos al nacional. El grado de atomización del sistema de partidos permite que en las regiones y los municipios predominen los movimientos regionales y las organizaciones políticas de alcance local más que los partidos políticos. En la composición de los consejos regionales y los concejos municipales, a diferencia de las listas de candidatos para representantes al Congreso de la República, los listados son cerrados y bloqueados. Ahora bien, en sus inicios el legislador optó por atribuir a la organización política que obtuviese el mayor número de votos, la presidencia y vicepresidencia regional o la alcaldía, así como, el cincuenta por ciento más uno de los escaños. El número restante de escaños era repartido de forma proporcional entre las demás organizaciones políticas que participaron en la competición electoral y en función al número de votos que obtuvieron. La real constitucionalización del proceso de descentralización operó con la reforma efectuada en el 2002. Definiendo a las regiones, diferenciando sus funciones de los existentes municipios, y desterrando cualquier tipo de organización desconcentrada. Si bien la Constitución de 1993 estableció el proceso de descentralización, éste fue más teórico que real. A través de los Consejos Transitorios de Administración Regional (CTAR), el entonces presidente Alberto Fujimori introdujo un sistema desconcentrado de gobierno. Los gobiernos regionales carecían de autonomía. Con la reforma del capítulo sobre descentralización, se dio paso a elecciones de Presidentes y consejeros regionales, estableciéndose los gobiernos regionales sobre la base de la antigua división departamental del Perú, de la mano de una progresiva y gradual conformación de regiones a través de referéndums. A nivel fáctico, la progresiva transferencia de funciones de los Ministerios a las regiones y los municipios, permitiría su consolidación.

Con la Ley 29470, del 14 de diciembre de 2009, se introdujo la segunda vuelta electoral o *ballotage* y la cifra repartidora para atribuir todos los escaños en el Consejo Regional. De esta manera, el sistema de distribución del poder del nivel regional se asemeja al nacional. Esto quiere decir que la división del poder entre mayoría y minoría política podría romperse. Al no existir valla electoral en este nivel de gobierno, el poder es susceptible a dividirse en muchos fragmentos fomentando el pacto político entre quienes obtengan un sitio en el Consejo Regional o en el Concejo municipal.

Como vemos, aunque la consolidación de una democracia dependa de otros factores adicionales[41], el fortalecimiento del sistema electoral y de todo lo que se relaciona con él es un aspecto nodal para el Estado peruano. Las permanentes preocupaciones del legislador así lo revelan. No es casual que la Carta Política peruana habilite la acusación constitucional contra el Presidente de la República si no convoca a una elección o si desconoce una resolución del Tribunal Electoral[42]. Tampoco lo es, que instituya una organización electoral autónoma y especializada que arbitra las competiciones por el poder político para

---

[41] Para el profesor Nohlen, en América Latina, aunque la consolidación de la democracia dependa adicionalmente, de otros factores como el desarrollo de una cultura democrática, de estructuras de poder institucional, del sistema de partidos, etc. El fortalecimiento del derecho electoral ha sido fundamental para el desarrollo de los Estados democráticos. En: NOHLEN, Dieter y SABSAY, Daniel, "Derecho Electoral", *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina,* NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores), 2da. ed., México D.F., IIDH - Universidad de Heidelberg - IDEA - TEPJF, IFE, 2007, p. 38.

[42] El imperativo democrático de posibilitar la renovación de los cargos públicos representativos en un período constitucionalmente establecido (cinco y cuatro años, respectivamente) condujo al constituyente a encomendar al Jefe de Estado: las convocatorias a elecciones para Presidente de la República, representantes al Congreso, alcaldes y regidores. Además, es responsable de "cumplir y hacer cumplir las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones" (art. 118.10 CP) y entre las escasas causales para que sea acusado constitucionalmente se encuentra la de impedir el desarrollo de las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; o, impedir el funcionamiento de los organismos electorales (art. 117 CP). Si el Presidente no convocase a elecciones en las fechas establecidas por las normas electorales estaría impidiendo su desarrollo.

que contribuya a la consolidación de la democracia formal, según veremos más adelante.

1.3.2. El caudillo y los partidos políticos

El caudillo es una variable característica en Latinoamérica que ha estado ausente en la ecuación de la democracia clásica. También llamado *cacique,* en alusión a los antiguos terratenientes que controlaban el poder político local y regional, y que estaban en permanente conflicto con el poder del gobierno central[43]. Está presente en el *Pedro Páramo* de Juan Rulfo, donde el cacique Pedro Páramo es el causante de la muerte de la ciudad de Comala y de sus habitantes. En *La fiesta del Chivo,* de Mario Vargas Llosa, el caudillo aparece en forma de un militar, Leonidas Trujillo - alias el Chivo (República Dominicana 1930-1961) representando a las dictaduras de uniforme que azolaron Latinoamérica. Como una literatura que cobra vida, el caudillismo ha formado parte de los proyectos constitucionales de Hugo Chávez (Venezuela), Rafael Correa (Ecuador), Álvaro Uribe (Colombia), Evo Morales (Bolivia) o Alberto Fujimori (en Perú).

El siglo XX ha sido el escenario temporal para la construcción de lo que VOLPI denomina "democracias imaginarias", es decir, unos sistemas que prescriben el sufragio libre, la división de poderes y una lista larga de derechos fundamentales. Pero, en la realidad, son controlados por la "voluntad del caudillo, de un partido, o de un grupo"; un sistema en el

[43] Que Aníbal QUIJANO denomina "burguesía capitalista" desde una óptica marxista, en: "Prólogo" al libro *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana,* MARIÁTEGUI, José Carlos, 3era. ed., Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2007, p. XXIII.

que pese a contar con una amplia legislación con reglas de juego claras, se aparcan las garantías individuales o se les viola directamente. En su opinión, los estados de excepción se convierten en regla y las elecciones se vuelven farsas cívicas que permiten legitimar un poder constituido de antemano. La profesionalización del denominado caudillo democrático pasa por el rechazo al denostado "político tradicional" y a los partidos políticos que han conducido a sus democracias al fracaso. Reniegan de ellos, aunque hayan formado parte de sus filas; son mediáticos, populistas; apuestan por la revolución y el cambio en las leyes (aunque sólo sea para autoatribuirse más poderes), o la modernización del Poder Judicial (en la práctica, para intervenirlo)[44]. El *outsider* o el líder carismático que aspira a la presidencia no milita en partido alguno y ha desarrollado su carrera política al margen de los partidos políticos existentes.

Desde los albores de la República en 1824, el Gobierno peruano ha tenido como Jefes de Estado más militares que civiles, a ello se aúnan las sucesivas interrupciones a la democracia perpetradas por los mismos militares. Una de las más recientes ocurrió el 3 de octubre de 1968, cuando el general Velasco Alvarado ascendió al poder derrocando al entonces Presidente de la República Fernando Belaúnde Terry y se mantuvo en el gobierno hasta 1975, año en el que fue derrocado por otro golpe militar, esta vez a cargo del general Francisco Morales Bermúdez. El Estado Constitucional y democrático de derecho fue

---

[44] VOLPI, Jorge. *El insomnio de Bolívar. Cuatro consideraciones intempestivas sobre América Latina en el Siglo XXI,* Debate, Barcelona, 2009, pp. 93 y ss. También es cierto que se ha hecho patente el respeto por el mandato constitucional electoral en países como Chile o Brasil, donde, pese a contar con un 85% de aprobación nacional, sendos presidentes Bachelet y Lula decidieron no forzar o modificar la Constitución para pedir su reelección. En el caso de Colombia, la Corte Constitucional colombiana impidió la convocatoria a un referéndum que permitiese al presidente Uribe postularse a un tercer periodo presidencial (Sentencia C-551/03 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana, recaída en el expediente CRF-001 sobre Revisión de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, "Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional", de 9 de julio de 2003, disponible en: (http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2003/C-551-03_sentencia.pdf) (30-01-2011)).

devuelto con la reelección de Fernando Belaúnde en el proceso electoral de 1980.

Ahora bien, el caudillismo no siempre se manifiesta en estado puro o llega al poder por medio de un golpe de Estado. Una de las enseñanzas que legó los periodos del ex - presidente Alberto Fujimori Fujimori (1990-2010) fue que un gobierno puede tener partida de nacimiento democrática y hacerse adulto como una dictadura que muestra un respeto aparente por las libertades. En un ejercicio "semidemocrático" (según las categorías aportadas por SMITH en su estudio sobre las democracias latinoamericanas)[45] ajusta las reglas del juego a fin de perpetuarse en el poder, controla a las entidades públicas que coadyuvarán a su reelección y elimina a los posibles competidores[46]. El Congreso de la República, sede de la representación política, sigue la voluntad del caudillo aparcando la voluntad del pueblo. Y es que, a diferencia de la Europa occidental o de Norteamérica, la democracia no se instaura de modo paulatino. Es preciso recordar que, cuando los Estados coloniales se independizaron de la corona española, éstos no abrazaron la democracia como modelo de gobierno viable. El inminente nacimiento del Estado peruano provocó que José de San Martín en 1821 tentase la búsqueda de un príncipe europeo que lo gobernase. La finalidad última era unificar bajo su *auctoritas* a las distintas clases

[45] Según SMITH en cada país de América Latina se han situado una de las cuatro categorías siguientes: democrático: "cuando los dirigentes nacionales asumían y ostentaban el cargo como resultado de elecciones libres y justas (…)"; semidemocrático, "con dirigentes que llegaban al poder mediante elecciones que eran libres pero no justas: cuando un único candidato tenía perspectivas razonables de ganar o cuando los dirigentes electos se veían obligados a compartir el poder efectivo con grupos no elegidos (…)"; oligárquico, "cuando la competición electoral era justa pero no libre: con candidatos de las élites dominantes y el sufragio restringido a un porcentaje muy reducido de la población adulta"; y no democrático o autocrático; "en todos los casos restantes o durante los años de golpes militares"; en: *La democracia en América Latina,* Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 36.

[46] Para mayor información sobre el gobierno peruano en la década de los noventa en materia de derechos humanos, véase el trabajo de Fabiola BUTRÓN SOLÍS, *La negación de los Derechos Humanos. El Estado peruano ante la Convención Americana sobre Derechos Humanos durante la década de los noventa*, Plaza y Valdés, Madrid, 2008.

sociales (la aristocracia, los criollos, indígenas, negros y mulatos) cuya estructura fáctica definía las relaciones de poder. En su momento, Simón Bolívar intentó convertirse en el presidente vitalicio del mismo Perú porque consideró que era la única manera posible de gobernarlo. Aunque el proyecto absolutista no llegó a cuajar, nunca se consolidó una vocación democrática[47].

Uno de los factores que concurre a esta tendencia al caudillismo es el escasamente institucionalizado sistema de partidos políticos. Si bien en la elección general de 2011 compitieron por el sillón presidencial 11 partidos políticos, en el mismo tipo de elección en 2006 llegaron a coexistir 26[48]. La valla electoral o el umbral de representación de cinco por ciento impuesto para obtener representantes en el Congreso de la República ha contribuido a reducir esa elevada cifra a 13. Sin embargo, la atomización política sigue siendo elevada y ella impide una concertación madura entre las opciones de trayectoria democrática que puedan hacer frente a los nuevos caudillos.

---

[47] El Perú nació a la vida republicana y se rigió por dicho sistema de gobierno, excepto por los años en los que rigió la Constitución de Cádiz (1810-1814 y 1820-1824); en la etapa en que Bolívar propugna el esquema de la presidencia vitalicia en la Constitución Bolivariana de 1827 (vigente unas pocas semanas); y cuando se rigió por el diseño constitucional de Andrés de Santa Cruz para crear la Confederación Perú-Boliviana (1836-1839). Cristóbal ALJOVIN DE LOSADA concluye que los proyectos monárquicos no cuajaron en el siglo XIX, así que la República fue la concepción política imperante. Los gobiernos que tuvo el país entre 1895 y 1919 surgieron de las urnas (excepto la elección de 1912 que fue desarrollada por el Congreso de la República) y del régimen militar que asumió el poder entre 1913 y 1914. En: "Sufragio y participación política. Perú 1808-1896", *Historia de las elecciones en el Perú. Estudios sobre el gobierno representativo,* ALJOVÍN, Cristóbal y LÓPEZ, Sinesio (editores), Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2005, p. 21.

[48] En Elecciones generales 2006, participaron veintiséis partidos políticos: Partido Socialista, Proyecto País, Restauración Nacional, Alianza por el Futuro, Unión por el Perú, Partido Justicia Nacional, Fuerza Democrática, Resurgimiento peruano, Alianza para el Progreso, Unidad Nacional, Partido Reconstrucción Democrática, Concertación Descentralista, Movimiento Nueva Izquierda, Frente de Centro, Con Fuerza Perú, Perú Posible, Progresemos Perú, Frente Popular Agrícola FIA del Perú – FREPAP, Partido Renacimiento Andino, Frente Independiente Moralizador, Partido Aprista Peruano, Perú Ahora, Avanza País - Partido de Integración Social, Y se llama Perú. Fuente: Oficina Nacional de Procesos Electorales, disponible en: (http://www.onpe.gob.pe/modElecciones/downloads/EGPV2006/cedula_1.pdf) (23-04-2011).

Otro factor que se entrelaza con el caudillismo es que la democracia sigue siendo vista como un conjunto de promesas incumplidas que provoca decepciones. La población sigue queriendo un gobierno democrático, pero desaprueba y desconfía de sus representantes y artífices. Ni un crecimiento económico del 7% anual (en Perú) ha menguado el impacto que tienen factores como la corrupción, la impunidad, la inseguridad ciudadana o la violencia política[49]. La tendencia es que el caudillo siga un ciclo, cuyo lugar de aparición corresponde a la etapa del desencanto frente al fracaso de un periodo de gobierno democrático que, a su vez, sucedió a una transición proveniente de una dictadura[50].

---

[49] En el capítulo V del reporte de LAPOP se examina los niveles de apoyo al sistema político y la tolerancia política en las Américas, tanto como, los niveles de confianza en las principales instituciones públicas y "el apoyo y la satisfacción con la democracia". También se miden los niveles de confianza en las principales instituciones políticas de cada país en contraste con las instituciones sociales. El resultado es variopinto, ninguno llega al 50%, aunque Uruguay se acerca con un 49%. En orden ascendente el porcentaje de apoyo a la democracia es el siguiente: Haití muestra un escaso 3.7%, Paraguay un 16.5%, Perú está en 18.5%, Ecuador en 19.7%, Guatemala, 22.7%; Bolivia, 22.8%, República Dominicana, 24.8%; El Salvador, 25.6%; Brasil, 26.3%; Honduras, 27%; México, 27.4%; Trinidad y Tobago, 27.5%; Nicaragua, 29.1%; Venezuela, 29.1%; Jamaica, 29.4%; Argentina, 30.8%; Panamá, 31%; Chile, 32.4%; Colombia, 35.7%, Costa Rica con 46.6%. Las instituciones sociales, como la Iglesia Católica, obtienen mayor aprobación en las encuestas que las públicas. (Fuente: *Latin American Public Opinion* – LAPOP, "La cultura política de la democracia, 2010. Consolidación democrática en las Américas en tiempos difíciles: Informe sobre las Américas", editado por Mitchell Seligson y Amy Smith, diciembre de 2010, disponible en: (http://lapop.ccp.ucr.ac.cr/pdf/Report_on_the_Americas_Spanish2.pdf) (20-03-2011). El subrayado corresponde a la autora). Con estos resultados es posible comprender cuando VOLPI escribe sobre el papel importante que ha tenido la Iglesia Católica en la construcción de las democracias Latinoamericanas y el poder que ha conseguido en consecuencia. Es "imposible entender a América Latina sin la religión católica y sus vericuetos: su férrea moral y su hipocresía cotidiana; su vocación por los pobres y los indígenas y su cercanía con los ricos y los poderosos; su solidaridad con las víctimas y su complicidad con los torturadores; la educación que ofrece a sus élites y su rescate de los desheredados; sus lazos con la teología de la liberación y sus vínculos con los siniestros Legionarios de Cristo o el Opus Dei. Desde la época de las conversiones forzosas y la lucha por el alma de los indios hasta el papel de verdugos o de héroes que sus sacerdotes han desempeñado en los distintos conflictos armados de la región, la Iglesia ha perfeccionado esta ambigüedad que le ha permitido adaptarse, sobrevivir y acumular un poder único, sólo comparable en su momento con el de los militares", en: *El insomnio de Bolívar…,* ob. cit., p. 47.

[50] Círculo vicioso para los caudillos: 1. Fin de una dictadura o de un régimen autoritario. 2. Penosa transición a la democracia. 3. Desencanto. 3. Parálisis,

El sistema no es infalible, existe conciencia de sus problemas. Pero cuando se hunde en el pico más alto de sus miserias, llega el momento de elegir a alguien que ordene la casa con la autoridad que impone su liderazgo.

1.3.3. El predominio de una clase política excluida

Aún con el advenimiento de la democracia, en Latinoamérica "la clase cuenta"[51]. En Estados como el peruano o el boliviano sigue vigente la escisión entre el campo y la ciudad, cuyo punto de partida, para el tema que nos convoca, se localiza a fines del siglo XIX con la exclusión del indígena de la población electoral. Cristóbal ALJOVÍN concluye en su trabajo que cuando predominaba el voto indirecto y la Constitución de Cádiz imperaba en la elaboración de las leyes, los indígenas formaban parte de la población electoral. Esto cambió en 1896, año en que se redujo la población de votantes a los alfabetos hombres y se excluyó, de modo indirecto, a los indígenas que, en su mayoría, eran del campo e iletrados. Su hipótesis acerca de esta exclusión redunda en que para finales del siglo XIX, el auge del positivismo francés y el darvinismo social, aunados a la conciencia histórica (que provino de la guerra y sus consecuencias nefastas), contribuyeron a que las élites adoptasen un concepto negativo de inclusión. Agrega que:

> "el republicanismo igualitario recibió una impronta de pensamiento, principalmente de la biología, que sustentaba una visión política jerárquica basada en nociones ligadas a la raza presuntamente

---

preservación de la injusticia, resurrección de los mismos políticos de siempre. 4. Más desencanto y en un punto extremo, indiferencia. Un ciclo que a juicio de VOLPI constituye un caldo de cultivo para el surgimiento del populismo y la resurrección de los caudillos, en: *El insomnio de Bolívar…,* ob. cit., p. 62.

[51] *La democracia en América Latina…,* ob. cit., p. 28.

> "científicas" frecuentes en el imaginario conceptual de la época. La exclusión social y la política positiva se convirtieron en el marco de interpretación ideológica de la organización política de la república" [52].

La visión sobre el indígena que José Carlos MARIÁTEGUI adoptó en sus *Siete ensayos de Interpretación de la realidad peruana,* aunque más bien de corte marxista, no ha pasado a formar parte de los anales de la historia. Él escribió su obra (1928) en una época en la que gobernaba el presidente Augusto B. Leguía (1919-1930), quien asumió el poder mediante un golpe de Estado. Una centuria después de que el país obtuviese su partida de nacimiento como República, él afirmaba que el sufragio universal no era la reivindicación más importante, ni siquiera la existencia de un sistema democrático real, porque los gamonales y latifundistas nunca permitirían que los indígenas participasen en elecciones. El punto de agenda realmente relevante era la inclusión de los indígenas, y desde su óptica marxista, eso sólo sería posible si se modificaba el régimen económico y si la propiedad se convertía en un derecho fundamental para dicha población[53]. Como era la tendencia en la época, el derecho de participación política fue privativo de un minoritario grupo aristocrático ya que sólo sus miembros tenían acceso a educación, a las Fuerzas Armadas y a la propiedad.

Aunque discrepe con la sublimación que MARIÁTEGUI hace del indígena, sí considero que las diferencias en la distribución de la

---

[52] "Sufragio y participación política: Perú 1808-1896", en: *Historia de las elecciones en el Perú. Estudios sobre el gobierno representativo,* ALJOVÍN, Cristóbal y LÓPEZ, Sinesio (editores), Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2005, p. 70, (los subrayados corresponden a la autora).

[53] A juicio de Mariátegui, la organización de la propiedad ha estado saturada "de prejuicios de raza", (en: *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana,* 3era. ed., Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2007, p.72). En este clásico de la literatura sociológica peruana, Mariátegui describe cómo es que a partir de la conquista, el modelo económico peruano transita de una economía comunal y colectiva (que define como socialista) a una feudal. El problema del indio, desde su punto de vista, parte de la economía, del régimen de propiedad de la tierra. No tiene que ver ni con la educación, ni con la administración, ni con el régimen de policía.

riqueza han tenido un componente étnico y geográfico elevado; y que éstas aún se mantienen y alcanzan a las oportunidades de acceso a la educación, al empleo, a la vivienda. Y, como sostiene el premio Nobel de literatura 2010, la emancipación de los indígenas o su reivindicación ha sido una responsabilidad incumplida de los gobiernos republicanos de los últimos doscientos años[54]. El patente divorcio entre los ciudadanos de los Andes y de las grandes capitales influye, y mucho, en el panorama político peruano y latinoamericano.

Se podría afirmar que, por regla general, el voto no necesariamente recae sobre quien cuenta con las mejores credenciales democráticas, o personales, o profesionales. Pero en algunos países latinoamericanos como Bolivia o Ecuador o Perú, la etnia o la pobreza extrema (que usualmente tiene entre sus miembros a ciudadanos indígenas) son criterios que definen sus relaciones sociales, sus redes de poder y hasta quién pueda ser el ganador de una competición electoral. Uno de los casos más emblemáticos ha sido la elección del candidato indígena e indigenista Evo Morales como presidente de Bolivia.

En un sistema presidencialista como el peruano el culto a la imagen importa y la identidad de los candidatos no puede ser soslayada, todo lo contrario. En ella recaen las filias y fobias de los distintos grupos sociales de un país multicultural que, en muchos casos, traslada sus problemas de clase a su voto (por el candidato "cholo" – Alejandro Toledo en 2000, el "chino" – Alberto Fujimori en 1990 y 1995, el "blanco" – Mario Vargas Llosa en 1990; o el "serrano" – Ollanta Humala, en 2006 y 2011).

---

[54] VARGAS LLOSA, Mario, "Elogio de la lectura y la ficción", *Discurso Nobel,* 7 de diciembre de 2010, p. 6, publicado por el Diario *El Mundo,* disponible en: (http://estaticos.elmundo.es/documentos/2010/12/07/vargas_llosa.pdf) (30-05-2011).

En las elecciones generales de 2011 los dos candidatos a la presidencia de la República que obtuvieron la mayor cantidad de votos e ingresaron a la segunda vuelta electoral fueron: Ollanta Humala por el partido político Gana Perú y Keiko Fujimori, por Fuerza 2011. El primero de ellos es un ex militar que promovió un golpe de Estado contra un mandatario elegido democráticamente; vinculado al nacionalismo; bajo severas dudas sobre si se ajustaba al socialismo bolivariano del chavismo venezolano o a la izquierda brasileña de Lula. La segunda, hija del ex- presidente Alberto Fujimori (condenado a prisión por delitos de lesa humanidad) adoptó el indulto paterno como uno de los puntos centrales de su plan de campaña. Asumió los activos y pasivos del gobierno que sumió al Perú en una de las peores crisis de corrupción de su historia. Un gobierno elegido por sufragio universal, directo y secreto, pero que en su segundo año (5 de abril de 1992) dio un autogolpe de Estado y adoptó un estilo dictatorial que violó derechos fundamentales de modo sistemático[55]. Que ellos fuesen los finalistas

[55] Aludiré al gobierno del ex – presidente Alberto Fujimori Fujimori, en repetidas ocasiones a lo largo de este trabajo, porque constituye un período de inflexión o clivaje en la historia política del Perú. Asumió el gobierno en julio de 1990, y luego de gobernar por el lapso de diez años y tres meses, renunció a la presidencia desde Tokyo el 19 de noviembre de 2000. Esta renuncia no fue aceptada por el Congreso de la República, y por el contrario, declaró la vacancia presidencial por incapacidad moral. El 5 de abril de 1992, Fujimori dio un autogolpe de Estado debido a los conflictos que el Poder Ejecutivo venía sosteniendo con el Poder Legislativo, esencialmente, por el desacuerdo ante la política antisubversiva que quería adoptar el primero. Como consecuencia del golpe de Estado se instituyó el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional y se ejecutaron una serie de medidas, tales como "la disolución del Congreso de la República, la intervención total del Poder Judicial, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Tribunal de Garantías Constitucionales y del Ministerio Público y la Reestructuración de la Contraloría General de la República". Dispuso que las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú tomasen acciones inmediatas para garantizar las medidas anunciadas, por lo que ocuparon la sede del Congreso, del Palacio de Justicia, de los medios de comunicación y los locales públicos, y capturaron "selectivamente a líderes políticos y periodistas" no alineados con el régimen. Suspendió la vigencia de la Constitución de 1979. Ascendió y ubicó en las cúpulas militares a aquellos militares que colaboraron en el autogolpe y en las operaciones de inteligencia contra los enemigos del régimen. Creó el destacamento especial "Colina" con miembros de las fuerzas armadas para llevar a cabo operaciones de inteligencia y paramilitares. En el proceso judicial seguido contra Fujimori se probó que el día 3 de noviembre de 1991, miembros de "Colina" ingresaron en una "pollada bailable" (fiesta vecinal que tiene por objeto recaudar fondos para el organizador) y asesinaron a quince personas con armamentos de guerra, tildándolos de terroristas y

entre once opciones políticas que compitieron por la jefatura de Estado (y trece para representantes al Congreso de la República) develó un mensaje de grupos sociales que han encontrado en su voto la manera de hacer oír su voz[56].

Como contrapartida nos encontramos con una élite política que gira en torno a un ideario económico liberal que se ha ido consolidando luego de la debacle del primer gobierno de Alan García (1985-1990). Sin embargo, el problema de clase aunado al racial no es patente, subyace en ella. Un símbolo elocuente son los colores que el mapa político del Perú adoptó en función a los votos recibidos por los candidatos a la presidencia de la república en las elecciones generales de 2011. Ollanta Humala (un candidato de izquierdas, de tez cobriza, cuyas propuestas traducen una reivindicación de los derechos de los más pobres) obtuvo una votación en las regiones de mayores índices de pobreza (consiguió en primera vuelta más del 60% en Cusco, Puno y algunas de las

---

pese a que estaban desarmados. Otro crimen de Estado que se acreditó fue el asesinato por el mismo grupo de élite, de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Enrique Guzmán y Valle - La Cantuta, el 18 de julio de 1992. Fueron ejecutados y enterrados clandestinamente por órdenes de la cúpula militar. También la desaparición y ejecución selectiva de otros enemigos del régimen (en estos casos, por órdenes directas de Fujimori). Se acreditó que el propio presidente dispuso el secuestro y reclusión clandestina del periodista Gustavo Gorriti; y a pesar de que los militares implicados fueron condenados por el fuero común, promovió la aprobación y promulgó la Ley 26479 que los amnistió. Por estos hechos fue acusado constitucionalmente, procesado en la vía penal, y condenado a 25 años de pena privativa de libertad. (Los hechos han sido tomados de la sección "Hechos Probados" de la sentencia pronunciada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú contra Alberto Fujimori por los delitos de asesinato y otros en agravio de Luis Antonio León Borja y otros, de 7 de abril de 2009. Disponible en el sitio web del diario *Perú 21,* (http://s.peru21.pe/102/doc/0/0/0/2/1/21921.pdf) (15-05-2011)).

[56] Pero esta no fue la primera vez. La segunda vuelta de 2006 padeció una similar incertidumbre. Los peruanos tuvieron que optar entre Alan García Pérez, el candidato del Partido Aprista Peruano y ex presidente de la República (1985-1990), cuyo funesto mandato sumió al Perú en la quiebra económica, sin contar con que fue acusado de delitos de lesa humanidad por los que no pudo ser procesado. Su contendor: Ollanta Humala Tasso, el mismo candidato de 2011 que, entonces, resultó perdedor debido a que la mayoría de la población electoral se decantó por un voto por "el mal menor", "anti Humala", o contrario al candidato "antisistema".

provincias de la selva norte)[57]. También en aquellas provincias donde los grupos sociales menos favorecidos tuvieron enfrentamientos con el Estado, esencialmente, por las concesiones a empresas para el desarrollo de actividades extractivas de recursos naturales (cuyas actividades han producido problemas de salud derivados de la contaminación). En algunos casos, sin consentimiento de las comunidades indígenas (Amazonas, Madre de Dios), y en otros, pese al descontento de la población (Arequipa, Puno)[58]. Es posible que esa

---

[57] De las 49 provincias más pobres del país, Ollanta Humala ganó en 40 (el 81% de las provincias más pobres del país). De las 50 provincias menos pobres del país, Humala venció en más de la mitad (en el 54%). En Cusco, algunas provincias de Puno y en la Selva norte consiguió más del 60%.

De las 49 provincias más pobres del Perú, Keiko Fujimori ganó en una. El corazón de sus votantes se localizó en la selva central y Lima provincias. Fuente: Oficina Nacional de Procesos Electorales, disponible en: (http://www.elecciones2011.onpe.gob.pe/resultados2011/1ravuelta/) (15-04-2011)

[58] La "maldición" de los recursos naturales en Estados fallidos con escaso presupuesto y una corrupción en metástasis se han visto reflejadas en obras como *El sueño del Celta* (Alfaguara, Madrid, 2010). Vargas Llosa documenta los efectos de la concesión a la compañía británica *Peruvian Amazon Company* a inicios del siglo XX para la extracción del caucho en la selva amazónica peruana de los ríos Putumayo y Yavarí. Sin hablar de la deforestación, sus trabajadores violaron sistemáticamente los derechos a la vida, integridad, libertad, propiedad, entre otros, de los indígenas huitotos, boras, awajuns. Estos atropellos se convirtieron en conflictos entre algunas de estas empresas concesionarias, el Estado y la población local que es cada vez más consciente de sus derechos y del poder de una protesta general.

El *Reporte de Conflictos Sociales Nº 80* elaborado por la Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo, octubre de 2010 (disponible en: www.defensoria.gob.pe) informa que de acuerdo al tipo, los conflictos socioambientales ocupan el 48% (120 casos) del total de conflictos registrados en el mes de octubre, le siguen por asuntos de gobierno local con 12% (30 casos) y los conflictos por asuntos de gobierno nacional y electorales con 8,4% (21 casos cada uno). Entre otros, se denuncia casos severos de contaminación ambiental (población de Huancavelica contra la minera Buenaventura), afectaciones al derecho a la salud (comunidades campesinas de Lauricocha-Huánuco demandan a empresa Minera Raura que indemnice a las familias que se encuentran afectadas con presencia de plomo en la sangre), al derecho al agua (pobladores de Canchis – Cusco se oponen a la construcción de la Central Hidroeléctrica de Sallca Pucará porque señalan que les dejaría sin agua), derecho a la propiedad (comunidad campesina de Quichas – Oyón – Lima denuncia a la empresa minera Raura por un presunto despojo de la propiedad de terrenos comunales), derecho a un medio ambiente sano (denuncia penal de la comunidad campesina de Condoraque – Puno) por contaminación de las aguas por los relaves de la minera Sillustani), incumplimiento de la obligación de consulta según el 169 OIT, para la instalación de denuncios mineros (federaciones indígenas Secoya y Kichwa del Alto Putumayo se oponen al ingreso de Petrobrás, porque no han sido consultados antes de la concesión del lote 117). Pero lo más destacable son los conflictos por la desconfianza de la población en que las autoridades estatales

misma desigualdad lo llevase a la victoria en la segunda vuelta electoral de junio de 2011. Más allá de los problemas sistémicos que subyacen a estos comicios, esta fotografía del punto de llegada de los competidores políticos traduce una idea popular de la democracia que, evidentemente, no puede compararse con la española o la inglesa que se evidencia en el epígrafe primero de este capítulo.

Por estas características, tampoco es posible asumir una visión liberal y estrictamente procedimental de la democracia para la experiencia peruana. Esta ha contribuido al divorcio entre los derechos formales y los derechos reales de las personas. Ha impedido una efectiva participación de todos los sectores sociales ya que no tendrá las mismas condiciones un votante de regiones como Huancavelica, en pobreza extrema que el de Lima capital que acude a una universidad privada y costosa. Las casi inexistentes políticas sociales han promovido que los pobres sean aún más pobres. Ni son iguales, ni son libres para decidir, están atados a su exclusión y deciden en función a ella[59]. Por eso el populismo es tan eficaz. También, han promovido los aludidos enfrentamientos con el Estado o los denominados *conflictos sociales*. Cuando en *El nombre de la Rosa,* el personaje Guillermo de Badskerville explica a su aprendiz Adso lo que significa ser un excluido, usa la

cumplan su labor de control de las actividades mineras, por temor a que se contaminen los ríos (comunidades aledañas al distrito de Capazo- Puno a las actividades de la Minera Ayllu por posible contaminación de los ríos Pisacoma, Tupala, Huenque, Mauri), posibles atentados contra el patrimonio cultural (anexo Lutto Kututo- provincia de Chumbivilcas-Cusco contra la empresa minera Nazareno Rey que pone en riesgo zona arqueológica), por relaves mineros (Federación de campesinos de Espinar (FUCAE) – Cusco en contra de la Minera Tintaya).

[59] HELD considera que los liberales han tendido a preocuparse por los principios y procedimientos adecuados de un gobierno democrático. Descuidando la relación entre: los derechos reales y los derechos formales, al compromiso de tratar a todos como libres e iguales; y las prácticas que no hacen suficientemente ninguna de las dos cosas. Las concepciones del estado: su concepción como ente independiente y la participación del estado en la reproducción de las desigualdades de la vida cotidiana. Las concepciones de los partidos políticos como estructuras apropiadas para establecer un puente entre el estado y la sociedad; y el conjunto de centros de poder que esos partidos y sus líderes no pueden alcanzar, Las concepciones de la política como cuestiones gubernamentales y los sistemas de poder que niegan este concepto, ob. cit., p. 352.

relación que existe entre una fe y la herejía. Si el excluido pretende salir de la situación de exclusión se convertirá en hereje y la lucha contra la herejía sólo será una lucha por procurar que el excluido siga siendo tal[60]. Así, pese a los continuos mensajes de descontento de los excluidos por el modelo económico que sustenta el Estado, los gobernantes han continuado sumergiéndolos en la exclusión. El voto popular, de los que paradójicamente son mayoría, va respondiendo a los problemas de aprendizaje de las opciones políticas de tradición democrática.

Tampoco puedo coincidir con la concepción que DAHL tiene de la democracia para una sociedad como la peruana. El Estado social es aún un referente de actuación de los poderes públicos, pero no una realidad. Partir de la premisa que éste existe para definir una democracia sería una falacia, pero hacerlo de lado como una aspiración sería una renuncia.

1.3.4. La ordinarización de los mecanismos de democracia participativa

La tensión dialéctica entre el Estado democrático y el Estado constitucional siempre estará presente. La contraposición entre la democracia de los antiguos y de los modernos encuentra un punto de conciliación: los mecanismos de participación y control ciudadano.

---

60 "Por eso, a los excluidos que tomaban conciencia de su exclusión los señalaban como herejes, cualesquiera que fuesen sus doctrinas. En cuanto a éstos, hasta tal punto los cegaba el hecho de su exclusión, que realmente no tenían el menor interés por doctrina alguna. En esto consiste la ilusión de la herejía. Cualquiera es hereje, cualquiera es ortodoxo. (...) Las herejías son siempre expresión del hecho concreto de que existen excluidos. Si rascas un poco la superficie de la herejía, siempre aparecerá el leproso. Y lo único que se busca al luchar contra la herejía es asegurarse de que el leproso siga siendo tal", en: ECO, Umberto. *El nombre de la Rosa*, Novoprint, Barcelona, 2006.

No es uno de los objetivos de este trabajo el estudio de estas instituciones, pero sí es importante dilucidar cómo es que aquellas se apartan de su condición de mecanismos correctivos de la democracia representativa para *ordinarizarse* como derechos políticos plenamente ejercidos por los ciudadanos, introduciéndose, de esta manera, por la ventana de *lo electoral*.

Colombia, Ecuador, Bolivia y Venezuela, al igual que el Perú, contemplan un listado amplio de estos mecanismos de participación política. Sin embargo, no necesariamente el nivel de apertura constitucional a ellos es proporcional a la participación efectiva en libertad, como ocurre en Venezuela, Estado que, paradójicamente, recoge un listado más extenso[61]. Es evidente que la opción por la

---

[61] En Ecuador los derechos de participación política son los derechos a elegir y ser elegidos, participar en los asuntos de interés público, presentar proyectos de iniciativa popular normativa, ser consultados, fiscalizar los actos del poder público, revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular, y acceder al empleo público sobre la base del mérito y capacidad; conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse. Extiende estos derechos a los extranjeros en lo que les sea aplicable (art. 61. Capítulo quinto. Derechos de participación). El artículo 103 de la Constitución colombiana dispone que "son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato".

En el caso de Bolivia, la Constitución menciona, expresamente, que la democracia se ejerce de tres formas: la representativa, la participativa y la comunitaria. La participativa cuenta con las siguientes manifestaciones: "1. Directa y participativa, por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. Las asambleas y cabildos tendrán carácter deliberativo conforme a Ley".

La Constitución Bolivariana de Venezuela amplía aún más el espectro participativo. Según el artículo 70 "son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocación del mandato, las iniciativas legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad". En este caso, cito todo el artículo para llamar la atención que no necesariamente el mayor nivel de apertura constitucional a la participación de la ciudadanía en lo político, e incluso, en lo económico, es proporcional a la participación efectiva en libertad. Chile no contempla modalidades de participación directa.

democracia representativa de las Constituciones latinoamericanas determina que los mecanismos de participación sean concebidos como instrumentos complementarios que "propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político"[62], o que la "dota(n) de estabilidad"[63].

En el caso peruano, la tendencia del constituyente ha sido dirigida hacia la generosidad en el número de mecanismos. A diferencia de su predecesora que omitió a las instituciones de democracia directa; la Constitución de 1993 recogió más de una de ellas en varios dispositivos constitucionales. Con la Constitución de 1979, el artículo 2.16 reconocía el derecho de toda persona a "participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación". El art. 64 complementaba esta disposición indicando que los "ciudadanos tienen el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en comicios periódicos y de acuerdo con las condiciones determinadas por ley". En contraste, los artículos 2.17 y 31 de la Carta de 1993 determinan que los ciudadanos tienen, "conforme a ley", los derechos de elección, de remoción de autoridades designadas por el Estado[64]; la

---

[62] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso *Yatama vs. Nicaragua*, del 23 de junio de 2005, FJ. 192.

[63] STC 0030-2005-PI/TC, del 02 de febrero de 2006, FJ. 8. El TC se ha esforzado en diferenciar las consultas a poblaciones indígenas de los mecanismos de democracia participativa y del derecho de participación política. En su sentencia Nº 03343-2007-aa, del 19 de febrero de 2009, interpretó la obligación del Estado de consultar a las poblaciones indígenas que podrían verse afectadas por el desarrollo de actividades de hidrocarburos. Describe cómo debe ser la consulta popular atribuyéndole las características de una elección de autoridades. Y, aunque alude a la normativa sectorial que la desarrolla como una "consulta en forma de participación ciudadana", no la define como una modalidad de "participación ciudadana" en los términos de la Ley 26300 de Participación y Control Ciudadanos. Le otorga "vinculatoriedad" pero la enmarca en los parámetros del Convenio OIT Nº 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (FJ. 35-40).

[64] Las autoridades sujetas a remoción no son elegidas por voluntad popular. Se aplica a las autoridades designadas por el Gobierno Central o Regional en la jurisdicción regional, departamental, provincial y distrital, exceptuando a los jefes políticos militares en las zonas declaradas en estado de emergencia. El Jurado Nacional de Elecciones removerá a dichas autoridades una vez que compruebe que esta remoción

revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum así como a participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. El art. 107 sobre el derecho de iniciativa en la formación de las leyes refuerza la titularidad ciudadana, en medio de aquellos a los que confiere dicha iniciativa (Presidente de la República, Congresistas, instituciones públicas autónomas, gobiernos regionales, gobiernos locales y colegios profesionales). El art. 190 alude al referéndum para la conformación de regiones en el proceso de descentralización. El art. 206° incorpora el derecho de iniciativa de reforma constitucional. En este caso, además del Presidente de la República (con la aprobación del Consejo de Ministros) y los Congresistas, podrá presentar la iniciativa el "cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral". Finalmente, y como consecuencia del rango de Ley conferido por el ordenamiento jurídico peruano, se recoge la iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y de ordenanzas municipales (art. 2 LDPCC)[65].

En primer lugar, las revocatorias de autoridades determinan que la representación política en las autoridades regionales y municipales sea *iuris tantum.* En los niveles de gobierno subnacional, la elección no basta para que la relación entre representantes y representados sea

---

ha sido requerida por más del cincuenta por ciento (50%) de los ciudadanos (no electores hábiles) de "una jurisdicción electoral o judicial". Se distingue de las revocatorias, además, en que la autoridad removida queda inhabilitada para ejercer el mismo cargo en los siguientes cinco años. A la fecha, no se verifica que esta institución haya sido utilizada, quizá debido al alto porcentaje de firmas exigido o a la poca difusión de este mecanismo corrector.

[65] El artículo 200.4 de la Constitución que reconoce la acción de inconstitucionalidad contra normas con "rango de ley", recoge un listado de los instrumentos normativos que deben ser considerados como tales. Incorpora a las leyes de la mano de "los decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo". Ahora bien, la configuración legal de estos mecanismos, la encontramos, principalmente, en la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano (LDPCC). Los clasifica en dos grupos: derechos de participación y derechos de control ciudadano, reuniendo en el segundo, a la rendición de cuentas, a la revocatoria y a la remoción de autoridades. Todos los demás se encuentran en el primer grupo. La Ley de Bases de la Descentralización desarrolla la modalidad del referéndum implementada para la conformación de regiones; y las Leyes Orgánicas de Regiones y Municipios configuran los instrumentos participativos a nivel regional y local, respectivamente, como es el referéndum.

iuris et de iure como en el caso de las autoridades que no son revocables (presidente, vicepresidentes y congresistas de la República). La relación entre autoridades regionales y locales con sus electores es, más bien, *iuris tantum.* Se presume la existencia de representación política desde el momento en que son proclamados como tales por el Tribunal Electoral y mientras no sean revocados[66]. Es decir mientras el elector no decida dar marcha atrás en su elección y retirar del cargo a sus autoridades.

La revocatoria es el mecanismo de control al que el ciudadano recurre con mayor frecuencia, probablemente, debido a sus escasos requisitos; y porque los ciudadanos encuentran en ella una oportunidad para exigir a sus autoridades subnacionales (regionales y municipales) la permanente rendición de cuentas (*accountability*) sobre su gestión[67]. Es

---

[66] Uno de los argumentos de la STCE 5/1983, del 4 de febrero, según la cual, los partidos políticos no podían determinar el cese de un cargo público representativo, fue que la relación de representación entre representante y representado debe presumirse mientras el cuerpo electoral no disponga lo contrario. Para el profesor Bastida, "las elecciones no se pueden concebir como exponente de que la representación política democrática entraña una presunción *iuris tantum,* consistente en que la voluntad del representante es la de los representados, mientras no se pronuncie en contra el cuerpo electoral. Al no prever el ordenamiento constitucional el instituto de la revocación, esta presunción es *iuris et de iure",* en: "Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 21, 1987, p. 205.

[67] La revocatoria está destinada a deponer a presidentes y vicepresidentes de las regiones; alcaldes municipales, consejeros regionales y concejales, así como, a jueces de paz no letrados que fueron elegidos por sufragio universal, directo y secreto. Encontramos un reconocimiento similar en Bolivia, donde "toda persona que ejerza un cargo electo podrá ser revocada de su mandato", exceptuando el órgano Judicial (art. 240 Constitución boliviana) y, en Venezuela, donde todo cargo elegido por elección popular es revocable (Art. 72 Constitución bolivariana). En la experiencia peruana se excluye a otros cargos de elección popular como son el Presidente, los Vicepresidentes, los Congresistas y los representantes ante el Parlamento Andino. No obstante la exigencia de un elevado veinticinco por ciento de firmas de adherentes con su solicitud (con un máximo de 400 000 firmas), esta modalidad de consulta popular ha venido funcionando con regularidad (En el proceso de revocatorias 2008, se sometieron a consulta popular 3 alcaldes y 21 regidores a nivel provincial y 237 alcaldes y 978 regidores a nivel distrital. Fuente: Oficina Nacional de Procesos Electorales, disponible en: (www.onpe.gob.pe) (09-05-2010)) y bajo el criterio que serán los electores de la autoridad cuestionada quienes podrán revocarlo (es decir los ciudadanos inscritos en el registro electoral de una región, en el caso de presidentes, vicepresidentes o consejeros regionales; de una provincia o de un distrito, si se trata de alcaldes o

particular porque, a diferencia de la remoción que procede contra autoridades designadas por el Ejecutivo, ésta se solicita contra autoridades representativas. Su relación el sufragio es estrecha.

Las revocatorias, además, constituyen un termómetro para medir el nivel de descontento con los gobiernos regionales y locales; así como la que más incidentes de violencia ha dado lugar. Como la solicitud de consulta requiere ser fundamentada pero no probada, el legislador no exige un criterio que pueda ser considerado "objetivo" para dicha justificación. La sola antipatía por la autoridad en ejercicio podría constituir un motivo que se suele disfrazar de acusaciones por la supuesta comisión de delitos como peculado o abuso de autoridad, o "nepotismo" o por haber cometido "múltiples irregularidades"[68]. Sus

---

concejales provinciales o distritales, respectivamente). Incluso, en esta manifestación de poder, el soberano tenía que ser limitado. Uno de sus límites es que no convierte a la condición de haber sido revocado en un supuesto de inelegibilidad, como ocurre en Venezuela (El artículo 198º de la Carta Política venezolana impide a la autoridad revocada optar a cargos de elección popular en el siguiente periodo, en la experiencia peruana, sí es posible). Estas autoridades podrán volver a ser candidatos en una siguiente elección. Otro de sus límites se verifica en el número de oportunidades en que se puede solicitar una consulta popular para cuestionar una autoridad. Se reduce a una sola oportunidad.

Inicialmente, era posible pedir la celebración de una consulta sobre un mismo representante hasta en dos oportunidades durante el segundo o el tercer año de los cuatro del mandato. Esta medida constituía un problema para la gobernabilidad y para la democracia representativa porque mantenía en constante amenaza a las autoridades políticas. Precisamente por ello se redujo a una sola consulta con la Ley 29313, publicada el 27 de enero de 2009. Con esta ley, además, se encontró una solución al problema de la sucesión en los cargos, así como, los casos en los que excepcionalmente se deberá llevar a cabo un nuevo proceso electoral.

[68] Las motivaciones para las últimas consultas de revocatorias: "múltiples irregularidades", "malversación de fondos", "no realizar obras como es debido", "nepotismo: han contratado hijos, primos y sobrinos", "abuso de autoridad", "no haber acatado el presupuesto institucional", "no haber cumplido con las normas constitucionales y haber atropellado y violado los derechos de los ciudadanos", "incumplimiento de promesas electorales", "aumento de sueldo, dietas en forma exagerada", "incapacidad funcional", "no radica en la jurisdicción", "maltrato al pueblo", "por no convocar cabildo abierto", entre otros. Fuente: Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE. Disponible en: (http://www.onpe.gob.pe/elecciones2004/downloads/revocatorias_convocados_JNE280404.pdf) (23-04-2011). Aunque estas condiciones para solicitar esta consulta puedan parecernos arbitrarias, lo cierto es que, si se exigiese alguna prueba, el principio de presunción de inocencia obligaría al promotor de la consulta popular a

artífices podrían ser tanto un buen ciudadano como un candidato perdedor que busca desestabilizar al gobierno y manipular la voluntad popular para acceder al poder. El caso del municipio de Ilave en la región Puno fue significativo. Los resultados de la consulta popular confirmaron el mandato del burgomaestre cuestionado, pero como no pudo ser revocado, fue linchado, pese a que nunca se probasen los cargos de corrupción que "las masas" le imputaban[69]. Las autoridades electorales y el sistema vienen apostando por implementar mecanismos de prevención de conflictos para anticiparse a estos sucesos.

En segundo lugar, el elevado número de mecanismos de democracia participativa reconocidos por la Constitución Política peruana es un indicativo más de los problemas que tiene la democracia representativa para legitimarse. A juicio del constituyente, la población necesita un espacio, a través del cual, controlar a sus representantes y transmitir su desacuerdo sobre su forma de gobernar. Precisamente por ello es que gobiernos autocráticos han intentado bloquear su eficacia, como ocurrió con el referéndum.

Durante el gobierno del presidente Alberto Fujimori se modificó la normativa sobre el referéndum a fin de impedir su desarrollo[70]. De

---

presentar una sentencia judicial definitiva. Condicionar la consulta a los dilatados plazos de un proceso penal o civil inutilizaría a esta institución de democracia directa.

[69] El alcalde de Ilave (Puno), Fernando Robles Callomamani, y el regidor de esta misma localidad, Arnaldo Chambilla Maquera, fallecieron el 26 de abril de 2004 debido a los "feroces ataques" de un grupo de pobladores que protestaba por supuestos actos de corrupción cometidos por Robles, véase: AGENCIAPERU, "Puno: turba asesina a alcalde y regidor en Ilave", noticia del 26 de abril de 2004, disponible en: (http://agenciaperu.com/reportes/2004/abr/ilave.htm) (26-07-2010). Para más información, me remito a la BBCMUNdo.com, "Recuperan el control de Ilave", noticia del jueves 13 de mayo de 2004, disponible en: (http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_3712000/3712129.stm) (26-07-2010); Luna Amancio, Nelly, "Ilave intenta exorcizar su tragedia", versión digital del diario El Comercio del 16 de diciembre de 2007, disponible en (http://elcomercio.pe/edicionimpresa/Html/2007-12-16/ilave-intenta-exorcizar-su-tragedia.html) (26-07-2010)

[70] Ley Nº 26592, publicada el 18 de abril de 1996. El referéndum siempre es evaluado, primero y convocado, después por el mismo Jurado, pero puede ser solicitado por un

modo previo debo anotar que, a diferencia de la experiencia española donde el referéndum necesita de la aprobación de las autoridades estatales[71], en la peruana puede ser estatal (convocado por el Jurado Nacional de Elecciones a solicitud del gobierno nacional, regional o local) o de carácter participativo (convocada por el mismo Jurado pero a solicitud de un ciudadano, respaldada por un porcentaje de firmas).

En el Derecho español, toda iniciativa será evaluada y aprobada por el gobierno central y según sea el objeto de la consulta, será desarrollada en alguno de los niveles de gobierno (estatal o de comunidad autónoma); y en el peruano, es el Tribunal Electoral quien evalúa, y aprueba y convoca. De esta manera, mientras que la evaluación de la solicitud en la experiencia peruana y responde a criterios jurídicos (ni el Ejecutivo ni el Legislativo participan en la evaluación de su procedencia) y es de titularidad extensa; en la española es tanto jurídica como política y de titularidad restringida.

Volviendo a nuestro tema, para solicitar un referéndum era necesario que preexistiera una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso, la cual, podría ser sometida a consulta "siempre que haya contado con

---

porcentaje de ciudadanos - referéndum popular (El artículo 37 de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano, Nº 26300, dispone que es el 10% del electorado, es decir, un millón quinientos mil quinientos electores acreditados mediante sus firmas en formatos de adhesión. Véase la Resolución Jefatural Nº 085-2002-J-ONPE, publicada el 23 de marzo de 2002) y el Estado (referéndum institucional) en sus tres niveles de gobierno (nacional, regional, municipal) y sobre proyectos normativos o decisiones políticas que involucren a sus respectivas circunscripciones (el gobierno regional del Cusco, por ejemplo, sólo podrá solicitar un referéndum en el ámbito territorial donde ejerce sus funciones).

[71] En la STCE 103/2008, del 11 de setiembre de 2008, el Tribunal Constitucional ratificó esta exclusividad cuando declaró la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco 9/2008 del 27 de junio que tenía por objeto, consultar a los electores vascos sobre la apertura de un proceso de negociación "para alcanzar la paz y la normalización política". El Tribunal entendió que dicha norma convocaba a un referéndum y que la autorización de consultas populares es una competencia exclusiva del Estado conforme al artículo 149.1.32 CE. A juicio del Tribunal, es posible que las consultas populares se realicen a nivel de Comunidad Autónoma, pero previa autorización estatal. Sus Magistrados enfatizan que siendo la democracia representativa la regla general, no se podría desarrollar un tipo de referéndum adicional a los expresamente previstos por la Constitución.

el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso" (art. 16 LDPCC). El precepto exigía que el proyecto hubiese sido favorablemente aprobado por cincuenta de los ciento veinte congresistas, pero lo que no decía es que en el periodo parlamentario 1995-2000 el partido político Alianza Cambio 90-Nueva Mayoría (partido político del Presidente Alberto Fujimori) tenía 71 congresistas. En el contexto político de la época, esta situación convertía a la aludida votación "favorable" en poco más que una utopía[72]. Se impidió su procedencia para la desaprobación de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia, así como, de las ordenanzas regionales y municipales. Como la descentralización era inexistente, el legislador optó por proteger los productos normativos de los niveles de gobierno subnacionales que el propio Gobierno central controlaba. Elevó el porcentaje de concurrencia a las urnas para determinar la validez de la consulta, del treinta por ciento de electores exigido como mínimo en la ley original, al cien por ciento (art. 42 LDPCC). La competencia sobre la convocatoria fue reasignada de la autoridad electoral (Jurado Nacional de Elecciones) al Poder Ejecutivo (Presidente del Consejo de Ministros). Esta ley no pudo ser declarada inconstitucional por el TC al no alcanzar los seis votos de siete exigidos en aquel entonces por su Ley Orgánica[73]. Dicha norma fue derogada durante el gobierno de la transición del Presidente Valentín Paniagua, a través de la Ley Nº 27520 del 26 de setiembre de 2001.

En tercer lugar, es plausible que la población cuente con canales de participación, pero al mismo tiempo, es complicado cuantificar cuanta participación soporta la representación. Primero, porque el

[72] El sitio web del Congreso de la República del Perú informa sobre la distribución de escaños parlamentarios en el periodo parlamentario de 1995-2000, disponible en: (http://www.congreso.gob.pe/organizacion/grupos.asp) (26-10-2010)

[73] En la STC 03-96-i/tc, del 20 de diciembre de 1996, el Tribunal concluyó que "al no haberse obtenido 6 votos conformes para declarar inconstitucional la Ley 26592 exigidos por el artículo 4º de la Ley 26435 este Tribunal se ve obligado, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus Miembros, a declarar infundada la demanda".

ordenamiento jurídico peruano confiere una serie de oportunidades para la aprobación de una propuesta normativa popular. Ésta puede transitar el camino de la iniciativa legislativa y del referéndum, e incluso, de la acción de inconstitucionalidad aunque sólo sea para abrogar una ley formal[74]. Explicaré esto de atrás hacia adelante. El artículo 203 CP habilita a cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el JNE para interponer una demanda de inconstitucionalidad. Es decir, en lugar de recurrir a una iniciativa legislativa para derogar una norma y para la que se deberá recolectar más de cuarenta mil firmas, podría denunciarse su inconstitucionalidad sólo con cinco mil. Es cierto que en este caso el control final será jurídico y no popular. También es cierto que el Alto Tribunal podría discrepar con los promotores de la demanda declarando que la ley cuestionada es conforme con la Carta Política. No obstante, la presencia de esta posibilidad en la Constitución ya empodera al ciudadano y abulta, aún más, las funciones de la Organización Electoral.

El ordenamiento jurídico peruano permite que pueda utilizarse de forma alternativa la iniciativa legislativa y el referéndum porque la gran diferencia que existe entre ellas reside en el número de firmas de adherentes[75]. La participación se encontraría en el camino entre la

---

[74] La iniciativa legislativa consiste en la posibilidad de que un número de ciudadanos presente una propuesta de ley al Parlamento quien puede rechazarla o admitirla transformándola en Ley. Según el art. 107 de la Carta de 1993, tienen derecho a iniciativa en la formación de las Leyes: el Presidente de la República, los congresistas y, en materias que les son propias, los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas (el Ministerio Público (art. 159.7 CP), el Defensor del Pueblo (art. 162 CP), el Jurado Nacional de Elecciones (art. 178 CP)), los gobiernos regionales, los gobiernos locales, y los colegios profesionales; así como, "los ciudadanos, que ejercen el derecho de iniciativa, conforme a Ley".

[75] Dos de los supuestos para el referéndum normativo son: la aprobación de leyes, ordenanzas regionales y ordenanzas municipales y, la abrogación de normas con rango de ley (decretos legislativos, decretos de urgencia, decretos ley, ordenanzas regionales, ordenanzas municipales, Reglamento del Congreso) y debe ser solicitado por no menos del 10% del electorado nacional. En contraste con la iniciativa legislativa, donde se promoverá la actividad parlamentaria si ésta es presentada por, al menos, un 0.3% de los electores (que equivale a cuarenta y cinco mil quince (45 015 ciudadanos).

representación y la democracia directa. En la democracia directa, los electores influyen directamente en el proceso de toma de decisiones del Estado, sin intermediarios. Si bien la iniciativa legislativa es un mecanismo de democracia participativa y el referéndum de democracia directa, la propuesta tendrá mayores posibilidades de ser aprobada conforme a la voluntad de los proponentes vía el segundo que a través de la primera. Ocurre que una vez introducido el proyecto de ley, los congresistas se encuentran obligados a discutirlo pero no a aprobarlo e incluso, podrían llegar a modificarlo en ejercicio de sus facultades legislativas[76]. Sin embargo, la valla de las firmas de adherentes determina que la iniciativa legislativa tenga mayores posibilidades de ser presentada que la solicitud de referéndum.

Es más, el desarrollo normativo de ambas instituciones permite inferir que si se cierra la puerta de la iniciativa de ley en los debates del Pleno

[76] El ejercicio de este derecho se inicia con la adquisición de los planillones ante la ONPE para la recolección de las firmas de adherentes. Una vez que son corroboradas por el RENIEC se presentan ante el Congreso de la República junto con la iniciativa redactada como proyecto de ley y el nombre de diez ciudadanos que actuarán en calidad de promotores (art. 76.3 del Reglamento del Congreso). Para su aprobación y promulgación deberá atravesar el procedimiento legislativo correspondiente a toda ley ordinaria: el estudio en Comisión y dictamen para debate en el Pleno. Con el requisito adicional de ser publicada en el diario Oficial. Quienes presentan la iniciativa pueden nombrar a dos representantes para la sustentación y defensa en la o las comisiones dictaminadoras del Congreso o en el proceso de reconsideración (si lo hubiese). La votación será ordinaria o con mayoría calificada, según se trate de una ley o una ley orgánica, respectivamente. Para el profesor ARAGÓN, la iniciativa legislativa popular en España no es propiamente un mecanismo de participación directa, porque se condiciona a su aprobación por el Pleno, para convertirse en una verdadera iniciativa que dará lugar al debate parlamentario. En: "La iniciativa legislativa", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 16, 1986, pp. 287-312, p. 305. Véase además el trabajo de Paloma BIGLINO, que citando la tesis del profesor Pizzorusso, clasifica los cauces de participación política en tres modelos: instituciones de democracia representativa, directa y participativa. Encaja en este último a la iniciativa legislativa, (PIZZORUSSO, Alessandro. «Democrazia partecipativa e attivitá parlamentare», en *Parlamento, Istituzioni, Democrazia,* varios autores, Milán, 1980, pp. 133 y ss., citado por: BIGLINO CAMPOS, Paloma. "La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal". *Revista Española de Derecho Constitucional.* No. 19, 1987, pp. 75 - 130, especialmente las pp. 90-91). También en un trabajo más reciente: Voz: "Iniciativa Legislativa Popular", en: *Organización General y Territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional,* tomo II, ARAGÓN, Manuel y AGUADO, César (directores), Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 168-171. En este mismo sentido: ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. "La nueva Ley de Iniciativa legislativa popular", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 78, 2006, pp. 187-218.

(y la propuesta es rechazada), se abre la ventana del referéndum para el mismo proyecto. Si el proyecto es desaprobado o modificado notoriamente por el Parlamento en los debates del Pleno puede ser llevado a referéndum por sus promotores. Sólo se les exige que el número de firmas acreditadas ante la autoridad electoral para la iniciativa (0.3% del electorado nacional) se incremente hasta hacerse equivalente al número solicitado para el referéndum (10%). Incluso las restricciones materiales a las propuestas normativas son las mismas en la iniciativa legislativa y en el referéndum[77]. Dicho de otro modo, si existiese discrepancia entre la iniciativa legislativa presentada por el aludido porcentaje de electores y el Congreso de la República, la voluntad popular tendría el voto dirimente a través del referéndum.

Segundo, porque consultas populares como las revocatorias o la remoción de autoridades constituyen una espada de Damocles que pende sobre las autoridades subnacionales. Puede traer consigo dos consecuente escenarios: que la autoridad política ejecute un buen gobierno o que el gobernante se sienta seducido por un populismo irresponsable con el fin de mantenerse en el poder. Ahora bien, es importante anotar que como la solicitud de consulta popular debe estar respaldada por el veinticinco por ciento de electores, disminuye el

---

[77] No pueden someterse a referéndum los proyectos que tengan por objeto la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor. La iniciativa legislativa, por su parte, tiene por límites a las materias presupuestaria y financiera, así como, aquellas que son de competencia exclusiva del Gobierno. Es decir, la legislación delegada o sobre demarcación territorial, la ratificación de tratados internacionales, el consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras sin afectar la soberanía nacional, la prórroga del estado de sitio, la declaración de guerra y firma de la paz y autorización para ausentarse del país (art. 76 del Reglamento del Congreso). Es interesante verificar que coinciden los temas tanto para el referéndum normativo como para la iniciativa legislativa. Como en ambos casos la población llevará a cabo una función legislativa ya sea creativa, modificativa o abrogativa se procura mantener la vigencia del principio de división de poderes. Así, a juicio de BIGLINO, la sustracción de los presupuestos generales del Estado o los proyectos de planificación de la iniciativa de los electores responde a la necesidad de mantener inalterado el delicado equilibrio que la Carta establece en la relación Gobierno-Parlamento y respetar la función de dirección política que corresponde al primero o evitar excesos demagógicos en el caso de los tratados, en: "La iniciativa…", ob. cit., p. 109.

número de solicitudes irreflexivas. Si la autoridad en cuestión fue elegida por una mayoría de la población electoral resulta plausible que no se confiera a una minoría escasamente representativa el derecho a promover su revocación. De esta manera, se salvaguarda la primigenia voluntad popular.

En tercer lugar, que un porcentaje del electorado pueda solicitar las distintas modalidades de participación y control ciudadano es una evidencia de que el elector no sólo participa a través del voto como sostenía Schumpeter. También decide "en definitiva y en forma directa, algunas cuestiones relativas a la legislación"[78]. Tiene la posibilidad de presentar o no presentar un proyecto normativo para que sea sometido a consulta popular influyendo en la función legislativa y hasta dar un giro a la política estatal. Así, con los resultados del referéndum del Fondo Nacional de Vivienda – FONAVI, del 3 de octubre de 2010, favorables a la devolución a los trabajadores del importe que aportaron al mismo, el Ministerio de Economía y Finanzas declaró que el monto de la devolución involucraba recursos que rondaban aproximadamente los "cinco mil millones de soles"; y dicha devolución podría generar una seria alteración en la política fiscal[79].

---

[78] STC 03-96-i/tc, del 20 de diciembre de 1996, en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por treinta y seis congresistas contra la ley 26592, que modifica la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, en los artículos relacionados con el referéndum, restringiéndolo.

[79] En el expediente 01078-2007-PA/TC, del 3 de setiembre de 2007, en el recurso de agravio Constitucional presentado por José Miguel Ángel Cortez Vigo en calidad de "promotor solicitante de la convocatoria a referéndum nacional para la aprobación del "proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo" interpuso demanda de amparo contra el JNE, solicitando se declare la nulidad de la Resolución del JNE Nº 1215-2006-JNE, del 7 de julio de 2006, y la Resolución del JNE 1278-2006-JNE, del 20 de julio de 2006. Una iniciativa legislativa que fue convertida en solicitud de referéndum, porque el proyecto que fue dictaminado y votado por el Congreso de la República y que culminó con la promulgación de la Ley 27677 "Ley de Uso de los Recursos de la Liquidación del FONAVI" modificó de manera sustancial la iniciativa legislativa. El TC declaró fundada la demanda señalando que el FONAVI no era un tributo, y que el JNE había vulnerado el derecho al debido proceso de los demandantes porque sus Resoluciones tuvieron como único fundamento el oficio Nro. 095-2006-PCM/DM, a través del cual, el Poder Ejecutivo calificó al FONAVI como tributo. Declara nulas las resoluciones del JNE y le

A mi juicio, se produce una degradación de la democracia representativa frente a la participativa, ya que, o se minusvalora el criterio de los representantes del pueblo para debatir propuestas o se supone de antemano que el legislador tiene la intencionalidad de bloquear iniciativas populares. En ambos supuestos, corresponde al elector el deber de elegir con responsabilidad a sus representantes; y a las organizaciones políticas, el deber de organizarse y de seleccionar a sus candidatos adecuadamente. Sería importante dejar de trasladar a las arcas del Estado y a la alicaída confianza en las instituciones estatales el inútil costo de esta desconfianza, pero lo más importante es evitar su ordinarización.

La elección sigue siendo el acto más importante para la creación o destrucción de un gobierno. El número de autoridades cuestionadas vía consulta popular en proporción a las existentes a nivel nacional y, su procedencia circunscrita a gobernantes regionales y municipales determinan que las revocatorias continúen siendo un mecanismo subsidiario y no principal del sistema democrático; pero no por ello menos importante y casi ordinarizado. Parte de la prevención de conflictos entre la población y el Estado así como su tratamiento, desarrollo y resolución se *electoralizan*.

---

ordena que emita nuevas resoluciones convocando al referéndum solicitado. FONAVI, sobre devoluciones. "El plan de contingencia para devolver el FONAVI", disponible en: (http://elcomercio.pe/opinion/624106/noticia-editorial-plan-contingencia-devolver-fonavi) Algunos consideran que causará un forado en la economía nacional, como el Ministro de Economía, en: (http://elcomercio.pe/economia/642412/noticia-fonavi-bomba-tiempo-proximo-gobierno-aseguro-ministro-economia); otros, que no afectará el equilibrio fiscal, en: (http://elcomercio.pe/economia/642989/noticia-devolucion-fonavi-no-afectara-equilibrio-fiscal-segun-especialistas). Todos coinciden en que el gobierno tendrá que ajustar su política económica y fiscal a los resultados del referéndum (26-10-2010).

1.4. El proceso electoral y el sufragio

Si tuviésemos que sintetizar las características de un proceso electoral se podría decir que éste es complejo (participa una elevada cantidad de actores y está formado, a su vez, por otros procedimientos administrativos que se entrelazan con procesos jurisdiccionales electorales), temporal (se extiende desde la convocatoria hasta la proclamación de resultados), con una extensión territorial determinada (que puede ser todo el territorio nacional, como ocurre en elecciones presidenciales o el referéndum; o en parte de él, como en elecciones regionales o municipales) y está compuesto por actos heterogéneos (la convocatoria, las impugnaciones, la proclamación de electos, entre otros). Todo ello destinado a una finalidad común: producir la posibilidad de alternancia en el poder político y garantizar la pureza del sufragio[80].

El aludido proceso exige de la organización electoral una delicada planificación de centenas de actividades que se aglutinan en decenas de breves procedimientos. Sin la intención de mencionar cada una de ellas, baste recordar como ejemplo que la designación de los miembros de mesa (como procedimiento) necesita, a su vez, de otros tantos. Del padrón electoral aprobado por el Jurado; de la población electoral distribuida en mesas de votación y de un sorteo público efectuados por la Oficina de Procesos Electorales; de la publicación de los candidatos seleccionados que lleva a cabo cada una de las Oficinas Desconcentradas de la ONPE, y de una fase de impugnaciones ante los Jurados Electorales. Esta designación de las autoridades de las mesas es (siguiendo la definición) un "proceso entrelazado", porque sin las

[80] BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Introducción" al libro *La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado,* BIGLINO, Paloma y DELGADO, Luis, (eds.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 13 y ss.

decisiones definitivas de los Jurados ante las impugnaciones no se conocerá quiénes serán estas autoridades, ni se podrá dar inicio a su capacitación como miembros de mesa, ni a otras etapas subsecuentes.

Comienza con el acto de convocatoria y culmina con la proclamación de los elegidos que de inmediato constituyen el órgano representativo[81]. En el caso peruano, el legislador determinó que la convocatoria marca la línea de partida y que el décimo quinto día posterior a la proclamación de resultados sea la línea de meta (art. 79 LOE). Este periodo algo más prolongado cobra sentido cuando se tiene en consideración que las impugnaciones en primera instancia se reciben y resuelven en los órganos desconcentrados del JNE (Jurados Electorales Especiales) y de la ONPE (Oficinas Desconcentradas de Procesos Electorales); y que el carácter temporal de aquellos órganos los compele a disolverse una vez que el proceso electoral culmina "legalmente"[82].

En sí mismo, el varias veces mencionado proceso electoral, constituye un termómetro del funcionamiento del sistema democrático. El número de procedimientos garantistas que contenga será directamente proporcional a la desconfianza de la población en el sistema. Desde la convocatoria, e incluso, poco antes de que ella se produzca, las actividades preparatorias de la elección se convierten en la pista donde discurrirá la carrera por el poder político y los competidores se tornan

---

[81] ARNALDO ALCUBILLA, Enrique y ABELLÁN MATESANZ, Isabel. "Sobre la presentación y proclamación de candidaturas", *Revista de Estudios Políticos,* nº 117, 2002, pp. 145-172, p. 145. Sobre el mismo tema, destaca el trabajo de ARNALDO ALCUBILLA, Enrique: "Los recursos jurisdiccionales en relación con la proclamación de candidaturas", en: *Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma,* BIGLINO, Paloma (ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 21.

[82] La convocatoria se efectúa mediante Decreto Supremo promulgado por el Presidente de la República para elecciones de autoridades nacionales: Presidente de la República y Representantes al Parlamento; y para la elección de autoridades subnacionales: Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales. Para consultas populares, referéndum y revocatorias de autoridades, ésta se realiza mediante resolución emitida por el Jurado Nacional de Elecciones.

particularmente alertas y sensibles. Ahora bien, el estricto cumplimiento de las normas electorales y el consecuente desarrollo de cada una de las actividades en los plazos previstos no son suficientes para que el procedimiento sea exitoso. Factores como su nivel de transparencia, la confianza de la población en las autoridades electorales y el permanente diálogo entre éstas y las organizaciones políticas marcarán el éxito o fracaso de un proceso electoral.

El proceso concretiza el sufragio y lo dota de eficacia. Establece el canal, a través del cual, transitará la puesta en práctica del derecho. Esto se traduce en reglas de juego homogéneas, claras y no susceptibles de ser modificadas una vez iniciada la contienda electoral. Una estabilidad normativa que el *Código de buena conducta en materia electoral* de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa de 2002 (al que el Perú se encuentra adscrito[83]) impone como una condición del sufragio igual, directo y secreto y para proteger la elección de la manipulación de algún partido político. Y es que las reglas que cambian con frecuencia pueden confundir a los electores[84]. La aludida estabilidad que el TEDH denomina "confianza legítima" (y que se proyecta en la labor interpretativa de los tribunales sobre las normas electorales) implica que si la normativa sobre dicha materia varía de un momento a otro en pleno proceso electoral, tanto electores como candidatos pierden

---

[83] La Comisión de Venecia se estableció en 1990 y tiene 54 miembros titulares, entre los que se encuentran Chile que se unió en el 2004; por su parte, Argentina, México y Uruguay en la región latinoamericana tienen la condición de observadores. El Perú fue admitido como miembro pleno en febrero de 2009.

[84] Los principios del voto igual, libre, directo y secreto sólo pueden salvaguardarse si previamente se cumplen ciertas condiciones. Una de ellas es la estabilidad normativa porque es crucial para la credibilidad del proceso electoral. A juicio de la Comisión de Venecia, es recomendable que al menos dentro del año anterior a la fecha de la elección, sus reglas no sean modificadas, en: EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (Venice Commission). *Code of Good Practice in electoral matters,* Adopted by the Venice Commission at its 52nd session, 18-19 October, 2002, párrs. 58, 63-65, Disponible en: (http://portales.te.gob.mx/internacional/sites/portales.te.gob.mx.internacional/files/C%C3%B3digo%20de%20Buenas%20Pr%C3%A1cticas%20en%20Materia%20Electoral,%20Comisi%C3%B3n%20de%20Venecia.PDF) (30-05-2011)

confianza en los resultados de la elección y, en consecuencia, en la legitimidad de origen de las autoridades electorales[85]. Sólo cabe añadir que el ordenamiento jurídico peruano no prevé una cláusula de intangibilidad, ni los tribunales han introducido alguna interpretación similar a la del Tribunal Europeo, pero aquella legislación tiende a la estabilidad.

No obstante, el ordenamiento peruano ha procurado establecer lineamientos para que el material electoral sea de fácil comprensión por los electores y miembros de la mesa de sufragio; que los candidatos se encuentren en igualdad de condiciones de acceso a la campaña electoral; o que los electores no sean coaccionados a optar por una opción política durante la votación, entre otras muchas garantías. De esta manera, el procedimiento electoral "se incardina de modo natural" en el contenido esencial del derecho de sufragio[86].

Además, permite el ejercicio sincrónico de derechos de titularidad individual de miles de ciudadanos, convirtiendo a ambos: voto y sufragio pasivo, en la denominada voluntad popular. El procedimiento electoral garantiza la unión indisoluble entre sufragio activo y pasivo o la existencia de una relación directa entre la proclamación de candidatos electos y los sufragios emitidos. Así fue como la CIDH entendió que, cuando el Estado excluyó de la lista definitiva de candidatos a los representantes del partido político YATAMA, promovió el ausentismo cercano al ochenta por ciento (80%) en la Región del Atlántico Norte. Para los magistrados, como su estructura y fines están ligados a los usos, costumbres y formas de organización de aquellas comunidades, esta exclusión "representó directamente un límite al ejercicio del derecho a votar", incidiendo de forma negativa "en la más

---

[85] STEDH *Paschalidis y otros contra Grecia,* de 10 de abril de 2008.

[86] AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. "Dimensión constitucional del procedimiento electoral", *Teoría y Realidad constitucional,* nº 10-11, 2002- 2003, pp. 425-444, p. 429.

amplia y libre expresión de la voluntad del electorado", lo cual, supone "una consecuencia grave para la democracia"[87].

2. EL DERECHO AL VOTO Y LO ELECTORAL

HABERMAS entendía que el voto era una libertad positiva que se convierte en un paradigma de los demás derechos fundamentales. No sólo porque es el ingrediente esencial de la "autodeterminación política", también porque en su estructura se vislumbra tanto el derecho del individuo de hablar de modo autónomo defendiendo su propia toma de postura, como su inclusión en la comunidad formando parte de la voz de la colectividad. Una vez que elige a sus representantes ante el Parlamento, la producción normativa de los legisladores influirá directamente en la configuración de todos los demás derechos[88].

---

[87] A juicio de la Corte, para valorar el alcance de la afectación al derecho de sufragio activo producida por la vulneración del derecho de sufragio pasivo en el caso YATAMA, fue preciso tomar en cuenta que "YATAMA contribuye a establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica. Su estructura y fines estaban ligados a los usos, costumbres y formas de organización de dichas comunidades. Como consecuencia de ello, cuando se excluyó a sus candidatos se afectó particularmente a los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que estaban representados por dicha organización en las elecciones municipales de noviembre de 2000. Se les colocó en una situación de desigualdad en cuanto a las opciones entre las cuales podían elegir al votar, pues se excluyó de participar como candidatos a aquellas personas que, en principio, merecían su confianza por haber sido elegidas de forma directa en asambleas de acuerdo a los usos y costumbres de dichas comunidades, para representar los intereses de los miembros de éstas. Dicha exclusión incidió en la carencia de representación de las necesidades de los miembros de las referidas comunidades en los órganos regionales encargados de adoptar políticas y programas que podrían influí r en su desarrollo". En: Caso *Yatama vs Nicaragua*. Etapa de fondo, Sentencia del 23 de junio de 2005, FJ. 226 y 227.

[88] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* JIMÉNEZ REDONDO, Manuel (traductor), Trotta, Madrid, 1998, pp. 345-346.

Es que el derecho al voto no sólo es un derecho fundamental, sino que es el pilar del sistema democrático, por lo que SANTAMARÍA le otorga el apelativo de "auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado"[89]. Como propugna gobiernos de mayorías respetuosas de las minorías, es un sistema que, pese a sus imperfecciones, es el único que permite el desarrollo de los demás derechos fundamentales o de las denominadas "revoluciones silenciosas". Son algunos de sus ejemplos los movimientos del siglo XIX y XX de negros en favor de los derechos civiles, o de las feministas por el derecho de sufragio. Cuando la Convención Americana estableció aquellos derechos cuyo ejercicio podía ser suspendido durante un estado de guerra o de excepción sustrajo expresamente a los políticos[90]. De esta manera, el sufragio se incardina en el corazón del SIDH. Por ello, en opinión de la Corte Interamericana, la democracia representativa es "determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte" y constituye un "principio" reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la Organización de Estados Americanos[91]. Su presencia es imprescindible y no podría ser suspendida, aplazada o recortada en ninguno de los Estados que la suscribieron.

2.1. El voto como derecho fundamental

---

[89] SANTAMARÍA DE PAREDES, Alfonso. "Comentarios al Artículo 23", *Comentarios a la Constitución*, GARRIDO FALLA, Fernando (comp.), 3era. ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 512.

[90] Artículo 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

[91] La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 34.

Los derechos fundamentales se desprenden de la importancia capital que un sistema constitucional concede al papel que las personas pueden desempeñar en su funcionamiento, si se les atribuyen y garantizan esos derechos individuales como si les fueran inherentes. Aunque lo esencial de estos derechos es su contenido (dimensión sustancial), coincido con DÍEZ-PICAZO cuando escribe que lo que verdaderamente les caracteriza es su consagración constitucional y su consecuente resistencia a la ley (dimensión formal). Ello ocurrirá siempre y cuando nos encontremos en un contexto en el que la Constitución sea rígida e inexpugnable para el legislador, excepto por la vía de reforma constitucional que la propia Norma Fundante determine[92]. Otra condición necesaria (y no un elemento que define a los derechos como fundamentales) se encuentra en las garantías jurisdiccionales que el Estado les proporcione.

La Constitución normativa convierte a los derechos fundamentales en auténticas normas y principios oponibles (tanto a sujetos públicos como privados) y obligatorios para todos los ámbitos del derecho. Esa doble faz de *principios y reglas* que ALEXY defendió en sus escritos[93], impone al intérprete constitucional el respeto por las distintas manifestaciones

---

[92] DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales,* Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 33. En este mismo sentido: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales,* Centro de Estudios Constitucionales, 2da. ed., Madrid, 2007, p. 63 y BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales,* traducido por REQUEJO, Juan y VILLAVERDE, Ignacio, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 63.

[93] La teoría de ALEXY es vital para recordar la doble faz de todo derecho fundamental, en: *Teoría de los derechos…* Ob. cit., p. 138. Para HABERMAS, "en tanto normas regulan una materia en interés de todos por igual; en tanto que valores constituyen, en la configuración que forman con otros valores, un orden simbólico en el que se expresan la identidad y forma de vida de una comunidad jurídica particular". No descarta los contenidos teleológicos; pero el derecho definido por un sistema de los derechos "domestica, por así decir, los objetivos y orientaciones valorativas del legislador mediante una estricta *primacía* de los puntos de vista normativos. Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción, y no conforme al modelo de bienes apetecibles", en: *Facticidad y validez… ob. cit.,* p. 329.

del derecho, su desarrollo, tutela, al mismo tiempo, que el derecho goce de juventud en toda época. Como reglas, los enunciados normativos constarán de un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Como principios, son mandatos de optimización de la norma a la que se adscribe. Si recordamos que los preceptos constitucionales se caracterizan por un elevado nivel de abstracción y generalidad, como reglas exigen actuaciones concretas que permitan "el máximo desarrollo jurídico y práctico", y protección de todas las facultades que comprenda el derecho fundamental[94]. Por ejemplo, la norma que recoge la adecuada impresión de una papeleta de votación o cédula de sufragio (que informa al elector sobre la exacta correlación entre los nombres de las organizaciones políticas y los símbolos) sería una manifestación del derecho a ser elegido, pese a que dicho supuesto no se encuentre expresamente identificado como parte de su contenido constitucional. El sufragio pasivo, como principio, se proyecta sobre esta regla del procedimiento electoral. De otro lado, aquella configuración necesitará responder a los cambios sociales para evitar que la Constitución como norma política envejezca o se petrifique en el tiempo. Una medida como el voto electrónico (que está reemplazando progresivamente al voto por papeletas o cédulas) se sustenta en la necesaria "juventud" del derecho de sufragio activo.

El voto como derecho encuentra sus antecedentes en las corrientes liberales que expresan su desprecio por el absolutismo monárquico en la medida que constreñía la libre autodeterminación. La soberanía debía permanecer en el pueblo y los excesos del ejercicio del poder tendrían que ser prevenidos a través de la separación de funciones. LOCKE postulaba que el remedio para los inconvenientes del "estado de naturaleza" era un contrato para crear, primero, una sociedad

---

[94] BASTIDA, Francisco; VILLAVERDE, Ignacio y OTROS, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978,* Tecnos, Madrid, 2004, pp. 50 y 51.

independiente, y después, una sociedad política o gobierno[95]; y serán los individuos quienes le otorgarían autoridad para que persiga los intereses de los gobernados. El propósito esencial de esta transferencia de poder era que el Estado preservase la vida, la libertad y la propiedad. Si estos intereses no fuesen conseguidos el pueblo podría deponerlos. La actividad política era instrumental, en tanto que permitía garantizar las condiciones de la libertad. En los trabajos de CONSTANT, una democracia de los modernos (por contraste con la de los antiguos) la vida pública quedaba relegada a un segundo plano. Como los particulares deben dedicarse a los asuntos privados no pueden participar activamente en la vida pública. Su tesis central radica en que la representación es la única que se adecua a la libertad[96]. Y SIEYÉS aportó la importancia de especializar la política ya que la vigilancia sobre la libertad, la propiedad y el sistema de mercado necesitaba de representantes ilustrados que interviniesen lo menos posible en la esfera de los individuos. El Estado de Derecho tiene al principio de legalidad como bandera y a la ley como símbolo para garantizar la libertad, pero el voto se ve reducido a un medio para conseguirlo. Es con el Estado democrático y con el nacimiento de los derechos políticos, donde el voto adquiere su identidad como derecho fundamental. Y con el Estado Constitucional se convertirá en norma. Es así como el voto se erige en un derecho fundamental de participación en la vida política de una comunidad.

El puesto 17 del listado de derechos fundamentales de la Constitución de 1993 fue destinado a reconocer que toda persona tiene derecho a "participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación". Y que sólo los ciudadanos

---

[95] En: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil,* MELLIZO, Carlos (traductor), Alianza, Madrid, 2006, pp. 72-75.

[96] CONSTANT, Benjamín. *Escritos políticos,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 238 y ss.

son titulares de "los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum". La omisión del derecho a ser elegido se salva en la redacción del artículo 31 localizado en el capítulo que corresponde a los *Derechos Políticos y los Deberes.* Un precepto elocuente que, en el mismo sentido que el 2.17, atribuye sólo a los ciudadanos "el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes". Por el mismo mandato constitucional "el voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años de edad".

Desde mi punto de vista, esta condición de principio se exacerba en relación al sufragio debido a la cláusula de derechos implícitos que recoge la Constitución peruana de 1993 en su artículo tercero:

> "la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo (dedicado a los derechos fundamentales) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno" (el subrayado es mío).

Esta cláusula ordena a los intérpretes constitucionales autorizados a tutelar toda manifestación de los principios de soberanía del pueblo y democrático como efectivamente lo ha entendido el Tribunal Constitucional peruano en su jurisprudencia más activista, que será materia de estudio en el tercer capítulo. Ahora interesa apuntar que el contenido de esta cláusula contribuye a la ampliación del haz de facultades del sufragio. Un haz que ya es extenso debido a la textura abierta de este derecho. Y aunque es difícil determinar *a priori* donde comienza y donde termina el contenido de un derecho fundamental, su indispensable configuración legal complicará esta tarea. En particular, la delimitación de su ámbito de tutela jurisdiccional. Pero sobre esto volveré más adelante.

Llegados a este punto, es conveniente hacer una observación. El artículo 23 de la CADH que recoge los derechos políticos introduce una precisión conceptual entre el sufragio y el voto. Ordena a los Estados que sus ciudadanos gocen del "derecho y la oportunidad" de "votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores". Mientras el sufragio es "universal e igual", el voto será secreto. Esto querría decir que considera al sufragio como derecho, y al voto como su manifestación que se circunscribe al acto de imprimir la marca en la papeleta y depositarla en la urna. Atribuye al "secreto" una utilidad o la condición de garantía de la libre expresión. El *Código de buena conducta en materia electoral* de la Comisión de Venecia recuerda que el carácter secreto del voto es tanto un derecho como un deber. Esto quiere decir que el sufragio como derecho fundamental, más que votar, es un conjunto de condiciones (todas y cada una) indispensables, y que sólo si éstas se garantizan, se puede afirmar que nos encontramos con una manifestación de la voluntad popular.

El voto es un derecho a decidir y a manifestar una voluntad política y, al mismo tiempo, es un deber con el Estado, con su conformación periódica y legitimación democrática.

2.2. El voto como derecho político de participación

El voto se manifiesta como un derecho político porque se vincula a la cualidad de ciudadano y miembro de una determinada colectividad.

Participar en la vida política del país es tomar parte en las decisiones de una comunidad. Los derechos políticos permiten al particular participar en la vida pública de un Estado y colaborar activamente en la democracia de ejercicio[97]. El artículo 23 CADH (*derechos políticos*) enuncia tres derechos conexos: participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes; votar y ser elegido; y acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas. Mientras el capítulo III de la Constitución peruana, *De los derechos políticos y los deberes,* redunda en los derechos a elegir y ser elegidos, a formar partidos políticos, los mecanismos de democracia participativa y la condición de ciudadano. No incluye el acceso a la función pública; pero sí reconoce como derechos al asilo político y un listado de excepciones a la extradición[98].

---

[97] BIGLINO CAMPOS, Paloma. "La iniciativa legislativa popular…", p. 95. DÍEZ-PICAZZO define a los derechos políticos como aquellos que tienen como finalidad "garantizar la gestión democrática de los asuntos públicos" (en: *Sistema de Derechos Fundamentales,…* ob. cit., p. 37). Véase además los trabajos de: ZOVATTO, Daniel. "Derechos Políticos como Derechos Humanos", *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina,* NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores), 2da. ed., México D.F., IIDH - Universidad de Heidelberg - IDEA - TEPJF, IFE, 2007, p. 32; SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. "Algunas cuestiones…", ob. cit., p. 54; AGUIAR DE LUQUE, Luis. "Artículo 23", en: *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978,* ALZAGA, Óscar (dir.), vol. II, Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, p. 663. El TC peruano interpretó que los derechos políticos son aquellos, mediante los cuales, "los ciudadanos participan en la formación y dirección de las actividades del Estado", resaltando que son derechos que permiten a los ciudadanos "participar en la vida política y pública", en: STC nº 3760-2004-AA/TC, del 18 de febrero de 2005, FJ. 6.1.

[98] En el artículo 36 CP, el constituyente recogió el asilo político. Deja expresa constancia de que aceptará "la calificación del asilado" que otorgue el gobierno asilante. Y lo más importante para su condición de "derecho político" es la garantía que otorga en caso de expulsión, según la cual, "no se entrega(rá) al asilado al país cuyo gobierno lo persigue". En cuanto a la extradición el artículo 37 CP dispone que sólo se concede por el Poder Ejecutivo previo informe de la Corte Suprema "en cumplimiento de la ley y de los tratados". Condiciona el ejercicio de la extradición al principio de reciprocidad. Entre las excepciones se precisa que esta no será concedida si se considera que ha sido solicitada "con el fin de perseguir o castigar por motivo de religión, nacionalidad, opinión o raza". Como otra garantía se excluye a los perseguidos por delitos políticos o por hechos conexos con ellos. Se excluye de modo expreso de los delitos políticos al genocidio, el magnicidio y el terrorismo.

Sin embargo, cuando el Tribunal Constitucional interpretó la delimitación de la pena de *inhabilitación política,* su versión de los derechos políticos se circunscribió a aquellos que se relacionan directamente con la configuración del Estado democrático y la idea de ciudadanía. Determinó que en el plano material, al funcionario público se le impida ejercer los derechos de sufragio (elegir y ser elegido), de participación; de fundar, organizar, pertenecer o representar a una organización o partido político, movimiento o alianza. A su juicio, la participación política comprende tanto a los mecanismos de democracia representativa como de democracia participativa. Incluye en el listado de derechos políticos al derecho de asociación en su manifestación de formar organizaciones con fines políticos[99].

El reconocimiento del voto como derecho político obedece a que los miembros de dicha comunidad tendrían que opinar sobre cómo les afectará las decisiones de quienes los gobiernen. El componente fundamental de este derecho es que ese poder de decisión "es un fin en sí mismo". Se asegura la posibilidad de decidir y, sobre todo, "que esta decisión tenga consecuencias jurídicas" en la vida del Estado[100]. Lleva consigo la libertad política más importante, la de elegir.

El constituyente se esforzó por diferenciar la participación en la vida política de la participación en la vida económica, social y cultural de la Nación (art. 217 CP). Sin embargo, la jurisprudencia revela que el Tribunal Constitucional no lo ha tenido tan claro. En un primer momento interpretó que para que la participación se entendiese como

---

[99] STC nº 3760-2004-AA/TC, del 18 de febrero de 2005, FJ. 6.1. En este caso, el señor Gastón Ortíz Acha interpuso una demanda de amparo a favor del ex presidente Alberto Fujimori contra la Resolución Legislativa No. 018-2000-CR del 23 de diciembre de 2001 que lo inhabilitó a ejercer sus derechos políticos por diez años. Alegó que se habría vulnerado su derecho de participación política.

[100] PRESNO LINERA, Miguel. *El derecho de voto,* Madrid, Tecnos, 2003, p. 106.

política, ésta debía producirse en el ámbito público[101]. Posteriormente, que debía tutelársele tanto en la vida pública como en la privada. Así, en el caso del señor Absalón Verdi Olivares contra el Rector de la Universidad de la Amazonía Peruana, el demandante manifestó que había sido elegido como Director de la escuela de posgrado de la Casa de Estudios demandada. No obstante, su nombramiento fue anulado bajo el argumento de que su reelección debía haberse efectuado por una mayoría de dos tercios. A juicio del Alto Tribunal el derecho de participación política comprende "la intervención de la persona en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad". Su proyección no se circunscribe a "la participación de la persona en el Estado-aparato o (…) en el Estado-institución, sino que se extiende (…) en el Estado-sociedad, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado". Este sería el caso de toda asociación privada que tenga como común denominador su origen en "un *proceso de elección* por un colectivo de personas"[102]. Esto querría decir que la participación política en la experiencia peruana abarca tanto al ámbito público como al privado, siempre y cuando, la elección de una autoridad se rija por una elección popular a cargo de un colectivo previamente determinado.

Desde mi punto de vista el Colegiado decidió acoger en el seno protector de la participación política a este tipo de elección porque se trataba de una institución privada (la Universidad demandada) que ejerce una función pública (impartir educación universitaria). Allí se encontraría el punto de conexión con el ámbito público. Aunque no creo que hubiese recibido el mismo amparo un club privado, sí debo apuntar que en el caso examinado el derecho violado guarda mayor relación con el debido procedimiento que con el de participación en la vida política del Estado.

---

[101] STC nº 3760-2004-AA/TC, del 18 de febrero de 2005, FJ 6.1.

[102] STC nº 5741-2006-PA/TC, del 11 de diciembre de 2006, FJ. 3.

El voto determina la asignación o el retiro del poder político y, en el marco de una elección, selecciona a los titulares de los cargos públicos representativos que la propia Constitución considera como tales. En este sentido no será política la participación que ejercitan los trabajadores en elecciones sindicales[103]. Tampoco lo son aquellas elecciones para autoridades de gobierno de una entidad corporativa profesional o de un claustro universitario[104]. En la experiencia peruana, para que una participación sea política es imprescindible que esté destinada a elegir directamente a las autoridades nacionales (Presidente, Vicepresidentes, Congresistas de la República) y subnacionales (Presidentes y Consejeros Regionales; alcaldes y regidores) y a dotarlas de legitimidad democrática. Los jueces de paz son el único caso de autoridades judiciales en el que la Constitución ordena la elección popular. Ello obedecería al tipo de autoridad que es. Esencialmente conciliadora y que resuelve según su leal saber y entender, usos y costumbres sobre faltas y conflictos de menor cuantía. Su liderazgo es moral y carismático; es el buen vecino de una comunidad o centro poblado distante geográficamente de la sede de un juez de paz letrado.

Entonces, la participación será política cuando se llame al pueblo a decidir debido a su condición de titular del poder político. Una interpretación *pro homine* de los derechos fundamentales no debería

---

[103] Coincido con el criterio del Tribunal Constitucional español sobre la participación de trabajadores sindicales esgrimido en su STCE 189/1993, de 14 de junio. A su juicio, los derechos de participación política se circunscriben al "ámbito de legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran". No toda participación será parte del derecho fundamental tutelado por el artículo 23 CE (STCE 119/1995 del 17 de julio de 1995, FJ. 3). No ampara un derecho general a participar en los distintos niveles de organización del Estado o en otros ámbitos de la vida social y cultural o económica (SSTCE 51/1984, de 25 de abril, FJ. 2; 212/1993, de 28 de junio, FJ. 4; 80/1994, de 14 de marzo, FJ. 3; 119/1995, de 17 de julio, FJ. 3).

[104] STCE 23/1984, de 20 de febrero y STCE 212/1993, de 28 de junio.

conducirnos a entender que toda modalidad de participación ciudadana será política.

2.3. El voto como derecho de configuración legal y su idea maestra

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales exige una proyección legislativa que los delimite y configure, con la finalidad de garantizar un ejercicio más eficaz del derecho o precisar sus mecanismos de tutela[105]. ¿Cómo influye esta configuración en un derecho como el derecho a *la vida*? Ninguna norma es indispensable para que una persona respire y desarrolle todas las actividades que necesita para existir. La cosa cambia cuando defendiendo nuestra propia integridad quitamos la vida a otro ser humano (legítima defensa); o ante la aún controversial pregunta sobre cuándo comienza la vida (interrupción del embarazo) y cuando "debería" terminar (eutanasia). En estos casos, la inactividad legislativa complementaria podría ser superada con la directa aplicación del precepto constitucional, o a través de la interpretación judicial del texto constitucional. Un histórico ejemplo fue el célebre caso *Roe vs. Wade* (1973) en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América comandado por el juez Brennan reconoció el derecho constitucional de la mujer a abortar[106].

---

[105] Sobre la configuración de los derechos fundamentales por el legislador y sus límites, véase el trabajo de GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 179 y ss. Otros trabajos: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos…ob. cit.,* pp. 162 y ss.; GARCÍA ROCA, Javier. *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución,* Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 170 y ss.; BOROWSKI, Martin. "La restricción de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Año 20, nº 59, 2000, pp. 29-56.

[106] Una mujer soltera embarazada, con el pseudónimo de Jane Roe, interpuso un recurso contra el artículo 1.196 del Código Penal tejano que castigaba con pena de

Los denominados derechos fundamentales de configuración legal, como la tutela judicial efectiva, los derechos sociales, o el sufragio, adolecen de un alto grado de indeterminación en sede constitucional, y su efectividad se encuentra condicionada por la actividad legislativa.

Para que el voto se convierta en representación política el Estado prevé una serie de actividades preparatorias cuyo desarrollo será encomendado a una autoridad específica, y bajo ciertas garantías de que la voluntad del elector será respetada. Las declaraciones del Juez de la CIDH, Piza Escalante, son ilustrativas:

> "(los derechos políticos) no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención [...], si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible"[107].

---

cárcel y de multa todo aborto, salvo para salvar la vida de la madre. Perdió el pleito en las instancias federales, y contra su voluntad, dio a luz un hijo. El 22 de enero de 1973, el Tribunal Supremo anuló la Ley de Texas y declaró que el derecho a la intimidad no está disperso en varias enmiendas sino en la garantía de no ser privado de la libertad sin un proceso debido (décimo cuarta enmienda, en el sentido substantivo de la intimidad personal). Declaró que existe un derecho constitucional de las mujeres a abortar, pero que pese a ellos los poderes públicos pueden restringirlo. Para ello dividió el periodo de embarazo en tres. En los primeros tres meses, la madre puede abortar libremente con el visto bueno de un médico. En los segundos, sólo podría interrumpirse el embarazo si peligrase la vida de la madre y en el tercero, los Estados pueden intervenir a través de su regulación para salvar la viabilidad del feto. En: BELTRÁN, Miguel y GONZÁLEZ, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América,* CEPC, Madrid, 2005, pp. 408-424.

[107] *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 27.

En este contexto sería imposible votar sin la estructura arquitectónica previa del proceso electoral[108]; e imposible también, consolidar los votos en un resultado que traduzca la voluntad popular sin una autoridad electoral estatal que lo planifique y ejecute. El derecho de sufragio es un derecho fundamental cuyo ejercicio depende de una organización y de un procedimiento que necesitan ser configurados por el legislador. Dicha condición no constituye un límite externo al derecho, sino, como propone Paloma BIGLINO, un "cauce a través del cual el propio derecho se desenvuelve"[109]. La ley llevará a cabo una intensa labor de ordenación de las relaciones jurídicas que nacen alrededor del derecho.

En la experiencia peruana, los derechos políticos son derechos fundamentales cuya configuración ha sido expresamente reservada al legislador[110]. No puedo dejar de precisar que, en el caso del derecho a la tutela judicial efectiva que, por definición, es otro derecho de configuración legal, el constituyente peruano omitió reconocerlo en el catálogo de derechos fundamentales del artículo 2 CP. Lo incorporó en el listado de principios y derechos de la función jurisdiccional del art.

---

[108] En una interpretación de los artículos 31 y 187 (constitucionalizan el principio de representación proporcional), el Alto Tribunal entendió que comparten el común denominador de reservar al legislador el desarrollo de las reglas de la participación política. Luego, sólo por ley, se podrá establecer el sistema electoral necesario para lograr dicho cometido. En: STC nº 0030-2005-PI/TC, del 02 de febrero de 2006, FJ. 27. b). De manera análoga y con anterioridad, el TC español calificó al derecho de participación política contenido en el artículo 23 como derecho de configuración legal en la STCE 24/1989 de fecha 2 de febrero de 1989 y en la STCE 168/1989, de 16 de octubre de 1989.

[109] En: "Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada. (Comentario a la STCE 12/2008), *Revista española de Derecho Constitucional,* nº 83, Año 28, 2008, p. 282.

[110] La Constitución sólo establece la reserva de ley orgánica para el desarrollo de las reglas electorales del artículo 31, las condiciones de utilización y concesión de los recursos naturales del artículo 66º; para la estructura y funcionamiento de las entidades previstas en la Constitución de forma general (art. 106º); y establecida de forma particular para: la Contraloría General de la República (art. 82º), el Banco Central de Reserva (art. 84º); el Poder Judicial (art. 143º), el Consejo Nacional de la Magistratura (art. 150º), la Defensoría del Pueblo (art. 161º). También se dispone una reserva de ley orgánica para el desarrollo de las garantías o procesos constitucionales (art. 200.6).

139 CP y de la mano del debido proceso[111]. Para evitar su desamparo, el legislador reunió los derechos de acceso a la justicia y debido proceso, así como todas sus manifestaciones procesales en el denominado *derecho a la tutela procesal efectiva* que reconoce el Código Procesal Constitucional[112].

Una reserva de ley orgánica para el sufragio; y de ley, para los mecanismos de democracia directa determina un nivel de seguridad jurídica mayor que el de los demás derechos fundamentales y obliga al legislador a participar. La votación parlamentaria calificada acentúa la garantía constitucional de la libre discusión y decisión parlamentaria sobre las normas electorales. Unas adecuadas reglas de juego por el poder exigen debate y consenso de todas las fuerzas políticas, o por lo menos, de un número significativo de representantes. Esta reserva de ley es, en sí misma, una garantía para los derechos políticos que confiere a su contenido una resistencia pasiva frente a posibles intromisiones del Ejecutivo a través de su poder reglamentario. De otro lado, frente al propio legislador, porque la modificación de estas normas exigirá de una votación calificada de un cincuenta por ciento más uno del número legal de Congresistas. La participación del legislador es intensa, no puede eximirse del deber de debatir y aprobar dichas reglas normativas.

---

[111] El artículo 139 CP estableció un listado de principios y derechos de la función jurisdiccional incluyendo a "la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional".

[112] Se entiende por tutela procesal efectiva "aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal" (art. 4º CPC).

La sentencia del TEDH en el caso *Sitaropoulos y Giakaomopoulus vs. Grecia* del 8 de julio de 2010 es más que ilustrativa en este aspecto. El Tribunal declaró como infracción del derecho a participar en elecciones la omisión del legislador frente a un mandato constitucional expreso. Dos funcionarios griegos del Consejo de Europa reclamaron ante el TEDH la negativa de su embajada de procurarles el voto en las elecciones griegas. Ello se debió a la ausencia de una legislación específica que hiciera posible su participación electoral desde el extranjero. Una legislación que pese a haber transcurrido 35 años de vigencia de la Carta Política que la ordena, no había sido promulgada. Finalmente, razona que esta omisión legislativa privaría a aquellos ciudadanos del ejercicio del sufragio que podría constituir un trato discriminatorio en relación con los ciudadanos griegos que residen en territorio nacional.

Ahora bien, la legislación electoral traducirá el amplio margen de apreciación nacional que tiene un Estado para configurar el derecho de sufragio[113]. Quien más ha desarrollado el criterio del *margen de apreciación* estatal en materia de derechos políticos es precisamente el Tribunal de Estrasbugo. Ha apuntado que éste puede verificarse en el establecimiento de las modalidades de escrutinio ya sea vía un sistema mayoritario o proporcional (Sentencia *Mathews vs. Reino Unido,* del 18 de febrero de 1999); o en la concesión o prohibición del derecho a voto a los reclusos (Sentencia *John Hirst vs. Reino Unido,* del 30 de marzo de 2004); o para los supuestos de anulación de una elección (Sentencia *Kovach vs. Ucrania,* del 7 de febrero de 2008).

---

[113] Sobre el margen de apreciación del Estado, véase la STC 030-2005-AI, del 02 de febrero de 2006, en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley Nº 28617, que establece la Barrera Electoral. Véase además el trabajo de Javier GARCÍA ROCA. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración,* Aranzadi – Civitas, Navarra, 2010.

En otras palabras, el Estado cuenta con muchas posibilidades para establecer estas reglas de juego siguiendo criterios propios, pero éstos no serán totalmente discrecionales[114]. Deberán reflejar la *idea maestra* que la propia Constitución alberga sobre el derecho fundamental.

Siguiendo la teoría de la constitución dinámica de SMEND, esta *idea maestra* es una forma de hacer compatible la permanencia del derecho con la visión conformadora y actual del legislador (y de todos los legisladores que lo sucedan) sobre él. Su labor interpretativa no consiste sólo en reproducir, sino en producir (captando los intereses del presente). Lo que una sociedad democrática privilegia como valores predominantes en una época no tendrían por qué ser los mismos en otra. La garantía del contenido esencial, que para JIMÉNEZ CAMPO se define como "lo que persiste abierto al cambio, reconocible siempre, pero nunca idéntico a sí mismo", se opone a un núcleo duro o reducto del derecho. El derecho "pide tanto respeto como renovación legal"[115] y la legislación debe dinamizar su contenido. Un ejemplo de esta necesaria renovación son los derechos a la imagen, a la intimidad y a la libertad de expresión cuyo contenido se ha ido enriqueciendo y modificando debido a la creación de internet y a la creciente y constante aparición de redes sociales y de diversos canales informativos,

---

[114] Camino VIDAL afirma con rotundidad que ningún derecho fundamental puede ser de total configuración legal, ya que incluso en aquellos casos donde el derecho haya quedado configurado, existe un contenido mínimo que la Constitución -por más abstracta que sea- ha prefigurado. Caso contrario, concluye que "estaríamos ante una desconstitucionalización del derecho" o ante una «desnaturalización del mismo» al dejar en manos del legislador "la total determinación del contenido de un derecho que, por definición, nace con la norma constitucional", en: *Constitución y Extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España,* Madrid, CEPC, 2002, p. 62. Otros autores que han abordado esta problemática, son: DÍEZ-PICAZO, Luis María, "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de Amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 40, 1994, GARCÍA ROCA, Javier. *Cargos Públicos...*, ob. cit., p. 42 y ss.

[115] JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías,* Trotta, Madrid, 1999, pp. 71 y ss.

apareciendo con ellos nuevas modalidades de transgredirlos[116]. De otro lado, es posible asumir la garantía del contenido esencial como una "regla de rechazo" o un enunciado jurídico que califica a otros enunciados jurídicos como inválidos o inconstitucionales, que GAVARA sintetiza en la *teoría de los límites inmanentes*. El intérprete del derecho deberá observar los límites internos y externos de la participación política encontrados en la propia Constitución. En virtud del principio de unidad o en función a los derechos de terceras personas y de otros bienes jurídicos constitucionales con los que pudiera entrar en colisión[117].

No existe en la Constitución peruana una cláusula del *contenido esencial* similar a la del artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o del artículo 53.2 de la Constitución española de 1978. Sin embargo, a juicio del TC la presencia de la *imagen maestra del derecho* se ubica en la diferencia de planos normativos existentes entre el legislador (quien desarrolla el derecho) y el constituyente (quien recoge el derecho). El segundo de ellos, como poder constituyente, se erige en un límite implícito al primero debido a su carácter de poder constituido[118]. Dicho constituyente fue generoso con los límites implícitos o *inmanentes* que impuso al legislador[119].

---

[116] Como anota Juan DURÁN ALBA respecto al correo *spam* ("correo con finalidad comercial o publicitaria no solicitado por el destinatario del mismo") en relación con el derecho a la libertad de expresión, el respeto por la vida privada, y las directivas que la Agencia de Protección de Datos española ha emitido al respecto para sancionar a los proveedores de este servicio que continúan enviando estos correos. Ello, pese a que los destinatarios han solicitado que no se les envíe más, en: "El derecho a la libertad informática (según el artículo 18.4 CE) como límite al correo electrónico no solicitado (*"SPAM"*), *Derecho Constitucional para el siglo XXI,* tomo 1, PÉREZ ROYO, Javier, URIAS, Joaquín y CARRASCO, Manuel (coord.), Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 1539-1569.

[117] GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales…,* ob. cit., pp. 207 y ss.

[118] STC nº 2868-2004-AI/TC, del 24 de noviembre de 2004, FJ. 61.

[119] Una lectura de la Constitución Política de 1993 conduce a verificar que ésta incorpora una serie de preceptos que traducen la idea constitucional de la participación política. El principio de pluralismo y el de representación se traducirán en la composición parlamentaria y el de representación política, y en el sistema de

El SIDH adopta exigencias propias y específicas sobre la configuración de los derechos *democráticos* destinadas a los Estados miembros, y que el Estado peruano no podrá soslayar. Según la Convención Americana su reglamentación debe ser por "ley" y sus restricciones obedecen "exclusivamente" a "razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente en proceso penal". No basta que el sufragio sea igual y universal, el Sistema Interamericano obliga al Estado a generar las "condiciones y mecanismos óptimos" para que los derechos políticos sean eficaces[120]. Considera como infranqueable el listado de limitaciones que puede imponer a su ejercicio. De esta manera, la creatividad estatal en este aspecto queda proscrita.

---

conversión de votos en escaños. Reconoce el derecho de remoción o revocación de autoridades, la demanda de rendición de cuentas, la iniciativa legislativa y referéndum; los derechos a elegir y ser elegido. Su titularidad es concedida a los ciudadanos (art. 2.17 y 31 CP). Es decir, a los peruanos mayores de dieciocho años inscritos en el registro electoral correspondiente y en pleno goce de sus capacidades civiles (art. 30 CP), salvo que su derecho de ciudadanía fuese suspendido según las estrictas condiciones que el propio constituyente introduce en un listado cerrado (art. 33 CP). Estipula los grupos sociales inhabilitados para el ejercicio del sufragio pasivo (personal de las fuerzas armadas y policiales, art. 34 CP) y los requisitos e impedimentos para ser candidato al Congreso de la República (arts. 90 y 91 CP), o presidente de la República (art. 110º CP). El Constituyente también previó las condiciones mínimas para la elección del Jefe de Estado incluyendo el *ballotage* o segunda vuelta electoral (en caso que ninguno de los candidatos obtuviese la mayoría absoluta), así como, de los dos vicepresidentes de la República y el periodo de gobierno (art. 112º CP).

También reconoce las características principales de la elección de los gobernantes regionales (art. 192º CP) y municipales (art. 194º CP); así como las iniciativas que pueden ser sometidas a referéndum (arts. 32º, 190º, 206º CP). Las elecciones neutrales y libres con sufragio personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años (art. 31º CP). Con un sistema electoral de representación proporcional (art. 187º CP), una organización electoral autónoma compuesta por tres organismos (arts. 117º, 176º y 177º CP); y, una jurisdicción electoral especializada e independiente del Poder Judicial encarnada en el Jurado Nacional de Elecciones, que no admite control judicial posterior de sus decisiones (arts. 142º y 181º CP). Esto quiere decir, por ejemplo, que el legislador no podría dejar de imponer sanciones administrativas por la omisión del sufragio; o encargar al Ministerio del Interior (como ocurre en España) parte de las actividades preparatorias de la elección.

[120] *Caso Yatama vs Nicaragua,* ob. cit., párr. 195. También en *Castañeda vs. Estados Unidos de México*, párr. 145.

Ningún otro derecho reconocido por la CADH obliga a los Estados a observar un listado de restricciones taxativas como ocurre con los derechos políticos, ni que éstas sólo sean impuestas por el legislador. En el caso *Castañeda vs. Estados Unidos Mexicanos*, la Corte entendió que condicionar la inscripción de una candidatura al respaldo de un partido político es discriminatorio y equivale a crear una restricción adicional a las estrictamente estipuladas por la Convención Americana para el sufragio pasivo. La Corte cierra el círculo de la taxatividad entendiendo que no es posible añadir restricciones al listado del 23.2 (Derechos Políticos) en virtud del artículo 30 (alcances de las restricciones a los derechos por razones de interés general). Entonces, ni siquiera el supuesto *interés general* será una razón para limitar el sufragio[121]. Un criterio de imprescindible observancia en la configuración legal del derecho.

Desde mi punto de vista la explicación se encuentra en la relación intrínseca de estos derechos con la vigencia de un Estado democrático, tantas veces amenazado en América Latina, entre otras razones por el caudillismo al que aludí en anteriores epígrafes. Por ello, aunque es respetuosa del *margen de apreciación nacional*, la Corte exige que sean

---

[121] Sentencia del caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, del 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), FJ. 151 – 158. El Comité de Derechos Humanos introduce los criterios de objetividad y razonabilidad y la estricta reserva de ley para el desarrollo de límites a los derechos políticos. Así señala que "(…) 4. Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables. Por ejemplo, puede ser razonable exigir que, a fin de ser elegido o nombrado para determinados cargos, se tenga más edad que para ejercer el derecho de voto, que deben poder ejercerlo todos los ciudadanos adultos. El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. Por ejemplo, la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público" (los subrayados corresponden a la autora). En: Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996), del 27 de agosto de 1996. Fuente: Biblioteca Digital de Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota, Disponible en: (http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom25.html) (12-05-2011).

los instrumentos normativos del legislador o el órgano democráticamente elegido los que configuren los derechos políticos[122]. Todas estas condiciones específicas reflejan un elevado nivel de desconfianza sobre la permanencia de la vocación democrática de los Estados Latinoamericanos. Recordaremos que la génesis del SIDH encuentra su razón de ser en las dictaduras y regímenes golpistas que promovieron la violación de derechos humanos para mantenerse en el poder. Atravesaron el camino de la desaparición de los competidores electorales, prohibiendo los partidos políticos y persiguiendo a sus líderes[123]. No es casual que el artículo 23 de la Convención reconozca el derecho a votar y a ser elegidos en elecciones "periódicas auténticas". Resulta razonable entender que este precepto persigue impedir a los Estados Parte que bajo el manto de legitimidad que procura una

---

[122] La CIDH ya se había pronunciado sobre lo que debería entenderse por "Ley" en los preceptos de la Convención Americana. En la Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de1986, *sobre la expresión "leyes" en el artículo 30 CADH,* el Estado de Uruguay consultó a la Corte si se trataba de una ley en sentido formal o material la norma que corresponde a la restricción de derechos. La Corte afirmó que la ley en el Estado democrático no es cualquier norma jurídica sino aquella que emana de los órganos democráticamente elegidos en un ejercicio efectivo de democracia representativa, según el procedimiento establecido.

[123] El Perú ratificó el Tratado el 12 de julio de 1978. No obstante que el Tratado Internacional fue suscrito el 22 de noviembre de 1969, el mayor número de ratificaciones a la competencia contenciosa de la CIDH se produjo a partir de los años 80, cuando finalizaban las dictaduras que azolaron a un buen porcentaje de los Estados Miembros. Dichos Estados se tomaron la molestia de precisar que sólo reconocían aquella competencia a partir de la ratificación y que ésta no operaría para los hechos anteriores a ella, por las evidentes violaciones contra los derechos humanos que se habían perpetrado durante dichos períodos. No es baladí, por ejemplo, que Chile firmase el tratado en 1969 y reconociese la competencia contenciosa de la Corte sobre hechos posteriores al 11 de marzo de 1990. El año en que asumió la presidencia don Patricio Aylwin Azócar dando fin a la larga y cruenta dictadura liderada por el General Augusto Pinochet Ugarte. Una dictadura militar que se inició en 1973 con el golpe de Estado contra Salvador Allende y que culminó con el Plebiscito Nacional de 1988 donde el general Pinochet fue derrotado. Uruguay la reconoció en marzo de 1985, es decir, cuando concluyó la dictadura cívico-militar protagonizada por Juan María Bordaberry (de 1973-1985). Un periodo marcado por la prohibición de los partidos políticos, la ilegalización de los sindicatos y medios de prensa, así como por la persecución, encarcelamiento y asesinato de opositores al régimen. En Argentina, cuando finalizó la dictadura de Jorge Videla (1976 -1983) el presidente Raúl Alfonsín decidió ratificar la competencia contenciosa de la CIDH. O, en Nicaragua, el 12 de noviembre de 1991, con el gobierno nacido de elecciones democráticas luego del derrocamiento de Somoza y de sus décadas de gobierno.

elección, se conviertan en autocracias perseguidoras de sus adversarios políticos.

Ahora bien, es preciso mencionar que si bien el carácter de configuración legal no resta fundamentalidad a un derecho, en el caso del derecho de sufragio resta intensidad a su contenido esencial o idea maestra. Las normas de desarrollo se transforman en una "delimitación legislativa originaria" del derecho fundamental[124]. La textura abierta del sufragio ha promovido que el legislador sea particularmente prolífico con este derecho[125]. Esta "superproducción" conducirá al intérprete a recurrir, de modo constante, a los distintos instrumentos normativos que procuren aproximarlo al ámbito de su protección. No porque un derecho cuente con un mayor número de manifestaciones regladas obtendrá una mejor protección, pero ese será un tema sobre el que volveré en el capítulo tercero. Por ahora, baste decir que el sufragio es un derecho fundamental, político, de configuración legal, de procedimiento y organización; de contenido amplio y complejo.

---

[124] La delimitación legislativa originaria es entendida como una culminación de la definición del derecho fundamental, a través de una reserva legal, por encargo de la propia Constitución, en: JIMÉNEZ, Javier. *Derechos fundamentales…,* ob. cit*.,* pp. 39 y ss.

[125] En este mandato encuentra su justificación la profusa y hasta difusa normativa electoral: La Ley Orgánica de Elecciones, Nº 26859 (LOE) desarrolla las etapas del proceso electoral general, las funciones de los actores electorales y los rasgos elementales de las consultas populares. Las Leyes de Elecciones de Representantes ante el Parlamento Andino, Nº 28360 (LEPA); de Elecciones Regionales, Nº 27683 (LER) y de Elecciones Municipales, Nº 26864 (LEM) acotan reglas especiales para cada uno de los comicios correspondientes. La Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, Nº 26300 (LDPCC) corresponde a los mecanismos de democracia participativa, aunque a través de la Ley de Bases de Descentralización, Nº 27783 (LBD), el legislador delimitase el referéndum para la conformación y creación de regiones. A este listado se suma la Ley de Partidos Políticos, Nº 28094 (LPP) que traduce el nacimiento, desarrollo y muerte de las organizaciones políticas y, en consecuencia, las modalidades de participación organizada de la ciudadanía en la vida política del país. A todo ello debemos aunar sus leyes modificatorias y los reglamentos emitidos por el Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales durante los procesos electorales.

2.4. ¿Quiénes son electores?: la titularidad del derecho a voto

La capacidad de opinar, capacidad abstracta o también llamada "capacidad electoral activa"[126] será definida por el Estado. La universalidad del derecho al voto, tal y como hoy lo entendemos, es un auténtico triunfo de las minorías frente a las mayorías en el sentido dworkiano de la categoría *derecho fundamental*; "la institución de los derechos es (…) crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas"[127]. La defensa efectiva de los derechos del *populacho* iletrado y pobre, sin condiciones para formar parte de la élite política, pasaba por conferirles el derecho a obtener representantes en el órgano donde se adoptarían las decisiones estatales. Y es que conforme al pensamiento liberal un Estado será más o menos democrático según los grupos sociales que formen parte de la masa que decide o elige a los representantes. Pero era igualmente democrático el Estado liberal que sólo confería este poder a los propietarios que aquel que lo concedía a todos[128]. Por eso, excluyeron a los analfabetos, a los que se encontraban

---

[126] DELGADO-IRIBARREN, Manuel. "El ciudadano como sujeto activo del proceso electoral", *Reflexiones sobre el régimen electoral. IV jornadas de Derecho Parlamentario ("La Legislación Electoral"). Enero 1993,* Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, p. 54.

[127] Ronald DWORKIN afirmó que cualquiera que se tome los derechos en serio debe aceptar como mínimo dos ideas importantes: la primera es la vaga, "pero poderosa" dignidad humana; y la segunda es la igualdad política. Esta supone "que los miembros más débiles de una comunidad política tienen la misma consideración y el mismo respeto que se han asegurado para sí los miembros más poderosos, de manera que si algunos hombres tienen libertad de decisión, sea cual fuere el efecto de la misma sobre el bien general, entonces todos los hombres deben tener la misma libertad", en: *Los derechos en serio,* 7ma. Impresión, Ariel, Barcelona, 2009, pp. 295-303.

[128] BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia,* Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1986, p. 14. Para LOCKE el poder debía ejercerse por y para el pueblo pero no llegó a especificar quién debía ser considerado pueblo. No consideró necesario que se eligiese una asamblea legislativa de modo periódico, menos aún el sufragio universal. Cuando HELD comenta su obra, considera que difícilmente habría disentido con un sufragio basado en "las propiedades de los hombres adultos" en: HELD, en particular, su estudio sobre el desarrollo de la democracia liberal, p. 103.

en bancarrota y a los deudores fraudulentos. Salvo por la obra de Stuart MILL[129], las mujeres estuvieron al margen de la población electoral hasta comienzos del siglo XX y serán progresivamente incluidas porque fueron consideradas como un sector poblacional frágil que dependía de la sociedad y de la ley[130]. Sólo las élites educadas y con recursos económicos decidían; y éstas estaban compuestas, esencialmente, de varones adultos que hablan la lengua adoptada como predominante.

En el caso peruano, no sorprende que una vez declarada la independencia de la corona española en 1821, la condición de ciudadano (adquisición o pérdida de la ciudadanía o los criterios que la definieron) fuese el capítulo más abultado de sus cuatro primeras constituciones. Como república se encontraba en un proceso de construcción y la delimitación de la población electoral o de quienes adoptarían las decisiones políticas del naciente Estado era un importante punto de partida[131]. El estudio histórico de la condición de

---

[129] En su *Ensayo sobre la igualdad sexual* consideró que en un Estado donde el libre mercado y la mínima intervención del Estado permiten el equilibrio, cada uno de los individuos, sin excepción deben decidir libremente por las opciones que les sean más beneficiosas. El libre mercado debería premiar a quien se encuentre mejor preparado para competir y sin incentivos para las mujeres de llegar a dichos beneficios, éstas no desarrollan su potencial o el que tienen, se verá truncado. Por ello, reflexionó sobre la necesidad de conferirle a la mujer el derecho al voto porque de esa manera, podría decidir sobre sus intereses particulares. Sin embargo, consideró que ella, por su propia naturaleza, tendería al desarrollo de las labores domésticas.

[130] BOBBIO, Norberto; PONTARÁ, Giuliano y VECA, Salvatore. *Crisis…,* ob. cit., p. 76.

[131] En sus inicios la capacidad electoral estuvo relacionada con la libertad personal entendida en sentido lato. Cualquier tipo de posición subordinada de un individuo respecto a otro era razón suficiente para la exclusión. Las Constituciones de 1823, 1826, 1828 y 1834 negaron la condición de ciudadano a los clérigos y los siervos. El constituyente también conectó la capacidad electoral con la moral pública, el matrimonio y la vida en familia. Las dos primeras constituciones suspendían la condición de ciudadano a los casados que "sin causa abandonen a sus mujeres, o que notoriamente falten a las obligaciones de familia"; y a los jugadores, ebrios, truhanes y demás que con su vida escandalosa ofendan la moral pública Para ser ciudadano según la Constitución de 1823 se requería: (i) ser peruano, (ii) ser casado o mayor de veinticinco años; (iii) saber leer y escribir (aunque esta cualidad no iba a ser exigida sino hasta el año 1840); (iv) Tener una propiedad o ejercer cualquier profesión o arte con título público u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero. La ciudadanía se suspendía (1) cuando no se podía obrar

ciudadano no forma parte de los objetivos de este trabajo, sin embargo es importante precisar que no es sino hasta la Constitución de 1979 cuando se instaura el sufragio universal en una fórmula muy similar a la que adopta la vigente Constitución de 1993.

Ahora bien, merece la pena conocer dos reivindicaciones históricas: el voto del colectivo femenino y de los miembros de las fuerzas armadas y policiales. La Ley Electoral de 1955 ya había conferido a las mujeres el derecho al voto, pero sólo para comicios municipales. Sin embargo, esta medida tuvo un impacto limitado porque restringió la titularidad a las que sabían leer y escribir[132]. Con la Constitución de 1979 se estipuló que el voto sería "personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años", pero este precepto debía ser leído de modo conjunto con el art. 2.2 que reconocía la igualdad de derechos "sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma". Ante cualquier resquicio de duda, el constituyente agregó que "el varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón". Esto quiere decir que no fue sino hasta las elecciones presidenciales de 1980 que todas las ciudadanas votaron por vez primera.

Una segunda mención está destinada a los miembros de las fuerzas armadas y policiales. En una recopilación histórica muy completa,

---

libremente ya sea por ineptitud física o moral; (2) si el ciudadano se convertía en sirviente doméstico (3) por ser tachado como deudor quebrado o moroso al Tesoro Público (4) por no tener empleo, oficio o modo de vivir conocido; (5) procesados criminalmente; (6) casados que "sin causa abandonen a sus mujeres, o que notoriamente falten a las obligaciones de familia"; (7) a los jugadores, ebrios, truhanes y demás que con su vida escandalosa ofendan la moral pública; y, (8) "por comerciar sufragio en las elecciones" (art. 24). Otros factores de conexión fueron la efectiva contribución con el desarrollo económico y con la construcción del Estado peruano, precisamente por ello, sólo los ciudadanos podían acceder a los puestos de trabajo del Estado. En la Constitución de 1826, los libertadores de la república o los extranjeros que obtuviesen carta de ciudadanía también fueron considerados miembros de la comunidad política.

[132] A través de la Ley N° 12392, de 7 de septiembre de 1955, se reconoció la ciudadanía a las mujeres y el derecho al voto.

PANIAGUA concluyó que todas las leyes electorales peruanas negaron el derecho de sufragio a los militares, desde la Ley Reglamentaria de Elecciones de 1825, la de 1828 y el Reglamento del Plebiscito de 1919[133]. No sorprende que desde los inicios de la República la legislación electoral optase por negarles el derecho de participación política. De un lado, por los sucesivos golpes de Estado protagonizados por militares. De otro lado, su situación de sujeción al superior dentro de una estructura jerárquica hizo suponer al legislador que el voto emitido por estos ciudadanos se efectuaba por consigna más que por convicción, poniéndose en peligro al sistema democrático.

La Constitución de 1933 formalizó tal limitación, mientras que las Constituciones de 1979 y 1993 la convirtieron en una inhabilitación. La histórica proscripción de la titularidad del derecho de sufragio se vio parcialmente superada por la reforma constitucional introducida con la Ley Nº 28480, publicada el 30 de marzo de 2005. Los militares obtuvieron la titularidad para el ejercicio de los derechos al voto y a la participación ciudadana (comprendiendo a los mecanismos de

---

[133] Valentín PANIAGUA CORAZAO estudió los sectores poblacionales discriminados de la titularidad y ejercicio de los derechos políticos en el Perú así como las épocas históricas en las que se produjo dicha discriminación. A su juicio, "la Ley de elecciones de 29 de agosto de 1834 fue la primera que negó el derecho de sufragio a los comandantes generales y jefes de guarnición "en los lugares donde estén designados" así como a los soldados, cabos y sargentos del Ejército y de la Armada (…) La Ley de 1849 comprendió dentro de la restricción a quienes eran inelegibles (…) Es decir, a todos los funcionarios políticos, además de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales. La de 1861 mantuvo la prohibición (…) en texto que se reprodujo, literalmente por las leyes de 1892 (…) y de 1896 (…), que extendió la prohibición a los funcionarios judiciales. La Ley 2108 (1915) acuñó una fórmula escueta que negaba el derecho de sufragio a las autoridades políticas, militares y policiales y, en general, a los militares en actividad. (…) El Estatuto de Elecciones de 1931, por un lado, redujo la restricción sólo a las Fuerzas Armadas y Policiales y por el otro, la amplió al clero, optando por una fórmula distinta pues prohibió su inscripción en el Registro electoral. La Constitución de 1933 no sólo hizo inelegibles a los miembros del clero (…), sino que también les suspendió el ejercicio de la ciudadanía (…), y prohibió el sufragio de los miembros de las FF. AA. y FF. PP., tal como acontece hoy mismo". Aunque como sostiene el autor, éste no ha sido el único sector poblacional discriminado, también lo fue el clero, los "funcionarios políticos" e incluso "los funcionarios judiciales" con el único fin de que no coaccionaran directamente el proceso electoral. En: "El derecho de sufragio en el Perú", *Elecciones,* Oficina Nacional de Procesos Electorales, nº 2, 2003, pp. 58-89, p. 74.

democracia directa). Pero, se les sigue negando expresamente, el sufragio pasivo o la posibilidad de "postular a cargos de elección popular, participar en actividades partidarias (o) realizar actos de proselitismo, mientras no hayan pasado a la situación de retiro, de acuerdo a Ley" (art. 34 CP). El Constituyente adoptó una posición conservadora respecto al derecho de sufragio pasivo que luce similar a la del TEDH en el caso *Rékvenyi vs. Hungría* del 20 de mayo de 1999. En dicho caso, un oficial de policía demandó al Estado porque la Ley que retiraba a los miembros de las fuerzas armadas y policiales la titularidad del derecho a formar partidos políticos y a participar en actividades políticas vulneraba el derecho de asociación consagrado en el CEDH. El Tribunal señaló que la medida adoptada por el Estado era proporcional y se ajustaba a su realidad social y política. Luego de más de una década con un régimen totalitario al mando de militares, Hungría había logrado pasar a un pluralismo democrático, y a juicio del Tribunal, dicha restricción contribuía a despolitizar la policía[134]. Me adhiero a la posición del voto en discordia emitido por el Juez Fischbach. Él consideró que una sociedad pluralista y democrática no puede excluir a ningún sector de la misma, por el contrario, debe mostrarse tolerante y abierta ante ideas discrepantes. Por ello, sería plausible que se modificase la Constitución emulándose la experiencia española que exige al personal de las Fuerzas Armadas que pretendan ser candidatos, que soliciten licencia[135].

---

[134] En otras palabras, los antecedentes históricos y la necesidad de consolidar el régimen democrático constituyen razones legítimas y proporcionales para aplicar restricciones a los derechos de participación política de los miembros de las fuerzas armadas y policiales; a fin de consolidar unas fuerzas del orden neutrales. El TEDH aplica el criterio del margen de apreciación del Estado Miembro, entendiendo que las restricciones adoptadas por un Estado difieren a las de otros en atención a su historia y realidad política.

[135] El artículo 141 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas de España, según el cual, «Los militares de carrera y los militares profesionales de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter permanente pasarán a la situación de excedencia voluntaria (licencia) cuando: a) sean designados como candidatos a elecciones para órganos

La capacidad electoral se extiende de universos de votantes (sólo propietarios, sólo contribuyentes, sólo varones) al voto universal (hombres y mujeres sin distinciones de sexo, raza, nivel socioeconómico o de cualquier otra índole). La universalidad del sufragio significa que su titularidad es atribuida a todos los ciudadanos peruanos, hombres y mujeres; mayores de dieciocho años e inscritos en el registro civil; que no hayan sido condenados a pena privativa de libertad o a inhabilitación política. Los partidos y agrupaciones políticas se consolidan como canales que hacen posible la participación. Junto a las personas jurídicas y otros entes, como los sindicatos, los partidos políticos carecen de capacidad electoral[136].

La igualdad guarda una íntima vinculación con la universalidad cuando se entiende que todos los "ciudadanos", en tanto sean ciudadanos inscritos en el registro electoral, serán titulares del derecho de sufragio. El voto es uno de los recursos políticos que se distribuye de forma igual en un sistema democrático. En su concepción más elemental, el voto igual deriva del mandato de igualdad y no discriminación previsto en el art. 2.2 CP, conforme al cual, toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y "nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole". Este precepto omite la igualdad material, y no es tan específico como el de la Constitución de 1979 en relación a la mujer, sin embargo, es claro con la prohibición de todo tipo de discriminación como

---

representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o resultaran elegidos en las mismas».

136 Resalta el desarrollo de este criterio en la jurisprudencia del TC español, en sus SSTCE 63/1987, del 20 de mayo, FJ. 5; 51/1984, del 25 de abril, FJ. 2. Otras sentencias: 23/1983, de 25 de marzo, FJ. 4; 36/1990, de 1 de marzo, FJ. 1; 298/2006, de 23 de octubre, FJ. 4. También en la STCE 12/2008 del 29 de enero de 2008 relacionada con la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 44 bis de la LOREG que establece la composición equilibrada de las listas electorales, FJ. 3.

principio que se adscribe al ejercicio de los demás derechos fundamentales. Entre ellos, los derechos políticos.

El Estado debe promover los planes políticos que sean necesarios para que todos los grupos sociales con sus ciudadanos adultos pertenezcan "a una misma categoría de ciudadanía"[137]. Que desde el ciudadano que vive en las grandes capitales hasta quienes viven en pueblos situados a algunas decenas de kilómetros de medios de transporte, tenga la misma posibilidad de votar. Que ninguno sea excluido de la población electoral por motivos distintos al incumplimiento de las condiciones de ciudadanía. Sin embargo aún hay asuntos pendientes con esa amplitud que incluye todos los segmentos sociales de un Estado con ciudadanos premunidos de plenos derechos; y con esa igualdad que impide la discriminación personal por razón de raza, credo o *profesión.*

2.5. ¿Quiénes son los electores?: Los excluidos del "demos"

Como todo derecho fundamental, las restricciones a la universalidad sólo pueden estar justificadas en causas objetivas, razonables, proporcionales, y regladas de forma clara y taxativa[138]. Las reglas que suspenden el ejercicio de la ciudadanía son: la resolución judicial que declare la interdicción de incapaces, ebrios, los privados de discernimiento, toxicómanos y todos aquellos que presenten una

---

[137] Cuando Charles TILLY escribe sobre democracia entiende que "un régimen es democrático en la medida en que las relaciones políticas entre el Estado y sus ciudadanos se demuestran con consultas mutuamente vinculantes, amplias, iguales y protegidas". Sostiene, además, que la igualdad y la universalidad o amplitud de los grupos sociales que cuentan con plenos derechos no forman la democracia, pero sin estos elementos, la democracia es imposible, en: *Democracia,* Akal, Madrid, 2007, p. 45.

[138] STC nº 030-2005-ai, del 02 de febrero de 2006, FJ. 64.

discapacidad que les impida expresar su voluntad con libertad[139]. La segunda es la sentencia con pena privativa de la libertad; y la tercera, por sentencia que declare la inhabilitación de los derechos políticos del penado[140]. "La inhabilitación política declarada de conformidad con el artículo 100" fue incorporada por el legislador en el listado de supuestos que suspenden el ejercicio de la ciudadanía. Los funcionarios públicos que hayan sido inhabilitados tras un proceso de acusación constitucional llevado a cabo por el Pleno del Congreso de la República no volverán a ser elegibles para un cargo público[141]. La razón para que

---

[139] Según el Código Civil peruano de 1984 la declaración de interdicción puede ser solicitada al juez para los incapaces (art. 583); los ebrios y toxicómanos (art. 588); para los pródigos y malos gestores (art. 593). Son considerados incapaces aquellos que no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena (art. 571). Son absolutamente incapaces: 1) los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley, 2) los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento, 3) los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable (art. 43). Son relativamente incapaces: 1) los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, 2) los retardados mentales, 3) los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, 4) Los pródigos, 5) los que incurren en mala gestión, 6) los ebrios habituales, 7) los toxicómanos, 8) los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil (art. 44). La incapacidad de los mayores de dieciséis cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Sin embargo, dicho cese de incapacidad no los convierte en ciudadanos. Lo curioso del Código Civil es que resalta que sus representantes legales podrán ejercer sus derechos civiles en representación. Para ello, tendrían que ser declarados judicialmente incapaces, sin embargo, una vez que lo sean, no podrían votar, ni siquiera a través de representantes. De un lado porque la norma, expresamente, los excluye. De otro lado, porque si no los excluyera, una permisión de este tipo colisionaría con el voto directo. Dicho de otro modo, todo este listado de incapaces relativos y absolutos podrán votar si es que no cuentan con una declaración judicial de interdicción. Y de tenerla, nadie podría votar en su representación.

[140] El artículo 36 del Código Penal reconoce entre las modalidades de la inhabilitación a "la incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público" (inciso 2) y "la suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia". Esta pena puede ser impuesta como principal (que puede extenderse de seis meses a cinco años) o accesoria (cuando el hecho punible constituya "abuso de autoridad, de cargo, de profesión, oficio, poder o violación de un deber inherente a la función pública, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley" y se extenderá por el mismo tiempo que la pena principal).

[141] Artículo 2 de la Ley 27369, publicada el 18 de noviembre de 2000. Sentenció que no serán elegibles los funcionarios públicos inhabilitados luego de un proceso de acusación constitucional llevado a cabo conforme al artículo 100 de la Carta. Dicho precepto dispone que corresponde al Congreso de la República suspender o no al funcionario público acusado o "inhabilitarlo para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, o destituirlo de su función sin perjuicio de cualquiera otra

la restricción sobre la ciudadanía se revele como una inelegibilidad la encuentro en el modo en que Alberto Fujimori renunció a la jefatura de Estado (por medio de un fax) y en las denuncias que contra él se interpuso por la comisión de delitos de corrupción y lesa humanidad. Sin embargo, el artículo 33 de la Constitución Política únicamente facultó al juez ordinario, y a través de una sentencia, para declarar la inhabilitación política. Entonces, aunque se le justifica en el contexto político imperante, la vigencia de dicho límite al ejercicio de la ciudadanía es de dudosa constitucionalidad.

Mención especial merecen los ciudadanos que cuentan con pena privativa de libertad y los detenidos sin sentencia judicial.

El Estado excluye del *demos* a quienes hayan vulnerado el Pacto Social cuando el fin último de la pena privativa de la libertad sería la resocialización. El pueblo cobra la revancha sobre aquellos que han violentado las reglas constitucionales considerando que no deben formar parte de la población electoral. De modo implícito y directo son declarados enemigos del Estado Democrático[142]. Sin embargo, ¿por qué una condenada a prisión por haber abortado tendría que ser

---

responsabilidad". El acusado tiene derecho en este trámite a la defensa por sí mismo y con asistencia de abogado ante la Comisión Permanente y ante el Pleno del Congreso. En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente. La sentencia absolutoria de la Corte Suprema devuelve al acusado sus derechos políticos. Cabe agregar que los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso.

[142] Sigo la tesis de Luis Efrén RÍOS VEGA que postula en: "El sufragio de las clases peligrosas. Casos europeos y Americanos", documento de trabajo presentado en el Taller de Derechos Políticos de la Universidad Carlos III de Madrid el 3 de noviembre de 2009, pendiente de publicación, p. 9. A su juicio, no toda la población carcelaria debería merecer la muerte civil. Su exclusión por razones injustificadas produce consecuencias injustas e irreparables para la inclusión social, porque dicha población usualmente está compuesta por grupos sociales históricamente discriminados como negros, pobres, indígenas. Es discriminatorio exigir que los ciudadanos sean virtuosos para merecer su inclusión en el *demos*. En suma, pone en tela de juicio los ordenamientos jurídicos que suspenden la ciudadanía por la comisión de todo delito, sin establecer diferenciaciones.

automáticamente inhabilitada para votar? En *Hirst vs. Reino Unido* de 30 de marzo de 2004, el TEDH estimó violado el artículo 3 P1 por la privación del sufragio a un condenado. Supera los prejuicios estatales de los presos conectando el derecho con las previsiones dispuestas para el régimen penitenciario en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Es interesante que en este caso el Tribunal de Estrasburgo hace de lado la teoría del margen de apreciación nacional para impedir y superar la "adhesión a una tradición histórica pasiva e incuestionada" (FJ. 41). Esto querría decir que la pena privativa de libertad como causal de suspensión del ejercicio de la ciudadanía va perdiendo vigencia.

Desde mi punto de vista, la concepción contramayoritaria de los derechos fundamentales precisamente aboga por aquellas minorías que no siguen el patrón de comportamiento o la "normalidad" de las mayorías. Los condenados a prisión son una minoría que al ser considerada "peligrosa" es excluida del *demos* de modo injustificado. No todo delito penado con cárcel debería merecer la inhabilitación política automática, sino sólo aquellos que se encontrasen directamente relacionados con atentados contra el sistema democrático. De modo específico, aquellos que perturban o impiden el desarrollo de la elección, a través de la comisión de actos violentos[143], que atenten contra el derecho de sufragio[144]; o que hubiesen sido condenados por delitos de

---

[143] El artículo 354 del Código Penal dispone que "el que, con violencia o amenaza, perturba o impide que se desarrolle un proceso electoral general, parlamentario, regional o municipal, o los procesos de revocatoria o referéndum será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años".

[144] El título XVII del Código Penal ha sido destinado a los *Delitos contra la voluntad popular*. Se penaliza el impedimento del ejercicio del derecho de sufragio (art. 355), la inducción a no votar o a hacerlo en un sentido determinado (art. 356), la suplantación del votante (art. 357) y la publicidad ilegal del sentido del voto (art. 358). El artículo 359 es más específico respecto a otras actividades penalizadas. Será reprimido "con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años el que, con propósito de impedir o alterar el resultado de un proceso o favorecer o perjudicar a un candidato u organización política, realiza cualquiera de las acciones siguientes: 1. Inserta o hace insertar o suprime o hace suprimir, indebidamente, nombres en la

corrupción. Así por ejemplo, el artículo 14 LPP que recoge la declaración de ilegalidad de los partidos políticos por conducta antidemocrática omite precisar cuál sería el destino de sus dirigentes y afiliados, a diferencia de la española. Su Tribunal Constitucional ha declarado que para privar a un ciudadano del ejercicio de su derecho a ser elegido en caso que haya sido un afiliado de un partido ilegalizado, debe haber quedado acreditado que participó en actividades delictivas. En la peruana, pese a que dichas actividades atentarían contra el Estado Democrático, sigue pendiente el desarrollo de esta institución y sus consecuencias jurídicas, posiblemente porque hasta la fecha, ningún partido político ha sido declarado ilegal, ni el Poder Judicial se ha encontrado en esta tesitura. Así como las restricciones para votar impuestas a los miembros de las fuerzas armadas y policiales fueron superadas a través de una joven modificación constitucional, considero que también debería superarse las impuestas a los condenados a prisión.

De otro lado, los detenidos procesados es un colectivo que no participan a pesar de la inexistencia de restricción legal expresa. Ellos no votan pese a que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas observó que los Estados no podían impedir que ejercieran su derecho a

---

formación de un registro electoral; 2. Falsifica o destruye, de cualquier modo, en todo o en parte un registro electoral, libretas electorales (ahora denominado, Documento Nacional de Identidad) o actas de escrutinio u oculta, retiene o hace desaparecer los documentos mencionados, de manera que el hecho pueda dificultar la elección o falsear su resultado. 3. Sustrae, destruye o sustituye ánforas utilizadas en una elección antes de realizarse el escrutinio. 4. Sustrae, destruye o sustituye cédulas de sufragio que fueron depositadas por los electores. 5. Altera, de cualquier manera, el resultado de una elección o torna imposible la realización del escrutinio. 6. Recibe, siendo miembro de una mesa de sufragio, el voto de un ciudadano no incluído en la lista de electores de esa mesa o rechaza injustificadamente el voto de un elector incluído en dicha lista. 7. Despoja a un ciudadano, indebidamente, de su libreta electoral o la retiene con el propósito de impedirle que sufrague. 8) Realiza cambio de domicilio o induce a realizarlo a una circunscripción distinta al de su residencia habitual, induciendo a error en la formación del Registro Electoral (Numeral adicionado por el Artículo Único de la Ley Nº 29287, publicada el 06 diciembre 2008). En el 360, además se dispone que "El funcionario o servidor público o miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional que incurra en uno de los delitos" electorales "sufrirá, además, inhabilitación de uno a tres años".

votar[145]. Es cierto que la Constitución peruana carece de una disposición como la ecuatoriana, según la cual, "ejercerán su derecho al voto las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada" (art. 62.1, Constitución 2008). No obstante, el principio *favor libertatis* recogido en el artículo 2.24 del mismo texto constitucional tendría que ser un mandato suficiente para que la autoridad electoral facilite la votación en las cárceles. Un mandato que debería ser interpretado a la luz de los pronunciamientos de Naciones Unidas sobre esta población electoral.

Al negarles las condiciones para que sufraguen, como la implementación del voto postal, el Estado los incorpora *de facto* en el supuesto de hecho de los condenados con inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos. Se les niega el derecho de sufragio pese a que su condición de ciudadano no ha sido suspendida por sentencia judicial firme. Se les discrimina por estar detenidos. Agreguemos el hecho que quienes no cuentan con recursos económicos son quienes más recurren a abogados de oficio, o carecen de defensa judicial como para ser liberados en el plazo legal de detención. Permanecen en prisión pese a haber superado con creces dicho periodo. La discriminación del ejercicio del sufragio se vuelve doble, a la condición de detenido no sentenciado se aúna la condición subyacente de ser pobre.

---

[145] "14. En sus informes, los Estados deben indicar y explicar las disposiciones legislativas, en virtud de las que se puede privar del derecho de voto a los ciudadanos. Los motivos para privarles de ese derecho deben ser objetivos y razonables. Si el motivo para suspender el derecho a votar es la condena por un delito, el período de tal suspensión debe guardar la debida proporción con el delito y la condena. A las personas a quienes se prive de libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar", en: Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996), del 27 de agosto de 1996, Fuente: Biblioteca Digital de Derechos Humanos de la Universidad de Minnesota, Disponible en: (http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom25.html) (12-05-2011). Los subrayados corresponden a la autora.

La actitud de la Junta Electoral Central española ante la misma situación fue distinta. Ordenó que se arbitrase el procedimiento específico que resultara conveniente a la situación de los detenidos sin sentencia judicial (el voto por correo)[146]. Acotó que la legislación española vigente no permite otra forma de ejercicio del derecho de sufragio por los internos en un centro penitenciario que la de emisión del voto por correo, salvo que el régimen penitenciario aplicable en cada caso les permita votar personalmente[147]. La única medida que la autoridad electoral peruana ha adoptado al respecto es incluir a esta población dentro de los supuestos de dispensa del sufragio[148]. Y es que las sanciones a los omisos al sufragio además de ser elevadas, en este caso, eran a todas luces irracionales y desproporcionadas porque un detenido se encuentra físicamente impedido de concurrir al local de votación. Una medida importante, pero insuficiente.

Evidentemente, es un sector invisible para la comunidad política que podría volverse visible si las autoridades electorales promoviesen su inserción en el padrón electoral con la residencia penitenciaria. Es indispensable que la organización electoral les facilite el voto en las condiciones que más se ajusten a sus regímenes penitenciarios, ya sea por voto postal o por voto directo a través de la instauración de mesas de sufragio en los penales. Una competencia que siendo electoral no es ejercida por la Organización por medio de su iniciativa legislativa.

---

[146] Concluye que "ha de arbitrarse el procedimiento específico que resulte conveniente (…) ponderando los aspectos jurídicos relativos a la posibilidad de ejercicio del citado derecho", en: Acuerdo de 17 de octubre de 1989.

[147] Acuerdos de 22 de noviembre de 1978 y de 13 de abril de 1983.

[148] Recientemente el JNE dispuso que los ciudadanos internados en los establecimientos penitenciarios que hasta el día de la elección "no hayan sido condenados por sentencia con pena privativa de la libertad y/o con sentencia que lo inhabilite de sus derechos políticos" podrán solicitar dispensa a través del Jefe del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), en: Resolución Nº 2528-2010-JNE que aprueba el Reglamento de Dispensa, Justificación y Multa Electoral, del 1 de octubre de 2010.

2.6. ¿Quiénes son los electores?: el padrón electoral

Decía MONTESQUIEU que si no se determinaba el número de ciudadanos que debían formar las asambleas, no se sabría cuándo "habla el pueblo o sólo una parte de él"[149]. Siendo la nacionalidad el vínculo jurídico que acredita la pertenencia de un particular a un Estado, la tendencia ha sido que sean los nacionales quienes estén legitimados para participar en la formación de la voluntad política de ese Estado[150]. Sin embargo, en la actualidad los no nacionales también votan esencialmente en elecciones municipales en Estados como Perú o España, según veremos más adelante. Ahora bien, la certeza sobre quiénes se encuentran habilitados para formar esa voluntad a través del sufragio es crucial para un Estado democrático; y el padrón electoral es el instrumento que proporciona dicha información. Aunque algo ignorado por la doctrina, quizá por su elevado componente técnico, es un elemento central del proceso electoral. Y es que un padrón adulterado, gravemente incompleto, o inexistente destruye cualquier posibilidad de que la elección sea legítima. Sin padrón, la organización y desarrollo de un proceso electoral serían imposibles.

La universalidad del sufragio no sólo se vincula a la condición de nacional, también existen otros criterios que delimitan la población

---

[149] Para dicho autor, una de las "causas principales" de la ruina de Roma fue, precisamente, que este número no fuese fijado. En: MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barón de, *Del espíritu de las Leyes,* 6º ed., BLÁSQUEZ, Mercedes y DE VEGA, Pedro (traductores), Madrid, Tecnos, 2007, p. 19.

[150] Para Daniel ZOVATTO, los derechos políticos proceden de la idea de la libertad política y de la libertad individual y, debido a éste carácter mixto, no pueden ser concedidos a todos los individuos, sino solamente a los nacionales, en: "Derechos Políticos como Derechos Humanos", *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina,* NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores), 2da. ed., México D.F., IIDH - Universidad de Heidelberg - IDEA - TEPJF, IFE, 2007, pp. 32-33.

electoral de una específica elección o consulta popular. Estos se relacionan con el ámbito territorial de su desarrollo (nacional, regional o local) y los datos sobre la residencia (no necesariamente efectiva) que aporta el registro electoral. Según el primero de estos criterios, los electores de la provincia de Lima no participarán en la contienda electoral regional porque dicha provincia cuenta con un régimen especial en el marco del proceso de descentralización y no forma parte de región alguna. Conforme al segundo criterio, para elegir a los gobernantes de la región Tumbes sólo será elector quien cuente con la nacionalidad peruana y que resida en dicha región de acuerdo al registro electoral. Así sea propietario de una vivienda en la región Arequipa y haya vivido en ella buena parte de su vida, deberá votar en Tumbes, salvo que modifique sus datos personales en el registro. En ambos casos, los aludidos criterios que subyacen a estas medidas salvaguardan el principio de representación, y el principio del voto igual[151]. La división territorial y la residencia permiten que se cumpla con la regla de un ciudadano-un voto, impidiendo una doble votación.

2.6.1. Noción y características

El padrón electoral se define como el conjunto organizado de las inscripciones de quienes reúnen los requisitos para ser elector, creado sobre la base del código único de identificación del Registro Único de Identificación (RUI), y que ha retirado de sus filas a todos aquellos que

[151] El profesor español Miguel PRESNO considera que esta regla no debería existir para el caso de las elecciones municipales. Es posible que el ciudadano se vea directamente afectado por las decisiones adoptadas por los gobernantes municipales de más de un municipio. Solo en este tipo de elecciones "el voto doble se podría permitir cuando el individuo tuviese la residencia en ambos municipios", en: *El derecho de voto,* Ob. cit., p. 204. Véase además el trabajo del profesor Oscar SÁNCHEZ. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales,* Madrid, CEPC, 2007.

han sido privados del ejercicio del sufragio (suspensión de la ciudadanía). El padrón lista a todos aquellos ciudadanos hábiles para votar porque sólo ellos pueden ejercer este derecho (art. 31 CP). Su elaboración, actualización y custodia quedan a cargo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC).

El RUI y el padrón electoral son registros vinculados pero no iguales. Todas las personas del padrón se encuentran en el registro, pero no todas las del registro se encuentran en el padrón. Ambos son desarrollados por la misma entidad (el RENIEC) pero con distintos objetivos.

El padrón se adscribe al "ámbito sustantivo de toda "legislación electoral"[152] y el Registro de Identificación, al de la legislación civil. Como debe mostrar todos los actos que modifiquen el estado civil (nacimientos, resoluciones judiciales o administrativas que declaran la incapacidad o ausencia, entre otras) es un instrumento administrativo esencial para la tutela objetiva del derecho a la identidad[153]. Sólo si una

---

[152] STCE 154/1988, del 21 de julio de 1988, FJ. 2.

[153] El art. 44 de la LORENIEC dispone que se inscriben en el Registro del Estado Civil: a) Los nacimientos; b) Los matrimonios; c) Las defunciones; d) Las resoluciones que declaran la incapacidad y las que limitan la capacidad de las personas; e) Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzada y el reconocimiento de existencia de las personas; f) Las sentencias que impongan inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad; g) Los actos de discernimiento de los cargos de tutores o curadores con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como cuando la tutela o curatela acaba, o cesa en el cargo el tutor o curador; h) Las resoluciones que rehabiliten a los interdictos en el ejercicio de los derechos civiles; i) Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación; j) El acuerdo de separación de patrimonio y su sustitución, la separación de patrimonio no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación; k) Las declaraciones de quiebra; l) Las sentencias de filiación; m) Los cambios o adiciones de nombre; n) El reconocimiento de hijos; o) Las adopciones; p) Las naturalizaciones y la pérdida o recuperación de la nacionalidad; q) Los actos que, en general, modifiquen el estado civil de las personas, las resoluciones judiciales o administrativas susceptibles de inscripción y los demás actos que la ley señale. El RENIEC coordina con las municipalidades provinciales y distritales, municipios de centro poblado menor, con el Instituto Nacional de Bienestar Familiar, los Consulados del Perú, las Comunidades campesinas y nativas reconocidas, Poder

persona se encuentra inscrita en el RUI, una vez que alcanza la mayoría de edad (dieciocho años), podrá obtener el Documento Nacional de Identidad (DNI) y convertirse formalmente en ciudadano.

La función esencial del padrón es permitir la comprobación fehaciente de la titularidad del derecho de sufragio. No puede votar, ni ser candidato a cargo público representativo alguno quien no esté inscrito en el padrón. Ahora bien, formar parte del padrón electoral y votar son derechos vinculados, pero distintos. El primero es un derecho administrativo y el segundo es un derecho fundamental. El registro es de naturaleza declarativa y no constitutiva del derecho al voto, aunque no existe un derecho subjetivo a tal inscripción aislado del sufragio. Por ello, la posibilidad de impugnar el padrón ante la omisión o incorrección de los datos personales (dimensión objetiva del derecho a formar parte del padrón) salvaguarda la dimensión subjetiva del derecho al registro en el padrón.

En segundo lugar, el aludido padrón es el punto de partida para la "ordenación del derecho de sufragio activo"[154]. Sin él, cualquier intento de planificación y de ejecución de un proceso electoral resultaría imposible. Dicho instrumento proporciona a los demás organismos electorales información nuclear para el cumplimiento de sus funciones. En el caso de la ONPE, la ruta que seguirá la planificación de cada una de las etapas de la elección o consulta popular (desde la cantidad de material que se producirá hasta el número de oficinas desconcentradas y de mesas de sufragio que se instalarán) tiene como mapa elemental al número de electores y su correspondiente ubicación geográfica[155]. Sobre

---

Judicial, centros de salud públicos o privados que intervienen en el proceso de certificación de nacimientos o defunciones.

[154] STCE 86/2003, de 8 de mayo de 2003, FJ. 6.

[155] El artículo 203 LOE establece la información que deberá proporcionar el padrón electoral. En él se consignan los nombres y apellidos y el código único de identificación de los inscritos, la fotografía y firma digitalizadas de cada uno, los nombres del

el Jurado Nacional recaen los mandatos constitucionales de fiscalizar el registro electoral y de velar por la legalidad del sufragio, los cuales demandan que éste cuente con la información que el padrón proporciona.

En tercer lugar, únicamente el último padrón electoral elaborado por el RENIEC es el instrumento autorizado por el legislador como referente para el cotejo de las firmas de adherentes. La inscripción de una organización política o la presentación de una iniciativa de participación ciudadana (iniciativa legislativa, proyecto de reforma constitucional, referéndum, acción de inconstitucionalidad o de revocatoria de autoridades) exigen, entre sus requisitos, un porcentaje del respaldo popular traducido en un listado de firmas de adherentes. Las firmas serán declaradas inválidas si los números de los documentos de identidad o las rúbricas de los planillones que adjuntan los promotores no coinciden con los consignados en el último padrón. Si estos listados están incompletos, las organizaciones políticas se quedarán en la puerta de la inscripción, y las iniciativas de democracia participativa no serán admitidas a trámite por el Jurado Nacional de Elecciones.

El voto genera un vínculo inseparable entre el RUI, el Documento Nacional de Identidad (DNI), el padrón electoral y la elección. Primero, porque el RUI es la principal fuente de alimentación del padrón y de él

---

distrito, la provincia y el departamento y el número de Mesa de Sufragio. A través de la Resolución 1101-2006-JNE, publicada el 25 de mayo de 2006, el JNE precisó que el padrón electoral debe incluir además: el código único de identificación, el dígito de verificación, grupo de votación con "su respectivo ubigeo", apellido paterno, apellido materno, nombres, fecha de nacimiento, sexo, código de grado de instrucción, domicilio, fecha de inscripción, fecha de emisión y fecha de la última modificación de datos registrados hasta la fecha del cierre del padrón electoral. Luego gracias al padrón se puede estimar la cantidad de material electoral que deberá producirse (número de electores), cuántas mesas de sufragio deberá conformarse y cuántas podrían fusionarse y de qué manera (número de electores, código único de identificación, ubicación geográfica), quiénes son candidatos a miembros de mesa (grado de instrucción, edad de los ciudadanos); y, en consecuencia, cómo y dónde deberá efectuarse la capacitación a los miembros de mesa sobre sus funciones en la Mesa de Sufragio o sobre cómo votar (número de electores), entre otras actividades organizativas.

nace el código único de identificación que se reflejará en el DNI. Segundo, porque el DNI, además de ser la cédula de identidad para todos los actos civiles, comerciales, administrativos y judiciales, "es el único título de derecho al sufragio de la persona a cuyo favor ha sido otorgado"[156]. Sin DNI el particular no puede votar.

Por contraste, en el proceso electoral español el ciudadano debe estar inscrito en el censo electoral con independencia del documento que utilice para identificarse en el acto de votación. El pasaporte o el permiso de conducir son tan válidos como el documento oficial de identidad siempre y cuando aparezca la fotografía del titular (art. 85 LOREG). En el caso peruano, la exclusividad del DNI se encontraría relacionada con la obligatoriedad del voto. En todo trámite administrativo, notarial o judicial el particular necesitará acreditar el cumplimiento del "deber" de votar, a través del sello u holograma que los miembros de mesa imponen en el DNI el día de la votación.

Finalmente, portar el documento de identidad el día de la votación es una condición necesaria pero no suficiente para el sufragio. Si el ciudadano no figura en la lista de electores de la Mesa no podrá votar. El padrón tiene la última palabra.

La conexión indivisible entre derecho de sufragio y padrón electoral otorga a la completitud de éste un lugar central en toda elección o consulta popular. La legitimidad de origen de las autoridades se vería cuestionada si el cuerpo electoral que lo eligió o buena parte de él no se encontrase legalmente habilitado para ello. Se le ampara y fiscaliza porque, a través de él, se garantiza tanto la dimensión subjetiva como la

[156] Art. 26 LORENIEC. En este mismo sentido, el artículo 88 del Decreto Supremo Nº 015-98-PCM, del 23 de abril de 1998, que aprueba el Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil dispone que "el DNI constituirá el único documento que permita ejercer el derecho de sufragio a su titular".

dimensión objetiva del derecho de participación política: que el elector pueda votar porque aparece en el padrón y que la elección sea conforme a ley, porque están todos los que son.

Aunque un registro sin margen de error carece de todo precedente, uno que contenga un elevado nivel de inexactitud, ya sea por datos no actualizados o por información incompleta o falsa, se convierte en un padrón manipulado que alienta el fraude. En palabras de SÁNCHEZ, el *principio de exactitud* constituye un "mandato de optimización" a los poderes públicos. En su elaboración y mantenimiento deberán utilizar los medios que sean racionalmente adecuados para lograr que éste sea lo más exacto posible[157]. Sólo un padrón "tendencialmente exacto" permite la realización de los principios de universalidad, igualdad y libertad de sufragio; y, que los ciudadanos cumplan con su deber de votar. Por ello, el Estado encomienda a los tres órganos electorales su elaboración, resguardo y verificación según veremos con mayor detalle en el segundo capítulo. Y es que el censo o padrón electoral es "el eje de todo el proceso electoral"[158].

2.6.2. ¿Cuántos padrones electorales?

El legislador peruano contempló tres registros electorales distintos, a diferencia del español que, aunque contenga dos registros (Censo de Españoles Residentes – CER y el Censo de Españoles Residentes Ausentes - CERA) y dos ampliaciones (el Censo Electoral de Extranjeros residentes en España, para municipales, y el censo para elecciones al

---

[157] SÁNCHEZ MUÑÓZ, Óscar. "Las garantías de la exactitud del censo en el derecho electoral español", *Revista de las Cortes Generales,* nº 51, 2000, p. 77.

[158] DELGADO-IRIBARREN, Manuel. "El ciudadano… ob. cit., p. 80.

Parlamento europeo) lo trata como censo electoral único destinado a toda clase de elecciones[159]. En cuanto al criterio central para la construcción del censo, en la experiencia española la materia prima es el empadronamiento proporcionado a la Oficina del Censo Electoral por los ayuntamientos (CER) y los consulados (CERA). Por mandato legal, actualizan la información como el cambio de domicilio y los trámites de altas y bajas de los españoles que vivan en su demarcación[160]. En la peruana, el RENIEC centraliza todo registro del estado civil y las actualizaciones domiciliarias y en colaboración con los consulados, para el caso de los peruanos residentes en el extranjero. Luego el criterio central es el código único de identificación que se obtiene con la inscripción en el RUI y que es administrado por el RENIEC.

Este contraste en la definición del padrón o censo entre ambas experiencias y su relación con el derecho de sufragio es más comprensible, si ponemos atención en la extensión de la titularidad de este derecho para cada elección o consulta popular y a los criterios utilizados para su construcción.

El número de procesos electorales en los que participan los ciudadanos nacionales residentes en el extranjero ha sido determinante para la definición del padrón y del propio sistema electoral. En este punto será

---

[159] Conformado por el censo de residentes en España; el censo de españoles residentes-ausentes en el extranjero y un tercer censo que se construye para elecciones municipales o para representantes ante el Parlamento Europeo. Compuesto, en el primer caso, por extranjeros residentes en territorio español; y; por ciudadanos comunitarios en el segundo caso (art. 31 LOREG modificado por la LO 2/2011 de 29 de enero). En la experiencia española, la unicidad del censo tuvo que ser esclarecida por el Tribunal Constitucional debido a unas normas pre-constitucionales del Reglamento electoral de Euskadi que dotaban de competencias en materia censal a dicha Comunidad Autónoma. En: STCE 154/1988, del 21 de julio de 1988.

[160] Con la versión original del art. 36 LOREG los consulados actualizaban el CERA de modo similar que los Ayuntamientos. Con la modificación introducida por la Ley Orgánica 2/2011 de 29 de enero, *por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General,* los cambios de adscripción a una nueva circunscripción se admitirán solamente si existe causa suficiente y justificada para ello. Se agrega que una vez cerrado el censo para cada elección, no se tendrán en cuenta los cambios de adscripción en el año anterior a la fecha de la convocatoria.

ilustrativo hacer un ejercicio comparativo entre las experiencias peruana y española. En España, originalmente los residentes-ausentes elegían a toda autoridad pública representativa sometida a sufragio universal. Con una modificación llevada a cabo en enero de 2011 dejaron de elegir autoridades municipales[161]. Esto quiere decir que sus ciudadanos residentes en el extranjero votan en elecciones a Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, miembros de las Asambleas de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y diputados al Parlamento Europeo (cuando se opte por la elección en España). En Perú, sólo participan en elecciones generales (Presidente y Vicepresidentes de la República y representantes ante el Congreso) y en consultas populares de circunscripción nacional (referéndum). No eligen ni autoridades regionales, ni municipales. Tampoco participan en consultas populares de alcance regional o local, como las revocatorias. Esto significa que el padrón de nacionales residentes en el extranjero se configura para procesos puntuales[162].

---

[161] A través de la Ley Orgánica 2/2011 de 29 de enero, *por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General,* entre otros, se modificó el artículo 2, según el cual, "en el caso de elecciones municipales, incluidas las elecciones a Cabildos, a Consejos Insulares, al Consejo General del Valle de Arán y a Juntas Generales es indispensable para su ejercicio estar inscrito en el Censo de Españoles Residentes en España"; y el art. 75 por lo que los residentes ausentes ya no podrán votar en elecciones municipales y tampoco podrán ser candidatos en dichos comicios. Para mayor información sobre el funcionamiento del CERA, véase los trabajos de: RAMOS VADILLO, Alejandro. "Gestión del voto por correo por la Oficina del Censo Electoral en España", en: *Colectivos con Dificultades para el Ejercicio del Derecho de Sufragio*, Ministerio del Interior (editores), Dykinson, Madrid, 2003; BRUGAROLAS MASLLORENS, Guillermo. "Ejercicio del derecho de sufragio activo por los españoles residentes en el extranjero. Análisis de situaciones. Normativa actual. Perspectivas de futuro", *Colectivos con dificultades para el ejercicio del Derecho al sufragio",* Ministerio del Interior (editores), Dikynson, Madrid, 2003; RODRÍGUEZ, Ángel. "Los Electores Comunitarios en España: Dificultades de registro y propuestas de reforma en el procedimiento de inscripción en el censo electoral de los ciudadanos de la Unión Europea", en: *Los retos del sistema electoral,* BIGLINO, Paloma (directora), Madrid, IUSTEL, 2008.

[162] Sobre los peruanos residentes en el extranjero, el título IX de la Ley Orgánica de Elecciones sobre *las actividades preliminares al sufragio* desarrolla las reglas para la construcción y control del padrón electoral. En el título X se hace alusión al "padrón de electores residentes en el extranjero" como un listado distinto al padrón nacional aunque elaborado por la misma autoridad pública (art. 281 LOE).

Ahora bien, como no se encuentran registrados según regiones o último domicilio en territorio peruano, en elecciones de representantes para el Congreso de la República los peruanos residentes fuera del territorio nacional actúan como electores de la circunscripción Lima centro (Lima capital). Más allá de los problemas de representación política de esta opción legislativa, ella permite la construcción de un padrón único y facilita el voto directo en las oficinas consulares. En España sus votos se asignan a los candidatos de las circunscripciones en las que se encuentran inscritos, acatándose el principio de representación política. Desde mi punto de vista, estas medidas respetuosas del derecho al sufragio son formalmente viables porque han implementado el voto postal. Existe tanto para ciudadanos residentes en territorio nacional como en el extranjero, aunque el Consejo de Estado opine que se debería restringir el voto postal a situaciones excepcionales para favorecer el voto personal y directo[163]. En la experiencia peruana, el voto postal no ha sido implementado pese a que las autoridades electorales cuentan con un marco jurídico permeable a esta modalidad. El proyecto de ley presentado por el JNE ante el Congreso de la República sobre el sufragio de nacionales residentes en el extranjero daría cuenta que los problemas organizativos electorales han sido determinantes para restringir dicha modalidad[164].

---

[163] La Ley Orgánica 2/2011 de 29 de enero, recogió la sugerencia del Consejo de Estado de implementar el voto personal en los consulados (Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General, de 24 de febrero de 2009, pp. 84 y ss. Disponible en: (http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf) (20-03-2011)). Según el nuevo art. 75 numeral 5 LOREG, los electores que viven en el extranjero podrán optar entre ejercer su derecho al voto por correo o por depositar personalmente el voto en la urna habilitada por las oficinas o secciones consulares en las que estén inscritos.

[164] Con el proyecto de Ley No. 2838/2008-JNE del 5 de noviembre de 2008, el Jurado Nacional de Elecciones propuso que se amplíen los plazos de los actos preparatorios de la elección para facilitar esta modalidad de sufragio.

El otro registro corresponde al de los extranjeros a quienes se les autoriza a votar y a presentarse como candidatos. Se les permite el voto sólo para comicios municipales atendiendo al criterio de residencia y se restringe de acuerdo al de seguridad nacional. Los extranjeros residentes en los municipios distritales y provinciales de frontera no podrán elegir ni ser elegidos. En la experiencia española, el voto era de titularidad exclusiva del nacional. Su ingreso a la Unión Europea determinó que la Constitución fuese modificada para permitir a los ciudadanos comunitarios en territorio nacional que elijan a representantes ante el Parlamento Europeo y municipales. En la actualidad, el sufragio se va extendiendo a extranjeros no comunitarios, pero siempre para elecciones municipales[165].

A los extranjeros residentes que participan en comicios municipales se les asigna un código de identificación especial y vigente para la elección convocada. Este código no se articula con los códigos del padrón electoral por lo que se crea, de modo *ex profeso*, un registro independiente. El Registro Electoral de Extranjeros Residentes en el Perú se caracteriza por su temporalidad: cuenta con fecha de apertura concreta (cada vez que se convoque oficialmente a proceso de elecciones municipales) y rige, únicamente, durante el periodo electoral de la elección convocada. Si los extranjeros residentes desean volver a

[165] El voto de los extranjeros en elecciones municipales es un caso particular. La Constitución peruana restringe el sufragio "a los ciudadanos en goce de su capacidad civil" (art. 31 CP) sin admitir las excepciones que encontramos, por ejemplo, en el artículo 13.2 de la Constitución española. Luego de la reforma constitucional del 27 de agosto de 1992, el texto dispone que "solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales". De esta manera, la antigua exclusividad de la titularidad de los derechos políticos del artículo 23 ("solamente los españoles") fue abierta a los extranjeros atendiendo al criterio de reciprocidad (lo que pueda establecer por Tratado o Ley) y para las elecciones municipales. En la actualidad, se discute la posibilidad de que la reciprocidad se transforme en residencia.

participar en otros comicios municipales, deberán inscribirse otra vez[166].

Como la Comunidad Andina tiene pendiente el establecimiento de la ciudadanía comunitaria (a diferencia de la Unión Europea), sólo los nacionales participan en los comicios de representantes al Parlamento Andino[167]. Los nacionales de los otros Estados Miembros de la Comunidad Andina (Bolivia, Ecuador, Colombia y Venezuela) que residan en el Estado peruano deberán sufragar en sus Estados de origen.

---

[166] El artículo 7º de la Ley de Elecciones Municipales que confiere expresamente dicha titularidad (sufragio activo y pasivo) a los extranjeros residentes para elecciones municipales, tendría como asidero constitucional el segundo párrafo de su artículo 31 que dispone que "es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación". A través de la Resolución No. 1155-2006-JNE se aprobó el reglamento de inscripción de extranjeros residentes en el Perú para las Elecciones Municipales del año 2006. Pueden inscribirse en este registro todos los extranjeros que residen en territorio peruano por lo menos dos años consecutivos y siempre que no se encuentren en municipios de frontera. La seguridad nacional sería el principal fundamento para que en los municipios de frontera, ya sea provinciales o distritales, los extranjeros no puedan elegir ni ser elegidos. No existen restricciones relacionadas con criterios de reciprocidad electoral contenidas en Tratados suscritos por el Estado peruano como ocurre en el caso español, según vimos anteriormente (art. 13º CE, arts. 31º, 176º y 210º LOREG).

[167] Según el Acuerdo de Cartagena forman parte de la Comunidad Andina: Bolivia, Ecuador, Colombia, Venezuela y Perú. Con el Decreto Supremo Nº 078-2002-RE se ratificó el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, modificatorio del Tratado Constitutivo de 1979 y el Protocolo Adicional al Tratado Constitutivo del Parlamento Andino sobre Elecciones Directas y Universales de sus Representantes. En dichos instrumentos internacionales se consagra el sufragio universal, directo y secreto de los representantes de cada uno de los Estados Miembros ante el Parlamento Andino con una periodicidad de cinco años, pero mientras se establece un régimen electoral uniforme, el régimen de elección será el previsto por la legislación interna de cada Estado. De una lectura sistemática de dichos tratados, no se infiere la consagración de una ciudadanía comunitaria. La decisión 503 de la Comunidad Andina sobre Reconocimiento de documentos nacionales de identidad es un primer paso para el libre tránsito, pero más que un esfuerzo encaminado hacia una ciudadanía comunitaria, se dirige hacia la formación de un Mercado Común Andino. Esta decisión dispone, esencialmente, que los nacionales de cualquiera de los Países Miembros podrán ser admitidos e ingresar a cualquiera de los otros Países Miembros, en calidad de turistas, mediante la sola presentación de uno de los documentos nacionales de identificación, válido y vigente en el país emisor, sin necesidad de cumplir con el requisito de visa consular.

La información que alimenta el padrón y su construcción son responsabilidad del RENIEC. No se prevén varios actores como ocurre en la experiencia española. La creación de dicha entidad con la Carta de 1993 excluyó a municipios, gobiernos regionales o dependencias del gobierno central, del acceso o eventual manipulación de aquella información. Podría entenderse que el caso de los ciudadanos residentes en el extranjero es una excepción a la regla, pero la participación de los consulados se circunscribe al acto de votación. Para el acto de registro o de modificación domiciliaria o de expedición de documentos de identidad actúan como meras ventanillas de atención que trasladan las solicitudes al RENIEC. El trámite es a pedido de parte, nunca de oficio. El RENIEC es el celoso titular exclusivo de la preparación y elaboración del padrón electoral.

2.6.3. Las garantías del padrón electoral

El período electoral presenta una mayor riqueza en garantías para el padrón que en periodo no electoral. En época no electoral el mandato de actualización permanente del padrón tiene como única garantía de su cumplimiento que el RENIEC deba remitir al JNE y a la ONPE la relación de inscripciones agregadas o eliminadas a nivel nacional cada tres meses (art. 204 LOE). El control del padrón en esta época es tenue, ya que no se prevén muestreos, ni consecuencias frente a su eventual inexactitud, ni se impone al RENIEC el deber de poner el padrón actualizado a disposición de la ciudadanía. Entonces, no llama la atención que no se habilite, pero tampoco se prohíba, un procedimiento de reclamaciones contra errores u omisiones. A diferencia de la experiencia española donde es posible reclamar ante la Oficina del Censo Electoral, primero, y ante el Poder Judicial, después (art. 38.3 y

38.5 LOREG). Este censo tiene como primera garantía el procedimiento de reclamaciones sobre los datos censales ante las Delegaciones Provinciales de la OCE, frente a sus actos de actualización permanente. Sus decisiones son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esto es posible porque las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral mantienen a disposición de los interesados el censo actualizado para su consulta permanente (a través de los Ayuntamientos, Consulados o en la propia delegación provincial). Con la modificación introducida por la LO 2/2011 de 29 de enero, se introdujeron dos garantías adicionales. La primera es que la OCE deberá revisar el censo a fin de detectar aquellas circunscripciones donde se haya producido una alteración "significativa y no justificada" del número de residentes, respecto a lo cual, llevará a cabo "informes, inspecciones y, en su caso, expedientes". La segunda es que los resultados de aquellos deberán ser comunicados a la Junta Electoral Central.

En periodo electoral, *la primera garantía* es la fecha de cierre del padrón (ciento veinte días anteriores al día de la votación según Ley 27764, publicada el 26 de junio de 2002). En este periodo se proscribe las inscripciones (nuevos electores), las modificaciones al domicilio, nombre o cualquier otro dato que pueda alterar el padrón. Esto quiere decir que los ciudadanos que se den de alta en el Registro Único de Identificación durante esos ciento veinte días no serán incorporados en el padrón, y en consecuencia, no gozarán de capacidad electoral para la elección o consulta en curso. De la exactitud del padrón deriva la intangibilidad de las listas de electores que reproducen la información del padrón y que elabora la ONPE. *La segunda garantía* se traduce en los medios de impugnación. Tanto el recurso previsto contra las inexactitudes del padrón una vez que éste ha sido publicado (a cargo del RENIEC), como el recurso contra las decisiones de la autoridad administrativa emitidas frente a estas reclamaciones (a cargo del Tribunal Electoral)· Una vez

que se produce el cierre del padrón, el RENIEC debe someter su información a la verificación de la población, publicándolo en un lugar visible de sus oficinas distritales o en los municipios de las circunscripciones electorales. Frente al error de la autoridad en el registro de los datos personales o por la exclusión del padrón se prevé una reclamación ante el RENIEC en el plazo breve y perentorio de cinco días, y sus decisiones son recurribles, a su vez, ante el Jurado. *La tercera garantía* se relaciona con la titularidad para impugnar: cualquier elector u organización política reconocida o que hubiese solicitado reconocimiento en el registro de organizaciones políticas; en suma, todo ciudadano hábil. A través de la impugnación se puede solicitar que se eliminen o tachen los nombres de los fallecidos, de los inscritos más de una vez y los que se encuentran comprendidos en las inhabilitaciones de la legislación electoral. *La cuarta* es la "aprobación de su uso" una vez concluido el periodo de impugnaciones (art. 201º LOE). Que no es otra cosa que el cumplimiento del deber de "fiscalizar (…) la elaboración de los padrones electorales" por parte del Jurado Nacional de Elecciones (art. 178.1º CP). Dicha aprobación debe producirse en un breve plazo de diez días contados a partir de su recepción. Caso contrario, éste queda "automática y definitivamente aprobado". Pese a su aprobación, el Jurado podría ordenar de oficio una nueva revisión ante denuncias de posibles irregularidades efectuadas por los particulares.

La intangibilidad del padrón electoral se convierte en un interés jurídico superior al derecho fundamental de sufragio activo ya que si un ciudadano no figura en el padrón por error u omisión el día de la votación, la Mesa de Sufragio no puede permitirle votar. Este es un indicio de que en la experiencia peruana, las garantías proporcionadas a la elección se convierten en un bien jurídico mayor que el derecho al voto. Una situación que podríamos calificar como una tendencia a la

funcionalización del sufragio que se hará más evidente en la obligatoriedad del voto.

3. EL SUFRAGIO COMO UN DERECHO DE ORGANIZACIÓN: LA FUNCIONALIZACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL Y LA ELECCIÓN

El derecho de sufragio también es entendido como un derecho "funcional" porque conecta a electores y elegidos a través de la elección. La función de producir representación política ha sido determinante para que en la práctica el orden de los factores se trastoque y se convierta en un medio para un fin mayor. El punto de partida para esta discusión es su condición de derecho o función[168]. Como función, en el caso europeo ha permitido la integración de los ciudadanos comunitarios y la legitimación de Europa como un orden político establecido; y en el peruano, legitimar la continuidad del sistema democrático frente al elevado déficit de legitimidad de ejercicio que padecen sus autoridades públicas representativas. La dimensión objetiva del sufragio se sobredimensiona y recibe una tutela incluso mayor que la dimensión subjetiva. Su condición de derecho fundamental pasa a un segundo plano, según veremos a continuación.

3.1. El sufragio como mecanismo de integración: la experiencia europea

[168] Al respecto véase el trabajo de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "La Libertad de Expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 32, 1991, p. 93.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos nació como consecuencia de las secuelas que dejaron las dos guerras mundiales; específicamente, por las terribles violaciones perpetradas contra los derechos humanos y para desincentivar la posibilidad de otro holocausto. Su conexión con la tutela de los derechos políticos no fue tan evidente en sus inicios. Cuando el Protocolo Adicional al Convenio Europeo reconoció el derecho a elecciones libres como un compromiso de los Estados Partes omitió caracterizar al sufragio como uno de los derechos protegidos por dicho instrumento internacional:

> Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos. "Artículo 3.- Derecho a elecciones libres. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo".

Este reconocimiento parcial no fue óbice para que la jurisprudencia del TEDH edificase su aparición en el escenario de la protección subsumiéndolo, primero, en la "garantía institucional de elecciones libres", para luego convertirlo en un derecho subjetivo. Todo ello a partir de una lectura conjunta del Preámbulo (donde se consagró la democracia como único modelo político compatible con el Convenio) y del "compromiso" de organizar elecciones libres, derivado del referido artículo tercero[169]. Se evidencia que el reconocimiento del sufragio como derecho fue paulatino y más jurisprudencial que normativo.

---

[169] Para tener un mayor detalle de la evolución jurisprudencial del TEDH sobre el artículo 3 del Protocolo 1 del Convenio, véase los trabajos de María Vicenta GARCÍA SORIANO. "El artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio de Roma de 1950: análisis del derecho a unas elecciones libres", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, Núm. 14/15, 1996, pp. 215-237; y de Javier GARCÍA ROCA. "Del compromiso Internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (Art. 3P1 CEDH), en: *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coordinadores), 2da. ed., CEPC, Madrid, 2009.

En opinión de GARCÍA ROCA los avances producidos en el marco de la Unión Europea respecto al derecho de participación política es uno de los pocos casos en que "la Unión ha ido por delante del Convenio". Desde mi punto de vista, la Unión ha ido por delante del Convenio, pero no para salvaguardar el sufragio como un derecho humano, sino para promover la integración europea. Quizá por ello, como bien concluye el mencionado autor, el 3P1 parezca más una garantía de la libre expresión en el ejercicio del sufragio que el sufragio como derecho[170].

En este punto será preciso hacer un paralelo entre el Convenio y los Tratados Constitutivos de las tres Comunidades Europeas (TCU). Estos fueron suscritos con distintos propósitos: el primero, con un fin tuitivo de derechos y, los segundos, para promover la integración económica. El primero nace como consecuencia de las secuelas que dejaron las dos guerras mundiales. El Convenio pretendió conseguir la protección internacional de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho. La Comunidad Europea, hoy Unión Europea, tuvo a la integración económica como objetivo primordial. Por eso, el Tratado de París de 1951 creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), y con el Tratado de Roma de 1957 se crearon la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom).

La mejor estrategia para un intercambio comercial pasa por el libre tránsito entre los estados miembros (la libre circulación de personas y de mercancías). En este contexto era comprensible que fuese ciudadano de la Unión toda persona que ostentase la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea[171]. Como la soberanía estatal sería la regla, y la cesión de parte de esa soberanía a la comunidad, la

---

[170] GARCÍA ROCA, Javier. "Del compromiso Internacional…, ob. cit., p. 904-924.

[171] Tratado de Maastricht, del 7 de febrero de 1992.

excepción, la ciudadanía europea sería complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional. Se construyó una ciudadanía estrictamente jurídica, a partir de un tratado, para facilitar el intercambio comercial, la libre circulación y la libre residencia.

Por ello, la redacción del art. 19 del TCU refleja que el sufragio fue implementado en la UE más como un mecanismo de integración europea que como un derecho fundamental en sí mismo[172]. Circunscribió su titularidad y ejercicio al ámbito municipal y al europeo restringiendo su contenido respecto al voto para la conformación de los gobiernos nacionales o subnacionales de los Estados Miembros. Desde mi punto de vista, decidieron ser permisivos con la elección de alcaldes y regidores por las características que estas autoridades presentan. El gobernante municipal es un gestor público, un buen vecino, más que una autoridad pública representativa, y sus decisiones tienen directa relación con los intereses de los vecinos. Luego para elegirlo no se requiere formar parte del *demos* o ser miembro pleno de una comunidad política, pero una medida como ésta fomentaría que los ciudadanos comunitarios se involucren e integren en el lugar de residencia. Algo similar viene ocurriendo con la política que está adoptando el Estado español respecto a sus inmigrantes. La propuesta de conferir el voto a extranjeros en España se sustenta en los criterios de justicia (los extranjeros deberían participar en el proceso de toma de decisiones que les afectarán directamente), pero más en el de

---

[172] El artículo 19 del TCE reconoce en su apartado 1 que todo ciudadano comunitario que "resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Este derecho se ejercerá sin perjuicio de las modalidades que el Consejo adopte, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo; dichas modalidades podrán establecer excepciones cuando así lo justifiquen problemas específicos de un Estado miembro". Bajo las mismas condiciones, el artículo 19.2 permitía a dicho ciudadano ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo.

integración social del inmigrante[173], o en el mantenimiento del "necesario grado de representatividad de (los) gobiernos locales"[174].

En las características del voto se resalta la igualdad de trato entre ciudadanos comunitarios con independencia de si son o no nacionales del Estado Miembro. El mismo artículo 19 otorga al Consejo el poder para configurar este derecho de acuerdo a los intereses europeos, siendo posible que dicho contenido sea limitado o configurado en atención a las necesidades de alguno de los Estados Miembros. Una disposición similar se encuentra en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (conocida como Carta de Niza) que fue reconocida por el Tratado de Lisboa de reciente entrada en vigencia[175].

---

[173] El Consejo de Estado propuso pasar del criterio de reciprocidad a la residencia efectiva del enorme porcentaje de extranjeros residentes en territorio español, pero sólo para elecciones municipales (Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General del 24 de febrero de 2009, pp. 38-39, disponible en: (http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf) (10-05-2011). Mientras tanto, se han llevado a cabo los canjes de notas constitutivos de Acuerdo de participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro entre el Reino de España y: el Estado plurinacional de Bolivia (Madrid, 15 de setiembre de 2009); las Repúblicas del Cabo Verde (Praia, 8 de abril de 2009), Chile (12 de mayo de 2009), Colombia (Madrid, 5 de febrero de 2009), Ecuador (Quito, 25 de febrero de 2009), Islandia (Madrid y Paris, 31 de marzo de 2009), Noruega (Madrid, 6 de febrero de 2009), Nueva Zelanda (Wellington, 23 de junio de 2009), Paraguay (Madrid y Asunción, 21 de junio 13 de mayo de 2009) y Perú (19 de mayo de 2010). En este sentido, los nacionales de dichos países y residentes en España podrán votar en elecciones municipales, como de hecho ocurrió en el proceso electoral municipal español de 2011.

[174] SANTOLAYA, Pablo. "Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio", *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, REVENGA, Miguel y SANTOLAYA, Pablo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 80.

[175] Con el artículo 6º del Tratado de Lisboa que modificó el citado artículo del TUE, la Unión reconoce los derechos, libertades y principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7 de diciembre de 2000 (Carta de Niza) otorgándoles el mismo valor jurídico de los Tratados. Invoca a las instituciones, órganos de la Unión y a los Estados Miembros a que respeten los derechos, observen los principios y promuevan su aplicación con arreglo a sus competencias. Pero, en particular, determina que la Unión "se adherirá" al Convenio Europeo (y al 3P1 para el tema que nos convoca), aunque no especifica cuándo ocurrirá. Adicionalmente y bajo la misma lógica que con la Carta de Niza, dispone que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio y los que sean fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte "del Derecho de la Unión como principios generales".

Entonces, es posible concluir que el sufragio nace como un instrumento de integración en la Unión, ha adquirido progresivamente la condición de un derecho tutelable por ella, pero el margen de apreciación de los Estados podría limitarlo de modo considerable.

3.2. El sufragio como medio para legitimar una elección: el voto obligatorio

A diferencia de otros derechos fundamentales, la relación indivisible entre la participación política y el modelo democrático de gobierno ha sido determinante para que se privilegie la legitimidad del orden político y del origen de los representantes frente a la libertad personal en su ejercicio[176]. Entre las democracias más antiguas que tienen voto obligatorio para las elecciones se encuentran: Australia, Bélgica y Luxemburgo. En Latinoamérica, la libertad y la obligatoriedad del sufragio conviven en un mismo texto constitucional en Ecuador[177], Argentina[178], Costa Rica[179] o, en Colombia, cuya Constitución (de modo similar a la peruana) recoge al sufragio como "un derecho y un deber

---

[176] Uno de los sustentos de la obligación de votar lo encontraríamos en la perspectiva de JELLINEK sobre la relación entre el ciudadano y el Estado. Los ciudadanos son miembros del Estado (en tanto sujetos del derecho) como objetos de su poder debido a su *imperium* (sujetos de deberes), en: *Teoría General del Estado,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 380.

[177] En la experiencia ecuatoriana, el voto es universal, igual, directo y obligatorio, para las personas mayores de dieciocho años y, facultativo, para las personas entre dieciséis y dieciocho años, para los ciudadanos ecuatorianos que residen en el extranjero, los integrantes de las fuerzas armadas y policiales y las personas con discapacidad (Art. 62.2 Constitución Ecuatoriana 2008)

[178] La Constitución Nacional Argentina dispone que "esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio" (artículo 37).

[179] Constitución Política de la República de Costa Rica: "Artículo 93.- El sufragio es función cívica primordial y obligatoria y se ejerce ante las Juntas Electorales en votación directa y secreta, por los ciudadanos inscritos en el Registro Civil".

ciudadano". En este panorama Latinoamericano, México[180] y Venezuela[181] destacan porque el voto es facultativo, y en Chile, la abolición de la obligatoriedad es de data reciente[182]. Entre las condiciones mínimas de los derechos políticos que la Convención Americana establece no prevé la obligatoriedad, aunque tampoco la proscribe; y la escasa jurisprudencia de la CIDH ha guardado silencio sobre esta característica[183].

El Alto Tribunal peruano sí se ha pronunciado al respecto. En un ejercicio de concordancia práctica ha procurado configurar el contenido del voto libre para compatibilizarlo con el voto obligatorio. Desde su punto de vista, la opción del constituyente obedece a la necesidad de "forjar una identidad ciudadana con los principios consubstanciales a la participación política y la democracia". Comprende a la libertad del

---

[180] En la Constitución Mexicana de 1917 existen varias disposiciones que caracterizan al sufragio como "universal, libre, secreto y directo", como son: los artículos 41.1 (sobre la participación de la ciudadanía en los partidos políticos), 116.IV.a) (sobre las garantías del poder electoral) y 122, C. Base primera.V.f) (sobre las funciones de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al legislar sobre el derecho de sufragio).

[181] El artículo 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 2007 dispone que "El sufragio es un derecho. Se ejercerá mediante votaciones libres, universales, directas y secretas. La ley garantizará el principio de la personalización del sufragio y la representación proporcional".

[182] El artículo 15 de la Constitución chilena de 1980 disponía que "en las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario y secreto. Para los ciudadanos será, además, obligatorio (...)". Con el artículo único de la Ley nº 20337, *reforma constitucional que modifica los artículos 15 y 18 de la Carta fundamental con el objeto de consagrar el sufragio como un derecho de los ciudadanos y su inscripción automática en los registros electorales,* publicada el 04 de abril de 2009, se reformó los preceptos constitucionales 15 y 18. En cuanto al sufragio, dispuso que "en las votaciones populares, el sufragio será personal, igualitario, secreto y voluntario". Sin embargo, la misma ley agregó a la Constitución una disposición transitoria (vigesimotercera), según la cual, la aludida reforma regiría cuando entre en vigencia "la respectiva ley orgánica constitucional" que contemple el sistema de registro electoral a cargo del Servicio Electoral. Sin embargo, a la fecha, no se ha publicado la aludida ley constitucional.

[183] Este derecho implica, a juicio de la Corte Interamericana, que los ciudadanos pueden decidir "directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos". Es decir, define como características esenciales del voto que éste sea directo, libre e igual, incorporando a la universalidad de ciudadanos. Caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia del 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), FJ. 147.

voto como contenido de la libertad ideológica del elector en las urnas y la escinde de la libertad física para acudir o no a votar, a la cual, por cierto, deja fuera de juego (o del contenido del derecho al voto), porque determina que la concurrencia es obligatoria. *Ergo,* voto libre equivale a voto secreto, y la libertad del voto "debe ser comprendida" como que:

> "a nadie puede conminarse a que se manifieste en un determinado sentido, de tal manera que su orientación sea consecuencia de una meditación personalísima "espontánea" (artículo 176º) (…) (Esta) 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)[184]".

El secreto del voto es una garantía para el ejercicio de las libertades de expresión e ideológica del elector. Son derechos de distinto contenido al de la libertad personal que, en este caso, se manifestaría en la libertad de concurrir o no a las urnas. Es característica intrínseca a este derecho y forma parte de su dimensión objetiva que el Estado no intervenga en la esfera personal de los particulares. Sin embargo, el constituyente optó por subordinar la libertad personal a la legitimidad democrática de origen de las autoridades representativas, a fin de paliar o equilibrar los problemas de legitimidad que tienen los tres poderes del Estado. El Congreso de la República y el Poder Judicial son los órganos más desprestigiados en las democracias Latinoamericanas y el Perú no escapa a esta tendencia[185].

Las fallidas iniciativas de reforma constitucional para convertir el sufragio obligatorio en facultativo abrieron el debate sobre las razones a favor y en contra de la liberalización del voto[186].

---

[184] STC 030-2005-ai, del 02 de febrero de 2006, FJ. 64.

[185] Me remito a la cita 49 que recoge los datos sobre la aprobación de las instituciones democráticas en América Latina de 2010.

[186] 23 de septiembre de 2008, el grupo parlamentario del Partido Aprista Peruano (APRA) presentó el proyecto de Ley No. 02706/2008-CR con el fin de reformar el artículo 31 de la Constitución e instaurar el voto facultativo. El 25 de noviembre del

La síntesis de los argumentos que esgrimen quienes están en contra del voto facultativo apunta a que la representación política se quedaría desprovista del necesario pluralismo que refleja un Estado multicultural como el Perú. Las minorías étnicas y los pobres quedarían fuera. Sólo ejerce el derecho a voto quien tiene Documento Nacional de Identidad, y quienes viven en zona de pobreza extrema carecen de recursos como para tramitar su emisión. El mayor porcentaje de indocumentados se localizan en zonas rurales y amazónicas y quienes cuentan con DNI deben movilizarse días completos para acudir al local de votación más cercano. Siguen siendo precarios los medios de transporte y las vías de comunicación que conectan a centros poblados ubicados a cuatro mil metros de altura o en el corazón de la Amazonía con las capitales de provincia. Esta condición los aísla del "Perú formal" y el voto facultativo

---

mismo año fue rechazado de plano y archivado por la Comisión de Constitución, porque a su juicio, "el Perú es un país cuya ciudadanía no está preparada para ejercer su derecho a voto de manera voluntaria". Fuente: Diario El Comercio *on line*, (http://www.elcomercio.com.pe/edicionimpresa/htlm/2008-05-27/comision-constitucion-rechazo-voto-voluntario-html). (24-04-2011). Esta fue la propuesta más reciente, porque anteriormente, a través del proyecto de Ley Nº 0095/2006-CR del 31 de agosto de 2006, se había planteado la misma propuesta con el mismo resultado: su archivo. Véase página web del Congreso de la República, disponible en: (www.congreso.gob.pe) (26-10-2010).

El fracaso del legislador lo condujo a reducir el importe de las multas y de las desproporcionadas sanciones administrativas implantadas con el Decreto Supremo 015-98-PCM o el denominado decreto de la "muerte civil". Conforme a dicha norma, se debía presentar el Documento Nacional de Identidad para: a) los casos en que la persona requiera acreditar su identidad; b) sufragar en elecciones políticas; c) solicitar la inscripción de cualquier acto relativo al estado civil u obtener certificaciones de los mismos; d) intervenir en procesos judiciales o administrativos; e) realizar cualquier acto notarial; f) celebrar cualquier tipo de contrato; g) ser nombrado funcionario público; h) obtener pasaporte; i) inscribirse en cualquier sistema de seguridad o previsión social; j) obtener o renovar la licencia de conducir de vehículo. A fin de poder realizar estos actos civiles, el DNI tenía que estar acompañado de la constancia o de la dispensa del sufragio. Caso contrario, no podrían efectuarse. Los omisos al sufragio se hacían acreedores a esta "muerte civil" así como a elevadas multas, que ascendían a un equivalente de ciento veinte euros, en un Estado donde el salario mínimo oscilaba en los ciento sesenta euros. A través de la ley 28859 de agosto de 2006 eliminó la denominada "muerte civil", disminuyó considerablemente el monto de las multas y dispuso su gradación según los niveles de pobreza. También condonó todas aquellas que se encontrasen pendientes de cobro antes de su entrada en vigencia; y dio por concluidos, todos los procedimientos de ejecución coactiva en trámite. Unas medidas que resultan plausibles porque coadyuvan a la eficacia de este deber ciudadano y que, al mismo tiempo, no afectan otros derechos fundamentales.

carente de multas los aislaría aún más, porque ya no contarían con ningún tipo de estímulo para participar en la vida política de un Estado al que consideran ajeno. Esta población votaría por temor a las multas[187].

A juicio de ADRIANZÉN, quienes atacan la obligatoriedad del voto provienen de la derecha o del Partido Aprista Peruano (APRA), único partido político histórico con militancia permanente. Como la población rural vota por las opciones nacionalistas o de izquierda, juzgan que el voto facultativo favorecería su ausencia de las urnas y el regreso a una democracia censitaria en el país[188]. El caso belga es ilustrativo. NOHLEN escribe que cuando se introdujo el voto obligatorio en 1893 se trataba, en esencia, de contrarrestar el riesgo de la manipulación del derecho de sufragio. Era necesario evitar que a consecuencia de la ignorancia sobre los derechos políticos recientemente adquiridos, o que a causa de la manipulación, muchos nuevos electores se abstuvieran de votar. De esta manera, se vinculó a la votación obligatoria con la proporcionalidad, acuñándosele la condición de correlato natural[189].

Desde mi punto de vista, los autores que sustentan el voto obligatorio en Perú adoptan una visión paternalista del electorado y tratan a estos grupos de electores como menores de edad que necesitan ser compelidos a votar porque carecen de suficiente conciencia ciudadana como para hacerlo libremente. Aprecian una intervención estatal en la esfera individual que el liberalismo desprecia, de un lado, pero que de otro, justifica en sociedades consideradas menores de edad ya que "el principio de libertad vale solamente para individuos en plenitud de

---

[187] Me remito a la cita inmediatamente anterior.

[188] ADRIANZÉN, Alberto, "La democracia, los votos y los pobres", disponible en: (http://clioperu.blogspot.com/2009/10/debate-sobre-el-voto-facultativo-en-el.html) (26-10-2010), o en Diario La Republica *online,* del 31 de octubre del 2009.

[189] NOHLEN, Dieter. *Sistemas Electorales del Mundo,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

facultades"[190]. Sin pretenderlo adoptan la máxima schumpeteriana de "educa al pueblo y déjalo votar libremente"[191]. No obstante, ¿por qué considerar que aquellos a los que se pretende proteger de la posible exclusión política no podrían ejercer un voto consciente y deliberado? Si tenemos en consideración que el constituyente incluyó en las cuotas de candidaturas las categorías de género, pueblos originarios y jóvenes, ¿por qué no esperar que sus miembros concurran a las urnas para obtener representantes en los órganos representativos? Los hechos del caso YATAMA contra Nicaragua son elocuentes[192]. Como la Corte Electoral retiró a los candidatos de la mayor organización etno-política del Atlántico Norte de la contienda electoral ("YATAMA" - siglas de Yapti Tasba Masraka Nanih Aslatakanka), se verificó un ausentismo en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur. Precisamente donde se asientan las poblaciones indígenas y étnicas.

Comprendo que el voto obligatorio incrementa la participación por el temor a la sanción, sin embargo, impide que el elector manifieste su desacuerdo con el sistema democrático. Algunos consideran que las papeletas o cédulas de sufragio en blanco y nulas constituyen una manifestación en contra del sistema porque es un "no voto" por las opciones políticas competidoras. Lo que esta opinión no tiene en cuenta es que si bien el voto nulo o en blanco (cuando es deliberado y no un producto del error humano) muestra una apatía por dichas opciones, impide al ciudadano mostrar su desacuerdo con el sistema que las

---

190 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo..., ob. cit.,* p. 73.

191 SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo...,* Ob. cit., p. 320.

192 "YATAMA" (siglas de Yapti Tasba Masraka Nanih Aslatakanka) es la mayor organización etno-política del Atlántico Norte. Aglutina a la población indígena y étnica nicaragüense que se localiza, esencialmente, en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur. Con una tradición oral, se acoge a la justicia comunal y organiza su democracia interna conforme a sus costumbres ancestrales. En el caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado de Nicaragua porque consideró que había vulnerado los derechos políticos de los candidatos de YATAMA y de la población de la Región del Atlántico Norte, en: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 23 de junio de 2005.

enmarca o canaliza. Pese a ser el soberano, el pueblo es forzado a renovar el pacto democrático. Volviendo al caso YATAMA, ¿por qué no respetar la decisión de las poblaciones indígenas de no ratificar un sistema que no los representa? Con el voto obligatorio se convierte al titular de la soberanía popular en órgano del Estado, en un medio para un fin mayor[193].

Esta responsabilidad sobre el sistema democrático debería ser trasladada al Estado, en primer lugar, a través de sus autoridades electorales. En ellas debería recaer la carga de facilitar el sufragio a todos los ciudadanos compeliéndoles a acercar los locales de votación a los centros poblados más apartados. También, de llevar a cabo agresivas campañas de educación y concientización ciudadana para fomentar la participación. En segundo lugar, a los partidos políticos. Así se verían forzados a funcionar como auténticas instituciones que animen a los electores a darles su voto. Como desventaja se presume que en un contexto político-partidario tan fragmentado como el peruano y con tendencia a la volatibilidad[194], los escasos recursos que reúnen

---

[193] Manuel ARAGÓN REYES es de la opinión que en los Estados latinoamericanos se ha sobredimensionado la vertiente objetiva del derecho en detrimento de la subjetiva. A su juicio, ello puede conducir a la excesiva limitación e incluso, desaparición del derecho en casos particulares bajo el argumento de que así "se garantiza mejor la "función" que el propio derecho realiza". Este autor sostiene que la base jurídica que justifica esta obligatoriedad está en la teoría que configura al cuerpo electoral como órgano del Estado, cuya consecuencia es la negación de la soberanía popular "en cuanto que introduce al propio pueblo en el seno de la personas jurídica estatal, pasando de ser el titular del poder a un mero órgano que ejerce, mediante el sufragio, una función pública. En: "Derecho de Sufragio: Principio y Función", *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina,* NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores), 2da. ed., México D.F., IIDH - Universidad de Heidelberg - IDEA - TEPJF, IFE, 2007, pp. 89 -103, pp. 98 - 99.

[194] El Perú adolece de un alto nivel de volatilidad que se traduce en una recomposición de "las identidades políticas y las lealtades organizacionales (…) de una elección a la siguiente" debido a la quiebra del sistema tradicional de partidos políticos. Alcántara sostiene que el nivel de volatilidad peruano es el más alto de la región (50%). Los otros dos más altos, Venezuela y Bolivia, alcanzan un nivel de 41% y de 35%. En el 2005 los países que presentaban niveles más bajos y en consecuencia con una tendencia a mantener porcentajes de apoyo electoral comparables a lo largo del tiempo eran: Chile (6%), Honduras (7%), El Salvador (10%) y México (13%), en: ALCÁNTARA, Manuel y GARCÍA, Fátima, "El carrusel electoral", Introducción al libro *Elecciones y Política en*

los nóveles partidos para convencer a los electores serían canalizados para promover su asistencia a las urnas. Sin embargo, la representación política podría ser más auténtica si el voto es facultativo que bajo un régimen de voto obligatorio. No se trata de convertir al sufragio y a la participación en un sistema de libre mercado, donde los electores son consumidores y los partidos, productores y que las opciones de compra se las lleve el mejor postor. Se trata de fomentar la formación y consolidación de una opinión política sobre la base de la información pública y el debate político, y no sobre la coerción.

Evidentemente, sin sufragio no hay democracia. El voto obligatorio y el *ballotage* serán elementos del sistema electoral que corresponden al margen de apreciación nacional de cada Estado que adopte como punto de partida que la votación baja podría ser un problema. Sin embargo, todas estas reflexiones me conducen a pensar que si el voto fuese facultativo se fomentaría su consolidación progresiva como derecho subjetivo. El Derecho Electoral se vería forzado a dejar de ser un derecho castigador del ciudadano para convertirse en un Derecho promotor de ciudadanía responsable. Para efectos del contenido de *lo electoral* o de la democracia formal que intento delimitar, el voto facultativo determinaría la abolición de las garantías que vienen afianzando la obligatoriedad impuesta por la Constitución normativa. La configuración legal del derecho disminuiría, y con ella esta tendencia a la "electoralización" que venimos presenciando, favoreciendo su tutela sustantiva.

América Latina, ALCÁNTARA, Manuel y GARCÍA, Fátima (editores), CEPC, Madrid, 2008, pp. 8-9.

4. LA "ELECTORALIZACIÓN" DE LOS DERECHOS DE LIBERTAD

Cuando la Constitución Política de 1993 encomendó todo lo electoral a tres organismos autónomos no sólo se refirió a las específicas actividades preparatorias de la elección. Adicionalmente, les confirió competencias sobre el ejercicio de los derechos de libertad que son presupuesto de la imagen maestra de una elección.

4.1. La libertad de asociación: los partidos políticos

El derecho de asociación es un derecho civil como derecho individual, pero su ejercicio colectivo y por ciudadanos para conformar una organización política lo convierte en una manifestación del derecho de participación política. No es casual que el constituyente peruano reconociese a los partidos políticos en el grupo *De los Derechos políticos y los Deberes,* y por separado del derecho de asociación del artículo 2.13 CP[195]:

> Artículo 35 CP. "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".

---

[195] Toda persona tiene derecho a asociarse, a constituir fundaciones y "diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley".

Los partidos políticos son "un primer estadio de institucionalización" del pluralismo y tienen la misión de disminuir el nivel de atomización de las ideas políticas típico de sociedades plurales, cada vez más complejas y en permanente crecimiento. Consolidan en su seno los centros de decisión que luego serán proyectados en el Parlamento por medio de una representación articulada de la pluralidad[196]. Sólo de esta manera se hace posible la deliberación ordenada y la gobernabilidad. En caso contrario, dicha gobernabilidad resultaría minada, y con ella, la posibilidad de adoptar oportuna y consensuadamente decisiones para

[196] Un Estado se edifica periódicamente gracias a la competición de varios partidos por el poder. Todos ellos configuran el fenómeno sociológico más que jurídico de la representación que Maurice DUVERGER asemeja a una fotografía porque revelaría "el parecido entre las opiniones políticas de la nación y las del Parlamento" (en: *Los partidos políticos,* sétima reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1980, p. 398). Por ello, en su célebre trabajo sobre partidos políticos, GARCÍA PELAYO describe al Estado como un *Estado de partidos* o aquel donde las decisiones y acciones de uno o unos partidos se imputan jurídicamente al Estado, pero que políticamente pueden ser atribuidas al partido que detenta el poder (en: *El Estado de partidos,* Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 87). El partido político es lo suficientemente fuerte como para influir en la conformación de los grupos parlamentarios e imponer la disciplina de partido para orientar la votación. Las huellas del denominado partido oficialista se revelarán en la línea política que cada una de las instituciones estatales proyecte con sus actos (ya sea un decreto legislativo, decreto de urgencia, un reglamento o un acto administrativo) o en los funcionarios que lideran los sectores públicos[196]. Ahora bien, pese al poder que obtienen sobre la toma de decisiones estatales, los partidos no son órganos del Estado, el poder de sus cúpulas y de la organización política en general sólo puede ejercerse sobre quienes forman parte de un partido. GARCÍA PELAYO apunta que si bien la actividad de la Administración Pública se rige por el principio de legalidad, las leyes y reglamentos evacuados por el Legislativo y por los distintos Ministerios son actos políticos en tanto tienen como premisa la dirección política del partido que obtuvo la mayoría, (en: Ídem, pp. 85 y ss.) Los demás poderes públicos, en particular el Ejecutivo con los órganos administrativos y empresas de capital público adscritas a él, también reflejarán la presencia de la opción política que obtuvo mayor votación. A ello obedecería que en su trabajo sobre representación política, Ángel GARRORENA concluya que en un sistema parlamentario la nueva división de poderes opere entre mayorías y minorías parlamentarias, y en consecuencia, entre el partido político en el poder y los de oposición, (en: *Representación política y constitución democrática,* Cuadernos Civitas, Madrid, 1991). Sin embargo, el nivel de atomización del sistema político partidario peruano impide que el Estado se consolide como un Estado de partidos, sino que se defina más bien, como un *Estado con partidos.*

afrontar los distintos problemas políticos, sociales y económicos de un Estado[197].

No es tema de discusión la naturaleza de las organizaciones políticas, ni su relevancia constitucional, ni los derechos de los que ellas son titulares. Es de sobra conocido que los electores no seleccionan a candidatos individuales sino a aquellos que son presentados por las organizaciones políticas en cada proceso electoral. Y que a pesar de ello, éstas no son las titulares del sufragio pasivo, sino los ciudadanos no inhabilitados para el ejercicio de sus derechos políticos[198]. Luego lo que intentaré dilucidar en este punto es el grado de injerencia estatal en los partidos como "personas jurídicas de derecho privado" y, siendo aún más específica, qué porción de la vida y muerte de una organización política forma parte de la denominada *materia electoral* en el Derecho peruano.

Como punto de partida es significativo traer a cuenta que la CIDH ha interpretado que la CADH admite que sus Estados miembros, adopten un sistema de partidos políticos; que adicionalmente incorporen otras organizaciones alternativas como una "Asociación de Suscripción

---

[197] Sobre la definición que adopta el TC acerca de los partidos políticos, véanse las SSTC 0003-2006-PI/TC, de 19 de setiembre de 2006, FJ. 30; y 0030-2005-PI/TC, de 02 de febrero de 2006, FJ. 12.

[198] Vuelvo al artículo 31 CP, según el cual, "los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. (…) Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente (…)". (Los subrayados corresponden a la autora). Al respecto, resulta ilustrativa la sentencia del TC español cuando afirma que: "la elección es, pues, de personas (de candidatos presentados por organizaciones políticas) y cualquier otra concepción pugna con la Constitución y con la misma dignidad de posición de electores y elegibles, porque ni los primeros prestan, al votar una adhesión incondicional a determinadas siglas partidarias ni los segundos pierden su individualidad al recabar el voto desde listas de partido", en: STCE 167/1991, de 19 de julio de 1991, FJ. 4.

Popular" (caso *Yatama contra Nicaragua*)[199]; o candidaturas independientes (caso *Castañeda contra Estados Unidos Mexicanos*). Todo dependerá de si el Estado necesita "ampliar o mejorar la participación y representación en la dirección de los asuntos públicos y posibilitar un mayor acercamiento entre los ciudadanos y las instituciones democráticas", o tiene por fin fortalecer los partidos políticos "como instrumentos fundamentales de la democracia", u "organizar de una manera eficaz el proceso electoral", entre otras. En todo caso, concluye que "estas necesidades deben obedecer, en última instancia, a un fin legítimo conforme a la Convención Americana"[200].

A diferencia de las asociaciones civiles, el nacimiento y funcionamiento de las organizaciones políticas cuenta con un umbral constitucional que encamina su derrotero institucional. Ejercen funciones públicas que son imprescindibles en el proceso democrático[201]. Tienen una doble

---

[199] La *Asociación de suscripción popular* es una forma de asociación no partidaria que fue establecida inicialmente en la Ley Electoral nicaragüense de 22 de abril de 1988 para elegir representantes a los Consejos Municipales y a los Consejos Regionales de las regiones autónomas de la Costa Atlántica y, a partir de la promulgación de la Ley 211 de enero del año 1996, para la elección de Alcaldes y Vicealcaldes. Esta modalidad de organizarse políticamente fue eliminada por la Ley 331 de 24 de enero de 2000. Sólo se podría participar en elecciones a través de un partido político. Su artículo 71 determina que podrán formarse partidos regionales para el caso de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, cuyo ámbito de acción estará determinado a sus circunscripciones. Los requisitos para su inscripción serán los mismos que los establecidos para los partidos nacionales, aunque respetándose "su propia forma natural de organización y participación" en el supuesto de organizaciones indígenas. Bajo dicha condición, YATAMA participó en elecciones regionales (1990 y 1994), municipales (1996) y elecciones de concejales al parlamento regional (1998). Como consecuencia de las reformas introducidas por la Ley Electoral Nº 131, a partir del 4 de mayo de 2000 se vio forzada a asumir la estructura de un partido político y a inscribirse como tal, porque sólo bajo esta modalidad de organización podría participar en las elecciones municipales programadas para el 5 de noviembre del año 2000, en: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 23 de junio de 2005, FJ. 215.

[200] Sentencia del 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), FJ. 192.

[201] DE CARRERAS SERRA, Francesc. "Los partidos en nuestra democracia de partidos", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 70, 2004, pp. 91-125, p. 96. Aunque el legislador peruano los entiende como "asociaciones de ciudadanos que constituyen personas jurídicas de derecho privado", apunta que su objeto es "participar por medios lícitos, democráticamente, en los asuntos públicos del país" en

naturaleza o una naturaleza *mixta*[202] que, de un lado, les otorga libertad de actuación e impide al Estado determinar la totalidad de su organización interna, pero de otro lado, las acerca, y mucho, al control estatal. Por ello el Estado interviene en su funcionamiento. Norma su creación, organización y desaparición por medio de reglas propias (Ley de Partidos Políticas) y del sistema electoral (como el umbral de representación); y judicializa sus transgresiones en una vía especializada en lo electoral (el Jurado Nacional de Elecciones). Existe una tensión constante entre el principio de autonomía que caracteriza al derecho privado y la vinculación positiva a la juridicidad como impronta del Derecho Público.

4.1.1. El SE, la creación y pérdida del registro de las organizaciones políticas

El carácter asociativo de una organización política lleva consigo, en positivo, la libertad de creación y de afiliación de sus miembros; y una vez creada, de fusionarse con otras organizaciones políticas. En negativo, supone la muerte o destrucción del partido y la libre desafiliación de sus militantes. Sin embargo, ni el objeto de estas asociaciones es de libre determinación, ni los asociados cuentan con plena libertad para afiliarse o migrar de un partido a otro (transfuguismo).

---

el marco de la Constitución y de la propia Ley de Partidos. Afirma su carácter concurrencial a la "formación y manifestación de la voluntad popular" y de instituciones fundamentales para la participación política de la ciudadanía (Artículo 1 de la Ley de Partidos Políticos, Nº 28094).

202 PÉREZ-MONEO AGAPITO, Miguel. *La disolución de partidos políticos por Actividades Antidemocráticas*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 71.

Los partidos deberán inscribirse en el Registro de Organizaciones Políticas (ROP) que administra el Jurado Nacional de Elecciones. El ROP es exclusivo y excluyente. Aquel sólo admite organizaciones políticas entre sus filas y éstas no requerirán ningún otro registro civil o mercantil adicional. Como titulares del derecho a la libre asociación, el registro será declarativo y no constitutivo del derecho, pero sólo una vez inscritos se convertirán en personas jurídicas de derecho privado[203], condición indispensable para hacerse acreedores a las prerrogativas de todo partido político y para participar en elecciones. El registro les habilita tanto a recibir financiamiento público y privado, como para el deber de rendir cuentas y, esencialmente, para presentar candidaturas.

En la LPP, el género "organización política" se ramifica en tres especies (partidos políticos, movimientos y organizaciones locales) atendiendo a dos criterios. El primero es el ámbito de acción política (nacional, regional o local) y el segundo se relaciona con el apoyo político partidario de sus afiliados y con los consecuentes requisitos exigidos para que cada uno de ellos logre su inscripción (porcentaje de comités partidarios a nivel nacional, número de firmas de adherentes, entre otros). De esto depende su participación en las competiciones electorales. Se habilita a los partidos a presentar candidatos en todo tipo de elección; a los movimientos, sólo para elegir autoridades regionales y municipales; mientras que a las organizaciones políticas locales, en comicios municipales[204]. De esta manera, un grupo de

---

[203] La validez de los actos celebrados con anterioridad a la inscripción del partido se condiciona a dicha inscripción y a la ratificación que efectúe el partido una vez inscrito. Si el partido político no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de aquel, quienes los hubiesen celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros, artículo 11 de la Ley de Partidos Políticos, Nº 28094.

[204] La Ley Orgánica de Elecciones, Nº 26859 clasificaba a las organizaciones políticas en: partidos políticos, agrupaciones independientes y alianzas. Sólo a través de ellas, era posible inscribir las candidaturas a Presidente, Vicepresidentes y Congresistas de la República. Por su parte, el art. 11 de la Ley de Elecciones Municipales permitía que el 2.5% de electores hábiles de una circunscripción apoyase una candidatura a los cargos de alcalde o regidores que no contase con el respaldo de un partido político.

ciudadanos que tiene interés en mejorar únicamente la gestión de su comunidad, no tendría por qué conformar comités partidarios en distritos ajenos, lejanos y distintos al suyo. De otro lado, los ámbitos en los que estas organizaciones políticas canalizarán la participación política quedan delimitados en tres frentes. En el plano externo (esencialmente a través de ellas es que es posible participar en la vida política del país); en el plano interno (a través de las elecciones primarias o democracia interna)[205] y en el plano geográfico (gradualmente se consolidan las fuerzas regionales que tienden a formar alianzas y convertirse en partidos). En suma, esta delimitación del ámbito de actuación político-partidaria revela un primer nivel de control estatal en la libertad de asociación de los partidos.

Un siguiente nivel es el elevado número de requisitos que se les exige para la inscripción. Los partidos políticos que suponen representación nacional deberán reunir: un número de comités partidarios (en, al menos, un tercio de las provincias del país ubicadas en, al menos, las dos terceras partes de las regiones), y de militantes por cada comité (al menos cincuenta afiliados) que deberán acreditar ante la autoridad electoral en un plazo determinado[206]. El Comité de Naciones Unidas

---

[205] El artículo 23 de la Ley de Partidos Políticos les impone la obligación de llevar a cabo sus elecciones internas y el art. 22 indica los plazos en los cuales deben efectuarlas. Así dispone que "los partidos políticos realizan elecciones internas de candidatos a cargos de elección popular, que se efectúan entre los ciento ochenta (180) días calendario anteriores a la fecha de elección y veintiún (21) días antes del plazo para la inscripción de los candidatos".

[206] El artículo 5 de la Ley de Partidos Políticos, Nº 28094 (modificado por el art. 2 de la Ley Nº 28581, publicada el 20 Julio 2005) introdujo un elevado número de requisitos para la conformación de organizaciones políticas de alcance nacional o partidos políticos como son: el acta de fundación; la relación de adherentes en número no menor del 1% de los ciudadanos que sufragaron en las últimas elecciones de carácter nacional; las actas de constitución de comités partidarios en por lo menos el tercio de provincias del país, ubicadas en al menos, las dos terceras partes de los departamentos. Cada acta tendrá que estar suscrita, a su vez, por no menos de cincuenta afiliados debidamente identificados. Evidentemente, el estatuto del partido donde se designe a los personeros legales, titulares y alternos acreditados ante los organismos electorales; y uno o más representantes legales del partido político. El Estado establece límites temporales de acceso al registro de organizaciones políticas. El ROP cierra sus puertas durante una elección en el periodo que corre entre el cierre

apunta que los requisitos no pueden ser desproporcionados al punto de impedir la participación de los candidatos[207]. Sin embargo, según se anotó en el primer apartado de este capítulo, la tendencia de las competiciones electorales a contar con altas cifras de organizaciones políticas denota que la participación sigue siendo posible, aún con, o pese al aludido número de requisitos.

Otro elemento destacable es el umbral de representación o la valla electoral (equivalente al 5% de votos válidamente emitidos a nivel nacional o la obtención de 7 representantes distribuidos en distintas circunscripciones), a la cual, me referí en el apartado primero de este capítulo. La experiencia española, por ejemplo, es destacable porque dicho umbral, a juicio de SOLOZÁBAL, ha favorecido que los partidos concentrados en una región o provincia cuenten, en ocasiones, con más escaños parlamentarios que los nacionales que padecen de una representación dispersa[208]. Aunque en la experiencia peruana los

---

de las inscripciones de candidatos y un mes después de cualquier proceso electoral (Artículo 4 de la Ley de Partidos Políticos, Nº 28094, modificado por el Artículo 2 de la Ley Nº 28581, publicada el 20 Julio 2005). Puede cerrarlas definitivamente si es que en un plazo de dos años – contados desde que adquirió los formularios para recolectar firmas de adherentes – el partido político no logra demostrar que cuenta con el respaldo del porcentaje de población exigido para su inscripción. Un plazo que se torna breve e inflexible en proporción al número de requisitos exigidos y el grado de dificultad que presenta su obtención. El principio de seguridad jurídica se abre paso en este procedimiento impidiendo que una organización política se encuentre pendiente de inscripción por tiempo indefinido. Similares requisitos pero proporcionales a su ámbito de acción se exigen a los movimientos y organizaciones políticas locales. Para un análisis de la Ley de Partidos políticos, especialmente de los requisitos para su inscripción y principales novedades de esta norma, véase: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La Ley de Partidos Políticos. Análisis jurídico", *Elecciones,* Nº 5, 2005, pp. 105-123.

[207] El Comité de Naciones Unidas señala que: el derecho de las personas a presentarse a elecciones no deberá limitarse de forma excesiva mediante el requisito de que los candidatos sean miembros de partidos o pertenezcan a determinados partidos. "Toda exigencia de que los candidatos cuenten con un mínimo de partidarios (para presentar su candidatura) deberá ser razonable y no constituir un obstáculo a esa candidatura (…)". En: Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, *Observación general Nº 25*, párr. 17.

[208] La valla del tres por ciento (3%) que propone el legislador español cuenta con una circunscripción de nivel provincial en la que un partido o coalición necesita obtener este número de sufragios para ser merecedor de un escaño en las provincias de una Comunidad Autónoma. El resultado será que se premia a los partidos con distribución

movimientos regionales no están habilitados para participar en una competición nacional, es evidente que el umbral también afecta a los partidos políticos. Tanto en el acceso a los espacios de representación política (el partido quedará fuera del reparto de escaños); en la participación en la vida política del país en condiciones de equidad (el umbral favorece a los partidos grandes en detrimento de los pequeños); su sobrevivencia; (el temor a perder el registro los está obligando a formar alianzas electorales); o en la distribución de fuerzas políticas al interior del Congreso (si una alianza estuvo formada por tres partidos, una vez que los candidatos fueron electos, no será una fuerza política la que forme parte del Parlamento en concurrencia con otras, sino tres). Y es que DUVERGER consideró que "toda modificación del régimen electoral tiende a una modificación correlativa del sistema de partidos"[209].

En todo caso, más allá de los problemas que plantea el umbral, quiero destacar dos cosas para el tema que nos convoca. La primera, que el principal beneficio que el TC peruano le reconoce es que favorece la gobernabilidad y desincentiva la atomización político partidaria al interior del Órgano Legislativo[210]. La segunda es que este elevado

---

difusa que conseguirán un porcentaje de escaños en el Congreso superior al porcentaje de votos conseguidos a nivel estatal. Este sistema, a juicio de SOLOZÁBAL, constituye un premio para "los partidos concentrados en una región o provincia; y una penalización de los partidos con representación dispersa" (en: "La actuación efectiva del Proceso Electoral y sus posibilidades", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 70, 2004, p. 148). Por eso es posible que partidos de clara localización geográfica e ideológica, como *Partit dels Socialistes de Catalunya (PSC-PSOE),* o *Eusko Alderdi Jetzalea - Partido Nacionalista Vasco (EAJ-PNV)* obtuviesen respectivamente 25 y 10 de los 350 escaños en elecciones generales 2008 (Fuente: página web del Congreso de los Diputados de España, disponible en (http://www.congreso.es/consti/elecciones/generales/2008.htm) (30-07-2011)).

209 *Los partidos políticos…,* ob. cit., p. 407.

210 En opinión del Alto Tribunal, un Estado Constitucional y Democrático debe favorecer el fortalecimiento de los partidos políticos. En segundo lugar, resalta la importancia del control de pesos y contrapesos en detrimento de la representación en su concepción más pura. Arguye que si se permitiese el ingreso al Congreso de la República a los partidos con escasos votantes, éstos "no constituirían una oposición fuerte que determine un control efectivo de la mayoría parlamentaria", y concluye que "no cabe que so pretexto de identificar matemáticamente a la democracia

umbral del 5% (o la obtención de 7 representantes); así como los exigentes requerimientos para la constitución de un partido político y la cuidadosa determinación de su ámbito de actuación reflejan que el Estado peruano está apostando por fortalecer los partidos políticos como instituciones que canalicen opciones políticas consolidadas. El sistema electoral es un importante medio que utiliza para este fin.

4.1.2. El SE y la libertad de autoorganización

La libertad de autoorganización prevalece para las asociaciones distintas a las organizaciones políticas[211]. Es evidente que si entre sus fines está configurar el Estado Democrático, el partido político deba ajustar su actuación interna al mandato de democraticidad. Pero en el caso de las organizaciones políticas, éste viene impuesto en la LPP de distintas maneras.

En primer lugar, se les compele a incorporar en sus estatutos unos objetivos mínimos que redundan en la defensa del Estado Constitucional y Democrático de Derecho[212]. Y aunque también podrían

representativa con la representación de "todos", se termine olvidando que, en realidad, de lo que se trata es que sea una representación "para todos", en: STC 0030-2005-PI/TC, del 02 de febrero de 2006, FJ. 12.

[211] Si lo entendemos en el sentido del Tribunal Constitucional español, el derecho de autoorganización tiene como objetivo fundamental "(...) evitar interferencias de los poderes públicos, incluido el judicial, en la organización y funcionamiento de las asociaciones. La intensidad – e incluso la posibilidad – del control judicial dependerá de múltiples circunstancias – como la afectación o no de otros derechos no estatutarios – y exigirá en cada caso de una cuidadosa labor de ponderación (...)", en: STCE 56/1995, del 6 de marzo, FJ. 3.d.

[212] De acuerdo a la LPP, los fines y objetivos de todo partido político serán: "a) Asegurar la vigencia y defensa del sistema democrático. b) Contribuir a preservar la paz, la libertad y la vigencia de los derechos humanos consagrados por la legislación peruana y los tratados internacionales a los que se adhiere el Estado. c) Formular sus

tener como finalidad crear opinión pública y expresarla, el legislador los coacciona a tener como aspiración la participación en elecciones. Éste asume que el fin que concita la atención de los creadores y miembros de una organización política es la conquista y el ejercicio del poder o del poder representativo[213]. Precisamente por ello, condiciona, finalmente, los beneficios que el Estado les provee (como es el financiamiento) a su concurrencia a elecciones. En este punto adopto las palabras del Tribunal Constitucional español cuando apunta que dichos beneficios se les confiere no por existir sino "por servir de cauce de expresión a un sector del electorado"[214].

Otra de ellas es la obligación de llevar a cabo elecciones internas en las que sus afiliados o militantes elegirán a los candidatos que representarán al partido en los comicios generales (arts. 19-24 LPP). La tercera es que los partidos políticos deberán recoger en sus estatutos el catálogo de derechos y obligaciones de los afiliados, así como, un régimen disciplinario ajustado al debido proceso (art. 9 LPP). Una cuarta reside en la observancia de cuotas de género en sus listas de candidatos, tanto a nivel interno (dirección del partido político) como externo (candidaturas a cargos de elección popular) (art. 26 LPP). Todo

---

idearios, planes y programas que reflejen sus propuestas para el desarrollo nacional de acuerdo a su visión de país. d) Representar la voluntad de los ciudadanos y canalizar la opinión pública. e) Contribuir a la educación y participación política de la población con el objeto de forjar una cultura cívica y democrática, que permita formar ciudadanos capacitados para asumir funciones públicas. f) Participar en procesos electorales. g) Contribuir a la gobernabilidad del país. h) Realizar actividades de cooperación y proyección social. i) Las demás que sean compatibles con sus fines y que se encuentren dentro del marco normativo establecido por la presente ley" (art. 2 LPP).

213 Maurice DUVERGER afirmaba que "sin partidos, habría sólo tendencias vagas, instintivas, variadas, dependientes del temperamento, de la educación, de las costumbres, de la situación social, etc." (en: *Los partidos políticos…*, ob. cit., p. 403). Sin embargo, en esencia, un partido político no es "una asociación que simplemente persigue un fin político o tiene intereses de ese carácter", sino que es una "asociación que aspira a traducir una posición política en contenido de normas de Derecho, (…) a cuyo servicio se constituye en instrumento mediante la agregación de voluntades e intereses particulares alrededor de un programa político", en: STCE 5/2004 de 6 de enero, FJ. 9.

214 STCE 3/1981, del 2 de febrero de 1981, FJ.2.

parece indicar que, siguiendo las palabras del Alto Tribunal español, se persigue que "ese equilibrio material se traslade desde la sociedad a los órganos políticos de representación ciudadana; lo que resulta, de nuevo, coherente con el principio democrático"[215]. La democracia interna no se circunscribe a su aspecto formal, también alcanza a la participación efectiva de sus afiliados en el partido.

La Organización Electoral condiciona la inscripción de las candidaturas en elecciones al cumplimiento de dichos mandatos legales por el partido político. En Elecciones Regionales y Municipales 2010, el Jurado Electoral Especial de Lima Oeste declaró fundada la tacha contra Manuel Masías, el candidato a alcalde del Concejo Distrital de Miraflores por el Partido Popular Cristiano (PPC). El señor Masías estaba formalmente asociado a un partido político distinto a aquél por el que aspiraba a ser elegido burgomaestre (conducta prohibida por la Ley de Partidos Políticos) y su candidatura carecía del respaldo popular de los demás afiliados al PPC[216]. Pese a que formar parte de un partido

---

[215] STCE 12/2008, de 29 de enero de 2008, FJ. 3. En el Derecho peruano, las listas de candidatos presentarán un número de mujeres u hombres, no menor al treinta por ciento del total de candidatos. En el caso español, la composición equilibrada asciende al 40%. Brevemente comentaré que a criterio del Tribunal Constitucional español, la libre configuración legal del derecho de participación política alcanza incluso a la fase preliminar de la confección de las listas de candidatos. De tal manera que la imposición legal de cuotas de género en la conformación de las listas, ocurre en un momento previo a la elección y no cuando ésta se ha producido por lo que no se altera la vertiente pasiva del derecho de sufragio. La conexión entre representante y representado continúa vigente. Para mayores detalles sobre esta sentencia, véase el trabajo de BIGLINO CAMPOS, Paloma. "Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada. (Comentario a la STCE 12/2008)", *Revista española de Derecho Constitucional,* nº 83, Año 28, 2008). Y en el caso peruano, justificaría además la inclusión de las cuotas étnicas o también llamada medida de discriminación positiva a favor de las minorías étnicas, que no es otra cosa que una medida destinada a prevenir o compensar una situación de desventaja fáctica. Aunque en la citada sentencia, es opinión del TC español que este último caso no quede tan claro, porque apuntaría más bien a una diferenciación entre mayorías y minorías más que a una constatación fáctica de la realidad como ocurre en el caso de la diferenciación entre mujeres y hombres, porque ambos sexos representan aproximadamente en un 50% a la población (FJ. 7).

[216] El artículo 23 LPP dispone que cuatro quintos de los candidatos a elecciones de autoridades públicas representativas deben ser elegidas por los afiliados y el artículo 9.2 de la Resolución 302-2010-JNE del 17 de mayo de 2010 que aprobó el "Instructivo

o no serlo es una de las manifestaciones más evidentes de la libertad de asociación, los afiliados también cuentan con restricciones impuestas por el legislador. Está condicionada a que el afiliado no forme parte de un partido y otro al mismo tiempo, y para evitar el transfuguismo político, su participación como candidato en un partido distinto a aquél en el que se inscribió dependerá de que haya renunciado oportunamente al partido de origen o que éste le haya concedido "autorización expresa" (art. 18 LPP).

4.1.3. Balance: la electoralización de las organizaciones políticas

En un sistema democrático con partidos políticos numerosos y débiles, el Estado se torna intervencionista, apunta a fortalecerlos y a consolidarlos como auténticas instituciones que canalicen la opinión política de la población. Pero en un intervencionismo de valores que los partidos políticos deberían observar en su estructura interna si

---

sobre democracia interna para la elección de candidatos de los partidos políticos y movimientos regionales para el proceso Elecciones Regionales y Municipales del año 2010" estipula que "los candidatos a los cargos de Presidente y Vicepresidente Regional; y Alcalde de concejos municipales deben ser necesariamente elegidos" bajo una de las siguientes modalidades: "a) elecciones con voto universal, libre, voluntario, igual, directo y secreto de los afiliados y ciudadanos no afiliados (conocido como elecciones primarias abiertas), b) elecciones con voto universal, libre, voluntario, igual, directo y secreto de los afiliados (conocido como elecciones primarias cerradas); c) Elecciones a través de los delegados elegidos por los órganos partidarios conforme lo disponga el estatuto o la norma interna de organización del movimiento regional, o en su defecto, el reglamento electoral" (el subrayado corresponde a la autora). Bajo este marco normativo, el Jurado Electoral Especial concluyó que los candidatos a alcaldes y regidores no formaban parte de la quinta parte de candidatos que pueden ser libremente determinados por el órgano máximo del partido, en: Tacha interpuesta por el señor Sandro O`Higgins sobre democracia interna contra Manuel Masías Oyanguren en su condición de candidato a alcalde del Concejo distrital de Miraflores, por el partido político PARTIDO POPULAR CRISTIANO, para participar en elecciones municipales 2010. Resolución nº 0003-2010-JEELO del Jurado Electoral Especial de Lima Oeste, del 31 de julio de 2010.

pretenden luego conducir los destinos del país. Será una evidencia de su respeto por ellos una vez que lleguen a Palacio de Gobierno o al Congreso de la República.

En el caso peruano, desde mi punto de vista, el Estado busca desterrar a los llamados "independientes", caudillos o *outsiders* que han incursionado en el panorama político. Apunta a erradicar su condición de maquinarias electorales que nacen, crecen y mueren con cada proceso electoral. Todo esto a costa de una mayor intervención estatal en la libertad de asociación de los partidos a través de la Organización Electoral.

Esto se denota desde la redefinición de la terminología que hace el legislador sobre los partidos. Así, destierra a las "agrupaciones independientes" (incorporadas en la clasificación de la Ley Orgánica de Elecciones) que resaltaban al candidato "independiente" (al caudillo) desprovisto de conexión alguna con los entonces satanizados partidos políticos. En cuanto a los requisitos anotados para su registro, el legislador impide que el libre albedrío del votante decida si los partidos políticos con escasos militantes o respaldo político partidario a nivel nacional formarán parte del gobierno o del Congreso de la República. Curiosamente, el legislador intenta reflejar las características de la representación política y empieza a configurar el sufragio desde la base con fuertes y abultados requisitos para procurar, en mi opinión y una vez más, la erradicación del aludido caudillismo.

De otro lado, condiciona la participación de los partidos en una elección a que hayan obtenido representantes en una elección anterior (partidos antiguos – umbral de representación) o que hayan cumplido una serie de severos requisitos (partidos nuevos), que ajusten su comportamiento al principio democrático (tanto al constituirse, como al organizarse y al desarrollar sus actividades partidarias).

El legislador determinó que la Organización Electoral no sólo acompañe las etapas de su implantación en la sociedad política, sino que además decida sobre importantes etapas de su autoorganización (sin contar con que la Constitución encarga directamente al Jurado que vele por el cumplimiento de las normas sobre partidos políticos). Así, si bien las organizaciones políticas desarrollarán sus elecciones y proclamarán sus resultados - actividades que forman parte del contenido de libertad de asociación – pero deben llevarlas a cabo en los periodos impuestos por la Ley de Partidos, y aunque la ONPE no interviene directamente en dichos comicios, puede aleccionar al órgano electoral interno para que subsane las irregularidades que encuentre. En un primer nivel, su labor sólo es de acompañamiento y de asesoramiento. En un segundo nivel, supervisa que la elección se haya llevado a cabo conforme a los Estatutos y la Ley de Partidos. El Jurado interviene en un tercer nivel porque una vez recibidos los reportes de la ONPE fiscaliza, aunque no se verifica legalmente cuáles sean los efectos jurídicos directos de dicha labor. Aún así, en el plano jurisprudencial, el Pleno del Jurado ha impedido la inscripción de candidaturas a elecciones de autoridades públicas representativas a los partidos que hayan incumplido con sus directivas.

Es el JNE a través de su OROP quien les da la vida con el registro; quien decide su cancelación; quien admite o rechaza a sus candidatos; o quien para cada elección, publicita su inscripción, estatutos, lista de afiliados, símbolo, currículos de sus candidatos y plan de gobierno. La ONPE, por medio de su Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios, controla que no reciban dinero de fuentes de financiamiento prohibidas y les asigna el dinero público conforme a una serie de cuidadosos procedimientos.

Mención especial merece la disolución de partidos por ideología antidemocrática[217]. De un lado, porque es el único momento de vida del partido político en el que la Organización Electoral no está presente y es el Poder Judicial quien queda investido con semejante responsabilidad. El control de legalidad de los partidos políticos queda a cargo de la Corte Suprema de Justicia ante el pedido o demanda del Fiscal de la Nación o del Defensor del Pueblo. Una vez emitida la sentencia, el Poder Judicial dará cuenta al Ministerio Público para que "adopte las acciones pertinentes" sobre los partidos políticos declarados ilegales y sus afiliados. Esto significaría que, a juicio del legislador, la declaración de un partido como ilegal se aparte de lo electoral y, probablemente, sea uno de los pocos supuestos en los que sea posible recurrir a la justicia constitucional en busca de tutela para el derecho de participación política.

De esta manera, desde el punto de vista orgánico, se *electoralizan* las manifestaciones del derecho de asociación de los partidos que hemos

---

[217] A diferencia de la experiencia alemana que castiga la ideología antidemocrática adoptando la concepción más militante de una democracia, la peruana se acerca más a la española, penalizando la conducta antidemocrática. Está vedada la creación de partidos que tengan como finalidad subvertir el orden constitucional o el régimen democrático en Alemania (art. 21.2 de la Ley Fundamental de Bonn), en Turquía (artículo 68 de la Constitución turca) y en Italia en relación con el partido fascista (XII disposición final de la Constitución italiana). El modelo alemán parte de la premisa de que "no puede haber libertad para los enemigos de la libertad". Por ello faculta al Tribunal Constitucional a declarar inconstitucionales a los partidos que "por sus fines o actitud de sus adherentes tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania". Un modelo basado en la idea de que el Estado debe defender la democracia de sus enemigos que no aceptan las reglas del juego democrático y pretenden atentar contra ellas. (Véase: BILBAO, Juan María. "Derecho Penal, memoria y verdad histórica: la criminalización de la negación del genocidio". *Parlamento y Constitución,* Cortes de Castilla La Mancha y Universidad de Castilla La Mancha, nº 11, 2008, p. 13). El artículo 14 LPP recoge, por vez primera, un listado taxativo de acciones que serán consideradas antidemocráticas y causales de disolución. Es posible ubicar su antecedente normativo en el DL. 14250, del 5 de diciembre de 1962, que prohibía al Jurado Nacional de Elecciones que inscribiese a los partidos "cuyos programas y actividades contraríen el régimen democrático, la Constitución y las leyes de la República" (art. 59). No se ha encontrado evidencia de su aplicación, probablemente, por la amplitud e indefinición del supuesto de hecho que conducía a un castigo tan severo. Tampoco existe algún partido político que haya sido declarado ilegal bajo el aludido artículo 14.

acotado y las respectivas exigencias. Se incorporan en el sagrado mundo de lo electoral y su control (salvo la denuncia por conducta antidemocrática que acarrea su disolución) es encomendado, de modo exclusivo, a la Organización Electoral.

4.2. Las libertades de expresión e información y las campañas electorales

Una participación efectiva necesita de la libertad de asociación para fundar o afiliarse a las organizaciones políticas que competirán en las contiendas electorales; de la libertad de expresión y opinión para que los participantes como candidatos puedan transmitir sus planes de gobierno y aunarse al debate público. Como votantes, de información, para obtener todos los elementos de juicio que le permitan decidir quiénes los representarán. El reconocimiento de estas libertades por las Constituciones no las hace parte de las reglas del juego democrático, sino que adoptan la condición de normas preliminares que permitirán el desarrollo de aquel juego. Son, junto al principio de representación y de separación de poderes, los grandes aportes del liberalismo a la causa democrática[218].

---

[218] BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia...,* ob. cit., p. 15. Y es que el liberalismo propugnaba la independencia del individuo y de la política luchando por restringir el poder de la Iglesia (el surgimiento del protestantismo y la Reforma con su concepción del individuo frente a Dios libre del amparo de la Iglesia) y del Estado (absolutista). Juan María BILBAO, Fernando REY y José Miguel VIDAL consideran que los fundamentos institucionales del primer Estado constitucional provienen del liberalismo y sirvieron a la pretensión de los liberales de convertir al Estado en un instrumento que haga posible el disfrute de la libertad por sus ciudadanos. Estos fundamentos son cuatro: (1) los denominados "derechos de libertad" o derechos subjetivos que identifican "diversas esferas de autonomía individual frente al poder del Estado"; (2) el principio de separación de poderes; (3) la atribución de la soberanía a la nación, de lo cual derivaron el principio de soberanía nacional y de representación política; y (4) el principio de legalidad, según el cual el Estado se somete a las leyes elaboradas por los representantes de la nación, previniendo, de esta manera, el ejercicio arbitrario del poder, en: *Lecciones de Derecho Constitucional I,* Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 109.

En este punto de conexión entre elección y libertades, SCHUMPETER consideraba que una elección libre y competitiva es inseparable de la libertad individual (no se entiende la primera sin la segunda); y la libertad de prensa podría estar presente, o no, en medio de ella. Según BOBBIO y DAHL, el vínculo entre todas las libertades con la elección es íntimo. Si se priva a las personas de la libertad de prensa, de reunión o de asociación, la participación no será real, sino ficticia[219]. En el caso de la libertad de prensa – de especial relevancia para ambos autores – no bastaría con la existencia de medios de comunicación, también debe ser posible la constitución de canales de difusión alternativos al oficial[220]. La tesis de estos autores, que comparto, puede sintetizarse en el razonamiento del Tribunal de Estrasburgo según el cual, "elecciones libres y libertad de expresión, (en particular) la libertad de debate político forman conjuntamente el lecho de cualquier sistema democrático" (caso *Bowman vs. Reino Unido*, de 19 de febrero de 1998).

Precisamente por ello es que el Alto Tribunal peruano interpretó que cuando las libertades informativas operan como instrumentos del derecho de participación política tienen una mayor amplitud que en un contexto ordinario, porque la formación de la opinión pública libre a cuya conformación contribuye, es un bien jurídico tutelable en sí mismo[221]. Si entendemos la opinión pública libre como la formación de

---

[219] BOBBIO asocia el voto en libertad con un entorno en el que el individuo que concurre a las urnas "goza de las libertades de opinión, de prensa, de reunión, de asociación". Es decir, de todas las libertades que constituyen la esencia del Estado liberal y que en cuanto tales, son presupuestos necesarios para que la participación sea real y no ficticia, en: BOBBIO, Norberto. *Liberalismo...,* ob. cit., p. 47.

[220] En el trabajo de DAHL, los indicadores de una democracia representativa saludable no sólo radican en la presencia de elecciones libres, justas y frecuentes sino, en las libertades de expresión y de asociación. Es decir, en el libre acceso de los ciudadanos a fuentes de información alternativas a otras opiniones adicionales a las oficiales o en la libertad para formar organizaciones políticas con la finalidad de dedicarse a la actividad política, en: *La igualdad política...*, ob. cit., p. 87.

[221] STC 0030-2005-PI/TC, de 2 de febrero de 2006, FJ. 23. El TC español afirma que cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación

un criterio sobre ciertos hechos de interés común o, como "el tejido de las opiniones de los grupos o fuerzas políticas que sostienen un determinado Estado y legitiman su ordenamiento jurídico"[222], entonces la prensa y la transmisión de los planes de gobierno a través de las campañas políticas influyen en la decisión de voto de la población tanto, como por ejemplo, las encuestas a boca de urna[223].

Ahora bien, las libertades de expresión e información están reconocidas en el art. 2.4 de la Constitución[224]; y para el tema que nos convoca es preciso entender que la referencia a estas libertades y su conexión con lo electoral se circunscriben a su colaboración con el voto libre, la formación de la opinión pública y el debate de las ideas políticas, e incluso, aquella dirigida a pedir el voto al elector. La delimitación de estas libertades en época electoral resulta importante en aras de tutelar el respeto por la voluntad popular y la igualdad de oportunidades en la competición electoral. Esta condición las hace parte del proceso electoral y atendible por las administraciones electorales allí donde existen órganos especializados encargados de su vigilancia. Sin

---

política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre "adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles "especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar", FJ. 5 de la STCE 157/1996, del 15 de octubre y FJ. 15 de la STCE 136/1999, del 20 de julio.

222 CARMONA SALGADO, Concepción. *Libertad de expresión e información y sus límites,* EDERSA, Madrid, 1991, p. 24.

223 En la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Defensoría del Pueblo contra el segundo párrafo del artículo 191º de la Ley Orgánica de Elecciones que limitaba la difusión de proyecciones de este tipo de encuestas, el TC consideró que el Congreso de la República temía el "impacto comunicativo" de las proyecciones o las encuestas a boca de urna. Declaró que dicho precepto era inconstitucional porque las encuestas, las proyecciones de resultados y su difusión constituyen un medio válido para la formación de la opinión pública. Además, son un importante mecanismo de control sobre la actuación de los organismos electorales y, en esa medida, "de la propia transparencia del proceso electoral", en: Sentencia de fecha 4 de abril de 2001, recaída en el Expediente Nro. 02-2001-AI/TC, FJ. 9.

224 Otros preceptos consagran la libertad de cátedra (art. 18 CP), la libertad de creación artística, intelectual, técnica y científica (art. 2.8 CP), a la autodeterminación informativa (art. 2.6 CP) que serían otras manifestaciones de la libertad de expresión e información.

embargo, en el caso peruano, esta condición además de expandir la denominada "materia electoral", detrae el ejercicio de estas libertades del amparo y, en consecuencia, de la competencia contenciosa de la jurisdicción constitucional. Me explico a continuación.

Como punto de partida es preciso distinguir entre la propaganda política de la publicidad estatal en época electoral y el apoyo que los medios de comunicación proporcionan a una determinada candidatura. También lo será comprender las competencias y el rol de la Organización Electoral en este ámbito.

Existe un esfuerzo por diferenciar la *propaganda electoral*, de la *publicidad estatal,* y de la *publicidad estatal por excepción*[225]. La primera de ellas ha sido proscrita para el Estado. No podrá llevar a cabo propaganda política (ni a favor ni en contra de cualquier organización política), ni contratarla, salvo que la Organización Electoral lo autorice de modo excepcional[226]. En todo caso, las personas jurídicas públicas

---

[225] La **propaganda electoral** ha sido definida por el JNE como "toda acción destinada a persuadir a los electores para obtener su preferencia electoral a favor de una organización política, candidato, lista u opción en consulta, y destinada a conseguir un resultado electoral. Solo puede ser efectuada por las organizaciones políticas o terceros" (*contrario sensu,* nunca por el Estado). La **publicidad estatal** como "todos los medios destinados a difundir la programación, el inicio o la consecución de las políticas públicas de las entidades del Estado. Tiene por objeto posicionar a la entidad respecto de los ciudadanos que perciben los servicios que esta presta y es efectuada por las entidades del Estado peruano de los tres niveles de gobierno así como los organismos constitucionales autónomos. Está prohibida durante periodo electoral"; y la **publicidad estatal por excepción,** como que "excepcionalmente las entidades pueden difundir publicidad estatal durante periodo electoral solo cuando surja una situación extraordinaria que justifique la impostergable necesidad o utilidad pública para su difusión. La publicidad estatal, permitida por excepción, en ningún caso podrá contener o hacer alusión a colores, nombres, frases o contenidos, símbolos o signos similares, de forma tal que la ciudadanía lo relacione, directa o indirectamente, con una organización política" (numerales 4.1, 4.2 y 5.2 del Reglamento de Publicidad Estatal en Periodo Electoral, aprobado por la Resolución nº 004-2011-JNE, del 4 de enero de 2011). Los resaltados y subrayados corresponden a la autora.

[226] El artículo 53 de la Ley Nº 28278, Ley de Radio y Televisión, establece que luego de publicada la convocatoria a comicios electorales generales, regionales o municipales o consultas populares, ninguna entidad estatal a excepción de los organismos del sistema electoral, puede contratar aviso publicitario alguno en los servicios de radiodifusión, salvo autorización expresa del Jurado Nacional de Elecciones. El JNE cuenta con potestad para sancionar entre 30 y hasta por 100 Unidades Impositivas

carecerían de libertad de expresión, por lo que difícilmente sus derechos se verán conculcados con una eventual censura previa del JNE.

En el caso de los medios de comunicación que apoyan a candidatos el instrumento de cambio de nuestros días entre los partidos políticos y la prensa es la publicidad estatal. Ahora bien, una cosa es afirmar que los medios de comunicación deban respetar el valor pluralismo y el principio de igualdad a través de las aludidas disposiciones de la Ley de Partidos Políticos y otra cosa muy distinta es forzarles a adoptar una neutralidad ideológica. Sin embargo, la línea editorial dedicada a apoyar a un candidato puede contribuir con su triunfo electoral e incluso, al desconocimiento de sus reales resultados y al consecuente golpe de Estado.

En un estudio efectuado por Francisco VILLEGAS sobre las elecciones presidenciales de 1962-1963 en Perú, el autor refiere que los diarios más influyentes de la época - *El Comercio* y *La Prensa* - respaldaron respectivamente a los candidatos con mayores posibilidades de triunfo: Fernando Belaúnde de Acción Popular (AP) y a Víctor Raúl Haya de la Torre de la Alianza Popular Revolucionaria Americana (APRA). Haya de la Torre contaba con el apoyo del Movimiento Democrático Peruano (MDP), partido del entonces presidente Manuel Prado. Su condición de opción política oficialista aunada al encono que los dueños de *El Comercio* le profesaban, determinaron que los resultados electorales favorables al APRA fueran desconocidos por sus dueños, y que no contentos con ello, azuzaran a las Fuerzas Armadas a "impedir el fraude electoral". El correspondiente golpe de Estado fue justificado y vitoreado

---

Tributarias (1 UIT equivale, de modo aproximado, a 1000 euros) a los infractores de estas normas y ordenar a los medios de comunicación la suspensión de la trasmisión de dicha publicidad. No obstante al desconocer lo que entiende por razones de "necesidad y utilidad públicas" será difícil dilucidar cuándo nos encontramos en uno u otro caso. Todo quedará a criterio de los magistrados del Tribunal Electoral y de sus instancias, claro siempre y cuando de su debida fundamentación se dilucide de modo "claro e indubitable" la necesidad y la utilidad pública de la difusión de la indicada publicidad.

por dicho diario[227]. Un caso más reciente fue el de las elecciones generales de 1995, en las que, según el Informe del Comité de Derechos Humanos, el presidente Fujimori intercambió líneas editoriales favorables por publicidad estatal y violó la libertad de prensa de los periodistas que no compartían las mismas ideas que los miembros de su gobierno. Todo para asegurar su reelección[228]. La Organización Electoral carece de competencias para entrar en este campo.

Distinto es el caso de la publicidad política que los particulares u organizaciones políticas llevan a cabo para pedir el voto. Una de sus manifestaciones es la contratación de espacios en los medios de comunicación para llevar a cabo publicidad electoral. La franja electoral (en periodo electoral) y los espacios públicos en televisoras estatales (en periodo no electoral)[229] forman parte del financiamiento público indirecto proporcionado a las organizaciones políticas. En ambos casos, aunque con distintas características, con la finalidad de que difundan su mensaje electoral y el ideario del partido. En cambio, la publicidad

---

[227] Cuando Fernando Belaúnde perdió, el diario El Comercio presionó a través de sus editoriales a las Fuerzas Armadas para impedir el fraude, ya que el gobierno de Prado, pretendía mantenerse en el poder queriendo desconocer la decisión de la población. Según el autor, este diario tuvo eco por dos factores: de un lado, las Fuerzas Armadas "experimentaban en ese momento una fuerte tendencia reformista y planteaban una agenda de democratización que pasaba por desalojar políticamente a la oligarquía; por otro, desde Sánchez Cerro las relaciones entre las Fuerzas Armadas y el Apra eran conflictivas". En: VILLEGAS, Francisco, "El rol de la prensa en las elecciones presidenciales de 1962-1963: un ejemplo de lucha entre discursos antagónicos", *Historia de las elecciones en el Perú. Estudios sobre el gobierno representativo,* IEP, Lima, 2005, p. 498.

[228] Las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Perú, vertidas en el documento CCPR/CO/70/PER, del 70 período de sesiones, del 1 de noviembre de 2000, el Comité señaló que: "(…) 17. El Comité lamenta los procedimientos usados por Perú para privar del control de los medios de comunicación a personas críticas al gobierno, recurriendo por ejemplo a despojar a uno de ellos de su nacionalidad. El Comité solicita al Estado Parte que, en cumplimiento del art. 19 del Pacto, revoque estas situaciones que afectan a la libertad de expresión y proporcione recursos efectivos a los afectados". Disponible en: (http://www.derechos.org/nizkor/peru/doc/comite.html) (12/05/2010).

[229] En época no electoral, los medios de comunicación de propiedad del Estado están obligados a otorgar cinco minutos a cada partido político con representación en el Congreso para la difusión de sus propuestas y planteamientos (art. 40 LPP)

política en sentido estricto es aquella que dichas organizaciones contratan con los medios de comunicación privados. Podría inferirse que la primera se ajusta al derecho público y la segunda al privado, pero no. El principio de igualdad rige la publicidad política que se aplica a las condiciones para la contratación (según el tipo de organización política y tarifas - art. 39 LPP), tiempos (no mayor a cinco minutos diarios en radio y televisión – art. 40 LPP), legitimidad para contratar (tesorero de la organización política).

La Organización Electoral puede ejercer su poder sancionador respecto a las organizaciones políticas. Todos estos casos son controlados por la Organización Electoral y ante eventuales conflictos, la resolución que el JNE emita sobre esta materia constituirá cosa juzgada. En el caso de los medios de comunicación, sólo tiene poder para ordenar la difusión de aquella publicidad que se hubiese rehusado a emitir de modo injustificado o incumpliendo las normas electorales. Aunque las infracciones a la publicidad electoral están tipificadas como delitos electorales, en la vía administrativa el Jurado no es competente para imponerles sanción alguna, pero deberá denunciar a los infractores ante el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Consejo de la Prensa Peruana[230].

[230] El incumplimiento de la normativa sobre publicidad política está tipificado como una infracción pasible de pena privativa de libertad no mayor de 6 meses, pena de multa y pena accesoria de inhabilitación por el mismo tiempo que la condena (art. 390 LOE; y art. 36 del Código Penal). Ello para quien destruya en todo o en parte, impida u obstaculice la propaganda electoral de un candidato o partido. Además sufre pena de multa, por el importe del diez por ciento del ingreso diario del condenado, multiplicado por treinta días de multa, de conformidad con los Artículos 41 al 44 del Código Penal. El poder de la Organización Electoral sobre los medios de comunicación se encuentra previsto en el artículo 15 de la Resolución nº 136-2010-JNE, que aprobó el Reglamento de Propaganda Electoral del 26 de febrero de 2010.

5. HACIA UNA DEFINICIÓN DEL AMPLIO MUNDO DE LO ELECTORAL

Para un constitucionalista como LANDA, el Derecho electoral es una especialidad del ordenamiento jurídico "constitutiva de la democracia participativa" porque regula la capacidad de participar de los ciudadanos y organizaciones políticas en la vida política de la Nación[231]. NOHLEN restringe el contenido de "lo electoral" a "quién es elector y quién es elegible y trata de determinar, además, si el derecho de sufragio es o no universal, igual, directo y secreto". Por ello, para este politólogo alemán, la definición estricta deja de lado las cuestiones puntualmente procedimentales o las que corresponden al campo de la ciencia política como es el sistema electoral restringiéndose a cuestiones jurídicas que por lo general tienen "un carácter jurídico constitucional"[232]. Todo parece indicar que intenta efectuar una fina disección de lo electoral entre lo que debe discutirse en el plano jurídico y en el plano político. Otros, sin soslayar que *lo electoral* sea el desarrollo del derecho de sufragio, resaltan su carácter "esencialmente" procedimental[233].

---

[231] LANDA ARROYO, César. "Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones", *Elecciones*, Nº 7, 2007, pp. 119-137, pp. 119-120.

[232] En: Voz: "Derecho Electoral", *Diccionario Electoral,* IIDH-CAPEL, San José de Costa Rica, disponible en: (http://www.iidh.ed.cr/capel/).

[233] Para ÁLVAREZ CONDE, el Derecho Electoral en sentido amplio se refiere a "las normaciones jurídicas positivas y las de carácter consuetudinario, mediante las cuales, se regulan las elecciones de representantes para los cargos públicos; al hacerlo en sentido estricto estamos considerando exclusivamente la regulación del derecho de sufragio, cuyo contenido esencial se limita a establecer las condiciones jurídicas subjetivas que determinan la participación política del ciudadano". A juicio de este autor el núcleo esencial de lo electoral, son las "técnicas de organización del poder público como un conjunto de disposiciones de carácter orgánico procedimental y no como normas de contenido, dogmáticas", en: ÁLVAREZ, Enrique y GONZÁLEZ, Juan Carlos. "Reflexiones en torno al Derecho Electoral", *Elecciones Locales,* INAP, Madrid, 1998, pp. 15-36, pp. 17-18.

Mientras los dos primeros autores se localizan en la dimensión sustantiva o material del Derecho Electoral, los últimos resaltan los procedimientos. En un trabajo más reciente, ASTARLOA se esfuerza por hacer una escisión entre la dimensión subjetiva, objetiva y principista del Derecho Electoral[234], pero finalmente se concentra en el carácter de derecho de configuración legal del sufragio. Es decir, lo define como el "conjunto de normas que desarrollan el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos y regulan el procedimiento y los sistemas para la elección"[235].

En el caso peruano el Alto Tribunal no ha definido qué deberemos entender por *lo electoral*, sólo ha mencionado dicho término de soslayo cuando indicó que "la finalidad del sistema (es decir, de la Organización Electoral), antes que administrativa, es electoral"[236]. La otra pista fue aportada por el legislador cuando en el Código Procesal Constitucional

---

[234] Apunta que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha determinado que solo son elegibles mediante sufragio universal, libre, directo y secreto los representantes a las Cortes Generales, a las Asambleas de las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y el Parlamento Europeo. Resalta que en el plano objetivo esta rama del Derecho comprenderá todas las operaciones existentes "desde la convocatoria de la elección a la verificación de las actas proclamadas y la toma de posesión". En cuanto a los principios enuncia los siguientes: (i) Primacía del sistema representativo; (ii) Neutralidad de las organizaciones electorales; (iii) Acumulación de garantías para asegurar que los candidatos participan con igualdad de oportunidades y los electores no vean mermado su derecho fundamental de sufragio, libre, igual, directo y secreto; (iv) Judicialización del sistema de controles y de verificación de la regularidad de la elección; (v) Protagonismo de los partidos políticos como verdaderos sujetos pasivos del procedimiento; (vi) Financiación pública de los gastos de las candidaturas, en: ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, Ignacio. "Derecho Electoral", en: *Organización General y Territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional,* tomo I, ARAGÓN, Manuel y AGUADO, César (directores), Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 276-279. Cabe señalar que este autor adopta como punto de partida para su definición la STCE 72/1984, del 14 de junio de 1984, cuyo FJ. 4 señala que: "(…) para que una ley merezca el calificativo de electoral es necesario que contenga por lo menos el núcleo central de la normativa atinente al proceso electoral, materia en la que se comprende lo relativo a quiénes pueden elegir, a quiénes se puede elegir y bajo qué condiciones, para qué espacios de tiempo y bajo qué criterios organizativos desde el punto de vista procedimental y territorial". (Los subrayados corresponden a la autora).

[235] Ídem, p. 276.

[236] STC nº 001-97-CC/TC, del 19 de junio de 1997, FJ. 3.

determinó que todas aquellas materias sobre las que resuelve el Tribunal Electoral, en última y definitiva instancia, deben ser consideradas electorales. Aunque ese precepto fue declarado inconstitucional, también es cierto que la perspectiva orgánica que adoptó se mantiene hasta la fecha.

Esto quiere decir que el derecho electoral viene siendo entendido tanto como derecho de sufragio activo (elegir) y pasivo (ser elegido para cargos de representación popular); las condiciones en las que se puede elegir, que incorporan, a su vez, a la organización electoral (en aquellas funciones directamente relacionadas con el desarrollo de una elección o consulta popular), el conjunto de operaciones propias del período electoral, desde la convocatoria hasta la proclamación de resultados y la entrega de credenciales. El diseño del sistema electoral y la verificación de la regularidad de las elecciones o contencioso electoral. Los mecanismos de democracia participativa; las garantías de justicia, lealtad o limpieza de la competición electoral[237], como todo el conglomerado normativo que garantiza el ejercicio del sufragio.

Ahora bien, aquello también querría decir que en la experiencia peruana existen materias que se habrían *electoralizado* debido a que son atendidas por la Organización Electoral autónoma. Existen algunos elementos de la democracia sustantiva que DAHL identificó en sus escritos que han pasado a formar parte de la democracia formal como ocurre con la libertad de prensa, de información y de expresión. Ello, en tanto que contribuyen a la formación de la opinión pública, al voto libre y a la justa competición entre candidatos. Lo mismo habría ocurrido con las distintas manifestaciones de libertad de asociación de los partidos políticos que se ha analizado.

---

[237] SÁNCHEZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, CEPC, Madrid, 2007, p. 30.

El peligro que esta *electoralización* comporta es que en la medida que son sometidos a la jurisdicción especializada del Jurado Nacional de Elecciones se detraerían de la jurisdicción constitucional. En el caso español, la Junta Electoral Central vela por el cumplimiento de la normativa LOREG relacionada con las campañas electorales, la publicidad electoral y la publicidad estatal en periodo electoral (prohibida). Sin embargo, de un lado introduce la precisión sobre la libertad de expresión y de otro lado, ante la posibilidad de una vulneración de este derecho fundamental, es posible recurrir en amparo (ordinario) ante la jurisdicción constitucional. Como las decisiones del aludido Tribunal Electoral son última y definitiva instancia y contra ellas no procedería revisión judicial ni garantía constitucional alguna, de esta manera, se les estaría excluyendo del amparo.

En un Estado Constitucional y Democrático de Derecho los derechos fundamentales deben encontrarse plenamente garantizados. En función a su autonomía y al ascendente incremento de atribuciones conferidas a la Organización Electoral, lo que se está produciendo en este campo es una progresiva sustracción de funciones a la jurisdicción constitucional. Por ello, será preciso analizar la naturaleza jurídica de la aludida Organización y procurar dilucidar si los derechos fundamentales que cruzan el camino de la elección, un campo en el que parece que no se pone el sol, son adecuadamente tutelados por un recurso efectivo.

De antemano, debo apuntar que no considero que el punto de vista orgánico sea el más pertinente para abordar lo electoral, sino que es imprescindible que confluya el punto de vista material y empezar a "des-electoralizar" aquellos derechos que no forman parte del corazón de lo electoral. Es el sufragio el derecho fundamental que discurre por el canal de su frondosa normativa. Los demás derechos que se adhieren

al proceso como condiciones indispensables para su ejercicio, no forman parte de lo electoral.

CAPÍTULO II: LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL COMO GARANTE DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

A diferencia de la experiencia española donde el celo garantista por la transparencia del proceso electoral se tradujo en una "acumulación de garantías jurisdiccionales" en la que participan una Administración Electoral (las Juntas Electorales Central, Provincial y de Comunidad Autónoma), el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional[238], en el caso peruano, el control de la elección fue encomendado únicamente a organismos autónomos.

La Constitución peruana de 1993 creó el denominado "Sistema Electoral" conformado por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y el Jurado Nacional de Elecciones (JNE), inaugurando un modelo tripartito de organización electoral. El denominado *Sistema Electoral* tiene por finalidad asegurar que las votaciones traduzcan la expresión

[238] SATRÚSTEGUI DELGADO, Miguel. "Las garantías del derecho electoral", *Revista de las Cortes Generales,* nº 20, 1990, pp. 91-118, p. 97. Sobre garantías electorales durante el proceso electoral encontramos los trabajos de: PRESNO LINERA, Miguel. "Las garantías del derecho de participación política a través del sufragio activo", *Revista de Derecho Político,* nº 52, 2001, pp. 137-179, que presenta una mirada panorámica de las garantías electorales previstas por el ordenamiento jurídico español; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. "Los recursos constitucionales del procedimiento electoral", *Revista de las Cortes Generales,* nº 24, 1991, pp. 107-132, quien analiza, esencialmente, las garantías orgánicas y judiciales; y, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "Las garantías del derecho de sufragio activo en el ordenamiento electoral español", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* nº 84, Anuario 1994-1995.

"auténtica, libre y espontánea" de los ciudadanos y que los escrutinios sean el reflejo "exacto y oportuno" de la voluntad del elector expresada en las urnas (art. 177 CP). Encomendó al Registro Nacional la elaboración del censo o padrón electoral que será utilizado en los procesos electorales y consultas populares. A la ONPE, la organización y ejecución de las elecciones y consultas populares; brindar información permanente sobre el cómputo de resultados, así como, controlar el financiamiento público y privado de las organizaciones políticas.

Ahora bien, el constituyente decidió que el JNE impartiese justicia en materia electoral, que sus resoluciones en dicha materia "no (sean) revisables en sede judicial" y, que "en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares", éstas sean dictadas en instancia "final y definitiva" (arts. 142 y 181 CP). Todo parecería indicar que las resoluciones del JNE en materia electoral constituyen cosa juzgada y que no serían revisables por el Poder Judicial. No obstante, en el art. 178 CP también determinó que sería competente para: "fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales; mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas; velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral; proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referéndum o el de otros tipos de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes"; y en las "demás que la ley señala".

En este contexto funcional que la Constitución depara, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la Organización Electoral peruana? Dilucidar las características jurídicas de cada uno de sus órganos, su relación entre ellos y de éstos con el derecho de sufragio y la elección es la labor que acometeré en el presente capítulo.

1. LOS CONFLICTOS ELECTORALES Y LOS DISEÑOS ORGÁNICOS

Hablamos de un Estado fallido cuando se produce la quiebra del Gobierno o el sistema político como uno de los elementos del Estado. El Estado, en el sentido weberiano del término, no desaparece, tampoco su población o su territorio. Sin embargo, presenta un nivel de descomposición institucional que le impide proveer bienes fundamentales como la seguridad, el orden y la justicia. El fracaso de sus instituciones y de las funciones que estas cumplen son sus señas de origen; pero también lo es la pérdida de legitimidad de sus gobernantes (dejan de ser percibidos como líderes políticos) y, en suma, de la idea de Estado. Los conflictos internos se disparan, como su causa o consecuencia[239]; y el diseño de la estructura estatal se convierte en un mecanismo para su solución y prevención así como para canalizar sus manifestaciones hacia los procedimientos democráticos.

Aunque los conflictos socioambientales ocupan el primer lugar en número y dimensiones, los electorales tienen un espacio nada baladí en la experiencia peruana, según pudimos apreciar en el capítulo anterior[240]. Los conflictos electorales entendidos como la disconformidad de la población con los resultados del cómputo que deriva en una confrontación violenta entre ella y las autoridades electorales. Sólo en octubre de 2010 se registraron diecinueve en el

---

[239] FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación. *¿Estados fallidos o Estados en crisis?,* Comares, Granada, 2009, pp. 20 y ss.

[240] Me remito al epígrafe 1.3.3. dedicado al predominio de una clase política excluida como seña de identidad de la democracia peruana.

marco de las Elecciones Regionales y Municipales llevadas a cabo el día 3 de ese mismo mes. La población de los distritos registrados se muestra proclive a quemar actas de sufragio, agredir a las autoridades electorales (de los Jurados Electorales Especiales y de las Oficinas Desconcentradas de Procesos Electorales), e incluso, a enfrentarse a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales[241].

Usualmente, la negación de la derrota es proclive a la denuncia fácil y a la destrucción de toda evidencia del votante. Y es que si la autoridad electoral declara nula la elección porque es imposible computar dos tercios de los votos (desaparición de las actas), los comicios deberán repetirse. Sin embargo, estos conflictos no son nuevos, existieron siempre (desde el paso que dio el Perú a Estado soberano), y caminaron tomados de la mano de la escasa legitimidad y profusa desconfianza de la población hacia sus gobernantes. A ello obedecería que la tendencia

---

[241] La disconformidad con los resultados electorales (relacionada, en su mayoría, con la reelección del burgomaestre) alega, entre otras razones, fallos en la construcción del padrón electoral y la consecuente presencia de "electores golondrinos" que no forman parte de la comunidad política distrital, habrían determinado los aludidos resultados. Los manifestantes quemaron actas electorales y causaron graves destrozos en los distritos de Acacocha (provincia de Asunción, región Ancash), Huacacachi, (provincia de Huari, región Ancash), Rapayán (provincia de Huari, región Ancash), Santa Cruz (provincia de Huaylas, región Ancash), Pira (provincia de Huaraz, región Ancash), Pátapo (provincia de Chiclayo, región Lambayeque), Túcume (provincia de Lambayeque), Supe (provincia de Barranca, Lima). En el distrito de Raimondi (provincia de Atalaya - región Ucayali), la Defensoría del Pueblo reportó que desde el 4 de octubre de 2010 manifestantes rodearon la sede de la ODPE y lanzaron piedras a este local reclamando un presunto fraude electoral. El 5 de octubre personal de la ODPE ha intentado salir de esta localidad por vía aérea hacia la ciudad de Pucallpa pero la población lo habría impedido mediante la toma del aeródromo de la ciudad. Al día siguiente lograron ser evacuados a la ciudad de Pucallpa, pero hasta el 6 de octubre de 2010 la turba mantuvo tomado el local de la Municipalidad provincial. La razón: el actual alcalde habría sido reelecto. En el distrito de Curimaná (provincia de Atalaya - región Ucayali), los pobladores bloquearon la carretera de acceso en protesta por la reelección del alcalde distrital, alegando que fue favorecido por los electores golondrinos acusándolo de corrupción. La intervención policial permitió que, luego de dos días, se reabriese la carretera que une la localidad de Neshuya con la capital de este distrito. En el distrito de Usicayos (provincia de Carabaya – región Puno) el enfrentamiento entre la población y las fuerzas armadas dio como resultado el fallecimiento de una persona. En Sullana (provincia de Sullana, Piura), debido a la falta de garantías, el personal de la ODPE tuvo que ser trasladado con resguardo policial a la ciudad de Piura. En: *Reporte de Conflictos Sociales Nº 80* elaborado por la Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo, octubre de 2010 (disponible en: www.defensoria.gob.pe).

inicial a abrazar el modelo de verificación de poderes parlamentarios por el propio Parlamento, no sólo fuese abandonada. Una vez que el control dejó de ser político, fue un órgano autónomo el depositario de esta función (el Jurado Nacional de Elecciones) y no el Poder Judicial o algún otro poder público.

1.1. El origen de la verificación de los poderes parlamentarios

Los antecedentes del control de legalidad de una elección se remontan a la "verificación de poderes" llevada a cabo en los parlamentos medievales conformados por mandatarios sujetos a mandato imperativo. Para intervenir en los debates debían acreditar los poderes conferidos por el estamento convocado al cual representaban y su condición de simples portavoces les exigía que limitasen su actuación a lo taxativamente dispuesto en el "cuaderno de órdenes"[242]. Con el advenimiento del Estado Constitucional y Democrático se desterró el mandato imperativo y los "mandatarios" se transformaron en candidatos electos por voluntad popular. No obstante que la verificación de poderes fue conservada en la posterior conformación de la mayoría de parlamentos europeos, su objeto tuvo que adecuarse a la introducción del principio de representación. La finalidad del control dejó de centrarse en el contenido de los cuadernos de órdenes y apuntó a comprobar: (i) si los candidatos electos reunían las cualidades exigidas por Ley para pertenecer al Parlamento (órgano de representación nacional); y, (ii) si la elección se había desarrollado conforme al ordenamiento jurídico. Se inaugura, entonces, un control

[242] El sistema político inglés fue el primero en implementar el mandato representativo en el siglo XVII desterrando el mandato imperativo, en: FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Carmen. *La Verificación de Poderes (1810-1936),* UNED, Madrid, 1987, p. 12.

que tiene lugar con posterioridad al acto de sufragio y con el objeto de comprobar si se cumplió con la finalidad de la elección. Fueron los miembros del Parlamento quienes se irrogaron el poder de llevar a cabo esta verificación.

El sustento de esta autoverificación se localiza en la concepción estricta del principio de separación de poderes y la necesidad de que la legalidad de los miembros del Parlamento fuese comprobada por los propios parlamentarios, y su origen, en el sistema político inglés y, específicamente, en el *Bill of Rights* de 1689[243]. La Constitución Federal norteamericana de 1787 fue la primera en normativizar la verificación de poderes como facultad de una cámara parlamentaria[244]. La calificación de las elecciones así como la elaboración de los informes sobre los escrutinios y la capacidad legal de sus miembros fueron encomendadas al Parlamento norteamericano. Esta atribución fue pacífica. Su condición de Estado nuevo y de reciente independencia del yugo inglés determinó que los norteamericanos no tuvieran la necesidad de reivindicar funciones de las Cámaras frente a algún Monarca. Una situación que sí constituía un problema en algunos estados europeos de origen distinto al anglosajón.

---

[243] *The complete Bill of rights: the drafts, debates, sources and origins,* edited by Neil H. COGAN, New York, Oxford University Press, 1997.

[244] Artículo I. Sección Quinta de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.- Each House shall be the judge of the elections, returns and qualifications of its own members, and a majority of each shall constitute a quorum to do business; but a smaller number may adjourn from day to day, and may be authorized to compel the attendance of absent members, in such manner, and under such penalties as each House may provide… (El subrayado corresponde a la autora). En los Estados Unidos de América conservan el control político de la elección. La participación de la judicatura se restringe a una etapa intermedia. Así, las elecciones federales son reguladas y organizadas por las autoridades electorales de cada Estado. Las impugnaciones se producen ante un tribunal estatal ordinario (que en ocasiones es especializado) y en última instancia, ante el órgano político que será la Cámara de representantes y el Senado del Congreso de la Unión (en el caso de las elecciones de sus respectivos miembros); o el correspondiente colegio electoral (cuando se trate de elecciones presidenciales).

En la experiencia francesa, esta función fue originalmente atribuida al Monarca, y usualmente delegada por éste en los Estados Generales. Sin embargo, la Corona podía avocarse a conocer dicha verificación o a modificar las decisiones de los Estados Generales. El Parlamento necesitaba reivindicar aquellas prerrogativas que la Corona le había arrebatado de modo discrecional. Por ello, con el Reglamento de 1789 se convirtió en una función compartida entre ambos poderes; y con la Constitución de 1791 (producto de la gran revolución) la verificación pasó a ser una atribución exclusiva del Parlamento. El control era político y arbitrario, entendido y justificado como una defensa del órgano legislativo frente a la Corona. Siguiendo esta tradición, en España la Constitución de Cádiz de 1812 (antecedente inmediato de la primera Constitución peruana de 1823) optó por el mismo diseño de control parlamentario de las elecciones.

Cuando se comprendió que el control sobre la legalidad de su investidura debía ser un acto desprovisto de todo apasionamiento político, el contencioso electoral dejó de ser una función de las cámaras parlamentarias. El tránsito del Estado liberal al Estado constitucional retiró al Parlamento la condición de soberano y lo convirtió en poder constituido al igual que los demás poderes del Estado. La evolución del concepto de Constitución de referente político a norma jurídica determinó la transformación del Poder Judicial en una instancia técnica que controlase su cumplimiento por parte de todos los poderes constituidos[245]. Teniendo en cuenta que el contencioso electoral busca legitimar la investidura de los representantes garantizando la composición legal del Parlamento; y asegurar la validez de la elección mediante un cuidadoso procedimiento, la concepción original de la verificación de poderes entra en crisis. Se abre paso la convicción de que el control de los procesos electorales no puede ser una función del

[245] Sobre el Estado Constitucional me remito al capítulo tercero de esta investigación.

Parlamento y menos aún, de la Administración Pública, sino más bien, de naturaleza jurisdiccional. El control político se transformó en un control jurídico, residiendo, finalmente, o en el Tribunal Constitucional o en el Poder Judicial.

El sistema austriaco destaca en el grupo que ha constitucionalizado al Tribunal Constitucional como garante último de la legalidad de la elección de las autoridades de los distintos niveles de gobierno[246]. La denominada calificación de elecciones alemana es parcialmente encomendada al Alto Tribunal. Sólo verifica los poderes de los miembros del *Bundestag* o Cámara Baja bajo un procedimiento que se inicia con una comisión conformada por siete miembros ordinarios y siete suplentes de dicha Cámara. Esta consulta a los partidos políticos sobre su conformidad con las elecciones y su resolución puede ser impugnada ante el Alto Tribunal[247].

1.2. La verificación de poderes en nuestros días: el denominado contencioso electoral

---

[246] Artículo 141 (1) de la Constitución austriaca de 1920: "The Constitutional Court pronounces upon: a) challenges to the election of the Federal President and elections to the general representative bodies, the European Parliament and the constituent authorities (representative bodies) of statutory profesional associations; b) challenges to elections to a Land Government and to municipal authorities entrusted with executive power; c) application by a popular representative body for a loss of seat by one of its members; application by at least eleven members of the European Parliament from the Republic of Austria for a loss of seat by a member from the Republic of Austria; d) application by a constituent authority (representative body) of a statutory professional association for a loss of seat by one of the members of such an authority; e) the challenge to rulings whereby the loss of a seat in a general representative body, in a municipal authority entrusted with the executive power or in a constituent authority (representative body) of a statutory professional association has been enunciated, in so far as laws of the Federation or *Laender* governing elections provide for declaration of a loss of seat by ruling of an administrative authority, and after all stages of legal remedy have been exhausted.

[247] Para mayores referencias, véase el artículo de Dieter NOHLEN: "La calificación electoral en Alemania Federal", ob. cit., 1993.

El contencioso electoral no tiene por objeto la tutela de derechos subjetivos, ni del elector, ni de los candidatos. Está destinado a garantizar la legalidad de la elección y la representación política. Que quienes sean proclamados como representantes o gobernantes (en un sistema presidencialista) del pueblo correspondan a quienes fueron elegidos por sufragio universal, directo y secreto. El componente diferencial entre una experiencia y otra se relaciona con la estructura orgánica que cada Estado provee para el desarrollo de esta función, que a juicio de SANTOLAYA y de su tipología tiene como criterio transversal la confianza que la población deposita en los poderes públicos[248].

En Alemania donde el nivel de confianza en la Administración Pública es elevado, los Jefes Electorales de los Gobiernos Locales son quienes hacen elecciones, escrutan votos y resuelven los conflictos entre los actores electorales; mientras que es el Parlamento y el Tribunal Constitucional (según corresponda) quienes atienden la calificación de elecciones[249]. La denominada calificación de elecciones alemana es parcialmente encomendada al Alto Tribunal. Sólo verifica los poderes de los miembros del *Bundestag* o Cámara Baja bajo un procedimiento que se inicia con una comisión conformada por siete miembros ordinarios y siete suplentes de dicha Cámara. Esta consulta a los partidos políticos sobre su conformidad con las elecciones y su resolución puede ser impugnada ante el Alto Tribunal[250]. El sistema austriaco ha impuesto al

---

[248] SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *Manual del Procedimiento Electoral,* 4a. ed., Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1999, p. 68. De forma análoga, PINTOR efectúa su *tipología* sobre la base de su mayor o menor independencia del Poder Ejecutivo, en: Voz: "Administración Electoral", *Diccionario Electoral,* Centro de Asesoría y Promoción Electoral del IIDH, San José de Costa Rica, publicación en línea disponible en: (http://www.iidh.ed.cr/capel/) (02-08-2011).

[249] Otros casos son el Department of Environment and Local Government, en Irlanda; The Election Department of the Ministry of Public Management, en Japón; The Local Government, en el Reino Unido; y los Comités Municipales Locales, en Suecia.

[250] Para mayores referencias, véase el artículo de Dieter NOHLEN: "La calificación electoral en Alemania Federal", *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Federal Electoral*, nº 2, México D.F., 1993.

Tribunal Constitucional en su Constitución como garante último de la legalidad de la elección de las autoridades de los distintos niveles de gobierno[251].

España es un ejemplo de Estados que ocupan el segundo nivel de confianza. La organización de los procesos electorales recae en instituciones del Poder Ejecutivo, pero se atribuye la administración de justicia en materia electoral a unos órganos administrativos (Las Juntas Electorales) como vía previa al Poder Judicial. Una breve referencia del contencioso electoral español será de utilidad para entender la cuidadosa división de funciones sobre *lo electoral* que esta experiencia lleva a cabo. Para empezar, los únicos actos impugnables a través del contencioso electoral son los acuerdos de las Juntas Electorales sobre: a) proclamación de candidaturas y candidatos (art. 49.1 LOREG)[252], y b) proclamación de electos así como la elección y proclamación de los

---

[251] Artículo 141 (1) de la Constitución austriaca de 1920: "The Constitutional Court pronounces upon: a) challenges to the election of the Federal President and elections to the general representative bodies, the European Parliament and the constituent authorities (representative bodies) of statutory profesional associations; b) challenges to elections to a Land Government and to municipal authorities entrusted with executive power; c) application by a popular representative body for a loss of seat by one of its members; application by at least eleven members of the European Parliament from the Republic of Austria for a loss of seat by a member from the Republic of Austria; d) application by a constituent authority (representative body) of a statutory professional association for a loss of seat by one of the members of such an authority; e) the challenge to rulings whereby the loss of a seat in a general representative body, in a municipal authority entrusted with the executive power or in a constituent authority (representative body) of a statutory professional association has been enunciated, in so far as laws of the Federation or *Laender* governing elections provide for declaration of a loss of seat by ruling of an administrative authority, and after all stages of legal remedy have been exhausted.

[252] El artículo 49.1 de la Ley 5/1985, de 19 de junio, Orgánica del Régimen Electoral General español (LOREG) dispone que: "a partir de la proclamación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, disponen de un plazo de dos días para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas Electorales, ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo. En el mismo acto de interposición debe presentar las alegaciones que estime pertinentes acompañadas de los elementos de prueba oportunos". Es pertinente acotar que con la reforma introducida por la LO 6/2002, de 27 de junio, el contencioso electoral se extiende a la proclamación o exclusión de candidaturas por suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido; y según el art. 49.5.a) LOREG será competente la Sala Especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 LOPJ.

Presidentes de las Corporaciones Locales (Ayuntamientos y Diputaciones provinciales) (arts. 109 a 117 LOREG).

FERNÁNDEZ SEGADO escribe que se trata de un recurso exclusivo debido a su objeto; y, excluyente, porque una vez realizada la proclamación de electos, la Administración Electoral no admite reclamaciones de organizaciones políticas sobre la validez de las elecciones o la proclamación de electos, quedando el recurso contencioso electoral como único cauce jurídico[253]. El Tribunal solicita a las Juntas Electorales que informen sobre los hechos materia de impugnación sin exigirles comparecer ni imponerles sanción alguna[254]. La inexistencia de Administración Pública demandada y el listado taxativo de fallos que puede contener una sentencia marcan la distancia del contencioso electoral respecto del contencioso-administrativo[255],

---

253 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El recurso contencioso-electoral", *Revista de las Cortes Generales,* nº 33, 1994, pp. 66 y 67. Sobre el contencioso electoral en España, véase además los trabajos de: ENTRENA CUESTA, Ramón. "El Proceso Contencioso Electoral", *Panorama actual de la Administración y Gestión de los Procesos Electorales,* Ministerio del Interior, Madrid, 2002; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. "El recurso contencioso electoral", *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías,* ARISMENDI, A. y CABALLERO, J. (coords.), Civitas, Madrid, 2003, tomo II, pp. 2353-2365; MARTÍN REBOLLO, Luis. "Notas sobre el Recurso Contencioso Electoral y otros temas de derecho electoral", *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez,* MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (coord.), Vol. 2, Civitas, Madrid, 1993; PARDO FALCÓN, Javier. "El Contencioso-Electoral en la LOREG", *Parlamento y Sistema Electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos,* PAU I VALL, Francesc (coord.), Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 147-175.

254 En el contencioso electoral el recurso se interpone ante la Junta Electoral (art. 112.1 LOREG) pero administra justicia la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para elecciones generales o al Parlamento Europeo, y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Comunidad Autónoma, en elecciones autonómicas o locales (art. 112.2 LOREG).

255 Según el art. 113.2 LOREG, la sentencia del contencioso electoral habrá de pronunciar alguno de los fallos siguientes: "a) inadmisibilidad del recurso; b) validez de la elección y de la proclamación de electos, con su expresión, en su caso de la lista más votada; c) nulidad de acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquel o aquellos a quienes corresponda; d) nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y necesidad de efectuar nueva convocatoria en las mismas, que podrá limitarse al acto de la votación, o proceder a una nueva elección cuando se trate del Presidente de una Corporación local, en todo caso en el plazo de

pese a que, inicialmente, el primero fuese una adaptación del segundo[256]. El Poder Judicial únicamente podrá declarar la nulidad de la elección cuando el vicio del proceso electoral sea determinante del resultado de la votación observando los principios de proporcionalidad y conservación de los actos. Y sus decisiones son incontrovertibles, salvo por el amparo electoral ante el Tribunal Constitucional, pero únicamente por afectación a derechos fundamentales, no con la finalidad de controlar la legalidad de la elección. De este breve esbozo, se observa la convivencia de una Administración Electoral, con el Poder Judicial, (a través de su jurisdicción contencioso-administrativa), y el Alto Tribunal (por medio del amparo electoral); y que aún con todos los actores que participan en el proceso, el control de la legalidad de la elección es esencialmente judicial[257].

Un tercer nivel se identifica cuando la organización de las elecciones se sustrae del Poder Ejecutivo, pero esta desconfianza no recae sobre el Poder Judicial. Se crean comisiones electorales permanentes encargadas de la organización material de las elecciones que son directamente controladas por el Poder Judicial (Canadá, Jamaica).

---

tres meses a partir de la Sentencia. No obstante, la invalidez de la votación en una o varias Mesas o en una o varias Secciones no comportará nueva convocatoria electoral en las mismas cuando su resultado no altere la atribución de escaños en la circunscripción".

256 Paloma BIGLINO indica que el modelo actual del recurso contencioso electoral se instaura en el DL 20/1977 de 18 de marzo sobre normas electorales. Se atribuye la gestión electoral a la "Administración Electoral", definida así por su naturaleza y funciones; y, dado que en dicha fecha no existía la justicia constitucional (el Tribunal Constitucional específicamente), se adapta lo que ya existe a las especificidades del caso, es decir, el contencioso administrativo para convertirlo en un contencioso electoral. Se agrega además la supletoriedad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa (1956) y la Ley del Procedimiento Administrativo (1958), para finalmente instaurar en la Constitución el control judicial de la validez de la elección así como la intervención del Tribunal Constitucional vía amparo. En: "La validez del Procedimiento Electoral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 29, Madrid, 1990, pp. 296-297.

257 El artículo 70.2 de la Constitución española dispone que "la validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas cámaras estará sometida al control judicial en los términos que establezca la ley". La normativa electoral dispone que no procederá "recurso alguno, ordinario, ni extraordinario" contra sus sentencias sin perjuicio del recurso de amparo ante el TC (art. 114.2 LOREG).

En un cuarto nivel de confianza, o más bien en un nivel de desconfianza, la organización de las elecciones y la impartición de justicia electoral se sustraen totalmente a los tres poderes del Estado y es transferida a órganos autónomos especializados en materia electoral, que sustituyen al Poder Ejecutivo y al Poder Judicial. En este grupo están aquellos Estados que cuentan con un solo órgano, que concentra toda función y cuyas decisiones son irrecurribles ante ente alguno (Uruguay, Costa Rica, Nicaragua y República Dominicana); y aquellos que crearon dos entes autónomos, uno de los cuales conduce la elección, y el otro, imparte justicia, fiscaliza el proceso, y controla la legalidad de la elección (Perú, Chile, Colombia).

El aludido cuarto grupo ha optado por órganos autónomos especializados que se convertirán en gestores de lo electoral, resolverán sus conflictos (o se anticiparán a ellos) y llevarán a cabo la verificación de poderes. Interactúan con los demás poderes del Estado como *primus inter pares* y sus decisiones son coercitivas. Luego no sorprende que autores como OROZCO entiendan que en Latinoamérica el contencioso electoral equivalga a justicia electoral[258]. Tampoco, que estos órganos sean calificados como Poder Electoral o detenten funciones que los eleven a dicha condición. Sobre esto volveré más adelante.

---

[258] Para Jesús OROZCO HENRÍQUEZ justicia electoral equivale a la noción del "contencioso electoral", y extiende la definición al control de constitucionalidad de las leyes electorales que es competencia de los Tribunales Constitucionales o de las Cortes Supremas de cada Estado, así como, a los delitos electorales. Es todo medio jurídico de control de los actos y procedimientos electorales que puede interponerse ante un órgano administrativo o judicial. El contencioso electoral buscaría garantizar la regularidad de las elecciones y corregir eventuales errores o infracciones a la normativa electoral. En: Voz: "Justicia Electoral", *Diccionario Electoral,* Centro de Asesoría y Promoción Electoral del IIDH, San José de Costa Rica, publicación en línea disponible en: (http://www.iidh.ed.cr/capel/) (10/06/2011). También en: "El Contencioso Electoral. La Calificación Electoral", *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina,* NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores), 2da. ed., México D.F., IIDH - Universidad de Heidelberg - IDEA - TEPJF, IFE, 2007, pp. 1158 y ss.

2. LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL COMO PODER DEL ESTADO

El concepto y aplicación del principio de división de poderes adoptados por una Constitución reflejarán un contexto sociopolítico determinado en un periodo específico. En términos de RUBIO LLORENTE, los poderes del Estado son instituciones que actúan la voluntad del Estado en general o de cada Estado en particular[259]. Considera que dichos poderes coinciden de "forma aproximada" con los denominados órganos constitucionales, es decir, con aquellos órganos reconocidos directamente por la Constitución, dotados de funciones decisorias propias y que no dependen de ningún otro órgano. Su origen, composición y competencias vienen establecidos de forma inmediata en la Constitución. Otros autores definen a estos órganos, directamente, como poderes del Estado[260].

Sin embargo, coincido más con el aludido profesor, para quien la identidad podría no ser completa. Menciona como ejemplo al Consejo

---

[259] RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 157-163.

[260] María TRUJILLO RINCÓN considera que la noción de órgano constitucional se convierte en equivalente de la de poder del Estado porque "los órganos constitucionales se identifican con los órganos del Estado a los que se atribuye el ejercicio, en condiciones de relativa independencia respecto a los otros, de funciones públicas en colaboración para actuar la voluntad del Estado", en: *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado,* Congreso de los Diputados, Madrid, 1995, pp. 41 y ss. En la misma línea, Luis DELGADO sostiene que un órgano es constitucional cuando se asemeja a un Poder del Estado y en la medida que, de su regulación directa y expresa en la Constitución, se "garantiza no sólo la atribución de unas funciones decisorias propias, sino también que las mismas sean ejercidas de modo independiente, esto es, sin subordinación a ningún otro órgano del Estado", en: "A propósito del carácter jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas. Comentario a la STCE 215/2000, de 18 de septiembre", *Revista Española de Control Externo,* vol. 3, nº 9, 2001, pp. 89-126, p. 90.

General del Poder Judicial español que, siendo órgano constitucional, no es un poder del Estado. Se trataría, más bien, de un órgano de apoyo a un órgano constitucional (El Poder Judicial, en este caso) para sostener su autonomía y excluir cualquier dependencia de la Administración general, a la que controlan[261]. Entonces, todos los poderes del Estado serían órganos constitucionales, pero no todo órgano constitucional sería poder del Estado.

Ante el silencio de la Carta Política de 1993 sobre esta categoría conceptual, el legislador diferencia a los órganos constitucionales de las entidades de derecho público interno y, aunque precisa sus características, no los enuncia con nombres y apellidos. El legislador establece como causal de improcedencia para impulsar los conflictos de competencias, cuando se produzcan enfrentamientos entre entidades de derecho público interno. Todo parecería indicar que opta por una noción amplia de órgano constitucional, entendiendo como tales, a todos aquellos que se encuentran consagrados en la Constitución y cuyas funciones son delimitadas por el bloque de constitucionalidad[262].

Entrando en nuestro tema, la Constitución de 1993 confiere autonomía a la ONPE, al RENIEC y al JNE. Aunque no los considera en conjunto como un poder del Estado, las dimensiones de sus funciones les confieren un *status* similar.

---

[261] Adopto la definición del Consejo General del Poder Judicial que aportan GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón, en: *Curso de Derecho Administrativo I,* décimo cuarta edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 38.

[262] Dispone que "los conflictos constitucionales surgidos entre dichas entidades, sean poderes del Estado, órganos de nivel o relevancia constitucional, gobiernos locales y regionales, serán resueltos por las vías procedimentales correspondientes" (art. 5.9 CPC). El legislador, a continuación hace un esfuerzo de especificidad y señala que el TC conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas (bloque de constitucionalidad), "que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales". Sin embargo, no determina expresamente quiénes son los órganos constitucionales.

Sin entrar en un estudio detallado del principio de separación de poderes, al que no pocos autores han dedicado sus trabajos[263], sí apuntaré que lo que GARCÍA PELAYO denomina "trinidad dogmática" padece de un progresivo abandono y, cada vez con menos dificultad, se abre la puerta a una pluralidad de posibilidades de dividir el orden político[264]. La aparición de órganos constitucionales y la creación de administraciones independientes alcanzan un papel destacado en esta reestructuración. El propósito de este apartado será dilucidar si es posible atribuir la condición de poder del Estado a la Organización Electoral, y de ser así, qué implicancias tendría en el ordenamiento jurídico peruano en su relación con los demás poderes públicos.

2.1. La Organización Electoral en el cuerpo estatal

---

[263] Es de sobra conocido es que las Constituciones contemporáneas reconocen los primeros trazos del principio de separación de poderes a LOCKE (*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil,* Carlos MELLIZO (traductor), Alianza, Madrid, 2006, especialmente el capítulo XII intitulado "De los poderes legislativo, ejecutivo y federativo del Estado"); que su formulación más depurada reside en MONTESQUIEU (*Del espíritu de las Leyes,* traducido por BLÁSQUEZ, Mercedes y DE VEGA, Pedro, 6º ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 172-219); y que en ROUSSEAU (*El contrato social,* traducido por Consuelo Berges, Aguilar, Madrid, 1970) encontró a su principal adversario. Entre los trabajos que han estudiado este principio destacan: DUGUIT, León. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789,* PÉREZ TREMPS, Pablo (traductor), Madrid, CEPC, 1996; SÁNCHEZ AGESTA, Luis. "Poder Ejecutivo y división de poderes", *Revista española de derecho constitucional,* Nº 3, 1981, pp. 9-42; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, "Sobre el principio de la separación de poderes", *Revista de Estudios políticos,* nº 24, 1981, pp. 215-234; GARCÍA-PELAYO, Manuel, "La división de poderes y su control jurisdiccional", *Revista de Derecho Político,* UNED, Madrid, Nº 18-19, 1983, pp. 7-16; GARCÍA MACHO, Ricardo, "Problemática de la división de poderes en la actualidad", *Revista de estudios políticos,* nº 53, 1986, pp. 175-190; BELLO PAREDES, Santiago, "El principio de separación de poderes, hoy", *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español: Libro conmemorativo del X aniversario de la facultad de derecho, Universidad de Burgos,* Universidad de Burgos, Burgos, 1996, pp. 239-252; GARCÍA ROCA, Javier. "El principio de la división de poderes", *Revista de Estudios Políticos,* Nº 108, 2000, pp. 41-75. M. J., VILE efectúa un estudio histórico de este principio en: *Constitucionalismo y separación de poderes.* Madrid, CEPC, 2007.

[264] GARCÍA-PELAYO, Manuel, "La división de poderes y su control jurisdiccional", ob. cit., p. 12.

Un Estado define su correlación de fuerzas en su estructura organizativa en función a los valores que considera más importantes. Como se mencionó, una de las vías legítimas para la prevención de conflictos electorales ha sido el diseño de la estructura estatal.

2.1.1. Una breve mirada a la experiencia Latinoamericana

Según el estudio de JARAMILLO, en Latinoamérica los organismos electorales son instituciones de "primer orden" dentro de los sistemas políticos nacionales. Sus decisiones versan sobre asuntos políticos de gran calado y afectan de manera definitiva el futuro y la estabilidad política de sus países[265]. Cuentan con un lugar privilegiado en la estructura estatal que los aleja, al menos formalmente, de la injerencia del Ejecutivo y el Legislativo, y en ocasiones, también del Judicial. Fueron dotados de amplios poderes y prerrogativas convirtiéndose en autoridades únicas sobre el proceso electoral.

Venezuela y Nicaragua optaron por un "Poder Electoral" como una subdivisión del Poder Público Nacional, en el primer caso[266]; y, como el cuarto poder del Estado, en el segundo[267]. Al Tribunal Supremo de

---

[265] JARAMILLO, Juan. "XVIII. Los órganos electorales supremos", *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina,* NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores), 2da. ed., México D.F., IIDH - Universidad de Heidelberg - IDEA - TEPJF, IFE, 2007, p. 423.

[266] Constitución venezolana de 1999. "Artículo 136. El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estadal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral. (…)".

[267] Constitución Política de la República de Nicaragua, publicada el 9 de enero de 1987. "Artículo 129.- Los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral, son independientes entre sí y se coordinan armónicamente, subordinados únicamente a los intereses supremos de la nación y a lo establecido en la presente Constitución. (…) Artículo 168.- Al Poder Electoral corresponde en forma exclusiva la organización, dirección y vigilancia de las elecciones, plebiscitos y referendos".

Elecciones (Costa Rica) y el Tribunal Calificador de Elecciones (Chile) no se les califica como un poder más, pero se les atribuye la condición de Tribunales Supremos aislados de la judicatura. Uno es un organismo "con rango e independencia de los Poderes del Estado" que tiene a su cargo todas las funciones electorales "en forma exclusiva e independiente"[268]. El otro es la única autoridad competente para todo lo electoral, salvo para lo constitucional-electoral, porque sus "autos" podrían ser revisados sólo por el Constitucional en los extremos no relacionados con lo estrictamente electoral[269].

Me detendré en la experiencia mexicana, porque además de ser emblemática, será de reiterada referencia en este trabajo.

El ininterrumpido gobierno del Partido Revolucionario Institucional (PRI) durante setenta años (1929 - 1989) generó la convicción sobre la nula competitividad y transparencia del proceso electoral. A ello obedece que las reformas constitucionales más importantes se iniciasen en 1990 con la creación del Instituto Federal Electoral (IFE). Una institución imparcial que brindaría plena certeza de la transparencia y legalidad a los actores y a la ciudadanía y que se encargaría de organizar las elecciones federales. Posteriormente, la calificación de la elección es depositada en el IFE, primero, y trasladada al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), después, quien además juzgará toda incidencia electoral, salvo las acciones de

---

[268] Artículo 9 de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, modificado por la Ley No. 5704 del 5 de junio de 1975.

[269] La Constitución chilena de 1980 modificada por Ley de Reforma Constitucional publicada el 22 de setiembre de 2005, delimita los espacios competenciales sobre lo electoral entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Calificador de Elecciones. El artículo 93.2 de la Constitución chilena, atribuye al Tribunal Constitucional la resolución sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones; y el 93.5 que resolverá sobre las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad con relación a la Convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones.

inconstitucionalidad de leyes electorales que quedaron a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Se produjeron sucesivas reformas que poco a poco fueron dotando de auténtica autonomía a estas instituciones electorales. Para las elecciones legislativas de 1997 y las generales de 2000 ambas estaban tan consolidadas, que los ciudadanos mexicanos no tuvieron duda sobre la transparencia de la elección[270]. Y aunque el arquetipo mexicano cuenta con una entidad administrativa autónoma (el Instituto Federal Electoral) y una Sala del Poder Judicial especializada y con funciones únicas sobre lo electoral (el constitucionalmente denominado Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación), ambos se encuentran localizados en la Carta Política, cuyos extensos preceptos sometidos a sucesivas reformas dan cuenta de su relevancia constitucional.

Lo que más llama la atención de este diseño es que la jurisdicción especializada en lo electoral mexicana renuncia a localizarse en un órgano autónomo. El artículo 94 CM que encabeza el Capítulo IV correspondiente al *Poder Judicial* reza que "se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito

[270] En 1993 se eliminan los Colegios Electorales que estaban formados por miembros de las Cámaras parlamentarias y que calificaban la elección de sus miembros. Esta función se traslada al IFE a quien correspondería la declaración de validez de las elecciones. Sin embargo, la cámara de diputados conservaba la función de calificar la elección del presidente de la República. Con la reforma de 1996, la autoridad electoral tuvo plena autonomía respecto al gobierno y los ocho consejeros del IFE fueron elegidos en la cámara de Diputados. La calificación de la elección se vuelve plenamente jurisdiccional porque pasa a formar parte de las competencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Para mayores datos sobre el proceso de reforma de las instituciones electorales mexicanas, véase los trabajos de: WOLDENBERG, José. "Las funciones del IFE en las elecciones mexicanas del 2 de julio de 2000", *Panorama actual de la Administración y Gestión de los Procesos Electorales,* Madrid, Ministerio del Interior, 2002; OJESTO MARTÍNEZ, José. "El papel del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en las Elecciones Federales Mexicanas del año 2000", *Panorama actual de la Administración y Gestión de los Procesos Electorales,* Madrid, Ministerio del Interior, 2002, pp. 400-402.

y en Juzgados de Distrito", mientras que el art. 99 CM determina que, salvo para los recursos de inconstitucionalidad contra leyes electorales, el TEPJF sea "la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación".

En el mismo artículo 99, la Constitución informa que el Tribunal Electoral resolverá en forma "definitiva e inatacable" sobre: "I. Las impugnaciones en las elecciones federales de diputados y senadores; II. Las impugnaciones que se presenten sobre la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos que serán resueltas en única instancia por la Sala Superior; (…) III. Las impugnaciones de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal (…) que violen normas constitucionales o legales; (…) IV. Las impugnaciones de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos, que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones (…) V. Las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, en los términos que señalen esta Constitución y las leyes (…); VI. Los conflictos o diferencias laborales entre el Tribunal y sus servidores; VII. Los conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Federal Electoral y sus servidores; VIII. La determinación e imposición de sanciones por parte del Instituto Federal Electoral a partidos o agrupaciones políticas o personas físicas o morales, nacionales o extranjeras, que infrinjan las disposiciones de esta Constitución y las leyes, y IX. Las demás que señale la ley". Le atribuye la declaración de nulidad de una elección por causas regladas, y en el mismo artículo constitucional define la composición (siete magistrados) y origen de los miembros de la Sala Superior ("los Magistrados Electorales que integren las salas Superior y regionales serán elegidos por el voto de las dos

terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores a propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La elección de quienes las integren será escalonada, conforme a las reglas y al procedimiento que señale la ley"), así como su organización interna. Incluso los requisitos para la elección de los magistrados de la Sala Superior son los mismos que los exigidos para los magistrados de la Corte Suprema.

En suma, es razonable afirmar que la propia Constitución erige al TEPJF como una Sala Especializada de la Corte Suprema pero al mismo tiempo, establece una barrera funcional y orgánica infranqueable que impide al aludido Tribunal formar parte de la familia de la judicatura, pese a llevar el apellido *judicial*[271].

2.1.2. El origen de la Organización Electoral peruana

Cuando el Perú eligió, por vez primera, a sus autoridades públicas representativas en 1828, se encomendó a las Juntas Preparatorias designadas por el Gobierno la revisión y dictamen sobre la autenticidad de las actas electorales remitidas por los Jurados Departamentales. Luego, de vistas y aprobadas por el Pleno, los representantes elegidos se incorporaban al Parlamento. En 1931 todo cambió. Después de la caída del presidente Leguía, la Junta Nacional de Gobierno, presidida por David Samanez Ocampo, designó una comisión para que preparase una propuesta de ley de elecciones teniendo en cuenta: el establecimiento de un poder electoral autónomo; la representación de las minorías; el voto

[271] A continuación, en el mismo precepto 99 CM, se detalla todas las competencias del TEPJF destacando la atribución de inaplicar a casos concretos aquellas normas electorales que considere incompatibles con la Constitución, y la de unificar jurisprudencia.

secreto y obligatorio; y la organización científica del registro electoral. Este proyecto sustentó el Decreto Ley 7177, de 26 mayo de 1931, que creó el Jurado Nacional de Elecciones con plena autonomía (derogando la práctica de las Juntas Preparatorias) y con competencias para vigilar el Registro Electoral, las elecciones, el escrutinio, la proclamación "y en general para todos los actos inherentes a las elecciones para presidente de la república y representantes al congreso" (art. 50).

La autonomía del JNE responde a décadas de elecciones fraudulentas y golpes de Estado (casi tan traumáticas como en la experiencia mexicana); y a la consecuente necesidad del Estado de procurar legitimidad a sus autoridades retirando del Ejecutivo, Legislativo y Judicial todo poder sobre lo electoral. Si bien el Jurado vio la luz a través de una ley, creció cuando fue reconocido como órgano de relevancia constitucional en la Carta de 1933 (sólo se le menciona en el artículo 150 para atribuir responsabilidad al Presidente de la República si éste interfiriese en su funcionamiento). Y empieza a consolidarse cuando el Estatuto Electoral 14250 de 1962 precisó, por vez primera, que el JNE era "la autoridad suprema en materia electoral y (que) contra sus decisiones no procede(ría) recurso alguno"[272].

Se convierte en órgano constitucional en la de 1979 y se le atribuye la condición de "instancia de apelación definitiva" sobre la nulidad de las elecciones de una circunscripción electoral (art. 292). El escrutinio se declara como irrevisable, salvo en los casos de error material e impugnación que se resolverá conforme a ley (art. 291).

El Congreso Constituyente Democrático instaurado en 1992 (encargado de preparar el proyecto de Constitución de 1993) propuso la organización electoral tripartita vigente. De esta manera, la

[272] Artículo 13 del Estatuto Electoral aprobado por Decreto Ley 14250 del 5 de diciembre de 1962.

Organización Electoral peruana aparece en el derrotero histórico jurídico como un diseño de órgano único y autónomo en el Decreto Ley 7177 de 1931, y alcanza la actual conformación con la Constitución de 1993, pero no lejana de la controversia.

Nuevamente se hicieron presentes la desconfianza en los tres poderes clásicos del Estado y la sacralización de lo electoral (que tuvo su origen más remoto en 1931). Esta iniciativa de la mayoría fujimorista recibió objeciones por los miembros de la minoría. Consideraron que la dispersión de las funciones electorales entre tres organismos sin una unidad de mando facilitaría su manipulación por el entonces presidente Fujimori, fomentando el fraude electoral y la consecuente reelección[273]. Por ello, los congresistas de la oposición: Róger Cáceres Velásquez (Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos – FRENATRACA); Raúl Castro, Lourdes Flores Nano, Ántero Flores-Araoz (Partido Popular Cristiano – PPC); José Barba Caballero (Coordinadora Democrática – CODE); Fernando Olivera (Frente Independiente Moralizador – FIM); y Henry Pease García (Izquierda Unida – IU) solicitaron que la Oficina de Procesos Electorales y el Registro dependiesen orgánicamente del

[273] La intervención del Congresista Henry Pease sobre el fraude electoral que encubría la creación de esta organización tripartita fue la más vehemente: "Ustedes (dirigiéndose a la mayoría oficialista) ¿no pueden entender que el Jurado Nacional de Elecciones también necesita unidad de mando? Y yo me pregunto señor Presidente, qué es entonces lo que aquí puede pensar el ciudadano medio si ustedes están desarticulando el Jurado de Elecciones y al mismo tiempo quieren sacar los registros civiles del municipio y hacer una oficina; y argumentan que ya lo han hecho. Es que ustedes piensan que lo que han hecho están bien, pero nosotros pensamos que no está bien.

Vamos a creer que los padrones van a ser limpiamente hechos o que van a ser hecho en función de la campaña que ustedes quieren hacer para reelegir con truquito a su presidente. Ya no solamente quieren elegirlo sin la mitad más uno de los votos, ahora quieren elegirlo manejando los padrones y manejando el Jurado. Por favor, la legitimidad de lo que ustedes están planteando se viene abajo, ustedes mismos le están dando todas las razones a quien en cualquier parte del camino quiera cuestionar el proceso. Creo que es un grave error", en: Diario de debates del Congreso, sesión del martes 24 de agosto de 1993, disponible en: (http://www.congreso.gob.pe/ccd/debates_pc/debates_pc.htm) (30-06-2010)

Jurado y que sus titulares fuesen designados por el mismo JNE, ya que su "autonomía podía generar sospechas de fraude electoral".

Desde el partido oficialista, Martha Chávez Cossío (Cambio 90 - Nueva Mayoría) defendió su creación argumentando que respondía a la necesidad de modernizar el "Poder Electoral": el Jurado tardaba demasiado en proclamar resultados, había vulnerado el derecho de sufragio a través de algunas de sus resoluciones y no era posible que un solo organismo concentrase funciones administrativas y jurisdiccionales[274].

En todo caso, el principio de división de poderes es el principal sustento de su creación y los cuestionamientos se centraron en la aparición de la ONPE y el RENIEC así como en el nivel de autonomía que se les confería. La presencia del Jurado como jurisdicción especializada e independiente de la judicatura no fue materia de controversia, sí lo fue, el precepto que establecía la no revisión judicial de sus decisiones. Sin embargo, sobre este tema volveré epígrafes más adelante, cuando analice la naturaleza jurídica del JNE.

2.2. El bloque orgánico electoral en la Constitución de 1993

El Título IV de la Constitución Política peruana está dedicado a la estructura del Estado e incorpora a los Poderes Legislativo (capítulo I), Ejecutivo (capítulo IV) y Judicial (capítulo VI); al Ministerio Público (art.

[274] Diario de debates del Congreso, sesión del martes 24 de agosto de 1993, disponible en: (http://www.congreso.gob.pe/ccd/debates_pc/debates_pc.htm) (10-01-2011).

158 CP), al Consejo Nacional de la Magistratura (art. 150 CP), y la Defensoría del Pueblo (art. 161 CP); y al *Sistema Electoral* tripartito (arts. 176 y ss.). Aunque no son reconocidos de forma específica en este título, recoge en otros al Banco Central de Reserva (art. 84 CP), a la Contraloría General de la República (art. 82 CP) y al Tribunal Constitucional (art. 201 CP).

El bloque electoral u Organización Electoral forma parte del vértice organizativo del Estado en paridad de rango con los demás poderes que la Constitución consagra. Esta posición la convierte en uno de sus contrapesos, y le permite concurrir al poder supremo del Estado de forma inmediata.

Ningún otro poder público distinto a los tres miembros de la Organización Electoral tiene competencias sobre lo electoral, las cuales, vienen especificadas en los preceptos constitucionales que van del art. 176 al 186 CP. El auxilio que prestan a la elección algunas instituciones ajenas a dicha organización se subordina a la dirección de la autoridad electoral. Este es el caso de las Fuerzas Armadas (por el Ministerio de Defensa) o el cuerpo de la Policía Nacional (por el Ministerio del Interior) quienes garantizan la libertad individual durante los comicios bajo las directivas y órdenes de la Oficina de Procesos Electorales (art. 186 CP). El Jurado controla la eficacia de las directivas sobre neutralidad electoral y de publicidad estatal en periodo electoral que deben ser observadas por todo el Estado, y en particular, por el Ejecutivo y el Legislativo que son los más proclives a transgredirlas.

Aunque es el Jurado el titular de la iniciativa en la formación de las leyes electorales (art. 178 CP), la ONPE y el RENIEC también participan de esta iniciativa y su labor incide sobre las normas primarias. Además, las leyes electorales cuentan con sucesivas reservas reglamentarias destinadas a que la Organización desarrolle la preparación de toda la

elección y los preceptos que determinan lo que estará permitido o prohibido a cada uno de sus actores.

Otro criterio útil para identificar a los órganos constitucionales como poderes del Estado, según anota GÓMEZ MONTORO, es que aquellos lo individualizan en un momento histórico determinado. Tal es así, que su desaparición, o desorganiza el Estado o lo transforma, y su presencia determina, "en última instancia, la forma de gobierno"[275]. Aunque el solo hecho de que el constituyente se tome la molestia de reconocerlos y configurar sus funciones y origen, ya los convierte en órganos necesarios para el Estado[276].

En la experiencia peruana, la lucha por las elecciones libres ha sido una reivindicación democrática tan importante como la instauración del sufragio universal, libre y secreto. La creación de una *Organización*

---

[275] En un intento por sistematizar las distintas definiciones otorgadas al "órgano constitucional", Ángel GÓMEZ MONTORO consolida una clasificación según los criterios que subyacen a cada una de ellas. Así según el criterio de derecho positivo, su calidad de constitucional se desprende de los datos concretos de las normas de derecho positivo y fundamentalmente, de las normas constitucionales. Según el criterio de esencialidad e indefectibilidad apunta a calificar como órganos constitucionales a aquéllos que individualizan al Estado en un momento histórico cuya desaparición, o desorganiza el Estado, o lo transforma fundamentalmente y "determinan, en última instancia, la forma de gobierno". Según la posición en la organización estatal los órganos constitucionales ocupan la posición del vértice en la organización del Estado con paridad de rango, "esta independencia no excluye, sin embargo, poderes de iniciativa o de freno, por lo que aparecen como elementos indispensables del sistema de *checks and balances,* de controles recíprocos (…)". Finalmente, conforme al criterio funcional, los órganos constitucionales son los que participan de forma inmediata en el poder supremo del Estado, participan en la función de gobierno, intervienen en la formación de normas jurídico-constitucionales y su labor incide sobre las normas primarias, en: *El conflicto entre organismos constitucionales,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 318. (Los subrayados corresponden a la autora). Sin adentrarse en esta clasificación tan detallada, la profesora TRUJILLO atribuye las mismas características a los órganos constitucionales. Sin embargo, sí resalta que estos se encuentran en posición de paridad e independencia respecto a los otros órganos constitucionales, es decir, "ni son autárquicos ni están jerárquicamente subordinado", en: *Los conflictos entre órganos…,* ob. cit., p. 45.

[276] STC 0029-2008-PI/TC, del 10 de noviembre de 2009, en el proceso de inconstitucionalidad presentado por Julio Ernesto Lazo Tovar en representación de 5 639 ciudadanos contra el Poder Ejecutivo, FJ. 4-6 y voto particular de los Magistrados Mesía Ramírez y Vergara Gotelli.

Electoral ha sido determinante para esta victoria estatal; y ello ha implicado la sustracción de la materia electoral a los demás poderes públicos.

En mi opinión, más importante que demostrar la necesidad que un órgano representa para la estructura de un Estado, debería ser inferir cuál es la relación de fuerzas que el constituyente quiso instituir y los valores constitucionales que pretendió introducir. Es evidente que la dimensión formal del principio democrático recibió un papel protagónico en la Constitución de 1993, razón por la cual, le dedica todo un capítulo, sin contar los preceptos destinados a los demás elementos de la imagen maestra del sufragio. De otro lado, desde un punto de vista habermasiano, en sociedades cada vez más complejas y fuertes, el efecto protector que los derechos fundamentales tienen ya no queda referido solamente al poder administrativo (o los abusos del poder público), "sino en general al poder social de organizaciones fuertes"[277]. Recordemos que el Estado peruano es proclive a gestar caudillos tanto a nivel estatal, como regional y local; y con ellos (no necesariamente debido a ellos) han aparecido los conflictos electorales que necesitan ser confrontados por una Organización cuya *autorictas* sea aún más fuerte que ellos.

Es difícil determinar qué ocurriría si los organismos electorales no fuesen reconocidos por la Constitución peruana como órganos autónomos; menos aún, si su ausencia detendría el funcionamiento del Estado. Encontramos en el derecho comparado modelos donde se encomienda el desarrollo de las elecciones a una Administración Independiente (como ocurre con las Juntas Electorales en España) o a una Comisión Electoral formada por representantes del Poder Ejecutivo (como en Irlanda), según vimos en epígrafes anteriores. No obstante, en

[277] HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* JIMÉNEZ REDONDO, Manuel (traductor), Trotta, Madrid, 1998, p. 319.

el contexto descrito, presumo que podrían ser funestas. Es bastante probable que la aún endeble confianza en el respeto por los resultados electorales se desvanecerían.

Todo lo dicho hasta ahora me conduce a afirmar que las características que la Organización Electoral presenta la convierten en un poder del Estado. Un Poder Electoral que coexiste con la judicatura, el Congreso de la República, el Ejecutivo y los demás órganos constitucionales. Las características del proceso electoral y el consecuente éxito de una elección o consulta popular dependerán de que estas autoridades actúen de forma coordinada y oportuna sin perder su autonomía.

El constituyente prescribió la autonomía de los tres respecto de los demás poderes del Estado y de cada uno, en función a los otros dos órganos electorales. Un mandato constitucional, a cuyo desarrollo y eficacia me aproximaré en el siguiente epígrafe. Sin embargo, ahora es preciso acotar que el éxito o fracaso de la elección tendrá como factor nodal que todas sus atribuciones y competencias sean ejercidas de modo coordinado. Deberán comportarse como un bloque orgánico, como un engranaje en el que, de la oportunidad de la actuación de uno, dependerá la oportunidad y hasta legalidad de la actuación del otro, teniendo como marco la brevedad de las etapas preparatorias de la elección. Es posible que a ello obedezca que el constituyente los denominase en conjunto *Sistema Electoral,* aunque la nomenclatura más recomendable hubiese sido la de *Organización Electoral.*

2.3. La autonomía de los órganos electorales

El carácter esencial de un órgano constitucional se revela en su autonomía o la independencia efectiva. Ésta se traducirá en indicadores relacionados con el *status* que se reconozca a sus miembros; en la delimitación de su estructura orgánica; y, en su funcionamiento interno[278]. En cuanto al *status,* si el nombramiento o cese del titular de alguno de los órganos electorales se asemejase al de un funcionario en cargo de confianza, dicho titular no sería independiente. "Agradar o no desagradar" a aquellos de quienes depende su permanencia en el cargo sería uno de sus objetivos, más que cumplir con el mandato constitucional. Algo similar ocurriría si su organización interna pudiese ser modificada por un acto discrecional de los otros poderes públicos. Una reserva de ley orgánica, cuya aprobación implica una votación calificada del legislador, los protege ante esas posibles injerencias.

Como en el capítulo dedicado a la organización electoral, el constituyente peruano además de definir su composición, origen y competencias esenciales, establece que sus tres miembros "actúan con autonomía"; prohibió a los demás miembros de la organización estatal que dirijan el funcionamiento interno o la actuación de los órganos electorales (al menos formalmente).

La *Organización Electoral* – OE concentra todo el poder sobre la denominada materia electoral. Esta incluye, de modo inevitable, al derecho de participación política. Sus manifestaciones (derivada de su condición de derecho de configuración legal) se proyectan ampulosamente en numerosos actos preparatorios de la elección, en actos conexos (como la celebración de las elecciones internas en los partidos políticos); en el acto electoral (el día del sufragio); y en momentos posteriores (que se prolongan a la permanencia en el cargo

[278] BIGLINO, Paloma. "Parlamento, presupuesto y Tribunal de Cuentas", *Revista de las Cortes Generales,* nº 37, 1996, pp. 9-42, p. 40.

del representante electo). Manifestaciones en las que no me detendré, porque el primer capítulo de esta investigación las aborda de modo sistemático.

Carente de control alguno que sea exterior a ella, la OE se convierte en una fortaleza inexpugnable. Un diseño de estas dimensiones es ideal para promover la limpieza política de unos comicios. Surge la duda sobre su compatibilidad con un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, cuya Carta Política tenga entre sus cometidos, la racionalización y limitación del poder[279]. Esto nos conducirá, necesariamente, a explorar los niveles de autonomía de cada uno de los órganos que la componen y cómo opera el principio de coordinación administrativa entre sí.

2.3.1. La autonomía personal de sus titulares: la elección de los Magistrados y la designación de los Jefes Nacionales

La autonomía personal se garantiza por el estatuto que se adjudica a los titulares, más que por su origen; aún así, es importante señalar que los cinco magistrados del Pleno del Jurado son elegidos por voto secreto, universal (no por toda la población del padrón electoral, sino, entre universos constitucionalmente predeterminados) y directo. Esto quiere decir que en su composición se introduce un matiz de

---

[279] Para Hesse "a través de la ordenación del procedimiento de formación de unidad política, de la fundación siempre limitada de atribuciones de poder estatales, de la regulación procesal del ejercicio de estas atribuciones y del control de los poderes estatales, la Constitución pretende limitar el poder estatal y preservarlo de un abuso de este poder: En esta su función de posibilitar y garantizar un proceso político libre, de constituir, de estabilizar, de racionalizar, de limitar el poder y en todo ello de asegurar la libertad individual estriba la cualidad de la Constitución". En: HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional,* CRUZ VILLALÓN, Pedro (traductor), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 21.

representación popular, aunque la naturaleza del órgano sea jurídica y no política.

El primero de sus miembros es elegido por los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la República (entre sus magistrados jubilados o en actividad y es quien presidirá el Pleno); el segundo, por la Junta de Fiscales Supremos (entre los Fiscales Supremos jubilados o en actividad); el tercero, proviene del Colegio de Abogados de Lima; el cuarto, de los ex-decanos de las facultades de derecho de las universidades públicas; y el quinto, entre los ex-decanos de las facultades de derecho de las universidades privadas[280]. Con esta modalidad de elección se inicia un círculo de independencia que se cierra con la exigencia a todos los candidatos de una nula vinculación político-partidaria, por lo menos, en los cuatro años anteriores a la fecha de su postulación[281].

Los representantes de los colectivos ciudadanos (colegios de abogados y ex decanos de las facultades de derecho) no guardan relación alguna con la carrera judicial. No obstante, su procedencia especializada coadyuva a que las resoluciones se ajusten al principio de juridicidad. Su presencia fortalecería la neutralidad del Pleno porque le confiere una base de legitimidad de origen a través de la población ciudadana que los elige. La composición cuasijudicial del Pleno encuentra su justificación en su naturaleza jurisdiccional especializada y en la envergadura jurídica del contencioso electoral, respecto del cual, decide en última y definitiva instancia. Esta composición se reproduce (con algunos matices) en los Jurados Electorales Especiales. Es decir, en los órganos temporales que constituyen sus primeras instancias desconcentradas

[280] Cada una de estas instituciones, también eligen dos suplentes que reemplazarán al miembro titular en caso de muerte o incapacidad permanente o temporal, mientras dure ésta o ante un impedimento sobreviniente (art. 11 LOJNE).

[281] Art. 12 LOJNE.

durante el proceso electoral[282]. Finalmente, los miembros del Pleno cuentan con las garantías de independencia, inamovilidad (no pueden ser trasladados), y permanencia en el servicio. Sus remuneraciones han sido homologadas con las de los magistrados del Poder Judicial. Podría inferirse por todos estos antecedentes que se erige como un órgano de similares condiciones a una sala especializada de la Corte Suprema de Justicia.

Los Jurados Electorales Especiales se componen de un representante de la Corte Superior de Justicia de la circunscripción donde se instalará. Tanto él como su suplente son designados por el Presidente de cada Corte entre sus miembros jubilados o en actividad, y es quien presidirá el JEE. Los cuatro miembros restantes nacen de un sorteo público llevado a cabo por el JNE entre los veinticinco ciudadanos de mayor instrucción de la sede, y la resolución que los designa puede ser impugnada ante una comisión de los tres fiscales más antiguos de cada jurisdicción o el Registrador provincial según sea el caso[283]. Pero es el JNE quien evalúa su remoción una vez designados de modo definitivo cuando incurran en alguna de las causales de vacancia previstas para los magistrados del Pleno, como militar en un partido político. Así ocurrió en abril de 2006, cuando el Pleno dejó sin efecto la designación del señor Roger Medina Rosales en el cargo de segundo miembro del JEE del Callao constituido para Elecciones Generales 2006, porque "del

---

[282] Quienes presiden estos Jurados Especiales provienen del grupo de los magistrados jubilados o en actividad de las Cortes Superiores y son designados por las mismas Cortes. Los otros dos miembros nacen por un sorteo impulsado por el JNE entre los veinticinco ciudadanos con mayor grado de instrucción de la sede administrativa. Es posible impugnar la resolución del JNE que los designa ante una comisión de los tres fiscales más antiguos de cada jurisdicción. Ante la inexistencia de suficientes magistrados para cubrir la plaza de presidente del JEE, el legislador posibilitó el nombramiento del fiscal con mayor antigüedad de la misma jurisdicción, y en última instancia de un abogado que cuente con los requisitos para ser "vocal superior" (art. 47 LOE).

[283] Ante la inexistencia de suficientes magistrados para cubrir la plaza de presidente del JEE, el legislador posibilitó el nombramiento del fiscal con mayor antigüedad de la misma jurisdicción, y en última instancia de un abogado que cuente con los requisitos para ser "vocal superior" (art. 47 de la LOE).

reporte emitido por la Oficina de Registro de Organizaciones Políticas se acredita fehacientemente que (…) está afiliado al partido político Justicia Nacional"[284]. O en Elecciones Regionales y Municipales 2010, cuando constató del Registro de Organizaciones Políticas que la señora Agripina Dávalos Rayme se encontraba registrada "como miembro válido de la provincia de Abancay de la organización política local Agrupación por el Desarrollo de Abancay"[285].

Aunque el cargo es irrenunciable, el Pleno concede la renuncia en situaciones excepcionales y a solicitud del interesado, esencialmente por "cuestiones éticas"[286], o de "salud"[287], salvo en el caso de los Presidentes de los JEE, quienes, al provenir de la judicatura, se ajustan al régimen de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Luego, en estos casos, la tendencia es que el Jurado formalice los acuerdos de la Sala Plena de cada Corte Superior de Justicia designando al suplente[288]. De todo esto se deduce que el Pleno no cuenta con facultades discrecionales para retirarlos del cargo.

Los titulares de la Oficina de Procesos Electorales y del Registro son designados luego de un concurso público de libre concurrencia por el mismo órgano que selecciona a los miembros de la judicatura: el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM).

---

[284] Resolución nº 377-2006-JNE, del 13 de abril de 2006, tercer considerando.

[285] En consecuencia su designación quedó sin efecto de acuerdo a la Resolución nº 456-2010-JNE, del 30 de junio de 2010, FJ. 2.

[286] Con la Resolución nº 2532-2010-JNE, del 7 de octubre de 2010, aceptó la renuncia presentada por uno de los miembros del Jurado Especial de Camaná por razones éticas, sin precisar cuáles fueron.

[287] Resolución nº 372-210-JNE, del 14 de junio de 2010.

[288] Así ocurrió en la Resolución nº 2506-2010-JNE, del 29 de setiembre de 2010, o en la Resolución nº 352-2010-JNE, del 9 de junio de 2010. Aunque en el caso de la Resolución Nº 349-2010-JNE, del 7 de junio de 2010, el Pleno aceptó directamente la renuncia del Presidente del Jurado Electoral Especial de Lima Sur.

Al igual que quienes pretenden ser miembros del Pleno del JNE, el candidato a Jefe de la ONPE debe acreditar una nula vinculación con toda organización política en los cuatro años anteriores a su postulación. Los jefes de sus Oficinas Desconcentradas también son seleccionados por un concurso público que lleva a cabo la propia ONPE. La resolución que publica la lista de personas seleccionadas para el cargo puede ser impugnada ante el JEE de la zona y apelada ante el Pleno. Esta competencia forma parte de la potestad del JNE de impartir justicia electoral.

Quien encabeza el RENIEC es elegido entre una terna propuesta por su Consejo Consultivo compuesto por un representante de la Corte Suprema y dos del Poder Ejecutivo (uno por el Ministerio de Justicia y uno por el Ministerio del Interior). Es el único titular de un órgano electoral a cuyos candidatos no se exige que acrediten la inexistencia de vínculos político-partidarios.

En mi opinión, este trato diferenciado se encuentra directamente relacionado con sus funciones. Mientras el Jurado es Tribunal especializado en lo electoral y garante último de toda la elección; la preparación y desarrollo de elecciones y consultas populares se someten al ámbito competencial de la ONPE y el RENIEC. Y entre estos dos, el RENIEC sólo se vincula a la, tantas veces aludida, materia electoral, a través de la "preparación" del padrón de electores. El grueso de sus atribuciones (que podríamos denominar administrativas) se conecta con las políticas públicas destinadas a promover el ejercicio del derecho fundamental a la identidad. A esto obedecería la fuerte presencia del Ejecutivo en la designación de quien detentará la jefatura nacional del Registro Nacional.

Toda esta información me lleva a algunas reflexiones. La primera de ellas es que se adopta como parte de la amplia "materia electoral" la

posibilidad de impugnar un acto derivado del poder de auto-organización (como es la designación del personal administrativo de una entidad pública) de un órgano autónomo (la ONPE). La estrecha vinculación que estos "jefes" tendrán con la competición por el poder los pone en el punto de mira del tribunal electoral. Los vicios de legalidad de los concursos públicos son perfectamente impugnables en la vía contencioso-administrativa[289]. Si este fuera el caso de la selección de los aludidos jefes, cualquier particular podría cuestionarla ante el Jurado, por medio de la especie de "contencioso-administrativo-electoral" que el legislador ha reconocido. Sin embargo, pese a que el RENIEC es el otro miembro de naturaleza jurídica no jurisdiccional de la Organización, la selección de sus funcionarios de idéntico nivel administrativo no es cuestionable ante el JNE.

Sería razonable pensar que esta ausencia de control sobre el RENIEC obedecería a su casi inexistente conexión con los momentos álgidos del proceso electoral. También, a que las potestades de los órganos desconcentrados del RENIEC son esencialmente regladas. La función de registro no acoge un margen de discrecionalidad administrativa siquiera parecido al que subyace a la conducción del procedimiento electoral; que comprende, entre otras, las funciones de planificación y de publicidad de las distintas etapas del procedimiento[290]. Estas funciones

---

[289] Artículo 4º del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo Nº 013-2008-JUS, publicado el 29 de agosto de 2008.

[290] El artículo 27 LOONPE que recoge las funciones de las Oficinas Descentralizadas de Procesos Electorales establece entre sus funciones discrecionales: "b. Ejecutar las acciones necesarias para el desarrollo de los procesos electorales, de referéndum u otras de consultas populares, de acuerdo a las directivas de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y la normatividad electoral vigente; (…) d. Brindar, desde el inicio del escrutinio, permanente información sobre el cómputo de los votos; e. Asegurar la ejecución de las instrucciones y disposiciones necesarias para el mantenimiento del orden y la protección de la libertad personal durante los comicios; f. Velar por el cumplimiento de las resoluciones y directivas de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, y demás disposiciones referidas a materia electoral; (…) k. Administrar los fondos que se le asigne; (…) n. Determinación de los locales de votación y distribución de las mesas; (…) o. Difundir por los medios de publicidad adecuados en cada

exigen de los titulares de las Oficinas Desconcentradas una comunicación constante con las organizaciones políticas, una coordinación fluida con los JEE y autoridades locales, una cualificación profesional y personal, y en particular, una neutralidad política probada que sustente su *autorictas* frente a todos los actores electorales y ante eventuales conflictos electorales.

Aunque este juicio que el Jurado efectúa sobre la ONPE sea en nombre de la transparencia de la elección, una segunda reflexión es que aquél extiende su poder de control sobre el estatuto jurídico de los funcionarios de la Oficina de Procesos Electorales.

2.3.2. La remoción de los "Jefes Nacionales": entre los conceptos jurídicos indeterminados y el principio de tipicidad

Otra pista que brinda el ordenamiento jurídico electoral sobre la relación entre el Jurado con los demás órganos electorales se localiza en el término del mandato. Mientras que los actos que podrían poner fin al periodo de los magistrados son evaluados por el propio Pleno del JNE, la vida en el cargo de los Jefes Nacionales pende de la decisión del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM). Como explicaré a continuación, la autonomía del JNE se convierte en un bastión inexpugnable, pero en el caso de los otros órganos, se abre la puerta a una discrecionalidad que, desde mi punto de vista, merma su autonomía.

---

localidad las publicaciones relacionadas con las diversas etapas del acto electoral; p. Ejercer las demás atribuciones relacionadas con su competencia".

Luego de los cuatro años legales del mandato de los titulares del RENIEC y de la ONPE, el CNM puede ratificarlos en el cargo pero también puede removerlos antes de que completen dicho periodo[291]. El art. 8 LOONPE y el art. 12 LORENIEC que citaré a continuación definen, respectivamente, lo que deberá entenderse por "falta grave":

> "Se considerará falta grave a título enunciativo más no limitado, la comisión de actos que comprometan la dignidad del cargo o lo desmerezca en el concepto público" (el subrayado corresponde a la autora)

> "El Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil sólo puede ser removido por acuerdo del Consejo Nacional de la Magistratura y en virtud de la comisión de actos que, a su juicio, constituyan falta grave. Se considera falta grave a título enunciativo más no limitativo, la comisión de actos que comprometan la dignidad del cargo o la desmerezcan en el concepto público" (los subrayados corresponden a la autora).

Sobre los preceptos citados quiero destacar, en primer lugar, los supuestos de hecho que pudiesen ser subsumibles en los criterios "dignidad del cargo" y "desmerecimiento en el concepto público"; y en segundo lugar, que dichos supuestos que calificarían como "falta grave" y que tendrían a la remoción como ineludible consecuencia jurídica son "a título enunciativo más no limitativo". Ambos aspectos serán objeto de este análisis.

---

[291] La Resolución No. 230-2003-CNM del 2 de febrero de 2003 que aprueba el Reglamento de Procesos Disciplinarios del Consejo Nacional de la Magistratura, desarrolla el proceso de remoción de los titulares de la ONPE y el RENIEC. Éste se inicia con la apertura de la investigación preliminar a pedido de cualquier ciudadano (art. 12); o de oficio, cuando cualquiera de los Consejeros tome conocimiento de hechos debidamente fundamentados sobre la comisión de falta grave (art. 17). Una vez concluida la investigación, y si existen los méritos suficientes, se emite la Resolución que inicia el proceso disciplinario (art. 27). Ante la presunción de la comisión de un delito, adicionalmente, el CNM comunica al Ministerio Público para que adopte las medidas de ley (art.28). Contra la decisión del Pleno del CNM que declara la remoción, procede recurso de reconsideración (art. 37), cuya resolución agota la vía administrativa.

El CNM entiende a los primeros como "conceptos jurídicos abiertos"[292], cuya concreción responde al análisis que el Consejo efectúa para cada caso concreto. Luego es posible afirmar que nos encontramos ante *conceptos jurídicos indeterminados.* Es decir, conceptos abstractos que sólo pueden ser concretados en su aplicación práctica, y con este fin, la Administración deberá hacer una valoración "fundada en criterios técnicos y en razonamientos lógicos"[293]. Esto ocurre porque la ley no admite otra solución más precisa. Ahora bien, preciso es recordar que en el corazón de estos conceptos existe un *halo de incertidumbre* que exige un *margen de apreciación* de la Administración para su aplicación[294]. Este margen de discrecionalidad no sería absoluto. Algunos autores procuran establecer en este punto, su diferenciación con la potestad discrecional. El margen de apreciación de un concepto jurídico indeterminado exige una actividad cognitiva y objetivable; de subsunción a una norma jurídica (como ocurre cuando se analizan las conductas que permitirán afirmar que un demandante actuó con buena fe procesal); luego del cual, sólo se aceptará una respuesta (o la conducta compromete la dignidad del cargo o no la compromete). La potestad discrecional lleva implícita una actividad volitiva, de libre

---

[292] Resolución nº 017 -2005-PCNM del 21 de abril de 2005, FJ. 27.

[293] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General,* 4ta. ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 92. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás explican que la ley utiliza *conceptos de experiencia* (como incapacidad para el ejercicio de sus funciones, premeditación, fuerza irresistible) y de *valor* (buena fe, estándar de conducta del buen padre de familia, justo precio), porque "las realidades referidas no admiten otro tipo de determinación más precisa" (en: *Curso de Derecho Administrativo I,* décimo cuarta edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 470).

[294] Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, adoptando la doctrina alemana, consideran que es posible identificar en todo concepto jurídico indeterminado: "un núcleo fijo o zona de certeza" configurado por datos previos y seguros; "una zona intermedia o de incertidumbre", o halo del concepto. En este sector es donde se reconoce el *margen de apreciación;* y "una zona de certeza negativa" también segura en cuanto a la exclusión del concepto. Ponen como ejemplo el justiprecio que ha de pagarse por un inmueble. Formará parte del núcleo fijo, el precio base tasado por un experto en 10; del halo de incertidumbre, un rango entre 10 y 15 debido a las mejoras; pero bajo ningún concepto (zona de exclusión) el inmueble costará 20, Ibídem.

elección entre una pluralidad de soluciones justas[295]. En todo caso, la discrecionalidad en el aludido *halo de incertidumbre,* por definición, es débil. Sin embargo, en los supuestos que son materia de nuestra discusión, la actividad discrecional del Consejo es inusitadamente fuerte.

Sobre este punto volveré en breve. Ahora, si bien, este no es el espacio para llevar a cabo un estudio exhaustivo del principio de tipicidad, ni de la naturaleza jurídica del CNM, sí es importante conocer la aplicación de dicho principio en las resoluciones del Consejo sobre los titulares de la ONPE y el RENIEC en relación con aquellos conceptos jurídicos indeterminados.

Brevemente, como vertiente material del principio de legalidad[296], el principio de tipicidad consiste en la exigencia de que tanto los

---

[295] Miguel SÁNCHEZ MORÓN contrasta la potestad reglada con la discrecional concluyendo que en la primera todas sus manifestaciones están predeterminadas por las normas jurídicas aplicables, "de forma que constatada la concurrencia del supuesto de hecho previsto por la norma jurídica de aplicación, no hay más que una decisión posible y lícita en Derecho. La decisión administrativa es en este caso pura y simple ejecución de la ley (y en su caso, de los reglamentos)". En contraste, "cuando se habla de decisión discrecional nos referimos por lo general a una decisión administrativa cuyo contenido no está *totalmente* predeterminado, puesto que la ley remite a la estimación del órgano administrativo competente alguno o algunos elementos que la integran, en función de consideraciones de oportunidad". Explica a continuación que "dentro del margen de apreciación válido, la Administración goza también de cierta discrecionalidad, pues podría adoptar lícitamente distintas soluciones, completando la relativa indeterminación de la norma jurídica que ha de aplicar. Lo que ocurre es que en estos casos (conceptos jurídicos indeterminados) la discrecionalidad tiene una naturaleza diferente. No es volitiva, sino cognitiva o interpretativa, como suele denominarse", en: *Derecho Administrativo. Parte General,* ob. cit., pp. 89-93. Los subrayados corresponden a la autora.

[296] El principio de legalidad ha sido consagrado por la Constitución en su artículo 2º, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". En materia sancionadora, este principio impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Este principio impone tres exigencias: "la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)". El Alto Tribunal ha interpretado,

comportamientos prohibidos o preceptuados, como las sanciones a imponer vengan descritos en los preceptos normativos, de modo claro e inequívoco, procurando que no se genere inseguridad jurídica. Evidentemente, este principio aplicable al poder punitivo del Estado (reflejado en el Derecho Penal y en el Derecho Administrativo Sancionador) guarda una íntima relación con el principio de seguridad jurídica y el derecho a la libertad personal. He allí la importancia de su observancia y que permita, en palabras de SANZ RUBIALES y GÓMEZ TOMILLO, "que los ciudadanos puedan en todo momento prever las consecuencias sancionatorias que se pueden derivar de su conducta"[297].

En cuanto al uso de cláusulas de remisión para definir la conducta prohibida (el tipo) o la sanción que deberá imponerse, un sector de la doctrina está a favor y otra en contra. Quienes están a favor opinan que una tipificación suficiente no recurre a la certeza absoluta, sino a la "predicción razonable" de las consecuencias jurídicas de la conducta. Por ello, acepta las cláusulas residuales en la medida en que resultaría

---

además, que en el Derecho Administrativo Sancionador, el principio de legalidad se satisface "cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley". El de tipicidad, en cambio, "define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos", en: STC 00197-2010-PA/TC, del 24 de agosto de 2010, FJ. 4 y 5. Otras: SSTC 00197-2010-PA/TC del 24 de agosto de 2010, FJ. 2-6; y, 1182-2005-PA/TC del 26 de marzo de 2007, FJ. 14-16.

[297] Para Manuel GÓMEZ TOMILLO e Íñigo SÁNZ RUBIALES, "la reserva de ley sólo puede desarrollar toda su eficacia cuando la voluntad del órgano representante del pueblo se expresa tan claramente que excluye una decisión subjetiva y arbitraria del juez, en el ámbito penal o de la Administración, en el contexto del Derecho administrativo sancionador. En definitiva se trata de preservar la competencia del legislador a la hora de determinar qué comportamientos se hacen acreedores de un reproche sancionatorio, por lo que, en última instancia, a evidentes razones de seguridad jurídica, se suma la idea de separación de poderes", en: *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo,* 2da. ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 153-155. Véase además los trabajos de: NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador,* 3era. ed., Tecnos, Madrid, 2002, pp. 92 y ss.; PÉREZ NIETO, Rafael y BAEZA DÍAZ-PORTALES, Manuel. *Principios del Derecho Administrativo Sancionador,* Vol. I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, pp. 99 y ss.

imposible describir todas las infracciones del ordenamiento jurídico, y porque no proporciona garantía adicional alguna al ciudadano[298]. Quienes están en contra sostienen que no debería trasladarse al ciudadano el deber de deducir de las intrincadas normas técnicas, lo que puede o no puede hacer; y concluye que la remisión podría ser admisible, sólo cuando ésta se lleve a cabo con una *norma sancionadora en blanco.* Es decir, en las que "el supuesto de hecho no se encuentra plenamente descrito en una norma con rango de Ley, sino, que precisa indefectiblemente el concurso de un reglamento"[299].

Volviendo a nuestro tema, el problema central es que el precepto que reúne los supuestos de hecho que determinan la comisión de "falta grave" y la consecuente remoción está compuesto, en su totalidad, por conceptos jurídicos indeterminados. Puede ser razonable entender que si una sentencia judicial penal recae sobre alguno de los Jefes Nacionales produciría un "desmerecimiento en el concepto público" o comprometería "la dignidad del cargo". Sin embargo, el ordenamiento jurídico peruano carece de otros referentes normativos que establezcan supuestos análogos que permitan integrarlos. Los aludidos preceptos no se remiten a conductas predeterminadas o al menos predecibles por los actores del Derecho y están desprovistos de la necesaria especificidad que una norma restrictiva de derechos exige[300]. El margen de apreciación discrecional del Consejo no es débil, como correspondería,

---

[298] NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador,…* ob. cit., pp. 292-297. En opinión similar: DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. *Constitución y Derecho Administrativo Sancionador,* Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 272 y ss.

[299] GÓMEZ TOMILLO, Manuel, SÁNZ RUBIALES, Íñigo. *Derecho Administrativo Sancionador…* ob. cit., p. 162, 142-143.

[300] Si bien adopta la premisa de que las personas tienen que estar en capacidad de poder predecir los resultados de sus acciones, el TC peruano, siguiendo el derrotero de su homólogo español (SSTCE 122/1987, del 14 de julio de 1987; 133/1987, del 21 de julio de 1987; 69/1989, del 20 de abril de 1989; y 219/1989, del 21 de diciembre de 1989), admite la remisión a *conceptos jurídicos indeterminados*, siempre y cuando éstos permitan prever con "suficiente seguridad" las características de las conductas infractoras, en: STC 0010-2002-AI/TC, del 3 de enero de 2003, FFJJ. 45 – 47.

sino que, por el contrario, es elevado. A través de la motivación de sus resoluciones, ejerce la función legislativa de tipificar las infracciones administrativas que podrían ser cometidas por los titulares de la ONPE y del RENIEC.

En otro extremo, existen algunos referentes creados jurisprudencialmente por el CNM en el procedimiento de ratificación de jueces, los cuales, han sido sometidos a juicio del TC. No obstante, aún no tenemos una luz al final del túnel sobre la posición que el Alto Tribunal adopta sobre los conceptos jurídicos indeterminados que identifica en dichas resoluciones, y que incluso ha enumerado (entre otras: "conducta e idoneidad propia de la función", "desmerecimiento en el concepto público", "desmedro de la imagen", "el Poder Judicial como fuente de inseguridad jurídica", "conducta intachable", "imagen pública", "imagen del Poder Judicial", "modelo de conducta ejemplar", "transparencia de sus funciones públicas", "transparencia de sus funciones privadas" y "dignidad del cargo")[301]. En algunas sentencias considera que ante la presencia de estos conceptos en la Ley Orgánica del Poder Judicial es deber del Consejo fundamentar debida y abundantemente sus resoluciones, porque "a mayor discrecionalidad de la norma, mayor habrá de ser la motivación lógica y racional, en

[301] STC 01873-2009-pa/tc, del 3 de setiembre de 2010, FJ. 40. Es ilustrativo además, el razonamiento del Alto Tribunal en relación con los conceptos jurídicos indeterminados que utiliza el CNM en sus resoluciones: "llama la atención que se requiera un magistrado de conducta ejemplar, sin determinarse qué es lo que se entiende por ella (no fumar, no tomar o tomar moderadamente, no drogarse, no maltratar a los miembros de su familia, no tener multas de tránsito, etc.), de modo que no se sabe qué es lo que está prohibido o lo que está permitido. Asimismo, ¿cómo se determina el desmedro de la imagen propia? (porque la prensa así lo dice, por la suma de recortes periodísticos, porque el Colegio de Abogados lo señala, porque la asociación de padres de familia del colegio de sus hijos tiene un mal concepto del magistrado, etc.). Es más, ¿cómo afecta al Poder Judicial? (ello puede dar lugar entonces a que cada vez que se evidencia que un juez ha afectado la imagen de aquel poder, ¿será pasible de sanción?; pero previamente, ¿cómo puede o debe afectar dicha imagen? Cabe también preguntar que en caso no se haya afectado dicha imagen, por falta de publicidad del acto incorrecto, ¿el funcionario no será sancionado?)", en: STC 01873-2009-pa/tc del 3 de setiembre de 2010, FJ. 44.

proporcional correlato"[302]. En otras, ha condenado a dicha institución porque obliga al aplicador del Derecho a efectuar juicios deontológicos, según cito a continuación:

> "los tipos legales genéricos deben estar proscritos y aunque la Administración a veces se conduzca sobre la base de estándares deontológicos de conducta, estos son insuficientes, por sí solos, para sancionar, pues aunque se pueden interpretar como conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo, puesto que los tribunales administrativos no son tribunales "de honor""[303].

En este contexto, desde mi perspectiva, los conceptos jurídicos indeterminados de nuestro análisis pueden ser configurados con los criterios morales de los miembros del CNM, y aquellos que fueron citados por el Tribunal Constitucional podrían ser perfectamente evocados en algún procedimiento contra Jefes Nacionales, porque el listado es "a título enunciativo y no limitado". Veamos algunos casos.

Con la Resolución 019-2000-PCNM, el CNM removió por falta grave al entonces Jefe de la ONPE, el señor José Portillo Campbell. Dicho funcionario habría actuado con negligencia en el desempeño de sus funciones por "responsabilidad indirecta" al no haber supervisado a los funcionarios a su cargo. Lo que a juicio del Consejo "dio lugar a irregularidades en las elecciones generales (del año 2000) creando desconfianza en la ciudadanía y haciéndose desmerecedor del cargo en el concepto público"[304]. El señor Portillo no informó a la población sobre

---

[302] STC 5156-2006-PA/TC, de 29 de agosto de 2006, FJ 48 y 49.

[303] STC 01873-2009-PA/TC, de 3 de setiembre de 2010, FJ. 12.b.

[304] El Consejo anota que la falta de supervisión personal y directa en la ejecución del proceso electoral por parte del Jefe de la ONPE dio lugar a los siguientes hechos: Diferencia entre votos y sufragantes en las provincias de Huánuco, Nasca y Abancay en primera vuelta, así como en Cusco; diferencia entre votos y sufragantes en los reportes sobre escrutinios presidenciales al 86.774%, en la primera vuelta, que originó

los problemas que venía presentando el proceso electoral sino hasta "cuando ya se había causado daño a la imagen de la ONPE". Razonó además, que "los problemas surgidos (…) (en) la ONPE eran primero detectados por los medios periodísticos" antes que por el titular de la entidad, y que las encuestas de los medios de comunicación "arrojan un alto porcentaje de que la ciudadanía ha perdido la confianza en el funcionario materia de la investigación", pero ¿fue objetivamente comprobable aquella desconfianza? Y así lo hubiese sido ¿es que la destitución de un titular de un órgano autónomo podría pender de una encuesta de opinión?

En otro caso (contra el entonces titular: Fernando Tuesta Soldevilla), el CNM consideró que la inconducta funcional guardaba relación "con aquella escala de comportamientos que sin constituir infracción constitucional, acción u omisión delictiva, implica sin embargo, un demérito funcional personal grave y por lo mismo una seria afectación al prestigio de la institución a la que representa (…)". Así, fundamentó que "es deber inexcusable de todo funcionario público el de mantener una conducta decorosa y digna (…)[305].

En la denuncia presentada por el Partido Aprista Peruano (APRA) contra la actual jefa de la ONPE, el CNM introdujo una segunda autoridad pública en el procedimiento de remoción, cuya opinión técnica resultaría vinculante para destituir a cualquiera de los jefes nacionales.

---

un excedente de 1'377,328 votos y, en el reporte sobre congresistas con el mismo porcentaje, el exceso de 1'234,438 votos; igualdad en las cifras presidenciales al 97.682%, que son idénticas a las que se publica en el reporte al 77%; y, graves irregularidades advertidas por los observadores nacionales e internacionales en el proceso electoral. FJ. 3. El subrayado corresponde a la autora.

[305] En el proceso disciplinario seguido contra el entonces titular de la ONPE, Fernando Tuesta Soldevilla, el Consejo imputó al procesado la contratación de la señora Tatiana Mendieta Barrera como funcionaria de dicha institución debido a la relación sentimental que venían manteniendo. Atribuyó a dicha relación el ascenso y otras prerrogativas gerenciales encomendadas a la señora Mendieta, lo cual, a juicio del Consejo, vulneró el Código de Ética, en: Resolución nº 017-2005-PCNM, del 21 de abril de 2005, FFJJ. 29 y 49. Los subrayados corresponden a la autora.

Entendió que el Jurado era la entidad competente para pronunciarse sobre aspectos técnico-electorales de la infracción y "si de ello se deriva la responsabilidad del Jefe de la ONPE, entonces, sería procesado"[306]. Esto significa que erige al Pleno en una vía previa que deberá evaluar si es que los titulares de la ONPE o del RENIEC cumplieron o incumplieron con sus funciones electorales. Si una vez concluida dicha evaluación el Jurado considerase que existe responsabilidad administrativa, entonces deberá comunicarlo al Consejo.

De los dos primeros casos, es posible inferir que los fundamentos del Consejo para dotar de contenido a la falta grave obedecen más a un juicio deontológico, que jurídico. Este tipo de juicios son atribuibles a un tribunal de honor antes que a un Tribunal Administrativo, cuya vinculación al principio de legalidad le compele a esgrimir argumentos que provengan del ordenamiento jurídico vigente. No obstante que es una cláusula restrictiva de derechos, el legislador ha claudicado a configurar su contenido y ha depositado esta responsabilidad en los miembros del Consejo y en los métodos de integración jurídica. En el último caso, el margen de discrecionalidad que emplea deja de ser total. Recurre a un órgano técnico: el Jurado Nacional de Elecciones, pero lo convierte en un ente co-decisor de la permanencia de los titulares de los otros dos órganos autónomos electorales. Un efecto colateral de este criterio es que el JNE ejerce una función de control no jurisdiccional sobre la actividad de los otros dos órganos que la Constitución no le encomienda.

---

306 El Partido Aprista Peruano (APRA) denunció al Jefe de la ONPE por haber distorsionado las cifras de los resultados de las Elecciones Generales del 9 de abril de 2000, publicando reportes de escrutinios presidenciales y de congresistas con resultados de las circunscripciones electorales de Huánuco, Nazca y Abancay que no concordaban con los votos realmente emitidos. El Consejo determinó que era incompetente para abocarse al conocimiento de materia electoral, por lo que la agrupación denunciante tuvo expedito su derecho para denunciar las irregularidades señaladas ante el JNE y éste tenía la obligación de pronunciarse al respecto, en: Resolución No. 008-2000-PCNM del 27 de junio de 2000, FFJJ. 6 y 7.

En mi opinión, los citados artículos 8 LOONPE y 12 LORENIEC vulneran el principio de tipicidad. La consecuente escasa previsibilidad de los fundamentos jurídicos del CNM pone en peligro la garantía de la inamovilidad en el cargo de los Jefes del RENIEC y de la ONPE. Una situación que podría volverse peligrosa para el Estado Democrático si tuviese lugar en medio de una competición por el poder político. Entonces, sería plausible que el legislador reasumiese su responsabilidad legislativa y tras un debate político concienzudo concretase estas infracciones para desterrar la inseguridad jurídica, tanto como los posibles resquicios de impunidad. Otra solución a este dilema sería que el legislador introdujese una reserva reglamentaria que la convirtiese en una *norma sancionadora en blanco.* De tal manera, que el órgano administrativo, a través de un reglamento, pueda configurar las conductas que constituyan un "desmerecimiento público" o "atentan contra la dignidad del cargo" y que serían sancionables. Sin que esta idea nos conduzca a la deslegalización de los tipos que causarían la remoción de los Jefes nacionales, contribuiría a resolver la imposibilidad de los Congresistas de prever todas las infracciones posibles y procuraría seguridad jurídica.

2.3.3. La vacancia de los Magistrados del JNE

En contraste, únicamente el propio JNE puede decidir el destino de cada uno de los miembros del Pleno por votación mayoritaria y a través del procedimiento de vacancia[307]. Desde mi punto de vista, se les negó

[307] El Presidente del Jurado declara la vacancia de forma automática en los casos de renuncia y muerte; mientras que los supuestos de incapacidad e "impedimento sobreviniente" exigen una evaluación del Pleno. Esto significa que ni una sentencia judicial o los resultados de una investigación del Ejecutivo o el Legislativo pueden producir su cese. La Ley Orgánica del Poder Judicial omite mencionar, si quiera, a este Colegiado. Luego, sólo el Pleno decide sobre la continuidad o cese de sus

el beneficio del antejuicio político (al igual que a los titulares del RENIEC y de la ONPE, pese a ser funcionarios públicos "de la mayor importancia en un Estado democrático de derecho"[308]), para evitar toda posible injerencia política de los demás poderes del Estado. En particular, del Legislativo[309]. Recordemos brevemente que según el antejuicio político el funcionario sería acusado ante la Comisión Permanente del Congreso de la República, cuyos miembros remitirán la causa a la Cámara para que sea examinado. Si ésta encontrase suficientes indicios de que infringió la Constitución, le retiraría la inmunidad para que sea procesado en la vía judicial[310]. Esto quiere

---

miembros. Ver artículo 18 de la Ley 26486, Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones.

[308] STC 006-2003-AI/TC, del 1 de diciembre de 2003, FJ. 27. JARAMILLO sostiene que en la mayoría de los casos, los magistrados de los organismos electorales supremos reciben el mismo tratamiento que los demás altos dignatarios del Estado, lo cual significa "que su destitución solamente procede por violaciones a la Constitución o por delitos, y que ha de ser decidida por el Congreso, en un juicio político y frecuentemente con mayorías calificadas o, en algunos casos, por los tribunales judiciales, tras acusación del órgano legislativo", en: "XVIII. Los órganos electorales supremos", *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina,* NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores), 2da. ed., México D.F., IIDH - Universidad de Heidelberg - IDEA - TEPJF, IFE, 2007, p. 389.

[309] El antejuicio político es entendido como una prerrogativa funcional de la que gozan los funcionarios del art. 99 CP (Presidente de la República, Congresistas, Ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo Nacional de la Magistratura, vocales de la corte suprema, fiscales supremos, el defensor del pueblo y el contralor general) con el propósito de que no puedan ser procesados en la vía penal por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. La condición de juez y fiscal supremo de dos de los miembros del JNE permitiría ubicarlos entre los supuestos del antejuicio, pero no podrían acogerse a él mientras fuesen magistrados electorales. La conocida prohibición del ejercicio simultáneo de dos cargos públicos rige en el ordenamiento jurídico peruano, por lo que no le falta razón al Alto Tribunal para exhortar al Parlamento a modificar dicho extremo de la Carta, en: STC 006-2003-AI/TC, del 1 de diciembre de 2003, FJ. 27.

[310] La Constitución de 1993 recogió dos procedimientos de acusación constitucional distintos según su alcance y finalidad: el Antejuicio y el Juicio Político. Para el TC, el antejuicio está destinado a determinar la procedencia de un juzgamiento penal de funcionarios de alto rango ante el Poder Judicial, previa autorización del Congreso de la República, por la imputación de un delito cometido en ejercicio del cargo. El Juicio Político (*impeachment)* hace alusión a la potestad de procesamiento y sanción por parte del Congreso en los casos específicos de infracción de la Constitución por funcionarios de alto rango, y en la que, en principio, no intervendría el Poder Judicial, por no tratarse de la imputación de delitos. Es un juicio eminentemente político. En: STC 006-2003-AI/TC, del 1 de diciembre de 2003, FJ. 25. Véase el trabajo de Francisco EGUIGUREN PRAELI. "Antejuicio y Juicio Político en el Perú", *Pensamiento Constitucional,* Nº 13, 2008, PUCP, pp. 111-162.

decir que la Organización Electoral podría ser sometida al escrutinio de las fuerzas políticas que ocupan el Congreso. Sin embargo, en virtud del principio democrático, dichos funcionarios no deberían quedar exentos del control político de los representantes del pueblo. De igual manera que los demás titulares de los órganos constitucionales.

2.3.4. La independencia económica

El Tribunal Constitucional peruano ha interpretado que, en rigor, de todos los poderes del Estado, el único que goza de autonomía presupuestaria es el Congreso de la República. Incluso el Poder Ejecutivo está sujeto a la decisión del Legislativo. Son los congresistas quienes decidirán, finalmente, cómo se distribuirá el presupuesto estatal para cada ejercicio a través de la Ley del Presupuesto[311].

Ahora bien, la autonomía presupuestal para el caso de la Organización implica que ella como *Sistema Electoral* constituya un pliego presupuestal de titularidad compartida entre los tres órganos que lo componen. Cada uno de los Jefes Nacionales (de la ONPE y el RENIEC) y el mismo Presidente del Pleno son titulares de su respectivo pliego presupuestal, reciben el encargo de su ejecución, sin que medie algún tipo de indicación o reserva de aprobación[312]. Son responsables de la

---

311 STC 004-2004-CC/TC, del 10 de noviembre de 2004, FJ. 28.

312 El artículo 369 de la Ley Orgánica de Elecciones dispone que "El Presidente del Jurado Nacional de Elecciones ejerce la titularidad del pliego de este Órgano Electoral; el Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales ejerce la titularidad del pliego de esta Oficina; la titularidad del pliego del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil es ejercida por su Jefe". Los titulares de la ONPE y el RENIEC deben estar presentes en dicha sustentación pero su presencia se circunscribe a "absolver cualquier consulta en temas de su competencia" (art. 370 LOE). Para evitar cualquier duda respecto al control que el JNE pudiese ejercer respecto de sus pares a través del presupuesto, el legislador indicó que le corresponde "únicamente, efectuar las

devolución de los recursos remanentes del presupuesto electoral al Tesoro Público, "bajo responsabilidad" (art. 377 LOE). Es pertinente mencionar que en buena medida, la obligatoriedad del sufragio financia a la organización electoral. Una parte importante de su presupuesto proviene de las sanciones administrativas impuestas a los ciudadanos por no acudir a las urnas, y no les está permitido condonarlas[313].

Sin embargo, es importante acotar que es el Presidente del Pleno del Jurado quien sustenta el presupuesto de toda la Organización ante el Congreso de la República. Una posición que lo convierte en un censor económico de la ONPE y el RENIEC previo a su comparecencia.

3. LA DIVISIÓN DE PODERES EN LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL

Hemos sido testigos que el ordenamiento jurídico peruano proporciona mayores garantías a la designación y remoción de los miembros del

coordinaciones necesarias para una presentación oportuna del Proyecto de Presupuesto del Sistema Electoral" (art. 371 LOE).

[313] Constituyen recursos propios del JNE: a) Las tasas correspondientes a los recursos de impugnación interpuestos ante él; b) El 50% de las multas impuestas a los ciudadanos por no concurrir injustificadamente a ejercer su función de Miembro de Mesa o por negarse a integrarla; c) El 15% de lo recaudado por concepto de multas aplicadas a los ciudadanos omisos al acto de sufragio; d) El 50% de lo recaudado por verificación de listas de adherentes; y, e) El 5% de los derechos, tasas y multas correspondientes al RENIEC. Son recursos propios de la ONPE: a) El 45% de lo recaudado por concepto de las multas aplicadas a los ciudadanos omisos al acto de sufragio; b) El 50% de las multas impuestas a los ciudadanos por no concurrir injustificadamente a ejercer su función de Miembro de Mesa o por negarse a integrarla; c) El 50% de lo recaudado por verificación de listas de adherentes, d) El 5% de lo recaudado por todo concepto, de los actos registrales del RENIEC; y, e) Los ingresos por servicios a terceros en aspectos electorales. Y, del RENIEC: a) El 90% de los derechos, tasas y multas correspondientes a los actos registrales materia de su competencia; y, b) El 40% de lo recaudado por concepto de las multas aplicadas a los ciudadanos omisos al acto de sufragio.

Pleno del JNE que a los titulares de la ONPE y el RENIEC. Además, le encomienda la titularidad de la iniciativa legislativa electoral y del presupuesto de la Organización. El Consejo Nacional de la Magistratura lo convierte en un ente co-decisor sobre la permanencia en el cargo de los otros dos miembros de la misma Organización, pese a que el bloque de constitucionalidad guarda silencio sobre una competencia de esas características. Todas estas escenas se desarrollan en un escenario constitucional que adoptó como libreto a tres órganos autónomos relacionados entre sí por el principio de coordinación.

Esto me conduce a pensar que, tanto el diseño de la estructura del Estado, como la correlación de fuerzas entre los poderes públicos y órganos constitucionales se orientan a localizar al Jurado Nacional de Elecciones en el encabezado de la Organización Electoral. Además, si bien la Constitución organiza a sus componentes según el principio de coordinación ("actúan con autonomía y mantienen entre sí relaciones de coordinación de acuerdo con sus atribuciones" - art. 177 CP), algunas manifestaciones de sus relaciones corresponden, más bien, a una posición subordinada de la ONPE y el RENIEC respecto al JNE. El presente apartado tiene como objetivo identificarlas y analizar sus posibles consecuencias.

3.1. La coordinación administrativa y sus diferencias con la tutela, la jerarquía y la cooperación administrativas

La vía para lograr una armonía entre la unidad estatal y la división de poderes es la coordinación entre órganos. Una de las características de los ordenamientos basados en la existencia de otros ordenamientos particulares se encuentra en que la materialidad de los intereses

públicos ha sido atribuida de modo parcial a cada uno de ellos. Si la economía, la celeridad y la eficacia son los objetivos de la división de competencias, la coordinación tiene como finalidad la reconducción de toda la telaraña orgánica (ministerios, órganos autónomos, administraciones independientes, organismos reguladores, y un largo etcétera) al Estado como unidad y núcleo de todo el poder. En este punto es preciso acotar una diferenciación entre la coordinación, la jerarquía y la tutela para intentar dilucidar cuál es la técnica relacional que rige, más allá de las normas, entre las autoridades electorales[314].

En sus inicios se rigió por una concepción residual, entendiéndose a la coordinación como aquella técnica relacional que no estaba subsumida en los otros dos principios organizativos: la jerarquía y la tutela. Poco a poco adoptó identidad propia como un principio del Derecho de la Organización y como competencia específica que puede ser atribuible a un órgano. Siguiendo la definición de GALLEGO ANABITARTE, este principio persigue "la obtención de un resultado como consecuencia del ejercicio adecuado e integrado de determinadas funciones

[314] Luis ORTEGA ÁLVAREZ define a la coordinación como una técnica que trata que "el interés público global pueda verse realizado" y deja en un segundo plano su función de reconducción a la unidad. La razón estriba en que sitúa esta figura dentro de las relaciones de unificación de la pluralidad, porque en el ordenamiento jurídico español "la principal dificultad con la que se enfrenta la coordinación interadministrativa es la de superar el principio de autonomía con que cuentan las organizaciones de los ordenamientos particulares" como son las Comunidades Autónomas. Por ello es que cuando hace alusión a la posición de superioridad, en la coordinación formal, no se refiere a un órgano en función de los demás, sino a la posición del ordenamiento general en función de los ordenamientos particulares. En el campo de la coordinación material o sectorial, considera que este principio posibilita que una vez que el Estado delimita los intereses generales, las instancias inferiores limiten la plena disposición de su competencia. Si bien, una Comunidad Autónoma no está obligada a colaborar en dicha política (por el principio de autonomía), por lo menos, no debe entorpecerla, en: "Pluralidad de Administraciones y Técnicas Organizativas", *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Administrativo,* CANO CAMPOS, Tomás (coordinador), tomo II, Iustel, Madrid, 2009, pp. 63-68. Esta definición de coordinación resulta más aplicable en un estudio sobre organización territorial del Estado, en un contexto en el que la autonomía de los órganos descentralizados es expansiva.

pertenecientes a distintos órganos u organizaciones"[315]. Contribuye a evitar contradicciones y a reducir las disfunciones, que de subsistir, "impedirían o dificultarían (...) la realidad misma del sistema[316]. Este principio, en suma, apunta a que los distintos componentes del Estado que comparten competencias sobre una misma materia (por ejemplo, lo electoral) lleguen a un acuerdo para conseguir el fin público perseguido. Supone la presencia de un ente coordinante que, adoptando una posición prevalente, liderará los acuerdos y la ejecución de las tareas consecuentes, así como de uno o varios entes coordinados.

A diferencia de la jerarquía que se basa en la dependencia y define la relación entre órganos como una de grado; la coordinación exige autonomía. La jerarquía se erige sobre la identidad de las competencias entre quienes se encuentran vinculados por dicha relación jurídica, "la coordinación supone la diversidad"[317]. Esta se impone como un mandato cuando existe una concurrencia de competencias sobre una misma materia (como en el tema que nos convoca, para lo electoral). Precisamente, por esta última característica se desmarca del principio de cooperación. Este último se sustenta en el criterio de voluntariedad de los órganos cooperantes y tiene un carácter implícito en el ordenamiento jurídico. Es intersubjetiva, y no necesita de un precepto que lo ordene, siendo algunas de sus manifestaciones más comunes la

---

[315] GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y otros. *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización,* Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 137. En este mismo sentido: DURÁN ALBA, Juan Fernando. "La aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional a la articulación del control externo en el Estado Autonómico", en: *Pluralismo territorial y articulación del control externo de las cuentas públicas,* BIGLINO, Paloma, y DURÁN, Juan (directores), Lex Nova, Valladolid, 2008, especialmente las pp. 56 y ss.; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. "La coordinación de la Administración del Estado", *Documentación administrativa,* nº 230-231, 1992, pp. 31-47, p. 36; CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego y GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, Amparo. "Principio de Coordinación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Documentación administrativa,* nº 230-231, 1992, pp. 337-388, p. 340.

[316] Adopto como referencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en sus SSTCE 32/1983 de 28 de abril, FJ. 2; 80/1985, del 04 de julio de 1985; 27/1987, del 2 de julio de 1987; y 214/1989, del 21 de diciembre de 1989.

[317] GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y otros, *Conceptos...* ob. cit., pp. 137-138.

remisión de información o la suscripción de convenios de colaboración. Se distancia de la coordinación, en que la cooperación es voluntaria, mientras que la coordinación es obligatoria porque viene impuesta por normas de rango suficiente como para vincular a entidades autónomas (en nuestro caso, el art. 177 CP). Las entidades deberán trabajar *codo a codo* para la consecución de los objetivos públicos.

En cambio, la tutela administrativa presupone una posición de superioridad para ejercer la fiscalización y el control sobre otros órganos; y una cierta "minuscapacidad del ente tutelado" (que es "observado con desconfianza")[318]. Aunque la principal diferencia sea que la tutela opera entre unidades orgánicas de una misma persona jurídica, y la cooperación, entre dos o más entidades públicas. La tutela toma distancia de la jerarquía, porque la aludida posición podría ser concreta y momentánea, en cambio en la jerarquía es permanente.

SÁNCHEZ MORÓN concluye que "coordinación no equivale nunca a control"[319]. No obstante, la coordinación supone que el ente coordinante ejerza un liderazgo sobre los coordinados que le permitirá, en ciertos casos, superponer sus decisiones a las de los demás (con su anuencia, claro está) o velar por el cumplimiento de los acuerdos de coordinación, sin mermar la autonomía de los coordinados. Por eso, en otro trabajo el autor citado menciona como algunas de las técnicas funcionales de la coordinación a la aprobación de planes y programas, en cuya elaboración suelen intervenir las Administraciones; informes vinculantes o determinados actos de aprobación (como ocurre con una resolución ministerial que aprueba un reglamento que reúne competencias de varios sectores ministeriales); o procedimientos

---

[318] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. "La coordinación administrativa como concepto jurídico", *Documentación administrativa,* Nº 230-231, 1992, pp. 11-30, p. 17.

[319] Ídem, p. 23.

administrativos en los que aportan decisiones varias Administraciones de modo sucesivo[320].

Entonces, resulta razonable entender que la coordinación supone un cierto poder de dirección y que el control está presente, aunque de modo muy atenuado, respetando el margen de libre decisión de los coordinados. Sin embargo, no es razonable entender que entre dos entidades con autonomía recíproca dicho control se revele como el que caracteriza a una relación de jerarquía o de tutela. Éste no puede ser político ni orgánico; ni puede implicar la revisión de oficio de los actos administrativos del coordinante sobre los coordinados. Cosa distinta será el control jurisdiccional de legalidad que lleva a cabo el JNE sobre las decisiones administrativas de la ONPE y el RENIEC, en el marco de un procedimiento instado por los particulares y conforme a su función de *administrar justicia electoral*.

Esto quiere decir que estos órganos autónomos se relacionan en dos planos distintos y bajo diferentes principios (el administrativo y el jurisdiccional) y no sólo en el de la coordinación administrativa que el art. 177 CP enuncia. No obstante, estos planos, aparentemente distantes, se han superpuesto y trastocado distorsionando el funcionamiento de la Organización Electoral, según veremos a continuación.

3.2. Las relaciones entre los órganos electorales peruanos

---

[320] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General,…* ob. cit., p. 257.

El Alto Tribunal interpretó el art. 177 CP ("actúan con autonomía y mantienen entre sí relaciones de coordinación de acuerdo con sus atribuciones") como que ninguno de los componentes de esta Organización puede alegar que es titular de responsabilidades excluyentes que, "en lugar de canalizar los objetivos del Sistema, terminen obstaculizándolo o entorpeciéndolo", ya que "la finalidad del Sistema, antes que administrativa es electoral"[321]. El Constitucional morigera el formalismo que impone el principio de legalidad al ejercicio de las competencias que cada entidad detenta, dejando entrever que la elección como fin último exige que actúen como un solo órgano y no como compartimentos estanco. Otra lectura es que subordina el fin público que cada uno de ellos debería alcanzar como ente autónomo a la coordinación que deberán llevar a cabo para conseguir el interés general electoral. Sin embargo, no establece cuál será el contenido específico de dicho principio organizacional en lo electoral.

En todo caso, el aludido mandato constitucional encuentra una concreta manifestación en la creación del *Comité de Coordinación Electoral* como órgano temporal, que aparece y desaparece con cada elección; y que reúne a representantes de las tres entidades. Su finalidad es sencilla pero nada trivial: acordar las características y

[321] En un conflicto de competencias surgido entre el RENIEC y la ONPE cada uno de ellos se atribuía la facultad de verificar firmas de adherentes. En opinión del Tribunal "es evidente que ningún ente conformante del Sistema Electoral, puede alegar funciones o responsabilidades excluyentes a tal grado, que las mismas en lugar de canalizar los objetivos del Sistema, terminen obstaculizándolo o entorpeciéndolo, ya que como se ha visto, la finalidad del sistema, antes que administrativa, es electoral. Incluso no está de más recordar que si conforme al inciso 5) del Artículo 203° de la Constitución "Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad "cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones" quiere ello decir, que no existe, por mandato expreso de la Norma Fundamental, el supuesto monopolio de atribuciones que se invoca en la demanda", en: STC 001-97-CC/TC, del 19 de junio de 1997, FJ. 3.

oportunidad del desarrollo de las actividades que se localizan en la intersección de los tres conjuntos competenciales[322]. Es la única.

El JNE se erige como ente coordinante a lo largo del proceso electoral[323]. Su injerencia sobre las funciones de las otras dos entidades debería ser mínima porque, a su paso, se alza el muro de la autonomía. Sin embargo, existe un serio problema que nace en la Norma Fundante; crece y se expande en los demás elementos del bloque de constitucionalidad, e impide que esta coordinación se consolide. Según el artículo 178 CP compete al Jurado:

> "1. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales.
> 2. Mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas.
> 3. Velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral.
> 4. Administrar justicia en materia electoral.
> 5. Proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referéndum o el de otros tipos de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes.
> 6. Las demás que la ley señala"[324].

---

[322] Art. 76 LOE. El Comité de Coordinación Electoral no reemplaza a instancia alguna. Asesora y coordina las actividades operativas, los requerimientos de cada institución electoral así como la instalación de los locales desconcentrados de la ONPE y el JNE. Es instalado inmediatamente después de la convocatoria de cada elección. Está conformado por "personal técnico altamente calificado" designado por el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones y los Jefes de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, debiendo coordinar (i) las actividades operativas definidas en el Plan de Organización Electoral; (ii) los requerimientos de cada uno de los organismos de la organización electoral; y, (iii) la instalación de los locales donde residirán los JEE y las ODPE.

[323] Excepto cuando se lleva a cabo la preparación y actualización del padrón, porque son funciones compartidas entre el RENIEC y la ONPE. Según la normativa electoral, el RENIEC "prepara y mant(iene) actualizado el padrón electoral en coordinación con la Oficina Nacional de Procesos Electorales" (art. 7.d LORENIEC) o lo "mantiene y actualiza (…) según los cronogramas y coordinaciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales" (art. 196 LOE). En estos casos, es la ONPE el ente coordinante.

[324] Los subrayados corresponden a la autora.

A fin de tener claridad sobre el panorama competencial de la Organización Electoral es preciso recordar, además, que a los Jefes de la ONPE y del RENIEC corresponde:

> "organizar todos los procesos electorales, de referéndum y los de otros tipos de consulta popular, incluido su presupuesto, así como la elaboración y el diseño de la cédula de sufragio. Le corresponde asimismo la entrega de actas y demás material necesario por los escrutinios y la difusión de sus resultados. Brinda información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio en las mesas de sufragio. Ejerce las demás funciones que la ley le señala" (art. 182 CP).

> "(...) El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y otros actos que modifican el estado civil. Emite las constancias correspondientes. Prepara y mantiene actualizado el padrón electoral. Proporciona al Jurado Nacional de Elecciones y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acreditan su identidad. Ejerce las demás funciones que la ley señala" (art. 183 CP)[325].

Las funciones que el constituyente asignó al JNE le llevan a reconducir las actividades preparatorias de la elección y lo electoral en general a la unidad, y al mismo tiempo, a fiscalizar, de modo permanente, la actuación de la ONPE y el RENIEC. Sin embargo, su deber de *fiscalizar* o de *velar por el cumplimiento* del ordenamiento jurídico electoral y de las organizaciones políticas carece de un contenido normativo delimitado. Por ello, y en nombre de la transparencia de la elección, la discrecionalidad se apodera de esta autoridad para violentar la autonomía de las otras dos, según veremos con mayor detalle en el epígrafe 5.2 de este capítulo.

Existe una problemática concurrencia funcional que el legislador establece para el ejercicio de algunas de ellas que genera tensiones entre estas autoridades. Un ejemplo es la función de verificar firmas de

[325] Los subrayados corresponden a la autora.

adherentes de organizaciones políticas y de las iniciativas de democracia participativa[326]. Otra y una de las más conflictivas es la de difundir información sobre la elección (quiénes son los candidatos, cómo emitir un voto válido, cuáles son las funciones de los miembros de mesa y cómo ejercerlas o, cuáles son los deberes y derechos de los electores)[327]; mientras la ONPE desarrolla los programas de capacitación a los miembros de mesa, el Jurado imparte *educación electoral*, "de manera permanente e ininterrumpida" a los ciudadanos[328]. En primer lugar, podría afirmarse que la relación entre

---

[326] La Ley 27706 que precisa la competencia de verificación de firmas para el ejercicio de los derechos políticos, publicada el 25 de abril de 2002, confirió al RENIEC la facultad de verificar las firmas de las listas de adherentes de las organizaciones políticas y de las iniciativas de participación y control ciudadanos. Posteriormente, la Ley de Partidos Políticos (LPP) la recortó transfiriendo a la ONPE la verificación de firmas de adherentes de los partidos políticos. *Contrario sensu,* el RENIEC conserva sus competencias sobre las firmas que respaldan a los movimientos, a las organizaciones políticas de alcance local y a las iniciativas de participación y control ciudadanos. Cabe recordar que la LPP clasifica a las organizaciones políticas en: partidos políticos (alcance nacional), movimientos (alcance regional) y organizaciones políticas de alcance local.

[327] La difusión de información es de las funciones que contribuyen a que una elección sea libre y competitiva. Su presencia es crucial en un Estado castigado con elevados índices de analfabetismo procurados por brechas sociales aún insalvables y por un Estado social deficiente. Entre otras dificultades que presenta un Estado multicultural como el peruano es que para la elaboración de las cartillas informativas de la votación se debe tener en consideración que en algunos distritos o centros poblados se desconoce el castellano. Sólo se habla quechua, aymara, bora, aguaruna, ashuar, jíbaro, entre otros dialectos. La localización geográfica de estas poblaciones es alejada de las capitales de provincia o de distrito y que los educadores electorales lleguen a ellos resulta indispensable para que sus electores voten, y que su voto sea libre, igual e informado. Aunque es indispensable para el éxito de una elección que esta función se cumpla a cabalidad, no puedo dejar de preguntarme qué hace un tribunal electoral impartiendo educación ciudadana.

[328] Originalmente, el legislador encomendó al JNE la función de "desarrollar programas de educación electoral que permitan crear conciencia cívica en la ciudadanía"; y, para tal efecto, se le permitió "suscribir convenios con los colegios, universidades y medios de comunicación" (art. 5.x) LOJNE). La competencia sobre esta función era temporal y se interrumpía con el inicio del proceso electoral. En este periodo, la ONPE tenía el deber de "divulgar (…) los fines, procedimientos y formas del acto de la elección y de los procesos a su cargo en general" (art. 5.h) LOONPE); así como, "diseñar y ejecutar un programa de capacitación operativa dirigida a los miembros de mesa y ciudadanía en general (…)" (art. 5.ñ) LOONPE). La educación electoral se consagró como una función compartida y de competencia temporalmente limitada. Era ejercida por la ONPE en periodo electoral, y por el JNE, en periodo no electoral. Sin embargo con la Ley 28582, publicada el 20 de julio de 2005, esta función fue asignada al Tribunal Electoral en su totalidad, en tanto la ejercerá "de manera permanente e ininterrumpida". Sin perjuicio de las labores de divulgación del

ambas es de género a especie y, aunque una sea temporal y materialmente más amplia que la otra, no encuentro motivo para que exista esta escisión forzada en la titularidad de ambas. El objetivo que persiguen es tan monolítico, específico y clasificable en la potestad de fomento del Estado que, más que dividirla en tramos según criterios de población (lo que carece de sentido porque las dos autoridades son de ámbito nacional), o de tiempo (época electoral y no electoral), podrían ser perfectamente concentradas en una sola de ellas; y la otra autoridad controlaría su ejercicio. En segundo lugar, el lábil matiz que las diferencia, pero que el legislador no define, propende la duplicidad en el empleo de recursos estatales y habilita al ente coordinante a colocar los hitos competenciales en la frontera delimitada por el juicio de sus seis magistrados.

Otros casos son el registro de organizaciones políticas y la inscripción de candidaturas, que no son otra cosa que procedimientos administrativos específicos del gran proceso (o procedimiento) electoral. El Jurado inscribe a los partidos políticos, movimientos, alianzas, y organización políticas de alcance local a través de su Oficina de Registro de Organizaciones Políticas (OROP); y, a las listas de candidatos, a través de sus Jurados Electorales Especiales. Pese a ser la autoridad que organiza el proceso electoral, el rol de la ONPE en estas etapas se circunscribe a recibir la información y trasladarla a los Jurados o a la OROP.

Los problemas derivados de esta ordenación presentan una preocupación aún mayor porque pone en peligro la independencia jurisdiccional electoral, según veremos más adelante. El Pleno del Jurado impartirá justicia con carácter de cosa juzgada sobre los aludidos actos administrativos de registro.

---

proceso y de la capacitación operativa a electores sobre cómo votar o de cómo ejercer las funciones de miembros de mesa que sigue estando a cargo de la ONPE.

No obstante, me temo que la responsabilidad sobre estos registros recayó sobre el Jurado por dos razones. La relevancia simbólica de estas etapas en relación con el derecho de participación política y el principio democrático. La segunda es que dicha envergadura determinaría que aquéllas sólo pudiesen ser encomendadas a la entidad electoral ubicada, desde su concepción histórica, en la cima del denominado *Sistema Electoral.* Hubiese sido plausible que el criterio predominante fuese la naturaleza jurídica de cada una de las autoridades electorales. En todo caso, esta irreflexiva superposición de funciones genera más fricciones orgánicas que un esfuerzo conjunto y coordinado por salvaguardar la voluntad popular.

El Pleno del Jurado imparte a sus pares órdenes obligatorias, vigila su cumplimiento y la observancia de toda la normativa electoral, revisa de oficio sus actos y "administra" justicia sobre ellos. El carácter imperativo de todas sus decisiones sobre lo electoral divide la relación entre ellos en dos bandos, el Pleno, de un lado; y la ONPE y el RENIEC, del otro. El difuso contorno de la distribución de funciones, distorsionado (aún más) por la fiscalización, impide que se produzca el balance de pesos y contrapesos inherente al principio de división de poderes. Impone una relación, más bien, de tutela (como si los tres fuesen jurídicamente una entidad única) frente a la de coordinación y a la presupuesta autonomía. Esta función fiscalizadora no tendría por qué ser sinónimo de tutela, sin embargo, tal y como está configurada sí lo es. El JNE es un policía electoral, más que un ente coordinante. El poder electoral tiende a concentrarse en un solo órgano sin control jurídico posterior alguno.

4. EL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES COMO TRIBUNAL ELECTORAL

Hemos visto que la CIDH muestra respeto por los diseños de organizaciones electorales autónomas propias de algunos Estados Latinoamericanos. Aún así, exige que los órganos que impartan justicia electoral reúnan las condiciones exigibles a un órgano jurisdiccional. En esta línea argumental, identifica al principio de independencia judicial como condición indispensable para considerar que el Estado garantiza los derechos de acceso a la justicia y de participación política.

El presente apartado está destinado a analizar si el JNE está preparado para ser un órgano jurisdiccional independiente.

4.1. Administrar justicia en materia electoral

La función jurisdiccional consiste en declarar el Derecho en un conflicto (caso concreto) entre varias partes, ya sea entre particulares o entre éstos y los poderes públicos. Los procesos de inconstitucionalidad o de divorcio consensuado, donde no se verifica la presencia de un conflicto propiamente dicho, informan que la función jurisdiccional también consiste en declarar o decir el Derecho frente a una pretensión; y, en suma, en tutelar la vigencia del ordenamiento jurídico. Como potestad que dimana de la soberanía del Estado (se imparte justicia en nombre del pueblo) debe efectuarse "desde una posición de autoridad". Es decir, desde una posición independiente de las partes y en el marco de un procedimiento o proceso normativamente establecido. Y en la medida que es necesario que el juzgador guarde esa equidistancia de las partes

y de sus pretensiones, es que resulta indispensable garantizar la imparcialidad del juzgador[329].

Administrar justicia en materia electoral consiste en tutelar la vigencia del ordenamiento jurídico electoral y en decir derecho en el marco de un procedimiento predeterminado, sobre los conflictos entre los actores electorales (ciudadanos, partidos políticos, órganos electorales y sus instancias desconcentradas, poderes públicos) que se relacionen con el ejercicio de los derechos de participación política y los mecanismos de democracia participativa, así como, con los actos preparatorios de la elección y de las consultas populares. Una norma histórica (publicada en 1995, dos años después de la creación constitucional de la Organización Electoral vigente) pretendió circunscribir esta facultad a la resolución de tachas contra candidatos y organizaciones políticas y al contencioso electoral[330]. Sin embargo, el derrotero normativo electoral y la jurisprudencia del mismo Jurado han engrosado sus alcances. Resuelve todo conflicto, en cualquier etapa del proceso electoral.

Recordaremos que desde su creación en 1931 por el Decreto Ley 7177, el Jurado Nacional de Elecciones ha sido una entidad autónoma y una jurisdicción especializada e independiente de los demás poderes

---

329 BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador). *Manual de Derecho Constitucional,* volumen II, 4ta. ed., Tecnos, Madrid, 2009, pp. 551-552. Véase además: MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal,* 2da. ed. Madrid, Tecnos, 1979, p. 53; CARMONA TINOCO, Jorge. "La división de poderes y la función jurisdiccional", *Revista Latinoamericana de Derecho,* Año IV, nº 7-8, 2007, pp. 175-211, especialmente las pp. 190 y ss. De OTTO, Ignacio. *Estudios sobre el Poder Judicial,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 17- 31. De otro lado, el Tribunal Constitucional peruano ha declarado como interpretación vinculante que el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos: a) conflicto entre las partes, b) interés social en la composición del conflicto, c) intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial y d) aplicación de la ley o integración del derecho, en: STC 06167-2005-HC/TC, del 28 de febrero de 2006, segundo punto de la parte resolutiva, y en STC n° 0023-2003-AI/TC, del 9 de junio de 2004, FJ. 13.

330 Artículo 3.1.a) de la Ley 26533, que dicta normas presupuestales del Sistema Electoral y establece casos en que el JNE resuelve en instancia final recursos contra resoluciones del ONPE y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, publicada el 2 de octubre de 1995.

públicos. Alcanza su posición de autoridad suprema en materia electoral con el Estatuto Electoral 14250 de 1962, en cuyo art. 13 se dispuso que contra sus decisiones en materia electoral no procediera recurso alguno. La prohibición de revisar sus decisiones alcanzó al propio órgano electoral porque "no podr(ía) el mismo Jurado reconsiderar, revisar o modificar sus fallos". Su *autorictas* se consolidó cuando se impuso que sus resoluciones fuesen de obligatorio cumplimiento por las autoridades a quienes se dirijan, "bajo responsabilidad de éstas".

La redacción inicial del actual artículo 142 CP ("No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral"), correspondía al art. 161 del proyecto sometido a votación en el Congreso Constituyente Democrático instalado en 1992[331]. Este sustraía del ámbito de la judicatura el control sobre todas las resoluciones del JNE. Al respecto, el congresista Roger Cáceres (FRENATRACA) opinó que "era sumamente grave" y Roger Amuruz (Cambio 90 – Nueva Mayoría), que se convertía al JNE en un "superpoder" (y no estarían lejos de la realidad). Ambos congresistas propusieron que, a través de la casación, la Corte Suprema pudiese verificar la legalidad de sus decisiones. Los congresistas Xavier Barrón (PPC) y Marta Chávez (Cambio 90 – Nueva Mayoría) aprobaron la no revisión, pero mientras el primero solicitó que el amparo electoral se mantuviera "viable", la segunda consideró que la responsabilidad del Jurado tendría que resolverse únicamente por la vía de la indemnización por errores judiciales o la acusación constitucional.

La versión fue modificada a propuesta de Martha Chávez, pero sólo para restringir el ámbito de la ausencia de control a lo electoral. Como acertadamente apuntó la congresista, el Jurado también conocía de

[331] Me remito al epígrafe 2.1.2 del presente capítulo para recordar el debate del Congreso Constituyente en relación al diseño de Organización Electoral vigente.

asuntos administrativos y esas resoluciones "no tendrían por qué verse beneficiadas con esta no revisión por parte del Poder Judicial"[332]. Su propuesta se plasmó en la redacción final del precepto cerrando el debate, sin acoger la recomendación de mantener el amparo o de implementar la casación. Merece la pena citar la defensa de Ferrero Costa de la "no revisión", porque desde mi perspectiva, sintetiza el consenso que alcanzó el Congreso Constituyente sobre este precepto:

> "Hemos dicho siempre que queremos un Jurado Nacional de Elecciones autónomo, libre, independiente, que sus resoluciones no pueden ser atracadas (sic) ni por los ciudadanos ni tampoco por el Poder Judicial; (…) ¿Qué Jurado Nacional de Elecciones vamos a tener si todos pueden protestar contra (sus) resoluciones y llevarlas a la vía judicial?"

Entonces, en primer lugar debo apuntar que este no es el momento para analizar el control constitucional de las decisiones del JNE o el amparo electoral. Éste será uno de los elementos centrales del capítulo tercero. Lo segundo es que, bajo las condiciones planteadas en el debate del Congreso Constituyente y la redacción definitiva de los preceptos constitucionales 142 y 181, las resoluciones del Pleno del JNE son dictadas en instancia final y definitiva, constituyen cosa juzgada y no son revisables en sede judicial[333]. La jurisdicción electoral es especializada y reside en un ente autónomo; queda prohibida toda

---

[332] La versión inicial del artículo 142 tenía la siguiente redacción: "Artículo l6l.- No son revisables en sede judicial las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones, del Consejo Nacional de la Magistratura y además las de arbitraje cuando las partes así lo acuerden". La Congresista Martha Chávez Cossío propuso la siguiente redacción ""No son revisables en sede judicial las resoluciones emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, por el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de selección, sanción, nombramiento y ascenso de Jueces. Las de arbitraje lo serán cuando las partes así lo acuerden", en: Diario de debates del Congreso, sesión del lunes 26 de julio de 1993, versión electrónica disponible en: (http://www.congreso.gob.pe/ccd/debates_pc/debates_pc.htm) (30-06-2011)

[333] Artículos 142 y 181 CP.

"jurisdicción electoral alguna independiente a la del Jurado Nacional de Elecciones"[334].

Esta función jurisdiccional comprende el control de legalidad de las decisiones del RENIEC y de la ONPE en "materia electoral" que el Jurado efectúa de modo similar al control de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre los actos provenientes de la Administración Pública. Las resoluciones del Pleno concluyen en alzada, los recursos presentados en sus instancias desconcentradas relacionados con toda incidencia electoral (Jurados Electorales Especiales – JEE y Oficina de Registro de Organizaciones Políticas – OROP)[335], y ante los Consejos regionales y Concejos municipales (como inusual primera instancia de control político más que jurídico) sobre vacancias de autoridades regionales y ediles, respectivamente[336]. Se

---

[334] Artículos 2 de la Ley 26486, Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones y 36 de la Ley 26859, Orgánica de Elecciones.

[335] El Pleno del JNE se define como la segunda y definitiva instancia de los Jurados Electorales Especiales (en procedimientos de tachas contra la inscripción de candidaturas, nulidades de la votación efectuada en las mesas de sufragio, de las actas de sufragio o de las actas de cómputo; y toda incidencia durante el procedimiento); y de la Oficina de Registro de Organizaciones Políticas, respecto a la inscripción de partidos políticos, movimientos y organizaciones locales. También resuelve las impugnaciones presentadas contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional en cuanto éstas se refieran a materia electoral; y atiende las demandas de nulidad de la totalidad de la elección o consulta popular en instancia única. Sólo serán objeto de control los actos administrativos o reglamentarios que se refieran a asuntos electorales o consultas populares. *Contrario sensu,* la actuación de aquellos órganos que no sea estrictamente electoral, como los actos de administración interna o de autoorganización, serán susceptibles de ser recurridos ante la jurisdicción ordinaria si afectan los derechos de los particulares. En el caso de la ONPE, aunque sus decisiones más álgidas para la elección son la aprobación del diseño de la cédula de sufragio o el acta de escrutinio (se cuestiona la ubicación, impresión de los signos o nombres de las organizaciones políticas entre otros), los ciudadanos podrían cuestionar cualquiera de sus actuaciones. En el del RENIEC, las posibilidades de lo no electoral son mayores, en tanto que, como vimos, es en esencia un registro civil que gracias a que inscribe el nacimiento y estado civil de las personas puede confeccionar el padrón de electores.

[336] Son los mismos representantes elegidos por voto directo quienes deciden la vacancia en primera instancia efectuando un control político de la legitimidad del ejercicio del cargo. En el supuesto de las autoridades ediles, la vacancia, se acuerda en sesión con el voto aprobatorio de los dos tercios del número legal de sus miembros. En el de las autoridades regionales, por dos tercios del número legal de sus miembros, para el caso del Presidente Regional y Vicepresidente Regional, y de la mayoría del

incluye, además, la atención de las impugnaciones acaecidas en los procedimientos de democracia interna de los partidos políticos contra las decisiones de sus comités electorales.

En este contexto el JNE es el único órgano competente para impartir justicia en materias electorales, de referéndum y en otras consultas populares ya que sus decisiones no son impugnables ante ninguna otra jurisdicción. Esta condición del Jurado no me conduce a evaluar si éste se asemeja al Poder Judicial, sino, si su estructura y funciones responden a las de un órgano jurisdiccional garante real del derecho de participación política.

4.2. Una aproximación al principio de independencia judicial

Desde los años de *El Federalista* la independencia judicial ha sido entendida como un principio esencial de la función jurisdiccional. En el ejemplar Nº 78, Alexander HAMILTON la exaltó como:

> "necesaria para proteger a la Constitución y a los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de hombres intrigantes o la influencia de coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo"[337].

---

número legal de sus miembros, para el caso de los Consejeros Regionales. El Tribunal Electoral, efectúa un control jurídico, en segunda instancia resolviendo las apelaciones en el plazo de 30 días "bajo responsabilidad", y su resolución "es definitiva y no revisable en otra vía" (art. 23 LOM). Se prevé un procedimiento similar para el caso de la suspensión en el cargo. El legislador comprendió que la garantía del sufragio pasivo se extiende a la permanencia en el cargo. A ello obedecería que en concordancia con todo aquello que es materia electoral, confirió al Jurado competencia sobre la declaración de vacancia.

[337] *El Federalista* es una serie de ochenta y cinco artículos escritos entre octubre de 1787 y mayo de 1788, y publicados en varios periódicos del Estado de Nueva York de modo simultáneo, anónimo y bajo el seudónimo de *Publius*. *El Federalista* se escribió y publicó para incitar a los ciudadanos de Nueva York a ratificar la Constitución de los Estados Unidos, que había sido redactada en Filadelfia durante el verano de 1787. Es

La única posibilidad que tenía el Judicial de erigirse como un verdadero poder, distinto y distante de los demás, y de legitimar su actuación era gozar de una garantía como la independencia. Por el principio de independencia judicial el juez no está sometido a ninguna orden externa ni interna que lo induzca a decidir de modo distinto a como debe aplicarse la regla, por lo que sólo se someterá a las reglas que imponga el ordenamiento jurídico. En este principio reside su poder como freno y contrapeso de los otros poderes del Estado.

Se observa más de una opinión en la doctrina española sobre la finalidad de la independencia judicial. En opinión de Perfecto IBAÑEZ ésta se relaciona, únicamente, con la salvaguarda de los derechos y libertades de las personas[338]. Para Ignacio DE OTTO consiste en legitimar la decisión jurisdiccional por la credibilidad que ésta aporta al sistema jurídico, más que en ser una garantía para el justiciable[339]. Juan Luis REQUEJO escribe que estas dos posiciones se subsumen en el fin único de asegurar la pervivencia del sistema jurídico. La solución de controversias o la procura de la paz social quedan como objetivos en un segundo plano[340]. En todas estas reflexiones, aparentemente

---

una fuente valiosa que nos aproxima a las intenciones de quienes redactaron la Constitución de los Estados Unidos.

338 Según este autor "la finalidad única (de la Administración de Justicia y de todas las garantías como la independencia) es la defensa y salvaguarda de los derechos y libertades de los ciudadanos", en: ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto y MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio, *El Poder Judicial,* Tecnos, Madrid, 1986, p. 272.

339 *Estudios sobre el Poder Judicial,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 34.

340 Antepone la vigencia del sistema a la legitimidad del juzgador en sí misma. Afirma que en un Estado de Derecho, la configuración de la independencia y sus garantías están dirigidas a procurar la vigencia del principio de legalidad entendido como juridicidad. Sólo una vez conseguida esta vigencia es que se producirá la legitimidad de las sentencias judiciales, porque el verdadero fin de los órganos jurisdiccionales "no estriba tanto, o no lo hace principalmente, en alcanzar fines tales como la solución de controversias o la satisfacción de pretensiones, ni siquiera la paz social, como en asegurar en todo caso la pervivencia del sistema". De esta manera, "*no hay sentencias firmes porque el ordenamiento quiera vencer, sino porque quiere sobrevivir",* p. 139*;*

antagónicas, es posible vislumbrar que en Europa los orígenes de la independencia giraron en torno a la vinculación del juez al ordenamiento jurídico, de modo más específico, al principio de legalidad. Me remito a ella porque el antecedente directo de la tradición constitucional peruana fue la Constitución de Cádiz de 1812.

Si "el precio que la justicia tuvo que pagar para su liberación de las diversas formas de intromisión del soberano hubo de ser la rigurosa vinculación a la ley"[341], esta vinculación era viable cuando se concebía la actividad del juez como una operación lógica. La aplicación del denominado silogismo de la justicia consistía en un procedimiento de subsunción de los hechos de cada caso concreto a una consecuencia jurídica determinada por el rigor de la norma. Aquella necesidad de mantener distancia del soberano redujo la actividad de juzgar a una vinculación estricta a la ley, porque solo ésta le permitía ser independiente de su injerencia.

Sin embargo, y muy a pesar del positivismo imperante, el ordenamiento jurídico no tenía una respuesta para todos los casos, adolecía de normas genéricas y de lagunas, y éstas, a su vez, exigían al juzgador un esfuerzo de concreción jurídica. La ley como instrumento único para la argumentación judicial empezó a ser insuficiente; y desde su inclusión, el uso de criterios valorativos como "justicia" o "derecho justo" estuvieron condenados al fracaso debido a su ambigüedad y a su escaso carácter vinculante. Este es el momento en el que el legislador decide introducir categorías jurídicas indeterminadas como "interés público" (muy presente en el Derecho Administrativo y en el Derecho Penal) o "buenas costumbres" (en el derecho civil) para poder integrar el

---

Llega a su última fase de concreción porque solo así el ordenamiento sobrevive a sus infracciones, en: REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Jurisdicción e independencia judicial,* CEPC, Madrid, 1989, pp. 120-137.

[341] SIMON, Dieter. *La independencia del juez,* XIMÉNEZ-CARRILLO, Carlos (traductor), Ariel, Barcelona, 1985, p. 71. En adelante, sigo a SIMON.

ordenamiento jurídico. Los denominados conceptos jurídicos indeterminados a los que hice alusión en el apartado anterior. Pero como renuncia a proporcionarles un contenido, cuando controla la legalidad de los actos de la Administración Pública, el juez tiene la difícil misión de llegar a un equilibro en el que, sin sustituir la decisión discrecional administrativa, revise la interpretación del interés público que los aplicadores del Derecho llevaron a cabo.

En un siguiente nivel, cuando adopta estos conceptos jurídicos indeterminados en su interpretación, las licencias que se permite encuentran su límite en la imposibilidad de imponer su propio criterio valorativo frente al del legislador. No puede pasar por alto que una de las principales manifestaciones del principio democrático se encuentra en la creación del Derecho, y ésta es facultad de los representantes del pueblo reunidos en el Parlamento. El principio de separación de poderes impone a los demás órganos públicos que no se arroguen la potestad de legislar. Sin embargo, el riesgo de que, en su fundamentación jurídica imponga sus opiniones subjetivas o intereses subalternos frente al ordenamiento jurídico se hizo realidad en más de una ocasión.

La mejor manera de garantizar la independencia judicial siguió siendo vincular al juez a "algo". Por ello, la Constitución se convirtió en su principal referente. El respeto por la juridicidad se manifiesta como un respeto por el sistema de fuentes, en la aplicación del principio de jerarquía normativa (en el que la Constitución se ubica indiscutiblemente en la cúspide) y en suma, en que el juez sólo recurra a todas las herramientas que el sistema jurídico y sólo él, le proporcionan.

Así, la independencia se entenderá como una dependencia del juez hacia el ordenamiento jurídico. Ni es una prerrogativa, ni es un privilegio del juez; no lo exime ni de la ley, ni del cumplimiento de sus

obligaciones y deberes profesionales. Por el contrario, precisamente porque sólo se debe al ordenamiento jurídico es que el juez es independiente.

Desde mi punto de vista, la independencia judicial y su finalidad última necesita ser definida teniendo en consideración las características que cada ordenamiento jurídico presenta. Como iré analizando en los epígrafes de este apartado, en la experiencia peruana la función jurisdiccional no ha sido atribuida de modo exclusivo a una organización judicial, sino que adolece de un cierto nivel de dispersión. El principio de unidad como una de las condiciones de la independencia presenta ciertas particularidades que la distancia de la española. El modelo de control de constitucionalidad reúne manifestaciones del *judicial review* Norteamericano y del *kelseniano* europeo. Todo juez ordinario se encuentra en la posibilidad de decidir la inaplicación de una ley del Congreso de la República (y, con mayor razón de una norma reglamentaria) a un caso concreto; y para estos efectos, el juez electoral cuenta como juez ordinario. A estas dos particularidades hay que añadir una tercera: la cláusula constitucional de los derechos implícitos (art. 3º CP)[342]. Ésta ha permitido al Alto Tribunal interpretar los preceptos constitucionales e integrar el ordenamiento, reconociendo derechos con el fin de tutelar a los particulares frente a los actos arbitrarios del poder. En este contexto, la finalidad última de la independencia jurisdiccional será velar por la vigencia de la Constitución y proteger los derechos fundamentales y aquellos que deriven de la dignidad humana y del principio democrático conforme a los precedentes del supremo intérprete de la Constitución.

SIMON sugiere abandonar una definición simplificada de la justicia y evaluar la independencia judicial tratando por separado la jurisdicción

[342] Sobre este punto volveré en el primer apartado del capítulo tercero, cuando refiera las características de la jurisdicción constitucional en el Perú.

constitucional, la administrativa, o la que ejercen los tribunales ordinarios, atendiendo a sus características. En la experiencia alemana, a la que hace referencia, la justicia constitucional tiene una "posición especial" porque el Alto Tribunal es considerado un tribunal político. A través de su interpretación de las leyes en los procesos de inconstitucionalidad, dicho Colegiado no sólo reconoce el orden democrático, sino que contribuye a su formación. No se limita a describir la realidad, la construye controlando los actos del Gobierno y del Parlamento. En cambio, considera que la libertad de configuración en la jurisdicción ordinaria es limitada, su orientación no es finalista como la constitucional. Sigue siendo aplicable la descripción tradicional de su función social de árbitro o como órgano que administra justicia, pero carece de funciones relevantes de control del Gobierno o del Parlamento. Luego la posibilidad de que influya en el dominio político es limitada[343]. Siguiendo este planteamiento, que comparto, es indispensable para este trabajo examinar cómo se manifiesta la independencia del juez electoral.

4.3. Los principios de unidad y exclusividad de la jurisdicción electoral especializada

¿Cómo se localiza el Jurado Nacional de Elecciones en el ordenamiento jurídico peruano, teniendo en consideración el contenido de los principios de unidad y exclusividad de la función judicial reconocidos en la Constitución de 1993?

4.3.1. La unidad de las jurisdicciones especializadas

[343] SIMON, Dieter. *La independencia del juez*...ob. cit., p. 172.

La concepción más abstracta del principio de unidad jurisdiccional se concreta en la exigencia de que la función de juzgar se confía únicamente al Poder Judicial, dejando de lado a los demás poderes del Estado[344]. Este monopolio de la jurisdicción significa, a nivel orgánico, que ni el Gobierno, ni el Parlamento, ni cualquier otro poder público puede establecer más jueces que los que han sido predeterminados por el ordenamiento jurídico. El principio de exclusividad se ha edificado como la otra cara de la moneda de la unidad, y complementando aquel monopolio, implica que cualquier conflicto que surja en la vida social deba ser solucionado en última instancia por los jueces y tribunales previamente establecidos por el ordenamiento jurídico.

El derecho al juez ordinario, al juez natural o *al juez predeterminado por ley,* como manifestación de los principios de unidad y exclusividad, excluye la posibilidad de constituir tribunales especiales. Por ello se proscribió todo aquel tribunal que, en su momento, tuvo por finalidad romper la independencia judicial con propósitos políticos o con el fin de beneficiar o perjudicar a un sector poblacional. Tribunales extra estatales compuestos por miembros designados por el Ejecutivo o por comisiones especiales que presenten un estatuto distinto al de los jueces y magistrados del Poder Judicial[345]. De otro lado, este monopolio

---

[344] La unidad y la exclusividad surgen como una reivindicación frente a las jurisdicciones especiales constituidas por la realeza para exceptuarse del cumplimiento de las leyes. Este atentado contra la igualdad de armas en el proceso finalizó con el nacimiento del Estado Constitucional que concentró el poder de juzgar en un complejo orgánico único e independiente compuesto por jueces imparciales y eliminó las jurisdicciones denominadas excepcionales o especiales. Este fue un paso histórico importante para el desarrollo de los derechos fundamentales que no debe desdibujarse. Sin embargo, no se puede pasar por alto que la puesta en escena de los Tribunales Constitucionales, tribunales administrativos y otros órganos constitucionales con funciones jurisdiccionales y su engarce con los demás elementos de la estructura estatal ha relativizado este principio.

[345] Los tribunales especiales son definidos por De OTTO como "aquéllos que, para alterar esa imparcialidad e independencia o disminuir las garantías procesales, se constituyen con personal juzgador *ad hoc,* seleccionado según pautas o criterios

impide el ejercicio de la función jurisdiccional por órganos que, pese a formar parte de la judicatura, son órganos de gobierno, como ocurre con el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Bajo estas premisas, además, se destierra la autodefensa o la justicia por mano propia como mecanismo de solución de conflictos, y como contrapartida se instaura el derecho de acceso a la justicia[346].

Ahora bien, la evolutiva flexibilización del principio de separación de poderes ha traído consigo la aparición de otras jurisdicciones distintas a la judicial. Francisco RUBIO escribe que en la Constitución la potestad jurisdiccional ha sido atribuida a un conjunto de órganos que pueden dividirse en dos sectores bien diferenciados. De un lado, el Poder Judicial (que incluye a los órganos de la jurisdicción militar) y, de otro lado, el Tribunal Constitucional. Explica que la aparición en escena de los Tribunales Constitucionales como intérpretes supremos de la Carta Política detrajo a la judicatura la decisión última sobre las garantías constitucionales. En ejercicio de ese control constitucional dichos Tribunales podrían anular sentencias judiciales y ordenar a jueces y magistrados que lleven a cabo determinadas actuaciones. Cuando relaciona aquella dualidad y la presencia de la jurisdicción militar en el texto constitucional con el principio de unidad de la función judicial, el profesor español acota que dicho principio permite subsumirla en el Poder Judicial y que las funciones de un Tribunal Constitucional no serán incompatibles con dicha unidad[347].

Siguiendo con la experiencia española (que resulta ilustrativa para lo que acometeré a continuación), el autor no menciona al Tribunal de

---

distintos de los comunes, o se sustraen a la organización común los Juzgados y Tribunales, o se les atribuye el conocimiento de determinado tipo de asuntos en función de características de su objeto, o de las personas, que resultan políticamente relevantes", en: *Estudios sobre…* ob. cit., p. 100.

346 ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto y MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio. *El Poder Judicial…*ob. cit., p. 161.

347 RUBIO LLORENTE, Francisco. *La forma del poder…* ob. cit., pp. 179 y ss.

Cuentas o "supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado" (art. 136.1 CE) que cierto sector de la doctrina califica como una jurisdicción especializada por su función constitucional de enjuiciamiento contable no incardinada en el Poder Judicial[348]. Sólo sus decisiones en materia de "personal, administración y gestión patrimonial" son recurribles ante el Tribunal Supremo[349]. En cuanto a sus resoluciones sobre competencias propias, únicamente serán recurribles en revisión o casación aquellas que determine su Ley de Funcionamiento[350]. Precisamente por ello, otro sector de la doctrina no le considera como órgano jurisdiccional y lo clasifica, más bien, como un órgano administrativo provisto de un importante poder de fiscalización derivado del poder de policía del Estado[351]. En todo caso, lo

---

[348] Es un órgano jurisdiccional según el Tribunal Supremo de Justicia español, en: Argumentos del Tribunal Supremo, Sala tercera de 27 de mayo de 1995, FJ. 3; MEDINA, Javier. "La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas", *Análisis local,* nº 49, 2003, pp. 51-58; DELGADO RINCÓN, Luis. "A propósito del carácter jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas. Comentario a la STCE 215/2000, de 18 de septiembre", *Revista española de control externo,* Vol. 3, Nº 9, 2001, pp. 89-126; y en un trabajo más reciente: "La articulación de la función de enjuiciamiento contable entre el Tribunal de Cuentas y los Órganos de Control Externo autonómico", en: *Pluralismo territorial y articulación del control externo de las cuentas públicas,* BIGLINO, Paloma y DURÁN, Juan (directores), Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 238 y ss. Este último autor analiza la imparcialidad objetiva del aludido tribunal así como su composición para afirmar que es una jurisdicción especializada.

[349] La Ley 29/1998, de 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa que define el ámbito de actuación de los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo, determina en su art. 1.3 que conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con "los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del (…) Tribunal de Cuentas"; y en su art. 12.1.b) que la competencia corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en única instancia. (El subrayado corresponde a la autora).

[350] Artículo 12.2.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio de 1998, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa.

[351] El art. 136.2 de la Constitución española dispone que "(…) El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual (…)". El Tribunal de Cuentas presenta una sección de enjuiciamiento y una Sala interna ante la cual se impugnan las posibles irregularidades que se hubiesen cometido en la tramitación del procedimiento administrativo. Bajo supuestos muy específicos cabe el recurso de casación y revisión ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo contra la resolución de esta Sala del Tribunal de Cuentas. Para quienes consideran que este Tribunal es un órgano administrativo, la fase instructora sería una manifestación del poder de fiscalización del Estado y para quienes afirman que es un órgano jurisdiccional, la fase instructora sería una fase

que es interesante resaltar de este debate y de la clasificación de RUBIO, es que la unidad monolítica que reposaba imperturbable sobre el Poder Judicial sufre algunas transformaciones y presenta ciertas excepciones. La unidad judicial ha dejado de ser estricta y la experiencia peruana no se desmarca de esta tendencia. Todo lo contrario.

Y es que la unidad no prohíbe la especialización de los Tribunales, sólo niega la idea de jurisdicciones especiales distintas y extrañas a las provistas por la Constitución. Entre esos dos extremos existe una ancha banda que ha sido capitalizada por Estados como el peruano en lo electoral. En opinión de la Corte Interamericana, el principio de separación de poderes no determina que la función jurisdiccional sea encomendada a la judicatura en exclusiva, pero el órgano a quien el Estado otorgue titularidad sobre ella debe ejercerla bajo determinadas garantías[352]. Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas"[353]. La CIDH trajo a cuenta este criterio cuando analizó el juicio político efectuado por el Congreso de la República peruano a tres magistrados del Tribunal Constitucional. Juicio que culminó con su

---

prejudicial, preparatoria del procedimiento jurisdiccional o de la función de enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas. Entre quienes consideran que es un órgano administrativo se encuentran: ALSINA ENRIQUEZ, Joana. "La STC 215/2000, de 18 de septiembre o la infundada confirmación de la naturaleza jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas", *Revista Española de Derecho Administrativo,* Nº 112, 1001, pp. 613-628.

[352] Eur. Court H.R., *Campbell and Fell judgment* of 28 June 1984, Series A no. 80, para. 76; y *Eur. Court H.R., case of X v. the United Kingdom* of 5 November 1981, Series A no. 46, párr. 53.

[353] Caso del *Tribunal Constitucional vs. Perú.* Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas), FJ. 71.

destitución tras un procedimiento que la misma Corte consideró arbitrario.

La Constitución peruana reconoce que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial, a través de los órganos jurisdiccionales: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia lo es también del Poder Judicial y la Sala Plena de dicha Corte es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial. La unidad y la exclusividad fueron acuñadas como principios y derechos de la "función jurisdiccional", y aunque se encuentran ubicadas en el capítulo correspondiente al Poder Judicial, dicha función no le fue atribuida de forma exclusiva. Una mirada sistemática del Texto Constitucional nos informa que el poder jurisdiccional fue distribuido con algo más de generosidad. Al Poder Judicial, se suman la justicia militar[354], la denominada jurisdicción arbitral[355], el fuero de las

[354] La "jurisdicción militar" está reservada a los delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (según reza el Tribunal Constitucional en la STC 00012-2006-PI/TC, del 15 de diciembre de 2006). La Corte Suprema de Justicia de la República puede revisar las resoluciones del Consejo Supremo de Justicia Militar en casación cuando imponga la pena de muerte (artículo 173 CP). El TC se pronunciará sobre sus resoluciones cuando éstas violen derechos fundamentales.

[355] El creciente descrédito de la judicatura sienta las bases de una relativización de la función jurisdiccional, escapando a la lid privada a través del arbitraje o, de la especializada, como la Administrativa. Los particulares tienen una mayor confianza en dichas instancias que en el juez ordinario. Aún así, el Estado vela porque el poder de juzgar sea reconducido a su primigenia unidad. El control judicial o constitucional posterior también es una posibilidad en la jurisdicción arbitral. El TC entiende al arbitraje como una alternativa complementaria al sistema judicial que el constituyente puso a disposición de la población "para la solución pacífica de las controversias". Esencialmente destinado a la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y de aquellos que se generen en la contratación internacional (STC 06167-2005-HC/TC, del 28 de febrero de 2006, FJ. 10). Aunque estas características podrían hacernos presumir que es un problema entre particulares resuelto por otros particulares, a juicio del TC, la jurisdicción arbitral forma parte del orden público constitucional, porque no se sujeta a la libre autodeterminación de las partes, sino a las reglas del 139 CP.

Comunidades Campesinas y Nativas[356], el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones. Los actos de los tres primeros pueden ser cuestionados ante el Poder Judicial, con ciertos matices en cuyo debate no ingresaré, pero no ocurre lo mismo con los dos últimos (el JNE y el TC) cuyas decisiones, ni se impugnan, ni se revisan.

Es posible concluir que, aunque la aludida fragmentación es parcialmente reconducida a la unidad orgánica de la judicatura, el Jurado no se encuentra dentro de este supuesto. El poder de impartir justicia se encuentra dividido en tres grandes grupos. El Judicial que subsume a la jurisdicción militar, la vía arbitral, y comunal; el Tribunal Constitucional y la jurisdicción electoral. La definición de jurisdicción se ajustará a la estructura política que el Estado peruano adoptó en su Norma Fundamental.

Lo electoral es detraído del Poder Judicial y depositado en una jurisdicción especializada que no tiene como propósito socavar la independencia de la judicatura, sino fortalecer la transparencia y la confianza en los resultados electorales.

---

[356] Estados pluriculturales como el peruano han reconocido constitucionalmente (art. 149 CP) la convivencia de la justicia comunal, la justicia de paz con la justicia ordinaria. Mientras el criterio central de la justicia comunal es el "leal saber y entender" teniendo al respeto por los derechos fundamentales como límite; el ordenamiento jurídico es el criterio y límite de la judicatura. Aunque no aplican el ordenamiento jurídico sino sus criterios ancestrales, si sus decisiones violan derechos fundamentales podrán ser sometidas al control del Poder Judicial. Los jueces de paz (antiguamente denominados "Jueces de Paz No Letrados") se encuentran esencialmente ubicados en las unidades político territoriales más pequeñas del Perú (distritos, centros poblados, comunidades campesinas o nativas) que carecen de justicia letrada o de primera instancia o ésta está muy lejana. Es una justicia gratuita basada en la conciliación cuya legitimidad en la comunidad tiene como pilar, las cualidades morales del Juez. Son el primer escalón del Poder Judicial, pero son elegidos por sufragio universal y directo de los pobladores de la comunidad de su jurisdicción. No se les exige formación jurídica. Sobre justicia de paz véanse los trabajos de: LOVATON PALACIOS, David; MÁRQUEZ CALVO, Jaime, ARDITO VEGA, Wilfredo, MONTOYA VIVANCO, Iván. *Justicia de paz. El otro poder judicial,* Instituto de Defensa Legal, Lima, 1999; BOYER CARRERA, Janeyri y PANIZZO GODOY, María. "Las Elecciones de jueces de paz en la Constitución de 1993: Una mirada desde el Derecho Electoral", *Revista Derecho y Sociedad*, nº 20, 2003, pp. 31 y 32.

Ahora bien, unidad también significa que las normas referentes a la organización de los órganos judiciales y las reglas de competencia y procedimiento "sean las mismas para todos los órganos jurisdiccionales"[357]. El Alto Tribunal peruano considera que la unidad equivale a que todos los órganos que tienen atribuida materialmente la función jurisdiccional deban contar con las mismas garantías procesales, desarrollar sus funciones de manera uniforme y conforme a los principios de la función judicial listados en el artículo 139 CP. En su opinión, las excepciones jurisdiccionales al principio de unidad no significan que éstas puedan operar al margen del Estado Constitucional[358]. Luego todo órgano que posea "naturaleza jurisdiccional" debe respetar las garantías que componen los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso; los derechos de defensa, a la prueba y al juez competente, independiente e imparcial[359]. Y es que la unidad ha dejado de pensarse únicamente para establecer una organización determinada y concreta de Tribunales, sino para garantizar su independencia e imparcialidad[360].

Por muy breves que sean los plazos y efímeras las etapas del proceso electoral, el Jurado deberá ajustar la tramitación de los recursos a sus características dotando a los particulares de las mismas garantías que tendrían en un proceso ordinario. La unidad en el ejercicio de la función jurisdiccional le alcanza, con mayor razón, dada su condición de instancia final y definitiva de la justicia electoral.

---

[357] ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto y MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio. *El Poder Judicial,* ob. cit., pp. 178-179.

[358] STC 001-2009-AI-TC, del 4 de diciembre de 2009, FJ. 23.

[359] STC 004-2006-PI/TC, del 29 de marzo de 2006, en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Fiscal de la Nación contra diversos artículos de la Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en materia penal, militar y policial, FFJj. 8-10.

[360] DE OTTO, Ignacio. *Estudios sobre el Poder Judicial,…* ob. cit., p. 100.

4.3.2. El estatuto del juez electoral

La evaluación de la independencia judicial tiene a las garantías personales proporcionadas al juzgador como uno de sus sustentos. La jurisdicción como una función lógica es procurada cuando el juez es un tercero ajeno a las partes y no comprometido, de antemano, con la resolución del conflicto. La independencia de un órgano jurisdiccional se define en función del estatuto que se confiere a sus miembros. El juez electoral es inmune a toda injerencia salvo a la de un gobernante con vocación autocrática.

En el nivel externo, el juez necesita estar protegido frente a la injerencia de los demás poderes del Estado o de los privados con poder. Debe quedar situado al margen de la política como un complejo orgánico puramente jurídico, para que esté en capacidad de oponerse como un contrapeso real ante los demás poderes públicos. En el nivel interno ha de tomar distancia de sus órganos de gobierno, ya que, por muy incardinados que se encuentren en la organización judicial, sus funciones le otorgan la naturaleza jurídica de Autoridad Administrativa desprovista de toda función judicial. Las rectificaciones a la actuación jurisdiccional de los órganos inferiores podrán ser llevadas a cabo, únicamente, a través de los recursos previstos por la ley, según los procedimientos establecidos para atenderlos y resolverlos. De esta manera, la independencia se afirma en la dimensión externa por el principio de separación de poderes, y en la interna, por el principio de exclusividad de la materia. En su sentencia *Findlay* contra Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró que:

> "con el fin de establecer si un tribunal puede ser considerado "independiente" se debe tener en cuenta "inter alia", la forma en que sus miembros son designados y el periodo de sus cargos, la existencia

> de garantías contra las presiones externas y la cuestión de si el órgano presenta una apariencia de independencia"[361]

Si procuramos listar las condiciones del estatuto judicial, la inamovilidad, la inmunidad penal, la independencia económica, el régimen de incompatibilidades con el ejercicio del cargo, las causas estrictamente tasadas por la ley para su recusación o destitución, así como su nula vinculación con los partidos políticos, son las principales garantías del cargo[362]. Si ellas no existiesen o sus condiciones fuesen relativizadas, los miembros del órgano jurisdiccional quedarían a merced de cualquier otra Autoridad pública con el poder suficiente como para influir en sus decisiones. Por ello, por ejemplo, el diseño estructural de la denominada justicia militar peruana continúa encontrándose en el ojo de la tormenta del debate doctrinal. La participación del Ejecutivo en la selección y designación de sus jueces entre el personal militar en activo, o que los altos mandos militares puedan decidir su traslado por razones del servicio, entre otras

---

[361] STEDH del 25 febrero de 1997, p. 198, ap. 73. También en las sentencias *McGonnell contra Reino Unido*, del 8 de febrero de 2000 y *Kizilöz contra Turquía*, del 25 septiembre 2001. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido el mismo criterio citando al TEDH, en: *Tribunal Constitucional versus Perú*, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 75.

[362] BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador). *Manual de Derecho Constitucional,* vol. II…ob. cit., pp. 551-552, p. 557. Véase además el trabajo de Dieter SIMON, *La independencia del juez,… ob. cit.,* pp. 3-34 en el que habla sobre la diferencia entre el juez independiente y el juez dependiente. El art. 146 CP estableció las garantías de la función jurisdiccional disponiendo que el cargo de magistrado sea incompatible con cualquiera otra actividad pública o privada, con excepción de la docencia universitaria y, siempre y cuando, ser docente quede fuera del horario de trabajo. Prohibidos de participar en política, de sindicarse y declararse en huelga (art. 153 CP), el constituyente ordenó que los jueces sólo perciban las remuneraciones que les asigne la Ley del Presupuesto de la República y las que provengan de la enseñanza, porque el Estado les garantizaría: "1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley. 2. La inamovilidad en sus cargos. No pueden ser trasladados sin su consentimiento. 3. Su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función. 4. Una remuneración que les asegure un nivel de vida digno de su misión y jerarquía." El Tribunal Constitucional peruano interpretó que el estatuto de los miembros de un órgano que tenga naturaleza jurisdiccional debe encontrarse dotado de dichas garantías.

características, arrojan serios cuestionamientos sobre la independencia de dichos magistrados[363].

Buena parte del análisis sobre el estatuto del Pleno del JNE fue llevado a cabo cuando estudiamos su autonomía como entidad de la organización electoral. Recapitulando, la conexión intrínseca de la exclusividad con la imparcialidad del juzgador se manifiesta en la dedicación exclusiva del juzgador a la función jurisdiccional y en la modalidad de su elección (votación secreta y directa por colectivos constitucionalmente predeterminados: magistrados supremos, fiscales supremos, colegios de abogados y facultades de derecho de las universidades). De esta manera, toma distancia de los intereses privados. Como la esposa del César no sólo debe serlo, sino parecerlo, se exige a los magistrados del Pleno una nula vinculación político-partidaria en los cuatro años anteriores a su postulación al cargo. A mi juicio, este taxativo periodo de inexistente militancia (no exigible a otros magistrados) tiene por finalidad que, como garante de la elección, su neutralidad sea indiscutible.

---

[363] Adicionalmente, los grados y ascensos de los oficiales-jueces así como su régimen disciplinario se rigen por las normas de las instituciones castrenses y no se les garantiza su inamovilidad. Es posible destacar algunas reformas a la denominada justicia militar: en primer lugar, la eliminación de los jueces sin rostro instaurados en el periodo del presidente Fujimori para juzgar los delitos de terrorismo y traición a la patria. En segundo lugar, la definición de los delitos de función cuya imprecisa redacción los confundía con delitos comunes y que permitió circunscribir esta jurisdicción sólo a miembros de la policía nacional y de las fuerzas armadas (en parte, gracias a la STC 00012-2006-PI/TC, del 15 de diciembre de 2006, en la que el Alto Tribunal declaró inconstitucionales los preceptos que tipificaban dichos delitos). En tercer lugar, se desactivaron las fiscalías militares que habían sido declaradas inconstitucionales por el Alto Tribunal (STC 0023-2003-ai/TC, del 9 de junio de 2004). En cuanto a la garantía de la inamovilidad de los jueces, el TC declaró inconstitucional el precepto que permitía sus traslados por condiciones del servicio. El legislador reflejó esta sentencia en una modificación legislativa, sin embargo, reinstauró esta medida. En este punto el TC retrocedió. Primero señaló que los jueces militares no podían ser trasladados ni siquiera durante un Estado de Emergencia por razones del servicio (STC 004-2006-PI/TC, del 29 de marzo de 2006), y en una sentencia posterior interpretó que dichos traslados eran posibles. El voto en minoría del magistrado LANDA cuestiona que la mayoría del Pleno haya claudicado frente a la línea jurisprudencial sólida y coherente del Tribunal de salvaguardar la independencia de los magistrados del Consejo Supremo Militar, en: Voto singular del Magistrado Landa Arroyo, en: STC 00001-2009-PI/TC, del 4 de diciembre de 2010, FFJJ. 3-5.

Aunque su *status* es el mismo que el de los vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, alcanzándoles el régimen de remuneraciones, no existe precepto alguno en la Ley Orgánica del Poder Judicial que vincule de modo alguno a los magistrados del JNE con la Corte Suprema. El Jurado es un órgano endogámico. Las leyes electorales, que él puede reglamentar, rigen su régimen de votaciones y *quórum*, así como, el término de su ejercicio y las causales de vacancia, que el mismo Pleno votará en sesión. Rinde cuentas solamente ante sí mismo.

El escrupuloso cuidado observado en el régimen de suplencia y de sucesión[364]; su renovación alternada cada dos años[365], y los alcances de la inamovibilidad en el cargo (es irrenunciable durante los procesos electorales, del referéndum u otras consultas populares) garantizan el funcionamiento permanente de este Tribunal Electoral. Dicho de otro modo, estas reglas impiden el bloqueo de sus actividades por la ausencia voluntaria (renuncia) o forzada (vacancia o renovación pendiente) de alguno de sus integrantes. Visto así, el Jurado se convierte en una fortaleza inexpugnable.

---

[364] Los artículos 19 y 20 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones disponen que el primer miembro suplente deberá asumir el cargo e integrarse al Pleno inmediatamente después de declarada la vacancia del cargo del titular. En todo caso, la incorporación del primer suplente al Pleno deberá producirse dentro de los cinco (5) días calendario de declarada la vacancia, bajo apercibimiento de declarar la caducidad de su elección. Igual regla se aplica para el caso del segundo miembro suplente. En caso de que el segundo miembro suplente no se incorporase o tenga algún impedimento para hacerlo, debidamente fundamentado, las instituciones correspondientes (colegios de abogados, o Corte Suprema, o Fiscales Supremos) deberán convocar a votación para designar a un nuevo miembro titular y dos miembros suplentes ante el Pleno. La designación deberá efectuarse dentro de los treinta (30) días calendario siguientes al vencimiento del plazo del que gozaba el segundo miembro suplente para asumir el cargo.

[365] Son elegidos por cuatro años, reelectos para un solo periodo adicional. Artículos 17 y 21 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones Nº 26486

Ahora bien, para evaluar la independencia de una Corte electoral no basta con los indicadores normativos. Su localización en la línea de frontera entre lo jurídico y lo político determina que aquélla se encuentre influida, y en ocasiones, condicionada por otros factores como: el tipo de régimen, el sistema de partidos y su arraigo en la población (si el sistema tiende al bipartidismo o a uno atomizado como el caso peruano), la tradición y la cultura políticas, la fuerza de los grupos de presión, el estado de las libertades y el poder de la prensa, entre otros. Un ejemplo reciente es el Reglamento de Encuestadoras publicado por el Jurado Nacional de Elecciones para las elecciones generales 2011. La prensa, los directores de empresas encuestadoras, dirigentes de partidos políticos, entre otros líderes de opinión, se manifestaron en contra del precepto que exigía a los encuestadores que consignasen los datos personales de los encuestados (nombre, apellidos y número de documento de identidad), porque consideraron que el anonimato era una característica inherente a la encuesta. Dos semanas después, el Jurado dejaba sin efecto la cuestionada disposición[366]. La opinión pública fungió de control de la actividad de este organismo electoral.

---

[366] En el marco de las Elecciones Generales 2011, con la Resolución Nº 038-2011-JNE, del 11 de febrero de 2011 que modificó la Nº 5011-2010-JNE del 28 de diciembre de 2010, el JNE reglamentó el registro electoral de encuestadoras con el fin de encausar su actividad de fiscalización. El Reglamento, que entró en vigencia el 12 de febrero de 2011, exigía a las empresas encuestadoras que consignen el documento de identidad, el domicilio y los teléfonos de los encuestados. Los candidatos que obtenían resultados desfavorables en las encuestas se mostraron a favor, los que despuntaban, en contra. Luego de una ferviente polémica encabezada por los medios, la Asociación Peruana de Empresas de Investigación de Mercados pidió formalmente al organismo electoral rectificar su posición. El 16 de febrero de 2011 fue derogado, véase al respecto: UGAZ, Paola. "Perú: retiran ley "mordaza" a encuestadoras", *BBC Mundo,* noticias del 17 de febrero de 2011, disponible en: (http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2011/02/110216_peru_ley_mordaza_encuestadoras_rg.shtml) (09-03-2011); PEÑAFLOR, Giovana. "Normas del JNE hará imposible hacer encuestas", *Diario Gestión,* del 14 de febrero de 2011, disponible en: (http://www.generaccion.com/noticia/93107/giovanna-peor-normas-jne-harmposible-hacer-encuestas) (09-03-2011); APEIM (Asociación Peruana de Empresas de Investigación de Mercados), "Disposición de JNE impedirá que sigamos haciendo encuestas", *RPP noticias,* del 14 de febrero de 2011, disponible en: (http://noticias.latam.msn.com/pe/peru/articulo_rpp.aspx?cp-documentid=27682084) (09-03-2011)

Un suceso nada favorable a la independencia del Jurado fue la injerencia que, a través de subterfugios, logró alcanzar el ex – presidente Alberto Fujimori en todos los estamentos sociales, incluso, en el electoral. Creó la denominada "provisionalidad" en el Poder Judicial ante la defenestración del mayor porcentaje de sus jueces producida por "las reformas" que impulsó con el autogolpe de Estado de 1992. Así se justificó el notable incremento del número de jueces y fiscales supremos provisionales elegidos indirectamente por la mayoría oficialista del Congreso Unicameral. Días antes de la elección de los representantes ante el JNE por la Corte Suprema, estos magistrados provisionales vieron homologados sus derechos y su posibilidad de participar en dicha elección. Evidentemente, según informó la Comisión Interamericana, ellos optaron por los candidatos adeptos al fujimorismo que decidirían si sería o no procedente la, entonces futura y previsible, inscripción del candidato Fujimori a su tercera reelección como Jefe de Estado[367]. No fue suficiente. Modificó, además, las reglas del *quórum* de

[367] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos informó que: "17. Muchos de los jueces "provisionales" de la Corte Suprema de Justicia fueron elegidos indirectamente por el Congreso de la República. Por carecer de titularidad no contaban con los mismos derechos, prerrogativas o atribuciones de los jueces titulares (nombrados y evaluados por el Consejo Nacional de la Magistratura). Por tanto, no tenían derecho a elegir representante de la Magistratura ante el JNE. Con la Ley 26898 (publicada el 12 de diciembre de 1997) se concedió a los jueces provisionales los mismos derechos, atribuciones y privilegios de que gozan los jueces titulares. En aplicación del "derecho a la igualdad", el Estado Peruano confirmó que algunos de esos jueces se encontraban en instancias inferiores y habían sido llamados a cubrir plazas en instancias superiores pese a que no contaban con la cualificación del caso. 18. Según reiteradas denuncias recibidas por la Comisión, la *ratio legis* consistió en permitir a los jueces de la Sala Plena de la Corte Suprema que votaran para elegir al representante de la Magistratura ante el JNE. "La importancia de la integración del Jurado Nacional de Elecciones se debe a la tesis que el JNE debería decidir en el año 2000 sobre la eventual tercera candidatura presidencial de Alberto Fujimori. Es evidente que personas proclives al Gobierno tendrán una posición favorable a su candidatura. Paralelamente, el Consejo de Coordinación y la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, incrementaron el número de jueces (16) y fiscales supremos (3), obteniendo la mayoría de votos favorables al Gobierno tanto en la Corte Suprema como en la Junta de Fiscales Supremos". En: Segundo Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, disponible en el sitio web de la Organización de Estados Americanos, en:

votación del Jurado incrementando de mayoría simple a cuatro de cinco miembros los votos exigibles para declarar fundada una tacha contra la inscripción de candidatos[368]. En la actualidad, el control sobre la actividad de los órganos electorales proviene de la opinión pública, más que de los otros poderes públicos, al menos, de manera evidente.

Un extremo del estatuto jurisdiccional electoral que no se ha examinado aún es la relación entre el Pleno y sus instancias jerárquicamente inferiores, específicamente, con los Jurados Electorales Especiales. Acometeré esta tarea en el epígrafe dedicado a la autotutela administrativa electoral.

4.4. Las particulares dimensiones de la independencia jurisdiccional electoral

El juez electoral depende de la Constitución, las leyes, los reglamentos, los principios generales del Derecho, los principios del Derecho Electoral. Efectúa un control jurídico (no político) de la legalidad de la elección y de las controversias que se produzcan durante el procedimiento electoral, pero "aprecia los hechos con criterio de conciencia". Antes de abordar este "criterio de conciencia", me referiré al principio que constituye el corazón de la justicia electoral: el respeto por la voluntad popular, sus manifestaciones e implicancias.

(http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=S&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights.htm) (27/01/2011).

368 De conformidad con el Artículo 2 de la Ley N° 26954, publicada el 22 de mayo de 1998 se precisa que la denegatoria de inscripción, impugnaciones y tachas por mayoría simple serán resueltas por el pleno del Jurado Nacional de Elecciones con el voto favorable de por los menos el número de miembros que constituyen su quórum (es decir, cuatro). De no alcanzarse la mayoría calificada prevista, la denegatoria de inscripción, las impugnaciones o las tachas serán declaradas infundadas. En ningún caso el Jurado podía dejar de resolver. De conformidad con el Artículo 26 de la Ley N° 27369, publicada el 18 de noviembre de 2000 (durante la transición democrática liderada por el presidente Valentín Paniagua) se derogó este precepto.

4.4.1. La noción de voluntad popular para lo electoral

Recordemos que el origen democrático de un Estado se concibe, en su acepción más primaria, como gobierno de las mayorías con respeto por las minorías. Esto se traduce en que, ante el conflicto, se procurará salvar el voto del mayor número de votantes (no necesariamente de la totalidad de ellos); y que dentro de esta mayoría se contabilizará el voto de aquellos que hayan sufragado de acuerdo a las reglas predeterminadas por las Leyes electorales. De esta manera, se entenderá como voluntad popular a los votos válidamente emitidos y aquellos que hayan sido declarados válidos por el Estado a través de la autoridad electoral.

El voto válido es el único que se computará y formará parte de los resultados electorales. Estos votos se obtienen de la operación aritmética efectuada durante el escrutinio, de restar los votos nulos y en blanco a los votos emitidos por la población electoral[369]. Es decir por quienes figuran registrados en las listas de electores y que concurrieron a las urnas el día de la votación. Por eso el padrón de electores es tan importante en una elección, dicho instrumento y sólo él determinará quién puede votar y quién no; o quienes se encuentran capacitados para conformar la "voluntad popular". He aquí el lábil matiz que separa

---

[369] El voto nulo es aquel que no cumple las características del voto válido. El artículo 286 LOE detalla que éstos se producen cuando: (i) el elector ha marcado más de un símbolo o ha utilizado un signo distinto al de la cruz o el aspa; (ii) la intersección está fuera del recuadro o si la cédula no tiene la firma del presidente de mesa o cuando lleva escrito el nombre, la firma o el número del DNI del elector; (iii) se lleva a cabo en cédulas no entregadas por la mesa de sufragio y aquellos emitidos en cédulas que se encuentren rotas en alguna de sus partes; (iv) Si en la cédula de votación se escriben expresiones, frases o signos ajenos al proceso electoral, así sea la inclusión de nombres de organizaciones políticas, listas independientes o de candidatos distintos a lo que están impresos, el voto será considerado nulo.

a la aludida *voluntad popular* del *derecho al voto*. El respeto por la voluntad popular presupone el acto de votar; y la dimensión objetiva de este derecho constriñe al Estado a promover su ejercicio por toda la población sin excepción. Esto quiere decir que todo ciudadano inscrito en el registro electoral puede votar, pero no todo votante formará parte de la voluntad popular. Esta premisa sustenta la creación de canales para cuestionar la identidad de quien deposita la cédula de sufragio o papeleta en la urna, o la validez del voto[370].

Ahora bien, el constituyente negó a quienes emitieron los votos nulos o en blanco el derecho de formar parte de la "voluntad popular". Sin embargo otorgó efectos jurídicos a estos votos cuando, "sumados o separadamente, superan los dos tercios de los votos emitidos", porque en dicho caso, la elección deberá ser declarada nula por el Jurado. Estos "dos tercios" equivalen a una mayoría lo suficientemente importante como para entender que la voluntad del pueblo es que no se conformen órganos representativos o no se renueven los cargos de quienes los ocupan. Entonces, tanto si decide optar por renovar al Estado democrático, como si decide no hacerlo, la libre determinación de dicha mayoría será respetada.

4.4.2. El principio de respeto por la voluntad popular y la conservación de los actos jurídicos

Aunque en la experiencia peruana no exista un reconocimiento expreso de principios del Derecho Electoral como ocurre en la experiencia

[370] Los miembros de mesa son las autoridades durante el acto electoral y el escrutinio. Ellos resuelven los percances relacionados con la identidad del votante, la validez del voto y el conteo de votos y el Jurado Especial atiende las apelaciones correspondientes (art. 282 LOE).

ecuatoriana[371], la Organización Electoral y sus amplias facultades tienen como *leitmotiv* "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 CP).

El principio de respeto por la voluntad popular estriba en la decisión adoptada por la población electoral en las urnas y que los poderes públicos están constreñidos a defender; porque el contenido de dichas urnas simboliza el elemento conector entre el pueblo y sus representantes, y la consecuente legitimidad de origen de las autoridades públicas representativas. Las autoridades electorales se encuentran compelidas a aplicarlo en el ejercicio de sus funciones y, en particular, a adscribirlo a la interpretación de la vasta normativa que rige las actividades preparatorias de la elección; el cómputo y proclamación de resultados.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, el principio bajo análisis constituye una visión electoral del principio de conservación de los actos jurídicos aplicado a la voluntad popular. Tendrá por cometido reducir al mínimo indispensable los efectos derivados de los vicios de validez de los actos procedimentales. La conformación del proceso electoral por sucesivos procedimientos administrativos nos conduce a adoptar como referente a la doctrina y las normas que el Derecho Administrativo proporciona.

La *conservación de los actos* tiene como presupuesto que los actos jurídicos se producen con vocación de permanencia, pero que no todos

---

[371] El artículo 217 de la Constitución ecuatoriana establece que los órganos que conforman la función electoral, "se regirán por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad".

los que residen en el orden jurídico se ajustan a la legalidad. Es más, algunos podrían padecer de graves irregularidades y, aún así, ser conservados. Entonces, para Margarita BELADIEZ la validez es la situación en la que un acto se encuentra conforme a Derecho (no porque necesariamente se ajuste de modo estricto a legalidad, sino porque existe en el orden jurídico); y en su opinión, rige la conservación porque dicha validez "ha de estar referida no al acto en sí mismo, sino a si los fines que con su mantenimiento en el orden jurídico se pretenden conseguir son o no merecedores de tutela jurídica"[372]. La conservación busca proteger un bien jurídico que el acto encarna y que será mayor al de la legalidad. Protege, a su vez, la satisfacción de los intereses de los sujetos a los que el acto afecta; y en última instancia, la vigencia de la justicia material. Esto no quiere decir que el vicio carezca de efectos, lo que quiere decir es que éstos no afectarán al acto, pero sí podrían acarrear responsabilidad administrativa (o civil, o penal, según sea el caso) en la autoridad que lo emitió. Por ello, la autora concluye que la conservación es, más bien, una consecuencia de esa protección; y su elemento nodal será el fin que el acto jurídico persiga.

Como contrapartida, ante la presencia de algún vicio su anulación ha de ser la última medida que se adopte. En el mundo de los actos, su permanencia es la regla; y la nulidad o la anulabilidad la excepción. El Derecho lo permite porque la Administración no está en condiciones de elaborar sus actos con la minuciosidad de un orfebre, y en opinión de NIETO ella "no podría actuar si se adoptara una actitud invalidante

---

[372] Margarita BELADIEZ ROJO escribe que el principio de conservación "expresa la existencia de un valor jurídico en conservar todo acto capaz de cumplir válidamente los fines que tiene encomendados, para garantizar así la satisfacción de los intereses de los sujetos jurídicos; lo que en última instancia supone garantizar la propia vigencia del Derecho pues garantizando la conservación de aquellos actos que se considere legítimos, se demuestra su existencia real", en: *Validez y eficacia de los actos administrativos,* Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 43 y 47. Se adhiere a esta posición, Ramón PARADA en su trabajo: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común,* 2da. ed., Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999, pp. 289 y ss.

rigurosa"[373]. Luego la invalidez de un acto sólo será declarada cuando resulte desde todo punto de vista imposible su conservación.

En el art. 14 de la ley 27444, del Procedimiento Administrativo General peruana (LPAG), el legislador estipuló que los actos administrativos serían conservables cuando el vicio por el incumplimiento de sus elementos de validez "no sea trascendente"[374]. Únicamente los que figuren en el listado de actos afectados por vicios no trascendentes (que impone en el mismo art. 14) podrían ser enmendados o convalidados (aún así, la responsabilidad administrativa de quien emitió el acto viciado subsistirá). Ahora bien, la vinculación positiva de la Autoridad Administrativa a los actos reglados la compele a expulsar del orden jurídico a aquellos que incumplan con todos sus elementos normativamente predeterminados. Con mayor razón, si la sanción de nulidad ha sido prevista ante semejantes infracciones[375]. Precisamente

---

[373] Alejandro NIETO lo ilustra de modo anecdótico: "cualquiera que tenga experiencia administrativa o judicial sabe de sobra que no es frecuente encontrar actos administrativos impecables de fondo y forma. El gran ejército de la Administración está formado por una colección de tullidos y enfermos que, pese a todos sus defectos, ocupan (y en ocasiones arrasan) el territorio de la sociedad civil. La Administración envía muy pocos al hospital y las bajas producidas por los Tribunales son cuantitativamente insignificantes", en: "Estudio preliminar", *Validez y eficacia de los actos administrativos,* BELADIEZ ROJO, Margarita, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 10 -12.

[374] El artículo 14.2 de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001, dispone que "son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes: 14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación. 14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial. 14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado. 14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio. 14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial".

[375] El art. 10 de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General publicada el 11 de abril de 2001, recoge las causales de la declaración de "nulidad de pleno derecho": "1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (…) 3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su

por ello es que el legislador habría impuesto aquel listado de actos que aún padeciendo de vicios, sean conservables, y en consecuencia, jurídicamente válidos.

Los supuestos redundan en elementos formales del procedimiento (como una fundamentación incoherente – art. 14.2.1 LPAG; o una motivación insuficiente – art. 14.2.2 LPAG), sin embargo, desde mi perspectiva, el elemento distintivo de un acto con vicio intrascendente reside en el art. 14.2.4 LPAG: "cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio".

Esto quiere decir que la Ley sanciona las infracciones esenciales del procedimiento con la nulidad, pero aquéllas podrían ser convalidadas si la decisión definitiva no se viese alterada. ¿Cuál sería la razón para dilatar los plazos procedimentales si la resolución tendrá el mismo contenido? Ninguna. Los principios de celeridad y eficacia se revelan en este precepto porque todas las falencias serán perdonadas en función al fin público que la inmutabilidad del acto revela. Luego también en el ordenamiento jurídico peruano, la conservación es la regla y la nulidad la excepción.

Veamos a continuación las especiales precisiones que alcanza la adscripción de estos principios al respeto por la voluntad popular.

---

adquisición. 4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma". A diferencia del Derecho español que reconoce la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad, el Derecho peruano sólo reconocería la que corresponde a la anulabilidad. En ningún caso la expulsión del acto viciado del orden jurídico se presume, siempre exigirá un segundo acto del Autoridad Administrativa competente.

4.4.3. El respeto por la voluntad popular y los principios de celeridad, eficacia y transparencia

Según el principio de eficacia, la autoridad administrativa debe hacer prevalecer la finalidad del acto sobre "aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez" ni "determinen aspectos importantes en la decisión final" o disminuyan garantías del procedimiento[376]. Como la autoridad pública también se encuentra vinculada a la Constitución y consecuentemente obligada a respetar los derechos fundamentales no podrá considerar como una *simple formalidad* la omisión de actuaciones que impidan su ejercicio. La celeridad electoral proviene del principio administrativo de celeridad o la finalidad de alcanzar una decisión en "tiempo razonable", "sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento"[377].

El legislador impide la adscripción de los principios de celeridad y eficacia cuando busca salvaguardar los derechos de los particulares, por ejemplo, ante el ejercicio de defensa de un administrado en un procedimiento sancionador. La razón será que un derecho fundamental

---

[376] La LPAG reúne en el numeral 1 del art. IV de su título preliminar a los principios del procedimiento administrativo, definiendo al de celeridad (1.9) de la siguiente manera: "quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento"; y al de eficacia (1.10): "Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados. En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio". (los subrayados corresponden a la autora)

[377] Numeral 1.9 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley Nº 27444, del Procedimiento Administrativo General peruana.

es un bien jurídico mayor que la finalidad pública de cualquier procedimiento.

La Corte Electoral alude expresamente a la celeridad vinculándola a la transparencia. Los considera "principios constitucionales" que subyacen a todas las etapas del proceso y que alcanzan tanto a la Organización Electoral como a los demás actores electorales ("ciudadanía, organizaciones políticas y autoridades"). Señala que su incumplimiento puede generar "incertidumbre respecto de la determinación final de los resultados obtenidos en los procesos electorales"; y acarrear "una vulneración a las normas que los órganos electorales dictan con el objeto de agilizar y asegurar que el resultado de los procesos electorales constituya un fiel reflejo de la voluntad popular"[378]. Entonces, los adscribe al principio de respeto por la voluntad popular, entendiendo a esta voluntad como el fin último del cumplimiento de las actividades preparatorias en los plazos electorales. El tiempo razonable se reduce a un tiempo breve (cuanto menor, mejor) en tanto que la incertidumbre (como consecuencia fáctica no deseable frente a la demora) podría ser confundida con problemas de transparencia y mellar la legitimidad de toda la elección.

Así por ejemplo, a miles de kilómetros lejana a la experiencia peruana, pero muy cercana a la celeridad entendida como transparencia está la elección afgana de 2009. El domingo 23 de agosto de 2009, el diario El País, publicó un artículo de Ramón LOBO, titulado: *El retraso de los resultados alimenta el temor a un fraude en Afganistán*. El autor relataba que:

> "la comisión electoral (...) había dado la orden a los 6.200 centros de voto de realizar el escrutinio lo más rápido posible para prevenir el fraude y para que los datos estuvieran a disposición de los representantes de los candidatos. Nada de esto ha sucedido. La

[378] Resolución nº 2541-2010-JNE, del 7 de octubre de 2010.

> tardanza en ofrecer datos tan relevantes como la participación desata las alarmas (…)"[379].

Entonces, los principios de celeridad y eficacia se adscriben al respeto por la voluntad popular y alcanzan notable. Se convierten en parámetros para el control que el Tribunal Electoral ejerce sobre la actividad de la ONPE y el RENIEC.

Veamos ahora las características que la conservación de los actos adopta al adscribirse a *lo electoral* como principio de conservación de los votos y, en última instancia, como respeto por la voluntad popular.

4.4.4. El principio de respeto por la voluntad popular y la nulidad de la elección

Trasladando las anteriores reflexiones a la dimensión electoral, el principio de respeto por la voluntad popular implicaría que la validez de la elección se mantenga a pesar de los vicios no trascendentes que padezca, porque el Derecho habría creado en torno a ella como acto

---

[379] Los comicios presidenciales y regionales en Afganistán se celebraron el 20 de agosto de 2009. Los principales candidatos presidenciales son el entonces actual presidente Hamid Karzai y Abdulá Abdulá. Además de la demora en el cómputo de resultados, cuyos primeros resultados se anunciarían en setiembre, se denunció otros problemas del proceso electoral. Entre ellos, el doble voto (porque la tinta indeleble se diluía con lejía) manipulación del voto de personas analfabetas (50% de los hombres y 85% de las mujeres), Diario El País, versión digital, disponible en: (http://www.elpais.com/articulo/internacional/retraso/resultados/alimenta/temor/fraude/Afganistan/elpepuint/20090823elpepiint_4/Tes) (26-08-2009); También en: REUTERS, "Abdulá Abdulá denuncia un fraude masivo en elecciones afganas", Diario El País, versión digital del 23 de agosto de 2009, disponible en: (http://www.elpais.com/articulo/internacional/Abdula/Abdula/denuncia/fraude/masivo/elecciones/afganas/elpepuint/20090823elpepuint_7/Tes) (23-08-2009)

jurídico una situación "digna de protección"[380]. En el acto definitivo de la elección el bien jurídico protegido es el principio democrático, y éste predominará sobre las posibles afectaciones al principio de legalidad que se produzcan a lo largo de sus actividades preparatorias.

Desde mi perspectiva, el núcleo de este principio es el elemento "subjetivo" del acto que reside en la voluntad de los electores, entendida no como voluntades individuales, ni como una suma de ellas, sino como una colectividad: "la mayoría" traducida en los votos válidamente emitidos. Precisamente por ello, aunque todo acto que tenga por finalidad distorsionar los resultados de la votación (el cómputo de los votos válidos) atente contra la voluntad popular, no toda distorsión será sancionable con la nulidad del acto definitivo de la elección. Las alteraciones serán consideradas importantes si llegan a modificar la asignación de escaños parlamentarios (de los consejos regionales o concejos municipales) transformando la distribución de las minorías respecto a la mayoría, y en última instancia, las relaciones de poder. Si el número de representantes por partido político es distinto al querido por los votantes se configura un falseamiento de la voluntad popular y se priva de fundamento a la proclamación de electos[381]. Entonces, el acto sólo será insalvable, cuando dichas afectaciones sean lo suficientemente graves como para modificar el sentido de la voluntad popular o la asignación de escaños de representación popular.

Una primera manifestación de este principio ocurre en el momento del escrutinio. En un nivel, la validez de cada voto será analizada por los

---

[380] Adopto la frase de Margarita BELADIEZ cuando explica los diferentes criterios que pueden determinar la conformidad a Derecho de un acto jurídico, en: *Validez y eficacia de los actos administrativos*...ob. cit., pp. 67 y ss.

[381] El trabajo de Paloma BIGLINO sobre la validez del procedimiento electoral es muy esclarecedor sobre las consecuencias de la nulidad electoral y sobre su necesaria excepcionalidad, en: "La validez del Procedimiento Electoral en la Jurisprudencia del Tribunal..." ob. cit., pp. 302 y ss.

miembros de mesa según las normas predeterminadas[382]. Ante la duda (por ejemplo, si el *aspa* o *cruz* fue localizada dentro o fuera del recuadro asignado) favorecerán la opción que permita sumarlo más que restarlo del universo de cédulas o papeletas de sufragio. Sólo una impugnación trasladará este análisis al Jurado Electoral Especial, autoridad que resolverá adscribiéndose al mismo principio.

Un siguiente nivel del escrutinio al que se adscribe el principio bajo análisis está en la lucha por preservar las actas electorales. La regla es que la decisión del pueblo contrastada de modo fehaciente prevalecerá frente a las posibles deficiencias de la Organización Electoral. El constituyente ordenó que el escrutinio en mesa fuera irrevisable e impuso un mandato de intangibilidad de las actas electorales (que reflejan el resultado de las urnas), a fin de que éstas estuviesen a salvo de cualquier manipulación (art. 185 CP). Sin embargo, como cualquier otra Autoridad Administrativa a la que aludimos en el epígrafe anterior, los Miembros de Mesa cometen errores materiales o aritméticos al consignar los datos o al sumar los votos.

La conservación de los actos se revela con mayor claridad ante estos "errores" constitucionalmente previstos. Cuando en el centro de cómputo el sistema informático se rehúsa a ingresar un acta por errores se recurre al procedimiento de *contraste* de los diversos *originales de actas* que elaboran los miembros de mesa (a fin de encontrar la correcta y computarla)[383]. Cuando no es posible el contraste o el acta es

---

[382] El artículo 286 de la Ley Orgánica de Elecciones peruana citado anteriormente, que recoge los supuestos para entender que el voto será nulo.

[383] El legislador dispuso que las autoridades de la Mesa Sufragio elaboren cinco ejemplares del acta electoral de la Mesa que serán distribuidas por seguridad entre las distintas autoridades (una, al JNE; la segunda, a la ONPE; la tercera y la cuarta, respectivamente al Jurado Electoral Especial y la Oficina Desconcentrada de Procesos Electorales instalados en la circunscripción donde se ubica la mesa), quedando una de ellas a disposición de las organizaciones políticas (art. 291 LOE). Aunque el número de actas puede ser considerado elevado y hasta desproporcionado, su utilidad ha sido crucial cuando se han producido hechos violentos en los centros de cómputo de las

impugnada, al de *Tratamiento de Actas Observadas*[384]*,* a través del cual el JNE, en doble instancia, resolverá si el acta es salvada o declarada inválida.

Una segunda manifestación del principio de respeto por la voluntad popular se encuentra en el desarrollo normativo de la nulidad electoral.

Brevemente ahora sobre lo que vimos con mayor detalle en el primer capítulo, el proceso electoral se entiende como un acto complejo, pero único, que se conforma por una "conjunción de voluntades" y no por una "sucesión de voluntades"[385]. Se manifiestan de modo independiente aunque yuxtapuesto; y las voluntades de una etapa no son ajenas a las de las otras (como el registro de partidos políticos y la inscripción de candidaturas). La finalidad pública buscada seguirá siendo la misma en cada una de ellas. Por más que las fases que lo componen sean distintas unas de otras (como el registro de partidos políticos, y la

---

ODPES. Ha permitido rescatar la denominada "voluntad popular" del ejemplar del acta siniestrada.

[384] El Jurado aprueba Reglamentos del Procedimiento aplicable a las Actas observadas para cada elección, estandarizando los principales problemas de las actas electorales, como son: las actas incompletas (cuando un ejemplar de las cinco actas no consigna el total de ciudadanos que votaron); acta con error material (inconsistencia en los datos numéricos consignados), acta sin datos (se omite consignar datos de forma total o parcial en los casilleros que correspondan a la votación), actas ilegibles (condición que tiene cualquier signo o grafía a los números naturales o que contiene borrones o enmendaduras que hagan imposible su identificación numérica). Los errores materiales, se detectan en las salas de cómputo de las Oficinas Desconcentradas de Procesos Electorales. Son las mismas ODPE quienes plantean la cuestión ante el JEE, forzada por el sistema de cómputo que rechazará la posibilidad de ingresar el acta al cómputo general, si es que existe una diferencia aritmética entre los valores asignados a cada candidato o agrupación política en contienda incompatible con el número de ciudadanos que votaron, o de votantes en la mesa de sufragio. Sólo considerará como válidas aquellas que presenten errores subsanables, anulando las que traduzcan una alteración de la voluntad de la población electoral. Por ejemplo, si luego de sumar varias veces los votos nulos, en blanco y válidos, el total de ciudadanos que votaron sigue siendo mayor al total de electores hábiles (votantes del padrón electoral) de la mesa impugnada. Véanse las resoluciones nº 693-2002-JNE, del 22 de octubre de 2002, nº 103-2006-JNE, del 15 de febrero de 2006, o nº 1717-2010-JNE, del 26 de agosto de 2010, que aprobaron sendos reglamentos del procedimiento aplicable a las actas observadas.

[385] ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GONZALEZ HERNÁNDEZ, Juan Carlos. "Reflexiones en torno al Derecho Electoral", *Elecciones Locales,* INAP, Madrid, 1998, pp. 26-27.

publicación del modelo de cédula de sufragio, sujetas a sendos procedimientos), éstas conducen a un acto único y se integran en él (el acto de votación). Todas encuentran el sustento de su existencia en la elección convocada.

Esta característica aunada al principio de conservación de los actos, admite la nulidad parcial, porque el acto definitivo (la elección) es divisible[386]. Puede ser dividido en fragmentos procedimentales (por procedimiento: aprobación del acta electoral, publicación del padrón de electores) y materiales (si una candidatura a consejero regional es anulada debido a una sentencia penal sobreviniente, los demás miembros de la lista continuarán en la competición). Cuando un acto es declarado como parcialmente nulo, dicha declaración no alcanza a las partes del acto que resulten independientes de la porción que padece el vicio de validez[387]. La "incomunicación de la invalidez" o la nulidad parcial circunscriben los vicios a las partes del procedimiento que hayan resultado alteradas. Las restringe sin erradicarlas. Esto aplicado al proceso electoral significa que la anulación de una etapa del proceso electoral no afectaría a las anteriores o posteriores que fuesen independientes de la anulada[388]. También, que la anulación de una o

---

386 Sigo a Margarita BELADIEZ, *Validez y eficacia…* ob. cit., pp. 295 y ss.

387 Entre los alcances de la nulidad del acto administrativo, el artículo 13 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Nº 27444 determina que la nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, siempre y cuando, éstos estén vinculados a él. Por ello, la nulidad parcial no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sean su consecuencia. Tampoco impide la producción de efectos para los cuales el acto pueda ser idóneo. Quien declara la nulidad deberá disponer, además que se conserve aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio.

388 En opinión de Paloma BIGLINO, "la incomunicación de la invalidez aplicada al procedimiento electoral permitiría al juez medir con más precisión el resultado de la nulidad. Desde un punto de vista estructural, significa que, aunque los resultados de determinadas secciones electorales estuviesen viciados de gravedad y el vicio afectase al resultado de la elección en la circunscripción, se podría limitar la declaración de invalidez a las mesas concretas donde únicamente debería repetirse la elección. Desde un punto de vista funcional, el defecto de una fase del procedimiento no afectaría a las

más circunscripciones (en el caso de elecciones subnacionales) no afectará a la totalidad de la elección. Como reza el artículo 36 LEM que habilita al JNE a declarar la nulidad de las elecciones realizadas en uno o más distritos electorales, "cuando se comprueben graves irregularidades, por infracción de la ley, que hubiesen modificado los resultados de la votación".

La finalidad pública o el sentido teleológico de la elección sustentarían su compartimentalización en el derecho comparado, incluso cuando el legislador no lo hubiese prescrito. Así lo entendió el Tribunal Constitucional español en tres sentencias emblemáticas sobre las demandas de amparo electoral contra: la sentencia de 1 de diciembre de 1989 del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que invalidó la elección de la circunscripción de Murcia (que dio lugar a la STC 24/90); la sentencia de 4 de diciembre de 1989 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que anuló la elección en la circunscripción de Melilla (STC 25/90); y la sentencia de 2 de diciembre de 1989 del TSJ que anuló la elección en la circunscripción de Pontevedra (STC 26/1990)[389]. El TC invoca (o compele) a los jueces contencioso-administrativos a aplicar un criterio teleológico para evitar la nulidad total cuando el juicio sobre los hechos del caso imponga una nulidad

anteriores o sucesivas que fuesen independientes de la primera", en: "La validez del Procedimiento…", ob. cit., pp. 303-304. Los subrayados corresponden a la autora.

[389] En el caso de Murcia se solicitaba que se mantuviese la decisión de la Junta Electoral Provincial del 12 de noviembre por la que se proclamaban electos como diputados al Congreso a cuatro candidatos del PSOE, tres del PP, al recurrente del CDC y a un candidato de IU. El PSOE como segundo demandante, además de la sentencia del TS también recurría la decisión de la Junta Electoral, porque no habría computado los resultados de 26 mesas. El TC español anuló la sentencia recurrida, restableció en su derecho a los primeros ocho candidatos electos y, en relación al último escaño, ordenó a la Sala que procediese a su búsqueda, antes de repetir las elecciones en las únicas dos mesas en las que no se encontraban las actas. En la STCE 25/90 desestima la demanda de amparo (por la supuesta comisión de irregularidades en la circunscripción de Melilla) confirmando la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Sobre el caso de la sentencia 26/90, se impugnó la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Galicia de 2 de diciembre en la que se anulaban las elecciones en la circunscripción de Pontevedra. El TC estimó el recurso anulando la sentencia y declaró válida la elección y la proclamación de candidatos.

parcial. Esta invocación no llamaría la atención si es que el legislador no hubiese impuesto un listado de posibles fallos del contencioso electoral, entre los cuales, no se encuentra la anulación parcial. Sin embargo, el TC exigió a la jurisdicción contencioso-administrativa que aplicase principios donde la ley es clara en función al respeto por la voluntad popular.

Volviendo al caso peruano, los vicios de validez que tengan lugar en niveles territoriales menores a la circunscripción[390] sólo tendrá como consecuencia la exclusión del cómputo de las correspondientes mesas de sufragio. Si éstos comportan los dos tercios de una circunscripción electoral traerán bajo el brazo el mandato de convocar a nuevos comicios, pero únicamente para la región, municipio provincial o distrital cuya elección fue declarada nula. No alcanza a la totalidad de la competición electoral. De esta manera, sigue prevaleciendo la voluntad de la "mayoría".

La contrapartida a la incomunicación de la validez es el principio dispositivo que, en la nulidad electoral, se amplía notablemente venciendo a la preclusión que caracteriza a los actos preparatorios. El Pleno podría pronunciarse sobre cualquier etapa del proceso, con independencia de si ésta fue cuestionada o no en el petitorio de la demanda.

En Elecciones Regionales y Municipales 2002, los electores del distrito de Aguas Calientes (Machupicchu – Cusco) se incrementaron en un 98% entre diciembre de 2001 (1174 electores registrados) hasta el 20 de

---

[390] Fernando TUESTA SOLDEVILLA define la circunscripción electoral como "aquel conjunto de electores que conforman la base para que sus votos se repartan entre un número determinado de escaños. En consecuencia es la circunscripción electoral en donde se asignan los escaños a candidatos o partidos que han ganado las elecciones". Agrega que en algunos lugares como el Perú, es delimitada por el territorio o la base territorial. En: *La Circunscripción Electoral: Perú y la Región Andina,* Oficina Nacional de Procesos Electorales, Lima, 2002, p. 7.

julio de 2002 (fecha de cierre del padrón electoral para elecciones regionales y municipales). El Jurado ordenó una revisión de oficio y concluyó que se había producido un sobredimensionamiento del padrón electoral que, en sus palabras, hacía "evidente la acción fraudulenta en el caso de los ciudadanos que, en grupos de más de cien personas declaran tener como domicilio el mismo inmueble". El Pleno impidió el voto de 957 ciudadanos para elecciones municipales anulando las mesas de sufragio correspondientes porque consideró que aquella migración masiva tenía por objeto distorsionar el resultado electoral. Sin embargo, permitió que éstas permanecieran para elecciones regionales porque entendió que la densidad poblacional de la aludida circunscripción electoral imposibilitaba una alteración en los resultados[391].

Esta resolución provoca más de una reflexión a la luz de todo lo expuesto. La primera es que el JNE impidió el voto a todos aquellos electores que formaban parte de los grupos de votación de las mesas anuladas, tanto si incurrían en la presunción de fraude o no. Más allá de mis serias dudas sobre si el Jurado vulneró los derechos de presunción de inocencia y sufragio de estos electores, es particularmente interesante la protección de la voluntad popular (principio democrático) como bien jurídico superior a los aludidos derechos fundamentales en el caso concreto. Si recordamos las reticencias en la aplicación del principio administrativo de eficacia como búsqueda de la "consecución del fin" en aquellos casos en los que la vigencia de un derecho fundamental esté en juego; esta resolución arroja el mensaje de que en el Derecho Electoral el principio de conservación ha adoptado un decibel mayor de fortaleza que en el

[391] Resolución nº 779-2002-JNE, del 16 de noviembre de 2002, tercer considerando. El Ministerio Público denunció los hechos y éstos fueron materia de investigación en un proceso penal. El subrayado corresponde a la autora.

Derecho Administrativo. Presumo que la dimensión objetiva del sufragio prevalece como bien jurídico mayor sobre el voto.

De otro lado, en el Derecho Administrativo, la teoría de la conservación del acto se complejiza porque la finalidad pública buscada con el acto, cuya validez se cuestiona, podrá variar en función a la competencia material de la autoridad que lo emitió. No será la misma en el Ministerio de Energía y Minas que en el Ministerio de Educación. En lo electoral, el fin es claro y concreto, el procedimiento es único aunque complejo. El análisis de la jurisdicción electoral se localizará en las dimensiones de la afectación en función a la posible modificación, no de los resultados entendidos como cómputo de votos, sino de la asignación de escaños.

Lo segundo que llama la atención es la aplicación del principio dispositivo que el Jurado lleva a cabo, ya que en el ecuador del proceso electoral dirigió su mirada a sus inicios, como es el cambio de domicilio en el registro de electores, para anular un conjunto de Mesas de Sufragio (o grupos de votación) en la provincia de Aguas Calientes (Cuzco). Otra reflexión es que esta nulidad fue declarada de oficio y no a pedido de parte. El Jurado actuó como suele actuar una Autoridad administrativa y no un Tribunal, pero sobre esto volveré en el siguiente apartado.

Cabe decir que este no es el único principio que concurre a la resolución de conflictos electorales, pero en mi opinión, es el más importante[392]. Otorga sentido a la vida democrática del Estado y es el

---

[392] Ramón ENTRENA CUESTA considera que los principios presentes en el procedimiento electoral son: (i) Presunción de legalidad de los actos de la Administración Electoral; (ii) Ausencia de formalismo; (iii) Conservación de todo aquello que no habría variado de no haberse producido la infracción; (iv) Necesidad de que las infracciones sean de suficiente entidad y calidad para justificar la anulación; (v) Necesidad de que las infracciones alteren el resultado de la elección de forma que se produzca un falseamiento de la voluntad popular (en: "Garantías administrativas y jurisdiccionales del proceso electoral". En: *Elecciones Locales*. INAP, Madrid, 1998). La

fin de la Organización Electoral. Sin embargo, la Constitución impone, en adición, el denominado "criterio de conciencia" como otro elemento característico de la jurisdicción especializada en lo electoral peruana.

4.4.5. El denominado "criterio de conciencia" en la apreciación de los hechos

La independencia jurisdiccional, tal y como se ha definido anteriormente, impide al aplicador del derecho que recurra a conjuntos normativos externos al ordenamiento jurídico vigente (como el derecho natural o el libre albedrío) y lo remite directamente al sistema. El nivel de discrecionalidad y de creación jurídica de las que puede hacer uso en su fundamentación no puede sobrepasar los linderos del mismo sistema. Es más, la exigencia de motivar debidamente sus sentencias le compele a encauzar dicha fundamentación en la lógica jurídica del caso concreto. No obstante y a diferencia de las facultades conferidas a los jueces ordinarios, el constituyente habilitó al juez electoral a recurrir al "criterio de conciencia" para apreciar los hechos del caso. Ni él, ni el legislador delimitaron el contenido del aludido criterio. Tampoco existe jurisprudencia constitucional, ni rastro doctrinario alguno sobre él.

Las decisiones por criterio de conciencia obligan a la persona a adoptar una decisión o un determinado comportamiento, o a abstenerse de ellos. Pasarlos por alto implicaría para la misma persona un grave

---

opinión de Paloma BIGLINO CAMPOS es que los principios aplicables al procedimiento electoral se relacionan con la interpretación finalista que el aplicador del derecho debe adoptar sobre la nulidad electoral. Estos serían: (1) de conservación del acto administrativo o de los actos válidamente celebrados; (2) proporcionalidad; (3) efectividad de los derechos fundamentales; (4) la consecución del fin, que considera una manifestación del principio de economía del derecho y que conduce a la aplicación del principio de incomunicación de la validez (en: "La validez…", ob. cit., pp. 303 y ss.).

conflicto que afectaría a su conciencia y a sus convicciones más profundas que definen su identidad. El criterio de conciencia se asocia con la dignidad humana de quien decide y ha sido desarrollado en la doctrina desde la *objeción de conciencia*. En un supuesto específico, ante la posible colisión entre una norma jurídica y la conciencia del juzgador, éste tiene "el privilegio" de preferir los dictados de su conciencia, de su propia moralidad, en suma, de lo que él considera que es bueno o es malo[393]. Sin embargo la *objeción de conciencia* es la excepción no la regla a diferencia del *criterio de conciencia* que es prescrito como regla, lo que a mi juicio implica un peligroso margen de amplia discrecionalidad en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Procurando ser exegética en un primer momento, el constituyente habilita la presencia del criterio de conciencia únicamente para la etapa en la que el juez electoral examina los hechos. Recordemos el clásico silogismo jurídico que subsume unas premisas (o hechos) a una

---

[393] Leticia JERICÓ comenta que la mayoría de autores que han escrito sobre la objeción de conciencia y con los cuales coincide, opinan que éste no se circunscribe a determinados supuestos ("lo que es bueno para la sociedad" o "lo que la mayoría considera moralmente aceptable), sino que es amplio y lo dejan al libre albedrío, "cualquier motivación que obligue al sujeto, de forma incondicional, a actuar de una manera para evitar con ello un grave conflicto en su conciencia puede dar lugar a una decisión de conciencia", en: "El concepto de decisión de conciencia en el Tribunal Constitucional Alemán", *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos,* nº 1, 2001, pp. 87-123, p. 99. La autora cita, además, una sentencia del Tribunal Constitucional alemán donde ha definido la "decisión de conciencia" como "cada decisión moral auténtica orientada a las categorías de lo "bueno y malo" que el individuo, como personalidad autónoma moral, experimenta como obligatoria incondicionalmente y vinculante internamente, de modo que no puede actuar contra ella sin grave conflicto de conciencia". BVerfGE 12, 45 y reproducida en BVerfGE 23, 191 de 7 de marzo de 1968, p. 90. "Conocimiento interior del bien y del mal", "conocimiento reflexivo de las cosas", o "actividad mental a la que solo puede tener acceso el propio sujeto" son algunas acepciones que el Diccionario de la Real Academia española atribuye al término "conciencia". Diccionario de la Real Academia Española, edición 2001, disponible en: (http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=conciencia) (05-10-2010). La conciencia también es definida como "lo que resta de específica y fundamentalmente personal cuando el hombre se ve despojado de todo" o como "el ámbito o realidad donde el hombre puede reconocerse como sí mismo y sentirse, respecto a sí mismo y en relación a los otros, como único y diverso a los demás", en: CALVO ESPIGA, Arturo. "Conciencia y Estado de Derecho", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos,* nº 1, 2001, pp. 17-45, p. 24.

consecuencia jurídica y específica; y dividámoslo por la mitad. El Pleno aprecia los hechos con criterio de conciencia pero resuelve (aplicando la consecuencia jurídica de nuestro silogismo) de acuerdo a ley y a los principios, es decir aplicando alguna de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico prevé.

Descartada *la conciencia* en la consecuencia jurídica del silogismo, quedémonos con su aplicación en la apreciación de los hechos o de las premisas. Así, no existe un precepto que tipifique la comisión de actos violentos en las Oficinas desconcentradas de la ONPE o de los Jurados Especiales (como el incendio de locales de votación o de oficinas, de ánforas con actas de escrutinio) como causal de nulidad. Este fenómeno ha venido ocurriendo, particularmente, en distritos donde el alcalde en ejercicio que postula a la reelección obtiene la victoria, pese a que no contaría con la aceptación de los vecinos. Luego su aparición se ha convertido en una "característica" de este tipo de comicios. El Tribunal Electoral ha enmarcado estos hechos en el supuesto de nulidad que alude a la comisión de "graves irregularidades (…) que hubiesen modificado los resultados de la votación"[394]. Los hechos objetivos que

[394] Bajo el artículo 36 de la Ley de Elecciones Municipales, el Pleno ha podido anular las elecciones en no pocos municipios debido a incidentes de violencia ya característicos en las elecciones municipales, básicamente porque los resultados electorales pueden definirse por un voto. En Elecciones Municipales 2002, uno de los más graves incidentes se produjo el 18 de noviembre de 2002, en la ciudad de Santa Cruz, departamento de Cajamarca. Una turba de unas doscientas personas irrumpió en los locales de la Oficina Desconcentrada de Procesos Electorales (ODPE) y a la sede del Jurado Electoral Especial (JEE) ubicadas una al lado de la otra. Destruyendo el mobiliario y los equipos de cómputo, pretendieron impedir que las autoridades electorales proclamasen los resultados de la elección de ese municipio. Sin embargo, la LOE prevé que los Miembros de la Mesa de Sufragio elaboren seis ejemplares originales de las actas electorales que son distribuidas entre: (i) la ODPE, (ii) el JEE, (iii) las fuerzas armadas (iv) la ONPE; (v) el JNE y, (vi) los partidos políticos. Con los otros ejemplares, fue posible la proclamación de resultados. Carlos Reyna, analiza cuatro de los treintaicuatro conflictos que se presentaron en dicho proceso electoral y afirma que sólo se anuló la elección de nueve de dichos distritos. En: *Las malas artes. Violencia en elecciones locales,* Lima, ONPE, 2003. Otro ejemplo donde se aprecia la presencia del criterio de conciencia es en la nulidad de la votación en mesa de sufragio. Este está plagada de supuestos donde el juez electoral tiene un amplio espectro de posibilidades para aplicar el criterio de conciencia. El Jurado tendrá que evaluar la justificación de que se hayan instalado en lugar distinto del señalado o en

pueden dar lugar a una nulidad por los aludidos motivos o por otros pasarán a través del tamiz de la íntima apreciación del Jurado.

Sin embargo, ¿por qué un criterio de conciencia? Una posibilidad es que la importancia de blindar la independencia del juez electoral en su relación con los demás poderes públicos indujese al constituyente a vincularlo al ordenamiento jurídico. Pero, si éste resultase insuficiente, la libertad plena de la propia conciencia sería una válvula de escape para seguir salvaguardando lo electoral sin alterar una, para este caso, mal entendida independencia.

Sin embargo, este *criterio de conciencia* también podría abrir la puerta a una posible huida del sistema jurídico a la moralidad de seis magistrados. Los hechos materia de examen no se circunscribirán a los jurídicamente relevantes, o a los acotados y probados en el expediente; éstos pueden extenderse a todos los aspectos de una elección; o a todos aquellos que el juez considere negativos (o inconvenientes, o inadecuados) para la elección.

En mi opinión, el constituyente confunde una autoridad independiente con una autoridad inexpugnable e irresponsable. Con semejante margen de discrecionalidad en el ejercicio de la función jurisdiccional, el juez electoral puede escapar de las normas positivas que tipifican los hechos con relativa facilidad. No será responsable por dejar de aplicar las consecuencias jurídicas que correspondan. Y cuando hablo de responsabilidad me refiero a la posibilidad de que sea acusado constitucionalmente, ya que, como recordaremos, sus decisiones no son

---

condiciones diferentes de las establecidas por Ley, o después de las doce (12.00) horas, o si estos hechos han "impedido el libre ejercicio del derecho de sufragio" (Artículo 363.a LOE); o convertirse en un juez penal para identificar el "fraude, cohecho, soborno, intimidación o violencia" y si los miembros de la Mesa de Sufragio ejercieron "violencia o intimidación sobre los electores", en ambos casos "para inclinar la votación en favor de una lista de candidatos o de determinado candidato" (Artículos 363.b y 363.c LOE).

recurribles ante la justicia ordinaria. El legislador lo configuró en la LOJNE como un órgano proclive a la endogamia, ordenando que sean los miembros del Pleno quienes decidan la vacancia de sus propios colegas de funciones. Luego la responsabilidad entendida como la otra cara de la independencia es inexistente para este órgano jurisdiccional.

La amplitud y la nula delimitación del criterio de conciencia podrían conducir a los magistrados del Pleno a adoptar consideraciones de carácter político para iniciar una investigación. Sin embargo, esta hipótesis no desdeñable en un contexto de dictadura (que, a su vez, no es un contexto muy hipotético en Estados como el peruano) es descartable en periodos democráticos como el actual, tanto por los antes analizados mecanismos de selección, como por los requisitos exigidos a sus miembros. Por las características de su competencia, ningún juez se encuentra tan vigilado por la opinión pública como el juez electoral. Una competición por el poder político trasciende las expectativas de los competidores. Concita la atención de la opinión pública nacional, y en ocasiones, de la internacional. Suele ser notoria la presencia de personeros de las organizaciones políticas y observadores internacionales durante el escrutinio y el cómputo de resultados. Por eso, los principios de publicidad y transparencia adquieren tanta relevancia durante el proceso electoral. Teniendo a la neutralidad política de bandera; a los partidos políticos y a la opinión pública como fácticos contrapesos del Poder electoral, esta Corte difícilmente se arriesgaría a dar rienda suelta a sus más íntimas convicciones políticas.

4.4.6. El "criterio de conciencia" peruano y la "causal abstracta de nulidad" mexicana en clave comparada

La discrecionalidad depositada en el *criterio de conciencia* peruano abre la posibilidad a que el juez electoral ejerza funciones legislativas a través de sus resoluciones; e incluso llegue a tipificar nuevos hechos como supuestos de infracción a la legalidad electoral. No sería un hecho aislado. La denominada *causal abstracta de nulidad* mexicana siguió un derrotero similar, según examinaré a continuación, porque resulta más que ilustrativo.

Como el legislador del Estado de Tabasco omitió las causas específicas de nulidad de la elección al cargo de gobernador, las denuncias de fraude electoral del Partido de la Revolución Democrática (PRD) tuvieron una evidente respuesta del Tribunal Electoral del mismo Estado. Este sostuvo que era imposible anular los comicios porque no existía una causa explícita de nulidad. La Sala superior entendió que, pese a la omisión legislativa, la existencia de principios constitucionales que sustentan cualquier elección democrática genera en el juez la obligación de aplicarlos. La vulneración de uno u otro principio provocaría que cualquier elección carezca de sustento constitucional. En consecuencia, la elección cuestionada debía anularse "por no haberse ajustado a los lineamientos constitucionales a los que toda elección debe sujetarse"[395].

---

[395] En el año 2000, una vez entregada la constancia de mayoría al candidato del Partido Revolucionario Institucional (PRI) el Partido de la Revolución Democrática (PRD) impugnó el proceso electoral porque el Gobierno estatal habría apoyado económicamente la campaña del candidato del PRI, comprado votos; porque se había quemado de forma injustificada papelería electoral y los sucedáneos habían sido entregados a una empresa privada; y porque se habían abierto de forma ilegal los paquetes electorales. El factor determinante que llevó al Tribunal Electoral a declarar la nulidad fue la desproporción del tiempo dedicado a uno de los partidos por parte de los medios de televisión y, particularmente, por la televisora estatal que otorgó a ese partido el 86,98% del tiempo total de transmisión. Quebrantó el principio de equidad que debe caracterizar a los procesos electorales y demostró un intervencionismo incuestionable del gobierno local en el proceso.

El Tribunal Electoral de Tabasco declaró infundada la demanda del PRD ante la inexistencia de una causal de nulidad de la elección. Sin embargo, la Sala Superior consideró que los principios fundamentales establecidos en la Constitución Federal como en la del Estado de Tabasco establecen los principios fundamentales de: "sufragio universal, libre, secreto y directo: la organización de las elecciones a través

Así fue como nació la causal abstracta de nulidad; y se conceptualizó como la nulidad que careciendo de supuestos específicos en la ley derivará de la interpretación judicial de los principios constitucionales que rigen los procesos electorales[396].

Con buen criterio, la reforma constitucional de 2007 dejó sin efecto esta causal abstracta por medio del artículo 99, sección II, según el cual, "las Salas Superiores y regionales del Tribunal sólo podrán declarar la nulidad de una elección por las causales que expresamente se establezcan en las leyes". El juez electoral quedó vinculado de modo estricto al principio de jerarquía normativa e impedido de aplicar directamente la Constitución debiendo recurrir a la Corte Suprema (órgano competente para declarar la inconstitucionalidad de las normas electorales). Algún autor mexicano mostró su desacuerdo con esta reforma porque, a su juicio, "la anulación de una elección por la

---

de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral; el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social; el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, así como que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales debe prevalecer el principio de equidad". En consecuencia falló que si la elección carece de alguno de estos principios, no se ajusta a la Constitución, en: Sentencia SUP-JRC-487/2000. Nulidad de Elección. Causa Abstracta, citada por GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. "Los retos del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tras la reforma de 2007", *Nuevos escenarios del Derecho Electoral: los retos de la reforma de 2007-2008,* ACKERMAN, John (coordinador), Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2009, pp. 185-186.

396 CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. "Las lecciones del Tribunal Electoral a propósito de la nulidad de la elección presidencial", *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho,* tomo VI, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coordinadores), *UNAM - Instituto* Mexicano de Derecho Procesal Constitucional- Marcial Pons, 2008, p. 549. Los principios constitucionales que han de ser vulnerados para que se actualice la causa abstracta de nulidad en la elección son los siguientes: que las elecciones sean libres, auténticas y periódicas; el sufragio universal, libre, secreto y directo; que en el financiamiento de los partidos políticos y de sus campañas electorales prevalezca el principio de equidad; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral; el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social; el control de la constitucionalidad y la legalidad de los actos y resoluciones electorales.

violación de los principios constitucionales rectores de la materia es resultado de un ejercicio de interpretación constitucional, no legal". Según su razonamiento si se tipificase con detalle los supuestos que dan lugar a la nulidad de la elección y los jueces electorales tuviesen que hacer una aplicación estricta, éstos se encontrarían atados de pies y manos para controlar la elección con eficacia. Sin embargo, como en el mismo paquete de reformas constitucionales de 2007 se facultó al juez electoral a ejercer el *judicial review*, se afirma que la causa abstracta de nulidad no ha sido eliminada, sino que ha mutado. Como la materia que no muere y que sólo se transforma, aquella causal abstracta se habría convertido en una nulidad concreta derivada de la violación de los principios constitucionales[397].

Siguiendo este razonamiento, el control difuso de constitucionalidad que el juez electoral puede ejercer a partir de la reforma de 2007 lo habilita a declarar la nulidad de la elección si los hechos denunciados vulneran principios constitucionales. Este precepto se convierte en una "válvula de seguridad" para garantizar que una elección siga siendo democrática pese a la gravedad de ciertos hechos acaecidos[398]. Desde mi punto de vista, el aludido control difuso faculta al juez a inaplicar normas incompatibles con la Constitución, no a tipificar actos de gravamen a través de la interpretación jurídica de un principio constitucional. Sin negar la eficacia directa y la condición de norma jurídica suprema de los preceptos constitucionales, los principios de separación de poderes y de juridicidad determinan que es el Parlamento el órgano que debe normar aquellos supuestos que puedan tener

---

[397] Sentencia SUP-JRC-487/2000. Nulidad de Elección. Causa Abstracta, citada por GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. "Los retos del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tras la reforma de 2007"..., ob. cit., p. 187.

[398] RUÍZ RUÍZ, Ramón. "La anulación de elecciones por vulneración de principios constitucionales", ponencia presentada en el III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral, realizado en la sede del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la ciudad de México D.F. los días 6 y 7 de octubre de 2010, p. 3.

consecuencias directas sobre los derechos políticos y el Estado Democrático. Los supuestos de nulidad electoral están entre ellos. El TEPJF se convierte en un intérprete calificado de la Constitución, en un juez constitucional electoral; y la interpretación jurídica, en una vía expresa para legislar. Algo similar ocurre con el juez electoral peruano y el *criterio de conciencia*; y como veremos más adelante, con el principio-deber de fiscalización.

La conciencia es difícil de limitar. Sería plausible que los canales para impartir justicia en materia electoral, al igual que en las demás materias, fuesen estrictamente jurídicos, sin recurrir a "la conciencia", a "la dignidad", o a "causales abstractas". El principio de unidad así lo exige. Teniendo en cuenta que el Alto Tribunal ha interpretado que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones está facultado a ejercer el *judicial review,* ya podría valerse de dicha facultad para apreciar los hechos de acuerdo con la Constitución[399], más que habilitársele a recurrir a su conciencia judicial.

5. EL JNE COMO AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y TRIBUNAL ELECTORAL

[399] En los comicios municipales 2002, la candidatura de Juan Genaro Espino Espino fue tachada por contar con una acusación penal en trámite. El Jurado Electoral Especial de Ica la declaró fundada retirándolo de la lista de candidatos, pese a que dicha situación no era una condición de inelegibilidad o de incompatibilidad. La apelación fue denegada por el JNE bajo el argumento que, conforme a la Ley de Elecciones Municipales vigente, los Jurados Electorales Especiales eran instancia única para resolver las tachas contra candidaturas municipales distritales. A juicio del TC, estas resoluciones constituyeron una violación de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la pluralidad de la instancia reconocidos en los artículos 2.24.e) y 139.6 de la Constitución, en: STC 2366-2003-AA/TC del 6 de abril de 2004. Esta sentencia será abordada con mayor detalle en el tercer capítulo de esta investigación.

Entre los aspectos destacables del caso *Yatama contra Nicaragua* está la referencia directa que hace la CIDH a la naturaleza jurídica del Consejo Supremo Electoral nicaragüense[400]. En el art. 129 del capítulo IV de la Constitución Política de Nicaragua éste se erige como el órgano de mayor jerarquía de un Poder Electoral independiente de los otros tres poderes clásicos. Contra sus resoluciones en materia electoral "no habrá recurso alguno, ordinario ni extraordinario"[401], ni siquiera recurso de amparo[402]. El único agujero de este blindaje de no revisión es la inscripción de partidos políticos. Sólo estas asociaciones podrán recurrir sus decisiones en amparo ante los Tribunales de Justicia[403]. Una configuración normativa que, hasta cierto punto, nos suena familiar.

Mientras la CIDH atribuye al CSE la naturaleza jurídica de un Órgano Administrativo acotando que sus funciones son de "naturaleza materialmente jurisdiccional" (FJ. 152); el Estado nicaragüense lo considera un Tribunal Electoral especializado con las mismas prerrogativas que el Poder Judicial, pero sólo para lo electoral[404]. Sin embargo, si volvemos por un momento a la línea argumental de la Corte, ésta considera que sus funciones son "materialmente" y no "formalmente" jurisdiccionales. Desde su punto de vista, las

---

[400] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 23 de junio de 2005.

[401] Artículo 173.14 de la Constitución Política de Nicaragua de 2003.

[402] Artículo 51.5 de la Ley Nº 49, De Amparo, publicada el 20 de noviembre de 1988, según el cual, no procede el recurso de amparo "contra las resoluciones dictadas en materia electoral".

[403] Ley Electoral Nº 331, publicada el 24 de enero de 2000, cuyo artículo 76 dispone que "de las resoluciones definitivas que en materia de partidos políticos dicte el Consejo Supremo Electoral en uso de sus facultades que le confiere la presente Ley, los partidos políticos o agrupaciones solicitantes podrán recurrir de Amparo ante los Tribunales de Justicia".

[404] En sus alegatos, el Estado sostuvo que la Constitución atribuye al CSE "una función jurisdiccional (…) y por ello resolvió como un organismo judicial de última instancia, de acuerdo con la Constitución Política vigente" (FJ 151). A su juicio, el CSE era un Poder del Estado, de la misma manera que el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial y sus decisiones eran incontrovertibles ante la judicatura.

resoluciones del Consejo carecerían de alguno de los elementos para que la función jurisdiccional que tiene atribuida sea plena (en el caso, la cosa juzgada), y en consecuencia, serían susceptibles de un control judicial posterior que es inexistente en Nicaragua. Desde mi perspectiva, la CIDH no le reconoce el carácter pleno porque el Consejo Supremo Electoral concentra importantes funciones administrativas y jurisdiccionales electorales, que ejerce al mismo tiempo.

Aunque la organización electoral peruana (o Sistema Electoral) se compone de tres órganos autónomos y el nicaragüense de uno solo, el CSE y el JNE son similares en un importante extremo. A ambas entidades se encomendó relevantes funciones administrativas electorales que no se circunscriben a su poder de organización. Son funciones que tienen incidencia directa en los particulares. Aún así, y al mismo tiempo, imparten justicia sobre la aplicación de dichos actos administrativos.

Entonces habría que reflexionar sobre cuán compatible es la presencia de un órgano/tribunal con estas características en un Estado de Derecho. Cosa en la que no entra la Corte, pero que deduce de forma elegante apuntando la necesidad de habilitar un control posterior de sus decisiones, que quede en manos de un organismo, cuyas características deja al libre margen de apreciación del Estado. Este análisis permitiría determinar si ésta influye o no en su condición de órgano jurisdiccional.

Empezaré este apartado identificando las manifestaciones de lo que considero un carácter bifronte del Jurado Nacional de Elecciones en clave comparada con los principios de la función jurisdiccional.

5.1. La autotutela administrativa y la heterotutela jurisdiccional

El artículo 148 de la Constitución peruana de 1993 instaura el control judicial de legalidad de los actos de la Administración Pública ordenando que "las resoluciones administrativas que causan estado" sean "susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativo". Sin excepciones de carácter orgánico, toda actividad administrativa es pasible de control judicial. La tutela judicial es plena y por definición es llevada a cabo por la justicia ordinaria a través del juez en lo contencioso-administrativo (no por órganos administrativos, como el Consejo de Estado francés). Esto alcanza a la actividad de los órganos constitucionales y las personas jurídicas con régimen privado que presten algún servicio público, los cuales, son introducidos en el listado de sujetos pasivos de una eventual demanda contencioso-administrativa[405]. El art. 142 exceptúa al Consejo Nacional de la Magistratura de este control, presumo que ello obedece a sus competencias constitucionales. Este órgano tiene como uno de sus propósitos nombrar, ratificar o destituir jueces del Poder Judicial. Ahora bien, sus decisiones no están exentas del control constitucional, según veremos en el tercer capítulo.

Volviendo al Jurado Nacional de Elecciones, cuando la Constitución dispuso que sus resoluciones en materia electoral no fueran

---

[405] El artículo I del Título preliminar de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General entiende como "entidades" de la Administración Pública a: "1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; 2. El Poder Legislativo; 3. El Poder Judicial; 4. Los gobiernos regionales; 5. Los gobiernos locales; 6. Los organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía; 7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y, 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia".

susceptibles de revisión por la judicatura, presumo que el constituyente pretendió consolidarla como una jurisdicción especializada, autónoma e independiente y resistente a cualquier injerencia de otro poder público. No obstante, es posible que olvidase sus importantes funciones administrativas-electorales y sus implicancias.

5.1.1. Una aproximación al poder de autotutela administrativa

Como poder público, la Autoridad Administrativa puede adoptar decisiones vinculantes para los particulares que están obligados a cumplir, desde que se les notifica o comunica el contenido de dichas decisiones o cuando aquéllas se hacen públicas. De ello se deriva que la Autoridad Administrativa puede compelerlos sin auxilio judicial y que sea posterior el control de legalidad que el juez ordinario efectúa sobre dichos actos.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ sostienen que la autotutela administrativa nace como una prohibición dirigida a los jueces de no entrometerse directa o indirectamente en la actividad de la Administración Pública. Esta autotutela consiste en la prerrogativa que se confiere a sus actos para que sean de obligatorio cumplimiento (o ejecutorios), pese a las posibles discrepancias sobre su validez. Esta cualidad se aplica a todos los actos que estén destinados a proteger una situación existente (por ejemplo, la declaración de un terreno como reserva natural para evitar cualquier tipo de explotación minera que ponga en peligro su ecosistema), a los que modifiquen dicha situación (como una declaración de que 20 de las 100 hectáreas del terreno del ejemplo no formarán parte de la reserva), los que creen situaciones nuevas (por ejemplo, un permiso de pesca) e, incluso, a

aquellas que perjudiquen al administrado con alguna carga (como la imposición de una sanción). Explican, además, que la autotutela pública se desmarca de la que rige entre los privados porque mientras la primera es inherente a la actividad pública, la segunda está prohibida, porque contradice el principio de tutela judicial. Pero puede estar expresamente permitida por ley en casos extremos (como la legítima defensa prevista en el Código Penal)[406]. Los particulares no pueden crear obligaciones para otros particulares, ni modificar situaciones jurídicas preexistentes aunque les asista razón jurídica. Deberán recurrir a los tribunales.

La Autoridad Administrativa, por el contrario, por su sola voluntad, amparada en la Constitución y las leyes, puede crear, modificar, o extinguir derechos o situaciones jurídicas (generalmente, a través de actos administrativos). Como este poder es inherente a la actividad de la Administración Pública, estos actos no necesitarán de la autoridad judicial para que sean de obligatorio cumplimiento (ejecutividad de los actos – art. 237.2 LPAG), ni para que aquella compela al administrado a llevar a cabo el comportamiento ordenado o a dejar de hacerlo, según se trate de una obligación de hacer o de no hacer (ejecutoriedad de los actos – art. 192 LPAG); y una eventual impugnación ante el Poder Judicial no interrumpirá su decurso natural, salvo que el juez así lo ordene. Por ello, SÁNCHEZ MORÓN concluye que "mientras los derechos de los particulares se tutelan por el Juez (heterotutela), la Administración tutela en principio su propia situación jurídica (autotutela)"[407].

La Autoridad Administrativa necesita de estas prerrogativas para dotar de eficacia a su actuación en función a la consecución de los intereses

---

[406] En: *Curso de Derecho Administrativo I…*, ob. cit., p. 516 y ss.

[407] SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo…*, ob. cit. pp. 100-106, especialmente la p. 101.

generales que protege; pero adopta una posición asimétrica de poder respecto a los particulares con notables ventajas sobre ellos. Precisamente, será el control de legalidad judicial posterior de sus actos (art. 148 CP) el que reinstaure el equilibrio.

5.1.2. El acto firme, la cosa juzgada y el desinterés objetivo

La noción del acto administrativo ha sido calificada por SANTAMARÍA PASTOR como "problemática" porque, desde su punto de vista, posee "un grado de indeterminación realmente inquietante". Encuentra las raíces del problema en las diversas construcciones doctrinales de las que ha sido objeto a lo largo de la historia (difícilmente conciliables entre sí); y en la "impresionante variedad" de la actividad administrativa que hace difícil una construcción teórica unitaria[408]. Entonces no entraré al debate doctrinario sobre la teoría del acto administrativo porque desbordaría los alcances de este trabajo, sin embargo, sí apuntaré brevemente, como punto de partida, la noción adoptada por el Derecho peruano.

En la experiencia peruana se define a los actos administrativos como "las declaraciones de las entidades que (…) están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta". Su esencia residirá en su capacidad para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas sin descuidar los derechos de los particulares[409]. Si bien, es un acto

---

[408] SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General,* tomo I, 2da. ed., Iustel, Madrid, 2009, pp. 102 y ss.

[409] El Derecho peruano habría adoptado la tesis alemana del acto, según la cual, el acto administrativo es "toda decisión o resolución administrativa, de carácter regulador y con efectos externos". Localiza el elemento distintivo del acto

unilateral de cumplimiento obligatorio (distinguiéndose de los contratos), el legislador procura diferenciarlo de otras manifestaciones de la autoridad pública (el reglamento, o lo que se entenderá como acto de trámite); y estipula sus características y condiciones de validez[410].

El acto administrativo será la consecuencia de un procedimiento, ya sea promovido por un administrado (que podrá ser un sujeto público o privado), o por la propia autoridad (como el procedimiento sancionador que se inicia de oficio). Se circunscribe al marco de normas de derecho público, dejando fuera de la nomenclatura a los que provienen del derecho privado, porque en ellos, la autoridad será un sujeto más.

Recordaremos que el poder de autotutela permite que los actos administrativos constituyan verdaderos títulos ejecutivos, que no necesitan de una declaración judicial para que la entidad que lo emitió pueda compeler al obligado a cumplirlo. La presunción de legalidad de la actuación de las entidades públicas respalda la presunción su validez de los actos administrativos. Desde este punto de vista, el acto administrativo "vale tanto como la propia sentencia del Juez, aunque sea finalmente controlable por éste"[411].

---

administrativo en sus posibilidades de influir en la esfera de los particulares. De esta manera, apunta a su carácter regulador (de crear, modificar, extinguir un derecho o deber, o declarar la condición jurídica de algo o a reconocer actos administrativos reales), apartando de la definición a todos aquellos que no influyan de modo directo en la esfera de terceros. Como vincula al acto administrativo con el poder de autotutela tiende a considerar que, en todo momento, la autoridad pública está protegiendo sus propios intereses (los intereses generales sobre los cuales detenta alguna competencia) frente a terceros. Sigo a BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *La teoría del Acto Administrativo,* Iustel, Madrid, 2005, pp. 56 y ss.

410 En la Ley 27444 del Procedimiento Administrativo General, se distingue entre acto administrativo (art. 1.1.), aquellos que no son actos administrativos (art. 1.2.) y los comportamientos y actividades materiales de las entidades (art. 1.3. y 7). Adicionalmente, delimita las modalidades del acto administrativo según tiempo, condición o modo (art. 2), enuncia sus requisitos de validez (arts. 3, 5, 6) y las características de la forma que debe adoptar (art. 4). Quedan fuera los contratos (porque no son unilaterales) y los actos reglamentarios (porque son normativos y forman parte del ordenamiento jurídico).

411 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I,* ob. cit., p. 51. En una posición similar, BOCANEGRA

Si el particular no articuló oportunamente las vías procesales judiciales para cuestionar una resolución administrativa, dicha decisión es tan inamovible como una sentencia judicial emitida en última y definitiva instancia. Así, ni el precepto constitucional peruano (art. 148 CP), ni su homólogo español (art. 106 CE), del que proviene la redacción, condicionan la firmeza de la actuación administrativa a la ratificación judicial[412]. Sólo disponen que las resoluciones administrativas que "causan estado" sean "susceptibles" de control en la vía contencioso-administrativa (Art. 148 CP).

Vemos que las resoluciones de la Administración Pública se acercan a las judiciales. No obstante, una gran diferencia entre las primeras y las segundas se encontraría en el denominado "desinterés objetivo". Esto significa que siendo la jurisdicción una forma de heterotutela y no de autotutela, una actuación del Derecho no será jurisdiccional si responde "a un fin de tutela de los intereses propios del ente en el que dicho órgano se integra, o, dicho en negativo, si el aplicador del Derecho no trasciende a los intereses públicos o privados que le resulten ajenos"[413]. De esta manera, la autotutela administrativa siempre opera en función de intereses, que si bien son generales, no dejan de formar parte del ámbito de competencias de la Autoridad Administrativa que emite el acto, de ser propios. Así por ejemplo, el ministro de pesquería que sanciona a una embarcación que pescó calamares en época de veda, emite ese acto de gravamen al amparo de las competencias que le

---

sostiene que "el acto administrativo cumple (…) una función semejante a la de las sentencias judiciales, en cuanto ambas sirven, con un sólido respaldo constitucional, a la seguridad jurídica y a la estabilidad y claridad de las relaciones fundadas en el Derecho", en *La teoría del Acto…* ob. cit., p. 26

412 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis María. "La potestad jurisdiccional: las características constitucionales", *Parlamento y Constitución,* Nº 2, 1998, pp. 67-77, p. 70.

413 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, "Artículo 117", *Comentarios a la Constitución española,* CASAS BAHAMONDE, María y RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel (directores). Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1829-1830.

fueron asignadas para proteger dichos recursos naturales. La Administración es parte del procedimiento, por lo que debe suponerse una acción parcial, o no objetiva, y lejana de la heterotutela que caracteriza a la actividad componedora e independiente de la función jurisdiccional.

De ello se deriva que la regla de la impugnabilidad de los actos administrativos tenga tantas excepciones. Es decir, sólo los actos definitivos o que finalicen un procedimiento administrativo serían impugnables ante el Poder Judicial[414]. Sin embargo las afectaciones de estas Autoridades contra los derechos de los particulares o del ordenamiento jurídico pueden adoptar ropajes distintos a la *resolución*. Un informe, un oficio, la inactividad (una petición nunca contestada), entre otras modalidades, podrían tener el mismo efecto sobre los particulares. Entonces, si bien sólo los actos administrativos definitivos o resolutivos son impugnables, toda actuación de trámite que vulnere derechos será cuestionable, tanto en la vía administrativa[415], como en la

---

[414] En el derecho peruano, la vía previa administrativa encuentra en este punto su razón de ser. Como regla general, el particular, que para este caso es denominado "administrado", podrá recurrir ante la autoridad judicial en ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva una vez concluido el procedimiento predeterminado por el ordenamiento jurídico ante la autoridad pública. Este sólo concluye con la resolución definitiva de la organización, no con una decisión parcial o de primera instancia. Se exceptúa esta prerrogativa de la Administración cuando peligran los derechos fundamentales del particular.

[415] Cuando el legislador define la facultad de contradicción, o de impugnación, entiende que "sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo" (art. 202.2 de la Ley 27444. Los subrayados corresponden a la autora). La salvedad estribaría en la ejecución inminente de un mandato que comportase un peligro para la vigencia de un derecho (como sería la orden de demolición de un inmueble frente al derecho de propiedad). Es por eso que la autoridad judicial, de modo excepcional, podría suspender su ejecución, lo cual, no la exime de fundamentar debidamente la certeza de ese peligro y las consecuencias que podría generar la demora del proceso ordinario que corresponde.

jurisdicción contencioso-administrativa o constitucional según corresponda[416]. Toda actuación administrativa es un acto impugnable.

Por ello es que, la presunción de legalidad del acto administrativo es *iuris tantum* y susceptible de ser destruida por una sentencia judicial definitiva. A ello obedece además que la determinación del derecho "de modo irrevocable" en el caso concreto, o lo que conocemos como efecto de *cosa juzgada* sea distinto a la *firmeza* de los actos administrativos y sea un elemento distintivo específico de la justicia. Según escribe MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, "la Administración nunca dicta actos que se beneficien de tal carácter y, por el contrario, todas sus actuaciones pueden someterse al enjuiciamiento de los Tribunales judiciales"[417]. El desinterés objetivo y la cosa juzgada marcan la diferencia entre la Jurisdicción y la Administración, pero existe un tercer criterio de diferenciación que analizaré a continuación.

5.1.3. La revisión de oficio y la irrevocabilidad de los actos

La revocación de un acto administrativo viciado de ilegalidad se produce a instancia del particular o de quien se vea afectado negativamente a través de un recurso. La Autoridad Administrativa también puede revocarlo por propia iniciativa.

La revisión de los actos administrativos consiste en someterlos a un nuevo examen que permitirá corregirlos, enmendarlos o anularlos si

---

[416] Artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo Nº 013-2008-JUS, publicado el 29 de agosto de 2008.

[417] En: *Introducción al Derecho Administrativo,…* ob. cit., p. 98.

fuesen contrarios a Derecho, o "volverlos a ver"[418]. Esta revisión puede llevarse a cabo en la misma vía administrativa (como consecuencia de una reclamación de los administrados o por iniciativa de la propia autoridad pública), y evidentemente, en la vía jurisdiccional (a través de una demanda contencioso-administrativa o de amparo, según corresponda). La revisión de oficio tiene lugar sobre actos firmes, es inherente a la Administración y una manifestación de la potestad de autotutela, que impulsan la Autoridad Administrativa a reaccionar respecto a sus propios actos, para modificarlos, revocarlos o corregirlos; sin necesidad de que le insten a ello[419].

En la experiencia peruana, la revisión de oficio se encuentra prevista en el capítulo I del Título III de la LPAG como rectificación de errores materiales (art. 201 LPAG), nulidad (art. 202 LPAG) y revocación (art. 203 LPAG). Me centraré en la nulidad por su relación con nuestro objeto de análisis en lo electoral.

Son los actos administrativos nulos de pleno derecho los que, en el Derecho español, exigen una revisión por parte de la Autoridad Administrativa (art. 62 LRJPAC), los anulables serán en principio conservables, y en su caso, convalidables (arts. 63-67 LRJPAC) Necesitará de un dictamen favorable del Consejo de Estado o del órgano consultivo análogo de la Comunidad Autónoma previo a la anulación de un acto[420]. En el Derecho peruano, en ningún caso se exige una

---

[418] Sentencia del Tribunal Supremo español de 26 de marzo de 1998, FJ. 4.

[419] Los actos administrativos sujetos a revisión de oficio serán solamente aquellos que pusieron fin a la instancia y que al mismo tiempo no hayan sido recurridos oportunamente por el administrado y que concurra una causal de nulidad. No cabe la revisión de oficio sólo por motivos de pura oportunidad.

[420] La Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, dispone en su artículo 102.2 que, las Administraciones públicas "de oficio y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente (…) podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas, pero sólo en los supuestos previstos en el artículo 62.2. Luego, la facultad de revocar "en cualquier momento sus actos" se restringe a los actos de gravamen o desfavorables, y con la condición de que dicha

manifestación previa de un órgano distinto a la propia entidad, aunque sólo sea su titular quien pueda efectuar dicha revisión (y sólo él, pues traduce la voluntad de la institución). A diferencia de la española, no se prevé la nulidad de pleno derecho[421], sino sólo la anulabilidad, aunque en ella se incorporen infracciones a la Constitución y afectaciones a los derechos fundamentales, que son supuestos típicos de la nulidad de pleno derecho española. Esto quiere decir que en el Derecho peruano, en todos los casos de anulabilidad previstos en el art. 10 LPAG la Autoridad Administrativa podrá revisarlos, pero sólo los anulará cuando afecten el interés público y no sean actos conservables, en virtud del principio de conservación de los actos al que me referí en epígrafes anteriores (art. 10.2 LPAG). También, a diferencia del Derecho español que carece de plazos, el legislador peruano dispuso que su anulabilidad por la Autoridad Administrativa prescriba al año de haber quedado

---

revocación, "no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico" (art. 105.1 LRJAP).

[421] En el derecho español, la nulidad absoluta o de pleno derecho se relaciona con la sanción que el ordenamiento atribuye a los actos "que incurren en violación del mismo y que se caracteriza por tres notas: el carácter automático e inmediato de la invalidez, la cual se produce sin necesidad de impugnación judicial, cuya sentencia tiene (…) naturaleza declarativa; sus efectos *erga omnes,* de tal forma que es susceptible de ser alegada por cualquiera y que, por su carácter de orden público, puede ser apreciada por los jueces de oficio; y su insubsanabilidad, ya que la nulidad no se extingue por prescripción, ni puede sanarse por convalidación mediante actos posteriores", en: SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Principios de Derecho Administrativo General,…*ob. cit., p. 134. De esta manera, el artículo 62 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece en su numeral 1, los actos de las Administraciones públicas que serán nulos de pleno derecho: "a. Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b. Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. C. Los que tengan un contenido imposible. D. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. E. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. F. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. E. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal". En el numeral 2 agrega que "También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales".

consentidos; y reitero que sólo si motiva debidamente cómo es que en el caso concreto se ha afectado el denominado *interés público,* (art. 202.1 LPAG).

Cabe resaltar que la nulidad de oficio únicamente podrá ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida en una entidad pública. Si se tratase de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.

Ahora bien, esta facultad estuvo inicialmente proscrita para los órganos administrativos colegiados a los que se encomendaron funciones que podría calificarse como *materialmente jurisdiccionales* como son los Tribunales Administrativos que residen en los Organismos Reguladores. Los denominados "Organismos Reguladores" son respuestas del Estado ante una economía cada vez más dinámica que contribuye al despertar de derechos "dormidos" (como los derechos del consumidor, a una competencia leal en el mercado, a la remoción de barreras burocráticas, a tarifas justas por la prestación de servicios de internet o telefonía)[422]. Son administraciones independientes adscritas a Presidencia de Consejo de Ministros que regulan el mercado, resuelven conflictos entre los usuarios y las Empresas Prestadoras de Servicios[423]; y se convierten

---

[422] La creación de administraciones independientes adscritas a Presidencia de Consejo de Ministros con sus propios Tribunales Administrativos ha sustraído facultades al juez ordinario Cada vez más sectores del Derecho van quedando fuera de la capacidad judicial debido a su complejidad técnica, lo que Miguel APARICIO llama *sectores de incompetencia material de la jurisdicción*, en: *Prólogo,* SIMON, Dieter, *La independencia del juez,* traducido por Carlos XIMÉNEZ-CARRILLO, Ariel, Barcelona, 1985, p. XX.

[423] En la STC nº 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, el Tribunal Constitucional analizó el modelo económico consagrado por la Constitución de 1993, precisando los principios constitucionales que lo informan (Estado social y democrático de derecho, dignidad de la persona humana, igualdad, economía social de mercado, libre iniciativa privada y actuación subsidiaria del Estado en la economía), las libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico (los derechos a la propiedad y a la libre contratación, las libertades de trabajo, de empresa, de comercio y de industria), los derechos de los consumidores y los usuarios, la función vigilante, garantista y correctora del Estado y, el rol de los organismos reguladores. También los

en una bisagra entre los usuarios y el desborde estatal promoviendo el equilibrio de poderes. Es cierto que en la vía contencioso-administrativa los particulares pueden cuestionar los actos de dichos tribunales, pero también lo es, que se lo piensan dos veces antes de someterse a prolongados procesos judiciales ordinarios que podrían durar años. Los denominados *Tribunales Administrativos* que forman parte de los *Reguladores* desarrollan una tarea importante en la composición de conflictos y en la creación de Derecho, ya que sus resoluciones que agotan la vía administrativa, pueden construir precedentes vinculantes que recojan criterios interpretativos de carácter general[424].

Con la reforma legislativa de 2008 se facultó a estos Tribunales Administrativos (competentes para resolver controversias en última instancia) a declarar la nulidad en sede administrativa pero únicamente cuando exista acuerdo unánime entre sus miembros[425]. Anteriormente, sólo estos órganos de la Administración Pública estaban privados de dicha facultad. Con la reforma se ratificó la naturaleza jurídica eminentemente administrativa de aquellos Tribunales. De otro lado,

---

define señalando que "a dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete". Véase además los arts. 31 y 32 de la Ley 29158 del Poder Ejecutivo publicada el 21 de diciembre de 2007 que los declara administraciones independientes adscritas a Presidencia de Consejo de Ministros; así como, la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

424 Según el art. V del Título Preliminar de la LPAG: "son fuentes del Derecho Administrativo: (...) 2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus **tribunales** o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede". (El resaltado corresponde a la autora).

425 Artículo 202.5 LPAG modificado por el art. 1º del Decreto Legislativo No. 1029 que modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley No. 27444 y la Ley del Silencio Administrativo – Ley No. 29060, publicado el 24 de junio de 2008. Cabe agregar que esta atribución sólo podrá ejercerse en el plazo de un año contado desde que el acto es notificado al interesado.

permite afirmar que además de la *cosa juzgada* y el *desinterés objetivo,* la *imposibilidad de revocar de oficio los propios actos* sea la tercera nota distintiva de la jurisdicción respecto de la Administración[426], al menos en el Derecho peruano. El principio de imparcialidad, y en última instancia, el de independencia impide a la autoridad jurisdiccional "volver" a sus sentencias.

Resumiendo, el poder de autotutela permite a los órganos administrativos, no a los que han sido premunidos de función jurisdiccional plena, revisar de oficio sus propias decisiones y anularlas si éstas vulnerasen el interés público[427].

5.2. La revisión de oficio de los actos electorales

En el derecho español, a pesar de la composición cuasijudicial de la Junta Electoral Central (ocho miembros elegidos entre los magistrados del Tribunal Supremo en activo, y cinco catedráticos de Derecho o de Ciencias Políticas, dirigen la Junta Electoral Central)[428], la discusión

---

[426] De OTTO, Ignacio. *Estudios sobre el Poder Judicial…*ob. cit., pp. 19-20.

[427] GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y…*Curso de Derecho Administrativo*…ob. cit., p. 60.

[428] La Administración Electoral española se compone por las Juntas Electorales (Central, Provinciales, de Zona y de Comunidad Autónoma) y por las Mesas de Sufragio. La Junta Electoral Central tiene carácter permanente y está formada por el presidente, el vicepresidente, y otros once vocales más el secretario. Ocho se eligen por el Consejo General del Poder Judicial mediante sorteo de entre magistrados del Tribunal Supremo en servicio activo; 5 son catedráticos de Derecho o de Ciencias Políticas y de Sociología en activo, designados a propuesta conjunta de los partidos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores con representación en el Congreso de los Diputados. Los vocales eligen al Presidente y Vicepresidente en la sesión constitutiva entre los miembros de origen judicial. Resuelve recursos de alzada, dicta circulares interpretativas de obligado cumplimiento o la de revisar de oficio los actos de las juntas inferiores que se aparten de su doctrina. La Junta Provincial y de zona son de carácter necesario pero no permanente, formadas por 5 miembros de similar composición a la Junta Central. Las de comunidad autónoma**,** son

sobre la naturaleza jurídica administrativa está zanjada[429]. El debate doctrinal sobre ellas se trasladó a su poder de revisión de oficio en relación con la nulidad electoral. Los partidarios de que fuese pleno ubicaban sus fundamentos en el bien jurídico protegido. Los que, por el contrario, consideraban que fuese limitado alegaban que el control pleno de los actos administrativos correspondía al Poder Judicial, y si dicha facultad era trasladada a la Junta Electoral Central se legitimaría una usurpación de funciones[430].

---

permanentes pero no necesarias ya que la LOREG solo permite su participación para las elecciones de comunidad autónoma. Las mesas electorales están conformadas por un Presidente más dos vocales designados por sorteo por los ayuntamientos bajo la supervisión de las Juntas Electorales de Zona entre electores censados menores de sesenta y cinco años que sepan leer y escribir.

[429] El Tribunal Constitucional español la define como un "complejo orgánico" (STCE 154/1988 de 21 de julio, FJ 6). Unos la definen como una administración independiente, otros autores señalan que es más que una administración independiente, porque su actividad no debe tener injerencia alguna por parte del Ejecutivo. Es neutral e independiente totalmente de ella debido a sus funciones. En cambio las Administraciones Independientes tienen algo de injerencia del Ejecutivo. Véase los trabajos de: PASCUA MATEO, Fabio. *La administración electoral,* INAP, Madrid, 2007, pp. 44 y ss.; también en: "La Administración Electoral", CANO CAMPOS, Tomás (coordinador), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Administrativo,* tomo II, Iustel, Madrid, 2009, pp. 353-376; MEILÁN GIL, José Luis. "Revisión de oficio en materia electoral", *REDC,* Nº 21, 1987, pp. 9-36, pp. 24-25. También en: *Las Cortes Generales,* vol. 3, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987. Cabe acotar como indicio de su condición de Administración Pública es la aplicación supletoria de la Ley del Procedimiento Administrativo que el legislador impone en la normativa electoral (120 LOREG).

[430] SATRÚSTEGUI opina que no se puede "reconocer a la Administración electoral una competencia plena para la revisión de oficio de sus propios actos, aunque existe una orientación doctrinal que defiende lo contrario por considerar que la revisión de oficio constituye un principio general válido para todas las entidades que ejercen funciones administrativas" (en: "Las garantías del derecho electoral", *Revista de las Cortes Generales,* Nº 20, 1990, pp. 91-118, p. 101). MEILÁN GIL, por el contrario, consideró que por el bien jurídico tutelado y su condición de Administración Pública, las Juntas Electorales debían contar con competencia absoluta para revocar actos nulos de pleno derecho en cualquier momento. Este sería el supuesto de la proclamación como diputado o senador de una persona inelegible *ex origine* (en: "Revisión de oficio en materia electoral", *REDC,* Nº 21, 1987, pp. 9-36, p. 35). La Ley Orgánica 8/1991 zanjó esta discusión permitiendo a la Junta Electoral Central revocar de oficio "en cualquier tiempo o a instancia de parte interesada" las decisiones de las Juntas inferiores "cuando se opongan a la interpretación de la normativa electoral realizada por la Junta Electoral Central" (art. 19.1.e) LOREG). PASCUA muestra sus reticencias apuntando que por seguridad jurídica se les debería imponerse un límite temporal y que esa apertura a los supuestos de nulidad no debería ser un "coladero". No obstante lo cual, saluda que el legislador apele al buen juicio de la Junta Electoral Central debido al bien jurídico (las elecciones) que ella tutela, (en: *El control de las elecciones,* Civitas, Madrid, 2009, pp. 38-43). Finalmente, AZPITARTE concluye que dadas sus

Resultará ilustrativo rescatar dos observaciones de este debate para el tema que nos convoca. La primera es que la nulidad electoral, incluso en una Autoridad Administrativa como la Junta Electoral, es mucho más amplia y con menos formalidades que la del Derecho Administrativo. En el procedimiento de *revisión de oficio por nulidad de pleno derecho* de los supuestos reglados no alcanzan a los lineamientos interpretativos de la entidad pública; y la posibilidad de revocar actos administrativos en cualquier momento y sin indemnización se restringe a actos de gravamen que violen el interés público. En el caso de la Junta, ésta cuenta con un poder de revisión sobre sus actos y sobre los actos de los órganos de inferior jerarquía, que carece de límites temporales y de un listado taxativo de supuestos de nulidad. El límite es la nulidad de la elección, las Juntas no podrán declararla, esta será función exclusiva del juez contencioso administrativo. La segunda es que, con independencia de los alcances de aquella revisión de oficio administrativa, los actos de las Juntas sean susceptibles de control por la jurisdicción contencioso-administrativa o constitucional, según corresponda, precisamente por su condición de órgano administrativo.

5.2.1. La discrecionalidad del poder fiscalizador

Salvando las distancias con la organización electoral autónoma y tripartita de la experiencia peruana, la misma claridad sobre la naturaleza jurídica del órgano electoral que lleva a cabo la revisión de oficio administrativa es inexistente. El Jurado Nacional de Elecciones

---

funciones inevitablemente "el logro de su fin – la renovación democrática de los órganos políticos- prima en ocasiones sobre la forma en la que actúa la Administración electoral", (en: "Dimensión constitucional del procedimiento electoral", *Teoría y Realidad constitucional,* No 10-11, 2002- 2003, pp. 425-444, p. 435).

revisa sus propias resoluciones, a veces a instancia de parte (a través de su función jurisdiccional), a veces de oficio (por medio de su función fiscalizadora). Sus atribuciones constitucionales de velar por la legalidad del sufragio (art. 178.3 CP), y de fiscalizar "la legalidad del ejercicio del sufragio, de la realización de los procesos electorales, del referéndum, (..) de otras consultas populares, (…) (y) la elaboración de los padrones electorales" (art. 178.1 CP) han sido entendidas por el Jurado, como el poder para intervenir en el funcionamiento de los demás órganos autónomos, incluso, revisando de oficio sus actos.

La fiscalización es una modalidad de control de la actividad administrativa que se produce en el seno de las relaciones de jerarquía y dirección. Se manifiesta esencialmente al interior de la entidad pública, aunque también podría operar entre entidades públicas. Sin embargo, cuanto se prevé el control inter-orgánico (como el que lleva a cabo la Contraloría General de la República del Perú o el Tribunal de Cuentas español respecto a todas las entidades públicas) su aplicación exige criterios reglados al amparo del principio de legalidad que rige la actuación administrativa; y estará sometida al control judicial posterior. Para el ámbito electoral, la fiscalización carece de una configuración legislativa suficiente, salvo en los casos en que se fiscalice el padrón electoral, el legislador guarda silencio respecto a los límites de esta facultad[431]. Es el Jurado quien la desarrolla a través de reglamentos y

[431] La Ley 26533 publicada el 2 de octubre de 1995, dispone que la función de fiscalizar la legalidad del Padrón Electoral consiste en: "1. Verificar y resolver, a solicitud de cualquier ciudadano, la información específica de las personas incluidas en el Padrón Electoral, dentro del plazo (…) 2. Definir los criterios específicos para auditar el Padrón Electoral. 3. Aprobar el uso del Padrón Electoral dentro de los cinco días naturales, contados a partir de la fecha de recepción del mismo. En caso que el Jurado Nacional de Elecciones no se pronuncie en este plazo, el Padrón queda automáticamente aprobado. 4. Garantizar la inviolabilidad del Padrón Electoral aprobado". En función a esta habilitación legal, en cada proceso electoral o consulta popular, la Gerencia de Fiscalización del Jurado Nacional elabora un informe que es aprobado por el Pleno y remitido al RENIEC para que implemente las recomendaciones. Un ejemplo de ello es la Resolución Nº 156-2003-JNE publicada el 27 de agosto de 2003, según la cual la gerencia de fiscalización del JNE elevó el informe No. 018, "referido a la fiscalización realizada a las altas y bajas del padrón

directivas que prepara para cada elección[432], y aunque suene repetitivo, no podemos olvidar que en todos los casos sus resoluciones en materia electoral tienen carácter de cosa juzgada. Veamos algunas de sus manifestaciones.

El RENIEC confecciona el padrón de electores, el cual, es fiscalizado cada vez que es actualizado (es decir, por lo menos, cada tres meses), y en periodo electoral, aprueba el uso del padrón que será convertido en la *lista de electores* (únicos legitimados para sufragar el día de la votación). Sin embargo, la exigencia de un *padrón tendencialmente exacto* compele al Jurado a efectuar muestreos que miden la aludida completitud, y a atender las impugnaciones contra la autoridad registral (registros indebidos, inexactitudes o exclusiones) en las etapas acotadas del proceso electoral. Es decir cuando la Ley Electoral ordena al RENIEC la entrega del padrón al JNE para su aprobación; y una vez aprobado, cuando es publicado provisionalmente. Sin embargo, el control que ejerce sobre el RENIEC no termina aquí, el Jurado considera que bajo el amplio mandato de la fiscalización, se encontraría facultado a efectuar revisiones de oficio del padrón y de las actividades de dicho Registro en cualquier momento. En otro extremo, la ONPE desarrolla las actividades preparatorias de la elección, y cada una de ellas es susceptible de ser controlada por el mismo Jurado bajo el mismo fundamento.

---

electoral correspondiente al primer y segundo trimestre del año 2003". El Jurado resuelve trasladar dicho informe al RENIEC para "que proceda conforme a sus atribuciones".

[432] Algunas resoluciones a través de las cuales ha aprobado sus planes de fiscalización son: Nº 137-99-P-JNE, publicada el 1 de julio de 1999, que aprueba el "Manual de Fiscalización Electoral"; Nº 687-2001-JNE, publicada el 27 de septiembre de 2001, que aprueba el plan de fiscalización del JNE para el proceso electoral de consulta popular de revocatoria del mandato de autoridades municipales del año 2001; Nº 148-2002-JNE publicada el 3 de mayo de 2002, que establece tareas a seguir a fin de llevar a cabo la fiscalización electoral del cómputo de los resultados de las elecciones regionales y municipales del presente año; Nº 207-2002-JNE, publicada el 20 de junio de 2002, que aprueba el Plan de Fiscalización del Padrón electoral para las elecciones regionales y municipales del 2002; 315-2002-JNE que aprueba el Plan de Fiscalización del proceso de Elecciones Regionales y Municipios 2002 del JNE.

En la Resolución nº 368-2006-JNE del 30 de marzo de 2006, el partido político "Alianza para el Progreso" impugnó la Resolución Jefatural nº 076-2006-J/ONPE, a través de la cual, la ONPE aprobó las "Disposiciones sobre el Escrutinio de Votos y la entrega de Actas Electorales en las Elecciones Generales 2006". El titular de la ONPE alegó que el JNE estaba jurídicamente impedido de conocer dicha impugnación porque la confección de actas electorales era competencia exclusiva de la ONPE. El JNE fundamenta su competencia para conocer esta impugnación no en su función de administrar justicia (en este caso, como juez contencioso-administrativo sobre una norma reglamentaria electoral) sino en el art. 178.1 es decir, en la de fiscalizar "la realización de los procesos electorales" (FJ. 1). Llama poderosamente la atención que en sus fundamentos jurídicos, el Jurado reprenda a la ONPE por no haberle mostrado el diseño preliminar del acta. Como si considerase que la función de fiscalizar le faculta a efectuar un control *ex ante* de cada una de las actividades del aludido Órgano Electoral, pese a la inexistencia de un amparo normativo para sostenerlo[433].

En la Resolución Nº 106-2003-JNE publicada el 12 de abril de 2003, el Pleno dispuso que:

---

[433] "Que, la Oficina Nacional de Procesos Electorales – ONPE publicó la Resolución Jefatural Nº 076-2006-J/ONPE, materia de impugnación, el 25 de marzo de 2006, es decir 15 días antes de las elecciones, estando las actas electorales ya confeccionadas, situación que no ha permitido a este Jurado Nacional conocer y fiscalizar oportunamente el diseño de las mismas y su elaboración; pues, pese a los esfuerzos desplegados en la fiscalización del proceso electoral, se ha advertido una permanente actitud de restricción de información por parte de la ONPE, dotando de carácter secreto a aquello que no lo es, obstaculizando de este modo el ejercicio de la facultad de fiscalización que constitucionalmente compete al Jurado Nacional de Elecciones". A juicio del JNE el diseño del acta electoral no se ajustaba a las exigencias legales, sin embargo decide declarar improcedente el recurso debido a que una nueva impresión de las actas pondría en riesgo los plazos electorales y el desarrollo de la elección. Aplica los principios de celeridad y eficacia y el de conservación de los actos. No sin llamar la atención a la ONPE para que adopte las medidas que sean necesarias a fin de prevenir cualquier inconveniente, en: Resolución nº 368-2006-JNE del 30 de marzo de 2006 (los subrayados corresponden a la autora).

> "el proceso de revocatoria de autoridades regionales y municipales electas en el proceso de elecciones regionales y municipales del año 2002, sólo se puede iniciar a partir del primer día hábil del año 2004, comprendiendo el trámite de solicitudes de iniciativa de revocatoria, adquisición de listas de adherentes y comprobación de la autenticidad de las firmas recolectadas".

De esta manera, demarcó la línea de partida al periodo en el que la Oficina de Procesos Electorales y el Registro pueden iniciar sus funciones organizativas relacionadas con la venta de los formularios electorales y de comprobación de la autenticidad de las firmas para el proceso de revocatorias. El Jurado fundamenta esta resolución, no en el principio de coordinación, sino en su facultad de fiscalizar (FJ. 4), resaltando que sus resoluciones en materia de fiscalización son de "cumplimiento obligatorio por las entidades que conforman el Sistema Electoral" (FJ. 5). Entonces, es tendencia del Jurado dirigir como un órgano jerárquicamente superior, más que coordinar; la tutela se superpone a la coordinación[434].

Desde mi punto de vista, la doble dimensión de regla y principio que Robert ALEXY atribuye a los derechos fundamentales, ha sido extendida a la función de fiscalizar la elección. Esta se revela como un mecanismo de control administrativo que el Jurado la adhiere como principio a sus resoluciones para revisar de oficio el ejercicio de las funciones encomendadas a las demás autoridades electorales: ONPE y RENIEC. Todo dependerá de las facultades que el Jurado decida ejercer. Esta función además de volver cuestionable la imparcialidad del juzgador electoral y de convertirlo en un policía electoral, anota una línea más en el contador del excesivo poder del JNE.

---

[434] En la Resolución nº 466-2006-JNE, del 22 de abril de 2006, el Jurado autorizó a la ONPE a iniciar las actividades preparatorias para la segunda elección presidencial de 2006; con la Resolución nº 1303-2006-JNE, del 14 de agosto de 2006, dispuso que la ONPE remita información correspondiente al avance diario del cómputo de resultados de las Elecciones Regionales y Municipales de todos los centros de cómputo instalados en las Oficinas Descentralizadas de Procesos Electorales.

5.2.2. La relación entre el Pleno del JNE y los JEE

En cuanto a la relación entre el Pleno y los JEE, es evidente que el principio de jerarquía determina la posibilidad que el primero emita directivas de organización interna y de observancia obligatoria por los segundos; como ocurre cuando declara que el Pleno y los JEE estarán en sesión permanente hasta que culmine el proceso electoral[435]; o como ocurrió con las disposiciones procedimentales ante la "avalancha" de recursos presentados en un referéndum[436], o para invocarlos a aplicar el principio de celeridad procesal en el desarrollo de sus funciones[437]. También las directivas que emite con criterios para el ejercicio de su poder sancionador en materia de publicidad electoral[438], o los

---

[435] Resolución nº 1302-2006-JNE, de 7 de agosto de 2006.

[436] Con el Acuerdo del Pleno del 28 de setiembre de 2010, y ante la avalancha de impugnaciones producidas en las recientes elecciones (Elecciones Regionales y Municipales 2010 efectuadas el 3 de octubre de 2010, de manera conjunta con el Referéndum Nacional para la aprobación o desaprobación del texto del "Proyecto de Ley de Devolución de Dinero del Fonavi a los Trabajadores que contribuyeron al mismo"), se ordena a los JEE que hagan un corte en la recepción de solicitudes de nulidades presentadas en el plazo legal (éste culminaba el 6 de octubre de 2010) y que emitan un acta de cierre respecto a la totalidad de solicitudes presentadas. Se precisa que deben detallar las organizaciones políticas que impugnaron e identificar el correspondiente distrito electoral.

[437] El Jurado declaró que "el cronograma de actividades que los 91 Jurados Electorales Especiales deben observar <u>para la realización de las funciones administrativas a sus cargos</u>, y sobre todo <u>la vinculada con la de administrar justicia electoral en una primera instancia</u>; hace necesario garantizar que los plazos que establece la ley electoral para las actuaciones de dichos órganos temporales sean cumplidos con la celeridad que exige un proceso electoral para la oportuna proclamación de resultados", en: Resolución Nº 406-2010-JNE del 17 de junio de 2010 que declaró en sesión permanente al Pleno y a los JEE para las elecciones regionales y municipales de 2010, y para el referéndum del FONAVI. Los subrayados corresponden a la autora.

[438] Cuando el Pleno aprueba el "instructivo sobre control de publicidad estatal", adopta como objetivo: "establecer los criterios y precisar las pautas que deben tener los Jurados Electorales Especiales al momento de ejercer la facultad de control y sanción de difusión de publicidad estatal luego de la convocatoria a elecciones

instructivos que establecen "plantillas" o modelos de resoluciones para el tratamiento de las actas observadas, que no es otra cosa que criterios predeterminados para facilitar la expedición de sus resoluciones[439]. Es posible que la composición mayoritaria de los Jurados Electorales por miembros con escasa o nula formación jurídica (salvo quien preside, quien formó o forma parte de las Cortes Superiores de Justicia) contribuya y hasta convierta en una necesidad que el Pleno relieve sus facultades de dirección sobre los JEE.

Ahora bien, desde mi punto de vista, los JEE son órganos administrativos, y precisamente por ello es que la dirección y control que el JNE ejerce sobre ellos es fuerte y constante. Ni su composición colegiada, ni su condición de primera instancia jurisdiccional que le atribuye la normativa electoral les confiere naturaleza jurisdiccional. Por ejemplo, si uno de los candidatos del partido político que presenta su lista ante el JEE ostenta alguna de las inelegibilidades predeterminadas por Ley se le denegará la inscripción. Si la inscripción hubiese sido favorable, el JEE publica las listas "provisionales" de candidatos, bajo la modalidad de una resolución para someterlas a un breve periodo de impugnaciones. La decisión del Jurado Especial puede ser apelada ante el Pleno del JNE.

++

El acto de inscripción de candidaturas se impugna o se "tacha" ante el mismo órgano que hizo el registro (el JEE), en el marco de un procedimiento, que se aproxima más al recurso administrativo de

---

regionales y municipales", en Resolución Nº 1562-A-2010-JNE del 20 de agosto de 2010.

439 En los reglamentos del *procedimiento de aplicación a las actas observadas* evacuados por el Pleno en cada proceso electoral, el elevado nivel de especificidad de los supuestos regulados amerita la imposición a los Jurados la obligación de resolver los problemas derivados de los errores cometidos por los miembros de mesa siguiendo el "modelo" o plantilla que el mismo Pleno adopta. Resolución Nº 1717-2010-JNE del 26 de agosto de 2010 que aprueba el Reglamento del Procedimiento aplicable a las actas observadas para las Elecciones Regionales, Municipales y Referéndum Nacional para la aprobación o desaprobación del "Proyecto de Ley de Devolución de Dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo" del año 2010.

reconsideración[440], que a un recurso de naturaleza jurisdiccional. La autoridad que impartirá "justicia" es la misma que la autora del acto cuestionado, hace gala del poder de autotutela que caracteriza a la Administración Pública, el cual, le permite examinar sus propias actuaciones. Por el principio de imparcialidad estaría impedido de pronunciarse sobre sus propias decisiones porque existirían dudas más que razonables sobre la legitimidad de su decisión. Sus resoluciones siempre serán pasibles de control jurisdiccional por el JNE. Entonces, resulta razonable afirmar que el Pleno declara derecho en un conflicto en el que se ha demandado a una autoridad electoral, examinando en única instancia la resolución de un órgano que se ha comportado como Autoridad Administrativa (el JEE).

Esta vinculación es similar a la que existe entre el Pleno y la Oficina de Registro de Organizaciones Políticas (OROP); o entre el Pleno y la Dirección Nacional de Fiscalización y Procesos Electorales (DNFPE); y entre el Pleno y su Dirección Central de Gestión Institucional del JNE. Ello a pesar de que, de modo expreso, se les atribuya naturaleza jurídica administrativa y no jurisdiccional como a los JEE. El primero (la OROP)[441], a cargo de la inscripción de las organizaciones políticas; y

---

[440] "El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación" (art. 208 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Nº 27444).

[441] La segunda disposición transitoria de la Ley de Partidos Políticos, 28094, ordenó al Jurado Nacional de Elecciones que constituyese el Registro de Organizaciones Políticas en el plazo de tres meses de publicada la Ley. A ello obedece que este órgano interno del Tribunal fuese creado por medio del Reglamento de Organización y Funciones del Jurado Nacional de Elecciones aprobado por Resolución Nº 130-2008-JNE del 28 de mayo de 2008, derogado por la Resolución Nº 601-2010-JNE del 19 de julio de 2010 que aprobó el Texto Único Ordenado del ROF del JNE, con el fin de custodiar dicho registro e inscribir o revocar la inscripción de toda organización política (partidos, movimientos, alianzas y agrupaciones políticas locales). Como órgano básicamente administrativo, su titular (Director) es nombrado por el Presidente del Jurado y puede ser reemplazado sin mayores justificaciones. Una vez inscritas las organizaciones políticas, el mismo OROP se encarga de atender las impugnaciones contra sus actos de registro (Artículo 57.6 del Texto Único Ordenado del ROF del JNE,

la segunda (el DNFPE), además de fiscalizar (conforme a una norma reglamentaria emitida por el mismo Pleno), "ejerce las competencias de los Jurados Electorales Especiales en tanto estos no se hayan instalado"[442]; y el tercero atiende los procedimientos de dispensa por la omisión al sufragio (en un contexto de voto obligatorio), cuya denegatoria impide al ciudadano, según recordaremos, el ejercicio de importantes derechos como el derecho a registrar su propiedad[443].

Emiten el acto administrativo o la declaración de juicio o conocimiento sin fuerza de obligar (inscripción de partido político, o el registro de una encuestadora), lo reconsideran o no, y ésta decisión es impugnable ante el Pleno o revisable por él, pero de oficio.

5.2.3. La revisión de las decisiones del Pleno por el Pleno

---

aprobado por Resolución Nº 601-2010-JNE del 19 de julio de 2010); o cancelar de oficio o a solicitud de parte la inscripción de las organizaciones políticas "de acuerdo a ley" (Artículo 57.7).

[442] Art. 2 del Reglamento del Registro Electoral de Encuestadoras aprobado por la Resolución Nº 5011-2010-JNE del veintiocho de diciembre de 2010.

[443] Aunque de menor envergadura para el contenido de los derechos de participación política y su tutela, pero importante para los derechos civiles del ciudadano, es el procedimiento de solicitud de dispensa por la omisión al sufragio. Según recordaremos, la obligatoriedad del voto tiene como lógica consecuencia que la omisión lleve consigo una sanción administrativa. La multa viene acompañada de una serie de restricciones civiles como la imposibilidad de formalizar contratos ante un Registrador Público o cobrar cheques ante un banco. El Pleno define a la dispensa como un procedimiento cuyo acto definitivo "exime al ciudadano de una sanción administrativa electoral". El recurso de apelación ante la denegatoria de la solicitud de otorgamiento de dispensa y/o justificación por parte Director Central de Gestión Institucional del JNE, se dirige ante éste, quien lo concede y eleva los actuados al Pleno. La definición de la dispensa se localiza en el artículo 5.2.2. y el trámite del recurso de apelación por denegación de la dispensa en el art. 13 del Reglamento de Dispensa, Justificación y Multa Electoral, aprobado por Resolución Nº 2528-2010-JNE del 1 de octubre de 2010. Las multas que se imponen a los ciudadanos son escalonadas de acuerdo a los niveles de pobreza. A los distritos con clasificación "no pobre" les corresponde una multa del 2% de la UIT, a los que cuentan con clasificación de "pobre no extremo", el 1% de la UIT y a los que presentan la clasificación de "pobre extremo", el 0.5% de la UIT. Como podemos suponer, su decisión es última y definitiva; si concede la dispensa, deja sin efecto las restricciones civiles que se generan de modo automático.

A través de la Resolución 306-2005-JNE del 11 de octubre de 2005, el JNE estableció el denominado "recurso extraordinario por afectación al debido proceso y a la tutela procesal efectiva", a fin de poder revisar sus propias decisiones. En el fundamento jurídico sexto, el Tribunal Electoral:

> "considera conveniente establecer un procedimiento jurisdiccional posibilitando un recurso efectivo y sencillo que en materia procesal efectiva tenga por objeto que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones reexamine, en forma extraordinaria las resoluciones que emita, cuando éstas específicamente afecten u omitan un derecho fundamental de procedimiento".

Esta no era la primera vez que el Tribunal Electoral decidía volver sobre sus propias decisiones, pero en esta oportunidad, el petitorio ya no tendría como objeto "aspectos de puro derecho" [444], sino cuando éstas afecten el derecho a la tutela procesal efectiva o los demás derechos fundamentales, asemejándose al objeto del proceso constitucional de amparo.

Aunque de esta manera adopta las recomendaciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuló en el, varias veces citado, Informe 119/1999; no podemos perder de vista que, al menos en el Derecho peruano, sólo los órganos de la Administración Pública y, bajo condiciones excepcionales, pueden volver sobre sus propias

[444] No sería la primera vez que decide revisar sus decisiones. En el año 2002 introdujo el denominado "pedido atípico de nulidad", un recurso que debía tener como fundamento aspectos de puro Derecho. Sin embargo, en opinión del Tribunal, los particulares sólo pretendían una nueva revisión de los hechos "recargando las labores y el despacho, postergando la conclusión de los procesos electorales y materias sujetas a la decisión del Jurado Nacional de Elecciones, y por tanto prolongando la incertidumbre, por lo que no se justifica que se mantenga en el TUPA". Con la Resolución Nº 077-2003-P/JNE publicada el 26 de abril de 2003, el Presidente del JNE canceló el ítem Nº 40 del TUPA (del 7 de febrero de 2002) del JNE sobre el aludido pedido atípico de nulidad.

decisiones. Cuando analizamos *la irrevocabilidad de los actos* como una seña de identidad de la función jurisdiccional plena, fuimos testigos que toda entidad administrativa cuenta con la facultad de revisar sus propios actos y anularlos de oficio. Incluso, los denominados Tribunales Administrativos, a los que el máximo intérprete de la Constitución atribuyó *judicial review* debido a sus funciones materialmente jurisdiccionales, cuentan con dicha facultad. Tampoco podemos perder de vista que cuando la recomendación de la Comisión Interamericana se sustenta en su negativa a considerar al JNE como un Tribunal con poder jurisdiccional pleno.

Ahora bien, no se puede negar que este procedimiento es tuitivo de derechos y beneficioso en un contexto en el que por mandato constitucional, las decisiones del JNE son irrevisables por el Poder Judicial, y en el que el bloque de constitucionalidad proscribe cualquier acción de garantía. Por ejemplo, en el caso de la señora Cornella Ramírez, burgomaestre del distrito de Marías en Huánuco, quien había sido vacada del cargo, y ni bien el Jurado ratificó el acuerdo del Concejo municipal, se comprobó que la señora Ramírez no había conocido la prueba principal que precipitó su retiro del cargo[445].

No obstante, desde mi punto de vista, el principio de imparcialidad impide a quienes ejercen función jurisdiccional revisar sus propias decisiones. Es posible que este principio haya conducido al JNE a presentar un proyecto de ley ante el Congreso de la República solicitando la creación de salas al interior del Pleno, compuestas por dos magistrados cada una. De tal manera que, (de modo similar a como

---

[445] Resolución nº 083-2006-JNE, de 2 de febrero de 2006, que declaró fundado el recurso extraordinario interpuesto contra la Resolución nº 380-2005-JNE, de 28 de noviembre de 2005. La resolución impugnada había declarado infundado el recurso de apelación que la señora Cornella Ramírez Timoteo interpusiera contra el Acuerdo de Concejo que declaró la vacancia de su cargo de Alcalde del Concejo Distrital de Marías, provincia de Dos de Mayo, departamento de Huánuco.

ocurre en la Corte Suprema de Justicia), ante un recurso extraordinario sobre la decisión adoptada por una sala, exista en el Pleno del JNE (de cinco miembros) tres magistrados que no estén vinculados al fallo recurrido, es decir una mayoría que garantizaría la imparcialidad del juzgador[446]. Una reforma que si ingresara al debate parlamentario, contribuiría a mejorar su naturaleza jurídica jurisdiccional.

5.3. El poder reglamentario y el principio de legalidad versus el principio de imparcialidad del juzgador

En relación con el juzgador la tendencia jurisprudencial ha estipulado que la imparcialidad tiene tanto aspectos subjetivos como objetivos. El juzgador debe carecer de cualquier compromiso personal con la causa. Desde el punto de vista objetivo, siguiendo el criterio del Tribunal Europeo, la CIDH apunta a la inexistencia de "duda legítima" (Caso Herrera Ulloa contra Costa Rica)[447]. Esto quiere decir que se compele al juzgador a ofrecer las garantías suficientes, incluso respecto a su comportamiento, para que las partes confíen en él. En otras sentencias

---

[446] Proyecto de Ley remitido a la Oficialía Mayor del Congreso de la República el 27 de marzo de 2008, que modifica el artículo 23 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones Nº 26846, disponible en la página web del Congreso de la República (www.congreso.gob.pe). Hasta la fecha de la última consulta (30-01-2011) dicho proyecto no ha sido debatido.

[447] Siguiendo la jurisprudencia del TEDH del Caso *Findlay contra Reino Unido* (Sentencia de 25 febrero 1997, Repertorio 1997-I, párr. 73), la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó "(…) que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos, a saber: Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso", en: Caso Herrera Ulloa versus Costa Rica, sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 170.

(Casos Castillo Petruzzi, Lori Berenson y Cantoral Benavides contra el Perú) razonó que la estructura, condición y posición de los juzgadores al interior de la organización jurisdiccional proporcionan información sobre su imparcialidad[448]. Se es jurídicamente independiente pero no jurídicamente imparcial.

Precisamente por ello en una serie de sentencias sobre la justicia militar, el TC peruano evaluó si el sistema de ascenso en grado y la jerarquía militar no interfiere con la labor de los magistrados en la jurisdicción militar. No es suficiente con que se establezca en un texto normativo que un ente es independiente y autónomo en el ejercicio de sus funciones, también es importante que la estructura orgánica posibilite tal actuación[449].

En el ámbito de la Unión Europea, este principio se puso a prueba en el caso *McGonnell vs. Reino Unido* por vulneración del artículo 6 del Convenio (derecho a un proceso equitativo). Uno de los miembros del Tribunal que juzgaba la aplicación de una norma sobre urbanismo estuvo directamente involucrado en el proceso de su elaboración. El TEDH consideró que al reunir la condición de legislador y juzgador al

---

[448] La CIDH señaló que la imparcialidad de los jueces militares peruanos se encontraba alterada porque las fuerzas armadas tenían la doble función de combatir a los grupos terroristas y de juzgar a los miembros de dicho grupo. Por ello, agregó que la investigación y sanción de los delitos de terrorismo debían llevarse a cabo en el fuero común. Caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Sentencia de fondo, párrafo 130; Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia de Fondo, párrafo 114; Caso Lori Berenson vs. Perú. Sentencia de fondo, párrafo 145. PONER FECHAS. El TC peruano ha precisado aún más, relacionándola con la influencia negativa que el juzgador puede tener con la estructura del sistema. La organización jurisdiccional debe ofrecer garantías suficientes para desterrar cualquier "duda razonable". Define al principio de imparcialidad como vinculado al principio de independencia funcional y en consecuencia, a determinadas exigencias dentro del proceso, sentando precedente sobre su doble acepción: "a) *Imparcialidad subjetiva,* que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso. b) *Imparcialidad objetiva,* referida a la influencia negativa que puede tener con la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable", en: STC 00001-2009-PI/TC del 4 de diciembre de 2009, FJ 32.

[449] STC 0023-2003-AI/TC, del 9 de junio de 2004, FJ. 33.

mismo tiempo se vulneraba el principio de imparcialidad del juzgador, porque en su opinión:

> "cualquier participación directa en la tramitación de una norma, probablemente sería suficiente para dudar de la imparcialidad judicial de una persona posteriormente llamada a resolver una disputa sobre si existían razones para permitir una variación en la redacción de la norma en litigio" (…) "El demandante tenía, pues, razones legítimas para temer que el «Bailiff» pudiera estar influido por su anterior participación en la aprobación del DDP6 (la norma cuestionada). La duda en sí misma, no obstante su escasa justificación, es suficiente para invalidar la imparcialidad del «Royal Court»"[450].

Las funciones de normar y de juzgar aquellos casos en los que se cuestione lo normado son incompatibles. Reunidas en un mismo órgano o en miembros de ese órgano generan dudas razonables sobre la imparcialidad del juzgador. Si por el principio de independencia dicho juzgador sólo debe impartir justicia, le queda la docencia como una actividad residual, pero no la actividad normativa. No puede legislar y juzgar al mismo tiempo.

Los reglamentos que el JNE emite no se limitan a su potestad de auto organización en su condición de órgano constitucional y autónomo, como sería el caso de una directiva que declara los sábados y domingos como hábiles para la atención al público durante el proceso electoral[451]. Algunos de aquéllos reglamentos influyen en la esfera privada de los sujetos públicos y privados que participan en la contienda electoral, impidiendo, desde mi punto de vista, que su actuación como Corte Electoral sea totalmente imparcial.

Está habilitado para desarrollar el procedimiento de impugnación de las decisiones de sus primeras instancias, y del que denomino recurso

---

[450] Sentencia del 8 de febrero de 2000, párrafos 55 y 57. Los subrayados corresponden a la autora.

[451] Acuerdo del Pleno del 15 de julio de 2010.

contencioso-administrativo electoral, el cual, procede contra las resoluciones de la ONPE y el RENIEC[452]. Hace lo mismo con distintas etapas del proceso electoral, aunque no haya sido expresamente facultado para ello a través de una reserva reglamentaria[453].

Los problemas empiezan cuando reglamenta por medio de resoluciones o "Acuerdos del Pleno" aspectos del procedimiento electoral, sobre cuya validez deberá pronunciarse posteriormente[454]. Otro supuesto es la injerencia directa que sobre los derechos fundamentales tienen algunos de sus reglamentos. Ésta se hace evidente, por ejemplo, cuando determina el número de Consejeros Regionales o Concejeros

---

[452] La segunda disposición transitoria de la Ley Orgánica de Elecciones, Nº 26859 encomienda al Jurado Nacional de Elecciones que expida las normas reglamentarias que requiera el trámite de los recursos indicados en sus artículos 34 y 35. Es decir, aquellos donde ejerciendo su función jurisdiccional, resuelve en instancia definitiva los recursos que interpongan contra las resoluciones de los Jurados Especiales, de la ONPE y del RENIEC en materias electorales, de referéndum y otras consultas populares.

[453] Algunos de ellos son: el Reglamento de Inscripción de Listas de Candidatos para las Elecciones Municipales y Regionales del Año 2010 (Resolución n° 247-2010-JNE, de 15 de abril de 2010); Reglamento del Procedimiento aplicable a las actas observadas para las Elecciones Regionales, Municipales y Referéndum Nacional para la aprobación o desaprobación del "Proyecto de Ley de Devolución de Dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo" del año 2010 (Resolución nº 1717-2010-JNE, del 26 de agosto de 2010); el Reglamento de Inscripción de Extranjeros residentes en el Perú para las Elecciones municipales de 2006 (Resolución nº 1155-2006-JNE, del 8 de junio de 2006); el Reglamento para la acreditación de personeros y observadores en procesos electorales (Resolución n° 291-2010-JNE, del 5 de mayo de 2010).

[454] El JNE crea derechos por medio de reglamentos (incluye a las madres que se encuentren en periodo de lactancia en el listado cerrado del art. 241 LOE para la dispensa al cargo de Miembro de Mesa; ha establecido un régimen de dispensa para los detenidos no sentenciados a través de la Resolución Nº 2528-2010-JNE, del 1 de octubre de 2010). Por medio de "Acuerdos del Pleno", y no de resoluciones, introduce reglas procedimentales sobre la nulidad electoral (Acuerdo del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, del 22 de setiembre de 2010, en el Referéndum Nacional para la aprobación o desaprobación del texto del "Proyecto de Ley de Devolución de Dinero del Fonavi a los Trabajadores que contribuyeron al mismo", convocado por Resolución N° 088-2010-JNE, de fecha 12 de febrero de 2010 para el 3 de octubre de 2010); y modifica normas reglamentarias aprobadas por resolución (Acuerdo del Pleno del 9 de junio de 2010, que modificó la Tercera Disposición Final del Reglamento de Inscripción de Listas de Candidatos para las Elecciones Municipales y Regionales del año 2010, aprobado con la Resolución N° 247-2010-JNE, de fecha 15 de abril de 2010, a fin de ampliar el plazo para que los Partidos Políticos y los Movimientos Regionales presenten las actualizaciones de sus padrones de afiliados ante el Registro de Organizaciones Políticas).

municipales que serán elegidos en cada región y municipio de modo respectivo[455]. También, cuando precisa la cifra equivalente a la cuota de participación en las listas de candidatos que será de 30% de hombres o mujeres, 15% de representantes de comunidades nativas y de pueblos originarios; o el 20% de ciudadanos jóvenes menores de 29 años[456]. Es importante precisar que no es materia de discusión que determinados aspectos del procedimiento sean o no regulados, lo que se discute es que estas normas reglamentarias sean emitidas por quien luego juzgará su aplicación, y que se prohíba la impugnación de los reglamentos aprobados por el JNE.

En la Resolución Nº 068-2001-JNE del 24 de enero de 2001 estableció la cantidad mínima de mujeres y varones que debían integrar las listas de candidatos al Congreso de la República. Cuando el mismo Pleno que la emitió, la aplicó a las regiones de La Libertad, Callao e Ica, el número de puestos asignados a las mujeres en las listas resultó en un porcentaje inferior al 30% exigido por la ley. Ello obedeció a que al realizar el cálculo sobre la cuota, el resultado obtenido no fue un número entero, sino una fracción que "fue redondeada (…) al entero inmediato inferior y no al inmediato superior, lo que produjo una reducción de mujeres candidatas en las listas"[457]. Una inexistente vía de impugnación de esta resolución condujo a Janeth Espinoza Feria y otras afectadas a denunciar al Estado peruano ante la Comisión

---

[455] Resoluciones Nº 248-2010-JNE, 370-2010-JNE de 14 de junio de 2010 que determina la cantidad de consejeros regionales que serán elegidos en Elecciones Regionales y Municipales 2010; o la Resoluciones Nº 200-2010-JNE, que determina la cantidad de regidores a ser elegidos en el mismo proceso electoral

[456] Así por ejemplo, las Resoluciones Nº 254-2010-JNE, 292-2010-JNE y 370-2010-JNE que establecen las cuotas electorales en Elecciones Regionales: no menos de un 30% de hombres y mujeres; mínimo de 15% de representantes de comunidades nativas y pueblos originarios; no menos de un 20% de ciudadanos jóvenes menores de 29 años de edad.

[457] En: Informe de la Defensoría del Pueblo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Etapa de Solución Amistosa del Caso 12.404 (Janeth Espinoza Feria y otros vs. Perú) del 5 de setiembre de 2008. Disponible en el portal web de la Defensoría del Pueblo: (www.defensoría.gob.pe) (30-01-2011).

Interamericana de Derechos Humanos. Una solución amistosa puso fin a esta controversia, acorde a la cual, el gobierno se comprometía a ajustar su ordenamiento interno para conferir mayores garantías a los derechos de participación política. Sin embargo, todo sigue tal cual.

Otro caso interesante fue el Reglamento del Registro Electoral de Encuestadoras publicado en 2010 y modificado en febrero de 2011 que introdujo dos medidas, desde mi punto de vista, ampliamente cuestionables. Una de ellas fue el deber impuesto a las encuestadoras de consignar los nombres, documento de identidad, teléfono y dirección de los encuestados, el cual, atentaba con el derecho al voto secreto y desnaturalizaba la esencia de una encuesta: el anonimato. Según comenté en epígrafes anteriores, esta medida fue dejada sin efecto por el Jurado debido a la presión pública. Otra de ellas fue la adopción de un criterio "discrecional" para que la autoridad "administrativa" electoral (o sea la Dirección de Fiscalización del JNE) impusiera las multas. Sólo el Pleno, quien además elaboró el reglamento, impartiría justicia en única, última y definitiva instancia sobre los cuestionamientos contra una sanción eventualmente discrecional y desproporcionada impuesta por uno de sus órganos administrativos[458].

Los problemas que muestra el ejercicio de este poder normativo con el principio de imparcialidad, sobre los que volveré cuando analice el poder de autotutela, se extienden al principio de legalidad.

Piedra angular del Estado de Derecho, el principio de legalidad compele a la autoridad pública a sujetarse a la Ley formal, entendida como aquella que produce el órgano representativo que recoge la autoridad popular. Esta sujeción se revelará, tanto en sus actuaciones concretas, como cuando ejerce su poder reglamentario estableciendo normas que

[458] Resolución nº 5011-2010-JNE, del 28 de diciembre de 2010, modificada por la Resolución nº 038-2011-JNE, del 11 de febrero de 2011.

regirán su actuación en lo sucesivo[459]. Y es que el principio de participación democrática predomina en el momento de la creación de las normas y el de legalidad en su aplicación, trayendo como consecuencia que este segundo principio rija conceptualmente para la Administración Pública y la Jurisdicción[460]. Con el advenimiento del Estado Constitucional, el principio de separación de poderes alcanza nuevas dimensiones, deja de ser estricto así como la denominada reserva de ley, como ámbito exclusivo del Parlamento, sino como un deber. Al respeto por la Ley se aúna el necesario respeto por la Constitución y las demás fuentes del Derecho que componen el ordenamiento jurídico, como los Tratados Internacionales, Decretos Legislativos, decretos de urgencia, e incluso, las normas reglamentarias que aprueban los gobiernos y otros órganos con función administrativa[461]. El reglamento como instrumento normativo de la Administración Pública que precisa las leyes del Congreso de la República es técnico, subordinado y dependiente de ellas.

---

[459] Adopto la precisión de RUBIO LLORENTE, Francisco, "El principio de legalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Nº 39, 1993, pp. 9-42, p. 22. Véase además: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime y SENDÍN, Miguel Angel, *Derecho Administrativo español. Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo y Revisión de la Actuación Administrativa,* Tomo II, Netbiblo, La Coruña, pp. 46-48.

[460] REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, *Jurisdicción e independencia judicial,* CEPC, Madrid, 1989, p. 108.

[461] El principio de legalidad se torna en principio de juridicidad, donde a juicio de MERKL el primero resulta siendo una manifestación del segundo. Esto significa que la autoridad administrativa está impedida de vulnerar o inaplicar cualquiera de estas normas por actos singulares, incluso si proceden de quienes emiten y deben aplicar el reglamento. La prohibición de esta inaplicación se denomina "inderogabilidad singular de los reglamentos". SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General,* cuarta edición, Tecnos, Madrid, 2008, pp. 84-85. Véase además, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General,* tomo I, 2da. ed., Iustel, Madrid, 2009, pp. 54-60. En la experiencia peruana, el legislador adoptó el principio de juridicidad cuando consideró que la autoridad administrativa deberá actuar "con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas" (Artículo IV, inciso 1.1 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Nº 27444).

Probablemente el mayor conflicto se evidencia cuando modifica preceptos legales. Así ocurrió cuando ordenó que el JEE de Lima Centro se convirtiese en la primera instancia para inscribir y atender las reclamaciones para las candidaturas a presidencia y vicepresidencias de la República[462]. Este reglamento formaría parte de su poder de auto organizarse si el legislador no hubiese dispuesto que dicho procedimiento sea de instancia única, que inicia y acaba en el Pleno (art. 110 LOE)[463]. No obstante, a juicio del Jurado:

> "(como) el artículo 110 de la citada norma electoral especial, regula la impugnación contra los candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República, consagra (…) así, implícitamente, la pluralidad de instancias; por lo que, desarrollando el articulado en mención, este Colegiado está en el deber de establecer y precisar la instancia de primer grado, previa al Pleno, para que conozca en Elecciones Generales de los aspectos antes referidos; competencia que debe recaer en un Jurado Electoral Especial, por ser el órgano de carácter temporal previsto en la estructura orgánica del Jurado Nacional de Elecciones, conforme al artículo 44 y siguientes de la Ley Orgánica de Elecciones Nº 26859 y a los artículos 31 y siguientes de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones Nº 26486".

Con independencia de que comparta el criterio del legislador al establecer un recurso de instancia única, lo cierto es que ni introduce, ni sugiere la posibilidad de una instancia plural. El principio de

---

462 El Jurado Nacional de Elecciones emitió la Resolución No. 307-2005-JNE, a través de la cual confirió jurisdicción nacional al Jurado Electoral Especial de Lima para recibir y procesar solicitudes de inscripción de candidatos a la Presidencia y Vicepresidencias de la República, así como, para resolver las tachas contra sus resoluciones.

Sin embargo, del artículo 109 LOE se infiere que dicha inscripción se lleva a cabo ante el Jurado Nacional de Elecciones, quien publica las fórmulas de candidatos en el Diario Oficial El Peruano al día siguiente de su formulación. El artículo 110 LOE dispone que dentro de los dos días naturales siguientes a esta publicación, cualquier ciudadano con sus derechos civiles vigentes puede formular tacha contra dichas candidaturas y que es el JNE quien las resuelve. Es decir, el JNE tendría que ser quien revise su propia decisión, haciendo uso de la revisión de oficio.

463 Los candidatos pueden ser tachados dentro de los dos días siguientes a la publicación. La tacha debe ser resuelta por el Jurado Nacional de Elecciones dentro del término de tres días naturales. La tacha se acompaña con un comprobante de empoce en el Banco de la Nación, a la orden del Jurado Nacional de Elecciones por la suma equivalente a una UIT por candidato (artículo 110º LOE).

legalidad comporta que la atribución de competencias sea explícita y no "implícita" como argumenta el Tribunal Electoral. El principio de jerarquía normativa ordena que las normas elaboradas en los estadios superiores primen sobre las inferiores; y es evidente que las normas reglamentarias se localizan en un escalón inferior al de las leyes en el sistema de fuentes. La vigencia del Estado Democrático de Derecho exige que todas las entidades públicas respeten el contenido material de una Ley, en tanto que es el producto de los representantes de la población.

En otro caso, el Presidente del JEE de Chucuito (región Puno, Perú) trasladó al Pleno el pedido del alcalde en funciones de la Municipalidad Distrital de Huacullani (Chucuito-Puno), "para que se precise la fecha de asunción y juramento del alcalde electo en las elecciones complementarias del 6 de julio del año en curso". No obstante a que era evidente que el petitorio era una consulta. Sin embargo, en su FJ. 5, el Pleno cita el artículo 139.8 CP, según el cual, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley, "por lo que ante el vacío legal existente es pertinente que este Supremo Tribunal, en vía de interpretación (…) proceda a fijar en treinta días el plazo máximo para la instalación de las nuevas autoridades municipales electas, en las elecciones complementarias (…)". Cerrando este círculo, en su artículo segundo dispone "poner en conocimiento del Congreso de la República el vacío legal advertido respecto del plazo para la asunción de las autoridades municipales electas en comicios complementarios". Acto seguido prescribe que "las autoridades políticas y policiales (presten) las garantías que se requiera para el cumplimiento de la presente resolución, bajo responsabilidad"[464]. El Jurado norma y

[464] Con la Resolución Nº 148-2003-JNE publicada el 2 de agosto de 2003, el Pleno precisó que los alcaldes y regidores electos en elecciones municipales complementarias asumen sus cargos dentro de los 30 días de su proclamación.

al mismo tiempo, invoca al legislador para que cumpla con incorporar dicho precepto en la Ley de Elecciones Municipales.

Desde mi punto de vista, amparado en su condición de autoridad *cuasi-representativa* compite con la función legislativa del Congreso de la República, superponiendo su voluntad normativa a la del legislador. Apela a su *status* y al mandato de no revisión de sus resoluciones para ordenar, sin ningún control, el sagrado mundo de lo electoral. Esta condición *cuasi-representativa* quedaría incompleta sin el otro 50%, es decir, sin su vertiente *cuasi-jurisdiccional.* Su composición y origen constitucional legitima su poder para resolver sobre los aspectos más importantes del corazón de un Estado Democrático. Sin embargo, todas estas características son insuficientes para que se imponga ante el legislador. Precisamente porque vela por la legalidad de la elección es que resulta indispensable que se encuentre vinculado al ordenamiento jurídico y respete el sistema de fuentes. El ejercicio de sus funciones fiscalizadoras se vería entorpecido si se le obligase a adoptar una vinculación positiva[465]. Una vinculación negativa al ordenamiento jurídico le obligaría a actuar sin contravenirlo.

6. BALANCE: EL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES COMO ÓRGANO BIFRONTE

[465] José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ afirma que por la vinculación positiva a la juridicidad, toda la existencia real y actuación del Estado y del Poder Público "deberá estar expresamente establecida y autorizada por el Derecho y en concreto por el Derecho positivo, dada la indeterminación e insuficiencia del natural en este orden". Vinculación positiva al Derecho o a las disposiciones que en última instancia son dispuestas por la colectividad comunidad política soberana, aunque también subordinada a los centros de Poder Público que tienen reconocimiento en el ordenamiento jurídico (complementario con atribuciones discrecionales y previa norma), en: *Introducción al Derecho Administrativo,* Tecnos, Madrid, 1986, p. 30.

El Jurado Nacional de Elecciones es una jurisdicción electoral fallida. El constituyente pretendió consolidarlo como un Tribunal Electoral genuinamente independiente, pero falló cuando le permitió ser titular de algunas funciones administrativas electorales. Entendió la independencia jurisdiccional electoral como inexpugnabilidad, de ello se deriva que el Pleno del Jurado ostente un poder inusitado e incontrastable con el de otras jurisdicciones como la ordinaria.

Además de "administrar justicia en materia electoral", fiscaliza "la legalidad del ejercicio del sufragio (…)", "la realización de los procesos electorales (…) (y) la elaboración de los padrones electorales"; y vela "por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral" (artículo 178 CP). Todas estas funciones se relacionan con el control de la legalidad de la elección.

El escaso contenido conferido a la fiscalización y a su condición de garante perpetuo de todo lo electoral determina que cuando se agoten las manifestaciones que arroja la impartición de justicia, pueda hacer uso de las fiscalizadoras que él crea. El Jurado puede ser Administración o Tribunal de modo indistinto o al mismo tiempo. Nada se lo impide. Como Tribunal ejerce plena jurisdicción resolviendo los recursos presentados contra las resoluciones de los otros dos órganos electorales autónomos y de la primera instancia jurisdiccional electoral. Como Autoridad Administrativa puede revisar de oficio y cuando lo considere pertinente: sus decisiones, los actos de los Jurados Especiales, de la Oficina de Procesos Electorales o del RENIEC. Como jurisdicción, debe ajustarse a las reglas de la preclusión y al principio de coherencia judicial; como Administración habilitada a fiscalizar la legalidad de la elección puede pronunciarse sobre cualquier etapa del proceso electoral. Todo ello, contando además con que aplica a dichos

recursos las normas reglamentarias que él mismo emitió como legislador electoral.

De un lado sus resoluciones constituyen cosa juzgada y son irrevocables por terceros, de otro lado, carecen del desinterés objetivo que resulta característico a la función jurisdiccional y el mismo Pleno podría revocarlas.

La concentración de poder ubica al Jurado en una posición de supremacía frente a los otros dos órganos electorales. Un poder sin equilibrios puede ser peligroso para el Estado de Derecho, y transformarse, en términos de MONTESQUIEU, en un lugar donde todo estaría perdido[466]. Las funciones innecesariamente compartidas con la Oficina de Procesos Electorales han provocado más de un conflicto competencial entre ellos en pleno proceso electoral[467]. Además, la búsqueda de la anuencia del Alto Tribunal sobre cada decisión preparatoria relevante que adopta ha venido ralentizando la actuación de los órganos administrativos (ONPE, RENIEC). Esta situación podría conducir a cumplir las predicciones de DUGUIT. Cuando dos o más organismos que se encuentran a la cabeza del Estado carecen de un vínculo claro, o de interdependencia y sin solidaridad, se les condena

---

466 "Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales, de los nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares", en: *Del espíritu de las Leyes*, 6º ed., BLÁSQUEZ, Mercedes y DE VEGA, Pedro (traductores), Madrid, Tecnos, 2007, p. 176.

467 Para el Diario El Comercio, "lo ideal, en todo caso, sería que, también como manda la Constitución, ambos organismos coordinen de una manera más cercana para ejercer sus atribuciones y evitar interferencias y duplicación de esfuerzos, lo que además de dañar su imagen hace flaco favor al sistema democrático", en: "Por un orden y eficiencia en las iniciativas para la reforma electoral y de los partidos", *Editorial del Diario El Comercio,* del 2 de octubre de 2008. Versión en línea disponible en: (http://www.elcomercio.com.pe/Edicionimpresa/Html/2008-10-02/por-orden-y-eficiencia-iniciativas-reforma-electoral-y-partidos.html) (2/08/2011)

"fatalmente a la lucha; y como de estos dos poderes uno estará necesariamente peor armado que su rival, éste absorberá a aquél"[468].

El ordenamiento jurídico tiene que prever los controles necesarios para garantizar la libertad. El principio de separación de poderes debe ser aplicado en toda la estructura del Estado incluyendo a la organización electoral. Una inteligente división de funciones al interior de ella detrayendo al Jurado toda aquella que sea de naturaleza administrativa-electoral e influya en los terceros. De esta manera, en primer lugar, se reduciría notablemente la probabilidad de que surja algún conflicto de competencias entre la el Jurado y la Oficina de Procesos Electorales. En segundo lugar, se encaminaría a consolidar al JNE como un auténtico juez electoral y a los otros órganos Electorales como Autoridades Administrativas electorales autónomas. En tercer lugar, se canalizarían los recursos económicos y humanos del Estado de una manera más eficiente, lo que no es poco, teniendo en cuenta que en un Estado como el peruano resulta imprescindible aprovechar los escasos recursos de que dispone para construir ciudadanía.

En tercer lugar, es indispensable ser implacable con la independencia jurisdiccional. La independencia del juzgador debe ser salvaguardada no sólo de los demás poderes públicos y de los otros órganos de la organización jurisdiccional. También de las propias veleidades producto de la opinión del juzgador. O la Corte Electoral es una jurisdicción plena y especializada en lo electoral o es un Tribunal Administrativo que se rige por los principios de la Administración Pública.

En cuarto lugar, y con independencia de su estructura, una organización electoral que funciona adecuadamente se convierte en garantía de unas elecciones libres y competitivas. Si opera con

[468] DUGUIT, León. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789,* PÉREZ TREMPS, Pablo (traductor), Madrid, CEPC, 1996, p. 132.

neutralidad e imparcialidad, obtiene legitimidad frente a los actores electorales (en particular, los partidos políticos), impulsándolos a observar tanto las reglas de juego escritas, como las no escritas. Si desarrolla un trabajo especializado, responsable y transparente genera confianza en la población, los candidatos en contienda, y los gobernantes de turno. El modo en que las instituciones electorales cumplan con sus funciones marca una diferencia en el rendimiento de las elecciones. Y es que en una contienda por el poder, las reglas electorales importan y mucho. Especialmente, cuáles sean las condiciones funcionales, de autonomía e independencia de las instituciones que conducen las elecciones.

En este contexto cabe preguntarnos si un recurso especializado en la defensa del derecho fundamental del sufragio es compatible con la estructura orgánica electoral que el Estado peruano ha adoptado. El capítulo tercero está destinado a este cometido.

CAPÍTULO III: EL AMPARO ELECTORAL Y LAS CONDICIONES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El vasto contenido del derecho de sufragio (expuesto en el primer capítulo de esta investigación) y de las funciones encomendadas a los órganos especializados que permiten su ejercicio (analizadas en la parte segunda) permiten afirmar que, en el Estado peruano, se otorga prioridad a las funciones que dicho derecho cumple en el afianzamiento del Estado Democrático, frente a su condición de derecho fundamental.

En el presente capítulo empezaré apuntando las características de la jurisdicción constitucional en el Perú que permitirán localizar el nacimiento del amparo electoral, el cual, según adelanto padece de cuestionamientos sobre su constitucionalidad. A continuación esgrimiré las razones por las que su presencia en el ordenamiento jurídico peruano resulta discutible, para terminar alegando a favor de su implementación y las condiciones que deberían rodear su configuración.

1. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Aunque el Estado peruano contó con un texto constitucional desde su ingreso a la vida republicana, los trazos del derrotero histórico de su supremacía como norma jurídica y del control constitucional del poder esbozan una línea continua de escasos altibajos, que sube con notoriedad en el periodo de transición democrática del año 2000. Los estudios de algunos profesores universitarios[469] permiten inferir que el control eficaz de la Constitución es de data reciente, y en la breve reseña histórica que acometo a continuación procuraré apuntar sus rasgos más destacados.

1.1. El control de constitucionalidad en la historia republicana

Desde su inauguración como República en el año 1822, el Estado peruano ha contado con doce Constituciones. Esta elevada cifra obedecería a que dichos textos intentaron encarnar las corrientes

---

[469] Me remito al detallado estudio del profesor César LANDA ARROYO. *Tribunal Constitucional y Estado democrático,* 3era. ed., Lima, Palestra, 2007, especialmente las pp. 42 y ss. También a los trabajos de los profesores: GARCÍA BELÁUNDE, Domingo. "Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979)", *Historia constitucional: Revista electrónica de de Historia Constitucional,* nº 4, 2003, disponible en: (http://hc.rediris.es/04/Numero04.html?id=03) (24-07-2011). También en: "De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal Constitucional", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional,* nº 3, 1999, pp. 121-156; "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", *Estudios de Teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú,* Raúl MORODO LEONCIO, DE VEGA, Pedro (coordinadores), vol. 2, Universidad Complutense, Madrid, 2001, pp. 1423-1436; "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", *La justicia constitucional a finales del siglo XX, Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional,* nº 6, 1998, (Huancayo-Perú, Palestra Editores), pp. 139-154; y, GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005", *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* Año 6, nº 2, 2008, pp. 371-398.

institucionales del gobernante de turno, más que la misión de crear conciencia ciudadana sobre el valor de la Norma Fundante. El respeto por su vigencia quedó en un segundo plano. No es casual que en la mayoría de los casos las convocatorias a asambleas constituyentes, así como las constituciones sancionadas por éstas han tenido por finalidad dotar de legitimidad a gobiernos de facto. Simón Bolívar (Constitución de 1826), Gamarra (con la Carta de 1839), Ramón Castilla (con la de 1856), Augusto B. Leguía (Constitución de 1920), o Alberto Fujimori (Constitución de 1993) son algunos de los ejemplos más emblemáticos. La República del Perú se ha caracterizado por ostentar gobiernos autoritarios en un número proporcionalmente mayor que el de sus gobiernos democráticos. Gobiernos militares que irrumpieron en la escena política con un golpe de Estado, como los de Odría o Velasco; gobiernos que aún seguían con las añoranzas del Antiguo Régimen monárquico, como el de Manuel Prado; o, gobiernos civiles que devinieron en dictaduras, como Augusto B. Leguía o Alberto Fujimori. De esta manera, el siglo XX presenció sólo seis gobiernos democráticos[470].

En sus inicios, el control de constitucionalidad adoptó claros tintes políticos. Así, en la Constitución Bolivariana o vitalicia de 1826 se otorgó al Senado funciones difusas de protección de la Constitución, aunque al igual que en el caso de la primera y efímera Carta de 1823, no se infiere la posición jerárquica que la Carta tuvo como norma[471]. En

---

[470] Los gobiernos de José Luis Bustamante y Rivero (1945-1948), de Fernando Belaúnde Terry (en sus dos periodos, 1963-1968 y 1980-1985), de Alan García (1985-1990), Valentín Paniagua, Alejandro Toledo (2001-2006) y el segundo periodo de Alan García (2007-2011). Si un historiador tuviera que analizar únicamente el siglo XX, tendría que decir que solo hubo cinco, debido a que el gobierno de Paniagua fue de transición democrática. Los demás civiles que gobernaron en aquella centuria estuvieron muy lejos de lo que es una democracia moderna y republicana, en: TORRES ARANCIVIA, Eduardo, *Buscando un Rey. El autoritarismo en la historia del Perú. Siglos XVI-XXI,* PUCP, Lima, 2007.

[471] El artículo 47 de la Constitución de 1826 dispuso en su numeral 4 que correspondía al Senado, la iniciativa de las leyes que repriman las infracciones de la

las de 1828, 1834 y 1839, el entonces existente Consejo de Estado velaba por la observancia de la Constitución y hacía efectiva la responsabilidad de los infractores. Sin embargo, los ausentes estudios sobre cómo aplicó el pasajero Consejo de Estado dicha disposición impiden obtener certeza sobre si el control llegó a llevarse a cabo. La siguiente, esta vez de 1856, determinaba que era "nula y sin efecto cualquiera Ley" en cuanto se opusiese a la Constitución (art. 10), pero el Consejo de Estado como órgano de constitucionalidad había sido eliminado, por lo que GARCÍA BELAÚNDE considera que esta disposición no tuvo eficacia alguna. Las de 1860, 1920 y 1933 asignaron al Congreso de la República la competencia sobre las infracciones de la Constitución[472]. En el anteproyecto de Constitución de 1931 se planteó tan solo la incorporación del control judicial de las leyes, pero lamentablemente, la propuesta no fue recogida.

El control de la Constitución de ser inexistente pasó a ser esencialmente político hasta 1936. Todo parece indicar que el papel protagonista de los Estados Unidos de América en la política internacional y su imagen atractiva como el país de las libertades (respaldada por la historia de su resistencia contra la opresión del imperio británico) ejerció un enorme influjo en los países que estaban procurando su descolonización o su construcción como Estado. Cuando el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936 ordenó que ante la "incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiera a la primera" recogía, por vez primera, el control

---

Constitución y de las leyes por los magistrados, jueces y eclesiásticos. Sin embargo, en el resto del texto constitucional no se recogió ninguna otra función relacionada al control de la vigencia de la Constitución.

472 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú…", ob. cit., p. XX. El artículo 26 de la Constitución de 1933 dispuso que "pueden interponerse reclamaciones ante el Congreso por infracciones a la Constitución" y el art. 123 facultaba al Congreso para "examinar las infracciones a la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores".

difuso de constitucionalidad, importándolo de la experiencia norteamericana.

Este precepto no habría tenido mucha eficacia, entre otras razones, porque se encontraba en un cuerpo normativo que regía las relaciones entre los particulares (en el ámbito del derecho privado y no en el que corresponde al derecho público). Además, en 1936 el gobierno dictatorial del presidente Óscar Benavides (que se inició en 1933 y que fue sucedido por casi treinta años de gobernantes militares) controlaba la judicatura impidiendo que este modelo de control se consolidase como una costumbre judicial. No obstante, este pariente cercano al *judicial review* fue desarrollado en la Ley Orgánica del Poder Judicial Nº 14506 de 1963 durante el gobierno del presidente civil Fernando Belaúnde Terry (1963-1968). Otra interrupción a la secuencia democrática, esta vez del gobierno militar del periodo 1968-1980, nuevamente habría impedido su aplicación[473].

Cuando esta prolongada etapa dictatorial concluyó, la élite política peruana decidió incorporar en el proyecto constitucional mayores garantías a la Constitución. Así, el constituyente de 1979 consagró el control difuso de constitucionalidad que, desde entonces, empezó a ser utilizado por los jueces. También decidió importar el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) de la experiencia española de la Segunda República, aunque como sabemos, la creación de un Tribunal Constitucional corresponda a la experiencia austriaca[474].

---

[473] GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005", ob. cit., p. 379.

[474] La recepción del sistema de justicia constitucional tendrá lugar en la post-guerra de 1919 por dos vías. La primera obedece a la articulación del Imperio Alemán y la Monarquía austro-húngara, la cual, concluye en la Constitución alemana de Weimar y un Tribunal al que se confían los conflictos entre los poderes constitucionales y entre los distintos entes territoriales de la organización federal. La segunda, se relaciona con el sistema austríaco que se consagra en la segunda post-guerra. Obra de Kelsen, expresada por vez primera en la Constitución austriaca de 1920 y perfeccionada en su reforma de 1929. Un Tribunal único que tendría en exclusiva la función de declarar la

Sin embargo, doce años de dictadura militar tuvieron como consecuencia una escasa demanda de procesos constitucionales y una magra jurisprudencia. A ello habría que añadir que, a juicio de LANDA, este Tribunal continuó acompañado del "positivismo legalista" que había caracterizado a toda la historia constitucional peruana. Este autor considera que el TGC no fue compatibilizado, ni con el control difuso de los jueces ordinarios, ni con el régimen presidencialista. Los poderes del Estado no llegaron a un consenso para su desarrollo y el presidencialismo había conducido a la justicia a su grado más alto de politización[475]. Entonces, no causa sorpresa que en este periodo que podríamos llamar de "adaptación" de la justicia constitucional, ésta no llegase a consolidarse. Sin embargo, cuando se promulgó la Carta vigente de 1993, la justicia constitucional adoptó un papel preponderante en su texto, entonces ¿qué impidió su consolidación?

El constitucionalismo social que encarnaba la Constitución de 1979 fue considerado como una obstrucción para el plan neoliberal del gobierno del presidente Alberto Fujimori Fujimori (erigido en su primer periodo de 1990-1995). El 5 de abril de 1992, el entonces Presidente de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura. Clausuró el Congreso de la República y destituyó a los magistrados de la Corte Suprema con el respaldo de las Fuerzas Armadas y el Servicio de Inteligencia. La Constitución de 1993 nació para darle cobertura democrática, revestir

---

inconstitucionalidad y expulsar del ordenamiento jurídico a aquellas leyes que fuesen incompatibles con la Constitución, en: LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional…,* ob. cit., p. 62 y ss. El fracaso del Estado de Derecho en Europa tuvo como corolario la instauración del control abstracto de constitucionalidad de las normas. Específicamente porque el legislador fue uno de los principales artífices de las violaciones de derechos humanos, cuando les retiró fundamentalidad permitiendo su derogación. Véase el trabajo de Otto BACHOF (*Jueces y Constitución,* BERCOVITZ, Rodrigo (traductor), Madrid, Civitas, 1985), quien hace un estudio sobre la concepción de los derechos fundamentales en la Constitución de Weimar de 1919 y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

475 LANDA ARROYO, César. *Tribunal…,* ob. cit., p. 100.

de legalidad el ejercicio de su poder, mantenerle en el gobierno (aunque este último fin estuvo encubierto hasta las siguientes elecciones); y expresó, jurídicamente, los programas político y económico del nuevo gobierno. Además de reforzar el presidencialismo con la introducción de la reelección presidencial y la reducción del Congreso de la República a una sola cámara, en el plano judicial, redimensionó "nominalmente" el sistema judicial existente, amplió las competencias del Tribunal Constitucional, otorgó al Jurado Nacional de Elecciones el carácter de máximo órgano en materia jurisdiccional electoral en medio de un diseño organizativo electoral tripartito; y supuestamente, despolitizó la elección de los magistrados de la Corte Suprema, al someter su nombramiento a un órgano técnico, el Consejo Nacional de la Magistratura[476].

La elevada aprobación popular del presidente Fujimori le permitió obtener la mayoría parlamentaria en el Congreso elegido con la nueva Constitución. Con los principales líderes políticos partidarios perseguidos, la oposición política era inexistente. En este contexto y en relación a la justicia constitucional, el Poder Ejecutivo mantuvo subyugada a la judicatura y al Tribunal Constitucional. Controló el nombramiento de jueces (interviniendo el Consejo Nacional de la Magistratura) y magistrados del TC (debido a su designación por la mayoría parlamentaria que era oficialista) y, con ayuda del Congreso de la República, introdujo una disposición en la Ley Orgánica del TC para bloquear los procesos de inconstitucionalidad. Impuso una mayoría calificada de seis votos conformes entre los siete magistrados para que una ley fuese declarada inconstitucional.

---

[476] En su análisis detallado sobre esta etapa de la historia política peruana, el profesor LANDA concluye que las aspiraciones participacionistas y modernizadoras de la nueva Constitución "sirvieron, en definitiva, para que primaran las decisiones fácticas del gobierno sobre el Derecho. Primacía que se logró apelando al estado de necesidad y urgencia de las reformas económicas y al liderazgo presidencial, abriendo así, aún más, la brecha entre la norma y la realidad, esto es entre la legalidad y la legitimidad constitucional", loc. cit., p. 88.

Estos ajustes dieron como resultado que en el año 1997 (durante el segundo y supuestamente último mandato del Presidente Fujimori 1995-2000), el Congreso de la República defenestrase a tres magistrados por impedir que el mandatario se postulara a un tercer periodo presidencial[477]. Como no designaron suplentes ni eligieron nuevos magistrados, bloquearon la eficacia de la justicia constitucional hasta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos repuso a los defenestrados en 2001[478]. En el año 2000 el ex presidente Fujimori fue elegido para un tercer periodo y luego destituido por un escándalo de corrupción. Entonces, se dio inicio al gobierno de la transición comandado por el presidente Valentín Paniagua Corazao en el que, a mi juicio, se inicia el desarrollo de la jurisdicción constitucional.

En este contexto histórico, es evidente que la jurisdicción constitucional nació como una necesidad frente al escaso respeto que tuvieron los gobiernos militares y dictatoriales por la norma constitucional y emulando modelos foráneos. Más que responder a un proceso evolutivo, responde a una necesidad de salvaguardar el texto constitucional. La

---

[477] El artículo Único de la Ley 26657, del 23 de agosto de 1996, interpretó de "modo auténtico" que la reelección a la que se refería el artículo 112 de la Constitución de 1993 estaba referida y condicionada a los mandatos presidenciales iniciados con posterioridad a la fecha de promulgación del referido texto constitucional. En consecuencia, "interprétase auténticamente" que en el cómputo no tenían que tenerse en cuenta, de forma retroactiva, los períodos presidenciales iniciados antes de la vigencia de la Constitución. Como el periodo de Alberto Fujimori se inició en julio de 1990, y la Constitución fue promulgada en el año 1993, el periodo de gobierno de 1995 a 2000 sería considerado como el primero, encontrándose habilitado legalmente para presentarse en el proceso electoral de 2000 para la etapa presidencial de 2000 a 2005. El TC sostuvo que la Ley de Interpretación no era un ordenamiento de aplicación general sino que se refería al caso concreto del mandatario quien había sido Presidente antes y después de la entrada en vigor de la Constitución de 1993. Luego, si se presentaba para un tercer período presidencial violentaría lo dispuesto en el artículo 112 constitucional. No obstante que cinco de los siete magistrados la consideraban inconstitucional recurrieron al control difuso porque la LOTC vigente (Ley 26435 Orgánica del Tribunal Constitucional de 10 de enero de 1995) sólo permitía su expulsión del ordenamiento con seis de siete votos. En: STC No. 002-96-I/TC del 3 de enero de 1997.

[478] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso de Aguirre Roca, Rey Terry, Revoredo Marsano *vs.* Perú de 31 de enero de 2001.

jurisdicción constitucional tuvo a la dictadura fujimorista como piedra de toque. A partir de entonces, su musculatura constitucional empezó a crecer, siendo el control constitucional entendido como tal, de data reciente.

1.2. La justicia constitucional: el modelo dual

El modelo peruano vigente bebe del *judicial review* norteamericano o también denominado sistema de control difuso, y del sistema austriaco o de control abstracto de constitucionalidad o concentrado europeo. Sistemas que responden a, de sobra conocidos, antecedentes históricos[479].

La adopción de un gobierno presidencialista era más compatible con el *judicial review* que, por definición, exigía la presencia de un Poder Judicial fuerte que ejerciera de real contrapeso al Poder Ejecutivo. Sin embargo, la creciente desconfianza hacia la judicatura y el incremento del poder del Ejecutivo sobre el Legislativo hizo necesaria la presencia de un Alto Tribunal, distinto y distante a la judicatura. Un garante fiable de la Constitución y, en particular, de la división de poderes (el

[479] La justicia constitucional en Europa tuvo un desarrollo distinto al norteamericano porque la democracia constitucional se forjó en la lucha por la implementación política de los principios liberales contra la monarquía. A ello obedecería que el Parlamento se fortaleciese como primer poder del Estado frente al Poder Ejecutivo y que el control judicial de las leyes estuviese vetado al Poder Judicial. También que mientras el control difuso de constitucionalidad surgiese para tutelar derechos civiles, el control concentrado nació para asegurar la democracia frente al peligro de los totalitarismos. De la abundante bibliografía que existe sobre jurisdicción constitucional, destacan los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* 4ta. ed., Navarra, Aranzadi, 2006, especialmente las pp. 60-64; AHUMADA RUIZ, Marian. *La jurisdicción constitucional en Europa,* Aranzadi, Navarra, 2005; GONZALEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro. *El Tribunal Constitucional,* Aranzadi, Navarra, 2000, particularmente las pp. 17-34. Entre los autores peruanos, destaca el estudio del profesor César LANDA ARROYO: *Tribunal Constitucional…,* ob. cit., pp. 47-72.

caso chileno presenta un antecedente similar)[480]. Como los Tribunales Constitucionales europeos se fortalecieron y se volvieron eficientes, fueron importados por algunos Estados latinoamericanos como Chile, Guatemala, Ecuador o Perú[481]. Otros, como Argentina, mantuvieron intacta la tradición norteamericana incorporando el control de constitucionalidad, a través de criterios jurisprudenciales de sus Supremas Cortes[482].

Tanto el modelo norteamericano como el europeo se aúnan en un diseño que ha sido calificado por GARCÍA BELAÚNDE como "dual" o "paralelo", porque permitiría la coexistencia de dichas vertientes sin que éstas se desnaturalicen y porque el juez constitucional no combinaría su posición de legislador negativo (jurisdicción concentrada) con su condición de Tribunal (jurisdicción difusa)[483]. Es decir, mientras el

---

480 BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. "Tribunal Constitucional (Chile)", *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica,* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2009, pp. 107-124, p. 109.

481 Las magistraturas constitucionales adquieren en América Latina cuatro variantes clasificadas por Eduardo FERRER MAC-GREGOR de la siguiente manera: a) Tribunales o *Cortes Constitucionales,* que se encuentran ubicadas fuera del aparato jurisdiccional ordinario (Chile, Perú, Ecuador, Guatemala); b) Tribunales o Cortes Constitucionales que se localizan dentro de la propia estructura del Poder Judicial (Bolivia y Colombia); c) Salas Constitucionales que pertenecen a las propias Cortes o Tribunales Supremos (El Salvador, Costa Rica, Honduras, Nicaragua, Paraguay y Venezuela); d) Cortes o Tribunales Supremos de Justicia, que paulatinamente han modificado sus competencias para realizar funciones de un Tribunal Constitucional aunque no de manera exclusiva (Argentina, Brasil, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay), en: "Presentación", *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica,* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2009, p. 11.

482 Pablo MANILI narra que fue en la causa *Calvete* (Fallos 1:340) donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación esbozó la doctrina por la cual se auto atribuye el rol de "intérprete final de la Constitución"; pero fue en los casos *Sojo* (Fallos 32: 120) y *Municipalidad c/Elortondo* (Fallos 33: 162) donde introdujo en el derecho argentino el control judicial de constitucionalidad de los actos de los demás poderes. Pero es la reforma constitucional de 1994 la que consolidará el control difuso de constitucionalidad en la Constitución Política. En: "Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)", *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica,* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2009, pp. 31-52.

483 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", *La justicia constitucional...,* ob. cit., pp. 139-154. También en: "La

judicial review permanece en el Poder Judicial, el control abstracto reside en el Tribunal Constitucional. Lejos, en apariencia, de un modelo evidentemente "mixto" como el mexicano, donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación concentra el poder de declarar la invalidez de las leyes con efectos generales y, al mismo tiempo, de aplicar el *judicial review* a través del juicio de amparo. Y no obstante a ser un Estado Federal altamente descentralizado, ningún juez ordinario puede dejar de aplicar una ley al caso concreto[484].

Ha reinado en la doctrina el consenso sobre esta concepción "dual" o "paralela" de la jurisdicción constitucional y es importante destacar que fue pionera y construida cuando pocos (o nadie) se animaban a escribir sobre jurisdicción constitucional en el Perú. Pero más allá de precisiones técnicas sobre cómo debería ser definida, considero que la evolución de los criterios jurisprudenciales de un ya maduro TC y la promulgación del Código Procesal Constitucional en 2005 introdujeron matices que impiden afirmar que el modelo peruano sea una confluencia purista de ambas vertientes. El modelo ha mutado y resulta imprescindible ser consciente de estas mutaciones antes de aproximarnos al amparo electoral.

No es un dato novedoso señalar que el Alto Tribunal también lleva a cabo el *judicial review* cuando conoce los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus o hábeas data. Tampoco, que ha inaplicado

---

jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", *Estudios de teoría del Estado*...ob. cit., pp. 1423-1436. El Perú no es una experiencia aislada, como vimos, también es posible apreciar esta doble concurrencia en Ecuador, Bolivia, Brasil y Colombia, con independencia de que cuenten o no con Tribunales Constitucionales, como los concibió originalmente el modelo kelseniano. En Colombia, por ejemplo, el control de constitucionalidad de las leyes se atribuye a una Corte Constitucional que forma parte de la estructura del Poder Judicial y al Consejo de Estado, en materia de decretos dictados por el Gobierno Nacional.

484 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alonso. "Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)", *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica,* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2009, pp. 319-320.

leyes pese a que el objeto del petitorio era la inconstitucionalidad de una ley y ante la imposibilidad de declararla inconstitucional. Un ejemplo notable de esta afirmación ocurrió cuando se demandó la inconstitucionalidad de la denominada Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112 CP, que permitía al entonces presidente Fujimori ser candidato presidencial por tercera vez. Tres de los magistrados, que luego fueron defenestrados por esta sentencia según recordamos en el punto anterior, declararon que la cuestionada ley era inaplicable a Alberto Fujimori, por ser inconstitucional. Pero un aporte aún más interesante al modelo vigente es la doctrina del precedente, según veremos en un momento.

1.2.1. El Tribunal Constitucional peruano

El Estado peruano cuenta con un Tribunal Constitucional consagrado como autónomo e independiente en la Carta de 1993, compuesto por siete magistrados elegidos por cinco años con el voto favorable de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso de la República y que ejerce de intérprete máximo del texto constitucional. Gozan de la misma inmunidad y prerrogativas, así como, de las mismas incompatibilidades que los Congresistas de la República.

A diferencia de constituciones como la española en la que una reserva de ley orgánica permite que el TC cuente con mayores funciones que las asignadas por la propia Carta (161.1.d CE), el art. 202 CP establece un listado cerrado. Examina la constitucionalidad de las normas con carácter exclusivo y excluyente. No de cualquiera de ellas (como ocurre en Chile, cuyo TC puede ejercer el control de la potestad reglamentaria), sino de aquellos preceptos que la propia Carta enuncia en su artículo

200.4 y a los que otorga rango de ley (decretos legislativos, decretos de urgencia, decretos leyes, ordenanzas regionales, ordenanzas municipales, tratados internacionales y el reglamento del Congreso de la República). Las expulsa del ordenamiento jurídico actuando como legislador negativo, cuando las considere incompatibles con dicho texto. Tampoco cuenta con un control preventivo o *ex ante* de constitucionalidad de las normas (como ocurre en Chile, o en Ecuador a solicitud del Presidente del Gobierno), el control es posterior. Tutela los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data; vela por la vigencia de la división del poder a través del conflicto competencial y de la acción de inconstitucionalidad. Finalmente, el proceso de cumplimiento (cercano a la acción contencioso-administrativa) le permite garantizar la vigencia de la constitución asegurando que la Autoridad Administrativa cumpla con su mandato legal. Ahora bien, este no es el lugar para estudiar una a una los procesos constitucionales que la Constitución peruana reconoce, sino para hacer una breve referencia que permita localizarnos en el contexto del amparo electoral.

Es de sobra conocido que el Constitucional es un tribunal no incardinado en el Poder Judicial y con función jurisdiccional plena, que decide en forma de sentencia, con arreglo a unas normas preestablecidas y siguiendo un procedimiento contradictorio sobre las pretensiones formuladas en términos de Derecho que le someten las partes legitimadas[485]. Sus sentencias son cosa juzgada, tienen plenos efectos frente a todos, y vinculan a los poderes públicos sin excepción[486].

---

[485] GARCÍA PELAYO, Manuel. "El status del Tribunal Constitucional", *Obras completas,* tomo III, Madrid, CEC, 1991, p. 30.

[486] Sobre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción constitucional me remito a los trabajos de: CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco y otros. *Jurisdicción y Procesos Constitucionales,* McGraw-Hill, Madrid, 1997; RUBIO LLORENTE, Francisco. "El Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 71, 2004, pp.

Su sola presencia en el ordenamiento jurídico encarna un mensaje a las autoridades públicas de que su margen de actuación discrecional es limitado y siempre subordinado al marco de reglas y principios constitucionales. La labor del Tribunal estaría destinada a controlar la constitucionalidad de toda la acción estatal y asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Carta[487]. Un control que será jurídico y no político, de acuerdo a los límites trazados por las normas constitucionales, y es que el control jurisdiccional es el único control que conlleva una auténtica vinculación jurídica[488].

Su existencia se sustenta en el remedio que el constitucionalismo propone contra los excesos del principio democrático o el uso abusivo del poder por parte de las mayorías en detrimento de las minorías. El tinte político de los enfrentamientos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo propicia que la balanza del resultado definitivo se incline hacia el partido que obtuvo la mayoría en el Parlamento o Congreso de la República, más que en función de las competencias que cada uno detenta. Los efectos de esta lucha se reflejarán en leyes o preceptos legales o actos de la Administración Pública inconstitucionales, resultados de pactos y componendas entre mayorías y minorías, que redundarán en la esfera de libertad de los particulares. El tránsito del Estado liberal a un Estado social, y con él, el giro de la concepción de la Constitución bajo el positivismo al constitucionalismo determinó que la Constitución se poblase de principios y valores, que los derechos

---

11-33; ABAD YUPANQUI, Samuel. "El Proceso Constitucional de Amparo", *Derecho Procesal Constitucional,* CASTAÑEDA OTSU, Susana (coord.), Jurista Editores, Lima, 2003, pp. 318-336; SIMON, Helmut. "La Jurisdicción Constitucional". *Manual de Derecho Constitucional,* BENDA, MAIHOFER, VOGEL Y HEYDE, 2da ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 823 -860; GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro. *El Tribunal...,* ob. cit.

[487] GARCÍA PELAYO, Manuel. "El status...", ob. cit., p. 2900.

[488] Véase el trabajo de ARAGÓN REYES, Manuel. "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *REDC,* año nº 6, nº 17, 1986, pp. 85-136.

fundamentales empezasen a ser concebidos como normas-principios y que todos ellos necesitasen de una concretización en casos concretos. El juez ordinario, antes vinculado de modo estricto a la ley al igual que la Administración Pública, empieza a interpretar y a crear derecho. El Poder Judicial resulta insuficiente para equilibrar aquellos excesos de poder, y en el caso de algunos Estados europeos como España, el argumento contramayoritario de su origen le niega la posibilidad de convertirse en su intérprete autorizado. Si bien este argumento no fue óbice para que en Norteamérica se adoptase el *judicial review,* era preciso que un tribunal supremo, como la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, unificase la interpretación constitucional y la fijase como precedente judicial a través del *stare decisis.*

Por eso, como escribe el profesor RUBIO la tarea de asegurar la adecuación de todo el ordenamiento a los principios formales y a los contenidos materiales de la Constitución "sólo puede ser desempeñada por un Tribunal cuya jurisdicción no esté circunscrita a sectores determinados del ordenamiento, que no sea Tribunal de "orden jurisdiccional" alguno, sino situado por encima de todos los órdenes[489]".

La principal objeción a su irrupción en la esfera de funciones de los otros poderes públicos sigue siendo el déficit democrático de su origen. Algunos autores han intentado disiparla acotando que la elección de sus magistrados es llevada a cabo por los representantes del pueblo (Parlamento o Congreso de la República), lo cual, les confiere una legitimidad democrática indirecta. Otros, atribuyen esta legitimidad a la naturaleza de sus actos, sin embargo, como bien acota HABERMAS, el legislador como representante del pueblo cuenta con todas las credenciales democráticas. Otras opiniones se decantan por ubicar su legitimidad en su condición de garante jurídico de la Constitución. De

[489] RUBIO LLORENTE, Francisco. "El Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 71, 2004, p. 32.

tal manera que el control de constitucionalidad se incorpora en el sistema de equilibrio de poderes "no como un contrapoder político, sino en la forma y sujeción procedimental de un control judicial"[490].

Esto significa que, de un lado, el TC no debe intentar sustituir al constituyente o ser su emisario[491]. De otro, que su condición de legislador negativo (en una sentencia de inconstitucionalidad) o de legislador positivo (en precedentes vinculantes o sentencias aditivas, a las que me referiré en breve) sea una consecuencia ineludible de su función de impartir justicia constitucional (que nuevamente lo conduciría, en mi opinión, a su calidad de garante jurídico); ya que el intérprete político del texto constitucional sigue siendo el legislador[492]. Le está vedado aportar una interpretación que conduzca a una restricción de la libertad conformadora del legislador más allá de los

---

[490] BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales,* REQUEJO, Juan Luis y VILLAVERDE, Ignacio (traductores), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 42.

[491] Una de las controversias más interesantes acerca de la naturaleza jurídica del Tribunal Constitucional ha sido la existente entre los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y ARAGÓN. El primero sostiene que a su función de intérprete supremo de la Constitución se trasladaría "la superioridad de la Constitución misma" (en: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.* 4ta. Edición, Navarra, Aranzadi, 2006, p. 210). El profesor ARAGÓN objeta que de una interpretación constitucional de la vertiente orgánica del principio democrático no se puede atribuir al Tribunal Constitucional la cualidad de "comisionado constitucional". Ser un comisionado implica actuar como el poder constituyente, en su propio nombre, frente a las posibles lagunas del texto constitucional. Es decir, "completando la que aquel poder dejó inacabada". El TC, es un poder constituido más, aunque supremo intérprete "jurídico" de la Constitución. La proyección de la Constitución, más no su desarrollo, y en consecuencia, el intérprete político supremo "capaz de realizar normativamente la Constitución", es el Parlamento (en: *Constitución y Democracia.* Tecnos, Madrid, 1989, pp. 119-120; también en: "La eficacia jurídica del principio democrático". *Revista Española de Derecho Constitucional.* Nº 24, 1988. págs. 9-45, p. 40.

[492] En su relación con el legislador el TC ha de llenar de contenido los preceptos constitucionales e interpretar las leyes conforme a ellos, expulsando del ordenamiento jurídico aquellas normas que contravengan la Carta Política, en: CANOSA USERA, Raúl. "Dificultades para la articulación de la Justicia Constitucional y la Jurisdicción Ordinaria en España", *Derecho Procesal Constitucional,* CASTAÑEDA OTSU, Susana (coord.), Jurista Editores, Lima, 2003, p. 128. Por eso, es definido como un "poder corrector" (GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional…,* ob. cit., pp. 151-152), un cuarto poder o un "legislador complementario" (SIMON, Helmut, "La Jurisdicción Constitucional"…ob. cit., p. 828).

límites establecidos por la Constitución[493]. Atrás ha quedado la discusión sobre si podía o no crear derecho, así como, las objeciones habermasianas contra el control abstracto de constitucionalidad y el juicio de ponderación (que concretiza preceptos constitucionales de textura abierta en casos concretos) por juzgarlos incompatibles con el principio democrático[494].

La progresiva consolidación del constitucionalismo invita al Alto Tribunal a construir derecho constitucional. Su función "tiene mucho más de constructora y de reparadora que de destructiva"; ya no circunscribe su labor a resolver casos, sino que además, procura fijar las reglas que prevengan la aparición de conflictos similares[495]. En la experiencia peruana, las muestras de activismo judicial en la construcción de nuevos derechos fundamentales por medio de la cláusula de los derechos implícitos, o de establecer auténticas reglas

---

493 El principio de corrección funcional obliga al Alto Tribunal a mantenerse en el marco de las funciones que le fueron encomendadas, sin modificar la distribución funcional que la Constitución lleva a cabo, a través de la interpretación o como resultado de ella. Este principio es particularmente aplicable a las relaciones entre el legislador y el Tribunal Constitucional ya que al segundo sólo le corresponde, frente a la ley, una acción de control, en: HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional,* Pedro CRUZ VILLALÓN (traductor), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 33-54

494 En relación al conflicto competencial, pese a que el Alto Tribunal interviene en el ejercicio de las funciones de otros poderes, esta intrusión se justifica porque media entre dos órganos que deberían cooperar. En el caso del control abstracto de constitucionalidad la mayor objeción se sustentaba en que debería ser el propio legislador quien contase con dicho poder de autocontrol. Ya sea a través de un tribunal compuesto por miembros del propio legislativo o por una comisión parlamentaria a través de un procedimiento institucionalizado.

495 AHUMADA escribe que "de los Tribunales Constitucionales no se espera *sólo* la pura defensa de la Constitución; de ellos depende algo más fundamental: que una Constitución sea capaz de generar "derecho constitucional". La función principal de un TC en democracias consolidadas, en un contexto de normalidad, no es el de expulsar del ordenamiento leyes inconstitucionales, tiene mucho más de constructora y de reparadora que de destructiva. Cuando la oposición a la Constitución (traición de los poderes constituidos) deja de ser un peligro inmediato, su garantía "puede plantearse en otro términos: no se trata simplemente de preservar la integridad de la Constitución, se trata más allá de esto de asegurar su eficacia, su cumplimiento activo, en definitiva, su "realización". (…). Es en la actuación de esta otra dimensión de la garantía de la Constitución donde se descubre el trascendente y delicado papel de los tribunales constitucionales en una democracia", en: *La jurisdicción constitucional en Europa,* Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 45, 48-51.

constitucionales en sus precedentes, o la construcción de criterios doctrinales en los fundamentos jurídicos de algunas de sus sentencias evidencian que el Constitucional apunta a ser más que un tribunal. Ambiciona convertirse en un legítimo referente del derecho constitucional. Veremos si esta tarea le está permitida en la materia electoral.

1.2.2. El modelo peruano de judicial review

Hemos adelantado en el capítulo segundo, en el apartado referido a la función jurisdiccional del JNE, cómo funciona el *judicial review* en el Perú. También hemos visto cómo es que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones se convierte en un auténtico juez constitucional electoral. Recordemos que, a juicio del supremo intérprete de la Carta Política, el Pleno tiene el poder para ejercer el *judicial review* y la facultad de emitir jurisprudencia vinculante en materia electoral. Sus resoluciones pueden convertirse en "precedentes" para los JEE y son oponibles a todos los poderes públicos[496]. Este intento de potenciar la jurisdicción electoral genera, a mi modo de ver, que el TC instaura un *stare decisis* constitucional electoral que, a diferencia de los jueces constitucionales, no contaría con un control posterior por el Constitucional. Este tema será materia de posteriores epígrafes, pero en este momento es preciso evaluar cuáles son las particularidades que el *judicial review* adopta en el ordenamiento jurídico peruano y cuáles serían sus consecuencias para la jurisdicción constitucional.

Aunque algunos autores discutan sobre si el pistoletazo de salida para la larga carrera que el *judicial review* ha tenido en la historia

[496] STC 2366-2003-AA/TC, del 6 de abril de 2004.

constitucional fue llevado a cabo por el juez inglés Coke en el célebre *Dr. Bonham's case*[497], sí es posible afirmar que la sentencia del juez Marshall sobre el caso *Marbury vs Madison* de 1803[498] da mayores

---

[497] Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que los orígenes del modelo difuso se remontan a principios del siglo XVII cuando, en el *Bonham´s case* de 1610, el juez Coke efectuó un control sobre la validez de las leyes considerando su posible anulación por ser contrarias a los principios fundamentales del sistema. No obstante, esta tesis pereció en el derecho inglés porque convirtieron el dogma de la soberanía del Parlamento (nacido de la lucha entre el Parlamento y el rey) en un principio central de la Constitución inglesa de la mano de la inmunidad judicial de las leyes (en: *La Constitución como norma…*, ob. cit., pp. 132-133). Fernando REY MARTÍNEZ, por el contrario, considera que no es en este caso donde se origina el *judicial review*. En primer lugar, porque la norma enjuiciada en este caso no era un *Statute* (una ley parlamentaria), sino la concesión por parte del monarca (a través de una *royal charter*) al Colegio de Médicos de Londres de un conjunto amplio de poderes regulatorios y sancionadores. La acción del juez Coke se dirige contra un acto del Rey, no del Parlamento. En segundo lugar, porque el célebre argumento del juez Coke sobre que el Colegio Médico sería juez y parte ("*The censors cannot be judges, ministers and parties. And it appears in our books, that in many cases, the common law wil control Acts of Parliament and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or imposssible to be performed")* se produce en un *obiter dictum*, no en la *ratio decidendi*, menos aún en la parte resolutiva de la sentencia. Además, esta norma no se oponía al *common law,* sino que, en sí misma, era *repugnant* (entendiéndola como inconsistente) y convivía con otras normas del *common law* del mismo nivel en un supuesto de contradicción entre normas en el tiempo. En suma, para este autor, Bonham resuelve un problema legal aunque luego haya tenido un impacto constitucional, en: "Una relectura del *Dr. Bonham' case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 81, 2007, pp. 1-19.

[498] Cuando en el célebre caso *Marbury vs. Madison* el juez Marshall apuntó que la Constitución era superior a cualquier acto ordinario del legislador y que los jueces debían hacer respetar su supremacía normativa consagró el denominado *judicial review* o control judicial de la constitucionalidad de las normas, en: Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América del 24 de febrero de 1803. En las elecciones de 1800 se produjo la derrota del partido Federalista dando paso al partido Republicano. Días antes del traspaso del poder, el presidente Adams nombró a algunos jueces que le permitieran controlar el Poder Judicial, entre otros, al juez William Marbury, como juez de paz del Distrito de Columbia, cuya nominación fue confirmada por el Senado. Un error se produjo en la notificación de los nombramientos y a algunos de los nuevos jueces no se les expidió su credencial. De modo que, ya bajo la presidencia de Jefferson, Marbury y los demás que no lo recibieron exigieron al nuevo secretario de Estado Madison que les entregase los nombramientos. Ante el caso omiso, Marbury recurrió directamente al Tribunal Supremo pidiéndole que ordenase a Madison expedir los nombramientos (mediante un *writ of mandamus*). El Tribunal Supremo afirmó que Marbury tenía derecho a su nombramiento y que el Secretario de Estado Madison no se lo podía negar. Sin embargo, apuntó que el Tribunal no era competente para expedir un *writ of mandamus* y que la *Judiciary Act* de 1789 que disponía que el Tribunal Supremo era la primera instancia para conocer de estas causas era inconstitucional porque modificaba el ámbito de competencias establecido por la Constitución. En consecuencia, declaró nula esta ley. La sentencia no tuvo efectos prácticos porque no se le concedió lo solicitado, pero es de suma importancia porque recordó la prevalencia

pistas sobre la concepción original del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. También, que en el Derecho norteamericano el *judicial review* haya quedado reservado a los jueces[499].

El derecho peruano ha adoptado otro derrotero. La Constitución de 1993 confiere al juez de toda jurisdicción (no sólo al de la vía procesal constitucional) el poder de no aplicar a una causa judicial, cualquier norma que resulte manifiestamente incompatible con la Constitución. En una sentencia pueden ocurrir dos cosas: que el juez establezca una interpretación del precepto cuestionado que sea compatible con el texto constitucional, o que decida no aplicarlo al caso concreto por considerarlo manifiestamente incompatible con la Norma Fundamental. Todo este análisis tendrá, siempre, a una controversia específica como punto de partida.

El progresivo reconocimiento de función jurisdiccional a órganos distintos a la judicatura trajo consigo la ampliación de la titularidad

---

de la Constitución sobre las leyes y porque estableció el poder del Tribunal Supremo para controlar la constitucionalidad de las leyes. En: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América,* CEPC, Madrid, 2005, pp. 87-115.

[499] Famosa es ya la alocución del Juez Marshall en el caso Marbury vs Madison sobre lo que luego se denominará el control difuso de constitucionalidad: "Si una ley contraria a la Constitución es nula ¿vincula pese a su invalidez, a los Tribunales, de manera que están obligados a aplicarla? O, en otras palabras, aunque tal Ley no constituye Derecho ¿rige y se aplica como si fuera Derecho vigente? (…) Sin ningún género de duda, la función y la responsabilidad del poder judicial consiste en determinar qué es y cuál es el derecho. Aquellos que aplican el Derecho a los casos particulares deben por necesidad explicar e interpretar las normas. Si dos normas entran en conflicto, los Tribunales deben decidir cuál es la aplicable al caso. De este modo, si una Ley está en contradicción con la Constitución, y si ambas, la Ley y la Constitución se aplicaran a un caso particular, entonces el Tribunal debiera decidir este caso de conformidad con la Ley, rechazando la constitución, o de conformidad con la Constitución, rechazando la ley. El Tribunal debe determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso. Éste es el verdadero sentido de la función judicial. Si los Tribunales deben tomar en consideración la Constitución y la Constitución es superior a cualquier Ley ordinaria que haya aprobado el poder legislativo, será entonces la Constitución y no la referida Ley la que resolverá la controversia a la cual las dos podrían en principio aplicarse" (los subrayados corresponden a la autora), loc. cit., pp. 111-112.

sobre el control difuso recogido en el art. 138 CP, según el cual, "(…) en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. (…)". El TC interpreta que, si bien este precepto está ubicado en el capítulo correspondiente al Poder Judicial, la facultad que contiene corresponde a quienes ejercen función jurisdiccional plena. Es decir, al Jurado Nacional de Elecciones, al Poder Judicial y al propio Tribunal Constitucional. Inicialmente, excluyó de modo expreso a los órganos "de naturaleza o competencias eminentemente administrativas" de este listado. Luego cambió de opinión[500]. A través de un precedente constitucional incluyó a los Tribunales Administrativos de ámbito nacional en el listado de órganos con poder para ejercer el *judicial review.* En su opinión, éstos ejercen función jurisdiccional y:

> "si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda

[500] En la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Defensor del Pueblo contra la Ordenanza N° 003 aprobada por el Concejo Distrital de San Juan de Lurigancho, el TC consideró que los órganos administrativos no podían "arrogarse una potestad, como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales que la Constitución no les ha conferido de modo expreso e inobjetable" (en: STC 0007-2001-AI/TC, del 9 de enero de 2001, FJ. 3). Años después, el señor Ramón Salazar Yarlenque demandó a la Municipalidad de Surquillo por exigirle el pago de una tasa para impugnar una sanción administrativa. El TC razonó que esta tasa atentaba contra los derechos de defensa y al debido procedimiento. A su juicio, la Autoridad Administrativa vulneró el derecho a la tutela procesal efectiva porque omitió cuestionar la constitucionalidad de esta norma, omitiendo además, su inaplicación al caso concreto. Estableció como precedente que "todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38º, 51º y 138º de la Constitución". Además, determinó cuáles serían los supuestos para que estos tribunales administrativos u órganos colegiados efectuaran dicho control difuso (en: STC 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005, FJ. 50). Cabe agregar que, si bien el Alto Tribunal no ha emitido un segundo precedente modificándolo, se aprecia que en una de sus sentencias posteriores esgrimió como fundamento jurídico que "en el presente caso no era necesario agotar la vía administrativa en razón de que la Administración se encuentra impedida de efectuar el control difuso" (en: STC 06323-2008-AA/TC del 20 de octubre de 2009, FJ. 4). Por ello, el magistrado César Landa Arroyo mostró su voto discrepante respecto de este fundamento, declarando que dicha interpretación transgredía el precedente constitucional.

> únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial"[501].

El Tribunal Constitucional introduce como norma una interpretación lata sobre la titularidad del control difuso de constitucionalidad. En su opinión, de este modo estaría extendiendo los alcances de la fuerza normativa de la Constitución y la tutela efectiva de los derechos fundamentales. En su fundamentación sí que tiene presente al principio de legalidad y a la consecuente vinculación positiva de la autoridad administrativa a las leyes. Pero, no lo considera un elemento problemático para que los Tribunales Administrativos inapliquen normas inconstitucionales a las cuales se encontrarían vinculadas. Descarta una interpretación estricta de dicho principio recurriendo a la supremacía normativa de la Constitución[502]. Un argumento que, desde mi punto de vista, lo condujo a perder la perspectiva y al extremo de entender que todo órgano administrativo podía y debía llevar a cabo el *judicial review*. Afortunadamente, a través de una resolución aclaratoria dio un paso atrás restringiendo dicho poder a los Tribunales Administrativos de alcance nacional. Es decir a los Tribunales que "imparten "justicia administrativa" con *carácter nacional,* adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados"[503].

Ahora bien, no es posible entender esta tendencia del Constitucional sin mencionar brevemente que el crecimiento de la inversión privada en el campo de los servicios públicos promovido por la Constitución de 1993

---

[501] STC 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005, FJ. 17.

[502] Recurrió al concepto de principio de legalidad recogido en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Nº 27444 (norma que rige para la actuación de todas las autoridades públicas), según el cual, "las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas" (numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar).

[503] Resolución aclaratoria del 13 de octubre de 2006.

determinó la toma de conciencia sobre derechos "dormidos" (como los derechos del consumidor, derecho a tarifas justas, a recibir publicidad no engañosa, o a una competencia leal en el mercado) pero "despertados" por la creciente economía de mercado. Ante una judicatura desbordada por la carga judicial, el Estado optó por crear organismos reguladores de la mano de Tribunales Administrativos que resolviesen conflictos entre los usuarios y las Empresas Prestadoras de Servicios[504]. Los reguladores se convierten en una bisagra entre los usuarios y el desborde estatal permitiendo un equilibrio de poderes. El Alto Tribunal no fue ajeno a estos cambios sociales. Aunque, en mi opinión, cuando permitió que el Ejecutivo desconociera los actos del legislador, el Alto Tribunal superpuso la siempre interpretable fuerza normativa constitucional al principio de separación de poderes.

Este es un tema que podría dar lugar a discusiones apasionadas, pero no es el lugar para detenerme en analizar si la Administración Pública u otros jueces distintos al ordinario deberían o no detentar dicho poder. Sí es importante resaltar la visión que el supremo intérprete tiene del constitucionalismo y del principio democrático. Controlar el ejercicio

---

[504] En la STC 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, el Tribunal Constitucional analizó el modelo económico consagrado por la Constitución de 1993 precisando los principios constitucionales que lo informan (Estado social y democrático de derecho, dignidad de la persona humana, igualdad, economía social de mercado, libre iniciativa privada y actuación subsidiaria del Estado en la economía), las libertades patrimoniales que garantizan el régimen económico (los derechos a la propiedad y a la libre contratación, las libertades de trabajo, de empresa, de comercio y de industria), los derechos de los consumidores y los usuarios, la función vigilante, garantista y correctora del Estado y, el rol de los organismos reguladores. También los define señalando que "a dichos organismos autónomos compete, dentro de sus correspondientes ámbitos sectoriales, la supervisión, regulación y fiscalización de las empresas que ofrecen servicios al público, así como la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar, en caso de que los oferentes de servicios contravengan las disposiciones legales y técnicas que regulan su labor, o quebranten las reglas de mercado que garantizan una competencia eficiente y leal. Deben, asimismo, actuar con eficiencia en la solución de toda controversia que pudiera presentarse en el sector que les compete", FJ XX. Véase además los arts. 31 y 32 de la Ley 29158 del Poder Ejecutivo publicada el 21 de diciembre de 2007 que los declara administraciones independientes adscritas a Presidencia de Consejo de Ministros; así como, la Ley 27332, Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.

arbitrario del poder (consigna del constitucionalismo) gana un peso mayor que el respeto por la producción legislativa (una de las principales manifestaciones del principio democrático). Empodera al primero acercando al modelo peruano más a la vertiente norteamericana y alejándola de la continental. Tal es así, que en una resolución aclaratoria del aludido precedente facultó a los Tribunales Administrativos a ejercer el *judicial review* "de oficio" en aquellos casos en los que se aplicase una disposición de modo que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el TC, o cuando vulnere un precedente[505].

De otro lado, como recordaremos, el texto de la Constitución norteamericana de 1787 no ha sido formalmente modificado, pero su literalidad ha sido alterada por las sucesivas mutaciones efectuadas por el *judicial review.* Al atribuir a los jueces y, particularmente, al Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica la tarea de preservar el derecho "fundamental", AHUMADA sostiene que "se les habilita a ignorar los contenidos "temporales" de la Constitución, o las determinaciones circunstanciales que no están llamadas a perdurar (…)"[506]. Como el fin de este poder es superar la rigidez de la Constitución y que ésta se convierta en un instrumento capaz de ajustarse a los cambios sociales sin modificarse, los métodos para su interpretación se alejan del estrictamente literal. Una modalidad de mutación constitucional que JELLINEK alabó en su momento, considerando que los jueces eran unos auténticos legisladores constitucionales[507]. Esto querría decir que, aún cuando inicialmente fue

---

[505] Resolución aclaratoria del 13 de octubre de 2006, FJ. 7.

[506] AHUMADA RUIZ, Marian. *La jurisdicción constitucional…,* ob. cit., p. 23.

[507] "Son incomparablemente más instructivas que todas las mutaciones constitucionales, en debate, (…) aquéllas que sin una repentina conmoción del Estado, sin plena destrucción del orden estatal vigente, muestran "como resultado final", la completa reconstrucción del mismo. Para que esto se produzca se necesita mucho tiempo y la actuación de poderosas fuerzas históricas. (…) (las Constituciones) pueden

considerado como una anomalía en la democracia norteamericana, el *judicial review* ha pasado a convertirse en un instrumento central del control de constitucionalidad de las leyes y para el funcionamiento del sistema democrático, contribuyendo notablemente con el desarrollo de los derechos civiles[508].

En esta línea, es posible que la expansión del *judicial review* responda a una tendencia de ir hacia una mayor constitucionalización de la problemática democracia peruana, caracterizada aún, por una casi cíclica vocación dictatorial. Jueces ordinarios, jueces militares, jueces constitucionales, jueces electorales, y miembros de Tribunales Administrativos pueden cuestionar la constitucionalidad de un acto del Congreso de la República y su interpretación tiene efectos sobre terceros. Sin embargo, esta tendencia no necesariamente podría proporcionar los resultados esperados, e incluso, podría generar un efecto inverso del querido por el supremo intérprete. A mayor número de guardadores, mayor podría ser el número de interpretaciones autorizadas del texto constitucional. El riesgo de este criterio es que la tan pretendida fuerza normativa de la Norma Fundante, más que verse fortalecida, podría diluirse y debilitarse. Al menos, al nivel de la Administración Pública donde, de acuerdo a otra sentencia del Alto Tribunal, un órgano administrativo de primera instancia podría ejercer el control del principio constitucional de separación de poderes, sin elevar en consulta su resolución a una segunda instancia[509].

---

morir porque el valor de sus instituciones cae tan bajo que nadie ya las desea, de modo, que, al cabo, ya no se encuentran hombres que quieran poner su voluntad a su servicio, en: *Reforma y mutación constitucional,* FÖRSTER, Christian (traductor), Madrid, CEPC, 1991, pp. 56-57.

508 La profesora AHUMADA considera que la consolidación del *judicial review* ha determinado una constitucionalización de los excesos democráticos aunque no necesariamente sea la panacea. El *judicial review* ha contribuido notablemente al desarrollo de los derechos civiles o a la erradicación progresiva de males perversos como la discriminación racial, en: *La jurisdicción constitucional…* ob. cit., p. 155 y ss.

509 En la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad de Lima contra la Ley 28996, el TC adujo que la norma impugnada establecía una serie de

De esta manera, se puede apreciar, en primer lugar, una dispersión del control difuso de constitucionalidad. Una tendencia a la expansión del *judicial review,* que traduciría, en mi opinión, un impulso al activismo jurisdiccional y a los posibles beneficios que una justicia inmediata podría proporcionar. Esta expansión se sustentaría en una concepción amplia de lo que deberemos entender por órgano jurisdiccional, en función al control de constitucionalidad que éste lleva a cabo en el ejercicio de la correspondiente función jurisdiccional. El TC apela a la dimensión material o sustantiva de la función jurisdiccional aparcando la objetiva. En segundo lugar, se aprecia que el Alto Tribunal es proclive a conferir "un mayor nivel" de protección a sus precedentes que a los actos legislativos, priorizando el constitucionalismo sobre el principio democrático. Alcanza niveles constitucionales cuando en el caso del amparo electoral los superpone a la literalidad de la Norma Fundante (específicamente a los artículos 142 y 181 CP), según examinaré a continuación, a través de su jurisprudencia más emblemática.

---

facultades exorbitantes a favor de la Comisión de Acceso al Mercado del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), desconociendo el principio de separación de poderes, la jerarquía normativa establecida en la Constitución y las competencias que le corresponden a cada órgano de gobierno. El artículo 3 de la Ley 28996, Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada, modificatoria del artículo 48 de la Ley 27444 habilitaba a dicha Comisión del INDECOPI (órgano de primera instancia) a aplicar el control difuso de constitucionalidad respecto a decretos supremos, resoluciones ministeriales, normas municipales o regionales de carácter general que instauren barreras burocráticas. El Tribunal declaró infundada la demanda, y confirmando su precedente, declaró que si bien era un órgano de primera instancia el que podía inaplicar normas sin necesidad de elevar su decisión en consulta a la Sala del Tribunal, el recurrente siempre podía apelar. Agregó un elemento adicional que denominó: "principio de competencia excluyente", según el cual estos órganos administrativos pueden dejar de aplicar una ordenanza municipal frente a una ley nacional (pese a que la Constitución les confiere el mismo rango), en función a las competencias exclusivas que el bloque de constitucionalidad otorga al gobierno nacional. En suma, también autoriza a esta Comisión del INDECOPI a resolver un conflicto de competencias cubierto bajo una antinomia normativa, en: STC 0014-2009-pi-tc del 25 de agosto de 2010.

1.2.3. El precedente como instrumento normativo de la jurisdicción constitucional

Una de las consecuencias derivadas de adoptar un modelo (que por ahora seguiremos denominando "dual") de jurisdicción constitucional ha sido la introducción de la doctrina del precedente. El precedente constitucional es un instrumento que ha permitido al Alto Tribunal pasar de un no menos importante legislador negativo a ser un auténtico legislador positivo. Aunque un tiempo antes de que el legislador la instaurase, el TC había opinado que podía legislar por medio de sus sentencias denominadas "manipulativo-interpretativas-aditivas"[510]. A través de los precedentes, entre otras medidas importantes, dotó de titularidad del control difuso a órganos distintos al Poder Judicial[511], estableció los límites procesales del amparo laboral modificando, en la práctica, parte de la estructura organizativa de la judicatura[512], y entrando un poco en nuestro tema, creó el amparo electoral.

---

[510] En la demanda de conflicto de competencias presentada por el Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, el primero adujo que el segundo había invadido sus competencias en materia presupuestaria al presentar el Proyecto de Ley Anual del Presupuesto del Sector Público para el año 2005 al Congreso de la República excluyendo el monto total que presentó el Poder Judicial conforme al art. 145 de la Constitución. Previo al fallo, el TC fijó posición acerca de la tipología y los efectos de la jurisprudencia constitucional. Entre las sentencias estimativas, reconoció a las sentencias de simple anulación, las sentencias interpretativas propiamente dichas y las sentencias interpretativas-manipulativas (normativas). En esta tercer grupo ubicó a las sentencias aditivas, definiéndolas como aquellas en donde el juez constitucional determina la presencia de una "inconstitucionalidad por omisión legislativa", por lo que, "procede a "añadir" algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional". Declarar la inconstitucionalidad de "lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar". Por ello es que el órgano de control amplía o extiende su contenido normativo, "permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados o ensanchando sus consecuencias jurídicas". En opinión del TC, las omisiones legislativas usualmente afectan el principio de igualdad, y las sentencias aditivas tendrían por finalidad combatirla. Ahora bien, la norma añadida no se derivaría de la discrecionalidad judicial, sino que surgiría "de la interpretación extensiva, de la interpretación sistemática o analógica", en: sentencia 004-2004-CC/TC del 31 de diciembre de 2004, FJ. 1.

[511] STC 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005.

[512] STC 0206-2005-PA/TC, del 28 de noviembre de 2005.

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional peruano, Ley 28237 dispone que:

> "Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparte del precedente".

La doctrina del precedente se encuentra emparentada con el *stare decisis* norteamericano. Tiene sus orígenes en Inglaterra, vinculada al positivismo jurídico de Bentham, pero alcanza su mayor desarrollo y compatibilidad con la doctrina de la *living constitution* en el derecho norteamericano. El derecho solo será útil en la medida que sirva con eficacia para resolver problemas concretos. La tensión entre tradición y cambio es lo que se encuentra en el corazón de la doctrina del *case law*. El precedente es su fuente primaria, en torno a la cual, ha girado su evolución. Las generaciones presentes deben ser gobernadas a través de reglas que reflejen sus propias necesidades y sus propios cánones de valores, por ello los precedentes pueden estar sometidos a una constante revisión. Sin embargo el proceso de adaptación es gradual para asegurar una estabilidad del sistema jurídico. Cuando cambian las reglas sociales, debe cambiar el Derecho para ajustarse a ellas, y la regla del *stare decisis* permite que esas reglas sean seguidas por los demás órganos judiciales, o lo que el Tribunal Constitucional llama, la política jurisdiccional[513].

---

[513] Un trabajo exhaustivo sobre el origen y desarrollo del precedente constitucional es la tesis doctoral de Ana Laura MAGALONI KERPEL que se vio reflejada en *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano,* Mc Graw Hill, Madrid, 2001. A ella me remitiré en este apartado.

Únicamente el Tribunal Constitucional puede establecer precedentes constitucionales[514], y no la Corte Suprema de la República (el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el modelo norteamericano) ni las Cortes Superiores de Justicia (a diferencia del modelo originario donde los Tribunales Federales de Apelación, sí pueden hacerlo). De otro lado, en el derecho norteamericano, la materia constitucional es una de las que puede ser incorporada en un precedente vinculante; en el caso peruano, sólo ella forma parte de los precedentes[515]. Sin intentar que esta idea sea una simplificación del complejo sistema judicial norteamericano, es posible que la diferencia central entre ambos radique en la concepción del precedente.

El Alto Tribunal entiende esta facultad como una doble función (similar al *stare decisis*): de un lado, resolver conflictos y, de otro lado, establecer la "política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de los jueces del Poder Judicial y del propio Tribunal

---

514 El artículo 3º del Código Procesal Constitucional dispone que así no sean impugnadas las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. Recibirán el mismo tratamiento aquellas resoluciones judiciales de segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no se presente medio impugnatorio alguno. En todos estos casos, los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional "para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece". Esto quiere decir que no sólo se impide a los tribunales de inferior jerarquía al TC que establezcan un precedente constitucional (tomando distancia del *stare decisis,* donde los tribunales de apelación o segunda instancia podrían llevarlo a cabo) restringiéndose su interpretación al caso concreto, sino que además, se les exige que eleven en consulta sus decisiones.

515 En el capítulo II dedicado a los principios básicos del *case law,* MAGALONI expone la estructura organizativa de los tribunales norteamericanos así como los tipos de precedentes, explicando que no todos aquellos serán de observancia obligatoria. Todo dependerá de cuál sea la instancia que lo emita (en primera instancia, por ejemplo, no existe vinculatoriedad alguna), y el tipo de precedente (si es vinculante o persuasivo). De acuerdo con ella, en el derecho norteamericano existen tres clases de precedentes según el contenido: Si el juez aplicó la Constitución como norma decisoria del litigio; su sentencia constituye un precedente constitucional. Si acudió al derecho legislado será un precedente legal; pero si se basó en las decisiones del *common law,* su sentencia será un *common law precedent.* No obstante el método para su aprobación es el mismo en todos los casos, en: *El precedente constitucional…,* ob. cit., p. 42.

Constitucional en casos futuros"[516], es decir, crear Derecho. Además, el Alto Tribunal sólo podrá cambiar sus contenidos a través de un segundo precedente y atendiendo a razones debidamente fundamentadas. Esto significa que el TC adopta tanto la dimensión vertical (vinculación de jueces constitucionales y de toda la judicatura al precedente), como la dimensión horizontal (autovinculación) del *stare decisis*[517]. Sin embargo, a diferencia del Derecho norteamericano, la vinculación no se circunscribe a los estamentos jurisdiccionales ante quienes puede hacerse valer, por medio de un nuevo caso. Como los precedentes constitucionales se edifican a partir de una sentencia que tiene la condición de cosa juzgada y presentan un extremo normativo que será delimitado y especificado por el Tribunal, éstos se convierten en auténticas leyes que obligan a todos los poderes públicos (en este punto, se aproxima, más bien, al derecho continental)[518].

---

[516] STC 03741-2004-AA/TC, del 10 de octubre de 2006, FJ. 36.

[517] "La vinculación vertical al precedente opera de modo estricto: los tribunales inferiores no pueden modificar ni revocar la doctrina establecida por los tribunales superiores con jurisdicción para revisar sus sentencias. En cambio, tratándose de la autovinculación al precedente, el *stare decisis* establece una obligación condicional: los propios precedentes vinculan siempre que no existan razones sustantivas para apartarse de ellos y así renovar la doctrina", en: MAGALONI…, *El precedente constitucional…,* ob. cit., p. 42.

[518] En la STC 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005, el TC delimitó el significado del precedente, su objetivo y contenido, sus elementos, condiciones, la oportunidad de su aprobación o modificación y sus efectos. Así, el precedente constitucional es "aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. (…) Tiene (…) efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos". Más adelante, en la misma sentencia, precisará que en cuanto a los efectos personales de la sentencia que contiene un precedente, estos alcanzan tanto a las partes vinculadas al proceso constitucional, como a "la ciudadanía general y los poderes públicos. En ese contexto, los citados quedan "atados", en su comportamiento personal o funcional, a las reglas y decisiones que una sentencia constitucional declare como precedente vinculante". Lamentablemente no es posible precisar los fundamentos jurídicos correspondientes porque éstos no han sido enumerados en la sentencia citada.

Siguiendo con esta diferenciación, entendemos que en el derecho norteamericano los tribunales de apelación irán adoptando una posición maximalista o minimalista atendiendo al caso en cuestión. El maximalismo en una sentencia se preocupa por la continuidad, la certeza y la predictibilidad del derecho (resuelve el caso de modo abstracto); y el minimalismo enfatiza la flexibilidad, el dinamismo y la capacidad de adaptación del *case law* a los nuevos escenarios sociales (o sea, de resolver el caso enfocándose en las particularidades fácticas del asunto en cuestión)[519].

En el caso peruano, los precedentes tienen una vocación, más bien, maximalista. En cuanto a los obligados, a los jueces no les está permitido introducir ajustes jurisprudenciales al precedente, ni tener en consideración los aludidos cambios en los escenarios sociales que sí se permite en el derecho norteamericano[520]; menos aún, a los restantes poderes públicos o a los particulares. De esta manera se tiende más a la unificación jurisprudencial y, en menor medida, al dinamismo característico del derecho norteamericano. En cuanto a las sentencias del Alto Tribunal, cuando éste pretende establecer un criterio doctrinario de obligada referencia, recurrirá a la noción de

---

[519] En el corazón del debate sobre la doctrina del precedente se encuentra dos formas de concebir el poder normador de los tribunales y la constante tensión entre lo abstracto y lo concreto, o entre cambio y continuidad. Sin entrar en los distintos términos utilizados para poder hacer referencia a las posiciones antagónicas de este debate, MAGALONI adopta los términos de maximalismo y minimalismo tomándolos de SUSTAIN ("*Leaving things Undecided",* Harvard Law Review, vol. 110, 1996, pp. 6 y ss.) y concluye que el minimalismo significa "*dinamismo y flexibilidad* en el desarrollo de la doctrina judicial vinculante", en cambio el maximalismo, "es un mecanismo que intenta afianzar la *certeza y continuidad* en la dinámica del sistema de precedentes, en: *El precedente constitucional…,* ob. cit., pp. 89 y ss., en particular, p. 115.

[520] En esta misma línea se encuentra el profesor ESPINOSA-SALDAÑA quien sostiene que la doctrina del precedente instaurada por el TC es una postura maximalista, porque apunta a resolver cuestiones jurídicas controvertidas de modo abstracto y general, sin atender en forma detallada a las particularidades fácticas que rodean el caso. El caso sólo podría plantear una de las concretizaciones varias que podría adoptar el precepto constitucional interpretado, en: "El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana", *Estudios Constitucionales,* Nº 1, Talca, Universidad de Talca, 2006, pp. 67-96.

jurisprudencia constitucional, a la que sin restar "fuerza vinculante", le atribuye un "rango menor" que al del precedente[521]. Cuando lo que pretenda sea dotar a su criterio de un carácter universal y obligatorio, recurrirá al precedente. A través de él, el TC se convierte en un legislador positivo. El precedente, aunque forma parte de la *ratio decidendi* de la sentencia, deja de ser sólo un fundamento jurídico para convertirse en un criterio de contraste, en material normativo, cuya aplicación será obligatoria a futuro.

Ahora bien, esta modalidad de ley positiva tiene algunas condiciones que merece la pena traer a cuenta. La primera de ellas deriva de su naturaleza binaria (similar al *judicial review*) de ser un producto de la concreción de una causa y de la pretensión de universalización de la regla adoptada para solucionar un conflicto[522]. La regla que el TC

---

[521] En la STC 05961-2009-PA/TC del 4 de junio de 2010, el TC pone orden frente al desacato elevando de rango su jurisprudencia a precedente. En los seguidos por transportes Vicente, Eusebio, Andrea SAC contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el TC hace un recorrido por su jurisprudencia sobre la importación de vehículos automotores usados para concluir que es "uniforme, clara, precisa y reiterada, por lo que no cabe emitir una sentencia de unificación" y que las normas cuya constitucionalidad se cuestiona, han sido declaradas como constitucionales (FJ 10). Sin embargo y pese a que por el artículo VI del Título Preliminar del CPC toda la judicatura se encuentra vinculada a la jurisprudencia del TC, algunos jueces estaban inaplicando a casos concretos los preceptos cuestionados. Como los operadores jurídicos hacen caso omiso a la jurisprudencia, el TC decide "elevar el rango" de su jurisprudencia a precedente vinculante, aplicando el presupuesto a) del precedente establecido en la STC 0024-2003-ai/tc (Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios).

[522] Robert ALEXY considera que el fundamento del uso del precedente lo constituye el principio de universalidad, o la exigencia que es el sustrato de toda concepción de la justicia en su dimensión formal "de tratar de igual manera lo igual", en: *Teoría de la Argumentación Jurídica,* ATIENZA ESPEJO, Juan (traductor), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 262. Para Marina GASCÓN, el precedente será una "regla fundamental de la argumentación racional que ordena no tanto una mimética fidelidad a las resoluciones anteriores, sino más bien la realización de un ejercicio de universalización tendente a garantizar la corrección de la decisión adoptada", en: *La técnica del precedente y la argumentación racional,* Tecnos, Madrid, 1993, p. 47.

construye debe ser necesaria para la solución del caso[523]. Esto quiere decir que el TC no opera como el Congreso de la República, a quien el principio de representación le permite actuar como soberano y legislar sobre todo aquello que considere necesario u oportuno legislar. El Tribunal, en cambio, apegado a su función jurisdiccional, norma con ocasión de un caso concreto y siempre que sea indispensable para la solución de la causa que viene conociendo.

El segundo grupo de condiciones, y aún más interesante para el tema que nos convoca, son los seis presupuestos básicos que debe observarse para el establecimiento de un precedente vinculante, que citaré textualmente por su interés para este estudio:

> "a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
> b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de los derechos, principios o normas constitucionales o de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez genera una indebida aplicación de tal norma.
> c) Cuando sea evidente la existencia de un vacío o laguna normativa.
> d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
> e) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar o revocar de precedente vinculante.
> f) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede

[523] Su uso se sustenta en que la sentencia sea cosa juzgada (con plenos efectos) y en la existencia de relación entre caso y precedente vinculante, en: Sentencia 0024-2003-AI/TC del 10 de octubre de 2005. Lamentablemente no es posible citar el fundamento jurídico porque carece de una numeración correlativa.

> también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución"[524].

Los dos primeros responden a una vocación de uniformidad jurisprudencial. Introduce una "garantía de racionalidad" frente a la diversidad de interpretaciones que pueden fluir frente a supuestos similares[525]. El supuesto c) se acerca a la vocación creativa del Derecho norteamericano. Aunque da la impresión que el Alto Tribunal pretende ocupar la plaza del legislador, éste hizo un esfuerzo de autocontención especificando cuáles serán aquellos casos de lagunas normativas en los que podrá intervenir como legislador positivo[526].

El literal f), y el central para este trabajo, fue incorporado al listado de presupuestos del precedente cuando, en medio de un amparo, el TC se enfrentó a un precepto normativo notoriamente inconstitucional, que no

---

[524] En: STC Nº 0024-2003-AI/TC del 10 de octubre de 2005 y 03741-2004-AA/TC, del 10 de octubre de 2006, (el subrayado corresponde a la autora).

[525] Como la doctrina del precedente establece un control "sobre el cambio injustificado de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, introduce una garantía de racionalidad en la actuación de los mismos". Traduce una "exigencia de justicia argumentativa o procedimental que se articula jurídicamente mediante la prohibición de que los órganos jurisdiccionales se aparten injustificada o irrazonablemente de sus propios criterios anteriores en casos sustancialmente iguales", en: GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente…*, ob. cit., p. 76, (el subrayado corresponde a la autora).

[526] En su STC 0024-2003-AI/TC del 10 de octubre de 2005, el Alto Tribunal indicó que la expedición de un precedente vinculante se hace patente en una serie de supuestos que procuraré ordenar para ubicar adecuadamente al lector: a) se acredita la ausencia absoluta de norma; b) a pesar de la existencia de prescripción jurídica, se entiende que esta se ha circunscrito a señalar conceptos o criterios no determinados en sus particularidades; c) existe la regulación jurídica de una materia, pero sin que la norma establezca una regla específica para solucionar un área con conflicto coexistencial; d) una norma deviniese en inaplicable por haber abarcado casos o acarrear consecuencias que el legislador histórico no habría establecido de haber conocido aquellas o sospechado estas; e) dos normas sin referencia mutua entre sí – es decir en situación de antinomia indirecta – se contradicen en sus consecuencias jurídicas, haciéndose mutuamente ineficaces; f) debido a nuevas circunstancias, surgiesen cuestiones que el legislador histórico no pudo prever en la norma, por lo que literalmente no están comprendidas en ella, aunque por su finalidad pudieran estarlo de haberse conocido anteladamente; y, g) los alcances de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad no producen en la realidad los efectos jurídicos por razones de ocio jurídico (inactividad del legislador).

podía ser expulsado del ordenamiento jurídico porque no había sido impugnado por la vía del proceso de inconstitucionalidad. A través de un precedente, el TC adopta una modalidad semejante a la autocuestión de inconstitucionalidad de la experiencia española. Brevemente, recordaremos que el ordenamiento español opta por el control concentrado de constitucionalidad, pero adopta la denominada *cuestión de inconstitucionalidad* que permite a los jueces ordinarios detener un proceso en trámite hasta que el Alto Tribunal se pronuncie sobre las dudas de compatibilidad de alguna de las normas aplicables y el texto constitucional[527]. La autocuestión de inconstitucionalidad española del art. 55.2 LOTC es un mecanismo que hace posible la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley por parte del Pleno del Tribunal Constitucional en aquellos supuestos en que esa inconstitucionalidad se pone de manifiesto en un recurso de amparo. Según PÉREZ TREMPS, la autocuestión encuentra su fundamento en el diseño español del control de constitucionalidad por medio del amparo (sólo destinado a tutelar derechos fundamentales) y del recurso de inconstitucionalidad (sólo destinado a expulsar del ordenamiento jurídico normas con fuerza de ley que sean incompatibles

[527] El juez debe observar el principio democrático respetando la eficacia de los actos parlamentarios que serán válidos mientras no hayan sido declarados inconstitucionales. No obstante, como el principio de jerarquía le obliga a observar la Constitución como norma jurídica suprema, si en el trámite de un proceso judicial encontrase una norma que resulta incompatible con la Constitución, y de cuya validez depende el fallo, deberá plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE). El órgano judicial sólo podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, o la resolución jurisdiccional que procediese. Adicionalmente, deberá concretar la Ley o norma con fuerza de Ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de adoptar su decisión definitiva, el órgano judicial oirá a las partes y al Ministerio Fiscal para que puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de ésta. El auto del juez que viene a continuación es inapelable. Una vez admitido, el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad originará la suspensión provisional de las actuaciones en el proceso judicial hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre su admisión. El proceso judicial permanecerá suspendido hasta que el Tribunal Constitucional resuelva definitivamente sobre la cuestión (artículo 36 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional).

con la Constitución) de modo específico en procedimientos distintos. Era necesario que el TC compaginase su obligación de proteger derechos fundamentales del amparo con su obligación de eliminar del ordenamiento jurídico las normas con fuerza de ley[528]. En la experiencia peruana, si bien el Alto Tribunal no expulsa la norma del ordenamiento jurídico como ocurre en la aludida autocuestión, la posibilidad de impedir definitivamente su aplicación tendría efectos prácticos similares.

Esta postura del TC no podría ser entendida sino se comprende que se está trasladando la fuerza normativa de la Constitución a su condición de máximo intérprete. Tampoco sin comprender como han ido operando la confluencia de los modelos austriaco y norteamericano, y cómo es que, convenientemente, el TC ha adoptado aquellos elementos que le permitan ser un órgano omnipresente. Recordemos que en la experiencia norteamericana, el derecho es abierto, incompleto y dinámico, el juzgador tiene que buscar y construir el derecho para dar una respuesta justa al caso que tramita. Mientras que, por contraste, en la vertiente continental, el derecho no deja de ser una formalización normativa, abstracta y general, donde el juez se encuentra limitado para cuestionar la producción del legislador. Concibe al derecho como un sistema cerrado, provisto de valores y principios que no puede soslayar, y es dentro de él donde debe encontrar la respuesta.

En el caso peruano, su originario papel de legislador negativo (modelo austriaco) ha sido largamente superado para convertirse en un legislador positivo y creador activo de Derecho (modelo norteamericano). Su labor creativa supera los efectos concretos de la causa y a la

---

[528] en: *El recurso de amparo,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 318 y ss. A fin de que sea procesalmente viable, la cuestión de inconstitucionalidad exige que sea relevante para resolver la causa en la que se origina y que no sea notoriamente infundada (art. 163 CE).

judicatura como destinatarios (o sea, del *stare decisis* norteamericano) para convertirse en normas oponibles a todos (la cosa juzgada y los efectos *erga omnes* de la sentencia constitucional del modelo austriaco). Intenta demarcar los linderos de esta labor para no socavar el principio democrático. No obstante, me temo que dicho esfuerzo es vano porque, rechazando todo resabio de positivismo jurídico y apegándose a la doctrina del *living constitution* (un tema que desarrollaré en próximos epígrafes), el Alto Tribunal ha normado en materias en las que no necesariamente existían las lagunas previstas en su precedente. En la práctica, el TC legisla sobre todo aquello que conozca con ocasión de un proceso constitucional[529].

Ahora bien, el Alto Tribunal es consciente que el precedente es una puerta abierta para imponer su condición minoritaria ante el principio democrático; o, lo que se traduce en imponer una concepción valorativa pese a que el precepto constitucional interpretado puede adoptar otras tantas jurídicamente posibles. A continuación, afirma que no lo haría esencialmente porque se deslegitimaría[530], pero y adelantándome al

---

[529] Así por ejemplo, en la STC 04650-2007-PA/TC, del 25 de noviembre de 2009, el Alto Tribunal establece como precedente vinculante una improcedencia liminar del amparo contra amparo actuando como legislador positivo. Los magistrados Vergara Gotelli y Mesía Ramírez en voto discrepante sostienen que el TC está legislando pese a que no se encuentra dentro de ninguno de los seis presupuestos establecidos por el propio Tribunal para dictar un precedente, ya que no existe vacío normativo que cubrir ni interpretación judicial errada o contradictoria (FJ 6).

[530] "(…) La regla del precedente constitucional no puede constituir una interpretación de una regla o disposición de la Constitución que ofrece múltiples construcciones; en otras palabras, el precedente no es una técnica para imponer determinadas doctrinas u opciones ideológicas o valorativas, todas ellas válidas desde el punto de vista jurídico. Si tal actuación se presenta de modo inevitable, debe ser encarada por el Tribunal a través de su jurisprudencia, en un esfuerzo por crear consensos en determinados sentidos. El precedente, en estos supuestos, solo aparecerá como resultado de la evolución favorable de la doctrina jurisprudencial del Tribunal en determinado sentido. Esto último supone que el Tribunal debe abstenerse de intervenir fijando precedentes sobre temas que son más bien polémicos y donde las posiciones valorativas pueden dividir a la opinión pública. Esto implica por otro lado, una práctica prudente que permite al Tribunal lograr el mayor consenso posible en el uso de esta nueva herramienta, lo cual le permitirá una verdadera potestad normativa", en: STC 03741-2004-AA/TC, del 10 de octubre de 2006, FJ. 46, (el subrayado corresponde a la autora).

siguiente apartado, creo que es lo que ocurrió con el amparo electoral. El Tribunal Constitucional adoptó una concepción del principio democrático y una noción de Constitución en un precedente que impuso frente a la literalidad del texto de la Constitución.

El sistema peruano deja de ser dual, se vuelve mixto y, en una misma sentencia relacionada a un proceso de tutela de derechos, puede resolver un conflicto, crear derecho y bloquear todos los efectos de una norma notoriamente inconstitucional.

2. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL AMPARO ELECTORAL

En sus inicios, el máximo intérprete de la Constitución consideró que las acciones de garantía (específicamente el amparo) contra las decisiones del JNE eran improcedentes. En el año 1986, el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979 consideró que "las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral son irreversibles"[531].

En los antecedentes de otra sentencia del Constitucional se aprecia cómo es que el Poder Judicial no tenía un criterio unívoco sobre la revisión de las resoluciones del JNE. Don Marco Antonio de Souza-Peixoto Dávila fue elegido alcalde del Concejo Distrital de Pueblo Libre (provincia de Lima) en las elecciones municipales de 1993 y proclamado en el cargo con la Resolución 459-93-JNE. El Jurado atendió un

[531] Demanda de amparo presentada por Juan Correa Guillón contra el Jurado Nacional de Elecciones, publicada en el diario oficial *El Peruano* del 22 de junio de 1986, Suplemento Despacho Judicial, pp. 2822-2824, citada en el Informe No 119/99, del 6 de octubre de 1999, en el caso 11.428, Susana Higuchi Miyagawa contra el Perú.

recurso de revisión declarando nula su postulación, elección, proclamación y entrega de credenciales como burgomaestre[532]. El Juzgado y la Sala Provincial consideraron que la resolución 778-93-JNE vulneraba derechos fundamentales y que era inaplicable al caso concreto, mientras que la Corte Suprema opinó que la Constitución dotaba al Pleno de "autonomía y soberanía en materia electoral y que contra sus resoluciones no proced(ía) recurso alguno"[533] y, en consecuencia, declaró nulo todo lo actuado. El TC se pronunció por la improcedencia de la demanda porque no se podía restituir las cosas al Estado anterior a la violación.

Era el año 1993 y algo empezaba a cambiar. Aunque persistían las dudas respecto a la procedencia del amparo, algunas causas eran admitidas, pero terminaban siendo improcedentes por irreparabilidad del daño[534]. El giro copernicano se produjo con el caso *Espino Espino*, en el que el TC, por vez primera, se pronunciaría sobre el fondo de la demanda. Los casos *Lizana Puelles* y *Castillo Chirinos*, que vinieron a continuación, contribuyeron a delinear la construcción jurisprudencial del amparo electoral.

2.1. El caso Espino Espino y la interpretación *a contrario*

En los comicios municipales de 2002, la candidatura de Juan Genaro Espino Espino fue impugnada por contar con una acusación penal en

[532] Resoluciones Nº 778-93-JNE, del 28 de junio de 1993, y 780-93-JNE, del 6 de julio de 1993.

[533] STC 033-95-AA/TC, del 19 de junio de 1997.

[534] STC 0971-98-aa/tc, del 25 de junio de 1999; STC 2119-2002-aa/tc, del 27 de enero de 2003, SSTC 1804-2002-aa/tc y 1420-2002-aa/tc, del 29 de enero de 2003; y STC 2346-2002-aa/TC del 29 de enero de 2003. Sin embargo, en este último caso, el TC apuntó en su FJ. 3 que si bien desestimaba la demanda no compartía "ninguna de las razones invocadas en sede judicial (…)" para arribar a dicha conclusión.

trámite. Mantener un proceso civil con el municipio al cual se es candidato era uno de los supuestos de inelegibilidad estipulado por la Ley Orgánica de Municipalidades, nº 27972 del 27 de mayo de 2003. Sin embargo, el señor Espino había sido denunciado penalmente y el Jurado Electoral Especial de Ica interpretó por analogía que el proceso penal se encontraba comprendido en la inelegibilidad antes descrita. Declaró fundada la tacha retirándolo de la lista de candidatos, pese a que dicha situación no era una condición de inelegibilidad o de incompatibilidad. La apelación fue denegada por el JNE bajo el argumento que, conforme a la Ley de Elecciones Municipales vigente, los JEE eran instancia única para resolver las tachas contra candidaturas municipales distritales[535]. A juicio del Alto Tribunal, estas resoluciones constituyeron una violación de los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y a la pluralidad de la instancia reconocidos en los artículos 2.24.e) y 139.6 de la Constitución[536].

De forma previa es importante traer a cuenta que el Código Procesal Constitucional (en adelante el Código o CPC), introdujo en su artículo 5.8 la procedencia del amparo contra las resoluciones del JNE sólo "cuando no sean de naturaleza jurisdiccional o cuando siendo jurisdiccionales violen la tutela procesal efectiva". La sentencia sobre el caso *Espino Espino* del 7 de abril de 2004 fue anterior a la publicación (31 de mayo de 2004) y entrada en vigencia (01 de diciembre de 2004)

---

[535] El artículo 17 de la Ley de Elecciones Municipales, Nº 26864 promulgada el 13 de octubre de 1997, y vigente a la fecha en que ocurrió la controversia, disponía que "las tachas contra los candidatos a Alcaldes y Regidores de los Concejos Municipales Distritales son resueltas en única instancia por los Jurados Electorales Especiales en el término de tres (3) días naturales. (…)". Este precepto fue modificado por el artículo único de la Ley 28633, publicada el 03 de diciembre de 2005 (en fecha posterior a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el caso Espino Espino), acotándose que "la resolución (del Jurado Electoral Especial) puede ser apelada ante el Jurado Nacional de Elecciones en el término de tres (3) días naturales, resolviendo este organismo en igual plazo" (los subrayados corresponden a la autora).

[536] STC 2366-2003-AA/TC, del 6 de abril de 2004.

del Código. Esto quiere decir que el TC falló únicamente con la cobertura normativa que la Constitución le proporcionaba. Aunque la irreparabilidad de la violación (el proceso electoral culminó en el 2002) condujo a la improcedencia de la causa, por vez primera, el Tribunal se pronunciaba sobre el fondo de una demanda contra una resolución del JNE. El argumento central de la sentencia fue que con independencia de cuán autónoma sea la entidad, frente al "ejercicio irregular en una función conferida a un organismo del Estado, procede (indiscutiblemente) el control constitucional" (FJ. 6).

El TC opinó que la autonomía o la división de poderes no pueden ser argumentos para dar cobertura a la autarquía constitucional y para convalidar ejercicios irregulares o arbitrarios de las funciones encomendadas. Sólo las funciones del Jurado que fuesen ejercidas de forma debida no serían susceptibles de control constitucional. *Contrario sensu,* si la función electoral "se ejerce de una forma que resulta intolerable para la vigencia de los derechos fundamentales o quebrante los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional", el control era legítimo y resultaba plenamente necesario. Para el Tribunal, la proscripción del control era una lectura "no sólo sesgada sino unilateral de la Constitución"[537].

En este sentido y siguiendo la lectura del 142 y el 181 CP, no serán revisables las decisiones del JNE en materia electoral que emanen de un proceso regular[538]. Sí lo serán, cuando el ejercicio de sus funciones

---

[537] STC 2366-2003-AA/TC, del 6 de abril de 2004, FJ. 6. Este criterio ha sido reiterado por el Máximo intérprete de la Constitución en el caso *Lizana Puelles* (STC 5854-2005-PA/TC, del 8 de noviembre de 2005), y en el caso *Castillo Chirinos* (STC 2730-2006-PA/TC, del 27 de julio de 2006).

[538] Aunque citados en repetidas oportunidades, vuelvo a traerlos a cuenta debido a su importancia y presencia transversal en todo este trabajo de investigación. El artículo 142 CP dispone que: "No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces"; y el artículo 181 CP que: "El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de

haya sido irregular, porque además, la Constitución "no ampara el abuso del derecho"[539].

En este caso, el criterio de interpretación *a contrario,* los principios de unidad y supremacía normativa de la Constitución sustentaron la sentencia del TC. Fue así como modificó su histórico criterio jurisprudencial pronunciándose sobre la procedencia del amparo electoral contra el JNE y declaró que una lectura literal de la Constitución resultaba insuficiente (en el caso *Lizana Puelles*, esta declaración se convertiría en una prohibición de la interpretación literal).

2.2. El caso Lizana Puelles: el precedente vinculante sobre la interpretación de los arts. 142 y 181 CP

El señor Héctor Lizana Puelles demandó la nulidad de la Resolución Nº 315-2004-JNE, a través de la cual, el Pleno del Jurado ratificaba el acuerdo del Concejo Municipal que lo vacó del cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Canchaque – Piura, por la causal de nepotismo. El Alto Tribunal consideró que se había vulnerado su derecho fundamental al debido proceso previsto en el artículo 139.3 CP

---

conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno".

[539] Acotación complementaria en el caso *Ramírez García,* en: STC 5396-2005-PA/TC, del 6 de setiembre de 2005, en el recurso de agravio constitucional interpuesto por Max Ramirez García contra la sentencia de la Sala Mixta de la Corte Superior de San Martín que declaró improcedente la demanda de amparo. El demandante solicitó que se deje sin efecto la vacancia dispuesta por el JNE y se ordene su restitución en el cargo de Presidente Regional del Gobierno de la Región San Martín. Para el TC el ejercicio de las funciones de los artículos 142 y 181 por parte del JNE solo será legítimo en la medida que sea respetuoso "de un conjunto de derechos mínimos del ciudadano, como son los derechos fundamentales", de acuerdo al art. 103 de la Constitución que establece que ésta no ampara el abuso del derecho.

porque el correspondiente proceso judicial seguido contra el burgomaestre se encontraba en la Corte Suprema pendiente de resolución. La demanda fue declarada infundada, sin embargo, el Tribunal aprovechó la oportunidad para ratificar el criterio del caso *Espino Espino* y dio algunos pasos adicionales. El primero fue convertir en precedente vinculante la declaración de inconstitucionalidad de una interpretación literal de los artículos 142 y 181 CP:

> "(…) toda interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución que realice un poder público en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, cada vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente. (…) Este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los Poderes Públicos. Todo juez y tribunal de la República -sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales- se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad (…)"[540].

De los fundamentos de este precedente se desprende, en primer lugar, que el Tribunal apuntaló el carácter de norma jurídica suprema y vinculante del texto constitucional, así como, la necesaria presencia de la justicia constitucional que sancione sus transgresiones. Sin su *omnipresencia* se crearían ámbitos donde la Constitución perdería su carácter normativo (FJ 17). En segundo lugar, sostiene que la aplicación del criterio literal a los artículos 142º y 181º CP vulnera los principios de interpretación constitucional (unidad, corrección funcional y eficacia integradora), desconoce las funciones de control del Alto Tribunal y admite la posibilidad que el Jurado vulnere derechos fundamentales con total impunidad[541].

---

[540] STC 5854-2005-PA, del 8 de noviembre de 2005, segundo punto de la parte resolutiva (los subrayados corresponden a la autora).

[541] El Tribunal abunda en el contenido de los principios de interpretación constitucional de unidad, corrección funcional y eficacia integradora, determinando que ellos son los aplicables en el caso concreto y no el literal. Considera que "(…) toda

En tercer lugar, interpretó que los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (en particular, la Convención Americana) tienen rango constitucional y son directamente aplicables en el ordenamiento interno. Ello, a pesar de la Cuarta Disposición Final y Transitoria del mismo texto constitucional que impone una interpretación "conforme a" dichos instrumentos internacionales, sin otorgarles rango constitucional. Sobre este punto volveré en siguientes epígrafes, cuando examine la presencia del amparo electoral en el ordenamiento jurídico peruano. Baste ahora acotar que el TC consideró una "manifiesta irresponsabilidad" que las resoluciones del Jurado se encontrasen exentas de control porque, el Estado peruano estaría violando el art. 25.1 de la Convención Americana (FJ 28). Luego "no sólo (era) facultad, sino deber de este Tribunal y del Poder Judicial impedir ello, mediante una adecuada interpretación (…) de conformidad con la Constitución y los tratados y las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte" (FJ. 30).

En un cuarto y último elemento del precedente, el Tribunal invoca al legislador para que introduzca los cambios que resulten necesarios a fin de que el proceso de amparo se ajuste temporalmente a las características del proceso electoral. Introduce unos lineamientos generales para dotar de eficacia al amparo electoral. Otra modificación legislativa que solicita es que la Sala Constitucional y Social de la Corte

---

interpretación de los artículos 142º y 181º de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del JNE que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que el JNE emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente. En aplicación del artículo VII del Título Preliminar del CPConst., este criterio normativo constituye precedente vinculante para todos los poderes públicos. Todo juez y tribunal de la República -sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales-, se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad", en: STC 5854-2005-PA, del 8 de noviembre de 2005, FJ. 18 y 19.

Suprema sea la primera instancia para conocer los amparos y el Constitucional, la segunda. No obstante, el legislador ha hecho caso omiso a esta invocación.

2.3. El caso Castillo Chirinos y la ubicuidad de la justicia constitucional

El Pleno del JNE vacó del cargo de alcalde de la Municipalidad Provincial de Chiclayo al señor Arturo Castillo Chirinos porque contaba con una sentencia penal condenatoria del Poder Judicial. El señor Castillo había presentado un recurso de revisión del proceso ante la Corte Suprema de Justicia que se encontraba pendiente de resolver. No obstante, el Jurado ordenó al Registro de Identificación que excluyese al demandante del padrón electoral y que cancelase su Documento Nacional de Identidad al encontrarse "inhabilitado" por el Poder Judicial. El Tribunal declaró que el JNE violó los derechos de presunción de inocencia, participación en la vida política del país y a ser elegido representante[542].

Previamente, es preciso recordar que cuando esta sentencia fue publicada (27 de julio de 2006) el art. 5.8 CPC había sido modificado y, el amparo electoral, prohibido por la Ley Nº 28642 (08 de diciembre de 2005). El legislador dispuso que las resoluciones "de cualquier autoridad" que admitiesen amparos contra el JNE no surtirían efecto alguno, amenazando con sancionar a los jueces que tramitasen estas demandas. A ello obedecería que la Sala Superior de Lambayeque (segunda instancia) se reusara a conocer el fondo del asunto.

[542] STC 2730-2006-PA, del 27 de julio de 2006.

Lo primero que merece la pena destacar es el intento del TC de separar "los contornos estrictamente electorales" de las cuestiones de "relevancia constitucional directa". Sostiene que desde el instante que un hecho escapa de lo primero tornándose en lo segundo, "se reconoce el derecho al afectado de exigir jurisdiccionalmente la protección del derecho fundamental lesionado, mediante el proceso de amparo" (FJ 8). Sin embargo, no sólo omite definir lo que considera "estrictamente electoral", sino que decide mirar los artículos 142 y 181 CP desde otra perspectiva. El problema de su lectura no consistiría "en dirimir si el Tribunal Constitucional puede controlar los actos del JNE, sino tan sólo en definir si tiene competencia para conocer de un asunto en el que los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución se encuentran vulnerados, al margen del órgano del que dicha afectación provenga" (FJ. 8). El sustento de este argumento es el valor dignidad humana y los artículos 201[543] y 202.2[544] CP que lo erigen como órgano de control de la Constitución facultado para conocer en última instancia las resoluciones denegatorias de amparo.

Sobre la Ley 28648 que prohibió el amparo electoral, el Alto Tribunal declaró que entró en vigencia en fecha posterior a la fecha de presentación de la demanda y que como no era aplicable al caso, no tenía que examinar su constitucionalidad. Reservó su opinión para la demanda de inconstitucionalidad que, entonces, se encontraba en trámite. Sin embargo consideró que la Sala Superior debió tener presente que:

> "a) La procedencia de las demandas de amparo contra las resoluciones del JNE que violen derechos fundamentales no deriva de lo que una

[543] El art. 201 CP dispone que "El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (…)"

[544] Artículo 202 CP.- "Corresponde al Tribunal Constitucional: (…) 2. Conocer en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento (…)"

> norma infraconstitucional pueda determinar, sino de una adecuada interpretación de la propia Constitución del Estado;
> b) Cuando el artículo 138º de la Constitución dispone que "de existir una incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera", no otorga una facultad a la judicatura, sino que le impone un deber, de modo tal que su fidelidad a la ley se desvanece cuando ésta resulta contraria a los principios, valores y/o derechos constitucionales; (...)[545].

En mi opinión, con esta sentencia el Tribunal hegemoniza la interpretación constitucional sobre la función legislativa convirtiéndose en un no deseable "competidor del Parlamento" (en lugar de ser su complemento lógico) y proclama la ubicuidad de la justicia constitucional[546]. La jurisdicción constitucional (judicatura y el mismo TC) deberá recurrir a todos los argumentos que pueda esgrimir para acudir al rescate de los derechos fundamentales vulnerados. A juicio del Máximo Intérprete, el precedente constitucional del caso Lizana Puelles era suficiente para que la judicatura desafiase al Congreso de la República. De tal manera que si consideraba inconstitucional la Ley que prohibía el amparo electoral, conforme a dicho precedente, el juez tendría que haberla inaplicado al caso concreto.

2.4. Balance: el estado del amparo electoral en el Perú

STC 2730-2006-PA, del 27 de julio de 2006, FJ. 19 (los subrayados corresponden a la autora).

[546] "El Tribunal Constitucional, en lugar de competidor del Parlamento, termina siendo su complemento lógico; no puede indagar la relación de adecuación o no de la norma legislativa con el supuesto de hecho que intenta regular (no examina pues, la eventual *injusticia* de la ley), sino que como depositario de las categorías lógicas del ordenamiento, enjuiciará sólo la *validez* de la Ley, por vía de simple lógica racional, desvinculada de la necesidad de decidir las controversias de pleitos reales, actuando, pues, concluye esta doctrina, como un "legislador negativo", aunque sea un legislador que no actúe espontáneamente, sino a petición de parte", en: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma...*, ob. cit., p. 65.

El 19 de junio de 2007, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la ley que prohibía el amparo electoral[547]. Como desde entonces y hasta la fecha, el Congreso de la República no ha vuelto a pronunciarse sobre el tema en su actividad legislativa, existe una laguna normativa que ha sumergido a la judicatura en el mar de la confusión. Ante la falta de claridad sobre su procedencia o improcedencia, el TC consideró que el primigenio art. 5.8 CPC había recobrado vigencia. Luego que, en todo caso, resultaba suficiente el precedente constitucional establecido en el caso *Lizana Puelles* para interpretar los artículos 142 y 181 CP[548]. Apeló a los efectos normativos del precedente constitucional.

En suma, los principios de supremacía normativa de la Constitución, unidad, eficacia integradora y corrección funcional sustentan la procedencia del amparo electoral. También, la aplicación directa del artículo 25 de la Convención Americana que consagra la protección judicial contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la Constitución o la ley; así como, la *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Interamericana y los Informes de la Comisión Interamericana.

---

547 Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 007-2007-PI/TC del 19 de junio de 2007, recaída en la demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra el artículo único de la Ley Nº 28642 modificatorio del art. 5.8 de la Ley nº 28237, Código Procesal Constitucional.

548 STC 05300-2008-PA/TC del 26 de octubre de 2009, en el caso de Freddy Hugo Fernández Echevarría contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que rechazó liminarmente la demanda de amparo contra el JNE. El TC ordenó al *ad quem* que en su análisis tuviese en consideración que el art. 5.8 CPC había sido declarado inconstitucional, y que en consecuencia, admitiese a trámite la demanda por los argumentos expuestos en los casos *Espino Espino*, *Lizana Puelles* y *Castillo Chirinos*. Lo mismo ocurrió en la resolución 5416-2008-aa/tc, del 26 de octubre de 2009.

El legislador ha ignorado los lineamientos que el TC le propuso para ajustar el amparo a las características del proceso electoral[549]. Las demandas vienen siendo tramitadas según los preceptos del Código Procesal Constitucional dispuestos para cualquier otro amparo. Luego, no es extraño que todas aquellas que llegan al Tribunal, vía recurso extraordinario, terminan siendo improcedentes porque el daño resulta irreparable[550]. El amparo electoral vigente únicamente arroja sentencias declarativas de derechos, perdiendo parte de su naturaleza jurídica. Ante la evidente inactividad del legislador, el Alto Tribunal "se ha resignado" a reducir su utilidad a identificar la responsabilidad administrativa para futuras denuncias de los particulares.

Uno de los aportes de la jurisprudencia constitucional para la construcción de lo que existe por amparo electoral es el denominado "principio de seguridad jurídica electoral" que el Alto Tribunal deriva del

---

[549] El TC estableció como parte del precedente en el caso *Lizana Puelles* una propuesta de proceso de amparo electoral, según la cual, el legislador debía: (i) reducir "el plazo de prescripción para interponer una demanda de amparo contra una resolución del JNE en materia electoral; (ii) Disponer que las demandas de amparo contra una decisión del JNE en materia electoral sean presentadas ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema; y cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumarísimo, puedan ser conocidas por el Tribunal Constitucional, mediante la interposición de un recurso de agravio constitucional a ser resuelto también en tiempo perentorio; (iii) Permitir la imposición de sanciones a aquellos jueces constitucionales que, contraviniendo el artículo 13º del CPConst., no concedan trámite preferente a las demandas de amparo interpuestas contra las resoluciones del JNE en materia electoral; y, (iv) que los plazos deben ser perentorios a efectos de no crear incertidumbre en las decisiones electorales y asegurar la confianza en el sistema de control jurisdiccional constitucional", en: STC 5854-2005-PA, del 8 de noviembre de 2005, FJ. 39 y Punto 4 de la parte resolutiva.

[550] Resoluciones que declaran la improcedencia de la demanda de amparo porque el daño resulta irreparable: 0571-2004-AA/TC, del 15 de julio de 2004; 3981-2004-aa/tc, del 27 de enero de 2005; 4543-2004-aa/tc, del 22 de marzo de 2007; 01365-2005-pa/tc, del 9 de abril de 2007; 4773-2005-pa/tc, del 22 de marzo de 2007; 7632-2005-pa/tc, del 9 de marzo de 2007; 02746-2006-pa/tc y 06901-2007-pa/tc, del 27 de febrero de 2007; 3285-2006-pa/tc, del 19 de enero de 2007; 3197-2006-pa/TC, del 28 de marzo de 2007; 03317-2006-pa/tc y 06649-2007-pa/tc, del 12 de abril de 2007; 1936-2007-pa/tc y 1647-2007-pa/tc, del 9 de noviembre de 2007; 06211-2007-pa/tc del 19 de diciembre de 2007; 00145-2008-pa/tc, del 22 de setiembre de 2008; 02510-2007-PA/TC, del 25 de setiembre de 2008; 06377-2007-pa/tc, del 8 de enero de 2008; 03985-2008-PA/TC, del 5 de enero de 2009; 03879-2009-PA/TC, del 15 de marzo de 2010; 02314-2010-PA/TC, del 16 de julio de 2010.

art. 176 CP[551]. Apunta que el proceso electoral es irrevisable y que "las afectaciones a derechos fundamentales que hubieran acecido al interior de dicho proceso devienen irreparables" una vez que ha culminado (cuando los resultados han sido publicados en el Diario Oficial), resaltando que este respeto por la voluntad popular no puede generar impunidad en los comicios electorales. Invoca a que los hechos de la demanda sean investigados, denunciados y sancionados, de ser el caso[552]. Esto significa que por más que las demandas sean manifiestamente improcedentes (suelen llegar a manos del TC cuando el proceso electoral ha culminado), el juez constitucional se pronunciará sobre el fondo para identificar si hubo o no violación de derechos fundamentales. Solo así los afectados podrán efectuar las denuncias del caso, pero siempre, de modo posterior.

Es posible inferir que el precedente fue convenientemente delimitado. El TC se propone enviar el mensaje de que intervendrá en el proceso electoral sólo para salvaguardar derechos fundamentales, que respetará las etapas del proceso y que, en suma, no invadirá las competencias de la Organización Electoral sobre lo estrictamente electoral. Ha intentado definir lo constitucional-electoral y escindirlo de lo administrativo-electoral a fin de delimitar su propio ámbito competencial, pero sin mucho éxito en mi opinión. Aún somos testigos de las discrepancias surgidas entre los magistrados constitucionales por la escasa claridad en los alcances de aquellos ámbitos[553]. El amparo electoral peruano no

---

[551] Artículo 176 CP.- "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"

[552] Res. 3379-2009-pa/tc, del 15 de marzo de 2010, FJ. 7.

[553] En la Resolución 05416-2008-PA/TC, del 26 de octubre de 2009, el Tribunal Constitucional revocó el auto recurrido y ordenó al juez *a quo* que admitiese a trámite la demanda por afectación del derecho al debido proceso. El magistrado Vergara Gotelli consignó su voto particular discrepante, porque consideró que el fondo del asunto abordaba materia estrictamente electoral. Lo mismo ocurrió en la Resolución 05300-2008-PA/TC, del 26 de octubre de 2009.

puede hacer cesar las amenazas de transgresiones ni reponer los derechos al estado anterior de la vulneración, salvo en los casos de vacancia de autoridades representativas (gobernantes y consejeros regionales; alcaldes y concejales) y siempre y cuando el periodo de gobierno no haya culminado.

A lo largo de toda su jurisprudencia observamos que el Tribunal ha hecho un esfuerzo por reivindicar su presencia en todo asunto de relevancia constitucional, incluso, a costa de la literalidad del texto de la Norma Suprema. La interpretación constitucional ha sido su principal baluarte en el campo constitucional electoral. Sin embargo, ¿existe realmente el amparo electoral?

3. LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DEL AMPARO ELECTORAL VIGENTE

Son pocos los autores que han escrito sobre la constitucionalidad del amparo electoral, y casi la totalidad de ellos coincide en que procede dicho control constitucional[554]. Desde mi punto de vista, es discutible

[554] A favor de la procedencia del control están: Samuel ABAD YUPANQUI ("El proceso de amparo en materia electoral: Un instrumento para la tutela de los derechos fundamentales", Elecciones, Nº 1, 2002, pp. 189-223); César LANDA ARROYO ("Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones", Elecciones, nº 7, 2007, pp. 119-137); Omar SAR SUÁREZ ("El amparo electoral frente a la Constitución de 1993", *Revista Peruana de Derecho Constitucional,* nº 3, Nueva época, julio-diciembre, 2010, pp. 189-213); Giancarlo CRESCI VASALLO ("Control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú", *Revista Peruana de Derecho Constitucional,* nº 3, Nueva época, julio-diciembre, 2010, pp. 215-230). En contra: Juan FALCONÍ GÁLVEZ, y Virgilio HURTADO CRUZ ("Improcedencia del amparo electoral", *Gaceta Jurídica Constitucional. (Especial: Causales de Improcedencia de los procesos constitucionales),* tomo 12, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2008, pp. 95-130), y Enrique MENDOZA

que la Constitución Política de 1993 autorice dicho control y centraré mis argumentos en los fundamentos jurídicos distintivos del Tribunal Constitucional, a los que básicamente, se pliegan los autores que respaldan su jurisprudencia. En especial, sobre aquellos que desarrollan el rango de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico peruano; la interpretación de las normas constitucionales y sus antinomias, para terminar con la siempre controversial tesis de la inconstitucionalidad de los preceptos constitucionales.

3.1. El rango de los TIDH en el ordenamiento jurídico peruano y el control de "internacionalidad" de la Constitución

El Tribunal Constitucional entendió que los TIDH cuentan con rango constitucional (caso *Lizana Puelles*)[555] y que este nivel jerárquico también acoge a las sentencias y criterios jurisprudenciales de la Corte de San José (caso *Castillo Chirinos*)[556]. Ello le permitió afirmar que el

---

RAMÍREZ, Enrique ("Sobre la autonomía del Jurado Nacional de Elecciones", *Revista Oficial del Poder Judicial,* vol. 1, nº 1, JUSPER, Lima, 2007, pp. 67-84).

[555] El TC afirmó que los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Estado peruano tienen rango constitucional, pertenecen al ordenamiento jurídico interno y, en consecuencia, es derecho "inmediatamente aplicable al interior del Estado", en: STC 5854-PA-2005, del 8 de noviembre de 2005, FJ. 22, (el subrayado corresponde a la autora).

[556] El TC argumentó que: "la vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal", en: STC 2730-2006-PA, del 27 de julio de 2006, (los subrayados corresponden a la autora).

artículo 25.1 de la Convención Americana (que reconoce el derecho de acceso a la tutela constitucional) y los Fundamentos Jurídicos del Caso YATAMA contra Nicaragua predominan sobre el mandato constitucional de no revisión de las decisiones del JNE. En un afán garantista, el TC planta un injerto internacional en el árbol constitucional para desplazar una de sus ramas (la electoral). Analicemos paso a paso este fundamento.

3.1.1. La tesis del rango constitucional de los TIDH

La Convención Americana es un derecho de mínimos. Cada uno de los Estados Miembros ajusta su ordenamiento interno conforme a ella, dotando de mayores o iguales garantías a su población. Si cada uno de los Estados otorgase rango constitucional a la Convención se produciría una uniformización de todos sus ordenamientos jurídicos que sepultaría la pluralidad que caracteriza a las democracias[557]. El SIDH no lo exige y respeta la diversidad de los regímenes internos.

El Estado peruano ratificó la Convención Americana en 1978 y, de forma similar a la de sus pares latinoamericanos, como consecuencia de un prolongado ciclo dictatorial. Luego del periodo de gobierno militar (1968-1980), la Constitución de 1979 confirió "jerarquía constitucional" a la Convención y a los demás TIDH suscritos por el Estado peruano, acató el sometimiento del Perú a la jurisdicción contenciosa de la CIDH,

[557] Me remito al trabajo de Argelia QUERALT en lo concerniente al rol y efectividad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados Miembros del Convenio Europeo y su condición de máximo intérprete, en: *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional,* CEPC, Madrid, 2008.

y dispuso que dichos tratados podían ser denunciados o "modificados" únicamente por el procedimiento de reforma de la Carta Política[558].

Una vez que entró en vigencia la Constitución de 1993, el Estado peruano ni denunció la Convención Americana, ni formuló reserva alguna a sus disposiciones. Sin embargo, se infiere que le retiró el rango constitucional cuando la acogió únicamente como criterio hermenéutico o criterio informador del sistema jurídico al estilo del artículo 10.2 de la Constitución española[559], según reza su Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT):

> "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú"[560].

Por su parte, el legislador entendió que las "normas relativas a los derechos fundamentales" se referían al "contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos" por el Código Procesal

---

[558] El artículo 105º de la Constitución de 1979 disponía que "los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional", en consecuencia "no pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución". En su DECIMOSEXTA Disposición General Transitoria, ratificó, "constitucionalmente", el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y la CADH, incluyendo sus artículos 45 y 62 referidos a la competencia de la Comisión Interamericana y la competencia contenciosa de la CIDH. En el artículo 22 disponía la obligatoriedad de la enseñanza sistemática de la Constitución y de los derechos humanos en los centros de educación civil y militar y en todos sus niveles. En su artículo 80 incorporó a la defensa de los derechos humanos entre los deberes primordiales del Estado; y en su artículo 297, que sólo podían ser miembros del entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales aquellos candidatos que contasen con "probada ejecutoria democrática y en defensa de los Derechos Humanos".

[559] Francisco EGUIGUREN PRAELI sostiene que el rango constitucional de los TIDH dispuesto por la Constitución de 1979 fue retirado en la Constitución de 1993 "con la intención (después explicitada) de desvincularse del cumplimiento de estas normas y de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en: ABAD, Samuel; DANÓS, Jorge, EGUIGUREN, Francisco y otros. *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico,* tercera edición, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008, p. 41.

[560] El subrayado corresponde a la autora.

Constitucional, e incorporó a las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales en el *criterio de internacionalidad de los derechos humanos*[561].

No obstante, veamos cómo se localizan dichos Tratados en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico peruano y su aplicación en relación con la Constitución.

Ante la inexistencia de un precepto que localice el orden de las fuentes, podríamos clasificarlos según el procedimiento previo a su ratificación en: (i) tratados que cuentan con rango constitucional porque modifican preceptos constitucionales y su ratificación se condiciona a que sean aprobados conforme al proceso de reforma constitucional del artículo 206 (art. 57 CP)[562]; y, (ii) tratados con rango legal que, a su vez, se diferencian por la presencia o ausencia previas de votación del Congreso de la República. Cabe apuntar que requieren el voto de la mayoría simple de Congresistas, tanto la aprobación de tratados sobre derechos humanos, como aquellos que modifican o derogan alguna ley, o los que requieren medidas legislativas para su ejecución[563].

Algún autor considera que los TIDH cuentan con rango supraconstitucional cuando son capaces de reformar la Constitución y, en consecuencia, podrían prevalecer sobre la Constitución[564]. Debo

---

[561] Art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

[562] Es decir, deberá ser sancionada por el Congreso con la mayoría absoluta de sus miembros y ratificada por referéndum. Se podrá omitir este procedimiento cuando el acuerdo del Congreso se obtenga en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable superior a los dos tercios.

[563] El artículo 56 CP dispone que los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República cuando aborden las siguientes materias: 1) Derechos Humanos; 2) Soberanía, dominio o integridad del Estado; 3) Defensa Nacional; 4) Obligaciones financieras del Estado; 5) los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; 6) los que exigen modificación o derogación de alguna ley y, 7) los que requieren medidas legislativas para su ejecución.

[564] LANDA..., *Tribunal Constitucional...*ob. cit., pp. 882-883.

discrepar de esta posición porque la posibilidad de su incorporación a la Constitución (en el caso que modificase uno de sus preceptos) no implica que tengan implícitamente una posición prevalente. Se ratificaría bajo el mismo procedimiento que se adopta para cualquier otra reforma del texto y las reformas no prevalecen sobre las demás disposiciones constitucionales distintas a los preceptos que modifican. Ni la Carta Política, ni el Tratado les otorga dicha posición.

Ahora examinemos un eventual rango constitucional de los TIDH. El profesor LANDA opina que el artículo 3 CP (de los derechos implícitos) es una cláusula *neoiusnaturalista* que implícitamente otorga el nivel constitucional a los TIDH. Como los TIDH acogen materia de nivel constitucional "tienen por su contenido material, una jerarquía supralegal, es decir, gozan de carácter y rango constitucional". Reconoce que la Constitución no permite la derogación automática de las normas internas en caso entren en conflicto, entonces, será preciso armonizar. En todo caso, está convencido que "(el precepto) internacional prevalecerá sobre la norma nacional (…) en función de la norma que mejor proteja a la persona humana y a su dignidad"[565].

El constituyente incorporó a los tratados internacionales en el listado de normas con rango de ley que pueden ser sometidas a una acción de inconstitucionalidad. No estableció diferencia alguna entre los TIDH y aquellos que no abordan dicha materia (art. 200.4 CP). Sin embargo, en el supuesto poco probable que alguno de ellos fuese declarado inconstitucional por el TC, de un lado, la fuerza pasiva que proviene de su condición de instrumento internacional exigiría que, adicionalmente, se le someta al procedimiento de denuncia del tratado[566]. No bastaría

---

[565] En: *Constitución y Fuentes del Derecho*, Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 120-121. También en: *Tribunal Constitucional y Estado democrático…,* ob. cit., pp. 884-885.

[566] Véase el trabajo de José PUENTE EGIDO, denominado "La participación de las Cortes Generales en el proceso de conclusión de acuerdos internacionales (arts. 93 y

con una sentencia del Alto Tribunal (en su rol de legislador negativo) o con un acto del Congreso de la República para expulsarlo del ordenamiento jurídico peruano (ya sea a través de una ley u otra resolución legislativa similar a la que usó para su aprobación)[567]. De otro lado, la sentencia sólo podría abordar el procedimiento de aprobación del Tratado o su incompatibilidad con la Carta Política, es decir, declarar la nulidad de los actos internos, pero no le sería posible pronunciarse sobre la validez de su contenido[568]. Esta validez deberá ser analizada en el plano internacional, no en el interno. Los jueces nacionales carecen de competencia para examinar su validez.

Entonces, soy de la opinión que una cosa es que, pese a su fuerza pasiva, los Tratados Internacionales formen parte del derecho nacional; y que en el caso de los TIDH, además, complementen el contenido de los derechos y libertades reconocidos en la Carta Política. Otra cosa, es que estos últimos se integren a la Constitución y se conviertan en un canon autónomo de validez sobre el derecho interno.

---

94 CE)", en: PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel y otros. *Hacia un nuevo orden Internacional y Europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco,* Tecnos, Madrid, 1993, pp. 609-622, Según este autor: "Frente a la vieja concepción de la norma legal como precepto omnímodo, ésta está hoy sometida, de una parte, a las limitaciones materiales que le imponen los contenidos precisos de la supralegalidad constitucional (p. ej., principio de la igualdad de los sexos); de la otra, a las exigencias formales del principio de la competencia o de la especialidad en el procedimiento", p. 621. Esto querría decir que es necesario no confundir el ordenamiento internacional con el interno, aunque se encuentren íntimamente vinculados.

[567] Los TIDH se aprueban por Resolución Legislativa y, por definición, esta Resolución es un acto administrativo que puede ostentar el carácter de norma reglamentaria. Con ella se autoriza el estado de sitio y el ingreso de tropas extranjeras al territorio de la República, se declara la guerra, se firma la paz, se autoriza los viajes al exterior, o se designa a los funcionarios que la Constitución determina, como son el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo o ratifica la elección del Presidente del Banco Central de Reserva y del Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (Art. 93 del Reglamento del Congreso de la República, aprobado por Resolución Legislativa nº 011-2011-CR). Pero, a través de este instrumento, también se aprueba el Reglamento del Congreso de la República que cuenta con rango de Ley y nadie afirmaría que aquél pueda ser dejado sin efecto por un acto administrativo que carezca del procedimiento estipulado para modificar o derogar el Reglamento del Congreso.

[568] REQUEJO PAGES, Juan Luis. "Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Año 12, nº 34, 1992, pp. 41-66, p. 51 y ss.

3.1.2. La tesis del criterio de la interpretación conforme a los TIDH

Recordemos además que la Constitución peruana de 1993 determinó expresamente su condición de fuente calificada del ordenamiento jurídico peruano, retirándoles el rango constitucional de la Carta de 1979. Caso contrario, no habría sido necesario que se introdujese un catálogo de derechos porque bastaría con que el constituyente se remitiera a las Declaraciones Internacionales de Derechos Humanos[569].

Son interesantes los ejemplos del derecho español en que los TIDH han sido una fuente interpretativa "que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos (…)"[570]. Así, permitieron al TC español ampliar la titularidad del derecho a la tutela judicial a los extranjeros declarados "irregulares", cuando el legislador se la había negado porque aquella estaría reservada a los ciudadanos españoles y a los extranjeros residentes conforme a ley[571]. También ha permitido que el mismo

---

[569] Sigo el criterio utilizado por el Tribunal Constitucional español en atención a la identidad en la redacción de los preceptos constitucionales que reconocen los TIDH como criterio interpretativo (10.2 de la Constitución española y Cuarta Disposición Final y Transitoria peruana). También es posible coincidir con el Alto Tribunal español cuando señala que en un proceso constitucional la validez de las disposiciones impugnadas sólo debería medirse por referencia a los preceptos constitucionales, en: STCE 64/1991, de 22 de marzo, FJ. 4.

[570] STCE 64/1991, del 22 de marzo, FJ. 4. Véase además el trabajo de Alejandro SAIZ ARNAIZ titulado "Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos", *Comentarios a la Constitución española,* CASAS BAHAMONDE, María y RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel (directores). Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 193-208. En este mismo sentido se encuentra el profesor Pablo PÉREZ TREMPS, en: *El recurso de amparo,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 62-64.

[571] En la STCE 236/2007, del 20 de diciembre de 2007, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la LO 8/2000 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social. El Tribunal Constitucional español conectó el 10.2 CE con los derechos fundamentales restringidos a los extranjeros que tuviesen la condición de irregularidad para señalar

colegiado rectifique su jurisprudencia anterior sobre la incidencia de molestias medioambientales como susceptibles de afectar el derecho a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad siguiendo la doctrina del TEDH[572]. En suma los Tratados no adicionan derechos, menos aún se superponen a la Constitución, sólo informa sus contenidos, extendiendo sus dimensiones.

La Disposición Final Cuarta dibuja la puerta por la que los TIDH ingresan al ordenamiento jurídico peruano, y ésta no es lo suficientemente amplia como para autorizar la suplencia de la Norma Fundante por ellos cuando el juez constitucional lo considere oportuno. Como la Constitución no lo dispone, un Pacto Internacional no deroga, anula, ni desplaza disposición alguna del derecho interno. La Disposición Final Cuarta (que incorpora a los TIDH como criterio interpretativo de los derechos constitucionales) no tiene entidad propia, ni se opone como canon de constitucionalidad a normas sometidas al control del juez, menos aún, respecto de otros preceptos de la Constitución Política como el 142 y el 181 CP. Introduce la preferencia

---

en su fundamento jurídico sexto, que el legislador contaba con un límite para configurar el contenido de los derechos fundamentales de los extranjeros en España. En opinión del Colegiado es un derecho que se conecta con la dignidad del ser humano y, en consecuencia, es atribuible a todas las personas y perfectamente reconocible a los extranjeros con independencia de su situación jurídica.

572 "…Este mismo Tribunal ha identificado como "domicilio inviolable" el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima (…). Consecuentemente, hemos señalado que el objeto específico de protección en este derecho fundamental es tanto el espacio físico en sí mismo como también lo que en él hay de emanación de la persona que lo habita (STCE 22/1984, FECHA, FJ. 5). Partiendo de la doctrina aquí expuesta en apretada síntesis, debemos señalar que estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios sino reales y efectivos (STCE 12/1994, del 17 de enero de 1994, FJ. 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la jurisprudencia del TEDH, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso *Powell y Rainer* contra Reino Unido, de 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra* contra el Reino de España y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia", en: STCE 119/2001, del 24 de mayo de 2001, FJ. 5.

por cualquier interpretación jurídicamente correcta que no se oponga al texto de la Constitución, o en términos de JIMÉNEZ CAMPO, "la acomodación de sus resultados, en la medida de los posible, a lo dispuesto en la Constitución"[573].

En el plano procesal, si por un momento estuviésemos de acuerdo con la línea de argumentación del Tribunal, ¿cómo definiríamos la competencia material?, ¿cuál sería la diferencia entre la jurisdicción constitucional y la internacional de los derechos humanos? El control de compatibilidad entre el ordenamiento interno y el internacional así como si su aplicación genera o no responsabilidad internacional en el Estado Parte corresponden a la CIDH, no al Tribunal Constitucional. Afirmar lo contrario sería considerar que el TC es un juez internacional de los derechos humanos. Un juicio de competencias materiales muestra que la Corte Interamericana es el intérprete máximo de la Convención, y el Tribunal Constitucional, de la Carta Política.

Entrando en el tema que nos convoca, soy de la opinión que el Tribunal efectúa un control de *internacionalidad de los derechos humanos* de la Constitución de 1993 (un control de internacionalidad que en el caso *Castillo Chirinos* se extenderá a la *ratio decidendi* de las sentencias de la CIDH). Aunque sus magistrados considerasen que aplicaban, de modo preferente, un precepto que adoptaba la misma posición jerárquica de la Constitución[574]. Un criterio similar al de la *norma más favorable* a la dignidad humana. Sigue a pie juntillas la Convención Americana y convierte en revisables todas las decisiones del JNE que afecten

---

573 JIMENEZ CAMPO, Javier. "Interpretación Conforme a la Constitución", *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional,* ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César (directores), tomo I, 2da. ed., Aranzadi, Navarra, 2011, p. 69.

574 Según recordaremos cuando se analizó el rango de los TIDH como uno de los rasgos de la jurisdicción constitucional peruana. El Alto Tribunal afirmó que como desarrollaban derechos fundamentales, por la cláusula de los derechos implícitos del artículo tercero, adoptan el mismo rango que la Constitución Política.

derechos fundamentales y ya no sólo aquellas que afecten la tutela procesal efectiva, como rezaba el Código Procesal Constitucional.

Es posible que la publicación de la sentencia sobre el caso Yatama contra Nicaragua (de reciente publicación para cuando se resolvió el caso *Lizana Puelles*) contribuyese de modo decisivo con este fundamento. Recordemos que la CIDH condenó a Nicaragua por no prever una instancia jurisdiccional y un recurso efectivo contra las decisiones del Consejo Supremo Electoral[575]. El TC consideró que la experiencia nicaragüense era análoga a la peruana y asumió un rol preventivo frente a la posibilidad que la CIDH reprobase al Estado peruano por los mismos fundamentos por los que condenó a Nicaragua. Adicionalmente, trajo a colación las denuncias presentadas ante la Comisión Interamericana por Susana Higuchi Miyagawa y Janet Espinoza Feria contra el Estado peruano, a través del JNE, por violación de sus derechos políticos contenidos en el artículo 23 de la Convención. Hizo referencia a las recomendaciones que hiciera la Comisión al Estado peruano sobre la necesidad de implementar un recurso efectivo que permitiese impugnar las decisiones del JNE ante un juez ordinario[576]. Es cierto que el Derecho Internacional de los

---

[575] El ordenamiento nicaragüense proscribía cualquier control judicial sobre las decisiones del Consejo Supremo Electoral, lo cual, de acuerdo a la interpretación de la Corte, vulneraba el contenido de los derechos de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención.

[576] Aunque el segundo caso sigue pendiente de trámite, como vimos en el capítulo anterior, la Comisión evacuó el Informe Nº 119/1999 sobre el primero declarando que el ordenamiento jurídico peruano no garantizaba judicialmente los derechos políticos por lo que recomendó: "1. Adoptar las medidas tendientes a modificar las disposiciones de los artículos 181 de la Constitución de 1993, y 13 de la Ley Orgánica Electoral, posibilitando un recurso efectivo y sencillo, en los términos del artículo 25(1) de la Convención (que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva), contra las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones que vulneren la garantía a la participación política por parte de los ciudadanos. 2. Informar a la Comisión, tan pronto como se disponga la derogación y/o modificación de los artículos mas (sic) arriba referidos (...)", en: Informe Nº 119/1999 en el Caso 11.428, de fecha 06 de octubre de 1999, entre la señora Susana Higuchi Miyagawa y el Estado Peruano, disponible en: (http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Peru11.428.htm) (30-07-2011).

Derechos Humanos y el derecho interno no son compartimentos estancos, se encuentran conectados gracias a la armonización. Pero en medio de esta constante retroalimentación de ida y vuelta es preciso identificar sus propios espacios.

La claridad sobre la línea divisoria existente entre la jurisdicción sobre el derecho interno y el internacional de derechos humanos ha sido evidente para la Corte en casos como el de "La Última Tentación de Cristo"[577]. Los sucesivos peritajes incorporados en la sentencia (de José Zalaquett, Humberto Nogueira Alcalá, Juan Figueroa Yavar) acogen la teoría que desde la suscripción de la Convención Americana por el Estado chileno, ésta contaba con rango constitucional (pese a que la Constitución no lo establecía de modo expreso). En este sentido, los peritos opinaron que el juez debió adoptar la CADH de forma directa y preferente al texto constitucional chileno que establecía la censura previa. La Corte no ingresó a evaluar el derecho aplicable al caso concreto (a mi juicio, porque se trataba de una jurisdicción internacional de los derechos humanos, no de una jurisdicción interna). Sólo anotó que el Estado chileno debió ajustar su ordenamiento a los preceptos de la Convención y "decidió" (no ordenó) que dicho Estado debía modificar el artículo 19 de su Constitución. En cuanto a la función de control de constitucionalidad de un Tribunal Constitucional, la CIDH ha entendido que si bien, los pactos internacionales sobre derechos humanos no obligan a los Estados a aquel tipo de tribunal, sí les exigen que si prevén un TC o Corte Constitucional, su autonomía e independencia deberán encontrarse garantizadas. Caso contrario, la Corte Interamericana comprende que los Estados contravienen el deber

---

[577] El Estado chileno fue demandado por el señor Olmedo Bustos porque en función al artículo 19.12 de la Constitución chilena de 1980 que establecía la censura previa para películas, se le prohibió transmitir en las salas de cine chilenas la película "La Última Tentación de Cristo". A juicio del denunciante y de la Corte en su oportunidad, dicho precepto constitucional vulneraba el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en: Caso "Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondos, Reparaciones y costas).

de garantizar la tutela de los derechos fundamentales (caso *Tribunal Constitucional contra Perú*)[578]. Luego en nuestra antinomia no se discute si el TC es o no autónomo, o si la interpretación literal de los tantas veces citados 142 y 181 restringe sus funciones, lo que ocurre es que la propia Carta Política le habría negado la posibilidad de intervenir en el campo de lo electoral.

Entonces, existe un matiz entre considerar que los TIDH tienen rango constitucional y afirmar que informan la interpretación de los derechos y libertades constitucionales, por lo que, en mi opinión, el Alto Tribunal efectúa un control difuso, pero ya no de constitucionalidad, sino como mencioné, de internacionalidad de los derechos humanos de los artículos 142 y 181 CP.

Los tratados que versan sobre derechos humanos son vitales para la protección universal de los derechos y han sido cruciales, no solo para propender su expansión, sino que también han permitido hacer frente a las dictaduras y sus excesos. Sin embargo, no por ello debemos sobredimensionar sus alcances ni rendirnos a la internacionalidad en detrimento de la constitucionalidad. Ante posibles antinomias entre ellos y el derecho interno es importante armonizar primero, y cuando la armonización sea imposible, revisar la Constitución, de ser el caso.

---

[578] Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos "(...) El Tribunal Constitucional es una de las instituciones democráticas que garantizan el Estado de Derecho". En consecuencia, cuando el Congreso de la República destituyó a tres de sus magistrados y omitió la designación de sus sustitutos "conculcó *erga omnes* la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad y el consecuente examen de la adecuación de la conducta del Estado a la Constitución". Por ello, determinó que el Estado había incumplido la obligación general del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según la cual "[l]os Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, reparaciones y costas). FJ 112 y 113.

De otro lado, todo lo hasta aquí expuesto parece indicar que, en el modelo peruano, la pirámide de Kelsen que definía el sistema jerárquico de fuentes, se ha trastocado. En mi opinión, a semejanza de la teoría heliocéntrica del movimiento de los planetas, la Constitución se ubica en el centro del sistema de fuentes de la mano de los TIDH y las sentencias de la CIDH, y los demás instrumentos normativos giran alrededor de ellos como los planetas. Las normas aplicables serán aquellas que para los casos concretos, se aproximen más al sol. La Constitución es omnipresente, por lo que el control de su vigencia, también debería serlo, por eso se difunde a otros órganos distintos al Poder Judicial; y el TC expande su condición de legislador negativo a un auténtico legislador positivo. El activismo judicial se impone como la tendencia más que como excepción, aunque resulta paradójico que la protección de los derechos fundamentales aparece de modo inversamente proporcional a su expansión.

3.2. Una alternativa interpretación constitucional de los preceptos electorales

La interpretación constitucional es el instrumento basilar para la existencia del amparo electoral en el ordenamiento jurídico peruano. La labor interpretativa se inicia cuando existe una cuestión constitucional que la propia Carta no permite resolver de forma concluyente.

Es posible que en un primer momento, el TC se adscribiera a la idea kelseniana del juez constitucional como un juez técnico que hace de lado el contexto histórico o intereses concretos del legislador para

centrarse en los textos que forman parte del examen[579]. Sin embargo, en este caso no se trata del legislador, sino del constituyente; ni de contrastar una norma legal respecto a una constitucional, sino de la literalidad de dos preceptos de la propia Constitución respecto de su totalidad. El juicio de contraste al que asistimos no es el de una ley (o norma con rango de ley) respecto a una norma constitucional, sino de dos preceptos constitucionales (los, varias veces citados, artículos 142 y 181 CP) en relación con toda la Constitución como un cuerpo unitario.

En cuanto a la intencionalidad del constituyente como criterio hermenéutico (que revisamos en el capítulo anterior con ocasión del análisis de la naturaleza jurídica de la Organización Electoral), es cierto que una interpretación del texto constitucional no puede tener como única vertiente la intencionalidad de su creador que, bajo el principio de representación, sería el pueblo. Más aún si apreciamos experiencias como las de algunos nuevos Estados de la Europa oriental, cuyos gobiernos han recurrido a expertos extranjeros para el desarrollo de sus proyectos constitucionales. O como ocurrió con la división de poderes al interior de la Organización Electoral que, según se examinó en el capítulo anterior, es un ejemplo donde se puede apreciar que no necesariamente lo querido por el constituyente se traduce en el texto normativo. Una interpretación histórica proporciona una pista a tener en consideración, pero no es la única, ni la más importante.

En la interpretación que el Alto Tribunal efectúa de los artículos 142 y el 181 aduce que una lectura literal del texto determinaría una

---

[579] Cuando Luis PRIETO SANCHÍS estudia los orígenes de la justicia constitucional en Europa, considera que KELSEN concibió su modelo prescriptivo de Tribunal Constitucional apostando por un juez técnico que no tuviese en cuenta los hechos y contexto de la norma cuya constitucionalidad es examinada. Aunque ideológicamente, considerase una mejor opción la interpretación antiformalista. De esta manera, sólo se produciría un contraste entre dos enunciados normativos, y a su vez, un real respeto por la división de poderes y por la investidura del legislador, en: *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* Madrid, Trotta, 2003, pp. 80-99.

instauración del positivismo jurídico superado por un Estado Constitucional[580]. LANDA secunda esta posición considerando aquella interpretación literal como "propia del primer positivismo jurídico". Es decir, de un positivismo mecanicista de mera subsunción de los hechos a los supuestos de hecho normativos y con una sola posible respuesta. A juicio de dicho profesor, ello implicaría el supuesto inaceptable de que, en ningún caso, podría revisarse una resolución del Jurado. Ni siquiera "en aquellos supuestos en los que resulte manifiestamente contraria a los derechos fundamentales de la persona"[581]. Adicionalmente, el TC exalta los valores constitucionales (la supremacía constitucional y el factor dignidad humana forman parte de su argumentación para incursionar en lo electoral) y la fuerza normativa

---

[580] Entendido como aquella visión del Derecho que absolutiza el derecho positivo y lo convierte en el único Derecho digno de tal nombre, según el positivismo, la norma jurídica es un mandato, y el sistema jurídico es pleno y coherente. El sistema jurídico es un código que puede aportar todo el derecho necesario para resolver cada problema práctico. Los postulados de esta teoría tuvieron consecuencias. En el campo de la concepción de las normas, que los aplicadores e intérpretes del derecho se resistiesen a utilizar los principios constitucionales. Ni los cambios sociales, ni los principios jurídicos, ni los valores constitucionales contaron como criterios de interpretación. Otra consecuencia importante fue que las fuentes del derecho estuvieron ubicadas bajo la hegemonía absoluta de la ley. La tesis legalista de las fuentes del derecho predominó hasta que quedó superada con la creación de otras fuentes y con la condición de norma jurídica suprema atribuida a la Constitución, en: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de teoría del Derecho,* 3era. ed., Trotta, Madrid, 2008, pp. 315 y ss. LUCAS VERDÚ acota que en el positivismo, el ordenamiento se sostendría a sí mismo negando otros argumentos, de modo que "no existe nada más allá – por arriba – Derecho natural, estimativa, valores; ni más acá, el Derecho consuetudinario competido con el Derecho escrito y codificado; ni por debajo: realidades sociales con tendencia a juridificarse, que sean cuestiones rigurosamente jurídicas" (en: *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend,* Tecnos, Madrid, 1987, p. 78). Los principios no eran considerados como normas por los positivistas, porque contenían fórmulas vagas, referencias a aspiraciones políticas, promesas no realizables, luego no podían ser alegadas por los jueces. En suma, "su operatividad como auténtico derecho estaría condicionada a las sucesivas opciones políticas de la ley que las desarrollara", en: ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia,* traducido por Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 112-113. Me remito, además, al trabajo de SMEND, *Constitución y Derecho Constitucional,…* ob. cit., pp. 160 y ss.

[581] Sobre la proscripción expresa del amparo electoral a nivel legislativo, opinó que constituía "un viejo resabio del otrora principio de la soberanía absoluta de la ley; al cual ha apelado el Congreso para asignar al JNE el tema electoral sin control ni límite algunos. Lo cual entra en colisión con el principio de la soberanía de la Constitución y del supremo intérprete constitucional", en: LANDA ARROYO, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático…,* ob. cit., p. 972.

de la Constitución. Apuntala la eficacia directa de la Norma Fundante, ordenando a los jueces que se vinculen sin escalas a la Carta Política y que, siguiendo el precedente, admitan a trámite toda demanda de amparo contra el JNE.

La interpretación del Tribunal Constitucional traduce la adopción de un constitucionalismo militante y combatiente del positivismo que recuerda la vieja disputa entre Dworkin y Hart. Sin ánimo de entrar en este debate, sí es preciso apuntar que esta apuesta por un constitucionalismo fuerte con un manifiesto desprecio por el positivismo jurídico[582], omite un factor importante (y al mismo tiempo una de sus objeciones) de aquél que, paradójicamente, comparte con la teoría combatida (aunque en el positivismo más avanzado): la tendencia a la discrecionalidad. Con la diferencia que el positivismo careció de una Teoría del Estado y de una consecuente teoría de la argumentación que el constitucionalismo sí tiene[583]. El legislador del positivismo adopta

---

[582] No era la primera vez que el Tribunal Constitucional repudiaba la doctrina del positivismo jurídico para descartar una lectura literal de la Constitución. También ocurrió con la interpretación del artículo 138 que recoge en control difuso de constitucionalidad y como dicho precepto se ubica en el capítulo sobre el Poder Judicial, tradicionalmente se había entendido como una facultad privativa de la judicatura. El TC señala que "una interpretación positivista y formal (…) no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional (…); sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo una interpretación en ese sentido del artículo 138 de la Constitución (que la potestad de ejercer el control difuso corresponda solo a los jueces) supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal". Como vimos anteriormente, el TC extiende esta facultad a los tribunales administrativos. El Alto Tribunal lleva el criterio de unidad y el principio de supremacía de la Constitución a su máxima expresión (llegando al *reductio ad absurdum)* y los superpone al principio de separación de poderes (para el caso de los tribunales administrativos) e incluso al de la propia supremacía del texto constitucional, en: STC 03741-2004-AA/TC del 14 de noviembre de 2005, FJ. 8.

[583] Con relación a la interpretación, el positivismo transitó entre la aplicación directa o interpretación literal (debido a que concibió al derecho como un todo coherente) hasta la discrecionalidad (cuando descubrió que el derecho tenía lagunas y contradicciones). Para esta teoría es posible examinar la Constitución con los mismos criterios y técnicas que usa el Derecho Administrativo o el Derecho privado. Se infiere, entonces,

una discrecionalidad que se justifica, probablemente, en su legitimidad democrática. Mientras el carácter dinámico de la Constitución y la necesidad de ajustarse a los cambios de una sociedad en constante evolución exigirían al intérprete por excelencia del constitucionalismo (el juez) el uso de criterios especializados en normas constitucionales para permitir el equilibrio entre permanencia y cambio.

En este punto el objetivo será dilucidar si el precedente sobre el amparo fue un acto de interpretación conforme a una Constitución dinámica o un acto discrecional de "decisionismo" judicial.

3.2.1. La interpretación literal: entre las reglas y los principios

En la demanda de hábeas corpus presentada por María Emilia Villegas Namuche contra el Estado a favor de su hermano Genaro Villegas por la violación de sus derechos a la vida, al debido proceso, a la legítima defensa y a la libertad individual, la demandante solicitó que se obligase al Estado peruano a devolver con vida a su hermano o a informar donde se encontraban sus restos mortales[584]. El TC señaló que se había perpetrado una desaparición forzada y que la nación tenía "el derecho a conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal". Entendió que tal derecho compendiaba "la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores" (FJ 8).

---

que no aportaron una teoría de la interpretación propia, por lo que es posible resumir el positivismo en la frase de PRIETO, como "una teoría del Derecho sin una teoría de la argumentación" (*Apuntes de teoría del Derecho,* 3era. Edición, Trotta, Madrid, 2008, p. 325).

[584] STC Nº 2488-2002-HC/TC, del 18 de marzo de 2004.

Además de apuntar que era "un bien jurídico colectivo inalienable", reconoció su dimensión individual y asignó su titularidad a las víctimas, sus familias y sus allegados.

Así nació el denominado "derecho a la verdad"; de titularidad individual y colectiva; emparentado con la dignidad humana, pero distinto a ella y a cualquier otro derecho; que el TC clasificó en el grupo de "derechos constitucionales implícitos"[585]. Derivado de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado peruano; del art. 44 CP (obligación estatal de cautelar todos los derechos y, especialmente, aquellos que afectan la dignidad del hombre); y, de la "enumeración abierta" de derechos fundamentales establecida en el artículo 3[586], cuyo precepto cito a continuación:

> "la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo (intitulado "Derechos Fundamentales de la persona") no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros derechos de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

La creación del *derecho a la verdad* tuvo como sustento constitucional principal el antes citado artículo 3 CP. Por su estructura, se erige en un principio constitutivo del orden jurídico, que se hace visible en un supuesto concreto, y cuyo significado no puede determinarse en abstracto[587]. Es un precepto de textura abierta. Una norma-principio

---

[585] De modo similar a la nomenclatura de la novena Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, sobre los derechos conservados por el pueblo, según el cual: "*The enumeration in the Constitution of certain rights shall not be construed to deny or disparage others retained by the people".* Es posible comprender los alcances de esta Enmienda en un comentario sucinto y analítico efectuado por Miguel REVENGA SÁNCHEZ, en su trabajo "Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos", *Revista española de Derecho Constitucional,* Nº 64, 2002, pp. 99-110.

[586] STC Nº 2488-2002-HC/TC del 18 de marzo de 2004, FJ. 9.

[587] ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia,* traducido por Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 110 y ss.

emblema de una Constitución dinámica cuyo contenido es susceptible de mutar según los signos de los tiempos o los cambios sociales, sin que la literalidad del texto sea alterada[588].

Sin embargo, la Constitución también sustrae algunas materias del debate político cerrando preceptos y creando un núcleo estable libre de configuración. Mientras los derechos fundamentales y la denominada constitución económica son ejemplos de disposiciones abiertas cuyo contenido puede seguir siendo configurado, los fundamentos del orden de la comunidad, la estructura estatal y el procedimiento mediante el cual han de decidirse las cuestiones dejadas abiertas, son de las cerradas. Corresponden más al campo de las reglas que de los principios (a diferencia de la cláusula de los derechos implícitos a la que aludí en párrafos anteriores)[589]. Esto no quiere decir que estas reglas conformen un núcleo que se sustrae a una revisión constitucional pedida por el pueblo. Recordando a ZAGREBELSKI, la estructura de una regla no tiene una fuerza constitutiva más allá de lo que ella significa. En contraste con los principios, es posible aplicarles los métodos de interpretación jurídica y dotarles de un significado en

---

[588] En este punto me remito a los trabajos de JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación constitucional,* FÖRSTER, Christian (traductor), Madrid, CEPC, 1991; SMEND, Rudolf, *Constitución y Derecho Constitucional…,* ob. cit., y LUCAS VERDÚ, Pablo, *La lucha contra el positivismo jurídico…,* ob. cit.; HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional…,* ob. cit., CRUZ VILLALÓN, Pedro (traductor) 2da. ed., Madrid, CEPC, 1992, en particular las pp. 17 y ss.

[589] Sigo a HESSE, *Escritos… ob. cit.,* pp. 19 y ss. Las reglas contienen disposiciones específicas en las que se establecen supuestos de hecho con sus respectivas consecuencias jurídicas. El ordenamiento jurídico constitucional es principialista, en tanto que no está conformado por reglas, sino también por principios. Estos son fuentes de directa aplicación, pero también de interpretación e informan el ordenamiento jurídico y vinculan a los poderes públicos. Tomado de: ARAGÓN REYES, Manuel. Voz: "Principios Constitucionales", *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional,* ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César (directores), tomo I, 2da. ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 53-58.

abstracto, aunque se les confiera el tratamiento de una ley reforzada dada su ubicación constitucional[590].

Si evaluamos la estructura estatal con relación a la organización electoral, observamos que los arts. 142 y 181 CP se ubican en la denominada Constitución orgánica, bajo el Título IV, *De la Estructura del Estado.* La Constitución encomienda a los órganos autónomos ámbitos de tareas de actuación estatal distintos, para lo cual, reciben atribuciones de poder que resultan necesarias para cumplir adecuadamente con dichas tareas. La Carta "funda *competencias*, creando así en el ámbito de los respectivos cometidos poder estatal conforme a Derecho"[591]. Reguló directamente la composición y conformación de los órganos electorales, encomendándoles atribuciones específicas que los definen como tales, garantizando la adecuada asunción de sus funciones. Son preceptos que carecen de una textura abierta como la del artículo tercero o la de cualquier derecho fundamental (como el honor y la libertad de expresión), sino más bien, cerrada. Tienen la estructura de una regla. Luego, el punto de partida es la inevitable literalidad y la primera subsunción de los supuestos de hecho en la norma bajo análisis. Algo que no es conceptualmente incompatible con la interpretación constitucional que propugna el constitucionalismo, sino que, a juicio de PRIETO, es necesario y hasta complementario[592].

Siguiendo con la literalidad del texto, los partidarios de aplicar el criterio *contrario sensu* alegan que la existencia del amparo electoral

---

[590] ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia,* traducido por Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1995, pp. 110 y ss.

[591] Sigo a HESSE…, *Escritos…* ob. cit., pp. 19 y ss.

[592]Antes de ponderar es preciso subsumir. Tener claridad que al problema es posible aplicar los dos principios en pugna. La ponderación ofrece respuestas para casos centrales o reiterados, y es que "la ponderación no elimina la subsunción, sino que contribuye a construir la regla o premisa mayor que la hace posible", en: *Justicia Constitucional…,* ob. cit., p. 194.

encontraría su sustento en el artículo 181 CP. Según este precepto, el Pleno "aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales del derecho". Sin embargo, sino resolviera conforme a la Constitución y al derecho, correspondería el control constitucional[593]. Todo parece indicar que aplica el criterio del amparo contra resoluciones judiciales de modo analógico, según el cual, "no procede (el amparo) contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular" (art. 202.2). Por el contrario (y ya que el propio constituyente introduce el condicionante), sí procederían contra aquellos actos que emanen de un procedimiento irregular. Un supuesto que el Código Procesal Constitucional desarrolla en su artículo quinto.

Si volvemos a la ubicación de los preceptos en el texto constitucional, el 142 CP se encuentra en el capítulo VIII dedicado al *Poder Judicial,* y el 181 CP, en el capítulo XIII que encabeza el *Sistema Electoral.* En el primer caso, las decisiones del Tribunal Electoral (en materia electoral) así como las del Consejo Nacional de la Magistratura (en materia de evaluación y ratificación de jueces) se localizan como una excepción al control del juez ordinario. En el segundo, el mismo Tribunal es convertido en una garantía institucional para lo electoral y sus decisiones (en lo electoral, otra vez) en un instrumento intocable. En mi opinión, la opción del constituyente de retirar al CNM del manto del control judicial encuentra su razón de ser en el aspecto material de sus competencias[594]. Sin embargo, su naturaleza jurídica más próxima a un

---

[593] El Tribunal Constitucional es partidario de esta teoría en el caso Espino Espino y es secundado por Samuel ABAD, en su trabajo: *El proceso constitucional de amparo,* Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 448-449.

[594] La Constitución se reserva el derecho de admisión del Poder Judicial sobre el examen de las resoluciones del CNM por una razón, a mi juicio, evidente. El CNM es un órgano autónomo que tiene por funciones específicas nombrar, ratificar, sancionar (incluso con destitución) y extender los títulos correspondientes a jueces y fiscales (art. 154 CP). Tendría por finalidad velar porque los criterios para el ingreso (aptitud académica, revisión de incompatibilidades para que el ejercicio del cargo, entre otros) y retiro (como corrupción o prevaricato) de la carrera judicial respondan a la

Tribunal Administrativo que a uno jurisdiccional (es un órgano de gobierno del Poder Judicial, aunque con una estructura que le asegura autonomía) ha impedido que cuente con una barrera en el bloque de constitucionalidad que lo exceptúe del control constitucional de sus decisiones, como ocurre con el Jurado Nacional de Elecciones[595]. Por ello, y como no podía ser de otra manera, el TC inaugura con el Consejo su teoría del control constitucional de los actos de todos los poderes constituidos[596].

Entonces, en un escenario de preceptos cerrados, el juez constitucional debería declarar improcedente toda demanda de amparo contra resoluciones del JNE en materia electoral. Dicho de otro modo, sólo procedería el control de la jurisdicción contencioso administrativa y de

---

juridicidad coadyuvando con la preservación y eficacia del principio de independencia judicial. Precisamente por ello y para garantizar la efectividad de sus decisiones, el constituyente decidió retirar al juez el poder de revisar una decisión que pudiese ser contraria a sus propios intereses o los de sus colegas de funciones. Su condición de órgano de gobierno del Poder Judicial le impediría ser titular de una función jurisdiccional plena, aproximándose más a un órgano administrativo que a uno jurisdiccional. Los actos administrativos a través de los cuales nombra y emite títulos son susceptibles de ser revocados por el propio Consejo. Por ello, el legislador habilitó el amparo contra el Consejo, que no procederá cuando "dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado" (art. 5.7 CPC). A diferencia del 5.8 CPC donde el bien jurídico tutelado frente al JNE es la amplia y compleja tutela procesal efectiva, el legislador considera que la motivación debida y la audiencia previa constituyen el mínimo de garantías procesales exigibles al CNM. En suma, se debe considerar al Consejo como un órgano colegiado relevante para la independencia judicial que se aproxima más a la Administración Pública que a un Tribunal jurisdiccional.

595 Me remito a los primeros epígrafes de esta investigación donde se cita los artículos de la Ley Orgánica de Elecciones y de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones que impiden, de modo expreso, el amparo electoral y que continúan vigentes.

596 STC 2409-2002-AA/TC, del 7 de noviembre de 2002, en los seguidos por Diodoro Antonio Gonzáles Ríos contra la Sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Lima, que declaró fundada la nulidad deducida por el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), nula la sentencia apelada, insubsistente todo la actuado, e inadmisible la demanda interpuesta. El Tribunal determina la procedencia de revisar las resoluciones del CNM frente a indicios que dicho organismo vulneró el debido proceso en los procedimientos de ratificación de jueces. Concluye que, si efectúa un cumplimiento indebido de sus funciones en una situación concreta, el TC podría "ingresar a evaluar el tema de fondo sin que pueda alegarse ningún tipo de zona invulnerable a la defensa de la constitucionalidad o la protección de los derechos humanos" (el subrayado corresponde a la autora).

la constitucional respecto de aquellas resoluciones del JNE que no guarden relación con el amplio mundo de lo electoral, estudiado con detalle en el primer capítulo de esta investigación.

3.2.2. El constitucionalismo, el principio democrático y lo electoral

Siguiendo con las antinomias planteadas en el epígrafe anterior, una manera de verlo es que estas reglas especiales sobre el JNE constituirían una excepción a los aludidos preceptos que convive en el mismo texto constitucional. Otra manera se relaciona con la aún controversial presencia simultánea del constitucionalismo y del principio democrático. Empezaré por esta segunda.

El principio democrático es una de esas expresiones constitucionales controvertidas que puede adoptar distintos contenidos según quien sea el intérprete[597], pero la definición de democracia al margen del ordenamiento puede convertirla en un "principio político, nunca (en) principio jurídico"[598]. A diferencia de las "reglas" que se aplican

---

[597] Víctor FERRERES alude a la democracia como ejemplo de expresiones constitucionales controvertidas. Una expresión será controvertida cuando siendo evidente que la expresión traduce un criterio normativo, diferentes personas (o intérpretes de la Constitución) muestran su desacuerdo acerca de su contenido, en: *Justicia Constitucional y Democracia,* 2da. ed., Madrid, CEPC, 2007, p. 27 y ss. No es para menos, si consideramos como SARTORI que la democracia no sólo tiene "una función denotativa o descriptiva, sino también una función persuasiva y normativa", en: *Teoría de la Democracia. 1. El debate contemporáneo,* Alianza Universidad, Madrid, 1995, p. 27. Luego podría afirmarse que "democracia" es un concepto controvertido y amplio que necesitará de una lectura sistemática de la Constitución para definirlo.

[598] Según Manuel ARAGÓN se comete una gran imprecisión concibiendo a la democracia de forma abstracta. Si se intentase definir el principio democrático fuera de la Constitución, éste no tendrá forma ni contenido jurídico, porque no existe teoría del Derecho sobre la Constitución, sino *en* la Constitución, en: "La eficacia jurídica del principio democrático", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 24, 1988, pp. 9-45, pp. 29 y ss.

directamente a un caso, el principio democrático ofrece argumentos para decidir, pero no obligan a la adopción de una decisión unívoca. Cobra sentido la expresión de AHUMADA, quien no sin razón escribe que el argumento democrático juega como la reina en el ajedrez que "puede moverse, con la misma fuerza, en todas las direcciones"[599].

Es así como ha servido tanto para sustentar, como para objetar la presencia de la jurisdicción constitucional en un ordenamiento jurídico. Su proyección alcanza a la estructura organizativa del Estado enlazando con el pluralismo[600], e incluso, a la organización interna de otras instituciones de relevancia pública[601]. Por ello, además, no es conveniente anticipar el contenido de este principio a la lectura sistemática de un texto constitucional. Es preciso conocerlo primero antes de afirmar cualquier hipótesis al respecto. Así, es posible que, como ocurre en la experiencia española, la Constitución apueste por un predominio de la representación sobre la participación al extremo de casi anular la eficacia de los mecanismos de democracia

---

[599] AHUMADA RUIZ, Marian. *La jurisdicción constitucional…,* ob cit., p. 64.

[600] La Carta Política reconoce a la democracia como forma de Estado y como principio estructural e integrador cuando en su art. 43 dispone que: "la República del Perú es democrática (…)", que su gobierno es "unitario, representativo y descentralizado" y que se organiza "según el principio de separación de poderes". Además, "la descentralización es una forma de organización democrática y constituye una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país. (…)" (Artículo 188 CP). La justicia comunal o la justicia de paz son ejemplos de ese pluralismo en la organización estatal. Cabe precisar que en contraposición con el unitarismo, el pluralismo entenderá a la sociedad como una trama plural, donde interaccionan los distintos grupos sociales siendo reconocidos en su diversidad. Sigo la cuidadosa definición de Ángel GARRORENA MORALES, para quien una concepción pluralista de la sociedad realiza tres cualidades de la democracia. "1) refleja el carácter diversificado y plural de la sociedad, respetando la entidad de todos sus participantes y es, a un tiempo, 2) garantía del solidario fortalecimiento al que tienen acceso los individuos en la defensa de sus derechos e intereses, (…) 3) educa además a los ciudadanos en el hábito del respeto a dicha pluralidad (…)", en: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho,* Tecnos, Madrid, 1987, pp. 132-133.

[601] En el caso de los derechos laborales, la Constitución reconoce "(…) los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático (…) (artículo 28 CP)"; y en el caso de los partidos políticos prescribe que "la ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos (…)" (los subrayados corresponden a la autora).

participativa[602]; o, como sucede en la peruana y en otros países de su entorno, que la participación haya sido dotada de una importancia muy próxima al de la representación, equipando las Cartas Políticas con un nutrido listado de los aludidos mecanismos, propendiendo su desarrollo efectivo[603]. En el tema que nos convoca, la importancia que la Constitución de 1993 confiere a la democracia formal se traduce en el reconocimiento de un elevado número de garantías normativas de la elección[604], más aún, en la consolidación de la organización electoral como una garantía institucional, según estudiamos en el segundo capítulo.

En todo caso, más allá de las distintas manifestaciones que de este principio adopte cada Constitución (que tendrán sustento en las distintas teorías que se han tejido sobre la democracia), es evidente que, en un nivel de abstracción máximo, su concepción se asocia a la titularidad popular del poder. Mientras que el constitucionalismo tiene como fundamento el límite a ese poder. La Carta procura que los ámbitos de poder sean racionalizados y que el soberano cuente con

---

602 A juicio de la profesora Biglino, la iniciativa legislativa en la experiencia española contaría con unos requisitos tan estrictos, que resulta prácticamente imposible que sea solicitada, en: "La iniciativa legislativa popular…" ob. cit., pp. 75-130 y un trabajo más reciente: Voz: "Iniciativa Legislativa Popular", *Organización General y Territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional,* ARAGÓN, Manuel y AGUADO, César (directores), tomo II, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 168-171.

603 Me remito al capítulo primero de este trabajo de investigación.

604 Todo el capítulo de la Constitución dedicado al denominado "Sistema Electoral" reúne una serie de garantías procedimentales de la elección que denota la relevancia que el constituyente le confirió: la obligatoriedad de dar publicidad permanente sobre el cómputo parcial y el resultado de los comicios (art. 182 CP), el mandato a las Fuerzas Armadas de mantener el orden y proteger la libertad personal durante los comicios bajo la supervisión y dirección de la ONPE (art. 186 CP); las características del escrutinio en acto público e ininterrumpido (art. 185 CP); o la presencia en la Constitución de un material electoral mínimo con nombres y apellidos ("padrón electoral", "actas", "cédula de sufragio") y que sólo podrá ser suministrado por los órganos electorales (arts. 182 y 183 CP). Como apunté en el primer capítulo de esta investigación, no creo que debamos adoptar una posición reduccionista y entender que el principio democrático adopta como definición de democracia únicamente el desarrollo de elecciones libres y competitivas, pero tampoco podemos soslayar esta tendencia y su importancia.

"ámbitos reales de libertad que le permita el control efectivo de los titulares ocasionales del poder"[605]. Es en este sentido que el Estado democrático ha sido la principal objeción a la expansión del Estado constitucional y a las competencias del juez para efectuar el control de las leyes. La objeción contramayoritaria contra el control judicial de la ley equivale a colocar al legislador (cuyo poder ha sido legitimado por la elección popular) frente a un juez que carece de dicha legitimación, pero que aún así, podrá invalidar sus actos[606]. Un principio que, paradójicamente, significa para el Alto Tribunal que cuenta con carta blanca para intervenir en la esfera de lo electoral, pese a que el texto constitucional diga lo contrario.

Recordemos brevemente que el constitucionalismo fuerte es el corolario de una evolución que empieza con las denominadas Constituciones semánticas (término acuñado por Loewenstein) y termina con el constitucionalismo de post guerra; y que el fracaso del Estado de Derecho (con el positivismo como doctrina) permitió las terribles violaciones contra los derechos fundamentales en la Alemania nazi[607].

---

[605] RUBIO LLORENTE, Francisco. "La Constitución como fuente del Derecho", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho,* vol. 1, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 61. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA escribe que "el principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas de libertad individual es, en efecto un principio esencial del constitucionalismo. (...) El concepto de un poder absoluto ilimitado es intrínsecamente contradictorio, puesto que nadie puede estar sometido íntegramente a otro semejante sin negar su propia esencia humana, sin "cosificarse" (...)", en: *La Constitución como norma...,* ob. cit., p. 53. Véase además los trabajos de ARAGÓN REYES, Manuel. "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional", *Revista de Estudios Políticos,* nº 50, 1986, pp. 9-30; y, "El control como elemento inseparable del concepto Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 19, 1987, pp. 15-52.

[606] Luis PRIETO sintetiza el argumento contramayoritario de la siguiente manera: "porque se supone que los jueces crean Derecho es por lo que cabe formular el reproche de la falta de legitimidad democrática" (en: *Justicia constitucional...* ob. cit., p. 163). La principal objeción al constitucionalismo es el Estado democrático, es decir, el poder legislativo y por qué no, para el caso, el propio poder constituyente. Su falta de legitimidad no sólo se encuentra vinculada a la modalidad de elección de los jueces, sino que además, en la interpretación constitucional que podría conducir a la modificación de su contenido material.

[607] La división posguerra condujo a autores integracionistas como SMEND a contribuir al tránsito de una constitución positivista a una constitución dinámica. Por ello, la

Salvando las distancias, este constitucionalismo fuerte se adopta en Perú luego de un contexto de guerra interna y de dictaduras periódicas que impidieron el nacimiento, primero, y la consolidación, después, de la jurisdicción constitucional. El Alto Tribunal intenta ordenar la casa, fortaleciendo el poder normativo y la eficacia directa de la Constitución para palear la impunidad o al menos la sensación que existe respecto a ella. Ello no habría sido posible sin una teoría de la interpretación jurídica, uno de los aspectos de la justicia constitucional que cambia de modo radical con la adopción del constitucionalismo. Una teoría de la argumentación que apuesta por la ponderación; que sin soslayar el programa normativo de los preceptos bajo examen, reúna principios de

---

apuesta de la Ley Fundamental de Bonn (1949) fue convertir a la Constitución en una auténtica norma jurídica suprema, limitar el poder del legislador, esclarecer el contenido de los derechos fundamentales, proclamarlos como no derogables y dotarlos de garantías frente a las posibles violaciones. Se da inicio a la consolidación del constitucionalismo. Una doctrina que, aunque recibe lo mejor de ambas tradiciones (norteamericana y kelseniana) no se reduce a ser una síntesis de ellas. Es una construcción relativamente reciente que sólo se consolida después de la Segunda Guerra mundial (incluso en los Estados Unidos). Aunque se trata de una fórmula que combina elementos procedentes de las experiencias previas del constitucionalismo y la democracia, la profesora AHUMADA considera que no es una síntesis de ambas (en: *La jurisdicción constitucional en Europa,* Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 190-191). La Constitución se convierte en límite y garantía del ejercicio del poder y al mismo tiempo, sigue siendo una norma jurídica y una directiva que impone obligaciones a los demás poderes públicos, incluso al legislador (antes omnipresente, ahora limitado). Se caracteriza porque incluye a los principios y a los derechos fundamentales en el contenido normativo de la Constitución. La teoría de la interpretación da un vuelco, porque otorga a ésta una fuerza expansiva que alcanza a poderes públicos y a los particulares, y en especial, para el tema que nos convoca, porque los jueces adoptan un rol protagónico en la interpretación de la Carta Política, sucediendo al legislador. PRIETO considera que el constitucionalismo presenta las siguientes características: 1. Carácter normativo o fuerza vinculante de la constitución. El texto, ni es un catecismo político, ni una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino una norma. 2. Supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. Condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y "representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario". 3. Eficacia o aplicación directa (consecuencia del anterior). La Constitución no requeriría de ningún acto normativo para aplicarse en un caso concreto. 4. Garantía judicial. Esta característica adopta posibilidades varias: control concreto y abstracto, *a priori o a posteriori,* encomendado a órganos especiales o judiciales. Pero en todos los casos, el rol protagónico es encomendado a los jueces. 5. Presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también en sus relaciones horizontales. El contenido normativo está formado por principios, derechos y directrices "más o menos precisos", "pero que, siempre que resulten relevantes, están llamados a su aplicación en los casos concretos". 6. Rigidez constitucional. El constitucionalismo se hace más fuerte cuanto más inaccesible se muestre la Constitución frente al legislador, en: PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia constitucional…*ob. cit., pp. 110 y ss.

interpretación especialmente destinados a lidiar con las particularidades del texto constitucional; y que permita una lectura actualizada de sus enunciados normativos, sin desnaturalizar sus contenidos[608]. En suma, una teoría que alienta la mutación constitucional como práctica, coordinando su rigidez y necesaria apertura para asegurar su pervivencia[609].

El Alto Tribunal ha llevado a cabo esta labor incluso, a costa de hacer de lado al legislador. Una muestra de ello es la proliferación del control difuso de constitucionalidad y su extensión a los Tribunales Administrativos, que se sustenta en su vinculación directa (de ellos, de todos los órganos del Estado y de los particulares) a la Constitución. Otra es la localización de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el escalón constitucional, pese a que la Norma Fundante le habría retirado dicho escalafón; o la creación de derechos fundamentales a la luz de la cláusula de derechos implícitos del artículo 3º.

Gracias a sus principios y a su consecuente vinculación con la moral, la Constitución se convierte en un instrumento dúctil en manos del juez, que alienta las saludables mutaciones de sus contenidos materiales. Una discrecionalidad de indispensable convivencia con el principio democrático para salvaguardar los derechos fundamentales en aquellas

---

608 Aquellos criterios de interpretación permitirán orientar y encauzar el proceso de relación y coordinación de todos los puntos de vista y arribar a la solución de los conflictos, en: HESSE, Konrad. *Escritos…*, ob. cit., pp. 40-48. Véase además los trabajos de: GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "La interpretación constitucional como problema"… ob. cit., pp. 9-37; BASTIDA, Francisco y otros. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978,* Tecnos, Madrid, 2004; BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales,* REQUEJO, Juan Luis y VILLAVERDE, Ignacio (traductores), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

609 Un cambio a la Constitución "que no entra en colisión formal con la Constitución, pero que puede dar otro sentido a los órganos y a las instituciones y a la Constitución como totalidad", en: GARCÍA PELAYO, Manuel. "Constitución y Derecho Constitucional: (Evolución y crisis de ambos conceptos)", *Revista de estudios políticos,* Nº 37-38, 1948, pp. 53-124, p. 106.

situaciones en las que el derecho no es claro. La pregunta que surge de inmediato es hasta dónde podría estirarse la cuerda de la fundamentación jurídica. La respuesta tiene como evidente protagonista al texto formal de la misma Constitución. Al otro lado de la frontera se encuentra el "decisionismo" judicial. Es decir, una sentencia que se asemeje más a una decisión política que a una jurídica y de lo que el Tribunal considere que es el contenido de un dispositivo constitucional[610].

En los preceptos bajo análisis no se verifica la hartiana "zona de penumbra" normativa, esto quiere decir que la interpretación del Alto Tribunal responde a una intencionalidad relacionada con un valor moral protector de los derechos fundamentales. Todo parece indicar que el Tribunal peruano abraza la teoría de Dworkin para considerar que tiene un derecho moral de conocer toda cuestión que cuente con ribetes constitucionales de importancia, pese a la voluntad del legislador e, incluso, de la literalidad de la Constitución. Y como él (para el caso del amparo electoral), considera que sólo una interpretación es correcta y posible[611]. Y es que, ya Pablo de LORA comentaba que "el problema de la interpretación constitucional no es (…) de criterios de asignación de significado, sino de acuerdo o desacuerdo moral sobre las decisiones alcanzadas"[612].

En mi opinión, el sustento del amparo electoral sería la opción del TC por un Estado constitucional duro y expansivo, pero no el principio democrático que apunta, más bien, a fortalecer a la organización electoral impidiendo la revisión judicial de las decisiones de su

---

610 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma…*ob. cit., p. 71, p. 160 y ss.

611 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio,* Marta GUASTAVINO (traductora), 7ma. Impresión, Ariel, Barcelona, 2009, p. 294.

612 DE LORA DEL TORO, Pablo. *La interpretación originalista de la Constitución,* CEPC, Madrid, 1998, pp. 300-301.

Tribunal. En esta misma línea de argumentación habría sido más consistente que, haciendo gala de un activismo jurisdiccional, el Pleno del JNE hubiese creado el amparo electoral. La experiencia del Tribunal Supremo de Elecciones costarricense es un referente comparado interesante para este cometido, aunque su amparo sólo estuviese inicialmente destinado a los miembros de los partidos políticos. El magistrado SOBRADO escribe que a pesar que el Tribunal Supremo de Elecciones (TSE) contaba con plena competencia constitucional para el control de la democracia interna de los partidos políticos, éste no contaba con una vía legalmente diseñada para el adecuado abordaje jurisdiccional de estos conflictos. El amparo ante la Corte Suprema de Justicia era ineficaz por los plazos procesales. A partir de la sentencia del TSE nº 303-E-2000, el TSE procedió a integrar la laguna legal que, a su juicio, le impedía conocer los casos aludidos. Entendió que era competente para conocer dichos casos a través de una interpretación analógica de la Ley de la Jurisdicción Constitucional[613].

En este contexto, soy partidaria de un activismo judicial que ampare derechos fundamentales como el *derecho a la verdad* que, si bien exigen toda una arquitectura interpretativa para sustentar su anclaje a la Norma Fundante, responde a criterios de justicia material que, ni vulneran la propia Carta, ni se superponen a la actividad legislativa, sino que la complementan. La literalidad del texto constitucional como norma jurídica suprema exige respeto, aunque podamos no estar de acuerdo con sus preceptos.

Ahora bien, revisemos los dispositivos electorales en relación a la totalidad del texto.

---

[613] SOBRADO GONZÁLEZ, Luis Antonio. "El control de los procesos electorales en Costa Rica", *La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado,* BIGLINO CAMPOS, Paloma y DELGADO DEL RINCÓN, Luis (editores), CEPC, Madrid, 2010, pp. 111-139, especialmente, pp. 131-135.

3.2.3. El principio de unidad y las antinomias constitucionales

El Alto Tribunal hace patente la presencia de una antinomia que contrapone, en un lado de la lona, la proscripción de todo recurso judicial contra las decisiones del JNE (arts. 142 y 181 CP); y en el otro, el principio democrático (arts. 3 y 43 CP), el acceso a la justicia constitucional como manifestación de la tutela judicial efectiva (art. 139.3 CP), la competencia del TC sobre el proceso de amparo frente a la violación de cualquier derecho fundamental (art. 202.2 CP) y la condición de "órgano de control de la Constitución" del Alto Tribunal (art. 201 CP).

El Colegiado defiende la armonización considerando innecesaria una reforma constitucional de, los tantas veces mencionados, artículos 142 y 181. En el caso *Lizana Puelles* afirmó que bastaría con una "interpretación constitucional adecuada" porque la Constitución de 1993 se encuentra plagada de disposiciones entre las que existe una "aparente contradicción" como ocurre entre el 2.1 que consagra el derecho a la vida y el 140º que recoge la pena de muerte; o el 2.2 que reconoce el principio-derecho de igualdad ante la ley y el artículo 103º que permite la expedición de leyes especiales cuando así lo exija la naturaleza de las cosas; o entre el 2.24 que reconoce la libertad personal y su literal f) que justifica que la autoridad policial prive a la persona de ésta en caso de flagrante delito; o entre el 139.2 que refiere que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, mientras que el 200.2 establece que el amparo contra esta resolución procede si emana de un

proceso irregular. A su juicio, en todos estos casos de aparentes contradicciones la armonización ha sido posible[614].

Lo primero que el Alto Tribunal calla en su razonamiento son las diferencias estructurales entre preceptos constitucionales: un principio (como el democrático o el de soberanía nacional) no tiene los mismos efectos que una regla (como la detención preventiva no mayor a 48 horas) para el caso concreto. No menciona la condición de norma-principio de los derechos fundamentales que cita como ejemplos, ni las características que dicha condición les atribuye. Menos aún, la apertura a la interpretación constitucional, proclive a la armonización, que deriva de su abstracción; en relación a la subsunción (al menos en una primera lectura) a la que obedece una regla.

El elevado nivel de apertura del 2.2 CP y el 103 CP permite calificarlos como "normas incompletas" que precisan de una posterior configuración[615]; y al mismo tiempo, como principios. La conformación legislativa que los dote de contenido deberá ser coherente con el ordenamiento jurídico y los principios que lo sustentan; mientras que su interpretación a nivel jurisdiccional exigirá al juez delimitar sus alcances sin desnaturalizarlos. Es evidente que una norma que aprueba cuotas laborales para el acceso a discapacitados es incompatible con la igualdad formal (art. 2.2 CP). Sin embargo, responde a la especial naturaleza de las cosas (art. 103 CP), promueve la inclusión de un colectivo fácticamente discriminado y propende la igualdad material en el trabajo.

---

614 STC 5854-2005-PA, del 8 de noviembre de 2005, FJ. 15 y 33.

615 Se entiende por proposiciones jurídicas incompletas aquellas que no poseen una consecuencia jurídica directa sino que se remiten a otra proposición jurídica, como podría ser el derecho de tutela judicial efectiva. Necesita de un desarrollo por parte del legislador para que pueda aplicarse. Sin embargo, esta condición, no le resta su carácter obligatorio, en: NIETO, Alejandro, "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública,* Vol I, 100-102, 1983, pp. 371-415, p. 388.

Lo segundo que el Tribunal omite decir es que la Constitución puede imponer límites intrínsecos a los derechos o a las facultades que encomienda, y que, por definición, ningún derecho es absoluto. Así por ejemplo, cuando ejerciendo mi derecho a la libertad personal (art. 2.24 CP) me apodero del bolso de una transeúnte, afecto su derecho a la propiedad (art. 2.16 CP). Las fuerzas del orden sólo podrían detenerme *in fraganti* (flagrante delito del 2.24.f) CP), caso contrario, atentarían contra mi derecho a la presunción de inocencia (art. 2.24.e) CP). Lo mismo ocurre con las sentencias arbitrarias que podrán ser revisadas por el juez constitucional. Los límites a los principios de seguridad jurídica y de cosa juzgada son impuestos por el propio texto constitucional.

El ejemplo del derecho a la vida y la pena de muerte merece una especial atención, porque, a diferencia de los demás supuestos que cita el Alto Tribunal, la pena de muerte no limita el derecho a la vida, sino que lo destruye y quebranta los Pactos Internacionales de Derechos Humanos suscritos por el Estado peruano.

De acuerdo con la Constitución Política de 1979, en el Perú la pena de muerte se aplicaba exclusivamente al delito de traición a la patria en caso de guerra exterior. En su artículo 140, la Carta de 1993 acogió un supuesto adicional: la pena de muerte se aplicaría, también, al delito de terrorismo "conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada". Esta redacción fue adoptada pese a que la Convención prohibía a los Estados miembros extender la pena de muerte a delitos "a los cuales no se la aplique actualmente". En este contexto, la Comisión Interamericana consultó a la CIDH si la sola emisión del aludido artículo 140 vulneraba la Convención Americana. Es así como a

través de la Opinión Consultiva 14/94 del 9 de diciembre de 1994[616], el Tribunal Internacional evitó opinar sobre el art. 140 como disposición constitucional, o respecto a su aplicación en el ordenamiento jurídico interno, adoptando como premisa de su evaluación que la consulta se refería a una ley formal[617]. Ahora bien, la Corte concluyó que la promulgación de una norma que fuese manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por el Estado cuando ratificó la Convención "constituye una violación de ésta"; pero solo si esa violación afecta "derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad para el Estado". En este sentido, el 140 es incompatible con la Convención, pero la reserva legal que estableció exigía un desarrollo normativo previo a su aplicación que no se había producido. Si el precepto hubiese sido una norma autoaplicativa, entonces sí se habría generado responsabilidad internacional.

El silencio del legislador frente al precepto en cuestión ha neutralizado la pena de muerte y ha impedido que el Estado peruano incurra en responsabilidad internacional. Su desuso durante estos años la ha convertido en una norma que hoy nadie cuestiona como un atentado contra el derecho a la vida. También es cierto que, desde que entró en vigencia la Carta Política de 1993 hasta la fecha, el Estado peruano no ha condenado a muerte a nadie. La antinomia se ha resuelto bloqueando la eficacia del precepto.

---

[616] *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 14/94, del 9 de diciembre de 1994, Serie No. 14, párr. 50.

[617] Presumo que la Corte procuró evitar que los Estados Miembros considerasen que la Comisión le estaba sometiendo una cuestión contenciosa encubierta como consulta. De otro lado, como vía jurisdiccional debía observar el principio de imparcialidad judicial al impartir justicia frente a una posible y futura denuncia contra el Estado peruano por imponer la pena de muerte. En este contexto, aludir directamente al precepto de modo directo podía implicar un adelanto de opinión. También creo que su condición de instancia supranacional regida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos le impidió opinar sobre el derecho interno del Estado en abstracto; y, su competencia contenciosa, evaluar su compatibilidad o incompatibilidad con el derecho internacional.

Las características del 142 y el 181 CP se acercan más a las reglas como aquella que establece la pena de muerte. Sin embargo, carecen de una reserva de ley similar a la del 140 CP. Mientras que la pena de muerte requiere de la intervención del legislador para que sea aplicable (de modo similar a los derechos de configuración legal), el mandato de no revisión judicial de las resoluciones del Jurado en materia electoral es una regla directamente aplicable.

Otra diferencia entre *la pena de muerte* y el mandato de no revisión judicial, es que el 142 y el 181 CP no han sido puestos a consideración de la CIDH, ni a través de su función consultiva, ni por medio de un caso concreto (función jurisdiccional). Sin embargo, como se apuntó en anteriores epígrafes, en la denuncia de Susana Higuchi Higuchi, la Comisión Interamericana recomendó al Estado peruano que habilitase un recurso efectivo y sencillo que se ajuste a los términos del 25.1 de la Convención.

En este contexto, y aunque todo parecería indicar que, los tantas veces citados 142 y 181, resultan manifiestamente incompatibles con la CADH, en mi opinión, es posible matizar. Si el legislador retirase de la normativa electoral toda función administrativa encomendada al JNE y le impidiese actuar como Administración y Jurisdicción al mismo tiempo, el Jurado quedaría convertido en un auténtico Tribunal Electoral. Quedaría alguna reminiscencia en el texto constitucional que necesitaría ser revisada, como el registro de los partidos políticos. Aún así, estaría camino a convertirse en una jurisdicción electoral especializada y autónoma independiente e imparcial con las condiciones necesarias para conocer un recurso y que éste sea efectivo. En ese escenario es probable que la Comisión Interamericana diese un paso atrás en sus recomendaciones. En todo caso, las conclusiones de aquel Informe proporcionan información acerca de la visión del SIDH sobre la

presencia del amparo electoral en el ordenamiento jurídico peruano. Que éste o es inexistente, o es ineficaz.

Sin embargo, y volviendo al Derecho interno, la literalidad de los preceptos electorales y los fundamentos jurídicos del Tribunal Constitucional que defienden la omnipresencia del control constitucional como garantía de la Supremacía Normativa de la Fuente de Fuentes, me conducen, inevitablemente, a plantear la siempre cuestionable tesis de la inconstitucionalidad de los preceptos constitucionales.

3.3. La tesis de la inconstitucionalidad de los preceptos constitucionales

Dos de los criterios utilizados por el Alto Tribunal para pronunciarse a favor de la presencia del amparo electoral en el ordenamiento jurídico peruano fueron los criterios de unidad de la Constitución y de concordancia práctica. El primero de ellos fue claramente adoptado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán[618], recogido por HESSE en su obra; citado, a su vez, por el Alto Tribunal peruano, y que citaré a continuación por su efecto ilustrativo:

> "la relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución obligan a no contemplar en ningún caso sólo la norma aislada, sino siempre además en el conjunto en el que debe ser situada; todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de

[618] En el famoso caso Suroeste (1 BverfGE (1951), p. 14) estableció que: "un precepto constitucional concreto no puede ser considerado como una cláusula aislada e interpretarse por separado. La constitución tiene una unidad interna, y el significado de cualquiera de sus partes está ligado al de otros preceptos. Tomada como una unidad, la constitución refleja ciertos principios capitales y decisiones fundamentales a los que se subordinan los preceptos concretos" (…)

> tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales"[619].

La unidad de la Constitución es una de sus características esenciales como norma, que la diferencia de las leyes u otras normas jurídicas, y precisamente por ello, es que dicha unidad se convierte en el punto de llegada de cualquier interpretación constitucional. La composición del texto por reglas, principios y valores le otorga la denominada "ductilidad" que lo hace posible. Una propiedad que ZAGREBELSKY atribuye a las Constituciones europeas de la post-guerra[620], entre las cuales, la alemana es una de las más emblemáticas.

Sin embargo, en aquel trabajo HESSE acotó a su definición que la interpretación del texto como unidad debe encontrarse en consonancia con las "decisiones básicas de la Constitución". Estas serían, a juicio del Tribunal Constitucional peruano, su concepción del principio democrático y del control constitucional. Sin embargo, cuestión distinta es que aquellos principios capitales y decisiones fundamentales deban considerarse, en adición, expresión de un derecho mayor que vincula incluso al constituyente. Esto implicaría llevar a cabo un juicio de contraste entre cuestionados o cuestionables preceptos constitucionales y dichas decisiones básicas, y con ella, además, una importación de la teoría alemana de la inconstitucionalidad de preceptos constitucionales. En este contexto, la pregunta que cabe plantearse es: si no fuese posible armonizar una de las partes con el todo, entonces, ¿son inconstitucionales los arts. 142 y 181 CP?

---

[619] Relaciona directamente el criterio de unidad con el de concordancia práctica, según el cual, "los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad". De acuerdo con la eficacia integradora, "si la Constitución se propone la creación y mantenimiento de la unidad política, ello exige otorgar preferencia en la solución de los problemas jurídico-constitucionales a aquellos puntos de vista que promuevan y mantengan dicha unidad". En: *Escritos…*, ob. cit., pp. 45 y ss.

[620] *El derecho dúctil…* ob. cit., pp. 14 y ss.

En el paradigmático caso *Suroeste,* el Tribunal Constitucional Federal alemán (1 BverfGE (1951) p. 14) determinó que:

> "que un precepto constitucional pueda ser él mismo nulo e inválido no es conceptualmente imposible sólo porque sea parte de la constitución. Hay principios constitucionales que son tan fundamentales y hasta tal extremo expresión de un derecho que precede incluso la constitución, que vinculan también al autor de la constitución, y las disposiciones constitucionales que no tienen rango tan elevado pueden ser nulas e inválidas, porque contravienen esos principios" (...).

El artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn (y en contraposición a la Constitución de Weimar) estableció un núcleo constitucional duro, sustraído a cualquier proyecto de reforma. Este reza que:

> "no está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 (protección de la dignidad humana, vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales) y 20 (fundamentos del orden estatal y derecho de resistencia)".

Entre los fundamentos constitucionales del orden estatal alemán cuya reforma fue proscrita se encuentra su proclamación como "Estado federal democrático y social", el principio de soberanía popular, elecciones y principio de representación, la sujeción de los Poderes públicos a la Constitución y a la ley, así como, el derecho de resistencia. Esto quiere decir que dicho texto constitucional cuenta con un núcleo duro, excluido de toda revisión o reforma, por disposición expresa de la propia Norma Fundante. Un núcleo que se torna en un referente para el contraste con los demás preceptos constitucionales y para toda posible enmienda. En este contexto se entiende la citada sentencia del Tribunal Federal alemán.

Es interesante optar por este modelo cuando se han producido hechos traumáticos que requieren cambiar casi de modo radical las costumbres

de una sociedad (de un contexto carente totalmente de respeto por los derechos fundamentales a un contexto en que éstos se respeten, como ocurrió luego del holocausto), pero luego se convierte en un obstáculo innecesario. Esta opción ahoga la democracia entendida como pluralismo. En el caso peruano, es posible que luego de prolongados periodos dictatoriales fuese necesario que hacer prevalecer los valores constitucionales, sin embargo, la Constitución debe permitir dicha imposición de modo expreso. Evaluemos si eso ocurre, previa mirada al caso español, cuya polémica, se ha visto reflejada en la doctrina.

3.3.1. El caso de la sucesión a la corona española y el principio de igualdad

Cuando el presidente José Luis Rodríguez Zapatero solicitó al Consejo de Estado que opinase sobre las reformas que debía acometerse a la Constitución española de 1978[621], uno de los puntos consultados fue el sistema de sucesión al trono. La cuestión se centraba en la posible incompatibilidad entre la preferencia del varón frente a la mujer en la línea sucesoria del 57.1 CE[622], con la prohibición de la discriminación

---

[621] A través del Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, se solicitó al Consejo de Estado que emitiera un informe sobre la posible reforma. Los contenidos eran: 1) La supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono; 2) La recepción en la Constitución del proceso de construcción europea; 3) La inclusión de la denominación de las comunidades autónomas; y 4) La reforma del Senado. En respuesta, el Consejo de Estado emitió el Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones a la Constitución española, febrero de 2006, p. 30 y ss., disponible en: (http://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf) (28-06-2011).

[622] El literal primero del artículo 57 dispone que "la Corona de España es hereditaria en los sucesores de S.M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos" (el subrayado corresponde a la autora).

por cuestión de género reconocida en el art. 14 CE[623]. Aunque ya en 1986 existía un trabajo académico de Pilar MELLADO y Yolanda GÓMEZ acerca del tema[624], el debate doctrinal que emanó de esta pregunta se extendió a extremos interesantes, como el origen histórico de la Corona o las consecuencias de una eventual reforma constitucional. Sin embargo, los objetivos de esta investigación me fuerzan a centrarme en la evaluación que algunos autores hicieron sobre la posible inconstitucionalidad de normas constitucionales.

La presencia del 57.1 en la Constitución española ha sido calificada directamente como "discriminatoria"[625]. Sin entrar en la peligrosa adjetivación, Teresa FREIXES opinó que la modificación de dicha disposición, más que "conveniente, se perfila como necesaria para dar coherencia al ordenamiento jurídico"[626]. A mi juicio, su razonamiento queda incompleto porque no ingresa a analizar la incoherencia en sí misma, sino que cita una serie de instrumentos internacionales que

---

623 Según el artículo 14 CE, "los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

624 "En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del art. 57 de la CE de 1978", REP, nº 22, 1986, pp. 175-193.

625 FERNÁNDEZ-FONTECHA adopta como punto de partida que el 57.1 es discriminatorio, sin analizar esa condición, ingresa a analizar la eficacia en el tiempo y cómo se aplicaría al Príncipe Heredero una eventual reforma de la Carta. En: "Algunos problemas derivados de la posible reforma del artículo 57.1 de la Constitución", *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos,* RUBIO LLORENTE, Francisco (editor), Consejo de Estado – CEPC, Madrid, 2006, pp. 297-306.

626 Teresa FREIXES cita la experiencia monárquica comparada y todos los tratados suscritos por España que se relacionan con el principio de igualdad y la prohibición de la no discriminación, para concluir que la reforma de la Constitución en lo que hace referencia a la sucesión de la Corona "más ya que como conveniente, se perfila como necesaria para dar coherencia al ordenamiento jurídico". No habla de una inconstitucionalidad, ni de incompatibilidad, sino de coherencia y armonización. Me pregunto si habría querido decir (sin decirlo) que el ordenamiento jurídico constitucional español es incoherente, en: "Reforma de la Constitución: igualdad de mujeres y hombres y sucesión a la Corona de España", *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos,* Rubio Llorente, Francisco, editor, Consejo de Estado – CEPC, Madrid, 2006, pp. 307-364, p. 350.

sustentarían su posición. Yolanda GÓMEZ da un paso más, aunque tuvo dos épocas. En la primera consideró que el 57.1 CE era una norma discriminatoria por razón de sexo y, por lo tanto, inconstitucional. Adoptó como referente la antes referida teoría alemana de la posguerra que sostenía la existencia de preceptos constitucionales inconstitucionales (y en consecuencia, nulos) por ser incompatibles con principios elementales y anteriores al texto constitucional (derecho natural). Implícitamente, consideraba que el principio de igualdad del 14 tenía una posición preferente a la del 57.1. Una de sus consecuentes propuestas consistía en que se facultase al Tribunal Constitucional para determinar dicha inconstitucionalidad[627]. Aunque en su segunda época siguió defendiendo la lógica interna de su tesis, morigeró el tono. Identificó "el inconveniente de precisar una graduación de las normas y principios constitucionales conforme a criterios ajenos al Derecho positivo. Aunque en el tema de la igualdad entre hombres y mujeres la conclusión favorable a la equiparación es más o menos evidente, es cierto que la "generalización de la tesis de la inconstitucionalidad de normas constitucionales resulta muy difícil"[628]. En esta ocasión, se decantó únicamente por proponer la reforma de la Constitución como una necesidad.

En una tesis que comparto, Fernando REY, discrepando de GÓMEZ, sostiene que la presencia de un guardador de la constitucionalidad de las normas constitucionales constituye un verdadero golpe de Estado. En su opinión, la doctrina alemana de la inconstitucionalidad de

---

[627] "Hay, en estos casos, que aceptar sin falso pudor jurídico: 1) que existen verdaderamente normas constitucionales inconstitucionales, y 2) que, en este caso, hay que proveer un órgano competente para interpretar las normas que así entren en conflicto y determinar cuál debe prevalecer o, bien, optar por la reforma constitucional", en: "En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del art. 57 de la CE de 1978", ob. cit., p. 191.

[628] En: "La sucesión a la Corona: la reforma del artículo 57.1 de la Constitución española", *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos,* Rubio Llorente, Francisco, editor, Consejo de Estado – CEPC, Madrid, 2006, pp. 365-401, p 393.

normas inconstitucionales no es aplicable al derecho español porque según escribe:

> "ni se plantea entre nosotros (en España) la subordinación de la Constitución al Derecho natural o a los principios de justicia natural del modo en que se hizo en Alemania tras el *shock* del nazismo, ni existen (al menos expresamente) cláusulas de intangibilidad que protejan un núcleo duro constitucional frente a todo tipo de reforma, de modo que pueda plantearse la idea de una cierta jerarquización entre disposiciones constitucionales"[629].

Luego de sumergirse en la historia de la Corona española, apunta las razones históricas del constituyente para introducir la preferencia masculina en la sucesión, y analiza su presencia en el texto de la Carta, así como, la naturaleza jurídica de la sucesión al trono, para concluir, de forma rotunda, que el 57.1 no es una disposición inconstitucional. Opina que su reforma es conveniente porque ésta "ha perdido completamente su razón de ser"[630]. Finalmente, el Informe del Consejo de Estado adoptó la posición que el 14 y el 57.1 no eran incompatibles porque este último no era una manifestación del derecho fundamental de acceso a los cargos públicos del 23 CE, cuya titularidad corresponda a todas las personas. Dichos preceptos tienen ámbitos de aplicación distintos, mientras el primero es un principio de carácter general, el segundo es de alcance particular. Sin embargo, la modificación era

---

[629] En: "Derecho de sucesión en la corona y discriminación por razón de sexo: análisis de la posible supresión de la preferencia sucesoria de los varones (art. 57.1 de la Constitución española)", *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos,* RUBIO LLORENTE, Francisco (editor), Consejo de Estado – CEPC, Madrid, 2006, pp. 403-441, p. 423.

[630] Rey, ob. cit. El autor afirma que "el art. 57.1 CE no es una disposición inconstitucional. Y por este motivo la reforma en curso no es absolutamente imprescindible desde el punto de vista de la coherencia constitucional (razones históricas que condujeron al constituyente a reconocerla de esa manera). Es mejor que se haga, sin duda, y hay varias razones que apuntan en esa dirección, pero la regla de la preferencia masculina en la sucesión a la Corona fue introducida por el constituyente por las razones mencionadas". El considera más importante examinar si cuando el proyecto de reforma sea sometido a referéndum, lo que la población vote es la permanencia de la corona más que el sistema de sucesión. En consecuencia, no debería ponérsele en peligro, porque si no se reforma, no pasa nada. P 424.

pertinente para "acomodar el texto constitucional a la realidad social del tiempo presente"[631].

3.3.2. El caso peruano de la no revisión de las decisiones del JNE y la Constitución de 1993

El constituyente no estableció un núcleo duro de preceptos que cuenten con un nivel de importancia mayor que el resto del texto constitucional, como para entender que existe un parámetro de constitucionalidad de unos respecto a otros. Aunque cabe apuntar que los principios de soberanía popular y del Estado democrático de Derecho han sido adoptados como sustento para la creación de nuevos derechos, a través de la cláusula de los derechos implícitos. Sin embargo, no les coloca en una posición preferente en relación a las demás disposiciones constitucionales, sino que les atribuye, de modo expreso, una característica que es inherente a todo principio: ser parámetro para constituir e interpretar Derecho, con carácter vinculante para todos los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones.

En segundo lugar, una Constitución brindaría preferencia a unos preceptos sobre otros si es que los sustrajese del proceso de reforma constitucional. El artículo 206 CP destinado a dicho proceso reconoce que:

> "Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del

631 *Informe del Consejo de Estado sobre modificaciones a la Constitución española*, febrero de 2006, pp. 30 y ss., disponible en: (http://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf) (10-01-2011).

> número legal de congresistas. La ley de reforma constitucional no puede ser observada por el Presidente de la República.
> La iniciativa de reforma constitucional corresponde al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas; y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral".

Es un proceso con una votación calificada que podría prescindir del referéndum si existiese un acuerdo político para su reforma. Siguiendo con el contraste comparado, no adopta una complejidad, siquiera similar, al de la experiencia española. Una complejidad que se incrementa si es que el proyecto de reforma se relaciona con el Título Preliminar, el catálogo de derechos fundamentales y la Corona porque exigirá la disolución inmediata del Parlamento[632]. La escasa voluntad política se suma a este intrincado procedimiento dando como resultado que la Constitución española haya sido modificada una sola vez[633]. No obstante que algunas propuestas de reforma, aún en debate doctrinal,

---

[632] En la experiencia española, el art. 168.1 CE dispone que cuando "se propusiere la revisión (...) parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo II, Sección I del Título I (De los Derechos fundamentales y las libertades públicas), o al Título II (De la corona) se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes". La aprobación de la moción de reforma, su estudio y aprobación por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras corresponderá al nuevo Parlamento elegido (art. 168.2 CE), y una vez aprobada por las Cortes Generales, deberá ser sometida a referéndum (art. 168.3 CE). Sin contar con la elevada dificultad del proceso de reforma de cualquier precepto constitucional, o con sus impedimentos temporales. Así, los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado (art. 167.1 CE). De no lograrse la aprobación y siempre que el texto hubiere tenido mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma (art. 167.2 CE). Una vez que la reforma sea aprobada por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación si así lo solicita una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras (art. 167.3 CE). La reforma constitucional no podrá iniciarse en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116, es decir en los estados de alarma, de excepción y de sitio. (art. 169 CE).

[633] Reforma constitucional del 27 de agosto de 1992, que añade los términos "y pasivo" al texto original del artículo 13.2 CE: "solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales". Ello, con el fin de adaptarlo al Tratado de la Unión Europea adoptado en Maastricht.

cuentan con Informe favorable del Consejo de Estado[634]. Esto quiere decir, que si bien el camino es tortuoso, no existe precepto en dicho texto constitucional que quede a salvo de una iniciativa de reforma. Otra cosa muy distinta es que se consolide la voluntad política necesaria para llevarla a cabo.

Sobre la presencia de límites formales y materiales a la reforma constitucional, el Alto Tribunal peruano es de la opinión que la Constitución de 1993 carece de límites materiales expresos[635], pero sí cuenta con límites materiales implícitos, que no podrían ser modificados sin que se produzca la "destrucción" de la Constitución. Comprendió dentro de este núcleo no-revisable a "los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado"[636]. Lo interesante es que, en el marco de esta sentencia, no ha sido materia de discusión o debate

---

634 El Informe del Consejo de Estado sobre *Modificaciones a la Constitución Española*, de febrero de 2006, fue evacuado con respuesta favorable a las consultas del Gobierno español sobre la necesaria reforma de cuatro apartados: 1. La supresión de la preferencia del varón en la sucesión al trono; 2. La recepción en la Constitución del proceso de construcción europea; 3. La inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas; y 4. La Reforma del Senado, sin embargo, hasta la fecha dichas enmiendas no han sido implementadas. Disponible en: (http://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf) (28-06-2011). A la fecha, únicamente se ha modificado el artículo 13.2 de la Constitución española con ocasión del ingreso del Estado español a la actual Unión Europea, para que los ciudadanos comunitarios y de los demás países miembros de la Unión puedan votar en elecciones municipales y europeas en territorio español.

635 Define a los límites materiales expresos como "cláusulas pétreas", "aquellos en los que la propia Constitución, expresamente, determina que ciertos contenidos o principios nucleares del ordenamiento constitucional están exceptuados de cualquier intento de reforma". Menciona como ejemplos el art. 89 de la Constitución francesa de 1958, el art. 139 de la Constitución italiana, y para el caso peruano, el art. 183 de la Carta de 1839 o el 142 de de 1933, en: STC 0014-2002-ai/tc, del 21 de enero de 2002, FJ. 76.i.

636 Entendió los límites implícitos como "aquellos principios supremos de la Constitución contenidos en la fórmula policía del Estado y que no pueden ser modificados, aún cuando la Constitución no diga nada sobre la posibilidad o no de su reforma, ya que una modificación que los alcance sencillamente implicaría la "destrucción" de la Constitución, en: STC 0014-2002-ai/tc, del 21 de enero de 2002, FJ. 76.ii.

doctrinario la posible inconstitucionalidad de la enmienda introducida al entero Capítulo XIV, *De la Descentralización, las Regiones y las Municipalidades,* que modificó la forma de Estado e introdujo la elección por sufragio directo, libre y secreto de los gobiernos regionales, con la legítima finalidad de propender la efectiva descentralización que la redacción primigenia impedía[637]. Es más, desde que la Constitución de 1993 entró en vigencia, algunas de sus reformas han tenido directa relación con otros núcleos estructurales del Estado. Así, se incrementaron los requisitos para el ejercicio del derecho fundamental de participación política[638], se elevó el número de Congresistas de la República de ciento veinte (120) a ciento treinta (130)[639], y el distrito electoral Lima provincias fue añadido a los ya existentes[640].

Es más, en cuanto a la aprobación de la enmienda, ésta exige el voto de la mayoría absoluta de los miembros de un Congreso unicameral y que sea ratificada mediante referéndum. Según el citado 206, la consulta al soberano podía evitarse, si es que el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a ochenta Congresistas. Es evidente que como Constitución rígida, este proceso exige mayor consenso que el que

---

637 Modificado por el art. Único de la Ley 27680, que aprueba reforma constitucional del Capítulo XIV del Título IV, sobre descentralización, publicada el 7 de marzo de 2002.

638 A partir de la Ley Núm. 28480 que modificó el artículo 31 CP publicada el 30 de marzo de 2005, para el ejercicio del derecho al voto "se requiere estar inscrito en el registro correspondiente", y adicionalmente se dispone que la ley establecerá "los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana".

639 Modificado por el artículo único de la Ley 29402, de Reforma del artículo 90 de la Constitución Política del Perú, publicada el 8 de setiembre de 2009, cuya vigencia se hará patente en las próximas elecciones generales de 2011.

640 Modificado por el artículo único de la Ley 29402, de Reforma del artículo 90 de la Constitución Política del Perú, publicada el 8 de setiembre de 2009, introduciendo una Tercera Disposición Transitoria Final, según la cual, "TERCERA.- El Jurado Nacional de Elecciones (JNE) distribuye los escaños en cantidad de cuatro para Lima Provincias sin afectar la distribución nacional existente y los seis escaños restantes conforme a ley".

requiere una ley (mayoría simple) o una ley orgánica (mayoría del cincuenta por ciento más uno del número legal). Sin embargo, no es lo suficientemente severo como para impedir reformas de aspectos sustanciales sin que el soberano sea consultado. A tal punto, que una comisión de expertos (a solicitud del Presidente de la transición democrática Valentín Paniagua) planteó, entre otras alternativas, modificar la totalidad de su texto por el procedimiento del artículo 206[641].

La opinión de estos expertos fue avalada por el Alto Tribunal, quien dio un paso adicional. El TC interpretó que si bien doctrinalmente la reforma solo puede ser parcial, el artículo 32º CP constitucionaliza la posibilidad de una reforma total sin necesidad de recurrir a un

[641] Este pedido tuvo como origen el debate que se produjo en torno a la renuncia del presidente Alberto Fujimori acogiéndose a su nacionalidad japonesa, a la promulgación de la Constitución de 1993 como producto de un golpe de Estado; y al posible retorno a la Carta Política de 1979. Una vez depuesto el presidente Alberto Fujimori Fujimori por el Congreso de la República, uno de los principales cometidos del gobierno de Transición presidido por Valentín Paniagua Corazao fue la "reconstrucción del Estado de derecho y la recuperación y fortalecimiento de las instituciones políticas destruidas" por el gobierno de Fujimori. Mediante el Decreto Supremo nº 018-2001-JUS del 26 de mayo de 2001, creó la Comisión de Estudios de las Bases de la Reforma Constitucional con los fines de analizar y proponer las posibles reformas a la Constitución de 1993. Luego debieron opinar sobre el procedimiento a seguir. Dicha comisión planteó las tres siguientes alternativas: (1) que el Congreso de la República declarase la nulidad de la Constitución de 1993 como producto de un golpe de Estado y ponga en vigencia la Constitución de 1993; (2) que se utilizaran los mecanismos de la actual Constitución de 1993 para introducir en ella una reforma total, que fuese aprobada en dos sucesivas legislaturas ordinarias o en una, y que tenga una ulterior ratificación en un referéndum; y 3) Aprobar una ley de referéndum para que el pueblo decidiese si se aprobaba una nueva Constitución que recoja lo mejor de la tradición histórica del Perú. De ser el caso, tendría que convocarse a una Asamblea Constituyente. A juicio de Bernales, la única posibilidad de reformar el texto en el marco del sistema constitucional era a través de una reforma realizada por el Congreso de acuerdo con los alcances de la propia Carta. El debate se extendió hasta mayo de 2003, entonces se paralizó y hasta la fecha no ha sido retomado. En: BERNALES BALLESTEROS, Enrique, "Los caminos de la reforma constitucional en el Perú", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005,* tomo I, Konrad Adenauer, Montevideo, pp. 157-173, p. 161, disponible en: (http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20051/pr/pr9.pdf) (10-07-2011).

referéndum[642]. En este sentido, y aunque los proyectos de reforma no hayan prosperado hasta la fecha, es claro para el cometido de este trabajo, que todas sus disposiciones podrían ser reformadas y bajo el mismo procedimiento. También lo es, que aún con los problemas que pudo haber tenido el origen de la Constitución de 1993, es jurídicamente imposible que el Alto Tribunal declare inconstitucional su texto, tal y como tuvo oportunidad de afirmar el TC en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por Alberto Borea Odría y más de 5000 ciudadanos contra el denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú" (sic)[643].

Desde mi punto de vista, como bien apunta el TC, no existe un precepto que quede a salvo de ser modificado según mandato de la propia Constitución. Algo que no sorprende dado el contexto histórico que rodeó la promulgación de la Constitución de 1993 y que su Preámbulo adoleciera de una alusión directa a la forma de Estado que adopta[644]. Si en función a la representación que del soberano ejercen los Congresistas de la República concitan la voluntad política suficiente como para emprender una reforma, es difícil apuntar un límite taxativo.

---

642 Sobre la base de la opinión de la Comisión de expertos, con el artículo 2º de la Ley 27600, del 14 de diciembre de 2001, se ordenó a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales que propusiese un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de 1979. En el proceso de inconstitucionalidad seguido por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600 que aprobó el aludido proceso de reforma constitucional y que suprime la firma del presidente Alberto Fujimori Fujimori de la Constitución Política de 1993, sin perjuicio de mantener su vigencia. Según el argumento central de la demanda, una modificación total de la Constitución exigía la convocatoria a un Congreso Constituyente, en: Sentencia Nº 014-2002-AI/TC del 21 de enero de 2002. Rescato el voto disidente del magistrado Manuel Aguirre Roca, quien afirmó que la demanda debía ser declarada fundada porque el objetivo central de la ley impugnada era sustituir una Constitución por otra (la de 1979 por la de 1993) y que dicha pretensión debía ser consultada al soberano.

643 STC 014-2003-ai del 10 de diciembre de 2003.

644 El preámbulo de la Constitución Política de 1993 señala lo siguiente: "El Congreso Constituyente Democrático, invocando a Dios Todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra Patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución".

Ahora bien, recordando el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que soporta las bases del origen del constitucionalismo[645], es posible que si en una reforma se deja de reconocer derechos fundamentales o su garantía o la separación de poderes, el nuevo texto no pueda ser calificado como Constitución.

La eficacia jurídica del Estado constitucional en su dimensión orgánica permitiría anular leyes, pero no otros preceptos de la Constitución que no resulten en total sintonía con él. Sostener lo contrario constituiría una extrapolación acrítica de la teoría alemana a la experiencia peruana. Ni el principio democrático, ni aquellos que disponen las funciones del Tribunal Constitucional o la tutela judicial constitucional podrían desplazar o anular los, tantas veces citados preceptos 142 y 181.

3.4. La (in)existencia del amparo electoral en el Perú

Una visión estrictamente literal y carente de valores sustanciales como la dignidad humana o el principio democrático puede conducir a vaciar el contenido de los derechos fundamentales, a retirarles la protección e incluso, a derogarlos. Un panorama terrorífico, pero no imposible. La Alemania posterior a la primera gran guerra es una muestra de ello. Es importante que la Constitución sea dinámica y que los jueces propendan su adecuación a los cambios sociales a través de la mutación de sus contenidos, incluso, cuando las decisiones que deban adoptar no gocen de mucha popularidad. JELLINEK ya veía la mutación constitucional como algo saludable y todos los ejemplos que trae a

---

645 "Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, carece de Constitución".

colación en su texto guardan relación con el contenido material del precepto, pero no con la formalidad del texto.

En esta misma línea, es digno de celebración el activismo judicial que mantiene viva la Constitución. Sin jueces osados no hubiesen existido sentencias revolucionarias para la época en que se produjeron. Una de ellas fue *Brown vs Board of Education of Topeka* (1954), a través de la cual, prácticamente se eliminó la discriminación de las escuelas norteamericanas; otra fue *Roe vs. Wade* (1973) que reconoció el derecho constitucional de la mujer a abortar[646]. En el caso peruano, el derecho a la verdad que hemos desarrollado en anteriores epígrafes también es digno de mención. Las principales víctimas del terrorismo fueron los peruanos de escasos recursos económicos que gracias a esta sentencia se convirtieron en titulares del derecho a conocer el paradero de sus familiares desaparecidos.

No obstante, también es importante recordar el límite último: el texto de la Constitución. La parte orgánica responde a una concepción de la organización del poder que es tan significativa como la parte dogmática en la labor de tutelar derechos. Las reglas que ella establece importan tanto como los principios. No hay jerarquías internas. El mandato constitucional de no revisión judicial de las decisiones del Jurado

---

[646] Una mujer soltera embarazada, con el pseudónimo de Jane Roe, interpuso un recurso contra el artículo 1.196 del Código Penal tejano que castigaba con pena de cárcel y de multa todo aborto, salvo para salvar la vida de la madre. Perdió el pleito en las instancias federales, y contra su voluntad, dio a luz un hijo. El 22 de enero de 1973, el Tribunal Supremo anuló la Ley de Texas y declaró que el derecho a la intimidad no está disperso en varias enmiendas sino en la garantía de no ser privado de la libertad sin un proceso debido (décimo catorce enmienda, en el sentido substantivo de la intimidad personal). Declaró que existe un derecho constitucional de las mujeres a abortar, pero que pese a ellos los poderes públicos pueden restringirlo. Para ello dividió el periodo de embarazo en tres. En los primeros tres meses, la madre puede abortar libremente con el visto bueno de un médico. En los segundos, sólo podría interrumpirse el embarazo si peligrase la vida de la madre y en el tercero, los Estados pueden intervenir a través de su regulación para salvar la viabilidad del feto. En: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América,* CEPC, Madrid, 2005, pp. 408-424

Nacional de Elecciones en materia electoral se convierte en una excepción a las funciones de control del Tribunal Constitucional. Una mirada sistemática al bloque de constitucionalidad a la que toda esta investigación contribuye, me conduce a afirmar que esta regla encuentra su sustento en la dimensión formal del principio democrático. Entendido éste en su vocación primigenia y expansiva que apuntala todo lo relacionado con el sistema electoral.

En mi opinión, con el amparo electoral el Tribunal no efectúa una mutación del contenido material del texto, sino una ruptura constitucional que podría calificar como un acto de "decisionismo" judicial. El TC superpone su interpretación a la literalidad de la Carta, aunque he de reconocer que con una finalidad tuitiva de los derechos de participación política. Privilegia una situación de justicia material en detrimento del respeto por el sistema de fuentes, abrazando una corriente neoconstitucionalistas que ante este tipo de conflictos tiende a la adopción de interpretaciones morales sobre el contenido de la norma jurídica suprema.

No obstante, una ruptura constitucional puede ser sustento tanto para un intérprete bien intencionado que busca proteger a los particulares, como para un intérprete coludido con un dictador de turno. Esta situación resulta particularmente peligrosa en el contexto de una competición por el poder en el que, la legitimidad de origen de las autoridades representativas, exige claridad en las reglas de juego. Cuando se terminan las posibilidades de la interpretación y de la mutación constitucional debemos dar paso a la revisión constitucional[647]. El camino hacia el amparo electoral exige una modificación previa de la Constitución.

---

[647] HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional…* ob. cit., p. 24.

4. RAZONES PARA UN AMPARO ELECTORAL PERUANO

Lo primero que abordaré en este apartado es si las características del Jurado Nacional de Elecciones y sus procedimientos se ajustan a lo que entendemos por un recurso efectivo que permita la tutela de los derechos fundamentales. A continuación reflexionaré sobre el propósito de un amparo electoral.

4.1. Las características de un recurso efectivo para lo electoral

En la Opinión Consultiva *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* que data de 1987, la CIDH definió lo que debía entenderse por el derecho a la protección judicial del art. 25 de la Convención. Entendió que era obligación de los Estados ofrecer a todas las personas sometidas a su jurisdicción, "un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales", tanto respecto de los derechos contenidos en la Convención, como de todos los derechos reconocidos por la Constitución o las leyes de cada Estado[648].

[648] El artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece el contenido de lo que debe entenderse por Protección Judicial: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso". En: *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23.

En su jurisprudencia interpretó el derecho al "recurso efectivo" como la "posibilidad real de acceder a un recurso judicial", a fin de que la autoridad "competente y capaz de emitir una decisión vinculante determine si hubo o no violación de un derecho". Un recurso ordinario, mediante el cual, un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. No bastará "con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces", es decir, deberán dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos[649]. Este derecho implicará, a su vez: (i) que deba existir un tribunal con competencias; (ii) que el recurso contenga un análisis del tribunal; (iii) que el análisis conduzca a establecer si hubo o no violación; y, (iv) que si se determinase que hubo violación, el tribunal sea capaz de determinar una reparación[650]. La Corte ha resaltado la importancia de la certeza y seguridad jurídica que debe proporcionar el Estado sobre las condiciones de acceso, ya que, de nada vale que haya sido creado, si es que los actores políticos desconocen su existencia[651].

Así por ejemplo, en *Castañeda contra los Estados Unidos mexicanos,* la CIDH consideró que si el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) era incapaz de proteger los derechos políticos frente

---

[649] Caso *Herrera Ulloa versus Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, párrafo 161; También en: Caso Castañeda Gutman *versus* Estados Unidos Mexicanos, Sentencia del 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 118 y *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo.* Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrafo 66.

[650] En: Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia del 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), FJ. 100. En: *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 23.

[651] Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia del 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), FJ. 110.

a una norma autoaplicativa que los afectase, el recurso era ineficaz[652]. Cabe acotar que el ordenamiento jurídico mexicano contempla un recurso de inconstitucionalidad contra normas y lo encomienda a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. No obstante, a juicio de la CIDH, las características de dicho procedimiento (extensión, legitimidad para obrar, entre otros) eran incompatibles con las características del proceso electoral. Luego no podía considerarse que era eficaz para la tutela de estos derechos. De otro lado, ocurría que las mayorías parlamentarias modificaban normas electorales una vez convocada la elección para dejar fuera de juego a los partidos políticos nuevos[653]. Si a la brevedad de las etapas electorales se agrega que los partidos carecían de legitimidad para obrar en el proceso de inconstitucionalidad, los candidatos afectados estaban sumidos en la mayor indefensión.

---

[652] Jorge Castañeda Gutman demandó a los Estados Unidos Mexicanos por la vulneración de sus derechos a la participación política, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial previstos en los artículos 23, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El artículo 175 de La Ley electoral dispuso que, quienes no contasen con el respaldo de un partido político no podrían presentarse como candidatos. Ahora bien, como el amparo está proscrito como recurso para la tutela de los derechos de sufragio activo y pasivo, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano es el idóneo para su tutela. Sin embargo, el indicado juicio de protección era improcedente contra normas. Incluso si éstas eran autoaplicativas. Al ciudadano sólo le quedaría recurrir a la Corte Suprema de Justicia para solicitar su inconstitucionalidad, pero para presentar la solicitud únicamente se legitimaba a determinadas fracciones parlamentarias federales o locales, el Procurador General de la República y, a partir de la reforma constitucional de 1996, los partidos políticos registrados, de forma tal, que los individuos no podían interponerlo. En este sentido, el señor Castañeda no pudo recurrir la norma que atentaba contra su derecho a participar en la vida política del país como candidato. La Corte sentenció que México violó, en perjuicio del señor Jorge Castañeda Gutman, el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención Americana, porque consideró que en la época de los hechos del caso no había en México recurso efectivo alguno que posibilitara a las personas cuestionar la regulación legal del derecho político a ser elegido previsto en la Constitución Política y en la Convención Americana. Sentencia recaída en el caso *Castañeda Gutman contra los Estados Unidos Mexicanos*, del 6 de agosto de 2008.

[653] Véase los ejemplos de financiamiento de campañas políticas que proporciona Jesús OROZCO en su trabajo: "Retos de la justicia electoral mexicana", *Nuevos escenarios del Derecho Electoral: los retos de la reforma de 2007-2008,* ACKERMAN, John (coordinador), Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2009, pp. 199-200.

Ahora bien, cuando la CIDH fue consultada sobre el papel del *Habeas Corpus* y las posibilidades de su suspensión en un Estado de Emergencia, interpretó que el art. 25.1 de la Convención (derecho a un recurso efectivo) se refería al proceso de amparo[654]:

> "El texto citado es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados Partes y por la Convención (…)".

Veintiún años después, en el caso *Castañeda contra los Estados Unidos mexicanos*, la CIDH tuvo la oportunidad de referirse al art. 25.1 de la Convención y lo hizo en estos términos[655]:

> "no es en sí mismo incompatible con la Convención que un Estado limite el recurso de amparo a algunas materias, siempre y cuando provea otro recurso de similar naturaleza e igual alcance para aquellos derechos humanos que no sean de conocimiento de la autoridad judicial por medio del amparo. Ello es particularmente relevante en relación con los derechos políticos, derechos humanos de tal importancia que la Convención Americana prohíbe su suspensión así como la de las garantías judiciales indispensables para su protección (FJ. 92)". (El subrayado corresponde a la autora)

En mi opinión, la Corte fue consecuente con el margen de apreciación de los Estados y la marcada tendencia a la autonomía de los modelos electorales Latinoamericanos. El criterio no fue modificado en el fondo, porque la obligación del Estado de implementar un *recurso efectivo* (art. 25.1 CADH) permanece vigente. El ordenamiento jurídico mexicano

---

654 *El Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana de Derechos Humanos),* Opinión Consultiva 8/87, del 30 de enero de 1987, párr. 32.

655 Jorge Castañeda Gutman demandó al Estado de México por la vulneración de sus derechos a la participación política, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial previstos en los artículos 23, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos porque el artículo 175 de La Ley electoral disponía que quienes no contasen con el respaldo de un partido político no podrían presentarse como candidatos.

proscribe el amparo para la tutela del sufragio, pero prevé el denominado *juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano*[656]. Sin embargo, este recurso seguía siendo insuficiente porque no protegía a los ciudadanos frente a las afectaciones producidas por normas autoaplicativas. A ello habría obedecido la reforma introducida a la Constitución federal mexicana que confirió al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y a sus Salas regionales la facultad de no aplicar en casos concretos aquellas normas electorales que fuesen incompatibles con la Constitución Federal[657]. La Corte concluyó que dicha modificación constitucional se correspondía con el mandato del artículo 25 de la Convención Americana sobre un recurso eficaz.

---

656 El precepto V del art. 99 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, modificado por el Decreto Oficial de la Federación de 13 de noviembre de 2007, introdujo el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, a cargo del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, quien resolverá en forma definitiva sobre: "V. Las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, en los términos que señalen esta Constitución y las leyes. Para que un ciudadano pueda acudir a la jurisdicción del Tribunal por violaciones a sus derechos por el partido político al que se encuentre afiliado, deberá haber agotado previamente las instancias de solución de conflictos previstas en sus normas internas, la ley establecerá las reglas y plazos aplicables". La Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral recoge este recurso en el listado de medios de impugnación del procedimiento electoral de su artículo 3º (específicamente, en el numeral 2, literal c), y en su art. 79 establece un listado de supuestos incluidos en el contenido constitucionalmente protegido.

657 "La Corte toma nota y valora positivamente lo informado por el Estado en su escrito del 27 de noviembre de 2007 en el cual señaló que "[…] el 13 de noviembre de 2007 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación una reforma constitucional a diversos preceptos de la Constitución Federal, entre los que se encuentra el artículo 99, en el que están desarrolladas las atribuciones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación". Agregó que "[…] a partir de esta reforma, además de las atribuciones que ya ejercía el Tribunal Electoral para la garantía de los derechos políticos, […] dicho órgano jurisdiccional y sus salas regionales podrán de manera expresa declarar la inaplicación de preceptos legales que se estimen contrarios a la Constitución Federal con efectos particulares, lo que además deja sin efecto ulterior cualquier criterio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya emitido sobre el particular". Asimismo, el Tribunal observa que los representantes afirmaron que dicha reforma "[…] subsana una deficiencia jurídica, que fue la que provocó la violación" sufrida por el señor Castañeda Gutman y que quedaba por delante su reglamentación legal", FJ. 230.

Entonces, el nombre del Tribunal competente o si éste se incardina o no en la clásica división de poderes dejan de ser criterios relevantes para que un recurso sea considerado efectivo. Lo que importa es que sea capaz de garantizar el ejercicio de los derechos políticos y que esté preparado orgánica y funcionalmente para ello. El problema no sería la nomenclatura, sino que el recurso persiga un objetivo similar al del amparo, en suma, que constituya un recurso efectivo, sencillo, breve, conocido por todos los particulares, que restituya el derecho y que identifique a los responsables de su vulneración.

A través del derecho de acceso a la justicia, en el Derecho peruano se garantiza a todas las personas el acceso a un tribunal de justicia "independiente, imparcial y competente". Su contenido protegido no se agota en tutelar el 'derecho al proceso', sino que el procedimiento sea idóneo "para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados"[658]. De esta manera este derecho a un "recurso efectivo" aporta elementos importantes al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que, si bien carece de identidad propia en la Constitución peruana, ha sido vinculado al debido proceso como un contenido implícito de un derecho expreso.

No se puede perder de vista que el magistrado del Jurado Nacional de Elecciones es un juez constitucional-electoral, con facultades para

---

[658] El TC interpreta que el acceso a la justicia es un "componente esencial del derecho a la tutela jurisdiccional" y que pese a no haber sido enunciado expresamente en la Carta de 1993, "ello no significa que carezca del mismo rango, pues se trata de un contenido implícito de un derecho expreso", en: STC 010-2001-AI, del 26 de agosto de 2003, FJ 10. Ángela FIGUERUELO considera que el derecho a la tutela efectiva no se reduce a garantizar el mero acceso a los órganos jurisdiccionales sino que también se le debe entender como derecho al proceso. En él "se integran el derecho de acceso a los tribunales y el derecho a pedir tutela, la cual entiende concedida cuando tras el desarrollo del proceso con arreglo a la legalidad se obtiene una decisión judicial fundada en derecho ya sea favorable o adversa, sobre las pretensiones deducidas", en: "En torno al concepto de tutela efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24,1 de la Constitución española)", *Revista de Estudios Políticos,* nº 33, 1983, pp. 207-219, p. 217; véase además: DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales,* 3era. edición, Aranzadi, Madrid, 2008, p. 425 y ss.

aplicar el control difuso de constitucionalidad respecto a normas electorales que sean incompatibles con la Constitución; cuyas resoluciones pueden erigirse en precedentes y tienen efecto de cosa juzgada. El origen de tres de sus magistrados a través del voto directo y secreto de algunos colectivos sociales especializados le otorga una legitimidad de origen particular como órgano constitucional. Su legitimidad como órgano jurisdiccional obedece a que dos de sus miembros proceden, respectivamente, del Ministerio Público (entre sus fiscales supremos) y del Poder Judicial (entre sus magistrados de la Corte Suprema). Todos ellos tienen el status de magistrados supremos y están reunidos en un Tribunal de origen constitucional autónomo.

La parte orgánica de la Constitución de 1993 propende que los ciudadanos deban hacer valer su derecho de tutela judicial (o más bien, "jurisdiccional") efectiva sobre todo lo electoral ante el Jurado Nacional de Elecciones. Y cuando se habla de "lo electoral" se entiende que comporta no sólo las formalidades de la elección, también alcanza a la tutela de los derechos políticos frente a actos que los violen, ya sea que hayan sido cometidos por los particulares, o por los órganos electorales; o los demás poderes públicos. Aunque no de modo específico. Es el control de legalidad de la elección, y a partir de dicho control, es que se tutelan aquellos derechos.

El problema radica en la división de funciones que impide al Pleno y a sus primeras instancias erigirse en un auténtico Tribunal Electoral independiente e imparcial, y que el recurso tramitado ante él sea efectivo. Funciones que habitan en sede constitucional y que difícilmente podrán ser matizadas por el legislador (como el registro de organizaciones políticas). Funciones reconocidas en sede constitucional, pero matizables por el legislador (como *velar por la legalidad de la elección* o *la fiscalización electoral*); es decir que una configuración legislativa que interprete sus contenidos permitiría una interpretación

conforme a dichos principios de la función jurisdiccional. Y funciones atribuidas en sede legislativa, según hemos analizado ampliamente en el capítulo segundo.

Entonces, se necesitará una reforma del art. 178 CP en relación al registro de partidos políticos; y el legislador, en un ejercicio de corrección funcional, deberá delimitar aquellos extremos del mismo precepto relacionados con la fiscalización electoral. Todo con el fin de que sean entendidos como control jurisdiccional de la legalidad de la actuación de la Administración Electoral de la elección y de anular todo resquicio que permita entender que el JNE es un órgano bifronte. Es imperativo que se destierre de la Constitución el *criterio de conciencia* que el art. 181 le proporciona para la apreciación de los hechos; y que deje su condición de Autoridad Administrativa Electoral para convertirse en un auténtico Tribunal especializado. Finalmente, será indispensable que el legislador lleve a cabo un examen minucioso de la dispersa normativa electoral para reasignar toda función administrativa que el Jurado tenga encomendada.

Ahora bien, hechos los deberes, el Jurado Nacional de Elecciones ¿estaría en condiciones de garantizar derechos fundamentales como el de acceso a la justicia o de sufragio? Es cierto que el ordenamiento jurídico peruano no prevé un juicio específico para la defensa del sufragio. Esta tutela ha sido, más bien, indirecta, como un petitorio colateral al control de legalidad de la elección y de sus actividades preparatorias. El recurso electoral contemplado en la Ley Orgánica de Elecciones es exiguo y no obedece a las características del amparo que impone el Código Procesal Constitucional en virtud del art. 200.2 CP.

Sin embargo, según jurisprudencia del TEDH (*Klass y otros contra Alemania,* del 6 de setiembre de 1978) y de la CIDH (*Castañeda Gutman*

contra los Estados Unidos Mexicanos, del 6 de agosto de 2008)[659], la concepción del recurso efectivo deja de relacionarse de modo estricto con la exclusividad judicial o con un proceso con determinada nomenclatura como el "amparo". Entonces si se crease un recurso especializado como el mexicano en la vía jurisdiccional especializada en lo electoral, ¿cuál sería el propósito de implementar un recurso de amparo?

4.2. El propósito del amparo electoral

El recurso de amparo no es un elemento típico de la justicia constitucional, sino una singularidad de determinados ordenamientos, entre ellos, del ordenamiento jurídico peruano. La vigente Constitución peruana de 1993 contempla en el inciso 2 de su artículo 200º, dentro de las "Garantías Constitucionales", a la Acción de Amparo, "que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución…", con excepción de los protegidos por las acciones de Hábeas Corpus (libertad y seguridad personales y derechos conexos) y de Hábeas Data (acceso a información pública y protección de la intimidad de datos personales). Agrega que éste "no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular". El máximo intérprete de la Constitución ha identificado el amparo con el mandato del artículo 25.1

[659] En el Caso *Klass y otros contra Alemania*. Sentencia de 6 septiembre de 1978, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró: "En opinión del Tribunal, la «instancia» de la que habla el artículo 13 puede no ser obligatoriamente, en todos los casos, una institución judicial en sentimiento estricto (Sentencia Golder, de 21 febrero 1975, serie A, núm. 18, pg. 16, ap. 33). No obstante, sus poderes y las garantías procesales que presenta son tenidos en cuenta para determinar si el recurso es efectivo", párrafo 67. De modo similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciará en el caso Castañeda Gutman versus los Estados Unidos Mexicanos.

CADH, como el recurso efectivo para la defensa de los derechos fundamentales[660].

No se trata aquí, naturalmente, de abordar con extensión el estudio de la naturaleza jurídica del recurso de amparo, sino de cómo es que sus características serían un acicate para su implantación en lo electoral[661].

Evidentemente, la sumariedad del amparo no sería una de las razones. Recordemos que el proceso electoral se compone de etapas breves, preclusivas y consecutivas que impone al juez electoral ajustar sus plazos procesales (por ejemplo, disponer que los siete días de la semana sean hábiles para efectos del cómputo de plazos) y dirigir con eficacia a sus órganos jerárquicamente dependientes (JEE) para que el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales dancen al ritmo de la aludida brevedad. Entonces, nada será más sumario y para el caso, garantista, que un Tribunal especializado cuya única función es atender las causas electorales.

---

[660] STC 3179-2004-AA, del 18 de febrero de 2005, FJ. 18.

[661] El profesor PÉREZ TREMPS afirma que el recurso de amparo es procesal, porque es un recurso autónomo al judicial (aunque los hechos que sustentan el pedido sean similares), que se presenta ante un órgano distinto al Poder Judicial; es una acción procesal extraordinaria, porque sólo atiende pretensiones dirigidas a "restablecer o preservar derechos o libertades", no cualquiera (en el caso español, los reconocidos en el art. 14, sección 1º del cap. II del Título I y la objeción de conciencia del 30.2CE- art. 53.2). Es una acción procesal, extraordinaria y subsidiaria porque, la garantía que otorga el TC a los derechos y libertades fundamentales. Es "una garantía última en el orden jurídico interno", primero debe recurrirse a los jueces ordinarios, que son los garantes naturales de esos derechos y libertades. Como la Constitución tiene eficacia directa, todos los jueces pueden protegerlos en cualquier procedimiento jurisdiccional. Aunque a juicio de RUBIO la subsidiariedad no es una característica inherente al recurso de amparo (RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Estudios sobre jurisdicción constitucional,* ob. cit., p. 40). Es flexible porque La interpretación de sus requisitos formales debe estar presidida por una flexibilidad, que sin causar lesiones a derechos de terceros, ni vulnerar el principio constitucional de seguridad jurídica, permita cumplir eficazmente esa función de tutela; y definitiva (relativa), porque la sentencia del Tribunal Constitucional agota la vía procesal interna, aunque el particular podrá recurrir a las instancias internacionales, en: PÉREZ TREMPS, Pablo. *El recurso de amparo,* ob. cit., p. 24 y ss.

La razón tampoco estaría en promover la igualdad de condiciones en la protección constitucional del sufragio y la tutela procesal efectiva en sede electoral, en relación a los demás derechos fundamentales. O en los términos que el Tribunal Constitucional utiliza en sus sentencias, en el deber que impone la CADH de proveer un recurso efectivo entendido como amparo para estos derechos al igual que ocurre con los demás derechos fundamentales. Hemos sido testigos que la CIDH no repara en las nomenclaturas sino en las características del recurso. Importa que se destierre el déficit de tutela de los aludidos derechos y que en consecuencia tengan similar protección, no que todo discurra por la misma vía jurisdiccional. Además, aunque la presencia del amparo en el ordenamiento jurídico peruano ha sido de vital importancia para la garantía y desarrollo de los derechos constitucionales, su existencia no ha significado que hayan sido protegidos en todos los casos en los que fueron afectados.

Dudo de que la razón pueda encontrarse en que a través del amparo se asegure una actualización de las leyes y de la interpretación que hacen los tribunales sobre ellas, asegurando su adecuación a la Constitución[662]. Esta razón tendría mayor incidencia en un sistema de control concentrado, que en uno mixto como el peruano. Sí es importante sí, pero no determinante. Menos aún si tenemos en cuenta las características del Tribunal Electoral peruano y a las que apuntamos como propuesta en más de una oportunidad a lo largo de este trabajo.

La razón principal que encuentro para implementar el amparo responde al diseño de la estructura estatal peruana; y la presencia del Tribunal Constitucional en el ordenamiento jurídico peruano como supremo intérprete de la Constitución y como órgano de control de

[662] RUBIO LLORENTE, Francisco... *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, ob. cit., p. 43.

constitucionalidad del poder público. Aunque los magistrados del Jurado Nacional de Elecciones son jueces constitucionales electorales, la unidad de interpretación de la Constitución (y en ella, de los derechos fundamentales) requiere de "un único supremo intérprete"[663]. La unidad constitucional necesita ser preservada y en este caso, trasladada a la estructura orgánica del Estado.

La experiencia peruana se distancia del caso mexicano al que he hecho repetidas alusiones, porque de un lado, México carece de Tribunal Constitucional y el control de constitucionalidad es encomendado a la Corte Suprema; de otro lado, porque el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es una sala especializada de dicha Corte Suprema. Desde mi punto de vista, este diseño orgánico legitima al TEPJF para ser el intérprete supremo sobre el contenido de los derechos políticos (excepto sobre las demandas de inconstitucionalidad de normas electorales que se encomienda a la Corte Suprema). Algo similar ocurre con otra experiencia comparada interesante: Costa Rica.

Costa Rica carece de un Tribunal Constitucional al igual que México; el control de constitucionalidad de las leyes es encomendado a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República; y cuenta con un Tribunal Supremo de Elecciones reconocido por la Constitución como un poder del Estado en igualdad de condiciones, independencia y

---

[663] ARAGÓN REYES, Manuel. "Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo", *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente,* VV.AA., vol. II, Congreso de los Diputados – Tribunal Constitucional – Universidad Complutense de Madrid – Fundación Ortega y Gasset – CEPC, Madrid, 2002, p. 1824. En esta línea, el profesor RUBIO sostiene que si bien la creación de los derechos fundamentales es obra de la Constitución, deben su existencia real a la labor del Tribunal que ha brindado contenido a derechos fundamentales cuya consagración programática mostraba a éstos como simples enunciados, en: RUBIO LLORENTE, Francisco, "El Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 71, 2004, p. 27. El profesor ARAGÓN elogia el trabajo que el Tribunal ha venido haciendo especialmente con los derechos de configuración legal, en: "La eficacia jurídica del Principio Democrático", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 24, 1988, p. 14.

autonomía que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial[664]. Siguiendo la tónica Latinoamericana, Costa Rica proscribe todo control judicial de las decisiones del Tribunal Supremo de Elecciones. Reconoce el amparo (art. 48 de la Constitución de Costa Rica de 1949), pero como la autoridad competente a todo lo relacionado con lo electoral es el aludido Tribunal, se le encomienda de modo exclusivo el trámite del amparo electoral.

Volviendo a la unidad del ordenamiento jurídico peruano, esto quiere decir, en primer lugar, que así el legislador haga sus deberes y el JNE se erija en un auténtico Tribunal Electoral, el recurso que provee la normativa electoral será una *vía igualmente satisfactoria* para la tutela del derecho, porque doctrinal y constitucionalmente, es el Alto Tribunal quien en última instancia tiene la facultad de proteger el *contenido constitucionalmente protegido* de todo derecho constitucional (art. 200.2 CP). Me explico a continuación.

De acuerdo al Código Procesal Constitucional, el amparo peruano tiene por objeto tutelar derechos que se sustentan en la Constitución; cuyo contenido constitucionalmente protegido esté siendo afectado o bajo amenazas ciertas e inminentes de vulneración; y siempre y cuando no

---

664 Su estructura orgánica se compone de cuatro organismos electorales (El Tribunal Supremo Electoral, el Registro Electoral, el Registro Civil y las Juntas Electorales), pero como la relación entre ellos es de jerarquía (tres de ellos dependen del Tribunal Supremo de Elecciones), podría afirmarse que la función electoral recae sobre uno de ellos: El Tribunal Supremo de Elecciones. Éste tiene, entre otras funciones, la de garantizar "los derechos electorales" (no estrictamente de sufragio o de participación política, sino electorales en general) a través del "amparo electoral"; y es el supremo intérprete de "las disposiciones constitucionales y las demás del ordenamiento jurídico electoral, de oficio o a instancia de parte (…)". Artículo 12.a) del Código Electoral, aprobado por Ley Nº 8765 publicada en la Gaceta Nº 171 del 2 de setiembre de 2009. Conoce el recurso de amparo electoral que garantiza el ejercicio de "los derechos electorales" (Artículo 12.d) y 225 del Código Electoral, aprobado por Ley Nº 8765 publicada en la Gaceta Nº 171 del 2 de setiembre de 2009); así como, los recursos contra las resoluciones de los demás organismos electorales. Se exceptúa el conflicto de competencias, que será conocido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema.

exista una vía igualmente satisfactoria[665]. Dicho de otro modo, desde el punto de vista procesal, el amparo reposa en la dimensión subjetiva del proceso ya que el reconocimiento constitucional de este recurso "hace que éste pueda accionarse con una única finalidad: defender uno de esos derechos (…), y no para suscitar cualquier cuestión relativa a dichos derechos fundamentales"[666]. En este sentido, el CPC adoptó medidas para que el recurso de amparo dejase de ser alternativo, tal y como era reconocido por la precedente Ley 23506, de Hábeas Corpus y Amparo, del 8 de diciembre de 1982. Optó por un amparo residual y excepcional debido, según escribe EGUIGUREN, a que era necesario corregir las graves distorsiones que llevaron a su "ordinarización"[667]. Es así como el artículo 5.2 CPC establece que el amparo no será procedente "cuando existan (otras) vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado". El aludido autor agrega que:

> "no basta que existan "otros" procesos disponibles, en los ámbitos civil, laboral, comercial o administrativo; para que deban ser utilizados, y quede cerrado el acceso al Amparo. Tales procesos tendrán que resultar, en el caso concreto, igualmente satisfactorios, lo que implica que no habrá mayor perjuicio ni riesgo de indefensión para el demandante. Tampoco compartimos la idea de que tales procesos o procedimientos ordinarios o especiales, para resultar "equiparables" al Amparo, deban estar específicamente referidos a la protección de derechos fundamentales; basta que alguno de los otros procesos

---

665 Entre las causales de improcedencia del amparo relacionadas con un abandono de su concepción como proceso alternativo para convertirse en uno subsidiario están: cuando "los hechos y el petitorio de la demanda no estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado" (art. 5.1). En relación a los derechos tutelados por el amparo, "No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo" (art. 38); ni cuando "existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado…" (art. 5.2).

666 PEREZ TREMPS, Pablo. *El recurso de amparo,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.p. 72.

667 EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "El amparo como proceso "residual" en el Código Procesal Constitucional peruano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* nº 8, 2007, pp. 147-174, p. 160.

> judiciales o procedimientos administrativos disponibles resulte igualmente satisfactorio"[668].

El amparo es una protección adicional y muy relevante de los derechos y de las libertades públicas a las que dicha protección se extiende. Luego no es la única, existen las denominadas "vías igualmente satisfactorias". Esto querrá decir para lo electoral, que el JNE será la vía igualmente satisfactoria para las distintas manifestaciones del derecho de sufragio emanadas de las leyes electorales. Siguiendo el criterio de EGUIGUREN, el recurso electoral tendría por finalidad examinar la legalidad de las decisiones de la Administración Electoral. Una labor que ya viene desarrollando bajo criterios de interpretación de la normativa electoral, con los que podemos o no estar de acuerdo, pero en los que se reconoce a la participación política como principio[669]. Resulta razonable pensar que el Tribunal Electoral será una vía igualmente satisfactoria una vez que se consolide como tal.

En segundo lugar, el principio de unidad constitucional aunado a que el TC sea el órgano facultado en el control de constitucionalidad del poder público significa que el Alto Tribunal tendría que estar habilitado a controlar las infracciones que cualquier poder público perpetra contra la Constitución. En la jurisprudencia sobre el amparo electoral que examinamos epígrafes atrás observamos que el TC lo apunta como uno

---

[668] Ídem, p. 164.

[669] Por ejemplo, ha entendido que debía tutelar la etapa de la compra-venta de planillones para la recolección de firmas de adherentes para una propuesta de referéndum. El señor Martín Chunga Chávez solicitó a la ONPE la venta de dichos planillones para solicitar un referéndum que tenía como propósito la reforma total de la Constitución, a través de una Asamblea Constituyente. La ONPE se los vendió, pero luego anuló de oficio la aludida compraventa. El JNE resolvió que: "la Resolución apelada vulnera el principio de participación democrática, entendido como modelo de comportamiento social y político, fundado en principios de pluralismo, tolerancia, protección de los derechos y libertades así como la responsabilidad de los ciudadanos en la definición de su destino colectivo y su permanente participación en los procesos decisorios no electorales, al exigir el cumplimiento anticipado de un requisito en contravención de la ley expresa, afectando los principios constitucionales antes citados (…)", en: Resolución Nº 109-2003-JNE, publicada el 23 de abril de 2003.

de sus fundamentos, pero también fuimos testigos que el propio constituyente exceptúa del ámbito de sus competencias a las resoluciones del JNE en materia electoral. Una de las razones poderosas para mencionar este argumento es precisamente lo que se viene entendiendo por *lo electoral*.

Vimos en el primer capítulo que no todo lo acotado como parte de *lo electoral* en la experiencia peruana será tal desde el punto de vista material, no obstante, se ha acogido el punto de vista orgánico y omnicomprensivo de dicha materia. Así ocurre, por ejemplo con los derechos fundamentales que se adscriben al proceso electoral, ya sea porque son presupuestos de una elección (como las libertades de asociación y de expresión) o ya sea porque dicho proceso es en sí mismo el canal por el cual discurre su ejercicio (el sufragio o la participación a través de mecanismos de democracia participativa y control ciudadano). La desconfianza ciudadana de los demás poderes públicos, que ha resonado en muchos momentos de esta investigación, ha propendido una suerte de *sacralización* de todo lo que rodea a la elección de autoridades en cargos representativos. Luego no resulta extraño que aquellas manifestaciones se *electoralicen*, que queden bajo tutela exclusiva de lo electoral, y debido al mandato de no revisión de las decisiones del JNE, se detraigan del ámbito de protección del recurso constitucional de amparo. Teóricamente, resulta más que razonable entender que esta comprensión del ordenamiento jurídico electoral es inconstitucional.

Una cosa es que el Tribunal Electoral sea competente para impartir justicia sobre determinadas incidencias de las actividades preparatorias de la elección, y otras no; y otra cosa es que sea competente sobre todas ellas, pero que algunas de sus decisiones sean revisables por el juez constitucional, y otras no. Lo que intento decir es la implantación del recurso de amparo no tendrá por cometido ni detraer funciones a la

Organización Electoral, ni que la jurisdicción constitucional tenga injerencia alguna en la competición electoral; sino los derechos *cuyo contenido constitucionalmente protegido* reclama la presencia del intérprete supremo de la Constitución. Será indispensable que se permita al Alto Tribunal controlar la constitucionalidad de los actos del JNE, en situaciones excepcionales, cuando éstos afecten derechos fundamentales.

Ahora bien, desde el punto de vista de la organización electoral, se podría alegar que el amparo traería bajo el brazo más problemas que soluciones, porque el propio acto de votación podría peligrar ante las dilaciones introducidas por procesos judiciales pendientes de sentencia. La cuidadosa planificación de la elección en un Estado geográfica, poblacional y políticamente tan complejo como el peruano determina que el tiempo acotado a cada etapa del proceso deba ser cumplido con un escaso margen de variación[670]. Además, la inclusión de un cuarto órgano en lo electoral (como es el Tribunal Constitucional), aunque sólo sea para tutelar el sufragio (que no es poca cosa) podría incrementar considerablemente el ya abultado presupuesto electoral. Sin embargo, en mi opinión, la democracia cuesta y más en Estados con un déficit de institucionalidad democrática. Es tan importante el desarrollo de una elección libre y competitiva incuestionable formal y materialmente, como la salvaguarda del sufragio. En ese sentido, el aspecto presupuestal no tendría que ser óbice para introducir amparo electoral.

---

[670] En un país pluricultural como el peruano tiene como idioma oficial el castellano y como segundo idioma oficial el quechua. Además presenta diversos dialectos como el bora, awajún, huitoto, asháninka, shipibo, aimara, entre otros. La ONPE desplaza contrata y desplaza educadores a nivel nacional para poder mostrar cómo votar a todos los ciudadanos. La localización geográfica de algunas poblaciones y las escasez de vías de comunicación dificultan el acceso a este personal (que necesita un promedio de uno o dos días de camino para llegar a estos poblados) y al desplazamiento del material electoral. En algunos casos, sólo es posible hacerlo a través de helicópteros (con ayuda de las fuerzas armadas), en botes o acémilas. MIRA ALGUNOS EJEMPLOS DE LA WEB ONPE

Coincido con DWORKIN cuando afirma que "el beneficio general (en este caso, una elección legítima) no constituye una buena base para recortar los derechos"[671], pero también creo en las palabras de HABERMAS cuando escribe que en el contexto de fundamentación de un caso concreto "no todo derecho puede imponerse contra todo bien colectivo", cuando "la primacía de un bien colectivo pueda justificarse a su vez a la luz de principios"[672]. En suma, el respeto y salvaguarda de la elección no puede ser óbice para proteger el sufragio ni viceversa.

Llegados a este punto es posible afirmar que para institucionalizar el amparo electoral en el Perú no basta con el precedente constitucional *Lizana Puelles.* Su implementación exigiría una reforma constitucional previa de los preceptos 142 y 181 que, como valor agregado, contribuirá a retirar de los poderes públicos toda duda sobre su procedencia. Su consolidación, como segundo paso, necesitaría de una configuración legislativa especial que dance al compás de los plazos electorales. Sin embargo, es posible que su implantación pueda plantear algunos problemas y cuestionamientos que procuraré identificar y analizar a continuación.

5. LOS PROBLEMAS DEL AMPARO ELECTORAL

---

671 Para este autor no es posible hacer concurrir un derecho de la mayoría con los derechos individuales porque amenaza con destruir el concepto de derechos individuales, por ello acota que "debemos reconocer el carácter de derechos concurrentes sólo a los derechos de otros miembros de la sociedad en cuanto individuos. Debemos distinguir los "derechos" de la mayoría como tal, que no pueden contar como justificación para dejar de lado los derechos individuales y los derechos personales de los miembros de una mayoría, que bien podrían contar", en: *Los derechos en serio,* 7ma. Impresión, Ariel, Barcelona, 2009, p. 288 y ss.

672 HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* traducido por Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998, p. 332.

El primero de ellos se encuentra en compatibilizar su condición extraordinaria con la configuración legal del sufragio. El segundo, en la más que posible superposición de jurisdicciones (constitucional y electoral), sus eventuales efectos en la elección, y cómo anticiparse a ellos.

5.1. Primer problema: el objeto del amparo y los derechos de configuración legal

Una de las características del recurso de amparo español es que restringe su ámbito de protección a un catálogo numerado y cerrado de derechos fundamentales[673]. En contraste, la tutela que brinda el derecho peruano alcanza a cualquier derecho constitucional no sólo a los fundamentales. También son objeto de amparo los derechos derivados de intereses difusos, como el derecho al medio ambiente y los que se deriven de la cláusula de los derechos implícitos. Esta cláusula, a su vez, extiende el aludido objeto a los principios democrático y de soberanía popular. Bajo esta premisa, una composición del TC que tienda al activismo judicial podría incrementar el ya abultado objeto de tutela con derechos que vaya creando a la luz de dichas cláusulas, porque, a juicio del mismo Tribunal, "no hay *numerus clausus* de las dimensiones de tutela y garantía de los derechos fundamentales (…)"[674].

---

673 Según el art. 53.2 CE sólo los derechos fundamentales de la Sección primera, capítulo II, el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y la objeción de conciencia (art. 30 CE), serán susceptibles de tutela ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento preferente y sumario, y en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

674 Cito nuevamente para localizar al lector lo dispuesto por el artículo 3 de la Constitución Política de 1993: "la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo (intitulado "Derechos Fundamentales de la persona") no excluye los demás

Ocurrió con el *derecho a la verdad*, cuyos detalles relatamos en epígrafes anteriores.

Finalmente, el amparo protege aquellos derechos que manan de los TIDH ratificados por el Perú. Un criterio adoptado por la doctrina y que ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional cuando interpretó que dichos instrumentos internacionales cuentan con rango constitucional. Excluye expresamente los derechos emanados de la ley; según reza el art. 5.1 CPC, el amparo no procederá cuando "los hechos y el petitorio de la demanda no estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado".

Una primera reflexión que se desprende de este amplio objeto de amparo es que como todo derecho constitucional puede ser protegido por él, el debate sobre si este recurso otorga la condición de fundamentalidad al derecho que tutela carece de mayor relevancia en un modelo como el peruano[675]. El hecho que el sufragio no sea susceptible de amparo ante el TC no le retira su condición de derecho fundamental. Éste ha sido reconocido como tal en el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución Política de 1993. Forma parte del listado de derechos protegidos por el amparo (art. 37 del

---

que la Constitución garantiza, ni otros derechos de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno". El TC ha recogido este criterio expansivo de la tutela constitucional a través del amparo cuando ha señalado que "la extensión de tal protección (del art. 200.2 CP que reconoce el amparo) no se agota ni siquiera en la enunciación textual de los derechos reconocidos en la propia Constitución, pues mediante la cláusula de expansión y desarrollo de los derechos fundamentales a que hace referencia el artículo 3º de la Constitución, el amparo es también la garantía por excelencia para proteger los otros derechos (…)", en: STC 1209-2006-PA/TC, del 14 de marzo de 2006, FJ. 25.

675 RUBIO contesta a una afirmación de DÍEZ-PICAZO para quien el amparo convierte al derecho fundamental en un auténtico derecho subjetivo. Considera que la fundamentalidad radica en el reconocimiento que la Constitución hace de los derechos como derechos fundamentales y el legislador sólo puede configurarlos dentro de los límites que ella le impone ya que "es la naturaleza del interés protegido por la norma y no la forma de protección jurisdiccional la que permite hablar de derechos subjetivos y no de simples reflejos del derecho objetivo", en: RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Estudios sobre jurisdicción…,* ob. cit., p. 36

Código Procesal Constitucional), pese a que, como hayamos visto hasta el momento, la eficacia de este precepto sea escasa para los objetivos que dicho proceso constitucional enarbola. Esto quiere decir que el ordenamiento jurídico peruano no cuestiona su condición de derecho fundamental, y en razón a ello, tutelable por el amparo; lo que discute es si las decisiones del Pleno del JNE que afectan al sufragio deberían estar sujetas a un control constitucional.

Ahora bien, si asumimos que las decisiones del Pleno son susceptibles de ser sometidas a la jurisdicción constitucional, corresponde reflexionar sobre cómo armonizar la proscripción del amparo para derechos emanados de leyes con la condición de derecho de configuración legal del sufragio. Me explico a continuación.

5.1.1. La difícil separación entre lo constitucional-electoral y lo administrativo-electoral

En el primer capítulo de esta investigación fuimos testigos de la amplitud de contenido de un derecho de configuración legal y las múltiples posibilidades de tutela. El derecho comporta una cierta constitucionalización de las leyes que lo desarrollan. Luego una interpretación integral adecuada del sufragio deberá incorporarlas a su carácter fundamental; y una interpretación que restrinja sus elementos de juicio al texto constitucional desconocería el mandato legislativo complementario que la Constitución impone[676]. Una vez que un aspecto

[676] Resulta ilustrativa la lectura conjunta de los fundamentos jurídicos quinto y sexto de la STCE 26/2004 de 26 de febrero de 2004. El TC apuntó que los contornos del derecho fundamental del artículo 23 CE (derecho de participación política) deben delimitarse en una lectura conjunta de la norma constitucional y de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Ello, porque el constituyente reservó al legislador la facultad de desarrollar los derechos de participación política, y hacerlo sólo

concreto del ejercicio del derecho ha quedado configurado por una norma legal, la violación de dicha normativa reflejará una violación del derecho fundamental[677]. Esto quiere decir que el derecho fundamental de sufragio se adhiere y expande sobre toda la normativa electoral. La casi imperceptible separación entre lo que puede ser considerado constitucional-electoral de lo administrativo-electoral podría convertir a todo el proceso electoral en un supuesto "amparable".

En la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 37 de la Ley de Partidos Políticos, el TC peruano identificó que sólo algunas disposiciones de las Leyes Orgánicas relacionadas con lo electoral desarrollan el derecho fundamental de sufragio; y, otras, aspectos específicamente procedimentales de la elección[678]. Sin embargo, ¿podrían ser identificados unos de otros con una simple lectura? Por ejemplo, la publicación de los carteles con los nombres de los candidatos acompañados de la denominación y símbolo de la organización política (para este ejemplo, los arts. 169, 170, 179, 209 de la Ley Orgánica de Elecciones – LOE) revela una serie de derechos en el proceso electoral. Estos carteles permiten a los candidatos asegurarse que están dentro de la competición electoral y conocer quiénes serán sus competidores. Los electores (en especial, los iletrados: un importante porcentaje de la población en un país andino como Perú) pueden reconocer la relación que existe entre los candidatos, las organizaciones políticas que los respaldan y los símbolos que los identifican; pueden diferenciar a su candidato de otros candidatos y votar en consecuencia; o, impugnar aquellas candidaturas que hayan incumplido con dichos requisitos. Todos los candidatos deben figurar

---

atendiendo a una interpretación constitucional atentaría contra el propio mandato de concretar este derecho que la Carta Política dirige al legislador.

677 STCE 119/1995, de 17 de julio de 1995, FJ. 6.

678 STC 0003-2006-PI/TC, del 19 de setiembre de 2006, en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5000 ciudadanos contra el artículo 37º de la Ley Nº 28094, Ley de Partidos Políticos.

en aquella lista, la cual, se convierte en una manifestación del principio de igual concurrencia a los comicios. Se podría argüir que la ausencia de estos carteles atenta contra un voto libre e informado y contra el sufragio pasivo[679].

Sin embargo, la modificación unilateral del orden en la lista de candidatos por parte de la autoridad electoral, ¿atenta contra el derecho de sufragio pasivo? El Tribunal Constitucional español entendió que no y que, en consecuencia, la petición de tutela correspondía a la judicatura ordinaria[680]. Pese a que la inscripción de candidaturas es uno de los procedimientos usualmente más vinculado al contenido del sufragio pasivo, el conflicto del ejemplo, resultó siendo un problema administrativo-electoral. Si siguiésemos este criterio y lo extrapoláramos a nuestro aún hipotético amparo electoral peruano, el caso del ejemplo correspondería a la jurisdicción ordinaria (o jurisdicción especializada) para lo electoral, es decir, al Jurado Nacional de Elecciones: la vía igualmente satisfactoria.

Siguiendo con nuestro razonamiento, cabe preguntarnos si la configuración legal extendería la tutela constitucional al respeto por los

---

679 Sobre garantías electoral en la experiencia española véase los trabajos de: Miguel PRESNO LINERA presenta una mirada panorámica de las garantías electorales previstas por el ordenamiento jurídico español (en: "Las garantías del derecho de participación política a través del sufragio activo", *Revista de Derecho Político,* nº 52, 2001, pp. 137-179); Ángela FIGUERUELO BURRIEZA ("Los recursos constitucionales del procedimiento electoral". *Revista de las Cortes Generales,* nº 24, 1991, pp. 107-132) y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO ("Las garantías del derecho de sufragio activo en el ordenamiento electoral español", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* nº 84, Anuario 1994-1995) analizan, esencialmente, las garantías orgánicas y judiciales.

680 El orden de los candidatos dentro de una lista, si bien resulta relevante para efectos del sistema electoral y la asignación de escaños, resulta intrascendente para el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo; "pues el derecho de sufragio pasivo (...) no resulta menoscabado, ni afectado siquiera, por el orden en el que los candidatos –<u>todos ellos elegibles</u>- aparezcan en la lista, sin perjuicio claro está, de que tal orden haya de resultar relevante, <u>pero sin restringir ya el derecho fundamental de ninguno de los candidatos</u>, en el procedimiento de escrutinio, y de asignación de puestos en el órgano de que se trate que subsiga el acto de votación" (El subrayado corresponde a la autora). En: STC 61/1987 del 20 de de mayo de 1987, FJ. 2.

requisitos de cada una de las fases de la elección reguladas en la Ley Orgánica de Elecciones y en la abundante normativa electoral. Una duda nada baladí si tenemos en consideración la posición que el Alto Tribunal ha adoptado sobre otro derecho de configuración legal como es el *derecho a una pensión de la seguridad social.* Interpretó que, en tanto los derechos previsionales (derecho a una pensión de jubilación) son de configuración legal, "basta el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación previsional (…) para que los derechos previstos en ella sean materia de protección"[681]. Si bien, añade que no todo lo que esté dispuesto en dicha ley formará parte del contenido constitucionalmente protegido, pero se inspira en una sentencia de la Corte Constitucional colombiana para establecer cuál será dicho contenido, o las manifestaciones del derecho que estarán bajo la tutela del amparo. Un contenido que sigue siendo amplio y respecto al cual se discute si constituye o no, un control de legalidad más que de constitucionalidad[682]. Se observa que el TC es proclive a expandir la tutela constitucional y podría serlo en relación al proceso electoral.

---

[681] STC 0194-2003-AA/TC, del 25 de junio de 2004, FJ. 3. (El subrayado corresponde a la autora).

[682] Sobre el contenido constitucionalmente protegido del *derecho fundamental a una pensión* el Tribunal Constitucional peruano ha establecido el siguiente precedente: "37. (…) este Colegiado procede a delimitar los lineamientos jurídicos que permitirán ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial de dicho derecho fundamental o estar directamente relacionadas a él, merecen protección a través del proceso de Amparo:

a) En primer término, (…) las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la actividad laboral pública o privada, dependiente o independiente, y que permite dar inicio al período de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones. Por tal motivo, será objeto de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

b) En segundo lugar, (…) las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión. Así, será objeto de protección en la vía de Amparo los supuestos en los que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación o cesantía, a pesar de haber cumplido los requisitos legales para obtenerla (edad requerida y determinados años de aportación), o de una pensión de invalidez, presentados los supuestos previstos en la ley que determinan su procedencia (…)

c) Por otra parte, dado que, como quedó dicho, el derecho fundamental a la pensión tiene una estrecha relación con el derecho a una vida acorde con el principio-derecho de dignidad, es decir, con la trascendencia vital propia de una dimensión sustancial de la vida, antes que una dimensión meramente existencial o formal, forman parte de su contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un "mínimo vital", es decir, "aquella porción de ingresos indispensable e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y de su familia; sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales (…) en forma tal que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana." (Cfr. Corte Constitucional colombiana. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-1001, del 9 de diciembre de 1999).

En tal sentido, en los supuestos en los que se pretenda ventilar en sede constitucional pretensiones relacionadas no con el reconocimiento de la pensión que debe conceder el sistema previsional público o privado, sino con su específico monto, ello sólo será procedente cuando se encuentre comprometido el derecho al mínimo vital. (…) el Tribunal Constitucional considera que, *prima facie*, cualquier persona que sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto (S/. 415 soles), deberá acudir a la vía judicial ordinaria a efectos de dilucidar en dicha sede los cuestionamientos existentes con relación a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de percibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso, resulte urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (vg. los supuestos acreditados de graves estados de salud).

d) Asimismo, aún cuando, prima facie, las pensiones de viudez, orfandad y ascendientes, no forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, en la medida de que el acceso a las prestaciones pensionarias sí lo es, son susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en los que se deniegue el otorgamiento de una pensión de sobrevivencia, a pesar de cumplir con los requisitos legales para obtenerla.

e) En tanto el valor de igualdad material informa directamente el derecho fundamental a la pensión, las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento (en la ley o en la aplicación de la ley) que dicho sistema dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, serán susceptibles de ser protegidos mediante el proceso de Amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

f) Adicionalmente, es preciso tener en cuenta que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de Amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada (…)

g) Debido a que las disposiciones legales referidas al reajuste pensionario o a la estipulación de un concreto tope máximo a las pensiones, no se encuentran relacionadas a aspectos constitucionales directamente protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, *prima facie*, las pretensiones relacionadas a dichos asuntos deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria.

Las pretensiones vinculadas a la nivelación como sistema de reajuste de las pensiones o a la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en materia pensionaria, no son susceptibles de protección a través del amparo constitucional, no sólo porque no forman parte del contenido protegido del derecho fundamental a la pensión, sino también, y fundamentalmente, porque han sido proscritas constitucionalmente, mediante la Primera Disposición Final y el Artículo 103º de la Constitución, respectivamente", en: STC 1417-2005-AA/TC, del 8 de julio de 2005, FJ. 37, (los subrayados corresponden a la autora).

De esta manera, por ejemplo, la expedición del documento nacional de identidad por el RENIEC no es constitutivo del derecho de participación política, aún así, el DNI resulta indispensable para su ejercicio. En este aspecto es ilustrativa una de las sentencias del TC español que consideró que existe una conexión indestructible entre el derecho fundamental de sufragio y la inscripción censal. La razón que subyace a esta decisión es que la condición de electores y elegibles corresponde únicamente a los ciudadanos que figuren inscritos en el censo[683]. Un criterio similar podría ser adoptado por su homólogo peruano.

Sin embargo, ¿alcanzaría esta protección a los procedimientos de democracia interna de un partido político? Así por ejemplo el JNE declaró fundada la tacha contra el señor Manuel Masías a burgomaestre porque no fue elegido por sufragio universal, directo y secreto por la militancia del partido por el que postulaba (PPC); y porque no recibió el permiso correspondiente de su partido político de origen para postular por otro, según lo estipulado por la Ley de Partidos Políticos[684]. En opinión del Pleno del Jurado el incumplimiento de estos

---

[683] STCE 154/1988, del 21 de julio de 1988. El censo (a cargo de la Oficina del Censo Electoral, para contextualizar al caso peruano, nos referiríamos al Registro Nacional de Identificación y del Estado Civil – RENIEC) se convierte en un requisito indispensable para el ejercicio del derecho de sufragio aunque albergue dos derechos de distinta naturaleza: uno declarativo de la titularidad del derecho al voto y no constitutivo del mismo y el otro, un derecho a la identidad. Una interpretación favorable al desarrollo de los derechos fundamentales que sería aplicable en el derecho peruano a la etapa de inscripción ante el RENIEC.

[684] Este caso fue mencionado en el capítulo primero de esta investigación. Sin embargo, he de narrar brevemente sus antecedentes para localizar al lector. En Elecciones Regionales y Municipales 2010, el Jurado Electoral Especial de Lima Oeste declaró fundada la tacha contra Manuel Masías, el candidato a alcalde del Concejo Distrital de Miraflores por el Partido Popular Cristiano (PPC). El señor Masías estaba formalmente asociado a un partido político distinto a aquél por el que aspiraba a ser elegido burgomaestre (conducta prohibida por la Ley de Partidos Políticos) y su candidatura carecía del respaldo popular de los demás afiliados al PPC. El artículo 23 LPP dispone que cuatro quintos de los candidatos a elecciones de autoridades públicas representativas deben ser elegidas por los afiliados, y el artículo 9.2 de la Resolución 302-2010-JNE del 17 de mayo de 2010 que aprobó el "Instructivo sobre democracia interna para la elección de candidatos de los partidos políticos y movimientos regionales para el proceso Elecciones Regionales y Municipales del año 2010" estipulaba que "los candidatos a los cargos de Presidente y Vicepresidente

requisitos de democracia interna político-partidaria lo convertían en inelegible. Con independencia de que esté de acuerdo con medidas que combatan el transfuguismo político, otra cosa es que a través de la interpretación jurídica el aludido incumplimiento se transforme en una inelegibilidad no prescrita por el ordenamiento jurídico. Entrando a nuestro tema, cabe preguntarse si en una eventual demanda de amparo contra esta resolución, el Alto Tribunal habría opinado lo mismo o si hubiese rechazado la demanda porque dicha etapa preliminar constituye una manifestación de la libertad de asociación de un partido político. Una reflexión nada baladí si tenemos en consideración el derecho comparado a la que el ordenamiento jurídico peruano podría mirar como referente para delimitar el objeto de su amparo electoral: la experiencia mexicana.

En la experiencia mexicana *el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano* (equivalente al amparo) reconoce como uno de los supuestos para la aceptación de una demanda, si un ciudadano considerase "que los actos o resoluciones del partido político al que está afiliado violan alguno de sus derechos político-electorales". Un precepto también aplicable "a los precandidatos y candidatos a cargos de elección popular aún cuando no estén afiliados al partido

---

Regional; y Alcalde de concejos municipales deben ser necesariamente elegidos" bajo una de las siguientes modalidades: "a) elecciones con voto universal, libre, voluntario, igual, directo y secreto de los afiliados y ciudadanos no afiliados (conocido como elecciones primarias abiertas), b) elecciones con voto universal, libre, voluntario, igual, directo y secreto de los afiliados (conocido como elecciones primarias cerradas); c) Elecciones a través de los delegados elegidos por los órganos partidarios conforme lo disponga el estatuto o la norma interna de organización del movimiento regional, o en su defecto, el reglamento electoral" (el subrayado corresponde a la autora). Bajo este marco normativo, el JEE concluyó que los candidatos a alcaldes y regidores no formaban parte de la quinta parte de candidatos que pueden ser libremente determinados por el órgano máximo del partido, en: Tacha interpuesta por el señor Sandro O`Higgins sobre democracia interna contra Manuel Masías Oyanguren en su condición de candidato a alcalde del Concejo distrital de Miraflores, por el partido político PARTIDO POPULAR CRISTIANO, para participar en elecciones municipales 2010. Resolución nº 0003-2010-JEELO del Jurado Electoral Especial de Lima Oeste, del 31 de julio de 2010.

señalado como responsable"[685]. Esto quiere decir que el legislador mexicano ha adoptado la opción de, a través de este juicio, ingresar en el ámbito de la libertad de asociación de los partidos políticos.

Estas reflexiones me conducen a afirmar, en primer lugar, que el amparo electoral es una modalidad del amparo, pero necesariamente ajustado al proceso electoral. Si se introdujese de modo genérico, la calificación de los preceptos legales electorales en el caso concreto como constitucional-electoral o administrativo-electoral dependería del concepto de Constitución que adopte el juez constitucional. De otro lado, la interpretación de lo que sea el contenido constitucionalmente protegido del derecho de sufragio no podría preceder al juicio; en cada caso primaría la argumentación jurisdiccional y lo que deba interpretarse como parte del contenido del derecho de sufragio, o como parte procedimental electoral. Aunque el amparo es improcedente para los derechos emanados de leyes, su condición de derecho de configuración legal obligaría al Alto Tribunal a examinar si la ley materia de la demanda es una de las tantas manifestaciones del varias veces aludido *contenido constitucionalmente protegido* del sufragio.

En segundo lugar, la cláusula de los derechos implícitos que ampara como derecho a cualquier hecho relevante en el que pueda proyectarse el principio democrático podría contribuir, aún más, a su expansión. Si cada etapa del proceso electoral fuese amparable, entonces el objeto resultaría impreciso, amplio, y crearía el riesgo de convertir su protección oportuna y dentro de los plazos electorales previstos en una cruzada condenada al fracaso. Desde otra perspectiva, todos los esfuerzos de las democracias Latinoamericanas y en particular, de la peruana, por hacer que sus elecciones sean confiables podrían volverse vanos si la participación política se tornase "tan" tutelada, o se

[685] Artículo 79.g) de Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral mexicana.

convierte en objeto de un hiper-garantismo que afecte la elección[686]. En este contexto, ¿cómo tutelar el sufragio?

5.1.2. La (de) limitación del objeto del amparo electoral: la experiencia española

Cuando en el Derecho español se inició el debate doctrinario sobre las reformas al recurso de amparo, se identificó al contenido de las sentencias judiciales como uno los problemas centrales de la protección que, vía amparo, genera el derecho de configuración legal del artículo 24 CE (tutela judicial efectiva). No reproduciré todo el debate que condujo a la reforma de la LOTC español de 2007[687] porque desbordaría, con creces, los fines de este trabajo de investigación, sin embargo, resulta ilustrativa para ellos la opinión de RUBIO LLORENTE.

RUBIO afirmó que por ser un derecho de configuración legal, la tutela judicial del 24 CE cuenta con mil y un posibilidades de amparo. Usualmente los perdedores del proceso judicial demandan para dilatar la ejecución que consiguen si obtienen una sentencia favorable que retrotraiga el proceso hasta el momento de la supuesta vulneración. Concluyó que el referente constitucional con el que cotejar la violación del derecho fundamental era tan gaseoso y ambiguo, que el juzgador necesita recurrir a subterfugios procesales (como la retroacción de todo

---

[686] Frente a esta indefinición en la línea divisoria entre legalidad ordinaria y constitucionalidad, Luis María DÍEZ-PICAZO acota que "cuanto más amplíe el Tribunal la esfera de los derechos fundamentales de configuración legal, más ensanchará el ámbito del recurso de amparo". Concluye que se incrementarán las posibilidades de intrusión en el terreno de la justicia ordinaria, en: "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de Amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 40, 1994, p. 23.

[687] Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que modificó la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

lo actuado para que el *a quo* repare y resuelva) o a fundamentos jurídicos en los que, muchas veces, no se localiza la relación existente entre la aludida violación, la norma aplicada, y el precepto constitucional vulnerado[688]. No obstante, en su opinión era un error la propuesta de retirar el 24 CE del ámbito del amparo constitucional. Sí creyó que se debería examinar las leyes procesales de modo que resultara identificable la conexión entre esas leyes y los derechos que la Constitución garantiza, sobre todo, para crear dentro del Poder Judicial medios eficaces de protección de los derechos fundamentales que resulten lesionados.

Es posible que, en la experiencia española, el principal problema del amparo con los derechos de configuración legal distintos al que tutela la participación política (art. 23 CE) radique por contraste, en que el objeto del amparo electoral español ha sido cuidadosamente delimitado por el legislador. Veamos brevemente cómo ha sido configurado.

En la experiencia española, el recurso de amparo electoral empezó siendo una variante del recurso de amparo ordinario (art. 43 LOTC), pasó por su formalización como recurso de amparo específico (art. 49 LOREG) y se consolidó como tal con la reforma de la LOTC (LO 6/2007 de 24 de mayo de 2007). Las particularidades de los tiempos electorales, y de las autoridades jurisdiccionales que confluyen en la elección como garantes (jurisdicción contencioso-administrativa y constitucional) condujeron al TC a establecer plazos procesales

---

[688] El autor citado agrega que son estos demandantes los que de modo más frecuente recurren a fórmulas procesales como la retroacción de todo lo actuado en el proceso; o "aquéllas en las que de manera casi sistemática el reconocimiento del derecho se hace en términos puramente abstractos y aquéllas también en las que con mayor frecuencia es perceptible una falta de relación entre el otorgamiento o denegación del amparo y la valoración de la ley aplicada desde el punto de vista de su constitucionalidad", en: *Estudios sobre jurisdicción constitucional,* ob. cit., p. 53.

sumarísimos, a concentrar etapas y trámites procesales, por medio de un Acuerdo del Pleno[689].

Necesariamente sumario, el amparo electoral español circunscribe su objeto de protección a los derechos fundamentales del artículo 23 CE (derecho de sufragio) "por la propia naturaleza del procedimiento electoral en el que se inserta"[690]. El legislador precisó aún más este recurso restringiendo su procedencia a etapas concretas del procedimiento. La primera es la etapa de proclamación de candidaturas, y ante la exclusión de un candidato o frente a la denegación de la proclamación de una candidatura (art. 49 LOREG). A partir de la reforma llevada a cabo por la LO 6/2002, de 27 de junio, se incluyó en este supuesto a aquellos candidatos que hubiesen sido excluidos porque estarían sucediendo a partidos políticos judicialmente ilegalizados[691].

La segunda (art. 114 LOREG) se relaciona con la fase de proclamación de electos. Como el control de la judicatura sobre los acuerdos de las Juntas Electorales en esta oportunidad se relaciona con la legalidad de la elección, el proceso judicial adopta el nombre de contencioso electoral y es resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia[692]. PÉREZ

---

[689] Acuerdo de 20 de enero de 2000 del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueban normas sobre tramitación de los recursos de amparo a que se refiere la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE 25.1, 3125)

[690] STCE 68/1987, del 21 de mayo de 1987, FJ. 4.

[691] Según el precepto 4 del artículo 44 LOREG, "no podrán presentar candidaturas las agrupaciones de electores que, de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido. A estos efectos se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento de las personas que los componen, rigen, representan o administran las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes, que como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión".

[692] Prescindiendo por ahora de los aspectos procedimentales, el amparo del artículo 49 LOREG (modificado por la LO 6/2002 de 27 de junio) determina que una vez que las Juntas Electorales proclaman las candidaturas es posible impugnar este acto o la exclusión de un candidato ante el juzgado de lo contencioso-administrativo. Si esta

TREMPS agrega en el objeto del amparo electoral a los actos, que sin poseer un mecanismo específico de impugnación, "influyen de manera determinante" en el proceso electoral porque vician el resultado mismo del proceso. En cuanto a los actos que, sin tener un mecanismo específico y expreso de impugnación no influyen de manera determinante en el resultado electoral; en la medida en que puedan resultar lesivos de derechos fundamentales serán susceptibles de ser impugnados a través del recurso de *amparo ordinario* una vez cumplidas las exigencias legales[693]. Cabe agregar que no cualquier acuerdo de las Juntas Electorales será materia de amparo, sino solo aquellos que efectivamente impiden a alguna persona o a alguna candidatura concurrir a las elecciones, o los que han supuesto la aceptación de una candidatura o candidato que no debería haber sido proclamado.

Una vez conocido el objeto de protección del amparo electoral español esbozaré algunas reflexiones sobre el aludido debate acerca de la protección que debería proporcionarse a la tutela judicial efectiva del 24 CE como derecho de configuración legal.

La primera, es que la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) es el derecho cuya protección se encuentra menos acotada legislativamente, el que más demandas genera y el que más abarrota los escritorios judiciales. Ello trajo como consecuencia que sea el juez constitucional quien de modo paulatino y jurisprudencial generase los criterios para el rechazo

---

proclamación o exclusión se relaciona con candidatos que pertenecieron a partidos políticos declarados judicialmente ilegales y disueltos o suspendidos, el recurso se interpondrá ante una Sala Especial del Tribunal Supremo (formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los presidentes de sala y el magistrado más antiguo y más moderno). La sentencia es definitiva, salvo por el recurso de amparo electoral. En el caso del 114 LOREG, pueden ser objeto de los recursos contencioso electorales los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.

693 PÉREZ TREMPS, Pablo. *El recurso de amparo,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 343

in limine de las respectivas demandas. En segundo lugar que, entre las distintas propuestas de solución, alguna abogue por la sustracción del 24 CE del objeto del amparo, que otras se decanten por el establecimiento de un *certiorari*[694], o que se apueste porque el alcance del control constitucional se limite "únicamente a aquellas aplicaciones judiciales de las leyes procesales que vulnerasen el contenido esencial del referido derecho fundamental"[695]. La reforma de los artículos 49 y 50 LOTC habría zanjado este debate. Con la reforma, sólo se admitirá el amparo si una vez justificada en la demanda la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 LOTC), el Tribunal entiende que tal especial trascendencia se da efectivamente en el caso; es decir, si "el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales" (nuevo art. 50.1.b) LOTC). La denominada *especial trascendencia constitucional* fue definida por el Alto Tribunal en su STCE 155/1999, que a juicio de ARAGÓN,

---

[694] Manuel ARAGÓN REYES propone la imposición de una especie de *certiorari* norteamericano para el amparo sobre los derechos del 24 CE, en: ("Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo", *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente,* VV.AA., vol. II, Congreso de los Diputados – Tribunal Constitucional – Universidad Complutense de Madrid – Fundación Ortega y Gasset – CEPC, Madrid, 2002, pp. 1823-1841). En similar sentido, Enoch ALBERTÍ ROVIRA considera que se debería dar la oportunidad a la justicia ordinaria de conocer y remediar eficazmente las vulneraciones de los derechos fundamentales, "y especialmente del derecho a la tutela judicial efectiva", y mejorar las condiciones del trámite de admisión (en: "El recurso de amparo a revisión", *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente,* VV.AA., vol. II, Congreso de los Diputados – Tribunal Constitucional – Universidad Complutense de Madrid – Fundación Ortega y Gasset – CEPC, Madrid, 2002, pp. 1813 y ss.).

[695] Uno de los autores que aborda un estudio sistemático y detallado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el art. 24 CE es Carles VIVER I PY-SUNYET, en: "El proceso constitucional de amparo: tópicos, datos y propuestas de reforma", *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente,* VV.AA., vol. II, Congreso de los Diputados – Tribunal Constitucional – Universidad Complutense de Madrid – Fundación Ortega y Gasset – CEPC, Madrid, 2002, p. 1788.

consolida el tránsito de la concepción subjetiva del amparo a una concepción objetiva[696]. En su opinión, "del anterior amparo-tutela, que procedería siempre que hubiese habido vulneración de derechos, se pasa a un amparo-control, que únicamente se ejercerá por el Tribunal cuando en el caso se dé un supuesto de "especial trascendencia constitucional"[697]. El amparo español se convierte en un recurso acotadamente excepcional. En todo caso, es particularmente interesante destacar la evolución que dicho autor identifica en el amparo que pasa por su: "implantación, universalización, y ahora restricción luego de haberse difundido los criterios de interpretación de los derechos fundamentales"[698]. El estado de la cuestión del amparo electoral peruano impide afirmar que siquiera se haya implantado, pero sobre esto volveré luego.

La segunda reflexión es que si bien el objeto de protección del amparo electoral español se circunscribe al sufragio pasivo (arts. 49 y 114 LOREG), ello no significa que los restantes derechos que puedan ser

---

[696] En la STCE 155/2009, de 25 de junio de 2009, el TC establece como supuestos de especial trascendencia constitucional los siguientes: 1. La demanda plantea un problema o una faceta del derecho fundamental sobre el que no hay doctrina del TC; 2. El recurso posibilita que el Tribunal varíe o aclare su doctrina, ya sea por reflexión propia, por cambios normativos o de interpretación por los órganos de garantía o por contemplar una nueva realidad social; 3. La lesión tiene su origen en la ley o en una disposición general o en; 4. Una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que vulnera un derecho fundamental; 5. Cuando se produce un generalizado incumplimiento de la doctrina por parte de la jurisdicción ordinaria o existen resoluciones judiciales contradictorias; 6. Cuando un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC; 7. Cuando la demanda plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga consecuencias políticas generales.

[697] ARAGÓN REYES, Manuel. "La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *REDC,* nº 85, enero-abril, 2009, pp. 11 – 43, p. 35.

[698] ARAGON considera además que "pasados ya tantos años desde su implantación, este amparo-tutela, tan necesario en los primeros momentos, se había convertido en una rémora para el Tribunal, aparte de haber cumplido ya, en gran parte (una vez conseguidos sus efectos a través de una copiosa y reiterada jurisprudencia), la función que vino desempeñando de hacer efectivos, a través de su aplicación por los jueces y tribunales, los derechos fundamentales objeto del amparo", Ídem, p. 34.

vulnerados durante el proceso electoral queden en el desamparo. Ellos serán objeto de tutela en el amparo constitucional ordinario.

La tercera y concatenada a las anteriores es que el amparo electoral español presenta otro tipo de problemas y éstos se asocian básicamente a su compatibilidad fáctica con los plazos electorales. Así por ejemplo, el TCE ha invocado al legislador para que ajuste los plazos procesales correspondientes a la etapa probatoria del contencioso electoral sobre candidaturas excluidas por sucesión de partidos declarados judicialmente ilegales o suspendidos (del art. 44.4 LOREG). No los considera incompatibles con la Constitución porque se articulan con la brevedad de los plazos electorales, pero sí afirma que dificulta el ejercicio del derecho de defensa[699].

5.1.3. La (de)limitación del objeto del amparo electoral peruano

El ejercicio del derecho de acceso a la justicia y de los demás derechos contenidos en la tutela judicial efectiva adopta un escenario distinto y distante a las características del proceso electoral como escenario del

[699] El TC español ha expuesto *obiter dicta* que "ante la aludida complejidad del supuesto contemplado en el art. 44.4 LOREG, en el que se trata de dilucidar si la candidatura o candidaturas presentadas por una o varias agrupaciones electorales vienen de hecho a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido, sería deseable un especial esfuerzo por parte del legislador en orden a lograr un mejor acomodo procesal para este tipo de supuestos" (en: STCE 68/2005, de 31 de marzo de 2005, FJ. 4; reiterado en la STCE 110/2007 del 10 de mayo de 2007, FJ. 3). Asimismo, "reitera (…) que el procedimiento contencioso-electoral está concebido inicialmente para supuestos de menor complejidad que los contemplados en el art. 44.4 LOREG, por lo que (…) resulta ya urgente un especial esfuerzo por parte del legislador en orden a lograr un mejor acomodo procesal que aúne las garantías procesales del art. 24 CE con las notas de celeridad, perentoriedad, preclusión de plazos y concentración de las fases de alegaciones y prueba propias del referido procedimiento, (en SSTCE 85/2003, de 8 de mayo, FJ. 9; 68/2005, de 31 de marzo, FJ. 4; y 110/2007, de 10 de mayo, FJ. 3; 49/2003, de 12 de febrero, FJ. 2).

ejercicio del sufragio. Ambos son derechos de configuración legal pero los principios constitucionales que subyacen a ellos son divergentes. Sin afirmar que uno sea más importante que el otro, sí creo que el significado que tiene la elección para un Estado democrático así como las características y derrotero histórico que reflejan la experiencia política peruana, exigen aún que la intervención del Estado en su desarrollo y tutela sea protagónica, pero debido a los plazos electorales, de una delicadeza política digna de un retablista.

Recurriendo a las recientes reflexiones, en el caso peruano será necesario conciliar la brevedad de las etapas del proceso electoral con la tendencia expansiva del objeto amparable y una tutela efectiva del sufragio. Si bien no es recomendable apostar por una importación acrítica de experiencias comparadas, sí adelanto que para el caso de *lo electoral,* será indispensable que la tendencia sea al minimalismo, porque menos será más.

En comunión con la tendencia expansiva, para Samuel ABAD este tipo de amparo no podría ser restringido a cuestionar las decisiones del JNE sino que, además, podría tutelar derecho participación política afectado, por ejemplo, "por la decisión de un prefecto de prohibir la realización de un mitin de cierre de campaña, la arbitraria retención del documento de identidad de una persona y la consecuente imposibilidad de votar, el uso indebido de fondos públicos afectando el principio de igualdad –y neutralidad- en materia electoral y, en general, todas aquellas irregularidades que se pudieran presentar durante un proceso electoral y que requieran de un proceso urgente que tutele los derechos ciudadanos"[700].

---

[700] ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo,* Gaceta Jurídica, Lima, 2004, pp. 448.

Sin dejar de estar de acuerdo en el fondo con la opinión de ABAD, desde mi perspectiva, es indispensable que el amparo electoral sea un poco más restrictivo. En este proceso constitucional en particular, reitero que será preciso ser minimalista, porque menos será más. Esto quiere decir, de un lado que si se convierte en objeto de su tutela a todo derecho fundamental susceptible de ser afectado durante el proceso electoral, lo condenaríamos al fracaso. Necesita ser rápido, expeditivo, con plazos de dos o tres días de trámite y resolución para no entrampar la elección.

De otro lado, resulta indispensable que dicho objeto esté previa y debidamente acotado. Las reglas de la competición por el poder político y la seguridad jurídica del origen de la representación política están en juego. Luego sería razonable entender que la protección del sufragio no puede ser azarosa, ni continuamente moldeable. Recordando la tendencia omnicomprensiva del Constitucional, una delimitación concreta, estable y de "previsibilidad suficiente" será indispensable a fin de que dicha delimitación no se convierta en una decisión discrecional y azarosa para cada caso concreto[701]. No obstante, la dinamicidad de la Constitución como norma jurídica impide tentar un listado taxativo de manifestaciones de un derecho fundamental.

Una salida es restringir el control constitucional del amparo electoral a etapas procedimentales cuyos actos definitivos pudiesen vulnerar el contenido esencial del sufragio. No es descabellado proponer que éstas sean las etapas de publicación preliminar del padrón o censo electoral, de proclamación de candidaturas, de proclamación de electos y contra la declaración de vacancia de autoridades. Esta debida acotación contribuirá, además, a que en cada caso concreto no sea necesario un juicio de riesgo de peligro en la demora o irreparabilidad, característico de un proceso de amparo.

---

[701] VIVER I PY-SUNYET, Carles. "El proceso constitucional de amparo: tópicos, datos y propuestas de reforma",... ob. cit., p. 1788.

Es probable que esta (de)limitación sea considerada contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos por autores como SAGÜÉS[702], quien adopta una posición favorable al rango constitucional de los TIDH y opina que el art. 25.1 CADH exige a los Estados Partes que extiendan el amparo a los derechos que emanen de leyes y de la propia Convención. Consecuentemente ha opinado que como el legislador peruano limitó la protección a los derechos fundamentales que dimanen de la Constitución, el Estado peruano viene vulnerando la Convención. Este autor, en suma, apuesta por un amparo omnicomprensivo, que desde mi punto de vista, transformaría al recurso en una garantía nada eficaz. Menos aún ante un derecho de configuración legal como el sufragio. De otro lado, dichas manifestaciones no quedan exentas de tutela, existen las denominadas vías igualmente satisfactorias (el Jurado Nacional de Elecciones) y el amparo ordinario.

He de mencionar el límite que el constituyente impone al amparo contra las resoluciones judiciales, en el sentido de que "no procede contra (…) resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular" (art. 200.2 CP) y cuyo supuesto fue extendido a las resoluciones del JNE en materia electoral por el primigenio (y ahora inexistente por inconstitucional) art. 5.8 CPC.

Aquella prohibición reconoce el respeto por la cosa juzgada y ha sido interpretada, *contrario sensu,* por el legislador y por el Tribunal como

---

[702] Néstor SAGÜÉS considera que el art. 25 de la CADH que impone a los Estados que instauren un recurso sencillo que "ampare" a toda persona contra actos que violen "sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención" construye un "amparo interamericano" para proteger derechos legales, constitucionales y aquellos reconocidos por la Convención. Por ello, considera inconstitucional que el ordenamiento jurídico peruano adoptase como objeto de protección del amparo sólo a los derechos constitucionales y que no incluyese a los que emanan de las leyes. En: *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos,* Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2008, pp. 178-179.

que procede el amparo contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento irregular que vulneran el derecho a la tutela procesal efectiva. Según recordaremos esta interpretación se hizo extensiva a las decisiones del JNE. Ahora bien, en su jurisprudencia el Alto Tribunal ha entendido que un procedimiento irregular podría afectar no sólo los derechos contenidos en la tutela procesal. Cualquier otro derecho fundamental podría ser vulnerado por un procedimiento con dichas características. Entre otras razones arguye que los únicos derechos exceptuados del control por el amparo son aquellos protegidos por el *habeas corpus* y el *habeas data.* Por tanto, desde su perspectiva, una interpretación que excluya a los demás derechos constituye una limitación *ratione materiae* inconstitucional del amparo contra resoluciones judiciales[703].

PÉREZ TREMPS escribe, sobre la experiencia española, que en ocasiones lo que se debate en el recurso de amparo electoral "no es si una junta electoral lesionó el derecho de un candidato o candidatura a ser proclamada sino si en el recurso contencioso-electoral previo se produjo una lesión de la tutela judicial efectiva que pudo impedir el debate de fondo sobre el derecho a ser proclamado". Concluye su análisis afirmando que cuando el Tribunal estimó el recurso de la STCE 85/1987 éste no determinó "si debía haber sido proclamada o no una candidatura sino a retrotraer actuaciones para que, reparada la lesión

---

[703] STC 3179-2004-AA, del 18 de febrero de 2005, FJ. 14. Agregó en su FJ. 20 lo siguiente: En definitiva, una interpretación del segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución bajo los alcances del principio de unidad de la Constitución, no puede concluir sino con la afirmación de que la competencia *ratione materiae* del amparo contra resoluciones judiciales comprende a todos y cada uno de los derechos fundamentales que se puedan encontrar reconocidos, expresa o implícitamente, por la Norma Suprema. En su seno, los jueces constitucionales juzgan si las actuaciones jurisdiccionales de los órganos del Poder Judicial se encuentran conformes con la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. De modo que la calificación de regular o irregular de una resolución judicial, desde una perspectiva constitucional, depende de que éstas se encuentren en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales, (los subrayados corresponden a la autora).

procesal, sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que resuelva"[704].

Los criterios jurisprudenciales citados serán de mucha utilidad para entender que el amparo electoral será un proceso especialísimo que se circunscribirá a atender aquellas afectaciones o amenazas de afectación que, contra el derecho de sufragio o la tutela procesal efectiva produzcan las resoluciones jurisdiccionales del Pleno del JNE en las etapas de publicación del padrón electoral, proclamación de candidaturas, proclamación de electos y declaración de vacancia. El objeto del amparo propuesto alcanzaría a resoluciones que resuelvan recursos contra las decisiones de los Órganos Administrativos Electorales, como en leyes electorales que afecten el sufragio cuando éstas sean autoaplicativas[705].

5.2. Segundo problema: la residualidad del amparo y la superposición de jurisdicciones

La incorporación del Tribunal Constitucional en la tutela del sufragio avizora una consecuencia problemática inminente: la superposición de

---

[704] En: *El recurso de amparo,…* ob., cit., p. 354.

[705] "La improcedencia del denominado "amparo contra normas", se encuentra circunscrita a los supuestos en los que la norma cuya inconstitucionalidad se acusa sea heteroaplicativa, es decir, aquella cuya aplicabilidad no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia, la norma carecerá, indefectiblemente de eficacia, esto es, de capacidad de subsumir por sí misma, algún supuesto fáctico en su supuesto normativo. Es evidente que en tales casos no podrá alegarse la existencia de una amenaza cierta e inminente de afectación a los derechos fundamentales, tal como lo exige el artículo 2º del Código Procesal Constitucional (…)" (en: STC 4677-2004-PA/TC, del 7 de diciembre de 2005, FJ. 3); "contrario a ello, sí procede cuando el acto lesivo es causado por normas autoaplicativas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma (…)", (en: STC 2302-2003-aa/TC, del 13 de abril de 2005, FJ. 7, (los subrayados corresponden a la autora).

jurisdicciones. Ocurre en la experiencia peruana, así como en la comparada, y es altamente probable que ocurra entre el Jurado Nacional de Elecciones y el Alto Tribunal.

5.2.1. Las actuales competencias del Tribunal Constitucional sobre la "materia electoral"

Ya no se discute la presencia de un Tribunal Constitucional y su papel en el control de constitucionalidad según la célebre controversia entre Carl SCHMITT y Hans KELSEN[706], ni su activa actuación en el escenario de la vigencia normativa de la Constitución y de la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Es más, su reconocimiento en el ordenamiento jurídico peruano situado "por encima de todos los órdenes" en el mapa de las jurisdicciones especializadas creadas por el constituyente peruano ha permitido que contribuya a reconducir las desviaciones del poder a los canales constitucionales. Lo que se discute en este punto de la investigación es cómo se incorporaría como miembro al exclusivo club de lo electoral.

El Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia cuentan con una *potestas* escasamente reconocida y casi imperceptible en el modelo electoral peruano. En primer lugar, a diferencia de las resoluciones de la ONPE que el bloque de constitucionalidad excluye del amparo al igual

[706] SCHMITT pretendía convertir en protector de la Constitución al presidente del *Reich,* es decir, a la cúpula del Ejecutivo en lugar de a un tribunal constitucional (*La defensa de la Constitución,* Tecnos, Madrid, 1983). KELSEN le reprochaba que esta propuesta obedecía a su apuesta por el estado totalitario y se mostraba totalmente a favor de la creación e institucionalización de un tribunal constitucional, no sólo por razones políticas que nadie habría discutido en aquel entonces, también por razones jurídicas (en: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?,* Madrid, Tecnos, 1995).

que las del JNE[707], las decisiones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC en la tan citada materia electoral no fueron detraídas del campo de las acciones de garantía. Es posible presumir que la ausencia de un ciudadano del padrón de electores (única función electoral del Registro) podría obedecer a que tampoco se encuentre en el registro de ciudadanos, violándose su derecho a la identidad. En este caso, sería un error dar cabida a la interpretación analógica y concluir que como no procede el amparo contra la ONPE en materia electoral, tampoco procederá contra el RENIEC. Ello significa que contra las resoluciones del Registro, incluso en materia electoral, sí procedería el amparo. En este caso se identifica la posible participación del TC en una elección.

En segundo lugar, encontramos el proceso de declaración de ilegalidad de un partido político. Es evidente que no nos encontramos ante un procedimiento electoral (como examinásemos en el capítulo primero), sino más bien relacionado con la libertad de asociación de los partidos políticos y las infracciones que en su calidad de asociaciones pudieran cometer. Ahora bien, es cierto que hasta la fecha no ha existido un proceso de tales características promovido ante la Corte Suprema de Justicia conforme al art. 14 LPP. Sin embargo, el acto que se sometería a juicio sería una resolución definitiva del JNE que inscribió al cuestionado partido político, la cual, sigue siendo considerada

---

[707] El artículo 36 de la Ley Orgánica de Elecciones repitiendo la fórmula constitucional de que contra las resoluciones del JNE en materia electoral no procede recurso alguno, agrega "ni acción de garantía ni acción ante el Tribunal Constitucional". Además "contra las resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en materia electoral, no procede recurso alguno ni acción de garantía. Sólo procede recurso ante el Jurado Nacional de Elecciones, el cual resuelve en instancia final y de acuerdo con el procedimiento estipulado en la presente ley". El artículo 23 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones establece las características de las resoluciones del Pleno del JNE quien "aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve, oportunamente, con arreglo a la Constitución Política del Perú, las leyes y los principios generales del derecho. En materias electorales, de referéndum o de otras consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva y no son susceptibles de revisión. Contra ellas no procede recurso ni acción de garantía alguna".

incuestionable por la doctrina. Entonces más allá de las dudas sobre la constitucionalidad del aludido precepto 14, en cuyo debate no me detendré, pretendo resaltar esta ventana de eventual control sobre una decisión del Pleno del Jurado.

El tercer lugar está ocupado por el conflicto competencial. Si de un lado el legislador descartó "todo acción ante el Tribunal Constitucional", de otro lado, determinó que las "contiendas de competencia y atribuciones" que surjan al interior de la organización electoral se sujeten al art. 202.3 CP. Según este precepto, corresponde al TC "conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución". La Carta Política atribuye al Tribunal el papel de tercero dirimente en los aludidos conflictos, el legislador precisó dicha titularidad en las Leyes Orgánicas de Elecciones y del Jurado[708]. Posiblemente para evitar una lectura sistemática errónea que sustrajese esta función al TC sobre la organización electoral o porque era consciente que una solución al conflicto competencial podría tener como efecto colateral la revisión de una resolución del Jurado, según veremos en adelante.

El Congreso ajustó esta "contienda de competencia" a las características del proceso electoral, estableciendo un plazo particularmente breve para su resolución (cinco días) y limitando los alcances de la sentencia del Alto Tribunal. Ésta: (i) no tendrá efectos retroactivos y, (ii) en ningún caso afectará "el normal desarrollo" del proceso electoral (art. 15 LOE).

[708] Así el art. 15 LOE dispone que "los conflictos de competencia y atribuciones entre los organismos que integran el Sistema Electoral se resuelven con arreglo al inciso 3) del Artículo 202 de la Constitución Política (...)". Por su parte, el artículo 6 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones determina que "las contiendas que se promuevan respecto de la competencia del Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales o el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil serán resueltas por el Tribunal Constitucional, conforme a la ley pertinente"; y su segunda disposición transitoria, que en tanto entrase en funciones el Tribunal Constitucional, "las contiendas de competencia a que se refiere el Artículo 6 de la presente ley serán resueltas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema". (los subrayados corresponden a la autora).

Hasta la fecha, sólo existe la sentencia de 1997 que resolvió un conflicto entre el Registro y la Oficina de Procesos Electorales respecto a la verificación de firmas en las iniciativas de consultas populares. Es una sentencia antigua, no aporta nada acerca de lo que debe entenderse por el "normal desarrollo del proceso". Sólo apunta que los conflictos entre estas entidades deben resolverse necesariamente "en razón a la operatividad o funcionalidad del Sistema", porque sus funciones más que administrativas son electorales[709]. Sin embargo, las características de este procedimiento proporcionan información.

La primera observación es que con ocasión de un conflicto competencial, el TC podría entrar en el exclusivo terreno de lo electoral con el fin de evaluar la lucha entre dos de sus guardadores por una función, (conflicto positivo), o por no tenerla, (conflicto negativo). Esta habilitación constituye una primera incursión del control constitucional en lo electoral. Habrá que estar atentos a la primera sentencia que se avecina sobre esta materia[710].

---

[709] El conflicto se originó por la disposición de la Ley 26300 de los derechos de participación y control ciudadanos que establecía la recolección de firmas de adherentes y su verificación por la "autoridad electoral competente" como uno de los requisitos formales a cumplimentar por los promotores de las iniciativas de consultas populares. El RENIEC indicaba que era el organismo competente para conocer la aludida verificación en tanto es competente para elaborar y administrar el registro único de identificación y el padrón electoral. El TC entendió que existía un vacío legal, pero resolvió a favor de la ONPE entendiendo que: "la disputada atribución guarda mayor coherencia o razonabilidad que cumple la Oficina Nacional de Procesos Electorales y no así con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil bastando una lectura de los artículos 182° y 183° de la Constitución para corroborarlo", en: STC 001-97-CC/TC, del 19 de junio de 1997, FJ. 4 y 6.

[710] El 11 de febrero de 2011, la ONPE recurrió ante el TC a fin de iniciar un proceso competencial en contra del JNE porque consideró que, a través de las Resoluciones nº 031-2011-JNE y 032-2011-JNE, dicho órgano electoral había invadido sus competencias en lo que respecta a la fiscalización sobre el financiamiento de los partidos políticos y a la reglamentación de la franja electoral. En estas resoluciones se establecen directivas que deben ser cumplidas por la ONPE como el deber de remisión de información sobre el aludido financiamiento. Esta demanda se encuentra pendiente de sentencia.

Una segunda observación es que como consecuencia de que el Jurado pueda ser un sujeto (activo o pasivo) del proceso competencial, el Tribunal sometería a juicio sus resoluciones que hayan sido emitidas en ejercicio de la función en conflicto, y de ser el caso, anularlas. Entre otros efectos, la sentencia del Colegiado "determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia"[711]. En todo momento, el Tribunal tendrá que hilar fino para que una vez determinada la titularidad de la función (entendiendo que no corresponde al Jurado) la eventual y consecuente anulación del acto o resolución sea con efectos a futuro y no afecte el normal desarrollo de la elección. En todo caso, aplicará el principio de *seguridad jurídica electoral* al que alude en sus resoluciones de amparo electoral (y que estableció en el precedente *Lizana Puelles*), que también puede ser visto como un respeto por el principio procesal de preclusión o que una vez concluida una etapa del calendario electoral, ésta será irrevisable[712].

Una tercera observación es que en la contienda de competencia, el bloque de constitucionalidad presume que los órganos electorales podrían hacer un uso inconstitucional de sus funciones, transgrediendo el principio de división de poderes y que este pleito afectaría al proceso electoral. Que, en sí misma, la posible anulación (de una resolución del Jurado) no se encuentre entre los reglados límites a las sentencias del

---

[711] Artículo 113 del Código Procesal Constitucional, (los subrayados corresponden a la autora).

[712] En relación con la construcción del amparo electoral, el TC introdujo en el punto 3 de la parte resolutiva de la STC 5854-2005-pa/tc lo que luego denominó, principio de seguridad jurídica electoral, afirmando que: "(…) en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176º de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas. En dichos supuestos, el proceso de amparo sólo tendrá por objeto determinar las responsabilidades a que hubiera lugar, de conformidad con el artículo 1º del CPConst (sic)".

Alto Tribunal indica que en este supuesto, se otorga preferencia a la fuerza normativa de la Constitución sobre la sacralización de lo electoral. Ahora bien, si recordamos que el objeto del conflicto competencial es salvaguardar la división horizontal de los poderes del Estado; es evidente que la revisión de las resoluciones del Jurado no es un elemento central de este cometido. Esta revisión sólo sería una consecuencia colateral, y no necesariamente imprescindible, de restablecer el orden estatal. En la contienda de competencia no se discute la revisión de la argumentación jurídica del JNE, menos aún, la elección como abstracción última de lo electoral, sino si el JNE es o no competente para pronunciarse al respecto. Una alegoría deportiva podría servir para explicarlo mejor. El partido electoral se detiene un momento para que el árbitro determine a cuál de los equipos corresponde el saque de meta. Si es necesario anulará el gol que hizo el jugador que cometió la falta, pero no entrará a juzgar ni la organización de los equipos, ni las reglas del juego, menos aún los resultados del partido. Por ello es que el legislador se toma la molestia de ajustar los plazos del proceso competencial a cinco días, así el partido electoral, no se detendrá más de lo estrictamente necesario.

No hay más pistas. No tiene competencias sobre lo electoral, pero el ordenamiento jurídico abre ventanas para el control constitucional de las decisiones del JNE con ocasión de procesos constitucionales como el competencial. La revisión, que se restringirá a la pertinencia o impertinencia de su emisión, se producirá si se concluye que el Jurado violó el principio de separación de poderes. Entonces, una posible incursión del Alto Tribunal en lo electoral no está totalmente proscrita en el ordenamiento jurídico peruano.

5.2.2. La convivencia de dos jurisdicciones

En su relación con los jueces ordinarios, el Alto Tribunal únicamente debería examinar si sus sentencias son conformes a la Constitución sin corroborar que su interpretación del derecho o el análisis de la legalidad haya sido la más correcta para el sistema político. En esta línea, el Tribunal Constitucional español reivindica la subsidiariedad del amparo, acotando que "ni siquiera a través del recurso de amparo electoral" puede, ni le corresponde por mandato de la LOREG, LOTC o de la Constitución, iniciar de oficio una investigación general sobre el desarrollo de los actos de escrutinio (comisión de irregularidades en mesas de varias Comunidades Autónomas; errores materiales corregidos sin procedimiento ni publicidad en distintas Juntas Electorales provinciales, como pretendía el demandante). Señala además que sólo una vez agotada la vía jurisdiccional previa le competerá fiscalizar "las vulneraciones de derechos fundamentales que en el desenvolvimiento del proceso electoral denuncien sus actores"; y, específicamente, los casos que se relacionen con los aludidos artículos 49 y 114 LOREG [713].

Esto quiere decir que el amparo no existe para fiscalizar la actividad de la Administración Electoral, ni el cumplimiento de cada una de las disposiciones de la LO 5/1985. Y, aunque, a través de él, el Alto Tribunal controla a quienes supervisan el desarrollo de la elección, no entra a conocer los hechos que podrían provocar la invalidez de la elección. Sin embargo, resulta difícil delimitar los contornos de lo que MARTÍN REBOLLO denomina "la interpretación de esa legalidad hecha

[713] SSTCE 135/2004, del 5 de agosto de 2004, FJ. 3. b); 49/2000, del 24 de febrero de 2000, FJ. 2; 85/2003, de 8 de mayo de 2003, FJ. 29, 68/2005, de 21 de marzo de 2005, FJ 11.

por los Tribunales que no debe ser revisada" y lo que significa esa misma interpretación "con trascendencia" del derecho fundamental[714].

Aún con el objeto de protección debidamente acotado, el riesgo que el Alto Tribunal determine cuándo una ley o un acto de la Organización Electoral afecta alguna de las manifestaciones del sufragio podría conducirlo a examinar cada una de las fases del proceso electoral, si lo considerase necesario[715]. Al final, todo dependerá del TC, y sería plausible que hiciera denotados esfuerzos de autocontención y al mismo tiempo garantistas.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre amparo electoral (por continuar con el referente comparado), se observa una tendencia hacia la moderación. Ha transitado desde un control de legalidad electoral intenso de las decisiones de la sala contencioso-administrativa sobre el contencioso electoral, a auténticos juicios de constitucionalidad. Ejemplo de lo primero fueron las famosas sentencias 24/1990, de 15 de febrero; y, 25/1990 y 26/1990, de 19 de

---

[714] MARTÍN REBOLLO, Luis. "Notas sobre el recurso contencioso electoral y otros temas de derecho electoral", *La Protección Jurídica del Ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez,* MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo (coord.), Tomo II, Civitas, Madrid, 1993, p. 1346. Una posición que Javier JIMENEZ CAMPO comparte. A su juicio, "es claro (…) que la interpretación de lo que sea el derecho fundamental (esto es, su "contenido esencial") no puede preceder al juicio. Se construye en él porque el momento de la aplicación de la Constitución a la ley juzgada es inherente al de la interpretación de la Constitución misma. La pregunta por la "recognoscibilidad" del derecho surge con ocasión de la ley o mejor, ante la interpretación político constitucional que ésta expresa. Sólo entonces se perfila el juez constitucional como garante a un tiempo del derecho fundamental y de la libertad de configuración del legislador", en: *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías,* Trotta, Madrid, 1999, p. 73.

[715] Para SOLOZÁBAL el principal problema que presentará un derecho de configuración legal como el de participación política en la jurisdicción constitucional será "determinar cuándo la infracción legal de su régimen supondría una lesión de ellos mismos o de su contenido esencial". Este análisis supondría en la práctica, una revisión de la totalidad del proceso convirtiendo al TC "en un defensor de la legalidad de estos derechos". En: "La actuación efectiva del Proceso Electoral y sus posibilidades". *Revista Española de Derecho Constitucional.* Núm. 70, 2004, pág. 130.

febrero sobre los casos de Murcia[716], Melilla[717] y Pontevedra[718] ya que, a través de ellas, el máximo intérprete modificó las reglas del contencioso electoral. A ello obedece que algunos autores afirmasen que el TC estaba controlando la elección por medio del recurso de amparo, pese a que carecía de competencias para hacerlo. Y es que el Tribunal enjuició la valoración que el juez ordinario hizo de los hechos, cómo interpretó la ley, y cómo la aplicó al caso concreto; todo con el fin de constatar que se estaba llevando a cabo una interpretación conforme al contenido constitucional del derecho de participación política[719]. Entonces, según

---

[716] En el recurso contencioso-electoral planteado por el partido Socialista Obrero Español –PSOE contra el Acuerdo de la Junta Electoral Provincial ante la Sala de lo contencioso-administrativo del tribunal Supremo de Justicia de Murcia que proclama candidatos electos en las elecciones generales del 29 de octubre a los cuatro primeros candidatos del PSOE, a los tres primeros del PP y al primer candidato de la lista de IU. A este resultado llegó tras decidir no comportar veintisiete mesas electorales: veinticinco, por existir más votos que votantes y dos por no existir en los sobres el acta de escrutinio. El acuerdo fue declarado nulo por el Tribunal y se decretó la nulidad de las elecciones generales celebradas en aquella circunscripción. El TC entendió que "(…) la interpretación ha de trascender la técnica de la mera literalidad y dar entrada a una hermenéutica finalista donde tenga cabida, entre otros, los principios de conservación del acto, de proporcionalidad y de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales (…)", (FJ. 6) define el principio de conservación de los actos como aquel que "tiende a restringir la sanción anulatoria no extendiéndola más allá de sus confines estrictos en cada caso, evitado que una indebida ampliación de sus efectos dañe derechos de terceros" e indica que es relevante en el ordenamiento jurídico y con mayor razón en el derecho electoral. De esta manera, con la anulación de la elección la circunscripción de Murcia el TC entendió que el Tribunal Supremo debió superar la literalidad de la norma, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad entre unos actos y otros especialmente si éstos afectan los derechos fundamentales y el principio de conservación de los actos. Una desproporción advertida en tanto que por la anulación de unas mesas se desconoce el derecho al sufragio del resto de la circunscripción, (FJ. 6). En: STC 24/1990 del 15 de febrero de 1990.

[717] La Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 1990 desestimó el recurso de amparo del PSOE interpuesto frente a la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía. Ante la denuncia de irregularidades generalizadas en el proceso electoral, la Sala anuló las elecciones en la circunscripción de Melilla, confirmando, en consecuencia, la actuación anulatoria del Tribunal andaluz.

[718] La STC estimó el recurso del PSOE frente al fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Galicia, que había anulado las elecciones en la circunscripción de Pontevedra, ante diversos fallos referentes al recuento de votos en una mesa de Residentes-Ausentes.

[719] BIGLINO CAMPOS, Paloma. "La validez del Procedimiento Electoral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional", ob. cit., pp. 297-298. Comparte esta opinión Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA en: "La actuación efectiva del proceso

opinión de otros autores, su intervención en el proceso electoral será más política que jurídica; y siendo un derecho de configuración legal, el examen de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa se convierte en un examen de legalidad antes que de constitucionalidad[720].

Ahora bien, justo es decir que su jurisprudencia más reciente se orienta hacia el control de constitucionalidad y su incursión en la legalidad es, más bien, moderada. Ejemplifican lo dicho, muchas de las numerosas sentencias de amparo electoral sobre exclusión de candidatos que suceden a partidos políticos declarados ilegales. La participación del Juez Supremo en la valoración de los hechos y de las pruebas es un elemento nodal en el contencioso electoral. La tentación de llevar a cabo un análisis de sus actuaciones es elevada, más aún, tratándose de un juicio que tiene como telón de fondo al Estado como Estado de partidos[721]. En otros casos, el Constitucional no ingresa a evaluar si el

---

electoral y sus posibilidades", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 70, 2004, pp. 127-160, p. 159. Artemi RALLO LOMBARTE escribe que "el propio constituyente dejó una puerta abierta al Tribunal Constitucional para ejercer el control de las elecciones. Si bien (...) no se trata de un control objetivo de las elecciones en el que el Alto Tribunal garantiza la regularidad del procedimiento electoral, sino de una intervención dirigida a garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales en el proceso electoral", en: *Garantías electorales y Constitución.* CEPC, Madrid, 1998, p. 107, y FOSSAS ESPADALER, Enric. *El Derecho de Acceso a los Cargos Públicos.* Tecnos. Madrid, 1993, p. 154.

[720] SOLOZÁBAL sostiene que la intervención del Tribunal Constitucional en el proceso electoral es más política que jurídica. Ha participado más como un garante de la limpieza del proceso electoral que para restablecer la vulneración de los derechos de participación política en los casos concretos. No obstante, apuntala la responsabilidad del TC de contribuir a la "normalización del proceso político de una democracia que no puede funcionar con su sistema electoral cuestionado y cuya credibilidad ha de ser restablecida de inmediato", en: "Sobre la jurisprudencia constitucional en materia electoral". *Revista española de derecho constitucional,* Nº 30, 1990, pp. 133-148, p. 138. Sobre el examen de legalidad de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa opina en: "La actuación efectiva del proceso electoral y sus posibilidades". *Revista Española de Derecho Constitucional.* No. 70, 2004. págs. 127-160, p. 159.

[721] El Constitucional español se rehúsa a examinar la valoración de la prueba llevada a cabo por los órganos judiciales, y se remite a evaluar los cuestionamientos a la imparcialidad de la Sala Especial del Tribunal Supremo, en virtud de la subsidiariedad del amparo. Es decir porque este extremo no fue examinado en la instancia judicial, (STCE 110/2007, del 10 de mayo de 2007, FJ. 3).

partido político demandante reunía los requisitos para que su lista fuese inscrita, sino si de la fundamentación jurídica del órgano judicial se desprendía ineludiblemente que el candidato no podía participar en elecciones[722].

El objetivo es que el Tribunal Constitucional no se convierta en una instancia adicional en la solución de recursos del proceso electoral, sino que cumpla un auténtico rol de intérprete supremo y unificador del sufragio. El control no implica una injerencia gubernamental o de dirección política en la entidad controlada. Tampoco significa (en su relación con el juez ordinario o el juez electoral), un control de la legalidad de sus actos o un examen de su aplicación del derecho, sino que, en el marco de un proceso jurisdiccional se verifique si sus actos transgreden el marco constitucional.

La unidad de criterio en lo estrictamente electoral necesita seguir siendo desarrollada por el JNE, y únicamente, por él. No podemos soslayar que cuenta con una legitimidad que es importante seguir potenciando para no perder el factor confianza que la población viene depositando en los resultados electorales.

Resulta razonable entender que al final no se pueda evitar del todo esta posible superposición, pero formará parte de la fricción natural entre poderes y de la dinamicidad del derecho constitucional.

---

[722] En el caso, el partido político demandante del amparo no cumplió con la cuota electoral, sin embargo, a juicio del TC, la Administración Electoral debió impulsar la subsanación de la candidatura de oficio. Concluye que no puede trasladarse a los ciudadanos esta falta de diligencia, por lo que estimó el amparo. Es decir termina juzgando la actuación de la Administración Electoral en el momento de la inscripción de las candidaturas. Un deber de diligencia incumplido, que el juez no evaluó en su argumentación, en: STCE 111/2007, del 10 de mayo de 2007, FJ. 3. Adoptó similar criterio en las SSTCE 109/2007, de 10 de mayo de 2007, 95/1991, de 7 de mayo, o 73/1986, de 3 de junio FFJJ

6. HACIA UN MODELO DE GARANTÍAS ELECTORALES CONSTITUCIONAL Y GARANTISTA

Los derechos fundamentales se benefician de las garantías que proporciona la rigidez que, por definición, caracteriza a una Constitución y "se colocan en posición de recíproca interdependencia respecto de las estructuras"[723]. El diseño de la estructura del Estado debe prever instituciones y procedimientos que dotarán de la debida eficacia a aquellos derechos fundamentales que así lo necesiten. Especialmente con los derechos de configuración legal, entre los cuales, como hemos visto en repetidas oportunidades se encuentra, el sufragio. Y es que la organización del Estado ha sido el hilo transversal de este trabajo de investigación. Una organización que responde al margen de apreciación del mismo Estado en función a su historia, al pluralismo que su sociedad pueda presentar, o a los problemas políticos que deba enfrentar. Ello no es óbice para que éste reciba y acoja la influencia de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos suscritos por el mismo Estado y los principios del Estado Constitucional y Democrático que, en el caso peruano, viene abrazando desde su ingreso a la vida republicana.

El caso de los derechos de participación política es particular, porque a diferencia de los demás derechos, los cimientos que han permitido la edificación de sus garantías han girado en torno a la tantas veces mencionada confianza. La tendencia ha sido garantizar la legitimidad de origen para aminorar los problemas de la legitimidad de ejercicio. Garantizar la elección creando organizaciones electorales autónomas premunidas de poderes sobredimensionados, carentes de controles posteriores y aún a costa de perder en tutela de derechos

[723] PACE, Alessandro. "Igualdad y Libertad", *REDC*, nº 64, enero/abril, 2002, pp. 53-77, p. 60.

fundamentales. Un factor a tener en cuenta, pero sin soslayar que el poder sin control es un privilegio que un Estado Constitucional y Democrático de Derecho no se puede permitir.

La apuesta será, entonces, porque las garantías electorales sean constitucionales y materiales, y no sólo formales. No se trata de proponer un modelo idílico o descontextualizado. Se trata de volver a los principios primigenios del Estado Constitucional; de reflexionar sobre el presente evitando la nostalgia acrítica del pasado; y, luego de aproximarme al funcionamiento de lo que existe, dirigirme a lo que necesitaría existir para procurar el equilibrio. El Estado ya no protege únicamente frente a intervenciones indebidas, también necesita satisfacer pretensiones de contar con garantías positivas (como ocurriría con los derechos sociales, que se incorporan a la Constitución normativa, con la llegada del Estado social, aunque Perú lo tenga todavía como tarea pendiente)[724]. Un Estado promotor de derechos, que se relaciona con la sociedad activamente, incrementa sus funciones y necesita ajustar su estructura orgánica para poder estar a la altura. El Derecho no sólo es un instrumento que reconoce un pacto social y lo desarrolla, también puede ser un instrumento de cambio.

En este sentido, el primer paso para mejorar las garantías electorales es reformar la organización electoral. Más que en número de órganos autónomos en división de funciones, retirando al Jurado Nacional de Elecciones toda función administrativa, se erradicará su condición bifronte que le impide ser un auténtico Tribunal Electoral. Sólo de esta manera se podrá habilitar el camino hacia el segundo paso: la implantación real del amparo electoral; como mecanismo de tutela del

[724] El Estado de la "procura existencial" que según diría GARCÍA PELAYO, debe crear al lado del espacio vital del individuo, el espacio vital efectivo constituido por todos aquellos medios necesarios para mejorar su calidad de vida, en: "El Estado social y sus transformaciones", *Las transformaciones del Estado contemporáneo,* Madrid, 1977.

derecho de sufragio y medio de control del poder del Jurado Nacional de Elecciones.

6.1. La necesaria reestructuración de la Organización Electoral

En octubre de 2010, la titular de la Oficina Nacional de Procesos Electorales anunció resultados "parciales" de las Elecciones Municipales 2010 correspondientes a la provincia de Lima. Dio por ganadora a Lourdes Flores Nano (PPC), pero el cómputo definitivo convirtió a Susana Villarán De la Puente (FS) en la burgomaestre de Lima para el periodo 2010-2014[725]. Lo anecdótico que puede resultar este error debido a una cifra tan ajustada de diferencia entre ambas candidatas (0.84%) se convirtió en un argumento para socavar la credibilidad de los órganos electorales. La aún latente fragilidad institucional se hizo patente y condujo, una vez más, al casi cíclico debate sobre la reforma del constitucionalmente denominado "Sistema Electoral".

En mi opinión, la opción por una organización electoral autónoma sigue vigente. Aunque en el segundo capítulo la concepción de los órganos constitucionales fue ampliamente abordada, en este punto me remitiré a su dimensión material y al mismo tiempo más escéptica para explicarme. Identificamos en toda Constitución ciertas competencias o atribuciones "de naturaleza exclusivamente constitucional" que son encomendadas a órganos que la propia Norma Fundante recoge. Es

[725] Con una victoria ajustada el *Partido Descentralista Fuerza Social* (FS) obtuvo un 38.39% de los votos de Lima, mientras que el *Partido Popular Cristiano* (PPC) consiguió un 37.55% de los votos de acuerdo a la información proporcionada por la Oficina Nacional de Procesos Electorales. Disponible en: (http://www.web.onpe.gob.pe/modElecciones/elecciones/elecciones2010/resultados_erm/) (30-06-2011).

decir de aquellas que "hacen referencia al funcionamiento y relaciones recíprocas de los poderes del Estado", que usualmente escapan al enjuiciamiento de jueces ordinarios[726]. La elección de las autoridades representativas y sus actividades preparatorias forman parte de este grupo de competencias y ha sido de este modo a lo largo de toda la vida constitucional del Estado peruano. Es una función álgida para que el soberano confíe en la renovación del ciclo democrático, y últimamente, para el control neutral del financiamiento de los partidos políticos. Lo electoral se ha expandido de modo exponencial y el constituyente no puede ser ajeno a ello, con independencia de que cuente con el margen de apreciación que su condición de representante le atribuye. En este contexto, veamos las opciones.

6.1.1. La primera opción: un poder electoral monolítico

[726] Luis María DÍEZ-PICAZO y Tomás VIDAL MARÍN consideran "dudosas" la precisión y utilidad del concepto de órganos constitucionales, porque en primer lugar "su extensión aumenta o disminuye dependiendo del problema que se trate de abordar"; en segundo lugar, porque todas la referencias jurídico-positivas españolas "omiten a un órgano que, de manera incluso intuitiva es inequívocamente constitucional: la Corona". En tercer lugar, opinan que no puede afirmarse que todos los órganos constitucionales tengan un régimen unitario. Para estos autores, la única referencia que consideran fiable e incontrovertible es la que proviene de los denominados *órganos de relevancia constitucional* que los define como "órganos que se encuentran previstos a nivel constitucional". En todo caso, alegan que "quizás el único mérito de la idea de órganos constitucionales radique en poner de manifiesto la existencia en toda Constitución de ciertas competencias o atribuciones –encomendadas, precisamente, a esos órganos – de naturaleza exclusivamente constitucional". Finalizan su exposición considerando que "el *telos* político de estas atribuciones constitucionales es tan acentuado que probablemente hay que entender que la CE las ha dejado sólo sujetas al libre juego de los agentes políticos, dado que se trata de genuinas *political questions"* (Voz: "Órganos Constitucionales", *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional,* ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César (directores), tomo I, 2da. ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 98-100). Muestro ciertos reparos en relación a esta última afirmación, porque ningún tipo de actividad arbitraria debería quedar exenta de control.

El proyecto de Ley 399/2006-CR de reforma del Capítulo XIII de la Constitución Política sobre el Sistema Electoral, del 12 de octubre de 2006 y presentado por el Partido Aprista Peruano propuso la unificación de los órganos electorales "conforme a la Constitución Histórica del Perú" en un Poder Electoral con el Jurado Nacional de Elecciones como órgano rector. El RENIEC y la ONPE se convertirían en órganos públicos descentralizados. En esta misma dirección apunta el proyecto de Ley 1504/2007-CR, del 20 de agosto de 2007 presentado por la Alianza Parlamentaria. Sobre la base de la Constitución histórica y las "tendencias" en Latinoamérica apuntó a que los organismos electorales se reúnan en uno solo y que todas las funciones electorales se centralicen en el JNE.

El común denominador de estos proyectos es el retorno al modelo monolítico de la Constitución de 1979. Los conflictos de competencia producidos entre los órganos electorales ha promovido la adopción de proyectos como éstos. Sus exposiciones de motivos se fundamentan en la "ausencia de unidad de dirección" (no obstante que son órganos autónomos) y la presencia de una duplicidad de funciones que genera un gasto público innecesario. Se inspiran en la Constitución histórica y en las opiniones favorables a la unificación que surgieron debido al fraude electoral perpetrado en el año 2000[727]. Esta propuesta de

[727] Quienes propusieron la unificación de los organismos electorales tuvieron como sustento el temor al cambio de un órgano electoral histórico a tres. Así el ex – congresista constituyente FLÓRES ARÁOZ manifestó lo siguiente: "Considero que lo más conveniente sería modificar la Constitución, para determinar que la Oficina de Procesos Electorales y el Registro de Identificación y Estado Civil, sean brazos de acción del Jurado Nacional de Elecciones y no entes autónomos con la misma jerarquía que el Jurado" (en: "Organismos Electorales no deben tener misma jerarquía del Jurado", Versión impresa del diario *El Comercio* del 11 de julio de 1995). Otros comentarios se relacionaron con las cuestionadas elecciones de 2000 en las que se presumió la presencia de un fraude electoral debido al aparente control que tenía el presidente Fujimori sobre las instituciones electorales. De esta manera, la Defensoría del Pueblo acotó "en el contexto de posibles modificaciones a la Constitución (que) considere, la unidad de los organismos electorales, bajo la conducción del Jurado Nacional de Elecciones cuya autonomía debe quedar, asimismo, efectivamente

unificación de los órganos electorales fue defendida por algunos autores bajo la reiteración de cuatro ejes argumentativos que pueden resumirse en: 1) Constitución histórica, 2) Unidad de mando, 3) Presupuesto electoral elevado, y 4) Duplicidad de funciones[728].

En una reciente publicación, Carlos HAKANSSON recoge y reactualiza aquellos criterios. Lo interesante de sus acotaciones es que parte por recordar el principio de división de poderes y la necesidad de efectuar una división intra-órganos y extra-órganos del Estado (sigue a LOEWENSTEIN) como medio para controlar los excesos del poder. A continuación, opina que como en el nivel de distribución de las funciones electorales, el Jurado se encuentra en una posición preferente a los otros dos órganos, el control de la ONPE y el RENIEC sobre el primero es inviable. Por tanto, concluye, el problema al interior de la organización electoral se revolvería unificándolos bajo la dirección del JNE[729].

Sobre esto último, desde mi punto de vista, la unificación no resuelve el problema, todo lo contrario, lo agrava, debido al mandato de no revisión judicial de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones. La

---

garantizada", en: *ELECCIONES 2000. Supervisión de la Defensoría del Pueblo,* Lima, 2000, p. 160. Recomendación a).

[728] El Jurado Nacional de Elecciones reunió en una publicación las opiniones de juristas peruanos que fueron favorables a convertir la organización electoral (VV.AA. *Razones para una unificación. Opiniones y Análisis de Juristas,* JNE, Lima, 2003). Aunque bajo el mismo hilo argumental, destacan los trabajos de CHÁVEZ-LÓPEZ, Dany. "Un solo organismo electoral para el Perú. El Anteproyecto de la Constitución Política y de la Ley de Partidos Políticos en el Perú", *La Constitución y su defensa (algunos problemas contemporáneos),* GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (coord.), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), Grijley, Lima 2003, y FALCONÍ GÁLVEZ, Juan. "De la fusión de los organismos electorales en la propuesta de reforma constitucional peruana, hoy en trámite", *Revista Jurídica del Perú,* nº 39, Trujillo, 2002. Estos serán actualizados y finamente sintetizados por Carlos HAKANSSON, recientemente, en su trabajo: "La Unificación de los Organismos Electorales: JNE, ONPE y RENIEC como parte de la reforma del Estado", *Revista Peruana de Derecho Constitucional,* nº 3, Nueva época, julio-diciembre, 2010, pp. 136 y 137

[729] Ídem, pp. 136 y 137.

mencionada unidad de mando terminaría por socavar la imparcialidad y la independencia jurisdiccional que debe caracterizar la labor del magistrado electoral y que he venido exponiendo a lo largo de esta investigación. En cuanto al costo, la democracia siempre ha costado, más aún en un Estado donde, según hemos visto, impera la desconfianza hacia las instituciones democráticas.

Sobre la apelación al historicismo, considero que la injustificada añoranza por la Constitución histórica pretende petrificar el pasado convirtiéndolo en presente y en futuro, desconociendo los cambios sociales y las alteraciones que éstos han venido produciendo en la estructura del Estado[730].

El derrotero electoral estudiado arroja el mensaje que la sociedad misma es la que históricamente ha incrustado en sus constituciones y normas electorales aquella desconfianza. De forma progresiva ha ido consolidando al Tribunal Electoral, primero; y, a la organización electoral, después, como una auténtica garantía institucional bajo la imagen maestra de la autonomía, neutralidad y la no revisión judicial de sus decisiones. La institución electoral se convierte en un fin en sí mismo, en un elemento esencial de la Constitución como órgano integrador, especialmente querido por la población a lo largo de la historia[731]. Ahora bien, es evidente que la perspectiva histórica de una institución resulta insuficiente para identificar cuál debe ser su

---

[730] Adopto la definición de Luis PRIETO, según la cual, "(…) el historicismo concibe al hombre y a la razón como productos irremediablemente históricos, incapaces de pensar y de hacer con sentido en un plano universal; no hay una razón fuera de la historia susceptible de crear por sí misma, sino una razón cuyos horizontes se limitan a un presente siempre determinado por su pasado. (…) En suma, (…) para el historicismo la razón ha de conformarse con describir la realidad y tratar de desentrañar y tratar de comprender las fuerzas ocultas que la determinan", en: *Apuntes de Teoría General del Derecho,* 3era. ed., Trotta, Madrid, 2008, p. 316.

[731] Sigo a Rudolf SMEND y su teoría sobre el significado de la presencia de los órganos en la estructura constitucional del poder, en: *Constitución y Derecho Constitucional…*ob. cit, pp. 140 y ss.

condición en la Norma Fundante. Sin embargo, no se puede negar que dicha perspectiva será un valioso elemento hermenéutico, siempre que sea compatible con los valores constitucionales[732].

Presumo que aquella opción revela el desprecio por el contexto político que rodeó la promulgación de la Constitución de 1993, en la que nació el modelo tripartito vigente y una añoranza por la Constitución de 1979. No obstante, considero que es más honesto analizar todos los elementos de juicio que se desprenden del fenómeno electoral (incluyendo a los conflictos sociales y electorales actuales ampliamente acotados en los dos primeros capítulos) y apostar por un diseño que responda a ellos.

En este contexto, soy de la opinión que el modelo de retorno a un órgano único sería contraproducente para el Estado Constitucional y para la tutela de los derechos fundamentales[733]. En mi opinión, quedarían tres posibilidades de organización electoral: una en donde se mantiene todo como está (una organización de tres órganos); una segunda donde existan dos órganos electorales, uno de naturaleza jurídica administrativa, y el otro, de naturaleza jurisdiccional. En esta última se prevé un gran órgano electoral autónomo y a un Jurado Nacional de Elecciones que pasa a formar parte del Poder Judicial.

---

[732] Según GARCÍA PELAYO una visión histórica de la Constitución propone que "la historia se compone de situaciones que fueron una vez pero que ya no serán, el mundo histórico es, pues, algo que continuamente deviene, le es esencial la constante transformación, pero en el hecho mismo de esta transformación radica su continuidad, de modo que sólo podemos explicar el presente en función de un pasado, y, por consecuencia, del ser de ayer debemos extraer el deber ser de hoy y de mañana" (el subrayado corresponde a la autora). En: "Constitución y Derecho Constitucional: (Evolución y crisis de ambos conceptos)"…, ob. cit., p. 67.

[733] Recordemos que la CIDH condenó al Estado por quebrantar el artículo 25.1 de la Convención al permitir que el Consejo Supremo Electoral nicaragüense estuviese exento de un control jurisdiccional posterior que salvaguarde los derechos políticos. Sin embargo, en el fondo cuestionaba que concentrase funciones administrativas y jurisdiccionales. Algo que se verifica en sus fundamentos 175 y 176, cuando afirma que el Consejo Supremo "tiene amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas". Caso *Yatama vs Nicaragua.* Etapa de fondo, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174, 175 y 176.

Todas ellas tienen como sustrato común el principio de separación de poderes y la necesaria tutela del sufragio. Sin embargo, no he de referirme a la primera ya que por razones que expuse en el capítulo anterior, la única función electoral que detenta el RENIEC de gran relevancia, pero insuficiente, como para calificarlo como un órgano electoral.

6.1.2. La segunda opción: una organización electoral de dos órganos electorales

Este modelo apuesta porque la Constitución reconozca un órgano administrativo-electoral y un órgano jurisdiccional-electoral, autónomos y bajo una estricta división de funciones. Sus partidarios apelan, esencialmente, al criterio de "especialidad" en el ejercicio de las funciones, el cual, podría ser definido como una consecuencia del principio de separación de poderes[734]. En mi opinión, se apuesta por un diseño que podría ser calificado como convencional, garantista y conforme al principio de racionalización del gasto público. Un modelo que no crea nada nuevo, sino que parte de lo que existe, que destierra al RENIEC del paraíso electoral (este destierro lleva consigo los

---

[734] Son entusiastas defensores de este diseño Fernando TUESTA SOLDEVILLA ("La Organización Electoral en el Perú", ponencia presentada en el *Seminario Internacional Junta Central Electoral: Alternativas para una elección de consenso (Participación Ciudadana),* Santo Domingo, 4 de agosto de 2006, disponible en: (http://blog.pucp.edu.pe/media/483/20070929-2006.%20Organismos%20electorales.%20Santo%20Domingo.pdf) (30-07-2011)), Carlomagno SALCEDO CUADROS ("Lineamientos para la reforma constitucional de los organismos electorales", *Pioner de Doctrina de Derecho Público y Derecho Privado (Fascículo 2 de la Sección de Derecho Público),* Lima, Gaceta Jurídica, 2007, pp. 35-57) y Jorge SANTISTEVAN DE NORIEGA ("La necesidad de distinguir constitucionalmente entre las funciones administrativas y las jurisdiccionales en materia electoral", *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi,* VV.AA., Palestra, Lima, 2008). Este último acota sobre la base de los diseños de organización electoral comparados (esencialmente el Español y el Mexicano), que el modelo de dos órganos es el que debe adoptar el Estado peruano. Aunque desde mi punto de vista efectúa una lectura errónea de dichos referentes, no puedo dejar de coincidir en que la propuesta de fondo es viable.

beneficios económicos y presupuestales que se asigna a la entidad en periodo electoral); y erige a la ONPE como el único órgano administrativo y autoridad autónoma en todos los aspectos organizativos de las elecciones y consultas populares, incluyendo la confección del padrón de electores. El JNE únicamente conservaría su función jurisdiccional como Tribunal Electoral con las consecuentes garantías para los particulares que proporcionan las prerrogativas jurisdiccionales. El control jurisdiccional y no político o jerárquico-administrativo del Jurado sobre la Oficina facilitaría su gestión coordinada, pero no subordinada, del proceso electoral. El mandato de no revisión judicial de las decisiones del Pleno en materia electoral se mantendría vigente.

La adopción de este diseño determinaría como primera tarea un minucioso examen de la profusa legislación electoral, a fin de identificar cada una de las funciones administrativas que detenta el JNE. A través de una reforma legislativa integral, todas y cada una de ellas serían reasignadas a la ONPE como órgano encargado de sus actividades preparatorias. La educación electoral o la inscripción de candidaturas son algunas de ellas. En cuanto a la configuración de los preceptos de textura abierta como la fiscalización electoral, como ya mencioné, el legislador podría neutralizar sus efectos delimitando su contenido. En el sentido de la propuesta, la fiscalización tendría que transformase en un deber último de velar por la legalidad de la elección a través de los recursos jurisdiccionales. Resulta indispensable que el JNE quede desprovisto de toda posibilidad de iniciar, de oficio, procedimientos de investigación o sancionadores.

No obstante, esta revisión no sería suficiente. Pese a ello, la segunda tarea que tendría que acometerse es la reforma de los preceptos constitucionales que recogen funciones incuestionablemente administrativas como ocurre con la custodia del registro de

organizaciones políticas (art. 178.2 CP) o la proclamación de resultados (art. 178.5 CP). Los artículos 178 (funciones del JNE) y 182 (atribuciones de la ONPE) tendrían que ser modificados para consolidar esta reasignación. Una última reforma constitucional se relaciona con los arts. 142 y 181 CP que permitan el control de las decisiones del JNE en los supuestos excepcionales previstos para las sentencias judiciales (emanadas de un procedimiento irregular). Además, se necesitaría erradicar *el criterio de conciencia* en la apreciación de los hechos por las razones explicadas en el capítulo segundo de esta investigación.

De esta manera cesarían los cuestionamientos sobre la naturaleza jurisdiccional del Jurado, que en su momento profirió la Comisión Interamericana debido al mandato constitucional de no revisión judicial de sus decisiones. Como recordaremos, en el caso *Susana Higuchi versus el Estado peruano* entendió que, ni el JNE era un órgano de naturaleza judicial, ni los miembros del Pleno eran jueces electorales especializados. Por ello recomendó que el Estado habilitase un recurso ante el juez ordinario o ante el JNE, a través del cual, el propio Pleno pudiese revisar sus resoluciones[735]. No obstante, su condición constitucional de Tribunal Electoral impediría que el Pleno instaure un

[735]"56. Independientemente de la modalidad de administración electoral que decida adoptar un Estado, debe garantizar que las decisiones que aquélla adopte y que puedan violar los derechos políticos consagrados en la Convención, sean objeto de un recurso efectivo ante jueces o tribunales (artículo 25 de la Convención), o al menos, de un recurso efectivo ante la propia autoridad electoral. 57. En el presente caso, en virtud de que decisiones del JNE conforme a la normativa peruana, no son objeto de revisión ni control alguno, y dada la naturaleza no judicial de dicho órgano, la Comisión determina que no está garantizada la protección de los derechos políticos (…) la existencia de un recurso ante jueces electorales especializados o integrantes del Poder Judicial, o en definitiva, cualquier otro recurso efectivo, es indispensable para la protección de los derechos consagrados en la Convención, incluidos los derechos de participación política", en: Informe 119/99 en el Caso 11.428, de fecha 06 de octubre de 1999, entre la señora Susana Higuchi Miyagawa y el Estado Peruano, disponible en: (http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Peru11.428.htm), (los subrayados corresponden a la autora).

recurso de revisión de sus propias resoluciones, aunque lo haya procurado en más de una ocasión[736].

Desde mi punto de vista, bajo esta cuidadosa separación de funciones la naturaleza jurisdiccional del JNE quedaría consolidada. El mensaje que la Corte Interamericana envía a los Estados Miembros en *Yatama contra Nicaragua* en relación a sus diseños de organización electoral habría sido captado e implementado tras esta reforma. Por lo demás, considero totalmente legítimo que un Estado decida optar por reconocer una jurisdicción electoral. Autónoma, alejada de la burocracia y de los tiempos procesales judiciales y especializada en las causas electorales, estaría en mejores condiciones para adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar la elección sin descuidar la tutela de los derechos fundamentales.

6.1.3. La tercera opción: un órgano electoral autónomo y una jurisdicción electoral especializada pero incardinada en el Poder Judicial

Las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre Perú, vertidas en el documento CCPR/CO/70/PER, del 70 período de sesiones (del 1 de noviembre de 2000), mostró su preocupación por sus problemas con la independencia judicial. Entre otras razones, por la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional, la reorganización del Poder Judicial se encontraba a cargo de una Comisión Ejecutiva designada por el Poder Ejecutivo y la predominante provisionalidad de la judicatura[737]. Actualmente, el Poder Judicial

---

[736] Me remito al segundo capítulo de esta investigación.

[737] "10. El Comité expresa su preocupación por el hecho de que el Poder Judicial esté todavía en reorganización en el Perú y que exista una Comisión Ejecutiva del Poder

continúa en reorganización y la percepción que tiene la población de los jueces no ha mejorado notablemente.

Sin embargo, aunque con algunos altibajos como los mencionados en el epígrafe anterior, la Organización Electoral va camino a su consolidación. Sin embargo, no puedo dejar de preguntarme si la estructura del Estado tendría que seguir respondiendo al temor o si sería posible que apostar por una evolutiva institucionalización de los poderes públicos.

Con la Ley española de partidos políticos, LO 6/2002 de 27 de junio, se modificó el contencioso electoral previsto para la etapa de proclamación de candidaturas. Se extendió su titularidad a aquellos candidatos que hubiesen sido excluidos por "suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto o suspendido". El principal problema que este supuesto adicional generó fue compatibilizar su etapa probatoria (debido a todos los elementos de juicio que los magistrados tendrían que examinar para determinar la existencia de una sucesión partidaria ilegal)[738] con los plazos electorales. En este

---

Judicial con amplías facultades, lo que da lugar a injerencias del Poder Ejecutivo y lesiona la independencia del Poder Judicial y el Estado de Derecho. Una de las consecuencias de esta reorganización es el alto número de jueces provisionales. Inquieta especialmente al Comité la destitución por el Congreso en 1997 de los tres magistrados del Tribunal Constitucional, Delia Revoredo Marsano de Mur, Manuel Aguirre Roca y Guillermo Rey Terry. Un sistema judicial imparcial e independiente es un requerimiento esencial para el cumplimiento de varios artículos del Pacto, particularmente el art. 14.

a) El Estado Parte debe tomar las medidas necesarias para regularizar la situación de los jueces provisionales, que pueden ser removidos sin causa y para garantizar su estabilidad de función.

b) El Estado Parte debe reponer en sus funciones a los tres jueces del Tribunal Constitucional para normalizar al mismo.

c) El Estado Parte debe establecer un mecanismo garantizado por la ley que asegure la independencia e imparcialidad de los jueces y excluya la posibilidad de injerencia del poder ejecutivo en el poder judicial". Disponible en: (http://www.derechos.org/nizkor/peru/doc/comite.html) (30-06-2011).

738 La Ley Orgánica 6/2002, de 27de junio, introdujo la Disposición Adicional segunda que modificando la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral

contexto, RUBIO LLORENTE propuso acogerse a una fórmula similar a la del artículo 133.4 de la Constitución Austriaca para atribuir carácter jurisdiccional a las Juntas Electorales, debido a su composición judicial; y así acortar etapas en los procesos judiciales destinados a tutelar el derecho de sufragio[739]. Este aporte al Derecho Electoral español se entiende en un contexto en el que las garantías a la elección están plenamente judicializadas; donde la Administración Electoral, cumpliendo un rol preponderante, constituye una Administración Independiente, de carácter temporal (salvo por la Junta Electoral Central que es de carácter permanente), cuyos actos son susceptibles de control judicial a través de la acción contencioso-administrativa y del contencioso electoral; y en el que el Tribunal Constitucional participa por medio del amparo. En síntesis, desde mi punto de vista, el aludido autor propone una salida eficiente al problema de los plazos; y, sin descuidar la tutela de los derechos o los principios de la organización estatal, empoderar dicha Administración a través de su judicialización. Una estructura sobre la que no me detendré porque ha formado parte del análisis del capítulo anterior.

General (LOREG) añadió el apartado 4 al artículo 44 a la LOREG, bajo el siguiente contenido: "No podrán presentar candidaturas las agrupaciones de electores que, de hecho, vengan a continuar o suceder la actividad de un partido político declarado judicialmente ilegal y disuelto, o suspendido. A estos efectos se tendrá en cuenta la similitud sustancial de sus estructuras, organización y funcionamiento de las personas que los componen, rigen, representan o administran las candidaturas, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión". En este mismo sentido, se añadió el apartado 5 al artículo 49 LOREG, según el cual se extendía la titularidad sobre el amparo electoral a aquellos candidatos que fuesen excluidos por el aludido supuesto de sucesión de partidos ilegales. La Sala Especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sería la instancia competente para tramitar este recurso.

[739] Según el artículo 133.4 de la Constitución austríaca, a menos que la ley disponga expresamente lo contrario, están exentas de la revisión en vía contenciosa las decisiones de órganos colegiados de los que forme parte al menos un juez y cuyos restantes miembros no estén sujetos en el ejercicio del cargo a instrucción alguna. Sus decisiones no se impugnan ante la justicia contenciosa administrativa, en: "Presentación", *Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma,* BIGLINO CAMPOS, Paloma (editora), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p.11.

En el caso peruano la Organización Electoral ya es autónoma y su poder se encuentra, más bien, sobredimensionado. Es preciso añadir un mecanismo de control de sus decisiones, que al mismo tiempo, le permita ejercer sus funciones de modo autónomo y eficiente. Sin embargo, la propuesta de RUBIO LLORENTE me invita a reflexionar que es preciso examinar la estructura de la organización electoral a la luz del recurso de amparo electoral propuesto; de la Unidad de la Constitución, de la estructura orgánica que consagra y la tutela de los derechos fundamentales; así como de la necesaria tendencia a institucionalizar los poderes públicos, sin cerrar los ojos ante el plano fáctico.

Cuando en el apartado 2.1 del capítulo segundo analizaba a la Organización Electoral en el cuerpo estatal me detuve en el modelo mexicano. En mi opinión, este diseño reúne, de un lado, el plano doctrinal y principialista: la observancia del principio de unidad jurisdiccional en cuanto, a través de una reforma constitucional, optó por localizar a su antiguo y autónomo Tribunal Electoral en la estructura judicial, convirtiéndolo en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. De otro lado, el plano fáctico: esa desconfianza latente y hasta patente de la población sobre el respeto por su voluntad depositada en las urnas y el nivel de conflictividad política mexicana. Imponen ese sello distintivo del TEPJF que adopta el apellido *judicial* pero con una constitucionalmente marcada independencia del tronco familiar (art. 99 de la Constitución Mexicana)[740]. El sustento habría sido, según escribe MELGAR, "hacer

[740] Sin embargo no carece de todo control, el Consejo de la Judicatura Federal es el órgano encargado de la Administración, Vigilancia y Disciplina. Así, "la administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes", (artículo 94 de la Constitución de los Estados

compatible la tradición del Poder Judicial de la Federación de no intervenir directamente en los conflictos políticos electorales, con la existencia de un tribunal de jurisdicción especializada, y así se propuso incorporar el Tribunal Electoral, un órgano especializado, al Poder Judicial de la Federación"[741].

No se trata de componer un panegírico al modelo mexicano. Es hiper-garantista y con una tendencia hiper-legalista que no resulta recomendable emular. Aún así sus líneas generales resultan tentadoras porque, en mi opinión, traducen una combinación de respeto por los principios constitucionales y de responsabilidad frente al contexto político. Y es que el objetivo central de este trabajo ha sido arribar a una propuesta de garantías electorales que no sólo organice elecciones libres y competitivas, sino que además promueva el desarrollo de ciudadanía (especialmente de los colectivos excluidos del *demos* y de los fácticamente discriminados, según vimos en el primer capítulo)[742]; que

---

Unidos Mexicanos, reformada por el D.O.F de 11 de junio de 1999). Este Consejo estará integrado por cinco miembros: el Presidente del Tribunal Electoral, quien la preside, un magistrado electoral de la Sala Superior designado por insaculación y tres consejeros de la Judicatura Federal. En suma, todo queda en casa.

741 MELGAR ADALID, Mario. *La Justicia Electoral. Serie Doctrina Jurídica,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2000, versión electrónica disponible en: (http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=110). p. 44. También en: "El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal", *Justicia Electoral en el Umbral del Siglo XXI. Memoria del III Congreso de Derecho Electoral III,* OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús (compilador), tomo III, IFE-TEPJF-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 1999, versión electrónica disponible en: (http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=240), p. 1162.

742 En el caso de la educación ciudadana, la Defensoría del Pueblo declaró que "los diversos casos de exclusión (de mujeres de las listas electorales) presentados revelan que existe un desconocimiento de las organizaciones políticas respecto a la información necesaria para la inscripción de las listas, lo cual se puede atribuir, entre otros factores, a la dispersión normativa de la legislación electoral y también a que se requiere una mayor labor educativa en materia electoral por parte de los órganos electorales responsables de supervisar el cumplimiento de la cuota de género". En: Informe de la Defensoría del Pueblo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Etapa de Solución Amistosa del Caso 12.404 (Jane Espinoza Feria y otros vs. Perú) del 5 de setiembre de 2008. Disponible en: (www.defensoría.gob.pe) (20-10-2010), (el subrayado corresponde a la autora). Una vez fortalecida como Autoridad Administrativa será posible asignarle funciones relacionadas a la

proteja el sufragio; y que responda a las características de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

En este contexto, considero importante que la Autoridad Electoral que arbitre la competición por el poder político continúe siendo autónoma y constitucional; que reúna todas las funciones administrativas-electorales a las que aludí en el epígrafe anterior y resuelva todas las controversias del procedimiento. Esto último propendería que su composición fuese colegiada.

Bajo esta propuesta, el Jurado Nacional de Elecciones se incorpora a la estructura del Poder Judicial como una Sala Especializada de la Corte Suprema[743]. Los Jurados Electorales Especiales se convertirían en salas de las Cortes Superiores de Justicia, que es de donde provienen sus presidentes en la actualidad. El Tribunal Electoral se erige en la autoridad máxima en todo lo relacionado con la actividad jurisdiccional sobre la materia electoral como Sala Suprema. De modo similar al modelo mexicano, estaría incardinada formalmente en el Poder Judicial pero independiente tanto de su estructura jerárquica, como de sus órganos de gobierno. El Tribunal estaría en mejores condiciones de unificar los criterios jurisprudenciales de sus instancias inferiores. Todos los actos de la Autoridad Administrativa serían susceptibles de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Electoral, el control derivado de la fiscalización electoral sería erradicado.

El sistema de designación de los magistrados de la Sala Suprema Electoral seguiría siendo el mismo. De esta manera se buscaría no

---

prevención de conflictos electorales a través de programas de educación en valores democráticos destinados a organizaciones políticas y a población en general.

743 Una aproximación a esta propuesta fue recogida en el Proyecto de Ley 1102/2006-CR del 20 de marzo de 2007 del Grupo Parlamentario Nacionalista Unión por el Perú, el cual, propuso crear un "único organismo electoral de carácter "ejecutivo", de carácter colegiado, que concentre todas las funciones administrativas electorales.

socavar la confianza que existe en la composición de este órgano, y evitando que sea el Congreso de la República quien designe a sus miembros, se evitaría su politización. Después de todo, ellos ya cuentan con las prerrogativas y la misma escala remunerativa que los magistrados de la Corte Suprema, como se analizó en el segundo capítulo.

El debate sobre la reforma constitucional del capítulo electoral se asoma por la ventana de modo cíclico debido a los conflictos competenciales entre los órganos electorales y a los cuestionamientos latentes contra la Constitución de 1993. Si esta reforma ha de acometerse, que no se lleve a cabo bajo la premisa del célebre diálogo entre Alicia y el gato, de *Alicia en el País de las Maravillas,* y caminar sin importar demasiado a dónde[744]. No es posible soslayar el factor de la denominada Constitución histórica en una propuesta para su reforma, pero tampoco debe ser un factor determinante, menos aún, en una democracia joven como la peruana. La Constitución Política de 1993 ha sido revisada y reformada en anteriores oportunidades para modificar preceptos como el 112, relacionado a la reelección presidencial o todo el capítulo sobre Descentralización del Estado y quizá, de las más emblemáticas, para conceder el voto a los miembros de las fuerzas armadas y policiales. Este un buen ejemplo de renuncia al anclaje en la histórica asociación de aquellos con los caudillos militares golpistas que azolaron al Estado Constitucional y Democrático[745]. La reforma

---

[744] El diálogo que Lewis CARROLL (*Alicia en el País de las Maravillas,* DE OJEDA, Jaime (traductor), Alianza, Madrid, 1998, p. 95) construye entre esos dos personajes es el siguiente:

"-¿Me podrías indicar, por favor, hacia dónde tengo que ir desde aquí?

– Eso depende de a dónde quieras llegar – contestó el gato.

- A mi no me importa demasiado a dónde… - empezó a explicar Alicia.

- En ese caso da igual dónde vayas – interrumpió el gato."

[745] El "peligro" que representaba el voto militar para la estabilidad de la democracia en el Estado peruano desapareció ante su progresiva consolidación. Inicialmente los

constitucional de 2005 que les permitió votar fue una victoria del principio democrático y de igualdad frente a la desconfianza en las instituciones como las fuerzas del orden.

Citando a FERNÁNDEZ, "(...) la penetración de la cultura democrática en una sociedad es un proceso lento que requiere tiempo, pero sobre todo profundidad en el diseño de las estrategias"[746]. En este sentido, resultaría plausible que la tendencia sea al principio jurisdiccional de unidad y a la consecuente unificación de los distintos tribunales especializados, en lugar de una opción por la continua dispersión vía órganos autónomos. La exclusividad de la función jurisdiccional y la pluralidad de la instancia. Es cierto que Latinoamérica en general, y el Perú en particular no se libran del todo de la vocación dictatorial o caudillista, pero también lo es que al Perú le gusta la democracia, según hemos sido testigos en los últimos procesos electorales, y la organización del Estado debe encaminarse a propender su consolidación. Es tiempo de mejorar la Organización Electoral y de dar un paso más en el desarrollo del derecho de participación política.

---

miembros de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional en actividad no podían elegir ni ser elegidos. En 2005 y luego de un álgido debate, este precepto constitucional que ponía en tela de juicio la vigencia del principio de igualdad fue modificado, disponiéndose que tenían derecho al voto y a la participación ciudadana. Sin embargo, aún no pueden postular a cargos de elección popular, ni participar en actividades partidarias o manifestaciones, ni realizar actos de proselitismo, mientras no pasen a situación de retiro (Artículo 34 Modificado por Ley Núm. 28480, publicada el 30 de marzo de 2005). Encontramos un referente similar en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Rékvenyi* contra Hungría de 20 de mayo de 1999, donde un oficial de policía demandó al Estado porque la Ley que retiraba a los miembros de las fuerzas armadas y policiales la titularidad del derecho a formar partidos políticos y a participar en actividades políticas vulneraba el derecho de asociación consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El TEDH señaló que la medida adoptada por el Gobierno Húngaro era proporcional, por cuanto respondía a su realidad social y política. Luego de más de una década con un régimen totalitario al mando de militares, habían logrado pasar a un pluralismo democrático, y dicha restricción contribuía a despolitizar la policía. En otras palabras, que las restricciones a los derechos de participación política de los miembros de las fuerzas armadas y policiales son legítimas, proporcionales y necesarias, debido a los antecedentes históricos y ante la necesidad de consolidar el régimen democrático, mediante unas fuerzas del orden neutrales.

[746] FERNÁNDEZ, Encarnación. *¿Estados fallidos...,* ob. cit., p. 160.

6.2. La fiscalización electoral y la Defensoría del Pueblo

El rol que desempeña la Defensoría del Pueblo en el proceso electoral merece una especial atención y debería ser encaminado a su institucionalización como ente fiscalizador especializado, según me explicaré a continuación.

Como supervisora del cumplimiento de los deberes de la Administración Estatal y defensora de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona (art. 162 CP) tiene por misión "proteger los derechos de electores y candidatos; y (…) asegurar que las instituciones públicas cumplan sus funciones de manera correcta, sin interferir en modo alguno con el proceso"[747]. De esta manera adopta como referencia los plazos normativos para supervisar el cumplimiento del cronograma electoral y aquellas medidas programadas por las entidades electorales que tienen como fin garantizar una participación libre[748].

Cumplido este primer objetivo, el segundo consiste en promover el voto de los colectivos fácticamente discriminados (mujeres, personas con discapacidad, miembros de comunidades nativas y víctimas de la violencia política). Su actuación está dirigida a fomentar el voto de estos

---

[747] Tomado de: Elecciones Generales 2006. Reporte de Supervisión Electoral Nº 1, del 8 de febrero de 2006, disponible en: (http://www.transparencia.org.pe/documentos/defensoria_del_pueblo___reporte_1___supervision_electoral_%85.pdf) (24-07-2011)

[748] Dos de las actividades de los organismos electorales que la Defensoría inspecciona son las fechas de elaboración del padrón electoral y de la instalación de los JEE y las ODPE a nivel nacional. Toma como referencia los plazos establecidos por las normas electorales y los cronogramas acordados por los tres organismos en el Comité de Coordinación Electoral.

grupos humanos, a diferencia de la labor educativa de la Organización Electoral que tiene por finalidad concientizar a toda la población electoral en su "deber" de votar.

Bajo su mandato constitucional y el amparo normativo, la Defensoría del Pueblo ha adoptado un papel muy activo en las competiciones electorales en relación a la defensa de los derechos fundamentales. Así, el Informe Defensorial Nº 37 ("El derecho de sufragio de las personas con discapacidad") da cuenta de las deficiencias normativas y logísticas (locales de votación y material electoral inadecuados) que dificultan el voto de los discapacitados. En el Informe Defensorial Nº 122 ("La cuota de género en el Perú. Supervisión de las elecciones regionales y municipales provinciales 2006") la Defensoría identificó los errores que cometió el Jurado en el cálculo del número de candidatos y candidatas a consejeros regionales y a concejales municipales a favor de los primeros y en detrimento de las segundas[749]. En este caso, además, impulsó los recursos ante el Tribunal Electoral y sus Jurados Electorales Especiales a fin de que rectificasen los errores cometidos. Como no tuvo éxito[750], denunció estos hechos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos[751].

---

[749] Mediante Resolución Nº 068-2001-JNE, del 24 de enero de 2001, el JNE estableció el número mínimo de mujeres y varones que debían integrar las listas de candidatos al Congreso de la República. Al aplicarse esta resolución en las circunscripciones de La Libertad, Callao e Ica, el número de puestos asignados a las mujeres en las listas, resultó un porcentaje inferior al 30% exigido por la ley. Ello obedeció a que al realizar el cálculo sobre la cuota, el resultado obtenido no fue un número entero, sino una fracción que "fue redondeada (…) al entero inmediato inferior y no al inmediato superior, lo que produjo una reducción de mujeres candidatas en las listas" En: Informe de la Defensoría del Pueblo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Etapa de Solución Amistosa del Caso 12.404 (Janet Espinoza Feria y otros vs. Perú), disponible en: (www.defensoría.gob.pe) (24-07-2011).

[750] El Defensor del Pueblo se dirigió a los JEE de cada uno de estos distritos electorales invocándoles a que subsanasen los errores de cálculo de la cuota electoral en sus resoluciones, los cuales, a su juicio, vulneraban el derecho de sufragio pasivo de las mujeres. No obstante, "19. El único Jurado Electoral Especial que dio respuesta fue el del distrito judicial de Ica, mediante Resolución de 9 de febrero de 2001, resolvió no acoger el pedido formulado por la Defensoría del Pueblo, decisión recurrida en apelación ante el Jurado Nacional de Elecciones, quien mediante Resolución No. 295-2001-JNE de 4 de abril de 2001, declaró infundado el recurso de apelación

Las competencias de la Defensoría del Pueblo le permiten efectuar investigaciones "extra judiciales", pero una vez obtenidas las conclusiones, incluso si éstas indicasen que existieron violaciones contra derechos fundamentales, la Defensoría sólo puede invocar, alertar o exhortar a las autoridades públicas involucradas. En ello radica la magistratura de la persuasión que le ha sido encomendada. Y en su condición de garante del proceso electoral, su presencia ha sido de suma importancia para alertar a las autoridades electorales, a la opinión pública y a la comunidad internacional sobre las eventuales deficiencias de la elección o de la afectación de derechos políticos perpetradas en el periodo de sus actividades preparatorias[752]. No obstante, carece de todo poder de decisión sobre lo electoral y su presencia en las etapas del proceso debe ser informada y coordinada con la Organización Electoral. Desde mi punto de vista esta ausencia de

---

interpuesto con iguales argumentos que había esgrimido con ocasión de la anterior solicitud que en forma directa formulara la Defensoría del Pueblo y las otras dos entidades mencionadas". En: Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Nº 51/02 Admisibilidad. Petición Nº 0517. Janet Espinoza Feria y Otras. Perú, 25 de octubre de 2002. Disponible en: (http://200.4.48.33/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/2_instrumentos_regionales/3_Casos_CIDH/19.pdf) (28-07-2009)

751 Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos Nº 51/02 Admisibilidad. Petición Nº 0517. Janet Espinoza Feria y Otras. Perú, 25 de octubre de 2002. Disponible en: (http://200.4.48.33/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/2_instrumentos_regionales/3_Casos_CIDH/19.pdf) (28-07-2011)

752 El Informe Defensorial Nº 24, titulado "La libertad de expresión en un contexto electoral: El caso del periodista Isaac García en relación a las declaraciones del Ex – Ministro de la Presidencia" dio cuenta de las vulneraciones contra la libertad de expresión perpetradas durante la campaña electoral. El periodista García denunció haber sufrido un acoso sistemático por parte del Ministro de la Presidencia, como consecuencia de haber grabado sus palabras de apoyo a un candidato en medio de un mitin político. La Defensoría en sus investigaciones "extrajudiciales" corroboró la veracidad de la denuncia y la puso en conocimiento de las autoridades electorales y judiciales. Otra de sus destacadas participaciones fue el Informe Especial de octubre de 1999, a través del cual, dio cuenta de los resultados de sus investigaciones sobre las denuncias de la Asociación Prensa Libre. Una de las denuncias se relacionaba con el seguimiento y acoso de periodistas por parte de las fuerzas del orden durante el proceso electoral. Otra, con el plan del Servicio de Inteligencia Nacional destinado a hostilizar y desacreditar a los señores Luis Castañeda Lossio y Alberto Andrade Carmona y a sus respectivas organizaciones políticas, debido, a su condición de candidatos a la Presidencia de la República.

competencias sobre la conducción del proceso electoral es su principal fortaleza, porque le permite ser un observador neutral y un fiscalizador objetivo de la elección.

No puedo dejar de recordar el papel de los observadores electorales, de la prensa, las encuestadoras y la opinión pública, quienes han sido factores que han permitido una fiscalización activa de la actividad del Jurado. Son importantes colaboradores en la garantía de dicha neutralidad estatal[753], aunque sea la organización electoral quien, a través del desarrollo de todas y cada una de sus funciones deberá promoverla y consolidarla.

La Defensoría del Pueblo resulta la institución idónea para asumir el encargo de la fiscalización que se detraería del Jurado Nacional de Elecciones. Una labor que, por cierto, ya viene desarrollando y para lo

---

[753] Los observadores electorales encabezan el Título XIII de la LOE dedicado a "Las Garantías del Proceso Electoral". NUÑEZ define su finalidad en la búsqueda sistemática de información para evaluar el carácter y desarrollo de una elección (en: NUÑEZ VARGAS, Eduardo, "Observación Nacional de Elecciones", *Diccionario Electoral,* IIDH-CAPEL, p. 1. Disponible en: (http://www.iidh.ed.cr/capel/) (29-08-2010)). Puede ser observador, cualquier ciudadano apto para ser elector, siempre y cuando, no sea candidato o militante de alguna organización política. También, cualquier organización no gubernamental, nacional o internacional, que tenga entre sus fines, el desarrollo de dicha actividad. El observador cuenta con ciertos derechos que se traducen en actos que puede presenciar y que, en esencia, corresponden al día de la elección. Así, será materia de observación: a) la instalación de la mesa de sufragio, b) el acondicionamiento de la cámara secreta, c) la verificación de la conformidad de las cédulas de votación, las actas, las ánforas, los sellos de seguridad y cualquier otro material electoral, d) el desarrollo de la votación, e) el escrutinio y cómputo de la votación. f) la colocación de los resultados en lugares accesibles al público, g) el traslado de las actas por el personal correspondiente (art. 337 LOE). Aunque podrán tomar nota de sus observaciones, "no podrán alterar el desarrollo de dichos actos ni intervenir en ellos directa o indirectamente" (art. 338 LOE). Evidentemente, ello implica, que no podrán hacer proselitismo, ni obstaculizar las labores de los organismos electorales, ni proclamar o adelantar resultados; menos aún, solicitar documentos oficiales a las autoridades electorales. Para obtener la condición de observadores, se les exige un plan de la observación y las fuentes de financiamiento. Esta información permitirá a la autoridad electoral (el JNE) estar informado sobre las fases del proceso electoral que serán evaluadas y, especialmente, corroborar la neutralidad del observador a través de la transparencia de sus fuentes de ingresos económicos. La información sistematizada de estos ciudadanos o sus conclusiones contribuyen con la evaluación positiva o negativa de una elección. Una evaluación que influye en la opinión pública y en la comunidad internacional.

cual, no requeriría una habilitación constitucional expresa. No obstante, sería plausible que la profusa normativa electoral la contemplase como un actor a fin de que, bajo los efectos del principio de cooperación administrativa, las autoridades electorales abran paso a sus representantes.

En todo caso, es preciso recordar que bajo el perfectamente viable modelo de dos organismos autónomos propuesto en el apartado anterior, la función de fiscalizar la legalidad de la elección constitucionalmente encomendada al JNE exigirá su retiro del listado de competencias o su neutralización. Es decir que a nivel legislativo sea entendida como un control jurisdiccional de la legalidad de los actos de la autoridad electoral. Bajo el tercer diseño, al que me adhiero, no necesitaríamos desarrollar mayores precisiones sobre dicha función administrativa.

6.3. El amparo electoral y otras reformas

El diseño de garantías electoral vigente, hijo de su tiempo, tenía por cometido defender lo conquistado: la confianza de la población en que su voluntad depositada en las urnas sería respetada. Pero hemos sido testigos de que sólo a través de la adecuada división de funciones y el destierro de su superposición, el control del poder será posible[754].

[754] Decía SMEND que sólo existe una teoría constitucional, "y es aquella que sea capaz de explicar y delimitar con exactitud los tres campos (legislativo, ejecutivo y judicial en su jurisprudencia) que integran los valores jurídicos administrativos e integrativos y la peculiaridad de sus correspondientes funciones, así como las posibilidades y los límites de sus superposiciones". Es evidente que para 1912, la fecha en que publica su obra, no se concebía la presencia de órganos constitucionales autónomos, pero su teoría llevada a la organización electoral peruana permite reforzar la idea de la necesaria delimitación de funciones, en: *Constitución y Derecho Constitucional,…* ob. cit., p. 165.

De modo previo, y con independencia del modelo de Organización Electoral adoptado, será indispensable que se modifique las leyes sobre ratificación de los titulares de la Oficina Nacional de Procesos Electorales y del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Ello, con la finalidad de que los conceptos jurídicos indeterminados que presentan los supuestos para su remoción sean reemplazados por conductas infractoras determinables. Un siguiente paso sería implementar el antejuicio político para los titulares de la Organización Electoral y para los Magistrados del Jurado Nacional de Elecciones. Otro, eliminar el *criterio de conciencia en la apreciación de los hechos* por las razones estipuladas en el segundo capítulo de este trabajo, específicamente en el apartado dedicado a la jurisdicción electoral.

Todo acto administrativo y norma reglamentaria que sea emitida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales en materia electoral será recurrible ante el Tribunal Electoral. En la misma línea de la Ley 27584, del Proceso Contencioso Administrativo, quedarían incluidos como supuestos la inactividad material de la autoridad administrativa electoral y la posible vía de hecho; así como el contencioso electoral, entendido como el control de legalidad de la elección. Sería plausible que en esta vía queden incorporados, además, los procedimientos de democracia interna y los procesos por declaración de ilegalidad contra los partidos políticos.

El punto de partida para concebir el amparo electoral es que no constituiría una instancia que permita una revisión del escrutinio, ni de la legalidad de la elección. Menos aún, una modalidad de supervisar el trabajo de la Autoridad Administrativa electoral o del Tribunal Electoral. El amparo electoral estaría destinado a salvaguardar derechos fundamentales, y sería indispensable que los sectores acotados de su objeto sean manifestaciones del derecho de sufragio afectadas en etapas

específicas del proceso electoral[755]. En relación al sufragio activo, en la etapa del cierre del padrón electoral; y en cuanto al sufragio pasivo, específicamente, las etapas de proclamación de candidaturas, de resultados electorales, así como la vacancia de autoridades.

Esto no quiere decir que los demás derechos queden sin tutela. Quiero decir que los excesos del garantismo determinarían que el recurso sea poco garantista y que compita, además, con los problemáticos plazos electorales. Aquellos derechos serían tutelados bajo el amparo ordinario que regula el Código Procesal Constitucional, sin poner en riesgo el desarrollo oportuno de la elección, o *el principio de seguridad jurídica electoral* al que aludiera el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia[756].

Encuentro como principal problema a esta propuesta el artículo 200.2 CP que recoge la acción de amparo y determina su improcedencia contra "resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular". El gran peligro de salvaguardar la tutela procesal efectiva en el proceso electoral es que el Alto Tribunal retrotraiga el proceso al momento en que se produjo la afectación al derecho. Presumo que no podrá evitarse, en todo caso el Tribunal tendrá que apuntar criterios de inadmisibilidad para evitar la profusión de demandas que tengan por finalidad entorpecer la elección.

En cuanto a las instancias, en un contexto en el que la organización electoral permaneciera compuesta por órganos autónomos aplicará la propuesta de César LANDA. Desde su perspectiva, las demandas de

---

[755] El carácter extraordinario del amparo exige que al órgano jurisdiccional que no se pronuncie sobre todo el litigio, sino "sólo sobre aquellos sectores acotados (…) que la índole del recurso establezca particularmente", en: RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Estudios sobre jurisdicción constitucional…,* ob. cit., p. 40.

[756] STC 5854-2005-PA/TC, del 8 de noviembre de 2005, punto tercero de la parte resolutiva.

amparo se presentarían ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, cuyas resoluciones denegatorias, emitidas en un plazo sumarísimo, serían resueltas por el Tribunal Constitucional, o que el amparo fuese conocido en primera instancia por el JNE; y "en caso de denegatoria, *per saltum,* sea resuelto en última y definitiva instancia por el Tribunal Constitucional"[757]. Este procedimiento propuesto que suscribo porque se condice con los plazos electorales, se ajustaría aún mejor, si el Jurado se convierte en una Sala de la Corte Suprema.

La legitimación activa será conferida a los particulares directamente afectados y a las organizaciones políticas. En cuanto a los plazos, tendrían que reducirse al punto de evitar que su trámite determine que el Alto Tribunal conozca el recurso extraordinario casi dos años después de la elección[758].

En todo caso, todo este proceso exigirá del compromiso y cooperación de la jurisdicción electoral y electoral para que la implementación de mayores garantías para el sufragio no sea un cambio para que nada cambie. Sino que efectivamente, las distintas manifestaciones de este derecho fundamental sean efectivamente protegidas, y que de modo progresivo, se abandone su condición de deber para consolidarse como un auténtico derecho de participación en la vida política del país.

---

[757] En: "Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones", *Elecciones,* Nº 7, 2007, pp. 119-137, p. 136.

[758] En el caso Beltrán contra el JNE, la demanda fue interpuesta el 7 de febrero de 2007 y el TC resolvió el 25 de septiembre de 2008. Acotó que "en la medida que lo pretendido se circunscribe a la inscripción del recurrente en el proceso electoral del año 2006, resulta evidente que en las actuales circunstancias la alegada afectación se ha tornado también irreparable porque, como es de público conocimiento, dicho proceso electoral culminó para todos sus efectos con la celebración y posterior proclamación de todos y cada uno de los candidatos ganadores, razones por las cuales la demanda debe ser desestimada en aplicación del artículo 5.5 del Código Procesal Constitucional", en: STC 02510-2007-PA/TC del 25 de setiembre de 2008, FJ. 3.

Este trabajo de investigación no ha tenido por cometido una exaltación de la democracia formal, sino que ésta sea un motor para la consolidación paulatina de una democracia sustantiva. Por ello, este diseño no trata sólo de una búsqueda de la eficiencia en la gestión electoral, tampoco de identificar cuál debería ser el número perfecto o preciso de órganos electorales, menos aún de cómo deberá llamarse la Autoridad Electoral autónoma, sino de recordar que la Constitución como norma jurídica suprema implica tanto elecciones libres y competitivas, como control de los excesos del poder y tutela de derechos fundamentales como el sufragio. En suma de la coexistencia de una Autoridad Electoral, una sala especializada de la Corte Suprema para lo electoral, de una Defensoría del Pueblo y partidos políticos como fiscalizadores natos de la elección; y de un Tribunal Constitucional que tutele el sufragio, a través del amparo electoral.

CONCLUSIONES

1. Un estudio sobre la democracia formal sigue siendo importante y necesario en una democracia como la peruana, que tiene por señas de identidad al caudillismo, una profunda desigualdad social reflejada en los sectores poblaciones predominantes en la vida política; y la casi ordinarización de los mecanismos de democracia participativa como la revocatoria de autoridades subnacionales.

   En este contexto, la elección deja de ser medio para construir representación política para convertirte en un fin del Estado. Frente al déficit en la legitimidad de ejercicio de la que padecen los principales poderes públicos (Gobierno, Poder Legislativo y Poder Judicial), el Estado apuesta por fortalecer la legitimidad de origen de sus autoridades representativas. Instituye una Organización Electoral tripartita, cuyo origen fue más cuestionado que aplaudido, a la que encomendará todo lo relacionado a la denominada *materia electoral*.

2. El derecho fundamental de sufragio pasa a un segundo plano. Su carácter de derecho de configuración legal ha contribuido a su difuminación en una profusa y enmarañada normativa electoral. Se convierte en función, en medio para un fin mayor, en deber, aparcando su condición de derecho. Esto se traduce, en un primer e importante lugar, en la edificación de una Organización Electoral con competencias exclusivas y excluyentes sobre lo

electoral. Dicho de otro modo, sobre todo lo relacionado a la proyección legislativa del sufragio sin posibilidad de recurso judicial. El sufragio se *electoraliza.*

3. En segundo lugar, su funcionalidad se evidencia en la obligatoriedad del sufragio que permanece en la Constitución de 1993 para que la aludida legitimidad de origen se consolide con el alto porcentaje de votantes que acudirá a las urnas. Una población que es compelida a votar bajo amenaza de importantes sanciones administrativas.

4. El voto obligatorio y el ballotage son elementos del sistema electoral que corresponden al margen de apreciación nacional de cada Estado, que adopta como punto de partida que la votación baja podría ser un problema. Si el voto fuese facultativo se fomentaría su consolidación progresiva como derecho subjetivo. De otro lado, las multas por omisión al sufragio financian a la Organización Electoral. Aunque no es su única fuente de ingresos resulta recomendable que los elementos de la partida presupuestal electoral sean modificados, excluyendo los importes por dichas sanciones administrativas.

5. Otras muestras del derecho como función se encuentran en la exclusión fáctica del *demos* de algunos grupos sociales, como los detenidos sin sentencia judicial y las poblaciones que se localizan en zonas geográficamente inaccesibles al Estado. Ellos no votan al igual que quienes cuentan con sentencia privativa de libertad (inhabilitados por precepto constitucional). Se trata de poblaciones que carecen de voz en el debate público, y al ser

fácticamente excluidos de la participación en la vida política se vuelven invisibles para el Estado. El voto como bien jurídico repartido de modo igual en la consigna de un ciudadano un voto se vuelve falaz. Mientras los ciudadanos visibles voten, el sufragio seguirá construyendo representación y renovando el pacto democrático.

Por ello se propone soluciones a este problema, sin ignorar la condición del sufragio como medio en una democracia con las características de la peruana: el sufragio realmente universal contribuiría a la inclusión de las poblaciones fácticamente discriminadas en un Estado donde predomina la exclusión.

6. Otra evidencia del sufragio como función está en la Ley de Partidos Políticos. El legislador ha procurado que el sistema de partidos se institucionalice y permita gobernabilidad a costa de menos participación en la vida política del país. Entre otras razones, a mi juicio, para erradicar el caudillismo. Los votos importarán en la medida que permitan a una opción política cruzar la valla electoral o el umbral de representación y conseguir posiciones en los cargos públicos representativos. En este mismo sentido, sólo los partidos pueden participar en la vida política nacional, la participación de agrupaciones de electores se circunscribe al ámbito local. La intervención estatal en el ámbito de la libertad de asociación de los partidos es abultada; la supervisión acotada y constante del cumplimiento de los preceptos de la LPP, así como la resolución de conflictos es encomendada a la Organización Electoral. La participación en la vida política a través de organizaciones políticas también se *electoraliza,* pero no será la única.

7. Algo similar ocurre con los mecanismos de democracia participativa. En la medida que su reconocimiento constitucional fue generoso y se les otorgó la condición de derechos políticos, son ejercidos como auténticos derechos fundamentales de carácter político. Algunos de ellos son solicitados casi periódicamente, como es el caso de las consultas populares de revocatorias de autoridades. A ello obedecería que, en el caso de las autoridades subnacionales (presidentes, vicepresidentes y consejeros regionales; alcaldes y regidores) la representación política adopte un carácter *iuris tantum*. Su calidad de autoridades públicas representativas se condiciona a que no sean revocados por sus votantes. La democracia participativa alcanza niveles importantes en esta democracia representativa, ya no sólo como mecanismo corrector, sino como auténticos derechos cuyos contenidos serán desarrollados y tutelados por la Organización Electoral, nuevamente, de modo exclusivo y excluyente.

8. Las manifestaciones de las libertades de asociación, reunión y expresión que se adscriben al proceso electoral también han sido *electoralizadas*. En la medida que resultan condiciones indispensables para una elección libre y competitiva, y se relacionen con ella, dichas manifestaciones pasan a ser competencias materiales de la Organización Electoral. No sería un problema en sí mismo, si es que sus afectaciones fuesen recurridas ante la jurisdicción constitucional. Pero, el Tribunal Electoral se convierte en el juez ordinario sobre su tutela, y debido al mandato de no revisión judicial de sus decisiones (artículos 142 y 181 CP) el Poder Judicial queda al margen y el recurso de amparo proscrito.

9. La concepción orgánica que sobre *lo electoral* asume o presume el Derecho peruano es, a todas luces, inconstitucional. Sin embargo no ha sido cuestionada, precisamente por ese halo sacro que rodea a las decisiones del Jurado en función al *factor desconfianza.*

10. Aunado a lo anterior, se puede entender que "lo electoral" se define en dos planos: en el plano subjetivo, como el ordenamiento jurídico que contempla las condiciones para el ejercicio del derecho de participación política, y en el plano objetivo, como el conjunto de las reglas estructurales para su ejercicio y las garantías para que la elección sea libre y competitiva.

    En parte debido a la presencia de una Organización Electoral autónoma, y especialmente, debido al escaso respeto que, históricamente, han mostrado los demás poderes públicos por los resultados electorales es que todo lo que rodea a las actividades preparatorias de la elección ha sido incorporado en el sagrado mundo de lo electoral. *Lo electoral* se expande, se agiganta, se convierte en un terreno en el que parece que nunca se pone el sol.

11. La Organización Electoral peruana nos muestra su rostro de cuarto poder del Estado. Los tres órganos autónomos que reúne (JNE, ONPE y RENIEC) se erigen en auténticos *checks and balances* de los demás poderes públicos.

    Esta Organización se ha ido consolidando institucionalmente a lo largo del tiempo, y sus funciones atraviesan por un proceso de expansión, al punto de que la promoción, tutela y hasta

configuración normativa del sufragio va quedando en sus manos. La ausencia de un control jurisdiccional posterior facilita el desarrollo de la elección, sin intromisiones de terceros ajenos a lo electoral. Pero impide la tutela del sufragio como derecho fundamental.

12. En cuanto a su autonomía personal, es el Consejo Nacional de la Magistratura (entidad que tiene encomendada la ratificación de jueces y magistrados) quien decide la ratificación o remoción de los titulares de la ONPE y del RENIEC. Sin embargo, se ha evidenciado que el supuesto de remoción por "falta grave" está plagado de conceptos jurídicos indeterminados que para resolver, apelan a los juicios morales de los miembros del Consejo antes que al ordenamiento jurídico. Esta situación podría afectar aquella autonomía y convertirse en un peligro para la competición electoral. Con mayor razón ante la decisión del Consejo de incorporar al JNE como órgano dirimente de las acusaciones contra dichos titulares por transgresiones a la legalidad electoral.

13. En relación al juez electoral, la Constitución le permite recurrir a un *criterio de conciencia* para apreciar los hechos del caso, al parecer, cuando las fuentes del sistema jurídico se agoten y para preservar su autonomía. La conciencia es difícil de limitar. Por ello, sería plausible que los canales para impartir justicia en materia electoral, al igual que en las demás, fuesen estrictamente jurídicos, sin recurrir a "la conciencia", a "la dignidad", o a "causales abstractas". El principio de unidad así lo exige. Teniendo en cuenta que el Alto Tribunal ha interpretado que el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones está facultado a ejercer el *judicial review,* ya podría valerse de dicha facultad para

apreciar los hechos de acuerdo con la Constitución, más que habilitársele a recurrir a su conciencia judicial.

La composición y origen constitucional del Jurado Nacional de Elecciones legitima su poder para resolver sobre los aspectos más importantes del corazón de un Estado Democrático. Precisamente porque vela por la legalidad de la elección es que resulta indispensable que se encuentre vinculado al ordenamiento jurídico y respete el sistema de fuentes. El juez electoral debe dejar de impartir justicia apreciando los hechos bajo los mandatos de su conciencia. Es lejano a un criterio jurídico y abre la puerta a decisiones discrecionales por parte del Tribunal Electoral.

14. Una de las señas de identidad de la jurisdicción electoral es el principio de respeto por la voluntad popular. El principio de conservación de los actos se adhiere al Derecho Electoral para dar conservar los votos y aunarlos al cómputo en aquellos casos en los que existan dudas sobre su validez. El principio de respeto por la voluntad popular estriba en la decisión adoptada por la población electoral en las urnas y que los poderes públicos están constreñidos a defender; porque el contenido de dichas urnas simboliza el elemento conector entre el pueblo y sus representantes, y la consecuente legitimidad de origen de las autoridades públicas representativas. Este principio no es el único, también se ha identificado a los principios de celeridad y eficacia, sin embargo, se aplican en función al primero que sustenta la misión de la Organización Electoral.

Las autoridades electorales se encuentran compelidas a aplicarlo en el ejercicio de sus funciones y, en particular, a adscribirlo a la

interpretación de la vasta normativa que rige las actividades preparatorias de la elección; el cómputo y proclamación de resultados.

15. Los Jurados Electorales Especiales tienen una naturaleza jurídica peculiar porque siendo definidos como la primera instancia de la jurisdicción electoral su condición de órgano administrativo es predominante. Aunque su composición es colegiada y se le atribuye dicho carácter jurisdiccional, el análisis de sus funciones y de las relaciones entre ellos y el Pleno conduce a equipararlos a otros órganos de naturaleza jurídica eminentemente administrativa como son la Oficina de Registro de Organizaciones Políticas o la Direccion Nacional de Fiscalización. En suma, desde el punto de vista material o funcional, el JNE es un Tribunal Electoral de instancia única que imparte justicia sobre las impugnaciones contra los actos administrativos de sus órganos administrativos y las resoluciones firmes de la ONPE y el RENIEC.

16. A lo largo de este trabajo de investigación se ha evidenciado que la división de funciones al interior de la Organización Electoral tripartita no sólo es inadecuado, sino que además, atenta contra los principios de separación de poderes; independencia e imparcialidad jurisdiccionales; afectando, en consecuencia, a los derechos fundamentales que protege.

17. En primer lugar porque el Jurado Nacional de Elecciones es un órgano bifronte: una Autoridad Administrativa electoral y una Autoridad Jurisdiccional especializada en lo electoral que imparte

justicia respecto a las impugnaciones contra las decisiones de sus órganos administrativos; que cuenta con poderes distintivos de la Administración Pública como la revisión de oficio de sus propias decisiones y de las resoluciones de los demás órganos autónomos; que desempeña importantes funciones administrativas como reglamentar distintas etapas del proceso electoral, o fiscalizar su legalidad, sobre las que después podría pronunciarse como Tribunal Electoral. En ambos roles (tanto cuando actúe como Tribunal, como cuando actúa como Autoridad Administrativa) y siempre que se pronuncie sobre materia *electoralizada* (más que electoral), sus decisiones serán cosa juzgada.

Para arribar a esta conclusión, de modo previo, fue preciso abstraer como elementos distintivos de la función jurisdiccional plena frente a la función administrativa: la irrevisabilidad de oficio de las resoluciones judiciales, el carácter de cosa juzgada de sus resoluciones o sentencias y el desinterés objetivo del órgano jurisdiccional.

18. En segundo lugar, esta división de funciones al interior de la Organización Electoral ha sido determinante para que el principio de jerarquía reemplace al de coordinación administrativa en las relaciones existentes entre los órganos electorales autónomos. Las actividades de dirección que ejerce el JNE sobre la ONPE y el RENIEC se encuentran amparadas por su condición de órgano coordinante. Sin embargo, algunas de ellas, que el Jurado sustenta en su función de *fiscalizar la legalidad de la elección* implican una intervención directa en la organización y funcionamiento de dichos órganos autónomos. Según hemos sido testigos, todo parece indicar que en algunos casos el Jurado adopta la posición de superior jerárquico.

19. Estas relaciones disfuncionales entre los órganos electorales impiden que estas instituciones administrativas potencien sus recursos y desarrollen sus actividades sin el temor del veto institucional del Jurado.

20. En tercer lugar, una compartimentalizada distribución de atribuciones al interior de la organización electoral fomenta la duplicidad de funciones y un empleo ineficiente del gasto público. Ocurre con la *educación electoral,* cuya competencia está repartida entre el JNE (respecto a ciudadanía en general) y la ONPE (sobre miembros de mesa); o la *verificación de firmas de adherentes,* entre el RENIEC (para la inscripción de partidos políticos, mecanismos de participación y control ciudadanos y acciones de inconstitucionalidad), y la ONPE (para movimientos regionales y organizaciones políticas de alcance local); o la *inscripción de candidaturas,* entre la ONPE (cuyas Oficinas Desconcentradas reciben las solicitudes y las remiten a los JEE) y el JNE (cuyos JEE llevan a cabo el acto de registro), entre otras.

21. En cuarto lugar, esta división del poder al interior de la Organización Electoral contribuye decisivamente a que el JNE se atribuya la condición de Órgano Electoral Supremo; y que la ONPE y el RENIEC sean incapaces de erigirse en un equilibrio de frente a él. Si a ello aunamos el mandato constitucional de no revisión de sus decisiones en materias electorales y de consultas populares; el carácter endogámico que adopta el fin del mandato de sus magistrados (la vacancia); su poder reglamentario, cuyo ejercicio en ocasiones excede a los márgenes previstos por la Ley,

y la fiscalización electoral, tenemos una operación geométrica de fuerza desproporcionada que convierte al Jurado Nacional de Elecciones en un órgano inexpugnable y en un poder sin contrapesos. Una condición que es incompatible con las características de un Estado Constitucional y Democrático.

22. Si su consagración constitucional apunta a preservar la autonomía ente sus componentes y una consecuente división de funciones al interior de la organización electoral, es preciso que se lleve a cabo un inventario detallado de cada una de estas atribuciones y que, a continuación, sean reasignadas entre los órganos electorales. De tal manera que el Jurado quede desprovisto de toda función administrativa y se erija en un auténtico Tribunal Electoral. En todo caso, sería recomendable que el poder que el Jurado tiene sobre las otras dos instituciones se reduzca al control jurisdiccional de sus actos a través de los recursos previstos. Es decir, a través de lo que podríamos denominar el contencioso-administrativo electoral.

23. El amparo electoral en el Perú nace a nivel jurisprudencial en un contexto en el que el Tribunal Constitucional adopta la tendencia a un constitucionalismo fuerte; luego de un periodo de guerra interna con serias violaciones contra los derechos humanos y de dictaduras periódicas que impidieron el nacimiento, primero, y la consolidación, después, de la jurisdicción constitucional. El Alto Tribunal intenta ordenar la casa fortaleciendo el poder normativo y la eficacia directa de la Constitución para palear la impunidad o al menos la sensación que existe respecto a ella. Incluso a costa de hacer de lado al legislador. Una muestra de ello es la proliferación del control

difuso de constitucionalidad y su extensión a los Tribunales Administrativos, que se sustenta en su vinculación directa (de ellos, de todos los órganos del Estado y de los particulares) a la Constitución. Otra es la localización de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el mismo nivel que la Constitución, pese a que la Carta Política de 1993 le habría retirado dicho escalafón (que poseía con la Carta de 1979); o la creación de derechos fundamentales a la luz de la cláusula de derechos implícitos del artículo 3º.

24. El estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina sobre el sistema de fuentes me ha llevado a discrepar del Alto Tribunal y de los profesores LANDA y ABAD sobre la existencia del amparo electoral en el ordenamiento jurídico peruano. Considero que sin jueces activistas y valientes, adelantados a la época en que vivían, los derechos fundamentales se habrían detenido en el tiempo. Probablemente, continuaría la segregación racial en los Estados Unidos de América; o en el Perú, los familiares de los desaparecidos en fosas comunes no habrían encontrado justicia. Gracias a los principios de interpretación constitucional, los preceptos constitucionales de textura abierta han encontrado la manera de gozar de buena salud y juventud pese al paso del tiempo. No obstante, desde mi punto de vista, cuando la literalidad del texto es clara y evidente, y el precepto es, más bien, cerrado, no podemos seguir interpretando. No está permitido el control por la jurisdicción constitucional de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral.

25. El Tribunal Constitucional ha sustentado el amparo electoral en la interpretación constitucional premunida de

principios y criterios. Sin embargo, el argumento de fondo, y que le permitió establecer un precedente constitucional, ha sido su concepción del rango de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

A pesar de que la Constitución de 1993 recoge el mandato de *interpretación conforme a* dichos instrumentos en su Cuarta Disposición Final y Transitoria, de modo semejante al art. 10.2 de la Constitución española, el Alto Tribunal les confiere rango constitucional. Con la finalidad de aplicar directamente en sus sentencias los criterios jurisprudenciales que la CIDH había adoptado sobre los derechos de participación política. Su perspectiva podría ser sintetizada de la siguiente manera: En la medida que la interpretación literal de los cuestionados y tantas veces citados artículos 142 y 181 CP sea incompatible con los TIDH y menos beneficiosa para la protección de los derechos políticos, se preferirá la Convención Americana y la jurisprudencia de la CIDH. El Tribunal admite los instrumentos del SIDH de modo preferente a la literalidad de los preceptos constitucionales, sometiendo a la Constitución peruana a un juicio de internacionalidad de los Derechos Humanos.

26. En todo caso, el carácter normativo que el Alto Tribunal imprime a sus precedentes edifica el amparo electoral, al menos, lo que existe de él. En su opinión, sus tres sentencias principales sobre el tema constituyen el sustento jurídico suficiente para admitir a trámite las demandas contra las resoluciones del JNE[759]. Del análisis de los escasos procesos atendidos por dicho

[759] STC EXP. N.° 05300-2008-PA/TC, del 26 de octubre de 2009, en el caso de Freddy Hugo Fernández Echevarría contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que rechazó liminarmente la demanda de amparo contra el JNE.

Tribunal se desprende que también son escasas la seguridad jurídica y la predictibilidad sobre su tramitación, sin contar con los plazos procesales cuyo desajuste al proceso electoral impide que el amparo sea un recurso reparador de afectaciones perpetradas contra derechos fundamentales durante o en la competición electoral.

El panorama sigue siendo difuso. La judicatura no tiene claridad sobre las reglas de esta presunta institución, ni siquiera sobre si es o no conforme a la Constitución. En la actualidad, el amparo para lo electoral se ha desnaturalizado. En lugar de prevenir o reparar las violaciones contra los derechos políticos, sólo sirve para obtener sentencias declarativas que identifican responsabilidad funcionarial.

27. Mis discrepancias con la interpretación que al Alto Tribunal conduce a la siempre discutible teoría de la inconstitucionalidad de los preceptos constitucionales. Desde mi punto de vista la literalidad de los preceptos 142 y 181 son tan constitucionales como el principio democrático o las funciones sobre el amparo que el Alto Tribunal detenta. La cada vez más lejana posibilidad de que sea políticamente controlado por otro poder público habría sido el criterio determinante para que el constituyente excluyera al Constitucional de lo *estrictamente* electoral.

El TC, ordena al *ad quem* que admita a trámite la demanda. El fundamento jurídico único de esta sentencia es la remisión del TC a sus argumentos expuestos en los casos Espino Espino (STC 2366-2003-AA/TC del 6 de abril de 2004), Lizana Puelles (STC Nº 5854-2005-PA/TC del 8 de noviembre de 2005) y Castillo Chirinos (STC 2730-2006-PA/TC del 27 de julio de 2006), que analizaré en el tercer capítulo. Lo mismo ocurrió en la resolución 5416-2008-aa/tc del 26 de octubre de 2009.

28. Esto no significa que esté de acuerdo con dicha excepción al control de constitucionalidad de la actividad pública. Precisamente porque éste resulta indispensable es que este trabajo de investigación termina apostando por la implantación del amparo electoral. No pierdo de vista que la CADH impone al Estado miembro el deber de contar con un recurso efectivo para la defensa de los derechos políticos, pero al mismo tiempo, es posible concluir que la nomenclatura que dicho recurso adopte no es tan importante. Así lo evidencia la conformidad de la CIDH con el *recurso para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano* creado por la Constitución Mexicana en lugar del amparo (que ha sido expresamente prohibido para tutelar los derechos políticos).

29. Otro elemento a tener en cuenta es que ha dejado de considerarse que sea elemental que la residencia del recurso sea el Poder Judicial. En este sentido, si bien el Jurado Nacional de Elecciones, luego de convertirse en un auténtico Tribunal despojado de toda función administrativa-electoral podría atender este recurso, siempre seguirá siendo una *vía igualmente satisfactoria* distinta, pero no por ello menos eficaz, que la tutela constitucional que la Carta Política de 1993 adopta para los derechos fundamentales, sin excepción. Luego la propuesta seguirá otro camino.

30. El aporte que procura este trabajo de investigación intenta dejar de mirar el árbol que tenemos al frente para observar el bosque; que la reforma que se acometa no se lleve a cabo bajo la premisa del célebre diálogo entre Alicia y el gato, de *Alicia en el*

País de las Maravillas, y caminar sin importar demasiado a dónde[760].

No es posible soslayar el factor de la denominada Constitución histórica que tiende a la unificación de lo electoral en un solo órgano (según algunos proyectos de reforma constitucional que obran en el Congreso de la República), pero tampoco debe ser un factor determinante, menos aún, en una democracia joven como la peruana. Además, un poder monolítico electoral en el mismo esquema que excluye todo control jurisdiccional posterior traería más problemas que posibilidades.

La apuesta será por la tendencia a la unidad de la estructura estatal que reúna: a una Autoridad Administrativa Electoral Autónoma que organice y desarrolle procesos electorales y consultas populares, a un Tribunal Electoral que forme parte del Poder Judicial, a la Defensoría del Pueblo como fiscalizador neutral del desarrollo de la competición por el poder, y al Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución y guardador de su eficacia. Como vemos, no se trata sólo de la Organización Electoral, se trata de la relevancia que adopta la división y distribución del poder en un Estado Constitucional y Democrático; que este poder sea racional o racionalizable y que sus excesos no queden impunes.

---

760 El diálogo que Lewis CARROLL (*Alicia en el País de las Maravillas,* DE OJEDA, Jaime (traductor), Alianza, Madrid, 1998, p. 95) construye entre esos dos personajes es el siguiente:

"-¿Me podrías indicar, por favor, hacia dónde tengo que ir desde aquí?

– Eso depende de a dónde quieras llegar – contestó el gato.

- A mi no me importa demasiado a dónde… - empezó a explicar Alicia.

- En ese caso da igual dónde vayas – interrumpió el gato."

31. La primera condición de este diseño sería, a mi juicio del que seguro se discrepará, es una transformación de la estructura orgánica electoral que abandone el modelo tripartito para arribar a un modelo Constitucional y Garantista.

Bajo este marco se propone que el Jurado Nacional de Elecciones se convierta en una Sala de la Corte Suprema de Justicia, aunque bajo el influjo del referente mexicano, conserve su independencia orgánica y funcional. La Oficina Nacional de Procesos Electorales permanecería como Autoridad Administrativa electoral autónoma en la Constitución. Como órgano colegiado pero desprovisto de resquicio de duda sobre su naturaleza jurídica administrativa, ya que sus decisiones serían susceptibles de revisión en la vía contencioso-administrativa electoral. El supuesto de remoción de sus miembros por "falta grave" deberá ser configurado por el legislador de tal manera que se ajuste al principio de tipicidad. Esta estructura prepararía el camino para el amparo electoral.

32. El objeto del amparo electoral exige su delimitación para que la protección de los derechos en juego sea eficaz y compatible con las características del proceso electoral. La configuración legal del sufragio, la amplitud del objeto del recurso de amparo en la experiencia peruana y la tendencia a la omnipresencia del control constitucional por parte de su Alto Tribunal son factores de imprescindible consideración para dicho cometido. Por ello su objeto estaría debidamente acotado a derechos fundamentales específicos (tutela procesal efectiva y las afectaciones al sufragio); y a determinadas etapas de la elección: publicación del padrón electoral, proclamación de candidaturas, proclamación de electos y declaración de vacancia de autoridades. Es decir a aquellas que

guardan una íntima vinculación con el contenido constitucionalmente protegido del derecho.

Esto no significa que las demás afectaciones a derechos fundamentales se encuentren desprovistas de tutela. Las decisiones de la Sala Suprema Electoral serán recurribles ante el TC, lo que quiere decir es que seguirán el camino del recurso de amparo que el Código Procesal Constitucional prevé.

33. Este es un trabajo de investigación dedicado a la democracia formal, sin embargo encuentra en el diseño de la organización electoral peruana, una oportunidad para mejorar la democracia sustantiva. Aún así, con la especialización en actividades administrativas electorales en un solo órgano especializado, las posibilidades de su promoción son mayores, como en el caso del voto facultativo o el impulso a la participación de colectivos históricamente discriminados.

34. Las propuestas normativas tienen un triste envejecimiento. Por eso, este trabajo de investigación carece de un proyecto normativo que recoja los lineamientos propuestos a lo largo de sus capítulos.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel. *El proceso constitucional de amparo,* Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

— "El Proceso Constitucional de Amparo", *Derecho Procesal Constitucional.* Jurista Editores, CASTAÑEDA OTSU, Susana (coord.), Lima, 2003.

— "El proceso de amparo en materia electoral: Un instrumento para la tutela de los derechos fundamentales", *Elecciones,* Nº 1, 2002, pp. 189-223.

ADRIANZÉN MERINO, Alberto. "La democracia, los votos y los pobres", disponible en: (http://clioperu.blogspot.com/2009/10/debate-sobre-el-voto-facultativo-en-el.html) (26-10-2010), o en Diario La Republica *online,* del 31 de octubre de 2009.

AGUIAR DE LUQUE, Luis. "Artículo 23", ALZAGA, Óscar (director), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978. Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas,* vol. II., Madrid, 1984.

AHUMADA RUIZ, Marian. *La jurisdicción constitucional en Europa,* Aranzadi, Navarra, 2005.

ALBERTÍ ROVIRA, Enoch. "El recurso de amparo a revisión", *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco*

Rubio Llorente, VV.AA., vol. II, Congreso de los Diputados – Tribunal Constitucional – Universidad Complutense de Madrid – Fundación Ortega y Gasset – CEPC, Madrid, 2002, pp. 1805-1822.

ALCÁNTARA, Manuel y GARCÍA, Fátima. "El carrusel electoral", Introducción al libro *Elecciones y Política en América Latina,* ALCÁNTARA, Manuel y GARCÍA, Fátima (eds.), CEPC, Madrid, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales,* Centro de Estudios Constitucionales, 2da. ed., Madrid, 2007.

— *Teoría de la Argumentación Jurídica,* ATIENZA ESPEJO, Juan (traductor), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

ALJOVÍN, Cristóbal. "Sufragio y participación política. Perú 1808-1896", *Historia de las elecciones en el Perú. Estudios sobre el gobierno representativo,* ALJOVÍN, Cristóbal y LÓPEZ, Sinesio (editores), Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2005.

ALSINA ENRIQUEZ, Joana. "La STC 215/2000, de 18 de septiembre o la infundada confirmación de la naturaleza jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas", *Revista Española de Derecho Administrativo,* Nº 112, 2001.

ÁLVAREZ CONDE, Enrique y GONZALEZ HERNANDEZ, Juan Carlos. "Reflexiones en torno al Derecho Electoral", *Elecciones Locales,* INAP, Madrid, 1998.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto y MOVILLA ALVAREZ, Claudio. *El Poder Judicial,* Tecnos, Madrid, 1986.

APARICIO, Miguel. *Prólogo* al libro *La independencia del juez,* SIMON, Dieter, traducido por Carlos Ximénez-Carrillo, Ariel, Barcelona, 1985.

ARAGÓN REYES, Manuel. Voz: "Principios Constitucionales", *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional,* ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César (directores), tomo I, 2da. ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 53-58.

— "La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *REDC,* nº 85, enero-abril, 2009, pp. 11 - 43.

— "Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo", *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente,* VV.AA., vol. II, Congreso de los Diputados – Tribunal Constitucional – Universidad Complutense de Madrid – Fundación Ortega y Gasset – CEPC, Madrid, 2002, pp. 1823-1841.

— "Derecho de Sufragio: Principio y Función", *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina,* NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores), 2da. ed., México D.F., IIDH - Universidad de Heidelberg - IDEA - TEPJF, IFE, 2007.

— "La eficacia jurídica del principio democrático", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 24, 1988.

— "El control como elemento inseparable del concepto Constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 19, 1987.

— "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional", *REDC,* año nº 6, nº 17, 1986, pp. 85-136.

— "La iniciativa legislativa", *REDC,* nº 16, 1986.

— "Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional", *Revista de Estudios Políticos,* nº 50, 1986.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro. "La nueva Ley de Iniciativa legislativa popular", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 78, 2006, pp. 187-218.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique. "Los recursos jurisdiccionales en relación con la proclamación de candidaturas", *Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma,* BIGLINO CAMPOS, Paloma (ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

— "Las Juntas Electorales: naturaleza y competencias", *Reflexiones sobre el Régimen Electoral,* IV Jornadas de Derecho Parlamentario, Congreso de los Diputados, Serie Monografías, nº 32, 1997.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique y ABELLÁN MATESANZ, Isabel. "Sobre la presentación y proclamación de candidaturas". *Revista de Estudios Políticos.* Núm. 117, 2002.

AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel. "Dimensión constitucional del procedimiento electoral", *Teoría y Realidad constitucional,* nº 10-11, 2002-2003, pp. 425-444.

BACHOFF, Otto. *Jueces y Constitución,* trad. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1985.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coordinador), *Manual de Derecho Constitucional,* volumen II, cuarta edición, Tecnos, Madrid.

BASTIDA, Francisco. "Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 21, 1987.

BASTIDA, Francisco; VILLAVERDE, Ignacio y OTROS. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978,* Tecnos, Madrid, 2004.

BELADIEZ ROJO, Margarita. *Validez y eficacia de los actos administrativos,* Marcial Pons, Madrid, 1994.

BELLO PAREDES, Santiago. "El principio de separación de poderes, hoy", *Estudios sobre el ordenamiento jurídico español: Libro conmemorativo del X aniversario de la facultad de derecho, Universidad de Burgos,* Universidad de Burgos, Burgos, 1996.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel y GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América,* CEPC, Madrid, 2005.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "Los caminos de la reforma constitucional en el Perú", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005,* tomo I, Konrad Adenauer, Montevideo, pp. 157-173, versión electrónica disponible en: (http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20051/pr/pr9.pdf).

BIGLINO CAMPOS, Paloma. Voz: "Iniciativa Legislativa Popular", *Organización General y Territorial del Estado. Temas básicos de Derecho Constitucional,* ARAGÓN, Manuel y AGUADO, César (directores), tomo II, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 168-171.

— "Introducción", *La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado,* BIGLINO CAMPOS, Paloma y DELGADO RINCÓN, Luis (eds.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

— "Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada. (Comentario a la STC 12/2008), *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 83, 2008.
— "Parlamento, presupuesto y Tribunal de Cuentas", *Revista de las Cortes Generales,* Nº 37, 1996.
— "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de Amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 40, 1994.
— "La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 19, Madrid, 1987.

BILBAO UBILLOS, Juan María. "Derecho Penal, memoria y verdad histórica: la criminalización de la negación del genocidio", *Parlamento y Constitución,* Cortes de Castilla La Mancha y Universidad de Castilla La Mancha, Nº 11, 2008.

BILBAO UBILLOS, Juan María; REY MARTÍNEZ, Fernando y VIDAL ZAPATERO, José Miguel. *Lecciones de Derecho Constitucional I,* Lex Nova, Valladolid, 2010.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La Ley de Partidos Políticos. Análisis jurídico", *Elecciones,* Nº 5, 2005.

BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1986.
- *Liberalismo y Democracia,* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1992.

BOBBIO, Norberto; PONTARÁ, Giuliano y VECA, Salvatore. *Crisis de la democracia,* Ariel, Barcelona, 1985.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *La teoría del Acto Administrativo,* Iustel, Madrid, 2005.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales,* REQUEJO, Juan y VILLAVERDE, Ignacio (traductores), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. "Tribunal Constitucional (Chile)", *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica,* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2009.

BOROWSKI, Martin. "La restricción de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Año 20, nº 59, 2000.

BOYER CARRERA, Janeyri y PANIZZO GODOY, María. "Las Elecciones de jueces de paz en la Constitución de 1993: Una mirada desde el Derecho Electoral", *Revista Derecho y Sociedad,* nº 20, 2003.

BRUGAROLAS MASLLORENS, Guillermo. "Ejercicio del derecho de sufragio activo por los españoles residentes en el extranjero. Análisis de situaciones. Normativa actual. Perspectivas de futuro", en: *Colectivos con dificultades para el ejercicio del Derecho al sufragio,* Ministerio del Interior (editor), Dikynson, Madrid, 2003.

BUTRÓN SOLÍS, Fabiola. *La negación de los Derechos Humanos. El Estado peruano ante la Convención Americana sobre Derechos Humanos durante la década de los noventa*, Plaza y Valdés, Madrid, 2008.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco y otros. *Jurisdicción y Procesos Constitucionales,* McGraw-Hill, Madrid, 1997.

CALVO ESPIGA, Arturo, "Conciencia y Estado de Derecho", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos,* Nº 1, 2001.

CÁMARA, Gregorio. "El presupuesto: la inscripción en el censo" Aspectos problemáticos y posibilidades de reforma". Ponencia presentada en la Jornada sobre la reforma del régimen Electoral, CEPC, Madrid, 23 de octubre de 2008. Pendiente de publicación.

CANOSA USERA, Raúl. "Dificultades para la articulación de la Justicia Constitucional y la Jurisdicción Ordinaria en España", *Derecho Procesal Constitucional,* CASTAÑEDA, Susana (coord.), Jurista Editores, Lima, 2003.

CARMONA SALGADO, Concepción. *Libertad de expresión e información y sus límites,* EDERSA, Madrid, 1991.

CARMONA TINOCO, Jorge. "La división de poderes y la función jurisdiccional", *Revista Latinoamericana de Derecho,* Año IV, Nº 7-8, 2007.

CARROLL, Lewis. *Alicia en el País de las Maravillas,* DE OJEDA, Jaime (traductor), Alianza, Madrid, 1998.

CHÁVEZ-LÓPEZ, Dany. "Un solo organismo electoral para el Perú. El Anteproyecto de la Constitución Política y de la Ley de Partidos Políticos en el Perú", *La Constitución y su defensa (algunos problemas contemporáneos),* GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (coord.), Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana), Grijley, Lima 2003.

COLOMER, Joseph. *Cómo votamos. Los sistemas electorales del mundo: pasado, presente y futuro,* Gedisa, Barcelona, 2004.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos políticos,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. "Las lecciones del Tribunal Electoral a propósito de la nulidad de la elección presidencial", *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho,* tomo VI, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coordinadores), *UNAM - Instituto* Mexicano de Derecho Procesal Constitucional- Marcial Pons, 2008.

CORZO SOSA, Edgar. *La cuestión de inconstitucionalidad,* CEPC, Madrid, 1998.

CRESCI VASALLO, Giancarlo. "Control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú", *Revista Peruana de Derecho Constitucional,* nº 3, Nueva época, julio-diciembre, 2010, pp. 215-230.

CRUZ VILLALÓN, Pedro. "Formación y evolución de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 25, 1989.

DAHL, Robert. *La igualdad política,* Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2008.

DE CARRERAS SERRA, Francesc. "Los partidos en nuestra democracia de partidos", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 70, 2004.

DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, Manuel. "El ciudadano como sujeto activo del proceso electoral", *Reflexiones sobre el régimen electoral. IV jornadas de Derecho Parlamentario ("La Legislación Electoral"). Enero 1993,* Madrid, Congreso de los Diputados, 1997.

DELGADO RINCÓN, Luis. "La articulación de la función de enjuiciamiento contable entre el Tribunal de Cuentas y los Órganos de Control Externo autonómico", *Pluralismo territorial y articulación del control externo de las cuentas públicas,* BIGLINO, Paloma y DURÁN (directores), Juan, Lex Nova, Valladolid, 2008.

— "A propósito del carácter jurisdiccional de la función de enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas. Comentario a la STC 215/2000, de 18 de septiembre", *Revista Española de Control Externo,* Vol. 3, nº 9, 2001.

DE LORA DELTORO, Pablo. *La interpretación originalista de la Constitución,* CEPC, Madrid, 1998.

DE OTTO, Ignacio. *Estudios sobre el Poder Judicial,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

— *Defensa de la Constitución y partidos políticos,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, "Artículo 117", *Comentarios a la Constitución española,* CASAS BAHAMONDE, María y RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel (directores), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1829-1830.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales,* Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

— "La potestad jurisdiccional: las características constitucionales", *Parlamento y Constitución,* nº 2, 1998.

— "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de Amparo", *REDC,* nº 40, 1994.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis María y VIDAL MARÍN, Tomás. "Órganos Constitucionales", *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional,* ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César (directores), tomo I, 2da. ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 98-100.

DOMÍNGUEZ VILA, Antonio. *Constitución y Derecho Administrativo Sancionador,* Marcial Pons, Madrid, 1997.

DUGUIT, León. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789,* traducido por Pablo PÉREZ TREMPS, Madrid, CEPC, 1996.

DURÁN ALBA, Juan. "La aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional a la articulación del control externo en el Estado Autonómico", *Pluralismo territorial y articulación del control externo de las cuentas públicas,* BIGLINO, Paloma, y DURÁN, Juan (directores), Lex Nova, Valladolid, 2008.

— "El derecho a la libertad informática (según el artículo 18.4 CE) como límite al correo electrónico no solicitado (*"SPAM"*), *Derecho Constitucional para el siglo XXI,* tomo 1, PÉREZ ROYO, Javier, URIAS MARTÍNEZ, Joaquín y CARRASCO DURÁN, Manuel (coords.), Aranzadi, Navarra, 2006.

DUVERGER, Maurice. *Los partidos políticos,* sétima reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio,* 7ma. Impresión, Ariel, Barcelona, 2009.

ECO, Humberto. *El nombre de la Rosa*, Novoprint, Barcelona, 2006.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "Antejuicio y Juicio Político en el Perú", *Pensamiento Constitucional,* Nº 13, PUCP, Lima, 2008.

— *La responsabilidad del presidente. Razones para una reforma constitucional,* PUCP, Lima, 2007.

— "El amparo como proceso "residual" en el Código Procesal Constitucional peruano", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* nº 8, 2007, pp. 147-174.

ENTRENA CUESTA, Ramón. "El Proceso Contencioso Electoral", *Panorama actual de la Administración y Gestión de los Procesos Electorales,* Madrid, Ministerio del Interior, 2002.

— "Garantías administrativas y jurisdiccionales del proceso electoral", *Elecciones Locales,* INAP, Madrid, 1998.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. "El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, y los riesgos de no respetarlo o de usarle en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana", *Estudios Constitucionales,* nº 1, Talca, Universidad de Talca, 2006.

FALCONÍ GÁLVEZ, Juan. "De la fusión de los organismos electorales en la propuesta de reforma constitucional peruana, hoy en trámite", *Revista Jurídica del Perú,* nº 39, Trujillo, 2002.

FALCONÍ GÁLVEZ, Juan y HURTADO CRUZ, Virgilio. "Improcedencia del amparo electoral", *Gaceta Jurídica Constitucional. (Especial: Causales de Improcedencia de los procesos constitucionales),* tomo 12, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2008, pp. 95-130.

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel. "Algunos problemas derivados de la posible reforma del artículo 57.1 de la Constitución", *El*

informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos, RUBIO LLORENTE, Francisco (editor), Consejo de Estado – CEPC, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Carmen. *La Verificación de Poderes (1810-1936),* UNED, Madrid, 1987.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. "El recurso contencioso electoral", *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías,* tomo II, ARISMENDI, A. y CABALLERO, J. (coord.), Civitas. Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación. *¿Estados fallidos o Estados en crisis?,* Comares, Granada, 2009.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "Las garantías del derecho de sufragio activo en el ordenamiento electoral español", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense,* nº 84, Anuario 1994-1995.

— "El recurso contencioso-electoral", *Ciudadanos e instituciones en el constitucionalismo actual,* ASENSI SABATER, José (coord.) Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

— "El recurso contencioso-electoral", *Revista de las Cortes Generales,* nº 33, 1994.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alonso. "Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica,* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2009.

FERRERES COMELLA, Víctor. *Justicia Constitucional y Democracia,* 2da. ed., Madrid, CEPC, 2007.

FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela. "Los recursos constitucionales del procedimiento electoral", *Revista de las Cortes Generales,* nº 24, 1991.

— "En torno al concepto de tutela efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24,1 de la Constitución española), *Revista de Estudios Políticos,* Nº 33, 1983.

FLORES ARÁOZ, Antero, "Organismos Electorales no deben tener misma jerarquía del Jurado", Versión impresa del diario *El Comercio* del 11 de julio de 1995.

FOSSAS ESPADALER, Enric. *El Derecho de Acceso a los Cargos Públicos,* Tecnos, Madrid, 1993.

FREIDENBERG, Flavia. "Actualidad Político-Constitucional de América Latina. Octubre 2005-agosto 2006". *Revista General de Derecho Constitucional,* nº 2, octubre 2006. Disponible en: (http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=3&numero=2).

FREIXES SANJUAN, Teresa. "Reforma de la Constitución: igualdad de mujeres y hombres y sucesión a la Corona de España", *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos,* RUBIO LLORENTE, Francisco (editor), Consejo de Estado – CEPC, Madrid, 2006.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y otros. *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización,* Marcial Pons, Madrid, 2001.

GARCÍA BELÁUNDE, Domingo. "Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979)",

Historia constitucional: Revista electrónica de de Historia Constitucional, nº 4, 2003, disponible en: (http://hc.rediris.es/04/Numero04.html?id=03).

— "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú,* Vol. 2, MORODO LEONCIO, Raúl y DE VEGA, Pedro (coords.), Universidad Complutense, Madrid, 2001.

— "De la jurisdicción constitucional al Derecho procesal Constitucional", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional,* nº 3, 1999, pp. 121-156.

— "La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo", *La justicia constitucional a finales del siglo XX, Revista del Instituto de Ciencias Políticas y Derecho Constitucional,* nº 6, 1998, (Huancayo-Perú, Palestra Editores), pp. 139-154.

— "La interpretación constitucional como problema", *Revista de Estudios Políticos,* nº 86, 1994.

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "La evolución político-constitucional del Perú 1976-2005", *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* Año 6, nº 2, 2008, pp. 371-398.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* 4ta. ed., Navarra, Aranzadi, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I,* décimo cuarta edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2008.

GARCÍA MACHO, Ricardo. "Problemática de la división de poderes en la actualidad", *Revista de Estudios Políticos,* Nº 53, 1986.

GARCÍA PELAYO, Manuel. "El status del Tribunal Constitucional", *Obras completas,* tomo III, Madrid, CEC, 1991.

— *El Estado de partidos,* Alianza Editorial, Madrid, 1986.

— "La división de poderes y su control jurisdiccional", *Revista de Derecho Político,* UNED, Madrid, Nº 18-19, 1983.

— "El Estado social y sus transformaciones", *Las transformaciones del Estado contemporáneo,* Madrid, 1977.

— "Constitución y Derecho Constitucional: (Evolución y crisis de ambos conceptos)", *Revista de estudios políticos,* Nº 37-38, 1948.

GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración,* Aranzadi – Civitas, Navarra, 2010.

— "Del compromiso Internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos (Art. 3P1 CEDH)", *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* GARCÍA ROCA, Javier y SANTOLAYA, Pablo (coordinadores), 2da. ed., CEPC, Madrid, 2009.

— "El principio de la división de poderes", *Revista de Estudios Políticos,* nº 108, 2000.

— *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución,* Aranzadi, Pamplona, 1999.

GARCÍA SORIANO, María. "El artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio de Roma de 1950: análisis del derecho a unas elecciones libres", *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, nº 14/15, 1996.

GARRORENA MORALES, Ángel. *Representación política y Constitución democrática,* Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.

— *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho,* Tecnos, Madrid, 1987

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional,* Tecnos, Madrid, 1993.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GÓMEZ MONTORO, Ángel. *El conflicto entre organismos constitucionales,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. "La sucesión a la Corona: la reforma del artículo 57.1 de la Constitución española", *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos,* RUBIO LLORENTE, Francisco (editor), Consejo de Estado – CEPC, Madrid, 2006.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SÁNZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo,* 2da. ed., Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2010.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. "Los retos del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tras la reforma de 2007", *Nuevos escenarios del Derecho Electoral: los retos de la reforma de 2007-2008,* ACKERMAN, John (coordinador), Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2009.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Félix. *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común I,* 2da. ed., Civitas, Madrid, 1999.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, Pedro. *El Tribunal Constitucional,* Aranzadi, Navarra, 2000.

CÓRDOBA CASTROVERDE, Diego y GUILLÓ SÁNCHEZ-GALIANO, Amparo, "Principio de Coordinación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Documentación administrativa,* Nº 230-231, 1992.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducido por Manuel JIMÉNEZ REDONDO, Trotta, Madrid, 1998.

HAKANSSON NIETO, Carlos. "La Unificación de los Organismos Electorales: JNE, ONPE y RENIEC como parte de la reforma del Estado", *Revista Peruana de Derecho Constitucional,* nº 3, Nueva época, julio-diciembre, 2010, pp. 123-139.

HELD, David. *Modelos de Democracia,* Madrid, Alianza Editorial, 2001

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional,* Pedro CRUZ VILLALÓN (traductor), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

JARAMILLO, Juan. "XVIII. Los órganos electorales supremos", *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina,* NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores), 2da. ed., México D.F., IIDH - Universidad de Heidelberg - IDEA - TEPJF, IFE, 2007.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado,* México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000.

— *Reforma y mutación constitucional,* traducido por Christian FÖRSTER, Madrid, CEPC, 1991.

JERICÓ OJER, Leticia. "El concepto de decisión de conciencia en el Tribunal Constitucional Alemán", *Laicidad y Libertades. Escritos jurídicos,* Nº 1, 2001.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. "Interpretación Conforme a la Constitución", *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional,* ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César (directores), tomo I, 2da. ed., Aranzadi, Navarra, 2011.

— *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías,* Trotta, Madrid, 1999.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?,* Tecnos, Madrid, 1995.

LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático,* 3era. ed., Lima, Palestra, 2007.

— "Tribunal Constitucional y Jurado Nacional de Elecciones", *Elecciones*, nº 7, 2007, pp. 119-137.

— *Constitución y Fuentes del Derecho,* Palestra Editores SAC, Lima, 2007.

LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Ariel, Barcelona, 2000.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil,* MELLIZO, Carlos (traductor), Alianza, Madrid, 2006.

LOVATON, David, MARQUEZ Jaime, ARDITO, Wilfredo, MONTOYA, Iván. *Justicia de paz. El otro poder judicial.* Instituto de Defensa Legal. Lima, 1999.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend,* Tecnos, Madrid, 1987.

MAGALONI KERPEL, Ana Laura. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano,* Mc Graw Hill, Madrid, 2001.

MANILI, Pablo. "Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)", *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica,* FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coordinador), Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2009.

MARIÁTEGUI, José Carlos. *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana,* 3era. ed., Fundación Biblioteca Ayacucho, Caracas, 2007.

MARTÍN REBOLLO, Luis. "Notas sobre el recurso contencioso electoral y otros temas de derecho electoral", *La Protección Jurídica del Ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional). Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez,* MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo (coord.), Tomo II, Civitas, Madrid, 1993.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, José Luis. *Introducción al Derecho Administrativo,* Tecnos, Madrid, 1986.

MEDINA, Javier. "La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas", *Análisis local,* Nº 49, 2003.

MEILÁN GIL, José Luis. "Revisión de oficio en materia electoral", *REDC,* Nº 21, 1987.

— "Revisión de oficio en materia electoral", *Las Cortes Generales,* vol. 3, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987.

MELGAR ADALID, Mario. *La Justicia Electoral. Serie Doctrina Jurídica,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2000, versión electrónica disponible en: (http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=110).

— "El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal", *Justicia Electoral en el Umbral del Siglo XXI. Memoria del III Congreso de Derecho Electoral III,* OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús (compilador), tomo III, IFE-TEPJF-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 1999, versión electrónica disponible en: (http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=240).

MELLADO PRADO, Pilar y GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. "En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del art. 57 de la CE de 1978", REP, nº 22, 1986.

MENDOZA RAMÍREZ, Enrique. "Sobre la autonomía del Jurado Nacional de Elecciones", *Revista Oficial del Poder Judicial,* vol. 1, nº 1, JUSPER, Lima, 2007, pp. 67-84.

MOLAS BATLLORI, Isidre. "Sistema Electoral", *Constitución, Estado Constitucional, Partidos y Elecciones y Fuentes del Derecho. Temas básicos de Derecho Constitucional,* ARAGÓN REYES, Manuel y AGUADO RENEDO, César (directores), tomo I, 2da. ed., Aranzadi, Navarra, 2011.

MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal,* 2da. ed. Madrid, Tecnos, 1979.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barón de. *Del espíritu de las Leyes,* 6º ed., BLÁSQUEZ, Mercedes y DE VEGA, Pedro (traductores), Madrid, Tecnos, 2007.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador,* 3era. ed., Tecnos, Madrid, 2002.

— "Estudio preliminar", *Validez y eficacia de los actos administrativos,* BELADIEZ ROJO, Margarita, Marcial Pons, Madrid, 1994.

— "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *Revista de Administración Pública,* Vol I, 100-102, 1983.

NOHLEN, Dieter. "La calificación electoral en Alemania Federal", *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Federal Electoral*, nº 2, México D.F., 1993.

— *Sistemas Electorales del Mundo,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

NOHLEN, Dieter y SABSAY, Daniel. "Derecho Electoral", *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina,* NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores), 2da. ed., México D.F., IIDH - Universidad de Heidelberg - IDEA - TEPJF, IFE, 2007.

NUÑEZ VARGAS, Eduardo. Voz: "Observación Nacional de Elecciones", *Diccionario Electoral,* IIDH-CAPEL, San José de Costa Rica, disponible en: (http://www.iidh.ed.cr/capel/).

OJESTO MARTÍNEZ, José. "El papel del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en las Elecciones Federales Mexicanas del año 2000", *Panorama actual de la Administración y Gestión de los Procesos Electorales,* Madrid, Ministerio del Interior, 2002.

OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. "Retos de la justicia electoral mexicana", *Nuevos escenarios del Derecho Electoral: los retos de la reforma de 2007-2008,* ACKERMAN, John (coordinador), Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2009.

— Voz: "Justicia Electoral", *Diccionario Electoral,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, disponible en: (http://www.iidh.ed.cr/capel/).

— "El Contencioso Electoral. La Calificación Electoral", *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina,* NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores), 2da. ed., México D.F., IIDH - Universidad de Heidelberg - IDEA - TEPJF, IFE, 2007.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. "Pluralidad de Administraciones y Técnicas Organizativas", *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Administrativo,* CANO CAMPOS, Tomás (coordinador), tomo II, Iustel, Madrid, 2009.

— "La coordinación de la Administración del Estado", *Documentación administrativa,* Nº 230-231, 1992.

PACE, Alessandro. "Igualdad y Libertad", *REDC*, nº 64, Año 22, Enero/Abril, 2002, pp. 53-77.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I. Parte General,* tomo I, Decimoséptima edición, Marcial Pons, Madrid, 2008.

— *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común,* 2da. ed., Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1999.

PARDO FALCÓN, Javier. "El Contencioso-Electoral en la LOREG". *Parlamento y Sistema Electoral. VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos,* PAU I VALL, Francesc (coord.), Aranzadi, Pamplona, 1999.

PASCUA MATEO, Fabio. "La Administración Electoral", CANO CAMPOS, Tomás (coordinador), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho Administrativo,* tomo II, Iustel, Madrid, 2009.

— *El control de las elecciones,* Civitas, Madrid, 2009.

— *La Administración Electoral,* INAP, Madrid, 2007.

PÉREZ NIETO, Rafael y BAEZA DÍAZ-PORTALES, Manuel. *Principios del Derecho Administrativo Sancionador,* Vol. I, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

PÉREZ–MONEO AGAPITO, Miguel. *La disolución de partidos políticos por Actividades Antidemocráticas,* Lex Nova, Valladolid, 2007.

PÉREZ TREMPS, Pablo. *El recurso de amparo,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

PRESNO LINERA, Miguel. *El derecho de voto,* Madrid, Tecnos, 2003.

- "Las garantías del derecho de participación política a través del sufragio activo", *Revista de Derecho Político,* nº 52, 2001.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Apuntes de Teoría General del Derecho,* 3era. Edición, Trotta, Madrid, 2008.

— *Justicia constitucional y derechos fundamentales,* Madrid, Trotta, 2003.

PUENTE EGIDO, José. "La participación de las Cortes Generales en el proceso de conclusión de acuerdos internacionales (arts. 93 y 94 CE)", *Hacia un nuevo orden Internacional y Europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco,* PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel y otros, Tecnos, Madrid, 1993.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional,* CEPC, Madrid, 2008.

RALLO LOMBARTE, Artemi. *Garantías electorales y Constitución.* CEPC, Madrid, 1998.

RAMOS VADILLO, Alejandro. "Gestión del voto por correo por la Oficina del Censo Electoral en España", *Colectivos con Dificultades para el Ejercicio del Derecho de Sufragio*, Ministerio del Interior (editor), Dykinson, Madrid, 2003.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. "Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Año 12, nº 34, 1992.

— *Jurisdicción e independencia judicial,* CEPC, Madrid, 1989.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. "Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos", *Revista española de Derecho Constitucional,* nº 64, 2002.

REY MARTÍNEZ, Fernando. "Una relectura del *Dr. Bonham' case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *judicial review*", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 81, 2007.

— "Derecho de sucesión en la corona y discriminación por razón de sexo: análisis de la posible supresión de la preferencia sucesoria de los varones (art. 57.1 de la Constitución española)", *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional. Texto del Informe y debates académicos,* RUBIO LLORENTE, Francisco (editor), Consejo de Estado – CEPC, Madrid, 2006.

REYNA IZAGUIRRE, Carlos. *Las malas artes. Violencia en elecciones locales,* Lima, ONPE, 2003.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime y SENDÍN, Miguel. *Derecho Administrativo español. Acto Administrativo, Procedimiento Administrativo y Revisión de la Actuación Administrativa,* Tomo II, Netbiblo, La Coruña, 2009.

RODRÍGUEZ, Ángel. "Los Electores Comunitarios en España: Dificultades de registro y propuestas de reforma en el procedimiento de inscripción en el censo electoral de los ciudadanos de la Unión Europea", *Los retos del sistema electoral,* BIGLINO, Paloma (directora), Madrid, IUSTEL, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social,* traducido por Consuelo BERGES, Aguilar, Madrid, 1970.

RUBIO LLORENTE, Francisco. "Presentación", *Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma.* BIGLINO CAMPOS, Paloma (editora), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

— "El Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 71, 2004.

— *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución,* CEPC, Madrid, 1997.

— *Derechos Fundamentales y principios constitucionales. (Doctrina jurisprudencial),* Ariel, Barcelona, 1995.
— "El principio de legalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional,* Nº 39, 1993.
— "La Constitución como fuente del Derecho", en *La Constitución española y las fuentes del Derecho,* vol. 1, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979.

RUBIO LLORENTE, Francisco y JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Estudios sobre jurisdicción constitucional,* MacGraw-Hill, Madrid, 1998.

RUIZ RUIZ, Ramón. "La anulación de elecciones por vulneración de principios constitucionales", ponencia presentada en el III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral, realizado en la sede del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en la ciudad de México D.F. los días 6 y 7 de octubre de 2010, pendiente de publicación.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos,* Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2008.

SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro. "Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos", *Comentarios a la Constitución española,* CASAS BAHAMONDE, María y RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (directores). Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 193-208.

SALCEDO CUADROS, Carlomagno. "Lineamientos para la reforma constitucional de los organismos electorales", *Pioner de Doctrina de Derecho Público y Derecho Privado (Fascículo 2 de la Sección de Derecho Público),* Lima, Gaceta Jurídica, 2007, pp. 35-57.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. "Poder Ejecutivo y división de poderes", *Revista española de derecho constitucional,* nº 3, 1981.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte General,* 4ta. ed., Tecnos, Madrid, 2008.

— "La coordinación administrativa como concepto jurídico", *Documentación administrativa,* nº 230-231, 1992.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. "Empadronamientos fraudulentos y censo electoral", *Nuevas expectativas democráticas y elecciones,* BIGLINO, Paloma (directora), Iustel, 2008.

— *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales,* Madrid, CEPC, 2007.

- "Las garantías de la exactitud del censo en el derecho electoral español", *Revista de las Cortes Generales,* nº 51, 2000.

SANTAMARÍA DE PAREDES, Alfonso. "Comentarios al Artículo 23", *Comentarios a la Constitución,* GARRIDO FALLA, Fernando (compilador), 3era. ed., Civitas. Madrid, 2001.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan. *Principios de Derecho Administrativo General,* tomo I, 2da. ed., Iustel, Madrid, 2009.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. "La necesidad de distinguir constitucionalmente entre las funciones administrativas y las jurisdiccionales en materia electoral", *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi,* VV.AA., Palestra, Lima, 2008.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. "Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio", *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio,* REVENGA SÁNCHEZ, Miguel y SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

— *Manual del Procedimiento Electoral,* 4a. ed., Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1999.

SAR SUÁREZ, Omar. "El amparo electoral frente a la Constitución de 1993", *Revista Peruana de Derecho Constitucional,* nº 3, Nueva época, julio-diciembre, 2010, pp. 189-213.

SARTORI, Giovanni. *Teoría de la Democracia. 1. El debate contemporáneo,* Alianza Universidad, Madrid, 1995.

— *¿Qué es la Democracia?,* Taurus, Buenos Aires, 1993.

SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, Miguel. "Las garantías del Derecho Electoral", *Revista de las Cortes Generales,* nº 20, 1990.

SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución,* Tecnos, Madrid, 1983.

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo y Democracia,* Barcelona, Folio S.A., 1984.

SIMON, Dieter. *La independencia del juez,* XIMÉNEZ-CARRILLO, Carlos (traductor), Ariel, Barcelona, 1985.

SIMON, Helmut. "La Jurisdicción Constitucional", BENDA, MAIHOFER, VOGEL Y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional,* 2da ed., Marcial Pons, Madrid, 2001.

SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SMITH, Peter H. *La democracia en América Latina,* Marcial Pons, Madrid, 2009.

SOBRADO GONZÁLEZ, Luis. "El control de los procesos electorales en Costa Rica", *La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado,* BIGLINO CAMPOS, Paloma y DELGADO DEL RINCÓN, Luis (editores), CEPC, Madrid, 2010.

SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, Juan José. "La actuación efectiva del Proceso Electoral y sus posibilidades", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 70, 2004.

— "Una visión institucional del proceso electoral", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 39, 1993.

— "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos,* nº 71, 1991.

— "La Libertad de Expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional,* nº 32, 1991.

— "Sobre el principio de la separación de poderes", *Revista de Estudios políticos,* nº 24, 1981.

TILLY, Charles. *Democracia,* Akal, Madrid, 2007.

TORRES ARANCIVIA, Eduardo. *Buscando un Rey. El autoritarismo en la historia del Perú. Siglos XVI-XXI,* PUCP, Lima, 2007.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Estado de Derecho y democracia de partidos,* 2da. ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2004.

TRUJILLO RINCÓN, María. *Los conflictos entre órganos constitucionales del Estado,* Congreso de los Diputados, Madrid, 1995.

TUESTA SOLDEVILLA, Fernando. "La Organización Electoral en el Perú", ponencia presentada en el *Seminario Internacional Junta Central Electoral: Alternativas para una elección de consenso (Participación Ciudadana),* Santo Domingo, 4 de agosto de 2006, versión electrónica disponible en: (http://blog.pucp.edu.pe/media/483/20070929-2006.%20Organismos%20electorales.%20Santo%20Domingo.pdf).

— *La Circunscripción Electoral: Perú y la Región Andina,* Oficina Nacional de Procesos Electorales, Lima, 2002.

VALLÈS CASADEVALL, Josep. "Proceso electoral, comportamiento electoral y sistema político", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* nº 5, Enero-marzo, 1990.

VARGAS LLOSA, Mario. *El sueño del Celta,* Alfaguara, Madrid, 2010.

VIDAL FUEYO, Camino. *Constitución y Extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España,* Madrid, CEPC, 2002.

VILE, Maurice. *Constitucionalismo y separación de poderes,* CEPC, Madrid, 2007.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. "Concepto, contenido, objeto y límites de los Derechos Fundamentales", *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente.* VVAA. Vol. 1, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

VILLEGAS, Francisco. "El rol de la prensa en las elecciones presidenciales de 1962-1963: un ejemplo de lucha entre discursos antagónicos", *Historia de las elecciones en el Perú. Estudios sobre el gobierno representativo,* IEP, Lima, 2005.

VIVER I PY-SUNYET, Carles. "El proceso constitucional de amparo: tópicos, datos y propuestas de reforma", *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente,* VV.AA., vol. II, Congreso de los Diputados – Tribunal Constitucional – Universidad Complutense de Madrid – Fundación Ortega y Gasset – CEPC, Madrid, 2002.

VOLPI, Jorge. *El insomnio de Bolívar. Cuatro consideraciones intempestivas sobre América Latina en el Siglo XXI,* Debate, Barcelona, 2009.

VV.AA. *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico,* tercera edición, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2008.

VV.AA. *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica,* Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2009.

VV.AA. *Razones para una unificación. Opiniones y Análisis de Juristas,* JNE, Lima, 2003.

VV.AA., *Diccionario Electoral,* Centro de Asesoría y Promoción Electoral del IIDH, San José de Costa Rica, publicación en línea disponible en: (http://www.iidh.ed.cr/capel/)

WOLDENBERG, José. "Las funciones del IFE en las elecciones mexicanas del 2 de julio de 2000", *Panorama actual de la Administración y Gestión de los Procesos Electorales,* Madrid, Ministerio del Interior, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia,* traducido por Marina GASCÓN, Madrid, Trotta, 1995.

ZOVATTO, Daniel. "Derechos Políticos como Derechos Humanos", *Tratado de Derecho electoral comparado de América Latina,* NOHLEN, Dieter, ZOVATTO, Daniel; OROZCO, Jesús y THOMPSON, José (compiladores), 2da. ed., México D.F., IIDH - Universidad de Heidelberg - IDEA - TEPJF, IFE, 2007.

INFORMES

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Nº 51/021 que declaró la admisibilidad de la Petición 12.404 del 10 de octubre de 2002 formulada por Janeth Espinoza Feria y otras contra Perú. Disponible en: (http://www.cidh.org/annualrep/2002sp/Peru12404.htm)

— Segundo Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, disponible en el sitio web de la Organización de Estados Americanos, en: (http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=S&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights.htm)

— Informe Nº 119/1999 en el Caso 11.428, de fecha 06 de octubre de 1999, entre la señora Susana Higuchi Miyagawa y el Estado Peruano, disponible en: (http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Peru11.428.htm).

CONSEJO DE ESTADO español. *Informe sobre modificaciones a la Constitución española,* de febrero de 2006

- *Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General,* de 24 de febrero de 2009.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE PERÚ. *Reporte de Conflictos Sociales Nº 80*, octubre de 2010, disponible en: (www.defensoria.gob.pe).

— Informe de la Defensoría del Pueblo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Etapa de Solución Amistosa del Caso

12.404 (Janet Espinoza Feria y otros vs. Perú). Disponible en: (www.defensoría.gob.pe).

— *Elecciones Generales 2006. Reporte de Supervisión Electoral Nº 1*, del 8 de febrero de 2006, disponible en: (http://www.transparencia.org.pe/documentos/defensoria_del_pueblo___reporte_1___supervision_electoral_%85.pdf).

— Informe Defensorial Nº 24, "La libertad de expresión en un contexto electoral: El caso del periodista Isaac García en relación a las declaraciones del Ex – Ministro de la Presidencia".

— *ELECCIONES 2000. Supervisión de la Defensoría del Pueblo,* Lima, 2000.

OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CIDH

Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9.

Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva 14/94, del 9 de diciembre de 1994, Serie No. 14.

FUENTES DE CONSULTA ELECTRÓNICA

1. Artículos de opinión publicados en periódicos disponibles en internet

AGENCIAPERU. "Puno: turba asesina a alcalde y regidor en Ilave", noticia del 26 de abril de 2004, disponible en: (http://agenciaperu.com/reportes/2004/abr/ilave.htm) (26-07-2010).

APEIM (Asociación Peruana de Empresas de Investigación de Mercados). "Disposición de JNE impedirá que sigamos haciendo encuestas", *RPP noticias,* del 14 de febrero de 2011, disponible en: (http://noticias.latam.msn.com/pe/peru/articulo_rpp.aspx?cp-documentid=27682084) (09-03-2011)

BBCMUNdo.com. "Recuperan el control de Ilave", noticia del jueves 13 de mayo de 2004, disponible en: (http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_3712000/3712129.stm) (26-07-2010)

EDITORIAL DEL DIARIO EL COMERCIO. "Por un orden y eficiencia en las iniciativas para la reforma electoral y de los partidos". Versión *on line* del 2 de octubre de 2008, (http://www.elcomercio.com.pe/Edicionimpresa/Html/2008-10-02/por-orden-y-eficiencia-iniciativas-reforma-electoral-y-partidos.html) (2/10/2010)

LOBO, Ramón. "Urnas entre Fusiles. La incierta papeleta de Afganistán". *Diario El País*, edición impresa del 16 de agosto de 2009.

LUNA AMANCIO, Nelly. "Ilave intenta exorcizar su tragedia", versión digital del diario El Comercio del 16 de diciembre de 2007, disponible en (http://elcomercio.pe/edicionimpresa/Html/2007-12-16/ilave-intenta-exorcizar-su-tragedia.html) (26-07-2010)

OPPENHEIMER, Walter. "Las Tribulaciones de Nick Clegg", *Diario El País*, edición impresa del día domingo 9 de mayo de 2010.

— "Los conservadores británicos ganan las elecciones sin mayoría absoluta", *El País Digital* del 7 de mayo de 2010, disponible en: (http://www.elpais.com/articulo/internacional/conservadores/britanicos/ganan/elecciones/mayoria/absoluta/elpepuint/20100506elpepuint_18/Tes)

PEÑAFLOR, Giovana, "Normas del JNE hará imposible hacer encuestas", *Diario Gestión,* del 14 de febrero de 2011, disponible en: (http://www.generaccion.com/noticia/93107/giovanna-peor-normas-jne-harmposible-hacer-encuestas) (09-03-2011).

UGAZ, Paola, "Perú: retiran ley "mordaza" a encuestadoras", *BBC Mundo,* noticias del 17 de febrero de 2011, disponible en: (http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2011/02/110216_peru_ley_mordaza_encuestadoras_rg.shtml) (09-03-2011)

2. Portales web de consulta permanente

CENTRO DE ASESORÍA Y PROMOCIÓN ELECTORAL – CAPEL (www.iidh.ed.cr/capel/)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Para los debates del Congreso Constituyente de 1993, (www.congreso.gob.pe)

CONSEJO DE ESTADO ESPAÑOL
(http://www.consejo-estado.es/)

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL PERÚ:
(www.defensoria.gob.pe)

DIARIO *EL PAÍS* – VERSIÓN DIGITAL:
(www.elpais.com)

DIARIO *EL COMERCIO* – VERSIÓN DIGITAL:
(www.elcomercio.pe)

JURADO NACIONAL DE ELECCIONES:
(www.jne.gob.pe)

OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES:
(www.onpe.gob.pe)

REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL:
(www.reniec.gob.pe)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL:
(www.tribunalconstitucional.es)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO:
(www.tc.gob.pe)