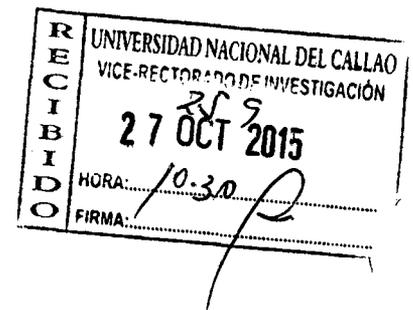
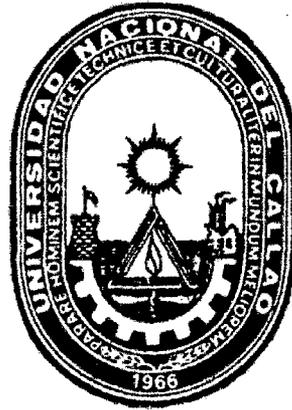


215

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CALLAO

FACULTAD DE INGENIERÍA ELÉCTRICA Y ELECTRÓNICA

Instituto de Investigación de la Facultad de Ingeniería Eléctrica y Electrónica



INFORME FINAL DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN:

« IMPLICANCIAS CONSTITUCIONALES DEL IMPEDIMENTO LEGAL QUE RIGE

CONTRA EL CÓNYUGE DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA PARA POSTULAR

A LA PRESIDENCIA O VICEPRESIDENCIAS DE LA REPÚBLICA »

A U T O R:

**Abogado MAURO BERNARDO SÁNCHEZ CABRERA
Profesor Investigador
Categoría ASOCIADO a T.C.**

**PERIODO DE EJECUCIÓN:
Del 01 de Junio del 2013 al 31 de Agosto del 2014**

**APROBACIÓN:
Resolución Rectoral N° 590 – 2013 – R
del 21 de Junio del 2013**

**Callao - Perú
2 0 1 5**



27 OCT 2015

MSC

I. ÍNDICE

	Pág.
I. ÍNDICE	1
ÍNDICE DE LAS TABLAS DE CONTENIDO	2
II. RESUMEN	3
ABSTRACT.....	4
III. INTRODUCCIÓN	5
IV. MARCO TEÓRICO	8
CAPITULO I - LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA ELECTORAL	
1. La Constitución como juridización de la política	8
2. La Constitución y el ejercicio de la democracia	13
3. El derecho constitucional a la participación política	18
4. La democracia constitucional y su protección jurídica	25
CAPITULO II - EL SISTEMA ELECTORAL PERUANO	
1. El sistema electoral estatal y su relevancia	30
2. Sistema Electoral y Gobernabilidad	33
3. Los Sistemas Electorales en el Perú	35
4. Las restricciones en el Derecho electoral peruano	38
5. La prohibición al cónyuge del Presidente de la República	42
6. La Ley Orgánica de Elecciones y la técnica legislativa	44
V. MATERIALES Y MÉTODOS	48
VI. RESULTADOS	50
VII. DISCUSIÓN	52
VIII. REFERENCIALES	54
IX. APÉNDICES	57
Tabla 1	57
X. ANEXOS	58
Matriz de consistencia	59

ÍNDICE DE LAS TABLAS DE CONTENIDO

Tabla 1. Presidentes de la República y sus cónyuges contra las que rige el impedimento de postular a la Presidencia o Vicepresidencias de la República	Pág. 57
--	---------

II. RESUMEN

En la época que se formuló el proyecto de la presente investigación, estaba en el orden del día de la agenda política nacional la posibilidad de que la primera dama de la Nación, Nadine Heredia Alarcón de Humala, pudiera ser candidata a la Presidencia de la República en el proceso electoral a realizarse en el año 2016. Ya sea que esta situación fuera meramente hipotética o especulativa, lo cierto es que el alto índice de aceptación y popularidad que en ese momento tenía en las encuestas de opinión pública, la ubicaban como una candidata potencial a la primera magistratura de la República.

Sin embargo, dado que la Ley Orgánica de Elecciones establece el impedimento de que el cónyuge del Presidente de la República postule a la Presidencia o Vicepresidencias en el período siguiente a su mandato, la investigación se propuso como objetivo determinar si esta prohibición era congruente con el Derecho a la Participación Política en su modalidad del derecho a ser elegido, que es uno de los Derechos Fundamentales de la persona que nuestra Constitución Política establece como uno de los principios desarrollados a través del Sistema Electoral.

Es así, que luego de efectuarse un análisis exegético y sistemático de la prohibición en materia electoral establecida en la Ley Orgánica de Elecciones, y de someterla a los alcances normativos de la Constitución Política en materia electoral, como resultado, se tiene que la Constitución establece que tanto el derecho de elegir (sufragio activo) como el derecho de ser elegido (sufragio pasivo) que integran el Derecho a la Participación Política de las personas, por mandato de la propia norma constitucional deben regularse mediante una Ley Orgánica. De donde el impedimento contra el cónyuge del que ejerce la Presidencia o la ha ejercido en el año precedente a la elección, no afecta los Derechos Fundamentales.

Palabras claves: impedimento, cónyuge, Presidente de la República.

ABSTRACT

At the time in which the project of this present research was made, it was on the agenda of the national political agenda the possibility that the First Lady of the Nation, Nadine Heredia Alarcón Humala, could be a candidate for the Presidency of the Republic in the electoral process to be held in 2016. Whether this situation was merely hypothetical or speculative, the fact is that the high rate of acceptance and popularity that she had in the public opinion polls during that period of time, placed her as a potential candidate for the presidency of the Republic.

Nevertheless, since the Elections Organic Law establishes the impediment in which the spouse of the President can run for President or Vice President in the period following its mandate. The research resolve in setting a target aimed to determine whether the ban was consistent with the right of Political Participation in the modality of the right to be elected, which is one of the fundamental rights of a person that our Political Constitution states as one of the principles developed through the electoral system.

Thus, after completing an exegetical and systematic analysis of the ban on electoral matters that was set in the Elections Organic Law, as well as submitting it to the regulatory scope of the Political Constitution in electoral matter. As a result, to conclude the Constitution establishes that both the right to choose (to vote) and the right to be elected (passive suffrage) that incorporate the right to political participation of people by mandate of the constitutional rule itself should be regulated by an organic law. Where the impediment against the spouse holding the presidency or who has practiced it the year preceding the election does not affect fundamental rights.

Keywords: Impediment, spouse, President of the Republic.

II. INTRODUCCIÓN

El Artículo 2° de la Constitución Política del Estado establece en su inciso 17), en forma literal, que toda persona tiene derecho: *«A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.»*

Esta norma es concordante con el Artículo 31° de la Constitución Política del Estado, que en su primer apartado señala: *«Los ciudadanos (...) 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.»* Esta prescripción constitucional, se complementa con el Artículo 38° de la Carta Fundamental, que establece lo siguiente: *«Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.»*

Asimismo, el Artículo 2° de la Constitución Política del Estado preceptúa en su inciso 2) que toda persona tiene derecho: *«A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.»*

De otro lado, el Artículo 103° de la Constitución Política del Estado, prescribe lo siguiente: *«Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas. (...) La Constitución no ampara el abuso del derecho.»*

En este contexto, el Artículo 200° de la Constitución Política del Estado establece a través de seis incisos, las diversas acciones de garantía constitucional que existen en nuestro sistema jurídico: a) La Acción de Hábeas Corpus, que procede ante el hecho u omisión, cometido por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos; b) La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión cometido por cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución; c) La Acción de Hábeas Data, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el Artículo 2°-incisos 5), 6) y 7) de la Constitución Política; d) La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley; e) La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley; y, f) La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. De todas ellas, sólo las cuatro primeras tienen por objeto esencial, la defensa de los Derechos Fundamentales a que se contrae el Artículo 2° de la Constitución, preceptuados a través de 24 incisos y en 8 sub apartados del último de éstos.

Asimismo, el Artículo 201° de la mencionada Carta Política, prescribe que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, el mismo que es un órgano autónomo e independiente. A su vez, el Artículo 1° de la Ley N° 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–, señala que «*El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad*»; y, la Primera Disposición Final de la norma acotada, que «*Los jueces y Tribunales*

interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad».

Por último, el Artículo 178° de la Constitución Política del Estado fija la competencia del Jurado Nacional de Elecciones, una de cuyas funciones establecidas en el inciso 4) es la de «*Administrar justicia en materia electoral*».

En este marco contextual, se formularon los siguientes problemas:

- 1) *¿El impedimento establecido en la ley orgánica de elecciones en el sentido de que el cónyuge del presidente de la república pueda postular en el período siguiente, es inconstitucional?. Y,*
- 2) *En el caso de ser inconstitucional, ¿cuál sería el medio para poder superar el impedimento establecido legalmente?*

De esta manera, en la presente investigación se fijó como objetivo general, establecer, con sujeción a la Constitución Política del Estado, el carácter jurídico del impedimento establecido en la Ley Orgánica de Elecciones para que el cónyuge del Presidente de la República no pueda postular a la Presidencia o Vicepresidencias en el período siguiente al de su mandato. Asimismo, se fijó como uno de los objetivos específicos, determinar si el Sistema Electoral establecido en la Constitución Política del Perú es congruente con los Derechos Fundamentales de las personas, para lo cual, se propició el estudio y debate en clase, de los aspectos inherentes al impedimento establecido en el Artículo 107°-inciso e) de la Ley Orgánica de Elecciones-Ley N° 26589.

MAURO B. SÁNCHEZ CABRERA

IV. MARCO TEÓRICO

CAPITULO I

LA CONSTITUCIÓN Y EL SISTEMA ELECTORAL

1. La Constitución como Juridización de la Política

Desde que el hombre apareció por sobre la faz de la tierra, tuvo la necesidad de convivir y asociarse con otros seres humanos para poder sobrevivir frente a otras especies, así como para protegerse comunitariamente ante el peligro latente que los animales y los fenómenos de la naturaleza representaban para su existencia. En este proceso, a partir de llevar una vida nómada y errante evolucionó hasta llegar a arraigar en una porción de territorio físico, estableciendo con ello las bases de una sociedad estable asentada en un espacio geográfico determinado.

Sin embargo, en el desarrollo de la convivencia territorial del grupo humano producido en ese espacio físico se descubrió, muy pronto, que para poder mantener su convivencia era necesario organizarse de un modo determinado. Esta necesidad se explica debido a que, según BIDART CAMPOS, «Organizarse quiere decir *ordenarse en busca de un fin y con unos medios para alcanzarlo*. El fin consiste, simplemente, en satisfacer todas las necesidades comunes que hacen a la convivencia del grupo y de sus miembros, o sea, alcanzar en conjunto todo lo que cada hombre aislado, o en un grupo menor, no podría alcanzar. Es decir, un fin *general, total y máximo*: “común” no sólo porque abarca a *todos*, sino porque abastece *todas las necesidades* de la vida personal y social en la plenitud de sus aspectos. Para obtener ese fin, el medio más importante y

primario es la existencia de una jefatura, de una conducción, de una dirección en el grupo; si se quiere, de una *autoridad con poder* suficiente para hacer, mandar y prohibir todo lo que le interesa al grupo.»¹

Ahora bien, la organización del grupo en forma estable dentro de un territorio implica, de hecho, una formación social de naturaleza eminentemente política. Esto significa, de un lado, que para llegar a este estado la comunidad debe encontrarse en aptitud de poder alcanzar un *fin* social determinado; y, de otro lado, que se halle en la posibilidad de satisfacer las necesidades de carácter *cuantitativas* y *cualitativas* del respectivo grupo social. Las *cuantitativas*, son aquellas necesidades comunes de la vida cotidiana, tanto de los miembros que forman parte del grupo como de todos los grupos menores o parciales que surjan dentro de él; en tanto que las *cualitativas*, son aquellas que persiguen la obtención de un *fin general* –en contraposición de lo particular o parcial– y *común de todos* los hombres y grupos menores, abarcando la totalidad de las necesidades humanas y sociales de esa convivencia.

En la historia de la convivencia humana se observa, indistintamente, que en el proceso seguido para lograr esos distintos fines se ha ido formando, gradualmente, un determinado grupo de personas que ha ejercido una especial forma de poder que hoy se conoce y define como el poder político. Al respecto, debe señalarse que el poder político ha existido siempre; siendo por esta razón, igualmente, que el poder político ha tendido siempre a afirmarse establemente a través de algún tipo o clase de norma a fin de perpetuar el estado de cosas existente en un momento y lugar, concretamente determinados.

¹ BIDART CAMPOS, GERMÁN. **Lecciones Elementales de Política**. Argentina, EDIAR S.A. Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 13ª Reimpresión, 2007; pág. 14.

De esta manera es cómo se ha producido la génesis del Estado, el mismo que apareció como una forma de organización social que, históricamente, proviene del triunfo de la fuerza ². Es por eso que en los Estados arcaicos de la humanidad, era un asunto de vital importancia la elección de su conductor político, tanto para imponer un orden al interior de la colectividad (estabilidad) así como para organizar su defensa frente a los elementos del exterior (seguridad). La consecución y ulterior consolidación de estos objetivos fundamentales sólo ha sido posible de obtenerse a través del Derecho, que paulatinamente se convirtió en un elemento indispensable y necesario para garantizar la estabilidad y la seguridad de las diversas comunidades que presentaban dichas características.

En este proceso, se produjo la génesis y constitución del poder político como uno de los elementos fundamentales de una nueva y especial forma de organización política, el Estado, basada en una relación específica de mando y de obediencia. Al respecto, cabe señalar que si bien el Estado ha sido definido tradicionalmente como la confluencia indisoluble de tres elementos conformados por el poder, el territorio y la población, sin embargo, éstos también han estado presentes en todas las demás formas de organización política que le han antecedido históricamente. Como dice PÉREZ ROYO, «siempre que ha existido una forma política es que ha existido poder, esto es, dominación de unas personas sobre otras y, en consecuencia, tiene que haberse producido ese fenómeno dentro de una determinada población y tiene que haberse ejercido sobre un determinado soporte físico, sobre un territorio» ³. A partir de lo cual, dicho autor concluye señalando que poder, territorio y

² ARNÁIZ AMIGO, AURORA. **El Estado y sus fundamentos institucionales**. México, Editorial Trillas, 1ª edición, 1995; pág. 42.

³ PÉREZ ROYO, JAVIER. **Curso de Derecho Constitucional**. Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 10ª edición; pág. 71.

población no son los elementos constitutivos de la definición del Estado, sino que lo son de todas las formas políticas que han sobrevenido a través de la historia, sin excepción alguna.

De allí, que la sola presencia de esos tres elementos no es determinante para poder diferenciar al Estado de las otras formas de organización política que le han antecedido. Sobre el particular, el elemento característico que lo hace diferente de las demás que le precedieron históricamente es el *poder político*, cuya consolidación –a decir de PÉREZ ROYO– «sólo se produce con el tránsito de la desigualdad por naturaleza a la igualdad esencial de los seres humanos.»⁴ Claro que este proceso no ha seguido una evolución uniforme en todo el planeta, tal como lo testimonian las diferentes clases de Estado que se conocen a través de la historia de la humanidad así como el desarrollo alcanzado por éstos. Pero al margen de ello, el poder político constituye una peculiaridad del Estado moderno, que ha devenido en la actualidad en un *Estado constitucional de derecho* caracterizado por la legitimación del poder político a través del Derecho, cuyo eje fundamental es el *principio de igualdad* que se consagra en la Constitución, conceptuada –a su vez– como la norma fundamental en que se sustenta el desarrollo de la actividad estatal y de sus órganos jurídico-políticos tanto en su relación con los particulares al igual que consigo mismo.

En este enfoque, se sintetizan diversos aspectos que son materia de estudio por la Ciencia política y cuya concatenación nos permite entender los alcances del epítome desarrollado en este apartado. En efecto, ateniéndonos a que la política es –además de ciencia y conocimiento– *actividad o praxis, forma de comportamiento humano en su dimensión social*, quehacer de los individuos en el área de su convivencia;

⁴ PÉREZ ROYO, JAVIER; ob. cit., pág. 62.

y considerando, asimismo, que lo político siempre apunta a lo estatal ⁵ habida cuenta que el Estado –o sea, la convivencia humana organizada– es una realidad dinámica que se desarrolla y transcurre en un *régimen* al que se denomina político, todo ello nos lleva a la conclusión de que la **política** se da en torno del Estado, y encuentra su eje en el poder del Estado o poder político ⁶.

Desde esta perspectiva, el *régimen político* constituye la faz dinámica del Estado, la misma que está caracterizada por la reciprocidad e interacción dialéctica entre gobernantes y gobernados. En esta relación, las actividades del gobernante y de los gobernados se combinan y entremezclan, integrándose y conduciéndose por un cauce *jurídico*. Es así, como el orden político se transforma en un orden jurídico, es decir, que la política se *juridiza*. Ahora bien, considerando que el orden jurídico fundamental de un Estado o régimen es el *Derecho constitucional* o *Constitución política* de ese Estado, se concluye entonces –siguiendo a BIDART CAMPOS ⁷–, que política es igual a régimen y que régimen es equivalente a Constitución, por cuanto la Constitución es el modo y la forma de organizarse el régimen en su concreta estructura de ser, de existir y de realizarse. De esta manera es cómo el Derecho ordena a la política, pues, como forma de actividad social cumplida por los hombres que gobiernan y que son titulares del poder estatal, **la política se juridiza dentro del marco del Derecho** para dirigir al Estado, planificar y programar lo que ha de hacerse desde el poder, así como lo que los gobernados deben cumplir conforme a los objetivos establecidos en dicho

⁵ En este contexto, "lo estatal" se refiere a la organización de la sociedad que congrega a un grupo humano en un marco territorial con el fin general y máximo de satisfacer todas las necesidades de ese grupo y de sus integrantes.

⁶ BIDART CAMPOS, GERMÁN; ob. cit., págs. 35 y 36.

⁷ BIDART CAMPOS, GERMÁN; ob. cit., pág. 39.

plan. En este marco, la Constitución constituye la norma suprema o ley fundamental, principio y fin de todo el sistema jurídico estatal.

2. La Constitución y el ejercicio de la Democracia

La relación gobernante-gobernado ha sido materia de diversos tratamientos a través de la historia, debido a que la actividad desarrollada por estos dos grupos es parte de la política entendida como *lucha* por el poder⁸, al margen de que en forma paradójica, éste haya nacido como una necesidad apremiante de seguridad frente a la amenaza de violencia que en todos sus aspectos se cernía sobre la convivencia humana⁹. Ahora bien, cabe precisar en este plano –que es el más trascendental, por sus implicancias sobre la actividad estatal–, que la lucha por el poder se produce entre los que gobiernan (para retener, conservar y ampliar el poder que ya ejercen) y los que son gobernados (para conquistar y alcanzar el poder que no tienen, pero que pretenden ejercer dentro del Estado).

Al respecto, aunque si bien le correspondió a J.J. ROUSSEAU plantearse en la época de la Edad Moderna, a través del “*Contrato Social*”, el problema histórico de «cómo hallar una forma de asociación que proteja y defienda mediante toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y quede tan libre como

⁸ GERMÁN BIDART CAMPOS expresa en su obra citada (pág. 37) que, conceptualmente, a esta modalidad en que se manifiesta la política se le llama *disyuntiva* porque implica disputa, tensión, y oposición, pero también *agonal*, porque agonía significa lucha.

⁹ PÉREZ GÁNDARA, RAYMUNDO. **Democracia y Representación como Presupuestos del Derecho Electoral**. En: “*Apuntes de Derecho Electoral: una Contribución Institucional para el Conocimiento de la Ley como Valor Fundamental de la Democracia*”, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2000; pág. 45.

antes» ¹⁰, y asimismo, ser este pensador quien propuso que dicha entidad era la sociedad democrática, sin embargo, ya desde los inicios de la cultura occidental predominante hoy en día, se produjeron diversos intentos por dar respuesta a tan relevante como trascendental interrogante para la existencia de la humanidad.

Hasta antes de la aparición del Estado moderno capitalista que devino a la gesta de la Revolución Francesa de 1789, las soluciones ensayadas fueron de muy diversa y variada índole conforme a la ideología imperante en cada época. Entre los griegos, por ejemplo, y a diferencia de lo que hoy se concibe en la mayor parte del planeta con respecto a la **democracia** –palabra compuesta por dos voces griegas: “*demos*” (pueblo) y “*kratos*” (poder), de donde se desprende etimológicamente su significado como “*poder del pueblo*”–, este modelo político era cuestionado al influjo del pensamiento aristotélico predominante en esa época, que veía en el gobierno del pueblo grandes peligros que, a su vez, eran la causa de un gran temor y aversión hacia ella por parte de sus detractores, originada en la gran desconfianza hacia los designios de la voluntad general de las masas.

En efecto, aunque sus orígenes se remontan al antiguo pensamiento griego desarrollado durante los siglos III al V de A. de C., sin embargo, desde finales del siglo XVIII de nuestra era, la democracia ha seguido un proceso progresivo de divulgación y aceptación masiva a nivel mundial que logra consolidarse en el siglo XX, esencialmente, con la afirmación de los derechos individuales de la persona, el valor de la libertad y el principio de igualdad jurídica, los cuales son regulados bajo el imperio de la ley cuya positivización se rige en el marco de una estructura en donde la Constitución detenta la supremacía de todo el sistema

¹⁰ Citado por JAVIER PÉREZ ROYO; ob. cit., pág. 460.

jurídico. Todo ello, forma parte del actual concepto de democracia, que, de acuerdo a CABALLERO y ANZOLA ¹¹, se entiende como «la forma de Estado y gobierno, en la que el pueblo no es sólo su origen y portador del poder político, sino que también lo ejerce. En otros términos, el pueblo no sólo legitima sino que mediante su participación en iniciativas (peticiones e iniciativas legales) o decisiones (elecciones y votaciones) también gobierna, es decir, colabora en la formación de la voluntad estatal.»

De este modo, la democracia se ha convertido ahora en una forma de Estado y gobierno que predomina universalmente, enriquecida con la idea fuerza de que su contenido básico supone la existencia de un Estado de Derecho, sistema en el cual, el poder político o poder del Estado asume –entre otros principios fundamentales– el deber de garantizar y respetar una serie de derechos reconocidos a favor de los individuos integrantes de la sociedad en su conjunto, los mismos que se consagran a través de la norma constitucional. Por esta razón, y para el cumplimiento cabal de este objetivo se hace necesaria la subordinación del poder al Derecho, lo que es hoy un presupuesto esencial para la existencia del Estado Contemporáneo. En el Perú, este propósito fundamental cobra vida a través del artículo 1° de la Constitución, por medio del precepto siguiente: «*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*»

En este orden de ideas, en el plano del poder político se asume también que la autoridad detentada por los gobernantes es legítima sólo en tanto y en cuanto, ya sea directa o indirectamente, responda a la voluntad política manifestada por los ciudadanos o gobernados. A esto

¹¹ CABALLERO SIERRA, GASPAR y ANZOLA GIL, MARCELA. **Teoría Constitucional**. Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis S.A., 1995; pág. 134.

último es lo que NORBERTO BOBBIO ¹² denomina el “*principio de legitimidad*”, cuya función política es la de transformar una relación de fuerza en una relación de derecho a través del consenso, para lo cual se hace necesario la justificación del poder. En este enfoque, la justificación hace del poder de mandar un derecho y de la obediencia un deber.

En cuanto al término legitimidad como concepto de Derecho, éste guarda una estrecha relación con su derivado “*orden jurídico*”. Al respecto, dice RAYMUNDO PÉREZ: «La calidad de lo que es legítimo, es todo aquello que se da en el sentido de algo conforme a la ley, con la justicia, con la razón, en suma, conforme a derecho. Luego entonces, la legitimidad del poder conlleva la relación del proceso de mando con los principios jurídicos que dominan en un lugar y tiempo determinados.» ¹³

Cabe precisar, que este nuevo esquema conceptual imperante ha sido posible de alcanzar en base a la afirmación y consolidación del Estado de Derecho ¹⁴ –que en esta etapa, reducía el Derecho a la normatividad legal sustentada en el “*principio de legalidad*”–, el cual, ha evolucionado en la era actual hacia la noción del Estado de Derecho Constitucional asentado sobre la idea base de la Constitución y ya no sólo en la ley, como era antaño. Esta nueva concepción del Estado, se caracteriza porque su contenido jurídico trasciende la rigidez casi absoluta del texto positivo de la ley que identificaba a todas las Constituciones del siglo XX, y que en la presente centuria ha dado paso a una afortunada mutación basada en la *interpretación* de la norma constitucional mediante

¹² BOBBIO, NORBERTO. *El Poder y el Derecho*. México, traducción de José Fernández Santillán, en “*Origen y Fundamentos del Poder Político*”, Editorial Grijalbo, 1985; págs. 20 a 23.

¹³ PÉREZ GÁNDARA, RAYMUNDO; op. cit., págs. 46-47.

¹⁴ La expresión “*Estado de Derecho*” fue acuñada por ROBERT VON MOHL en 1832, siendo definida como el Estado cuyo orden jurídico satisface los requerimientos del constitucionalismo moderno, en la medida que supone la primacía de la ley por sobre la voluntad caprichosa de los gobernantes.

la argumentación jurídica y el razonamiento jurídico desarrollados a través de la jurisprudencia de los jueces constitucionales, cuyo ente institucional emblemático está constituido por el Tribunal Constitucional al ejercer la función asignada como supremo intérprete de la Constitución, rol en el que se halla investido de la facultad de dar fallos cuyos criterios tienen carácter vinculante para todas las autoridades estatales.

Este fenómeno ha sido denominado como la era del *neoconstitucionalismo* ¹⁵, corriente del pensamiento jurídico incorporado en nuestro sistema jurídico a través del primer párrafo del artículo 51° de la Constitución vigente, norma que establece el principio de *supraordinación* o de *supremacía constitucional* consagrado en la prescripción siguiente: «*La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. [...]*». En esta línea de arquitectura jurídico-política, el artículo 38° de la Carta Fundamental preceptúa, literalmente, lo siguiente: «*Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.*»

En este nuevo contexto, la democracia se halla ligada indisolublemente a la política como una forma consensuada de poder. Siendo por ello que las autoridades deben legitimarse permanentemente, ciñéndose a lo estipulado en las reglas y los procedimientos señalados en la Constitución y el ordenamiento jurídico pertinente. Por esta razón, al margen de las coyunturas que eventualmente puedan surgir en el transcurso de cada periodo gubernamental, se afirma que el pacto que no se puede ni se debe romper jamás entre gobernantes y gobernados, es la Constitución. Esto es necesario, para poder garantizar la convivencia

¹⁵ AGUILA GRADOS, GUIDO. **El Neoconstitucionalismo. Una mirada Jurisprudencial.** Lima, Perú, EGACAL, Colección Jurisprudencia Constitucional; págs. 7-10.

pacífica a través del ejercicio de la democracia, una de cuyas características es la alternancia en el poder que, a fin de cuentas, es lo que justifica la prohibición de la reelección presidencial.

Sobre el particular, el politólogo MARTÍN TANAKA apunta que la realización de elecciones y la adopción de reglas que buscan generar equilibrios y contrapesos con el fin de evitar un ejercicio del poder sin límites se debe, justamente, a que el núcleo de la democracia radica en ser una forma de régimen político que busca controlar la arbitrariedad en el ejercicio del poder garantizando derechos fundamentales a la ciudadanía. Sin embargo, después de reinstitucionalizarse la democracia en el Perú al término de la dictadura clásica del último gobierno militar (1968-1980), en la última década del siglo pasado hemos vivido un neo-autoritarismo "híbrido" cívico-militar encabezado por un presidente electo constitucionalmente (Alberto Fujimori Fujimori), que aprovechando del importante apoyo popular recibido destruyó las instituciones democráticas para crear un poder personalista cuyos remanentes familiares buscan retornar al poder del Estado. Esto pone en evidencia, la delgada línea que separa a la democracia del autoritarismo. «La prueba de fuego de una democracia es evaluar si es que los actores, las reglas e instituciones son capaces de frenar la voluntad de acumular o extender el poder de un líder, por más popular que sea. Por el contrario, cuando un líder viola sistemáticamente todas las reglas, amedrenta a los opositores, no negocia y se impone con prepotencia, estamos en la zona autoritaria.»¹⁶

3. El Derecho Constitucional a la Participación política

Si bien es cierto que los derechos que protegen a la persona de la intromisión –tanto de los poderes públicos como de los particulares– en su

¹⁶ TANAKA, MARTÍN. ¿Democracia o Autoritarismo?. Lima, Perú, diario "La República", 28 de febrero del 2010.

esfera de actividad individual son la base y, al mismo tiempo, la garantía de su dignidad en tal calidad, como una condición *sine qua non* de su naturaleza de hombre libre; también lo es, que el orden constitucional democrático no se limita a esa garantía de la dignidad personal, sino que va más allá, por cuanto persigue igualmente la participación de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos mediante un grupo de derechos que pertenecen al ámbito político y que complementan los derechos de la libertad personal. Como dice JOAQUÍN GARCÍA: «En una sociedad democrática, la libertad no se concibe solo sobre el – insoslayable– respeto a las esferas de libre actividad de los ciudadanos: se concibe también como una libertad activamente ejercida, que trasciende de la mera libertad pasiva, y que está encaminada a la configuración, a través de la expresión de opciones plurales, de la voluntad general; se concibe, en resumen, como participación en los asuntos que afectan a la comunidad.» ¹⁷

En el caso peruano, la sociedad democrática se concibe como una interacción dinámica y sistemática entre los derechos fundamentales de carácter individual que se hallan consagrados en las diversas cláusulas del artículo 2° de la Constitución en directa correspondencia con los derechos políticos establecidos tanto en el propio texto constitucional como a través de las distintas leyes especiales de desarrollo que les compete a cada uno de ellos. De esta manera, bien puede afirmarse que si los derechos de libertad son la base del orden constitucional estatuido, a su turno, los derechos de participación constituyen su columna vertebral. Lo cual es consustancial a la democracia, toda vez que ésta «es una sociedad política que garantiza la paz interna, asegura la libertad individual, se rige por la regla de mayorías, posee una tabla de mínimos

¹⁷ GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN. **Los Derechos Políticos**. En: “*Derecho Constitucional*”, 3ª edición, Volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1977; pág. 287.

M/R

de bien común y se funda en un conjunto de valores que significa con las prácticas y ritos adecuados.»¹⁸

Complementariamente, cabe señalar que junto con los derechos y libertades preceptuados en esta parte dogmática de la Constitución, se han establecido una serie de instituciones –en especial, de carácter procesal– que tienen por objeto garantizar su eficacia práctica, con la finalidad de evitar que se pierdan en la estéril dimensión retórica que caracterizaba a las Cartas Políticas meramente declarativas que antecedieron a las Constituciones de 1979 y 1993. Cobra vida así, el concepto predominante de que los derechos constitucionales son, intrínsecamente, traslados de poder del Estado efectuado a cada uno de los individuos que lo conforman¹⁹. Lo que resulta posible en la medida que, contemporáneamente, toda la Constitución es una norma jurídica y, a su vez, todos los derechos tienen fuerza jurídica; siendo por esta razón, que le corresponde a cada juez la noble tarea de interpretarlos para su aplicación específica en cada caso concreto sometido a su avocamiento.

Todo lo antes señalado, adquiere especial énfasis en el caso de los derechos referidos a la participación ciudadana, por cuanto a través de ellos se expresa la voluntad del ciudadano común en la toma de decisiones de vital trascendencia para la marcha institucional del Estado, tal como sucede con los procesos electorales y de referéndum, cuyos resultados suelen ser por lo general –regla confirmada en el Perú con las

¹⁸ VALCÁRCEL, AMELIA. **Cultura y Democracia**. En: *“La Cultura de la Democracia: el futuro”*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1ª edición, diciembre del 2000; pág. 118.

¹⁹ En este contexto, resulta pertinente citar lo señalado por MANUEL JOSÉ CEPEDA E., quien afirma lo siguiente: «El derecho a la Constitución es el derecho de todo ciudadano a la rebelión, pacífica y dentro de los cauces institucionales, contra la arbitrariedad y los abusos de poder. Y, al mismo tiempo, el derecho a la Constitución es la expresión de una noble y justa esperanza: convertir en realidad los ideales de libertad, igualdad y fraternidad, o cualquiera otros que hayan inspirado revoluciones [...]» (*“Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991”*, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2ª edición, 1997; pág. 333).

MSC

excepciones producidas en el caso de las elecciones presidenciales desde el año 1990– determinantes para la conducción y gestión de la actividad estatal.

En este sentido, y siguiendo lo dicho más arriba, la definición constitucional del Estado peruano como un Estado democrático efectuada en el primer párrafo del artículo 43°, tiene como consecuencia obligada el reconocimiento de un cúmulo de derechos de libertad que garantizan una esfera de autonomía del individuo frente al Estado (*status libertatis*), lo que se complementa con el derecho de cada ciudadano a participar en la formación de la voluntad estatal (*status activae civitatis*) a través de los procedimientos establecidos jurídicamente para ello (artículo 45°). Siendo por esta razón, que cuando no se observan las formalidades exigidas para cada caso, el artículo 46° de la Constitución sanciona, taxativamente, lo siguiente: «*Nadie debe obediencia a un gobierno usurpador, ni a quienes asumen funciones públicas en violación de la Constitución y de las leyes. La población civil tiene el derecho de insurgencia en defensa del orden constitucional. Son nulos los actos de quienes usurpan funciones públicas.*»

Al respecto, y como dice MARCIAL RUBIO CORREA ²⁰, es necesario advertir que si bien es cierto la finalidad de la existencia de la ciudadanía es la participación en el ejercicio del poder por el pueblo –que para este efecto, es el conjunto agregado de ciudadanos–, también es igualmente cierto, que el ejercicio del poder por el pueblo no puede hacerse sin respetar un orden preestablecido, porque de ser así, y en tal caso, la democracia deviene inevitablemente en pura y simple anarquía. Es por esta razón, que la participación de la ciudadanía debe realizarse

²⁰ RUBIO CORREA, MARCIAL. **Estudio de la Constitución Política de 1993**. Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1999, 1ª edición, Tomo II; pág. 315.

siguiendo los cauces preestablecidos en la Constitución y la ley, a fin de garantizar su acceso al poder y el orden en los asuntos públicos concernientes a la formación y manifestación de la voluntad general, de acuerdo a lo señalado en el artículo 35° de la Carta Política.

La forma tradicional en que se expresaba el *status activae civitatis* en las democracias occidentales, era el *derecho a elegir y ser elegido* en las asambleas representativas (sufragio activo y pasivo) mediante comicios periódicos, así como a ocupar cargos públicos. En el primer caso, el ciudadano participa en la elección de representantes que después tomarán las decisiones en su nombre y las ejecutarán autónomamente y sin que exista de por medio ningún control posterior por parte del elector luego de haberle delegado el poder. Sin embargo, como consecuencia del descrédito generado ante los excesos o la inacción de los representantes elegidos, desde las últimas décadas del siglo XX se ha venido incorporando progresivamente la denominada “*democracia participativa*” en la formación de la voluntad estatal, a fin de disminuir el impacto negativo causado en la ciudadanía por las falencias de la “*democracia representativa*”, y cuya más genuina expresión se ha manifestado con la aparición de los llamados “*outsiders*” ²¹ en los distintos procesos electorales que se han producido en el Perú desde los años 1980 hacia adelante.

En nuestro ordenamiento jurídico, los principios del modelo de participación han sido consagrados en el inciso 17) del artículo 2° de la Constitución (El derecho que tienen todas las personas «*A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y*

²¹ El anglicismo “**outsider**” sirve para identificar a alguien nuevo, sin experiencia en la política y ajeno a ésta, cuyo prestigio y capital provienen –por lo general– de una actividad distinta al de la gestión pública. Así sucedió en el Perú, por ejemplo, con Ricardo Belmont (farándula) en 1989, Mario Vargas Llosa (cultura) y Alberto Fujimori (docencia universitaria) en 1990, así como con Ollanta Humala (militar) en el 2006.

cultural de la Nación. [...]»), siendo las formas en que se produce su ejercicio mediante el derecho de elección (tanto de elegir como el de ser elegido), de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. Estos postulados se materializan en el orden jurídico con sujeción al desarrollo efectuado en el artículo 31° de la Constitución, norma en la que además de los derechos de participación antes mencionados se incluye también la *demanda de rendición de cuentas*, proceso que conforme a lo regulado en la Ley N° 26300 tiene por objeto que el ciudadano pueda interpelar a las autoridades que ocupan cargos sujetos a revocatoria y remoción, con respecto a la ejecución presupuestal y el uso de recursos propios de la entidad.

De esta compleja variedad de formas de participación del ciudadano que se da en ámbitos tanto políticos como de otra naturaleza, resultan diversos tipos de derechos provistos –a su vez– de diferentes tipos de garantías que requieren ser considerados caso por caso para precisar su tratamiento jurídico. En el contexto de la presente investigación, reviste especial interés los que se refieren a derechos de participación electoral (derecho de sufragio activo) en los órganos de representación política, así como el derecho a ser elegido (derecho de sufragio pasivo) para ejercer cargos representativos de índole política y para acceder a funciones públicas.

Tanto el derecho de sufragio activo como el pasivo (derecho a elegir y de ser elegido), han sido reconocidos en el inciso 17) del artículo 2° de la Constitución, que establece: «*Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección [...]»*. Esta prescripción se complementa en el primer apartado del artículo 31° de la Carta aludida, donde explícitamente, se señala lo siguiente: «*Los ciudadanos [...] 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. [...]».

La ubicación del precepto en el texto constitucional configura este derecho como vinculante a toda clase de autoridades, en virtud de la proscripción dispuesta a título de sanción en el apartado final de la misma norma («*Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos*»), así como a tenor de lo prescrito en el artículo 38° de la Constitución aludido anteriormente. En este sentido, es importante resaltar que las expresiones «*conforme a ley*» así como «*de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica*», ponen de manifiesto una delegación explícita para que el ejercicio de este derecho sea desarrollado a través de una ley especial (la norma constitucional dispone que sea específicamente mediante Ley Orgánica). En consecuencia, teniendo en cuenta que los derechos humanos o derechos fundamentales no son absolutos, sino que pueden ser regulados o limitados, en este caso, resulta claro que el constituyente ha delegado en el legislador la potestad de establecer la forma, requisitos y condiciones exigidas para el ejercicio regular de los derechos de elegir y de ser elegidos. Esto se debe –como lo señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 00030-2005-AI, del 2 de febrero del 2006–, a que la Constitución no es una norma reglamentaria y, por lo tanto, acabada en su contenido dispositivo (como se entendería desde una perspectiva ius positivista); siendo por esta razón, que en una multiplicidad de casos la ley es un complemento necesario de las cláusulas constitucionales, tal como sucede en el caso de los derechos fundamentales de configuración legal [F.J. 26].

En el caso que nos ocupa, este desarrollo ha sido efectuado a través de la Ley Orgánica de Elecciones signada con el número 26859,

norma promulgada el 29 de setiembre de 1997 y que está vigente desde el 2 de octubre de 1997.

4. La Democracia Constitucional y su protección jurídica

Tal como afirma JAVIER PÉREZ ROYO, las Declaraciones de Derechos de 1776 y 1789 «son los instrumentos a través de los cuales se define constitucionalmente la población del Estado. Es esto lo que diferencia a la población del Estado de la población de todas las demás formas políticas preestatales. El reconocimiento de los derechos es lo que convierte al individuo en ciudadano.»²² Siendo por esta razón, «que el poder del Estado en sus diversas manifestaciones encuentra su origen en los propios derechos fundamentales. Son los ciudadanos ejerciendo el derecho de sufragio y el derecho de asociación política los que deciden la composición y el funcionamiento de los “poderes políticos” del Estado.»²³

Al respecto, el inciso 17) del artículo 2° de la Constitución reconoce como un derecho fundamental del individuo el derecho de sufragio activo, que es el modo por medio del cual se canaliza el proceso de autodirección política de la sociedad, que es, precisamente, en lo que consiste la democracia. Como dice PÉREZ ROYO, «El derecho de participación es el vínculo entre el derecho de autodeterminación política de cada individuo y el derecho de autodeterminación de la sociedad.»²⁴ Asimismo, se reconoce implícitamente el derecho de sufragio en su vertiente pasiva, es decir, el derecho que tiene cualquier ciudadano a poder ser elegido como representante de los demás, adquiriendo –en consecuencia– el derecho a acceder y permanecer en el ejercicio del

²² JAVIER PÉREZ ROYO; ob. cit., pág. 237.

²³ JAVIER PÉREZ ROYO; ob. cit., pág. 252.

²⁴ JAVIER PÉREZ ROYO; ob. cit., pág. 460.

cargo representativo para el que haya sido elegido como resultado del ejercicio soberano del derecho de sufragio activo efectuado por sus conciudadanos con sujeción a las reglas preestablecidas para tal efecto. Se pone de manifiesto de este modo, el vínculo existente entre la parte dogmática y la parte orgánica de la Constitución, en cuya relación, el eje comunicante es la persona humana.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que los derechos fundamentales a elegir y ser elegidos representantes reconocidos en el artículo 31° de la Constitución, son dos derechos de correspondencia recíproca [STC N° 00030-2005-AI de fecha 2 de febrero del 2006, F.J. 4]. Asimismo, en el Fundamento 27-b) del fallo aludido, se manifiesta lo siguiente: «El derecho fundamental a ser elegido representante es un derecho de configuración legal. Ello es así [...] porque el artículo 31° de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a ser elegidos representantes, “de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica” [...]».

Dentro del modelo del *neoconstitucionalismo*²⁵ implementado en el Perú, con el objeto de cautelar la vigencia de los derechos constitucionales declarados y a fin de que éstos puedan hacerse efectivos en caso de incumplimiento o de vulneración, en el artículo 200° de nuestra Constitución se han prescrito una serie de acciones de garantía cuya finalidad esencial es garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos. Con este propósito, el constituyente ha establecido los procesos constitucionales

²⁵ SUSANNA POZZOLO manifiesta que la elección del término “*neoconstitucionalismo*” ha sido particularmente afortunada, señalando que esta corriente que ha tenido amplia difusión en Europa (continental) y América Latina tiene la pretensión de abarcar completamente el fenómeno jurídico. [“*Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos*”, Palestra Editores, Lima, 1ª edición, 2011; págs. 7 y 8]

regulados a través del Código Procesal Constitucional, norma promulgada mediante Ley N° 28237.

Los **procesos constitucionales** en mención, son los siguientes:

1. La **Acción de Hábeas Corpus**, que procede ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos.
2. 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 reservados para cautelarse con la Acción de Hábeas Data. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.
3. La **Acción de Hábeas Data**, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos señalados en los incisos 5) y 6) del artículo 2° de la Constitución, referidos al derecho a la información y los servicios informáticos.
4. La **Acción de Inconstitucionalidad**, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos de Congreso, normas regionales de carácter general así como ordenanzas municipales, cuando contravienen la Constitución en la forma o en el fondo.
5. La **Acción Popular**, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. Y,

6. La **Acción de Cumplimiento**, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Como consecuencia de la incorporación de las acciones de garantía arriba mencionadas en el texto de las Cartas constitucionales, en todos los Estados que han adoptado este modelo, la Constitución constituye –unívocamente– tanto un documento jurídico como un documento político en el que se condensan los derechos y deberes reconocidos sin distinción alguna a favor de todos los individuos –cuya nueva identidad social, dice ROUSSEAU, se expresa a través de la ciudadanía «en cuanto que participan de la autoridad soberana derivada del pueblo»–, e igualmente, es la forma de cómo se estructura la organización política y jurídica del Estado. En suma, como afirma XAVIER ARBÓS ²⁶, la supremacía de la Constitución es el elemento clave de la legitimidad del sistema político contemporáneo, debido a que entre sus normas están las que rigen el funcionamiento de los poderes públicos así como los derechos de los ciudadanos.

Cabe señalar, asimismo, que por imperio de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 201° de la Constitución, el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución, función que aunada a las atribuciones señaladas en el artículo 202°, le confieren a dicha institución la calidad de supremo intérprete de la misma. En esta condición, tiene facultades para interpretar el contenido y los alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos constitucionales mencionados anteriormente, con sujeción a la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, considerando

²⁶ ARBÓS, XAVIER. **La cultura de la Democracia y la Constitución**. En: *“La Cultura de la Democracia: el futuro”*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1ª edición, diciembre 2000; pág. 55.

también las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En este contexto, en relación a los alcances interpretativos de los derechos constitucionales, en los numerales VI y VII del Título Preliminar se confiere a las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, una real y efectiva supremacía proveniente del *carácter vinculante* de sus fallos al que deben sujetarse con carácter obligatorio toda clase de autoridades.

Al respecto, cabe precisar que en el último apartado del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se dispone lo siguiente: «*Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.*» En tanto que la primera parte del numeral VII de la norma adjetiva aludida establece la institución del precedente vinculante, prescribiendo lo siguiente: «*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.*»

CAPITULO II

EL SISTEMA ELECTORAL PERUANO

1. El Sistema Electoral estatal y su relevancia

Es conveniente precisar que si bien la democracia no es exclusivamente una votación, sino un sistema de balanzas y péndulos que trata de equilibrar los poderes para que los ciudadanos puedan tener los mismos derechos y obligaciones –aspecto por el que también suele entenderse como mera contraposición a toda forma de gobierno autocrático–, sin embargo, es un lugar común considerar que la razón de ser de la democracia es, únicamente, la realización de los procesos electorales ²⁷; en donde el acto de sufragio constituye la expresión soberana de la voluntad del electorado que concurre –ya sea voluntaria u obligatoriamente– a las urnas para legitimar a través de su voto al gobernante o a los gobernantes que en su nombre y representación, según sea el tipo de órgano al que se refiera la elección, efectuará los actos estatales que interesan al “bien común”.

Pero al margen de esta suerte de mítica ficción asentada en la Constitución a través de los artículos 1° (que define a la persona humana como el principio y fin del Estado) y 44° (que enuncia los deberes primordiales del Estado), lo cierto es que para el ejercicio de la democracia –en su concepción actual– presenta una especial relevancia la cuestión del sistema electoral que cada Estado ha establecido para la legitimación de sus gobernantes por el pueblo a través de este medio.

²⁷ En teoría, se ha vinculado al sufragio con la democracia popular y la representación política que emanan, ideológicamente, de la doctrina del gobierno del pueblo, de la soberanía del pueblo y de la representación política del pueblo por los gobernantes.

Desde la aparición del Estado republicano capitalista y la adopción de la democracia electoral como la institución fundamental que sostiene el sistema de contrapesos del poder estatal moderno cuya doctrina fuera enunciada por el BARÓN DE MONTESQUIEU, CHARLES LOUIS DE SECONDAT, el sistema electoral es el medio a través del cual la voluntad de los ciudadanos se transforma en órganos de gobierno o de representación política legitimados. Es decir, el sistema electoral es la forma en que los gobernados intervienen en la selección de sus gobernantes, legitimándolos como sus representantes y confiriéndoles, al mismo tiempo, la potestad estatal.

En esta perspectiva, DIETER NOHLEN ²⁸ afirma que el sistema electoral es entendido como el procedimiento de conversión de los votos en cargos ejecutivos y legislativos del Estado. De aquí, la enorme fuerza que con el correr del tiempo ha cobrado la afirmación acuñada desde la aparición histórica del Estado liberal y que ulteriormente se ha consolidado con el Estado democrático, de acuerdo con el cual, se postula que la democracia es el mejor –o el menos imperfecto– de los sistemas de gobierno que ha inventado el ser humano.

Al respecto, RAYMUNDO PÉREZ afirma que «la democracia es un sistema social de valores donde el individuo, por su sola calidad de persona humana, sin importar su rango, *status*, cualidades, patrimonio, sexo, raza, etc., puede y debe participar en los asuntos de su comunidad y ejercitar en ellos el poder político que de manera alícuota le corresponde. De ahí que se afirme en las doctrinas de la filosofía política, que en la democracia se da la participación del pueblo en el gobierno.» ²⁹

²⁸ NOHLEN, DIETER. **Sistemas Electorales del Mundo**, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1981; pág. 53 y siguientes.

²⁹ RAYMUNDO PÉREZ GÁNDARA; ob. cit., pág. 52.

Sin embargo, desde otra perspectiva, BIDART CAMPOS puntualiza lo siguiente: «Ideológicamente, el sufragio está montado sobre la doctrina del gobierno del pueblo (democracia como forma de gobierno), de la soberanía del pueblo, y de la representación política del pueblo por los gobernantes. Y ello es así porque se supone que la elección popular de los gobernantes configura tanto una forma de participación del pueblo en el gobierno cuanto un modo de investir a los gobernantes de la calidad de representantes del pueblo. Esto quiere decir que, teóricamente, se ha vinculado al sufragio con la democracia popular y la representación política.»³⁰

En este enfoque, a partir de considerar que en el plano de la realidad objetiva el pueblo no gobierna ni puede gobernar y, asimismo, de que los gobernantes no representan ni pueden representar al pueblo como totalidad o unidad sino tan sólo a una parte del mismo –cuyos intereses le sean afines–, BIDART CAMPOS apunta sobre la base de esta observación, que el sufragio pierde la base ideológica que lo ata a los presupuestos doctrinarios arriba mencionados. De esta manera, buscando una explicación sobre la naturaleza del sufragio que tenga real base científica, el mismo autor refiere: «El sufragio se funda y legitima en el Estado contemporáneo por la necesidad y la justicia de dar a la comunidad un medio o procedimiento organizado de expresión política. Los hombres han de poder canalizar su opinión política para participar activamente en la dinámica política, en el régimen; y han de contar con medios a través de los cuales la obediencia tenga voz y voto decisivos. La comunidad gobernada ha de ser sujeto de actos políticos en los que exteriorice la expresión organizada de sus opiniones.»³¹

³⁰ GERMÁN BIDART CAMPOS; ob. cit., pág. 371.

³¹ GERMÁN BIDART CAMPOS; ob. cit., pág. 372.

Tomando en cuenta estas delimitaciones conceptuales puede advertirse que un sistema electoral hace referencia a los componentes o variables de las reglas del juego establecidas por el régimen electoral – conformado por la Constitución y la Ley Electoral– vigente en un Estado determinado, y cuya interacción ejerce un impacto político fundamental a través de sus resultados. De esto, se infiere que mientras el análisis del régimen electoral es propio de la Ciencia Jurídica, en cambio, el sistema electoral es estudiado por la Ciencia Política. Lo que trae a colación la observación efectuada por NORBERTO BOBBIO en el sentido de que la noción de Poder y Derecho son dos caras de la misma moneda cuyo nexo común es la *justificación*, principio fundamental que hace del poder de mandar un derecho y de la obediencia un deber.

Es por eso, que DIETER NOHLEN ³² considera que el sistema electoral es uno de los elementos institucionales a los cuales se adjudican mayor importancia con respecto al funcionamiento, a la gobernabilidad y la consolidación de la democracia.

2. Sistema Electoral y Gobernabilidad

En la Ciencia Política contemporánea, el Sistema Electoral es uno de los elementos sustanciales que –junto al Sistema de Gobierno y el Sistema de Partidos– conforman un sistema político, su estructura y su dinámica. De aquí, la importancia de definir los puntos enunciados en este apartado.

En cuanto a los **sistemas electorales**, existe casi unanimidad de los autores en considerarlos como el procedimiento de conversión de

³² NOHLEN, DIETER. **Sistemas Electorales Presidenciales y Parlamentarios**. En: *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*, Fondo de Cultura Económica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 2ª edición, 2007; pág. 294.

votos en cargos ejecutivos y legislativos, definición enunciada por DIETER NOHLEN al que se ha hecho mención anteriormente. Ahondando en este concepto, dicho autor puntualiza que «el sistema electoral tiene por finalidad determinar las reglas según las cuales los electores expresan sus preferencias políticas en votos y según las cuales se pueden convertir votos en escaños parlamentarios (en el caso de elecciones parlamentarias) o en cargos de gobierno (en el caso de elecciones de presidente, gobernador, alcalde, etcétera).» ³³ En este sentido, los elementos técnicos que conforman el sistema electoral están dados por las circunscripciones electorales, los sistemas de candidatura y votación, y las fórmulas de conversión de votos en escaños.

Dicho autor añade, que el concepto es usado a menudo en América Latina –y el Perú no es la excepción– de manera muy poco específica, aplicándose para todo lo que tenga que ver con elecciones, y, con sus leyes y reglamentos. En este sentido, EDUARDO ANDRADE define el sistema electoral como «el conjunto de normas, instituciones y prácticas, que determinan la relación entre la expresión de la voluntad popular y la creación de los órganos del Estado que la representan.» ³⁴

En opinión de PHILLIPS SHIVELY ³⁵, los Estados necesitan diseñar reglas para determinar qué persona gana el cargo con motivo de cualquier resultado particular en la votación; denominándose a dichas reglas como el sistema electoral del Estado. Al respecto, como lo señala EDUARDO ANDRADE ³⁶, las elecciones se han convertido en el medio formal

³³ DIETER NOHLEN: *"Sistemas Electorales Presidenciales y Parlamentarios"*, pág. 295.

³⁴ ANDRADE SÁNCHEZ, EDUARDO. *Introducción a la Ciencia Política*. México, Harla S.A. de C.V., 1990; pág. 168.

³⁵ SHIVELY, W. PHILLIPS. *Introducción a las Ciencias Políticas*. México, McGraw Hill, 5ª edición, 1987; pág. 200.

³⁶ EDUARDO ANDRADE SÁNCHEZ; ob. cit., pág. 166.

de determinar quiénes serán los gobernantes y representantes populares en casi todos los Estados que conforman el mundo actual. Este autor refiere que las elecciones cumplen principalmente, según las condiciones de cada país, las siguientes funciones en los sistemas políticos: a) Generar representación; b) Generar gobierno; c) Generar legitimidad; d) Transmitir pacíficamente el poder; e) Satisfacer una necesidad ritual de participación colectiva; y f) Medir las reacciones de los gobernados.

Con respecto al concepto de **governabilidad**, en la actualidad está referido a la interacción entre gobernantes y gobernados, entre capacidades de gobierno y demandas políticas de gobierno. A decir de DIETER NOHLEN ³⁷, es un término que hace referencia a la tensión que existe entre las dos partes y pone en cuestión el sistema de gobierno como productor de decisiones políticas y encargado de su ejecución, y su capacidad para estar a la altura de los problemas a resolver. De aquí, que el concepto de gobernabilidad sea el elemento determinante en su relación con el sistema electoral, ya que tiene por objeto la legitimación de los gobernantes que acceden al poder estatal con sujeción a las reglas jurídicas establecidas a través del régimen electoral vigente en cada país.

3. Los Sistemas Electorales en el Perú

Los sistemas electorales son el objeto de estudio de la Ciencia Política en el ámbito del derecho electoral. Sin embargo, los sistemas electorales no constituyen solamente una cuestión de diseño institucional que se resuelven de acuerdo con los parámetros de buen gobierno, sino también una cuestión de intereses partidistas y coyunturales que están en función de otros factores autónomos e independientes tales como las estructuras sociales, de la geografía electoral, de las actitudes de los

³⁷ NOHLEN, DIETER. **Sistemas Electorales y Gobernabilidad**. Barcelona, España, Universität Heidelberg, Working Paper N° 63, 1992; pág. 2.

partidos políticos y del electorado, entre otros. Dichos elementos, varían no sólo de un país a otro, sino también pueden ser –de hecho, lo son– cambiantes en el tiempo. Después de todo, y en puridad, esto último es lo característico de la política, bajo cuyo ámbito de análisis se corrobora que lo único eterno e inamovible en el mundo es, precisamente ... ¡que todo cambia!

En relación al tema, el politólogo DIETER NOHLEN ³⁸ refiere que en América Latina el concepto de “sistema electoral” se emplea de manera sumamente diferente y confusa, distinguiendo dicho autor, entre un uso amplio y uno específico. En este sentido, señala que el uso muy amplio es común en el habla cotidiana de las gentes, y que a veces este uso se extiende también al mundo académico e incluso a textos legales o constitucionales, tal como sucede en el caso de la Constitución peruana de 1993, que en su artículo 176° abre el Capítulo XIII, titulado “Del sistema electoral”, definiendo el sistema electoral de la siguiente manera:

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

A continuación, se hace referencia en la Constitución a todos los órganos que conforman el sistema electoral, el mismo que está integrado

³⁸ NOHLEN, DIETER: “Sistemas Electorales Presidenciales y Parlamentarios”, pág. 296.

por el Jurado Nacional de Elecciones (órgano encargado de administrar justicia en materia electoral y de fiscalizar los procesos electorales), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (que está encargado de organizar, planificar y ejecutar los procesos electorales), y por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (que está encargado de registrar la identificación de personas y de preparar el padrón electoral).

Aludiendo a la definición del sistema electoral dada por DIETER NOHLEN ³⁹, en el sentido de ser un conjunto de mecanismos que traducen la preferencia de los electores y que traducen votos en escaños, el ex presidente del Jurado Nacional de Elecciones, HUGO SIVINA HURTADO ⁴⁰, señala que en el Perú rigen tanto el Sistema Electoral Mayoritario como el Sistema Electoral Proporcional, dependiendo del tipo de proceso electoral, de si el órgano electivo es unipersonal o colegiado, así como de si el proceso electoral se realiza en el ámbito nacional o subnacional.

Al respecto, SIVINA HURTADO distingue en el sistema electoral de elecciones que rige en el **ámbito nacional**, la elección presidencial de la elección congresal. Así, mientras que en el primero el ciudadano habilitado para el ejercicio del sufragio tiene un voto para cada elección, el mismo que se emite a favor del partido o del candidato de su preferencia, surgiendo la posibilidad de que se produzca una segunda vuelta cuando el candidato no supere en la primera vuelta el 50% de la votación nacional válida; en la elección congresal –en cambio– el procedimiento es diferente, por cuanto los 130 congresistas que integran el Parlamento unicameral son elegidos en Distrito Múltiple, con cuya finalidad el territorio nacional ha sido dividido en 26 distritos electorales, conformados por cada

³⁹ NOHLEN, DIETER. **Elecciones y Sistemas Electorales**. Caracas, Venezuela, Fundación Friedrich Ebert, 3ª edición, Editorial Nueva Sociedad, 1995; pág. 31.

⁴⁰ SIVINA HURTADO, HUGO. **El Sistema Electoral Peruano**. En: Revista Mundo Electoral, Lima, Perú, septiembre 2009; pág. 24.

uno de los 24 Departamentos del Perú así como la Provincia Constitucional del Callao y Lima Provincias (esta circunscripción electoral fue creada por Ley N° 29403, que modificó la Ley Orgánica de Elecciones). Este es el Sistema Electoral Proporcional.

En el **ámbito subnacional**, se realizan procesos para elegir a las autoridades regionales y municipales, constituyendo un distrito único la respectiva circunscripción regional, provincial y distrital. En la elección regional, el elector elige con un solo voto simultáneamente al Presidente (que ahora se denomina "Gobernador Regional", por efecto de la Ley de Reforma Constitucional N° 30305, publicada en "El Peruano" del 10 de marzo del 2015), al Vicepresidente y a los Consejeros Regionales; en tanto que en el ámbito municipal, con un solo voto se elige simultáneamente al Alcalde y a los Regidores. Para ambas clases de procesos electorales rige el Sistema Electoral Mayoritario, de mayoría relativa con premio al partido ganador, al cual se le adjudica como mínimo, el 50% más uno de los escaños del Consejo Regional o del Concejo Municipal, según sea el caso. Al ganador sólo se le aplica la cifra repartidora cuando con ella obtenga una representación superior. Los escaños sobrantes son asignados a las minorías, aplicándose la cifra repartidora. Debe puntualizarse que este sistema electoral tiene la finalidad de facilitar la toma de decisiones políticas, de tal forma que el ganador de la elección no dependerá del consenso con otras fuerzas para decidir sobre la marcha del gobierno que corresponda.

4. Las restricciones en el Derecho electoral peruano

Tal como se ha estudiado en el capítulo anterior, el derecho a la participación reconocido constitucionalmente a los ciudadanos se manifiesta, tanto a través del derecho de sufragio activo (emisión del voto en elecciones) como mediante el derecho a ser elegido (derecho de

sufragio pasivo) para el ejercicio de cargos de representación de índole política y para el acceso a funciones públicas. Estas dos modalidades de participación por medio del sufragio –el derecho a elegir y el de ser elegido– han sido explícitamente reconocidos en el inciso 17) del artículo 2° de la Constitución, norma que literalmente establece: «*Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección [...]*». Esta prescripción constitucional, se complementa con el primer apartado del artículo 31° de la Carta aludida, en donde textualmente se señala lo siguiente: «*Los ciudadanos [...] 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. [...]*».

La consagración de estos preceptos en el texto constitucional, les confiere la naturaleza de ser derechos vinculantes y de observancia obligatoria por toda clase de autoridades, por cuya razón, es «*nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos*», tal como se sanciona en el apartado final de la norma acotada, en concordancia con el artículo 38° de la Carta Fundamental, que establece el deber imperativo de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

En este contexto, es importante resaltar que las expresiones «*conforme a ley*» así como «*de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica*» consignados en el inciso 17) del artículo 2° así como en el artículo 31° de la Constitución, ponen de manifiesto una delegación explícita para que el ejercicio de este derecho sea desarrollado a través de una ley especial (la norma constitucional dispone que sea específicamente mediante una Ley Orgánica). En consecuencia, y considerando que los derechos humanos o derechos fundamentales –como se les denomina científicamente ahora– no son absolutos, sino que pueden ser regulados o limitados en su ejercicio,

resulta claro que en este caso el constituyente ha delegado en el legislador la potestad de establecer la forma, requisitos y condiciones exigidas para el ejercicio regular de los derechos de elegir (sufragio activo) y de ser elegidos (sufragio pasivo). Esto se debe –como lo expresa el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 26 de su Sentencia N° 00030-2005-AI, de fecha 2 de febrero del 2006–, a que la Constitución no es una norma reglamentaria y, por lo tanto, acabada en su contenido dispositivo (tal como se entendería desde una perspectiva ius positivista). Es por esta razón, justamente, que en una multiplicidad de casos la ley es un complemento necesario de las cláusulas constitucionales, tal como sucede en el caso de los derechos fundamentales de configuración legal.

En lo que respecta al derecho electoral peruano, este desarrollo de la norma constitucional ha sido efectuado a través de la Ley Orgánica de Elecciones signada con el número 26859, norma promulgada el 29 de setiembre de 1997 y que se halla vigente desde el 2 de octubre de 1997. Dicha norma legal, cuyas imperfecciones en materia de elección de Congresistas y representantes a los Gobiernos Regionales y Municipales es motivo de un amplio debate nacional, contiene en el inciso e) de su artículo 107° la prohibición que es materia del presente trabajo. Textualmente, dicha norma de rango legal establece lo siguiente:

« Artículo 107°.- No pueden postular a la Presidencia o Vicepresidencias de la República: (...)

e) El cónyuge y los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado, y los afines del segundo, del que ejerce la Presidencia o la ha ejercido en el año precedente a la elección. (...) »

Otras prohibiciones establecidas por la norma referida para la postulación a la Presidencia o Vicepresidencias de la República, son las siguientes:

- a) Los ministros y viceministros de Estado, el Contralor General de la República y las autoridades regionales, si no han renunciado por lo menos seis meses antes de la elección;
- b) Los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Poder Judicial, del Ministerio Público, de los organismos integrantes del Sistema Electoral y el Defensor del Pueblo, si no han dejado el cargo 6 (seis) meses antes de la elección;
- c) El Presidente del Banco Central de Reserva, el Superintendente de Banca y Seguros, el Superintendente de Administración Tributaria, el Superintendente Nacional de Aduanas y el Superintendente de Administradoras de Fondos Privados de Pensiones, si no han renunciado por lo menos seis meses antes de la elección;
- d) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional que no han pasado a la situación de retiro por lo menos seis meses antes de la elección;
- e) Quienes hayan ejercido los cargos públicos de: Presidente o Vicepresidente de la República; Representante ante el Congreso de la República, Ministro o Viceministro de Estado; Contralor General; autoridad regional; miembro del Tribunal Constitucional, del Poder Judicial, del Ministerio Público o del Jurado Nacional de Elecciones; Defensor del Pueblo; Presidente del Banco Central de Reserva; Superintendente de Banca y Seguros; Superintendente de Administración Tributaria; Superintendente Nacional de Aduanas y Superintendente de Administradoras de Fondos Privados de Pensiones que se encuentren comprendidos en proceso penal por delito cometido en agravio del Estado, con acusación fiscal o mandato de detención; y,
- f) Las personas cuyo ejercicio de la ciudadanía se encuentra suspendida por resolución judicial de interdicción, por sentencia con pena privativa de la libertad y por sentencia con inhabilitación

de los derechos políticos, así como los funcionarios públicos inhabilitados por el Congreso de la República para el ejercicio de la función pública hasta por diez años, de conformidad con el artículo 100° de la Constitución.

5. La prohibición al cónyuge del Presidente de la República

A pesar de que la prohibición establecida contra el cónyuge del Presidente de la República como un impedimento legal para que pueda postular a la Presidencia o a alguna de las Vicepresidencias de la República no es nueva en nuestro derecho electoral, sin embargo, el debate sobre este tema cobró un inusitado interés nacional a raíz de la alta popularidad que hasta inicios del año 2014 arrojaban las encuestas de opinión pública a favor de la primera dama, NADINE HEREDIA ALARCÓN DE HUMALA, cuyos resultados hacían presumir la posibilidad de su candidatura presidencial.

Pero ante la sostenida caída de su popularidad a través de las encuestas y el consiguiente alejamiento de esa posibilidad, aunado a las reiteradas declaraciones efectuadas públicamente por la primera dama en el sentido de que no será candidata a la Presidencia de la República, el debate ha ido disminuyendo en la intensidad que tuvo a inicios del año 2013. No obstante ello, es necesario analizar los aspectos jurídicos que caracterizan este tema, habida cuenta de las opiniones discordantes existentes entre los constitucionalistas.

Al respecto, en más de una ocasión el ex congresista y jurista JAVIER VALLE Riestra ha sostenido que, de acuerdo con la Constitución de 1993, NADINE HEREDIA no estaría impedida para postular a la Presidencia de la República al término del mandato de su esposo OLLANTA HUMALA TASSO en el año 2016. A través de un artículo periodístico, VALLE Riestra

⁴¹ señala lo siguiente: «Nuestra *Charta Magna* solo exige tres requisitos para ser candidato presidencial: i) ser peruano de nacimiento; ii) tener más de 35 años de edad; y, iii) gozar del derecho de sufragio. No existe otro requisito, por tanto, *prima facie*, Nadine Heredia estaría perfectamente habilitada para ser la próxima candidata presidencial. Las leyes prohibitivas no pueden desnaturalizar la Constitución.» Y más abajo, en referencia al artículo 107°-inciso e) de la Ley Orgánica de Elecciones, dicho constitucionalista afirma que «se trataría de una norma inaplicable, porque la Constitución Política, en su condición de *magna lex*, prima sobre toda norma inferior, por lo tanto tiene supremacía sobre lo señalado en la referida Ley 26859 que prohíbe a los cónyuges de mandatarios postular a la Presidencia, tras el término del mandato. Así se señala en el artículo 51° que literalmente dice: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente (...)”. Heredia tendría el derecho constitucional de ser candidata.» Este último argumento, precisamente, ha sido señalado también por otros constitucionalistas para pronunciarse a favor de que el cónyuge del Presidente de la República en funciones pueda postular a la primera magistratura de la Nación en el siguiente periodo.

En contraposición a esta interpretación exegética, BEATRIZ MEJÍA MORI afirma que admitir la posibilidad de la elección presidencial de la cónyuge del Presidente, estando prohibido por la Ley Orgánica de Elecciones, implica consentir que las leyes se pueden vulnerar por aquellos que las pueden cambiar a su antojo. A renglón seguido, señala lo siguiente: «Esta prohibición responde a un principio establecido en toda la ley de elecciones, de no permitir la indebida postulación de un ciudadano que por su vinculación al poder se haya podido beneficiar de este para

⁴¹ VALLE RIESTRA, JAVIER. **Nadine Heredia es presidenciable**. Publicado en “Expreso” del 30 de abril del 2014, Lima, Perú.

postular a un cargo público...»⁴² Tal como la misma autora lo pone de relieve, se advierte en esta argumentación un neto trasfondo de moral social antes que una fundamentación de carácter jurídico sobre la cuestión en debate. En esta orientación, dice más abajo: «Alentar la candidatura del cónyuge de quien ejerce la Presidencia de la República del Perú en las elecciones inmediatas al período de su mandato, por tanto es inconstitucional e ilegal, pero lo más grave es que atenta contra el sentido democrático y el deber ser de elecciones libres, igualitarias, y respetuosas de los derechos políticos de todos los peruanos.»

Desde esta óptica, en una entrevista que la ex Premier ANA JARA VELÁSQUEZ concedió al diario "El Comercio" (publicada en su edición del 3 de agosto del 2014), en relación al punto en controversia afirmó, categóricamente, lo siguiente: «La ley es clarísima. La Constitución es la ley marco, existen leyes especiales que reglamentan su accionar, entre ellas la que no permite postular de manera inmediata a los parientes ni a la esposa del presidente.»

6. La Ley Orgánica de Elecciones y la técnica legislativa

La Ley Orgánica de Elecciones (Ley N° 26589) establece a través de los siete incisos de su artículo 107° las distintas causales que configuran impedimentos para postular a la Presidencia y Vicepresidencias de la República, reglamentando de esta manera por vía legal, las remisiones efectuadas tanto en el numeral 17) del artículo 2° como en el artículo 31° de la Constitución.

Al respecto, es necesario señalar que si bien esta reglamentación de la norma constitucional se produce, formalmente, a través de una ley;

⁴² MEJÍA MORI, BEATRIZ. ¿Puede postular la cónyuge del Presidente?. Publicado en el diario "La Primera" del 5 de mayo de 2013, Lima, Perú.

sin embargo, en este caso se trata de una ley que tiene un valor jurídico especial, no sólo porque para su aprobación o modificación se requiere del voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso – exigencia que en la técnica de elaboración de las leyes consiste un procedimiento agravado–, sino también, porque en esta materia así lo ha determinado el propio texto constitucional a través de las normas aludidas *supra*.

En cuanto a la trascendencia jurídico-política de esta clase de leyes, conforme a lo prescrito en el artículo 106° de la Constitución, las leyes orgánicas constituyen un tipo de normas que están dirigidas a regular la estructura y el funcionamiento de los más importantes órganos del Estado, *«así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.»* (sic) A este último grupo, específicamente, pertenece la Ley Orgánica de Elecciones en lo referente a los impedimentos establecidos para la postulación de candidatos a la Presidencia y a las Vicepresidencias de la República. Es decir, que las limitaciones del derecho a la participación política en su modalidad de sufragio pasivo (derecho a ser elegido), no han sido establecidas debido a la voluntad autónoma del legislador al elaborar la ley –con la posibilidad de incurrirse en una inconstitucionalidad de la norma–, sino que han sido impuestas como consecuencia de que el mismo texto constitucional así lo ha determinado. En este contexto, además, *«Desde una perspectiva estrictamente teórica o académica, las leyes orgánicas tienen como fin específico desarrollar los principios e instituciones básicas de la Constitución.»* ⁴³

Debido a esta razón, precisamente, desde un principio del debate quedó claro que una eventual candidatura presidencial de la actual

⁴³ GARCÍA TOMA, VÍCTOR. *La Ley en el Perú. Técnica de elaboración, interpretación, aplicación e integración*. Lima, Perú, Editora Jurídica Grijley, 1ª edición, 1995; pág. 30.

primera dama, sólo sería posible en la medida de que se modificara la Ley Orgánica de Elecciones en esta parte limitativa del derecho electoral de postular como candidato presidencial o a algunas de las vicepresidencias de la República.

Sin embargo, orientados por el cálculo político producto de la medición de las encuestas de opinión pública y el obstinado silencio que mantuvieron los principales involucrados en una posible candidatura presidencial de la cónyuge del Presidente de la República en funciones (partiendo del Presidente Ollanta Humala y pasando por la propia primera dama Nadine Heredia y los principales representantes del gobierno), el debate se centró en la posibilidad de que recurriéndose a la acción de garantía constitucional del Amparo pudiera obtenerse lo que la ley expresamente prohíbe, es decir, la inscripción de la cónyuge del Presidente de la República como candidata para la Presidencia de la República en el periodo inmediato siguiente.

Como colofón del presente trabajo, cabe precisar que el texto constitucional, explícitamente, prescribe lo siguiente:

« **Artículo 2°.-** Toda persona tiene derecho:

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. **Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum. »**

« **Artículo 31°.-** 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.** (...) »

Asimismo, cabe señalar que desde la promulgación de la Ley Orgánica de Elecciones-Ley N° 26589 y durante su vigencia, este impedimento ha operado explícitamente en contra de las cónyuges de los Presidentes de la República que han gobernado el país, tal como se muestra en la siguiente tabla:

Presidente de la República	Periodo de gobierno	Nombre de la Cónyuge	SEXO
Alberto Fujimori Fujimori	28/07/1990 al 21/11/2000	Susana Shizuko Higuchi Miyagawa de Fujimori	F
Valentín Demetrio Paniagua Corazao	22/11/2000 al 28/07/2001	Nilda Jara Gallegos de Paniagua	F
Alejandro Toledo Manrique	28/07/2001 al 28/07/2006	Eliane Chantal Karp Fernenbug de Toledo	F
Alan Gabriel Ludwig García Pérez	28/07/2006 al 28/07/2011	María del Pilar Nores Bodereau de García	F
Ollanta Humala Tasso	Desde el 28/07/2011 hasta la fecha	Nadine Heredia Alarcón de Humala	F

Tabla N° 1

V. MATERIALES Y MÉTODOS

1) MATERIALES UTILIZADOS EN LA INVESTIGACIÓN

Teniendo en cuenta la naturaleza del presente trabajo, los únicos materiales utilizados en el desarrollo de la investigación son de carácter bibliográfico textual.

En este sentido, no se han utilizado equipos, instrumentos, materias, insumos, encuestas, formatos, o cualquier otro material de tipo experimental.

2) EL UNIVERSO DE NUESTRO ESTUDIO

Conforme al esquema del proyecto de investigación aprobado y de acuerdo a su naturaleza, el universo del presente trabajo está determinado por el contenido normativo del impedimento específico que se ha establecido en materia electoral en la Ley Orgánica de Elecciones contra el cónyuge del Presidente de la República, y el análisis de su relación institucional con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Estado.

En este contexto, se ha desarrollado el estudio de las principales instituciones relacionadas con la Constitución y el Sistema Electoral en general, así como de las referidas al Sistema Electoral en el Perú, haciendo especial énfasis en la prohibición establecida al cónyuge del Presidente de la República en funciones para postular a la Presidencia o a alguna de las Vicepresidencias, como una limitación específica del Derecho fundamental a la participación de los ciudadanos.

3) TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS

Conforme se ha señalado específicamente en el correspondiente proyecto de investigación al que está referido el presente informe, de acuerdo con la naturaleza del mismo se ha utilizado la técnica de la recolección de información bibliográfica, la misma que ha sido efectuada a través de fichas de lectura para los aspectos referentes a la doctrina jurídica y el análisis correspondiente, habiéndose realizado las citas pertinentes a través de las notas bibliográficas consignadas a pie de página.

Asimismo, se ha procedido al análisis jurídico del Derecho Fundamental a la Participación que se halla reconocido en la Constitución Política del Estado vigente, así como a su contrastación específica con la realidad nacional mediante las fuentes que han sido consultadas y citadas en el texto. Se anexan al presente informe, algunos de los cuadros elaborados por el autor en el desarrollo del presente trabajo de investigación, al igual que de algunos de los autores consultados.

4) TÉCNICAS ESTADÍSTICAS

Teniendo en consideración el carácter específicamente documental de la presente investigación, no ha sido necesario recurrir a esta clase de técnicas de investigación. Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que conforme a su naturaleza bibliográfica, el procesamiento y selección de la información recopilada y analizada no ha requerido de la misma, por tratarse de normas jurídicas que se contienen en la Constitución Política del Estado, así como de jurisprudencia de alcance general que han sido emitidas por el Tribunal Constitucional.

VI. RESULTADOS

A través del desarrollo del presente trabajo de investigación, se ha llegado a determinar que el derecho a la participación política es un Derecho fundamental de los ciudadanos reconocido en la Constitución, el mismo que entre sus modalidades preceptuadas en la norma constitucional contempla los derechos de elegir (sufragio activo) y el de ser elegidos (sufragio pasivo), los cuales, por mandato establecido en la propia norma constitucional deben ser regulados mediante una ley orgánica.

De lo anterior, se desprende que la Constitución ha delegado en el legislador la potestad de establecer la forma, requisitos y condiciones exigidas para el ejercicio regular de los derechos de elegir (sufragio activo) y de ser elegidos (sufragio pasivo) con que cuentan los ciudadanos en ejercicio.

En desarrollo de la delegación efectuada por el precepto constitucional en vía de remisión, la Ley Orgánica de Elecciones ha establecido diversas prohibiciones para postular a la Presidencia o Vicepresidencias de la República, entre ellas, el impedimento contra el cónyuge del que ejerce la Presidencia o la ha ejercido en el año precedente a la elección.

Ahora bien, cuando en el ejercicio de los derechos fundamentales señalados en la Constitución se produce su eventual vulneración o una amenaza de violación por parte de cualquier autoridad, funcionario o inclusive de un particular, surge la posibilidad que el afectado pueda recurrir ante la autoridad judicial a fin de promover una acción de garantía de Amparo para su restitución, proceso constitucional cuya finalidad

esencial es garantizar la primacía de la Constitución así como la vigencia efectiva de todos los derechos constitucionales.

Asimismo, el Jurado Nacional de Elecciones cuenta entre sus atribuciones constitucionales, la de administrar justicia en materia electoral. Este órgano resuelve en instancia definitiva, los recursos que se interpongan contra las resoluciones que expidan la Oficina Nacional de Procesos Electorales y la RENIEC.

VII. DISCUSIÓN

A) CONCLUSIONES

Primera: El derecho a la participación política reconocido constitucionalmente a los ciudadanos se manifiesta, entre otras modalidades, tanto a través del derecho de sufragio activo (emisión del voto en elecciones) como mediante el derecho a ser elegido (derecho de sufragio pasivo) para el ejercicio de cargos de representación de índole política y también para el acceso a determinadas funciones públicas. Estas dos modalidades de participación por medio del sufragio –el derecho a elegir y el de ser elegido– se reconocen explícitamente en el inciso 17) del artículo 2° de la Constitución, cuyo texto señala literalmente: «*Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección [...]»*. Esta prescripción constitucional, se complementa con el primer apartado del artículo 31° de la Carta aludida, en donde textualmente se señala lo siguiente: «*Los ciudadanos [...] 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. [...]»*.

Segunda: Los impedimentos establecidos en la Ley Orgánica de Elecciones en lo concerniente a la postulación de los candidatos a la Presidencia y a las Vicepresidencias de la República, constituyen limitaciones del derecho a la participación política en su modalidad de sufragio pasivo (derecho a ser elegido), las mismas que han sido

determinadas por el legislador en desarrollo del texto constitucional al establecer las condiciones.

B) DEMOSTRACIÓN DE HIPÓTESIS

Las hipótesis formuladas en el proyecto de investigación desarrollado han sido demostradas en parte, ya que el Jurado Nacional de Elecciones sería el órgano que resuelva si existe colisión, o no, entre la norma constitucional y la norma legal.

VIII. REFERENCIALES

- AGUILA GRADOS, GUIDO: *“El Neoconstitucionalismo. Una mirada Jurisprudencial”*. EGACAL, Colección Jurisprudencia Constitucional.
- ANDRADE SÁNCHEZ, EDUARDO: *“Introducción a la Ciencia Política”*. México. Harla S.A. de C.V., 1990.
- ARBÓS, XAVIER: *“La cultura de la Democracia y la Constitución”*, en *“La Cultura de la Democracia: el futuro”*. España. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1ª edición, diciembre 2000.
- ARNÁIZ AMIGO, AURORA: *“El Estado y sus fundamentos institucionales”*. México. Editorial Trillas, 1ª edición, 1995.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: *“Lecciones Elementales de Política”*. Argentina. EDIAR S.A. Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 13ª Reimpresión, Buenos Aires, 2007.
- BOBBIO, NORBERTO: *“El Poder y el Derecho”*, traducción de José Fernández Santillán, en *“Origen y Fundamentos del Poder Político”*. México. Editorial Grijalbo, 1985.
- CABALLERO SIERRA, GASPAR y ANZOLA GIL, MARCELA: *“Teoría Constitucional”*. Colombia. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1995.

- GARCÍA MORILLO, JOAQUÍN: *“Los Derechos Políticos”*. En: *“Derecho Constitucional”*. España. Tirant Lo Blanch, Valencia, Volumen I, 3ª edición, 1977.

- GARCÍA TOMA, VÍCTOR: *“La Ley en el Perú. Técnica de elaboración, interpretación, aplicación e integración”*. Perú. Editora Jurídica Grijley, Lima, 1ª edición, 1995.

- NOHLEN, DIETER: *“Sistemas Electorales del Mundo”*. España. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.

- NOHLEN, DIETER: *“Elecciones y Sistemas Electorales”*. Venezuela. Fundación Friedrich Ebert, 3ª edición, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1995.

- NOHLEN, DIETER: *“Sistemas Electorales y Gobernabilidad”*. Universität Heidelberg, Working Paper N° 63, Barcelona, 1992.

- NOHLEN, DIETER: *“Sistemas Electorales Presidenciales y Parlamentarios”*. En: *“Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina”*. México. Fondo de Cultura Económica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2ª edición, 2007.

- PÉREZ GÁNDARA, RAYMUNDO: *“Democracia y Representación como Presupuestos del Derecho Electoral”*. En: *“Apuntes de Derecho Electoral: una Contribución Institucional para el Conocimiento de la Ley como Valor Fundamental de la Democracia”*. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2000.

- PÉREZ ROYO, JAVIER: *“Curso de Derecho Constitucional”*. España. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 10ª edición.
- POZZOLO, SUSANNA: *“Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos”*. Perú. Palestra Editores, Lima, 1ª edición, 2011.
- RUBIO CORREA, MARCIAL: *“Estudio de la Constitución Política de 1993”*. Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1999, Tomo II, 1ª edición.
- SHIVELLY, W. PHILLIPS: *“Introducción a las Ciencias Políticas”*. México. McGraw Hill, 5ª edición, 1987.
- SIVINA HURTADO, HUGO: *“El Sistema Electoral Peruano”*. En: *Revista Mundo Electoral*, septiembre 2009.
- VALCÁRCEL, AMELIA: *“Cultura y Democracia”*. En: *“La Cultura de la Democracia: el futuro”*. España. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1ª edición, diciembre del 2000.

IX. APÉNDICES

TABLA N° 1

**PRESIDENTES DE LA REPÚBLICA Y SUS CÓNYUGES CONTRA LAS
QUE RIGE EL IMPEDIMENTO DE POSTULAR A LA PRESIDENCIA O
VICEPRESIDENCIAS DE LA REPÚBLICA**

Presidente de la República	Periodo de gobierno	Nombre de la Cónyuge	SEXO
Alberto Fujimori Fujimori	28/07/1990 al 21/11/2000	Susana Shizuko Higuchi Miyagawa de Fujimori	F
Valentín Demetrio Paniagua Corazao	22/11/2000 al 28/07/2001	Nilda Jara Gallegos de Paniagua	F
Alejandro Toledo Manrique	28/07/2001 al 28/07/2006	Eliane Chantal Karp Fernenbug de Toledo	F
Alan Gabriel Ludwig García Pérez	28/07/2006 al 28/07/2011	María del Pilar Nores Bodereau de García	F
Ollanta Humala Tasso	Desde el 28/07/2011 hasta la fecha	Nadine Heredia Alarcón de Humala	F

Elaboración del autor

X. ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO	PROBLEMA	JUSTIFICACION	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES
<p>"Implicancias Constitucionales del impedimento legal que rige contra el cónyuge del Presidente de la República para postular a la Presidencia o Vicepresidencias de la República"</p>	<p><u>Problema Principal</u></p> <p>¿El impedimento que establece la Ley Orgánica de Elecciones, en el sentido de que el cónyuge del Presidente de la República no pueda postular en el período siguiente al de su mandato a la Presidencia o Vicepresidencias, es, o no, inconstitucional?</p> <p><u>Problema secundario</u></p> <p>En el caso de que fuera inconstitucional, ¿cuál sería el medio procesal para que el afectado pueda superar el impedimento establecido legalmente?</p>	<p>a) JUSTIFICACIÓN TEÓRICA</p> <p>Se buscó establecer si es que el impedimento contra el cónyuge del Presidente de la República en ejercicio resulta constitucional.</p> <p>b) JUSTIFICACIÓN SOCIAL</p> <p>Socialmente el trabajo pretendió establecer si el impedimento para que el cónyuge del Presidente de la República en ejercicio pueda postular a la Presidencia o a las Vicepresidencias vulnera el Derecho Fundamental a la Participación en la modalidad del sufragio pasivo (ser elegido).</p> <p>c) JUSTIFICACIÓN METODOLÓGICA</p> <p>La técnica utilizada fue el de la recolección de información de tipo bibliográfico en materia de Derechos Humanos en el Perú y sobre el Sistema electoral establecido en la Constitución Política del Estado.</p>	<p><u>OBJETIVO GENERAL</u></p> <p>Establecer el carácter del impedimento que señala la Ley Orgánica de Elecciones para que el cónyuge del Presidente de la República no pueda postular a la Presidencia o a las Vicepresidencias en el período siguiente al de su mandato.</p> <p><u>OBJETIVOS ESPECIFICOS</u></p> <p>Determinar si el Sistema Electoral establecido en la Constitución Política del Perú es congruente con los Derechos Fundamentales de las personas.</p> <p>Propiciar el estudio y debate en clase, de los aspectos inherentes al impedimento establecido en el Artículo 107°-inciso e) de la Ley Orgánica de Elecciones.</p>	<p><u>HIPOTESIS PRINCIPAL</u></p> <p>El impedimento para que el cónyuge del Presidente de la República en ejercicio pueda postular a la Presidencia o a las Vicepresidencias para el periodo siguiente, colisiona con el Derecho Fundamental que tiene toda persona a participar en la vida política de la Nación y, como parte de éste, el derecho a ser elegido.</p> <p><u>Hipótesis específicas</u></p> <p>H₁: Le corresponderá al Jurado Nacional de Elecciones aplicar, en su oportunidad, el control difuso sobre la norma legal aludida, a fin de que se declare su inconstitucionalidad en el caso de que la cónyuge del actual Presidente de la República decidiera ser candidata.</p>	<p><u>VARIABLE INDEPENDIENTE</u></p> <p>Los criterios sobre el control difuso en sede administrativa establecidos en los precedentes del Tribunal Constitucional.</p> <p><u>VARIABLE DEPENDIENTE</u></p> <p>La decisión del Jurado Nacional de Elecciones en ejercicio de su función de administrar justicia en materia electoral.</p>

MSC