

Pensamiento Constitucional

ENSAYOS

Concepto de democracia y sistema de gobierno
en América Latina

Jorge Carpizo

La revisión de las cuestiones políticas no justiciables
(a propósito de la «coalición» contra Saddam Hussein)

Néstor Pedro Sagüés

Evolución y características del presidencialismo peruano

Domingo García Belaunde

Antejuicio y Juicio Político en el Perú

Francisco José Eguiguren Praeli

El debate de la eutanasia y el suicidio asistido en
perspectiva comparada. Garantías de procedimiento
a tener en cuenta ante su eventual despenalización
en España

Fernando Rey Martínez

La Constitución ante los avances científicos y
tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes
desarrollos en materia Genética y en Tecnologías de la
Información y la Comunicación

Francisco Javier Díaz Revorio

Apuntes sobre el derecho «a» y los derechos «sobre»
la imagen (personal y de bienes)

Oscar Raúl Puccinelli

¿Es Kelsen el fundador del derecho procesal
constitucional? Análisis de un debate contemporáneo

Eduardo Ferrer Mac-Gregor



**FONDO
EDITORIAL**

Aproximaciones al contenido esencial del derecho de participación política

JANEYRI BOYER CARRERA*

Sumilla

Introducción

1. El derecho de participación política y su doble faz
2. Participación política como derecho de configuración legal
3. La participación política en el ordenamiento jurídico peruano
4. A manera de conclusión

Bibliografía

Introducción

El Sistema Universal de Derechos Humanos establece condiciones mínimas para el ejercicio del derecho de sufragio a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25); mientras que la Convención Americana de Derechos Humanos incluye a la participación política en el listado taxativo de derechos cuyo ejercicio no puede suspenderse durante un estado de emergencia (artículo 27).¹ Como el ordenamiento jurídico peruano debe interpretarse conforme a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Estado

* Profesora de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica de Perú. Candidata a doctora por la Universidad de Valladolid – España

¹ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 27.- «Suspensión de Garantías. 1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención [...]. 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: [...] y '23 (Derechos Políticos)', ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos».

y a los acuerdos subsiguientes que en dicha materia se adopten de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política (CP), ¿cómo debe entenderse este derecho en el ordenamiento jurídico peruano?

El presente trabajo tiene por finalidad, brindar una aproximación al contenido esencial del derecho de participación política en el Perú.

1. El derecho de participación política y su doble faz

La concepción clásica de la democracia como forma de Estado se asocia ineludiblemente al principio de soberanía popular, según el cual, tanto la organización como el ejercicio del poder del Estado derivan siempre de la voluntad del pueblo o pueden ser atribuidas a él. De tal manera, que aunque exista una transferencia del poder de gobernar a unos representantes mediante una elección o se hayan definido las Normas Fundamentales del Estado en un texto constitucional, subsiste en el pueblo la posibilidad de revocar aquella transferencia así como de modificar o derogar la Constitución. En este contexto, resulta necesario circunscribir nuestro análisis a cómo se engrana el derecho de participación política en el aparato democrático.

1.1. Democracia participativa y democracia representativa: los orígenes de la participación política

Atribuir «todo el poder al pueblo» traduce en forma extrema el principio de soberanía popular y es perfectamente aplicable como aspiración política frente a una dictadura. Sin embargo, el poder, una vez recuperado, exige una neutralización, porque su ejercicio sin estructuras intermedias resultaría inviable y hasta problemático.

La democracia directa o de participación se caracteriza por la identidad existente entre gobernantes y gobernados, desprovista de mediación entre el pueblo y el ejercicio del poder. La democracia indirecta o de representación en cambio, transforma esta identidad en la «dualidad de representante y representado» y en la mediación de este por aquel porque solo la voluntad del representante vale jurídicamente como voluntad del representado (García Pelayo 1991: 2007), y expresan la voluntad política de la Nación.

En la democracia de participación existe un ejercicio directo del poder y el régimen democrático se funda sobre la participación de los ciudadanos en el gobierno de su ciudad. La democracia de representación se erige como un sistema de

control y limitación del poder, y confía el régimen democrático a los mecanismos de transmisión del poder. Son representadas como la democracia de los antiguos y de los modernos donde la primera requiere de «ciudadanos a tiempo completo», atrofia la economía de la pequeña comunidad y produce una sociedad deforme; y, la segunda, se convierte en correctivo de esta «deformidad» (Sartori 2003: 2007).

La democracia representativa tal y como se compone en el Estado constitucional y democrático se consolida como la solución, no exenta tampoco de riesgos, al problema del ejercicio del poder,² Sin embargo, ante la premisa que el poder debe permanecer en el pueblo, este sistema presupone, de un lado, la proscripción de poderes absolutos en los representantes. De otro lado, presupone la ejecución del control directo por parte del pueblo sobre sus autoridades, ya sea para renovarlas mediante elecciones periódicas, para revocarlas, para modificar sus atribuciones mediante la iniciativa de reforma constitucional o para coadyuvar en el ejercicio del gobierno mediante iniciativas legislativas.³ En todos estos casos no existe un poder total en el pueblo, pero resulta siendo una optimización posible.

² Inicialmente, la representación es la técnica que ayuda a la burguesía a resolver el grave problema de «metafísica política» que tiene planteado con la Monarquía absoluta, ante la necesidad de suceder un esquema de representación «absortito» por otro esquema de representación donde participe la burguesía, es decir el electivo. GARRORENA, compendia las tesis que en este sentido plantearon CONSTANT y SIEYÉS como principales aportes a la teoría de la representación. El primero, en su trabajo *De la liberté des anciens comparée a celle des modernes, discours prononcé a l'Athenée* presenta la representación como única técnica posible de participación política o libertad de los modernos en tanto permite una mayor libertad de la población para dedicarse a otras actividades económicas más importantes que la política. El segundo, en su *Dire sur le veto royal* y sobre la base del *Espíritu de las Leyes* de MONTESQUIEU erige a la representación como forma de división del trabajo de donde se desprende que solo deberían discutir de política aquellas personas que entendieran de ello. Para este autor, en todo caso, los hombres de nuestro tiempo incorporan a esta figura «el principio de conciencia social de los gobernantes, el de exigencia de elecciones libres, el de representación plural» y la gran conquista: el sufragio universal. Como herencia del liberalismo burgués legada como «pasivo» se encuentra «la mentalidad del desentendimiento» es decir de la inhibición o de la desconexión postelectoral entre el representante y los electores. En Ángel Garrorena Morales. *Representación política y Constitución democrática*. Madrid: Civitas. 1991, p. 54. En este mismo sentido SARTORI (2003: 83), indica que el problema del ejercicio del poder deja de ser la titularidad y se convierte en el ejercicio del poder, «lo que cuenta, al final, más que la 'ida', es el 'regreso' del poder. Si este trayecto no es vigilado, si en el proceso de transmisión del poder los controlados se sustraen del poder de los controladores, el gobierno 'sobre' el pueblo corre el riesgo de no tener ninguna relación con el gobierno 'del' pueblo».

³ Véase el trabajo de ARAGÓN REYES, Manuel. «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 19, 1987, pp. 15-52. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

1.2. La participación política y el Estado democrático

La legitimación democrática del pueblo respecto de sus autoridades se produce bajo tres modalidades necesariamente complementarias: funcional, orgánica y material (Böckenforde 2000: 56 y ss.). En la primera, el poder constituyente configura la estructura estatal delimitando las potestades de los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) organismos constitucionales (como el Tribunal Constitucional) y órganos de relevancia constitucional (como la Defensoría del Pueblo) e imponiendo mecanismos correctores ante la eventual invasión de funciones y el abuso del poder.

La legitimidad orgánica asegura que los titulares de los cargos públicos emerjan del sufragio universal ya sea de manera directa o indirecta⁴ mientras que la legitimidad material, busca que el contenido del poder del Estado se ejecute de acuerdo con la voluntad del pueblo. En este último caso, se cuenta con la atribución de la función legislativa a órganos con representantes elegidos por el pueblo: Congreso de la República o Parlamentos regionales por ejemplo.

El principio democrático consiste en que el poder del hombre sobre el hombre puede ser atribuido únicamente por el reconocimiento y la investidura de otros, es decir por el consenso popular. Este consenso es inexistente si quien debe darlo no es libre para disentir y si no proviene de alternativas entre las cuales se aplica una opción. A juicio de Sartori, el cumplimiento de aquellos requisitos no la califica como buena o mala democracia sino simplemente como una democracia. De tal manera que si no existe igualdad o justicia social, o las entidades se encuentran en crisis, nos encontraremos con una mayor o menor «democraticidad», pero si cumple con elecciones libres y competitivas seguirá siendo una democracia (Sartori 2003: 194).

En este contexto, una primera premisa que se debe resaltar es que el verdadero poder del pueblo consiste en escoger a quien lo gobernará (legitimidad democrática de origen) y vigilar cómo estos gobernantes ejercen el poder (legitimidad de ejercicio) ya que «cualquier régimen cuyo personal político 'para controlar' es escogido a través de elecciones libres, competitivas y no fraudulentas, se clasifica como democracia» (Sartori 2003: 193).

⁴ En el caso de la elección indirecta, para que esta sea democrática se requiere que se produzca una «cadena ininterrumpida» que conduzca finalmente al pueblo. Si existe un órgano intermedio, como un colegio electoral que elegirá a las autoridades, este colegio electoral tendrá que componerse a su vez por miembros seleccionados por el pueblo. Si los miembros de aquel colegio fueran designados por alguien distinto, la elección de las autoridades no será democrática.

Una segunda premisa, es que la participación en la vida política del Estado constituye el pilar de todo Estado democrático porque, a través de él, el pueblo: lo diseña y lo estructura (poder constituyente), elige a quienes lo dirigirán y participa como candidato a representante (derecho de sufragio), controla y sanciona el ejercicio del poder (elecciones periódicas, mecanismos de democracia directa). En suma, la participación política se erige como «la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado» (Santa María 2001: 512).

La extensión de su contenido en el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos, ratifica su enorme relevancia para un Estado democrático que se precie de serlo. Consolidada su posición en el Sistema Universal de los Derechos Humanos (artículo 25 PIDCP), en el sistema interamericano, la Convención incluye a la participación política dentro del listado de derechos fundamentales que no son susceptibles de suspensión durante un estado de emergencia.⁵

La Corte Interamericana entiende que «dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del “ejercicio efectivo de la democracia representativa”». ⁶ Señala, además, que la democracia representativa es «determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte», que y constituye, «un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano». ⁷ Sobre los derechos políticos protegidos por los instrumentos internacionales, afirma que «propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político». ⁸

En el sistema europeo, el artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos, solo recogió el derecho a elecciones libres como un compromiso de los Estados Partes a organizarlas bajo determinadas condiciones. ⁹ Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) efectuó una construcción jurisprudencial evolutiva de la participación política —específicamente

⁵ Véase la cita 2 *ut supra*.

⁶ *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías*. Opinión Consultiva OC 8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A. N° 8, párrafo 20.

⁷ *La Expresión «Leyes» en el Artículo 30º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N° 6, párrafo 34.

⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso Yatama contra Nicaragua, del 23 de junio de 2005. FJ 192.

⁹ Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos. «Artículo 3º.- Derecho a elecciones libres. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo».

del derecho de sufragio—, que pasó de ser subsumida en la «garantía institucional de elecciones libres» a ser un derecho subjetivo. Ello, a partir de una lectura conjunta del Preámbulo donde se consagró la democracia como único modelo político compatible con el Convenio y del «compromiso» de organizar elecciones libres derivado del referido artículo 3. El TEDH entendió que el citado derecho es de vital importancia para toda democracia.¹⁰

Habiendo esbozado el papel del derecho de participación política en un Estado democrático nos corresponde definir qué es la participación política.

1.3. Contenido y doble faz del derecho de participación política

1.3.1. Breve noción de «derecho fundamental»

Para evitar una definición de derecho fundamental encasillada en una determinada teoría de la Constitución —como por ejemplo «derechos de libertad», en la teoría liberal— Alexy (2007: 63) se decanta por un criterio formal que apunta a la forma de su positivización. Derechos fundamentales serán aquellos que la Constitución enuncia dentro del listado de derechos fundamentales.¹¹ El carácter de fundamentales que tienen los derechos no deriva de que sean inherentes al ser humano, sino de la importancia capital que un sistema constitucional concede al papel que las personas pueden desempeñar en su funcionamiento, si se les atribuyen y garantizan esos derechos individuales como si les fueran inherentes (Bastida *et al.* 2004: 52).¹²

¹⁰ Para tener un mayor detalle de la evolución jurisprudencial del TEDH sobre el artículo 3º del Protocolo 1 del Convenio, Véanse los trabajos de GARCÍA SORIANO, María Vicente. «El artículo 3º del Protocolo Adicional al Convenio de Roma de 1950: análisis del derecho a unas elecciones libres». *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, N° 14/15, 1996, pp. 215-237; y de GARCÍA ROCA, Javier. «Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos: Artículo 3P1 CEDH». En *La Europa de los derechos (El Convenio Europeo de los Derechos Humanos)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

¹¹ En este mismo sentido se encuentra Böckenforde (2000: 63), para quien la teoría que se adopte sobre la Constitución determinará la concepción sobre los derechos fundamentales.

¹² Sobre concepto y doble faz de los derechos fundamentales, véanse además los trabajos de CRUZ VILLALÓN, Pedro. «Formación y evolución de los Derechos Fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 25, 1989, pp. 35-62; RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y principios constitucionales. (Doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Ariel, 1995; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales». *Revista de Estudios Políticos*, N° 71, 1991; VILLAVERDE, Ignacio. «Concepto, contenido, objeto y límites de los Derechos Fundamentales». En *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. VVAA. Vol. 1. Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, pp. 317-363.

Todo derecho fundamental presenta una doble faz como dos caras de la misma moneda. Son al mismo tiempo principios y reglas. Como principios, son normas de un grado de generalidad relativamente alto, fundamentos de reglas y normas de argumentación así como mandatos de optimización de la norma a la que se adscribe el principio. Como reglas, son normas con un nivel relativamente bajo de generalidad o normas de comportamiento. Un modelo adecuado se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios, «no basta concebir a las normas de derecho fundamental solo como reglas o solo como principios», ambos, se reúnen en una norma de carácter doble (Alexy 2007: 138).

Ahora bien, junto a los derechos fundamentales como derechos subjetivos tradicionales frente al poder público aparecen los derechos fundamentales como normas objetivas que expresan un contenido que afecta las tres funciones del Estado. La dimensión objetiva requiere para su optimización de actuaciones concretas «que permitan el máximo desarrollo jurídico y práctico del haz de facultades comprendido en el derecho fundamental» (Bastida *et al.* 2004: 50-51).

Alexy (2007: 240) ilustra esta dimensión objetiva como una «relación triádica» donde el individuo (portador del derecho) tiene frente al Estado (destinatario del derecho) un derecho «z» (objeto del derecho). Para el contenido del derecho esto se traduce en que, de un lado, todo poder público tiene el deber positivo —mediante normas o actos— de proteger los derechos fundamentales; y, de otro lado, obliga a todo poder público a abstenerse de realizar cualquier actividad que pueda resultar contraria al referido deber positivo. De esta manera, y para el tema que nos convoca, si el legislador omitiese regular el proceso electoral, el acto jurídico de sufragio sería inexistente.

Esta dimensión objetiva también incide en el contenido del derecho fundamental ya que ante la indefinición jurídica del comportamiento constitucionalmente lícito, son merecedoras de protección todas las facultades de actuación que quepan dentro del ámbito de realidad definido abstractamente en un enunciado normativo (Bastida *et al.* 2004: 50-51). En este sentido, por ejemplo, la adecuada impresión de una cédula de sufragio (correlación entre los nombres de las organizaciones políticas y los símbolos) se encontraría tutelada por el derecho a ser elegido, pese a que dicho supuesto no se encuentre expresamente determinado como parte del contenido esencial del derecho de participación política.

1.3.2. Definición del derecho de participación política

El derecho de participación política es un derecho público subjetivo fundamental dada su ubicación en la Norma Fundamental peruana, que debe entenderse como «funcional», porque está conectado con el ejercicio de una función pública y «político», porque está vinculado a la cualidad de miembro de una determinada colectividad (Biglino Campos 1987: 95).¹³

Estos derechos, a los que se adscribe el principio democrático habilitan al ciudadano para participar en los asuntos públicos y formar parte de la estructura del Estado. Tienen por objeto, la legitimación democrática del Estado y la conformación de su voluntad en esa triple modalidad funcional, personal y material.

El Supremo Tribunal peruano ha entendido que el derecho a la participación política constituye «un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona en “todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad»». Acota, que su proyección no se circunscribe a «la participación de la persona en el Estado-aparato o si se prefiere en el Estado-institución, sino que se extiende su participación en el Estado-sociedad, es decir “en los diversos niveles de organización, público y privado”».¹⁴

Sin embargo, a nuestro juicio, no cualquier tipo de participación en la vida política del Estado forma parte del contenido esencial del derecho de participación política. Coincidimos con el Tribunal Constitucional español en que tales derechos se «circunscriben al ámbito de legitimación democrática directa del Estado’ y de las distintas entidades territoriales que lo integran, quedando fuera otros títulos participativos que derivan bien de otros derechos fundamentales, bien de normas constitucionales de otra naturaleza, o bien de su reconocimiento legislativo».¹⁵

De manera similar, lo entiende la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Sentencia recaída en el caso Yatama contra Nicaragua:

¹³ Para otras nociones del derecho de participación política, véanse los trabajos de ZOVATTO, Daniel. «Derechos Políticos como Derechos Humanos». En D. Nohlen, D. Zovatto y S. Picado (compiladores). *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*. San José: IIDH, 2001, p. 32; BÖCKENFORDE 2000, p. 78; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. *Algunas cuestiones...* 1991, p. 54. AGUIAR DE LUQUE, Luis. «Artículo 23». Alzaga, Oscar (director). «Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978». *Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas*, vol. II, 1984, p. 663. Madrid.

¹⁴ STC recaída en el expediente 5741-2006-PA/TC del 11 de diciembre de 2006. f. 3.

¹⁵ STC 119/1995 del 17 de julio de 1995. FJ 3.

196. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

Una interpretación *pro homine* de los derechos fundamentales, no debería conducirnos a considerar que toda modalidad de participación ciudadana forma parte del contenido esencial de la participación política. Una lectura conjunta del artículo 2 inciso 17 de la Constitución con el capítulo tercero («De los Derechos Políticos y los Deberes») del Título I (De la Persona y de la Sociedad), conforme al principio de unidad de la Constitución, resulta imprescindible para no desnaturalizarlo.

Entendemos, entonces, al derecho de participación política como un derecho fundamental funcional, político, de configuración legal y complejo al que se adscribe el principio democrático y que tiene por objeto la legitimación democrática del Estado y sus distintos niveles de gobierno.

2. Participación política como derecho de configuración legal

La Constitución establece una reserva de Ley para delimitar el contenido del derecho de participación política (artículo 2.17 CP) y una reserva de Ley Orgánica a fin de delinear las reglas de las consultas populares y de los procesos electorales (artículo 31 CP), a diferencia de lo que ocurre con los demás derechos fundamentales en los que el Constituyente no estableció reserva legal alguna. A ello se debería que el Tribunal Constitucional calificase al derecho fundamental de participación política como «un derecho de configuración legal».¹⁶

Los derechos de configuración legal adolecen de un alto grado de indeterminación en sede constitucional y la ley lleva a cabo una intensa labor de ordenación de la relación jurídica que nace alrededor del derecho. La diferencia con los otros derechos fundamentales radica en que mientras estos tienen su contenido, objeto y límites abstractamente definidos en el precepto constitucional y el legislador solo se encuentra habilitado para concretar lo que se encuentra en la Constitución;

¹⁶ STC recaída en el expediente 0030-2005-PI/TC, del 2 de febrero de 2006, FJ 27. b). De manera similar, el artículo 23 de la Carta española dispone que el derecho de sufragio pasivo así como el de acceso a la función pública se ejerzan «con los requisitos que señalen las leyes». Por ello el Tribunal Constitucional español, también calificó a los derechos de participación política como «derechos de configuración legal». STC 24/1989 de fecha 2 de febrero de 1989 y en la STC 168/1989 de fecha 16 de octubre de 1989.

en los de configuración legal, la Carta se remite a establecer un contenido mínimo del diseño final (Bastida *et al.* 2004: 160).

La «configuración» será entonces, la concreción y creación de prestaciones, organizaciones o procedimientos necesarios para que el titular pueda disponer y realizar las expectativas de conducta o actividades que constituyen el objeto del derecho. Y es «legal», porque dada su condición de derechos fundamentales «la habilitación para configurarlo solo puede recaer en el legislador [...]» (Bastida *et al.* 2004: 162).¹⁷ En todo caso, comportan una disponibilidad «potencialmente inmediata» para exigir a los poderes públicos que arbitren la organización de los procedimientos que dan efectividad a estos derechos (Bastida *et al.* 2004: 32).

Estos derechos comportan una cierta constitucionalización de las leyes que los desarrollan y una interpretación integral que las incorpora a su carácter fundamental. Por ello, una interpretación que circunscriba sus elementos de juicio al texto constitucional desconocerá la valla del mandato legislativo complementario que la Constitución impone.¹⁸ Así también, una vez que un aspecto concreto del ejercicio del derecho ha quedado configurado por una norma legal, la violación de dicha normativa se traduce en una violación del derecho fundamental.

Ahora bien, no podemos perder de vista que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales exige una proyección legislativa ya sea para delimitar su contenido y límites, para garantizar un ejercicio más eficaz del derecho o para precisar sus mecanismos de tutela.

El profesor García Roca (1990: 170) identifica como razones para el desarrollo legal de los derechos fundamentales; (a) el carácter poco concreto e indeterminado de las normas constitucionales. Recordando que son de carácter programático, concluye que estas requieren concreción; (b) la experiencia: el plano fáctico. La Ley necesita

¹⁷ Robert Alexy indica que existen derechos fundamentales cuyas expectativas de conducta que integran el objeto del derecho fundamental o conductas iusfundamentales, solo pueden existir o realizarse «si media la colaboración del poder público pues requieren para su ejercicio prestaciones de bienes o servicios o el establecimiento de normas de procedimiento y organización». En suma requieren de su actuación y no de su abstención como es habitual. **Ob. cit., p. 162. ¿Alexy o Bastida?**

¹⁸ Resulta ilustrativa la lectura conjunta de los fundamentos jurídicos quinto y sexto de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 26/2004 de 26 de febrero de 2004. El TC apunta que los contornos del derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución española (derecho de participación política) deben delimitarse en una lectura conjunta de la norma constitucional y de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Ello, porque el constituyente reservó al legislador la facultad de desarrollar los derechos de participación política y hacerlo solo atendiendo a una interpretación constitucional, atentaría contra el propio mandato de concretar este derecho efectuado por la Carta Política al legislador.

introducir procedimientos para el ejercicio de determinados derechos con claridad. En este caso se encuentra el derecho de participación política materia de análisis, y la tutela judicial efectiva; (c) el legislador necesita introducir pautas para evitar colisiones con determinados derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Así, cuando el Código Penal tipifica el aborto y la tortura como delitos o el Código Civil establece cuáles son las características del derecho de propiedad, están desarrollando los derechos a la vida, integridad y propiedad respectivamente.

Entonces, con independencia de la reserva legal, algunos derechos fundamentales requerirán de un mayor desarrollo legislativo que otros como en el caso de los derechos de participación política. A diferencia de los derechos de autonomía, los derechos democráticos necesitan de «[...] una actuación normadora de alcance verdaderamente delimitador, o sustantivo, y no meramente ordenador o tuitivo» (Solozábal 1991: 90). La Constitución no podría efectuar una regulación detallada de los procedimientos durante una elección, ni desarrollar el contenido de cada uno de los procesos de consulta popular, caso contrario, esta desnaturalizaría su carácter de regla y principio para reducirse a simples reglas de aplicación estricta.

El derecho constitucional brinda apertura al pluralismo político, bajo ciertas directrices y puntos de orientación no solo para actualizar y concretar el derecho, sino que también, en palabras de Hesse (1992: 20), hay que ver en dicha actitud «una garantía constitucional de la libre discusión y de la libre decisión de estas cuestiones». Con mayor razón, si nos encontramos ante la definición de las reglas de juego por el poder que requieren debate y consenso de las fuerzas políticas.

No obstante, persiste una contradicción lógica; hablar de la necesidad de una configuración legal de los derechos fundamentales, cuando estos derechos son límites a los poderes públicos y precisamente se encomienda a ellos el desarrollo de su contenido. Si un derecho depende del legislador para su ejercicio e incluso para ser eficaz ¿se vería mermada su fundamentalidad?

Ningún derecho fundamental puede ser de total configuración legal, ya que incluso en aquellos casos donde el derecho haya quedado configurado, existe un contenido mínimo que la Constitución —por más abstracta que sea— ha prefigurado. Caso contrario, «estaríamos ante una desconstitucionalización del derecho» o ante una «desnaturalización del mismo» al dejar en manos del legislador «la total determinación del contenido de un derecho que, por definición, nace con la norma constitucional» (Vidal Fueyo 2002: 62).¹⁹

¹⁹ Otros autores que han abordado esta problemática son Díez-PICAZO, Luis María. «Dificultades

Ahora bien, independientemente de la «configuración legal» vista como garantía para dotar de condiciones al derecho de participación política, el Constituyente aseguró su desarrollo legislativo tipificando el impedimento de elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales como uno de los pocos supuestos para la procedencia de la acusación constitucional contra el Presidente de la República (artículo 117 CP). Una disposición importante para asegurar la periodicidad de las elecciones y para que la organización política gobernante impulse la emisión de las disposiciones normativas necesarias para que se produzca el voto.

Sobre el «contenido mínimo» de un derecho, el TC ha reconocido que la categoría jurídica del contenido esencial no se encuentra consagrada expresamente en el derecho peruano como lo hacen las Cartas española y alemana. Ahora bien, ubica su presencia en la diferencia de planos normativos existentes entre el legislador —quien desarrolla el derecho— y el Constituyente —quien recoge el derecho—, como límite implícito del primero derivado de su carácter constituido frente al Poder Constituyente del segundo.²⁰ Señala que «la limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino solo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio [...] (debido a ello) no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones depende que ellas respeten el «contenido esencial» de los derechos sobre los cuales se practica la restricción».²¹

Un contenido mínimo de los derechos de participación política exigirá el respeto por el principio democrático, de la democracia representativa y la «idea constitucional de elecciones» que tiene como elementos: la celebración periódica de elecciones por sufragio universal y el carácter libre y competitivo de los comicios. Esta competitividad implicará a su vez la igualdad institucional entre los

prácticas y significado constitucional del recurso de Amparo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 40, 1994; GARCÍA ROCA, 1999: 42 y ss.

²⁰ En la STC recaída en el Expediente 2868-2004-AI/TC, de fecha 24 de noviembre de 2004, el TC reconoce la presencia del «contenido esencial» en el derecho peruano cuando señala que «[...] los niveles de protección que han revestido constitucionalmente los derechos fundamentales no se agotan con las 'garantías normativas' [reserva de ley y legalidad]. Aunque la Constitución de 1993 no contenga una cláusula semejante a la existente en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 o en la Constitución española de 1978, en virtud de la cual se establezca que en la limitación de los derechos el legislador deberá respetar su contenido esencial, lo cierto es que en nuestro ordenamiento tal limitación de los derechos se deriva de la distinción de planos en los que actúa el Poder Constituyente y el legislador ordinario— (FJ 16).

²¹ STC recaída en el Expediente 014-2002-AI/TC, de fecha 21 de enero de 2002. FJ 93.

concurrentes y la consecuente prohibición de privilegios (Solozábal Echavarría 1993: 63-80, 67).²²

La intervención del legislador resulta crucial, además, para establecer las normas sobre neutralidad durante los procesos electorales aplicables a todo el aparato estatal, o aquellas relacionadas con la libertad individual como garantía para un sufragio libre que articula la participación adicional del Ministerio del Interior y el Poder Judicial. Una intervención que ha sido considerada necesaria por el propio legislador cuando modificó el artículo 31 de la Carta Política, determinando que la ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.²³ Una intervención relevante para dotar de eficacia a la fuerza expansiva de estos derechos fundamentales.

3. La participación política en el ordenamiento jurídico peruano

La Carta peruana contempla los derechos a votar y a ser candidato en el marco de una elección popular de autoridades, de la mano de una apertura listada a las instituciones de democracia directa, considerándoseles en conjunto como derechos de participación política conforme a ley según reza su 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.

Es derecho y deber de los vecinos participar en el gobierno municipal de su jurisdicción. La ley norma y promueve los mecanismos directos e indirectos de su participación.

Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil. Para el ejercicio de este derecho se requiere estar inscrito en el registro correspondiente.

El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad.

²² La Corte Interamericana, por su parte, ha entendido que los estándares mínimos que establecen los Estados para regular la participación política deben ser razonables de acuerdo a los principios de democracia representativa y que dichos estándares «deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo». Sentencia de la CIDH recaída en el caso Yatama contra Nicaragua, FJ 207.

²³ Modificado por Ley 28480, publicada el 30 de marzo de 2005.

La ley establece los mecanismos para garantizar la neutralidad estatal durante los procesos electorales y de participación ciudadana.

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

El Constituyente peruano consagró al derecho de participación política como un derecho fundamental complejo, conformado a su vez, por los derechos de sufragio activo y pasivo (a votar y a ser elegido), por las iniciativas en la conformación de las leyes y de reforma constitucional, el referéndum, la revocación y remoción de autoridades y la demanda de rendición de cuentas.

3.1. El derecho de sufragio. Características de los derechos a elegir y a ser elegido

La dimensión subjetiva del sufragio comprende la facultad del ciudadano a votar (sufragio activo), o de presentarse como candidato (sufragio pasivo) o de no hacerlo, mientras que la objetiva apunta a consagrarlo como un principio básico del sistema democrático.²⁴

En este último aspecto, resalta una comprensión institucional de este derecho debido a su relación intrínseca con «efectivos ámbitos vitales que son propios del sistema democrático» (Solozábal Echavarría 1991: 93). De forma similar a lo que ocurre con las libertades informativas entendidas como libertades públicas²⁵ que,

²⁴ Manuel ARAGÓN, señala que el derecho de sufragio además de ser un derecho subjetivo es un principio: «el básico o nuclear de la democracia o, hablando en términos más precisos, del Estado democrático». «Derecho de Sufragio: Principio y Función». En D. Nohlen, D. Zovatto y S. Picado. (compiladores). *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*. San José: IIDH, 2001, p. 92.

²⁵ Para esbozar su tesis sobre la ampliación del espectro de los derechos fundamentales conferidos a los extranjeros en la Constitución española, la profesora VIDAL construye una definición de las «libertades públicas» en tanto que es usado por dicha Carta para referirse a los derechos de los extranjeros (artículo 13.1 CE). Según esta autora, el término «libertades públicas» surge en Francia, como una categoría jurídica que garantiza la protección de determinados ámbitos de libertad del individuo frente al Gobierno y la Administración pero no frente al legislador. La centralidad del principio de legalidad determina que la ley sea la creadora de estos derechos porque su ejercicio se encontraba condicionado a una creación legal. En este contexto, la libertad pública no se refiere ni al sujeto ni al objeto del derecho sino a su contenido: Se refiere a lo que tiene «trascendencia pública» que a juicio de la autora, es una definición artificiosa. La expresión «pública», conecta a estas libertades con la realización del principio democrático a través de la formación de la opinión pública. Luego, los derechos de reunión, asociación, libertad de información, derecho de petición entre otros, con independencia de la dimensión privada que puedan tener, tienen una vertiente estrechamente relacionada con la formación de la voluntad de la sociedad y en último término con la formación de la voluntad del Estado. En VIDAL FUEYO 2002, pp. 81-82.

como derechos en los que se materializa el principio democrático,²⁶ reciben una protección reforzada del Estado durante un proceso electoral. Una protección que es mayor de la que tendrían frente a supuestos similares en época no electoral.²⁷

Si tenemos en consideración las funciones que el sufragio cumple en el sistema democrático de (a) producir representación, (b) producir gobierno, (c) ser límite temporal al poder y (d) legitimar el Estado, se puede inferir que, si bien puede haber sufragio sin democracia, no puede haber democracia sin sufragio.

El voto, materialización del sufragio activo, se caracteriza por ser personal, universal, igual, secreto, libre, y obligatorio.

Es «personal», porque debe ser ejercido directamente, y bajo ninguna circunstancia, a través de interpósita persona. La Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones - LOE, establece una serie de disposiciones que garantizan el voto directo. Entre otras, determina que el voto solo puede ser emitido por el mismo elector, sin acompañantes en la cámara secreta (artículo 261) y que a los invidentes se les proporcione una cédula especial (artículo 263).

Es «universal», porque todos y cada uno de los ciudadanos debidamente inscritos en el registro de identificación y estado civil que no hayan sido inhabilitados para el ejercicio del sufragio forman parte del cuerpo electoral.²⁸

La universalidad del voto se encuentra condicionada al ámbito de la elección, de tal manera, que los electores que participan en una elección para Presidente

²⁶ Sentencia recaída en el expediente 0030-2005-PI/TC, del 2 de febrero de 2006. FJ 23.

²⁷ El TC español afirma que «cuando estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles si cabe una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos, ya que el bien jurídico fundamental por ellas tutelado, que es también aquí el de la formación de la opinión pública libre, «adquiere un relieve muy particular en esta circunstancia, haciéndoles ‘especialmente resistente(s), inmune(s) a las restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar’» FJ 5 de la STC 157/1996 y FJ 15 de la STC 136/1999. De similar manera, el TC peruano resaltó que «[...] ‘pensar, expresarse e informarse, son derechos que tienen los ciudadanos especialmente durante los procesos electorales’, pues se trata de hechos en cuya formación han contribuido los propios ciudadanos y cuyos resultados interesan a todos ellos». Interpretó además, «[...] (que) por un lado, [...] la Constitución no garantiza el derecho a expresarse y a informarse en todo tiempo, en cualquier lugar y de cualquier manera. [...] Pero también es verdad que ‘los derechos a la libre expresión y a la información tienen un rol estructural en el funcionamiento de la Democracia’, ya que ésta no puede existir sin una auténtica comunicación pública libre». Sentencia del 4 de abril de 2001, recaída en el Expediente 02-2001-AI/TC (FJ 9).

²⁸ El artículo 33 de la Carta dispone que el ejercicio de la ciudadanía, se suspende: 1) Por resolución judicial de interdicción; 2) Por sentencia con pena privativa de la libertad; y, 3) Por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos. El artículo 10 de la LOE agrega a estos supuestos, la inelegibilidad de los funcionarios públicos inhabilitados como productos de un juicio político o del proceso judicial devenido de la acusación constitucional correspondiente.

de la República no necesariamente son los mismos que para un proceso de revocatorias. En el primer caso, participarán los ciudadanos peruanos residentes en cualquier rincón del territorio nacional y, en el segundo caso, solo aquellos que residen en las regiones o municipios cuyas autoridades han sido sometidas a la consulta popular.

La universalidad, también se condiciona a la residencia efectiva en el territorio de la República. En el caso peruano, aquellos ciudadanos que residen en el extranjero, no se encuentran habilitados para ejercer el sufragio en elecciones subnacionales (regionales y municipales). Solo votan en elecciones presidenciales y de representantes al Congreso de la República así como en consultas populares (artículo 224 LOE).

El voto es «igual», porque todos y cada uno de los votos emitidos tienen el mismo valor, estos no se ponderan, solo se suman uno a uno.

El principio de igualdad de oportunidades para ejercer el poder político, se extiende a todo el pueblo. El TC peruano ha entendido que esta característica del voto deriva del mandato previsto en el artículo 2 inciso 2 de la Ley de Leyes, conforme al cual, ninguna persona puede ser discriminada por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.²⁹ Sin embargo, esta «igualdad democrática» es distinta al derecho a la igualdad material, por la que un derecho se atribuye a determinados sectores sociales menos favorecidos a fin de equipararlos con los más favorecidos (claro ejemplo de ello son los derechos laborales).³⁰ La igualdad democrática por el contrario, es específica y estricta, se aplica a todos los ciudadanos sin excepción en su condición de pueblo político, y a todos y cada uno por igual sin matices, sin graduación de mayor o menor derecho por mérito, capacidad, o *status*. Dicho de otro modo, la igualdad democrática implica identidad de trato, rigiendo la regla de un ciudadano, un voto; mientras que la igualdad de oportunidades, implica una desigualdad jurídica de trato a favor de colectivos en desventaja fáctica.

El «secreto» del voto se relaciona con el artículo 2 inciso 18 de la Constitución que consagra el derecho fundamental de toda persona a mantener reserva sobre sus convicciones políticas. Nadie está obligado a revelar, sea con anterioridad o posterioridad al acto de sufragio, el sentido del voto. Por ello, tiene como finalidad

²⁹ STC recaída en el Expediente 030-2005-PI/TC del 2 de febrero de 2006. FJ 64.b).

³⁰ Véase el trabajo del profesor REY MARTÍNEZ, Fernando. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: Ciencias Jurídicas, 1995, pp. 54 y ss.

erigirse como una garantía para el elector, frente a las posibles presiones de las fuerzas sociales, autoridades o adversarios políticos a elegir determinada opción política y ejerza un voto en libertad.

Las autoridades electorales, deben prever la existencia de recintos cerrados para que el ciudadano vote sin coerción alguna. Así, la normativa electoral constituye la cámara secreta o cámara de votación como un recinto cerrado «sin otra comunicación al exterior que la que permita la entrada y salida al lugar donde funciona la Mesa de Sufragio» y obliga al Presidente de la Mesa a «asegurar su completo aislamiento» (artículo 257 LOE).

Es «libre», en tanto que el ciudadano elige a los representantes conforme a sus convicciones políticas de forma espontánea, «la decisión no puede ser consecuencia de algún grado de incidencia previa sobre la libertad de conciencia, ni menos aún sobre la integridad física, psicológica o moral».³¹ Esto significa que el ciudadano tiene la posibilidad tanto de elegir como de no elegir o no manifestar sus preferencias por alguna de las opciones sometidas a consulta dejando la cédula de sufragio en blanco.

La «obligatoriedad» del voto fue una opción del constituyente destinada, según consideramos, a que el ciudadano observe el deber de concurrir a la formación de la voluntad política del país participando en las elecciones, bajo apercibimiento de sanción administrativa.

Según Aragón (2001: 98), en los Estados latinoamericanos la obligatoriedad del sufragio tiene como origen la sobredimensión de su vertiente objetiva en detrimento de la subjetiva, a fin de favorecer el cumplimiento de sus funciones democráticas. Esto «puede conducir paradójicamente a la excesiva limitación o incluso [...] a la desaparición del derecho en casos particulares con el argumento de que se garantiza mejor la “función” que el propio derecho realiza».³²

En el caso peruano, el efecto recíproco de las disposiciones constitucionales sobre libertad y obligatoriedad del sufragio permiten definir a la primera como la ausencia de coerción en la manifestación de voluntad política; y a la segunda,

³¹ STC recaída en el Expediente 030-2005-PI/TC del 2 de febrero de 2006. FJ 64.c).

³² Este autor sostiene que la base jurídica que justifica esta obligatoriedad está en la teoría que configura al cuerpo electoral como órgano del Estado, cuya consecuencia es la negación de la soberanía popular «en cuanto introduce al propio pueblo en el seno de la persona jurídica estatal, pasando de ser el titular del poder a un mero órgano que ejerce, mediante el sufragio, una función pública y que, por ello, solo actúa con las competencias, el modo y la forma que el poder le tiene atribuidos» (p. 99).

como concurrencia obligatoria del ciudadano a las urnas. De la misma manera, ha permitido su convivencia pacífica desde su consagración inicial en la Constitución de 1933.

Sin embargo, resultaba controvertido que la omisión al sufragio trajese consigo sanciones tan importantes como multas elevadas e impedimentos para el ejercicio de otros derechos como el de contratar o de propiedad.³³ La Ley 28859, promulgada el 10 de julio de 2006, suprimió las restricciones civiles, comerciales, administrativas y judiciales y redujo las multas en favor de los ciudadanos omisos al sufragio.

Las autoridades elegibles son: el Presidente de la República, los ciento veinte miembros del Congreso de la República, los representantes peruanos ante el Parlamento Andino, los presidentes de las regiones, los consejeros regionales, los alcaldes y regidores; y, entre las autoridades judiciales, se elige solamente a los jueces de paz.³⁴

3.2. Titularidad y ejercicio

La democracia como forma de Estado y de Gobierno, tiene como punto de referencia al pueblo del Estado, es decir, a «aquél conjunto de hombres, que como unidad política de acción, forman parte del Estado y lo sostienen» (Böckendorde 2000: 68). Solo quienes cuentan con el vínculo jurídico denominado nacionalidad

³³ El desarrollo reglamentario del artículo 240 de la LOE disponía que los ciudadanos omisos al sufragio se harían acreedores a una multa que ascendía al 10% de una Unidad Impositiva Tributaria; y, teniendo en consideración que el salario mínimo vital asciende a 500 nuevos soles, dicha sanción resultaba confiscatoria. De otro lado, en el artículo 390° literal b) se penalizaba con prisión o multa efectiva a “Los registradores públicos, notarios, escribanos, empleados públicos y demás personas que no exigiesen la presentación del Documento Nacional de Identificación con la constancia de sufragio en las últimas elecciones, o la dispensa de no haber votado otorgada por el Jurado Nacional de Elecciones”. En este sentido, quien se encontraba omiso al sufragio, no podía contratar o registrar propiedad entre otras actividades, mientras no pagase la multa impuesta.

³⁴ Los Jueces de Paz (antiguamente denominados «Jueces de Paz No Letrados») son autoridades judiciales que nacieron en la Carta Política de 1823 y que se encuentran esencialmente ubicados en las unidades político territoriales más pequeñas del Perú (distritos, centros poblados, comunidades campesinas o nativas) que no cuentan con justicia letrada o de primera instancia o que esta está muy lejana. Es una justicia gratuita basada en la conciliación cuya legitimidad en la comunidad tiene como pilar, las cualidades morales del Juez. Resuelven de acuerdo a «su leal saber y entender», no se les exige formación jurídica, y son elegidos entre los vecinos más notables de la comunidad. Véanse los trabajos de: LOVATON, David, Jaime MÁRQUEZ, Wilfredo ARDITO, Iván MONTROYA. *Justicia de paz. El otro poder judicial*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1999. BOYER, Janeyri y María PANIZZO. «Las elecciones de jueces de paz en la Constitución de 1993: Una mirada desde el Derecho Electoral». *Revista Derecho y Sociedad*, N° 20, 2003, pp. 31-32.

que acredita su pertenencia a ese Estado, se encuentran legitimados para participar en la formación de la voluntad política.³⁵

Sin embargo, no todos los nacionales cuentan con la titularidad de los derechos de participación política, estos requieren además, de una «capacidad abstracta»³⁶ determinada por el Estado, para ser sujeto de imputación de los derechos y obligaciones relacionados con esa participación. Esa capacidad, se asocia a la condición de ciudadano, es decir, al peruano mayor de dieciocho años de edad inscrito en el registro electoral.

La determinación de aquella capacidad no en todo momento se vinculó solo a la ciudadanía. La Constitución peruana de 1828 exigía ser varón casado o contar con 25 años de edad, poseer una propiedad o ejercer cualquier profesión o arte con título u ocuparse de industria, excluyendo a los sirvientes y jornaleros. Un notable influjo del modelo historicista de los derechos fundamentales donde el derecho a participar se asociaba a la pertenencia a una comunidad política, cualidad determinada por la propiedad. Solo los propietarios se podrían ver afectados por las decisiones del Estado en materia de tributos.³⁷

La Carta de 1834 asoció el sufragio a la edad, al matrimonio y al pago de impuestos, salvo a los que hubiesen optado por la profesión religiosa; la de 1839, si bien vinculó el derecho de sufragio a quienes tributaban, exceptuó a los analfabetos, con lo cual, además excluyó a las personas indígenas (quienes tributaban, pero en una amplia mayoría eran iletrados). Con la Ley Electoral de 1955, se confirió a las mujeres el derecho de sufragio, pero solo para elecciones municipales. Las Constituciones de 1979 y 1993 atribuyen la titularidad a los ciudadanos.

Gozan del derecho de sufragio los peruanos por nacimiento y naturalización a partir de los dieciocho años de edad previamente inscritos en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC (artículo 30 de la CP) y que no cuenten con inhabilitación alguna. A los supuestos taxativos de suspensión del ejercicio de la ciudadanía del artículo 33 de la Constitución (resolución judicial de interdicción, sentencia con pena privativa de libertad y sentencia con inhabilitación de derechos políticos), el legislador agregó la inhabilitación de conformidad con

³⁵ Para ZOVARTO (2001: 32-33) los derechos políticos proceden de la idea de la libertad política y de la libertad individual y, debido a este carácter mixto, no pueden ser concedidos a todos los individuos, sino solamente a los nacionales.

³⁶ Seguimos la definición adoptada por el profesor BASTIDA, en *Teoría General...* Ob cit., pp. 160 y ss.

³⁷ Loc. cit., p. 20.

la acusación constitucional del artículo 100 de la Carta Política (artículo 10 de la LOE).

Sobre el registro, en la experiencia española, el ciudadano requiere de la inscripción en el censo electoral para ejercer el derecho de sufragio con independencia del documento de identidad que utilice para identificarse en el acto electoral, como el pasaporte o la licencia de conducir.³⁸

En el ordenamiento peruano, la modificación constitucional del artículo 31 incorporó la exigencia de la inscripción ante el registro de identidad (RENIEC) para el ejercicio de los derechos de participación política.³⁹ Un requisito declarativo del derecho y no constitutivo, pero de imprescindible cumplimiento. Con esta inscripción se obtiene el Documento Nacional de Identidad (DNI) que cumple una doble función: (a) identificatoria en todo trámite oficial; y, (b) condición declarativa de la habilitación para el ejercicio del derecho de sufragio.⁴⁰

En este sentido, el DNI es el único documento que el ciudadano puede presentar ante la Mesa de Sufragio para ejercer su derecho a votar.⁴¹ Su exclusividad para el ejercicio del derecho de sufragio, se encontraría relacionada con la obligatoriedad del voto. Una vez realizado el acto de votación, los miembros de la Mesa colocan un holograma en el DNI como señal de que el ciudadano cumplió con el «deber» de votar.

³⁸ Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General español. Artículo 85: “1. El derecho a votar se acredita por la inscripción en los ejemplares certificados de las listas del censo o por certificación censal específica y, en ambos casos, por la identificación del elector, que se realiza ‘mediante documento nacional de identidad, pasaporte o permiso de conducir’ en que aparezca la fotografía del titular o, además, tratándose de extranjeros, con la tarjeta de residencia” (el subrayado es nuestro).

³⁹ Modificado por Ley 28480, publicada el 30 de marzo de 2005.

⁴⁰ Conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 25 de la Sentencia 006-2003-AI/TC de fecha 1 de diciembre de 2003, los artículos 99 y 100 de la Carta recogen tanto el juicio como el antejuicio político, siendo este último tramitado mediante una acusación constitucional. En el antejuicio político, el procedimiento que lleva a cabo el Congreso de la República es de investigación e instrucción sobre los supuestos delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones. Si se presume que la denuncia es fundada, corresponderá al Poder Judicial juzgar y sentenciar. Solo una vez concluido el proceso judicial, podrá el Pleno del Congreso, proceder a sancionar según el primer párrafo del artículo 100, es decir la suspensión, la inhabilitación o la destitución. En el juicio político, en cambio, se ventilan «faltas políticas» en el ejercicio de la función y en perjuicio del Estado, que corresponden ser evaluadas y sancionadas por el Congreso. En este caso, se puede aplicar directamente las mismas puniciones antes aludidas.

⁴¹ Decreto Supremo 015-98-PCM que aprueba el Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. «Artículo 88°.- El DNI constituirá el único documento que permita ejercer el derecho de sufragio a su titular».

Los partidos se hacen presentes como instrumentos fundamentales para canalizar la participación concurriendo, como la Constitución requiere, a la formación y manifestación de la voluntad popular (artículo 35 CP). «El pueblo amorfo solo puede manifestar su voluntad si se somete a un proceso organizativo llevado formalmente a cabo por la legislación electoral y materialmente por la acción de los partidos en razón de que solo estos pueden cumplir aquellas funciones sin las cuales no hay posibilidad de realizar la democracia [...]».⁴² Solo las organizaciones políticas pueden presentar candidaturas en los procesos electorales. Ahora bien, esta distorsión del sistema no los hace titulares del derecho de participación política, específicamente del derecho de sufragio pasivo, la titularidad corresponde al ciudadano elegido.⁴³

Si partimos de la igualdad como característica del derecho de sufragio, podemos inferir que en el ordenamiento jurídico peruano este derecho cuenta aun con ciertas excepciones que ponen en tela de juicio su eficacia, tal y como veremos a continuación.

3.2.1. Miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales

La Convención Americana de Derechos Humanos dispone que el derecho de participación política debe ser ejercido por todos los ciudadanos. En el caso peruano, la histórica proscripción de la titularidad del derecho de sufragio activo a los miembros de las fuerzas armadas y policiales, se vio superada por la reforma constitucional efectuada al artículo 34 de la Carta Magna con la Ley 28480, publicada el 30 de marzo de 2005. Ahora, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional tienen derecho al voto y a la participación ciudadana conforme a ley. Sin embargo, no pueden postular a cargos de elección popular,

⁴² La redacción del artículo 35 de la Constitución Política del Perú de manera similar a la del artículo 6 de la Constitución española de 1978, determina que los partidos políticos «concurrerán a la formación y manifestación de la voluntad popular». De esta manera, para García Pelayo (1991: 2003-2004), los partidos políticos, median entre la masa amorfa del pueblo y el Estado, traduciendo en propuestas políticas concretas las necesidades e intereses de la población. Contribuyen además a disminuir la abstención en los procesos electorales, impulsando el voto.

⁴³ Manuel Aragón (2001: 94) sostiene que la «democracia de partidos no debe sustituir por completo a la democracia de ciudadanos, puesto que si así ocurriese se estaría pervirtiendo la propia democracia, en la que como su nombre lo indica, es el pueblo la única fuente del poder». Por su parte, el profesor Bastida (2004: 226) sostiene que los titulares de los escaños son los representantes elegidos en las urnas por sufragio universal y la intervención de los partidos apunta a garantizar esa lealtad de los candidatos a la representatividad que «en su día ayudaron a formar y (por ello se convierten en) guardianes de una voluntad que prefiguraron y contribuyeron a expresar». Con este razonamiento, resulta coherente que bajo una cuidadosa regulación pueda operar la expulsión o el cese del partido sin que ello implique la pérdida del escaño.

participar en actividades partidarias o manifestaciones ni realizar actos de proselitismo, mientras no hayan pasado a la situación de retiro.

En una recopilación histórica muy completa, Paniagua⁴⁴ señaló que todas las leyes electorales peruanas les había negado el derecho de sufragio, desde la Ley Reglamentaria de Elecciones de 1825, la de 1828 y el Reglamento del Plebiscito de 1919. Pero fue la Constitución de 1933 la que formalizó tal limitación, mientras que las Constituciones de 1979 y 1993 la convirtieron en una inhabilitación. Aunque, como sostiene el autor, este no ha sido el único sector poblacional discriminado, también lo fue el clero, los «funcionarios políticos» e incluso «los funcionarios judiciales», para que no coaccionaran directamente el proceso electoral.

Desde los albores de la República en 1824, el Gobierno peruano ha tenido como Jefes de Estado más militares que civiles, a ello se añan los sucesivos golpes de Estado perpetrados por los mismos militares. Uno de los más recientes ocurrió el 3 de octubre de 1968, cuando el general Juan Velasco Alvarado ascendió al poder derrocando al entonces Presidente de la República Fernando Belaúnde Terry y, se mantuvo en el gobierno hasta 1975, año en el que fue derrocado por otro golpe militar, esta vez a cargo del general Francisco Morales Bermúdez.

El Estado Constitucional y democrático de derecho fue devuelto con la reelección de Fernando Belaúnde, en el proceso electoral de 1980. Luego, no sorprende que desde los inicios de la República la legislación electoral optara por negarles el derecho de participación política. Su situación de sujeción al superior dentro de una estructura jerárquica, hizo suponer al legislador que el voto emitido por

⁴⁴ Valentín Paniagua (2003: 58-89, 74) precisó los sectores poblacionales discriminados de la titularidad y ejercicio de los derechos políticos así como las épocas históricas en la que se produjo. Reproducimos a continuación un fragmento que nos pareció particularmente interesante para ilustrar este extremo de nuestro trabajo: «La Ley de elecciones del 29 de agosto de 1834 fue la primera que negó el derecho de sufragio a los comandantes generales y jefes de guarnición ‘en los lugares donde estén designados’ así como a los soldados, cabos y sargentos del Ejército y de la Armada [...] La Ley de 1849 comprendió dentro de la restricción a quienes eran inelegibles [...] Es decir, a todos los funcionarios políticos, además de los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales. La de 1861 mantuvo la prohibición [...] en texto que se reprodujo, literalmente por las leyes de 1892 [...] y de 1896 [...], la que extendió la prohibición a los funcionarios judiciales. La Ley 2108 (1915) acuñó una fórmula escueta que negaba el derecho de sufragio a las autoridades políticas, militares y policiales y, en general, a los militares en actividad. [...] El Estatuto de Elecciones de 1931, por un lado, redujo la restricción solo a las Fuerzas Armadas y Policiales y por el otro, la amplió al clero, optando por una fórmula distinta pues prohibió su inscripción en el Registro Electoral. La Constitución de 1933 no solo hizo inelegibles a los miembros del clero [...], sino que también les suspendió el ejercicio de la ciudadanía [...], y prohibió el sufragio de los miembros de las FF.AA. y FF.PP., tal como acontece hoy mismo».

estos ciudadanos se efectuaba por consigna más que por convicción, poniéndose en peligro al sistema democrático.

Con la modificación efectuada a la Constitución de 1993 en marzo de 2005, los militares obtienen la titularidad para el ejercicio de los derechos al voto y a la participación ciudadana. Sin embargo, se les niega expresamente, el ejercicio de los derechos a ser elegido, a participar en actividades partidarias y a realizar actos de proselitismo «mientras no hayan pasado a la situación de retiro, de acuerdo a Ley».

Al respecto, resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Rékvényi* contra Hungría de 20 de mayo de 1999, donde un oficial de policía demandó al Estado porque la Ley que retiraba a los miembros de las fuerzas armadas y policiales la titularidad del derecho a formar partidos políticos y a participar en actividades políticas vulneraba el derecho de asociación consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El TEDH señaló que la medida adoptada por el Gobierno Húngaro era proporcional, por cuanto respondía a su realidad social y política. A juicio del Tribunal, luego de más de una década con un régimen totalitario al mando de militares, el Estado había logrado pasar a un pluralismo democrático, y dicha restricción contribuía a despolitizar la policía. En otras palabras, el TEDH indicó que las restricciones a los derechos de participación política de los miembros de las fuerzas armadas y policiales en Hungría eran legítimas, proporcionales y necesarias, debido a los antecedentes históricos y ante la necesidad de consolidar el régimen democrático, mediante unas fuerzas del orden neutrales.⁴⁵ Un criterio de análisis que ha sido utilizado de manera recurrente por este Tribunal para determinar como válidas las incompatibilidades o inelegibilidades establecidas por los Estados contratantes. El TEDH entiende que las restricciones adoptadas por un Estado difieren a las de otros Estados en atención a su historia y realidad política.⁴⁶

En el caso peruano, a diferencia del caso citado, la restricción al derecho fundamental nace de la propia Constitución, pero si bien el Constituyente adoptó una posición conservadora respecto al derecho de sufragio pasivo, similar a la del TEDH, concordamos más bien con la posición del voto en discordia emitido por el Juez Fischbach en el mismo caso. Él considera que una sociedad pluralista y

⁴⁵ Sentencia del 20 de mayo de 1999, recaída en los seguidos por *Rékvényi* contra Hungría.

⁴⁶ Véase la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Gitona y otros vs. Grecia* del 1 de setiembre de 1997.

democrática, no puede excluir a ningún sector de la misma, por el contrario, debe mostrarse tolerante y abierta ante ideas discrepantes.

Resulta interesante traer a colación, además, el artículo 141 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas de España, según el cual, «los militares de carrera y los militares profesionales de tropa y marinería que mantienen una relación de servicios de carácter permanente pasarán a la situación de excedencia voluntaria (licencia) cuando: a) Sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o resultaran elegidos en las mismas».

En este sentido, ¿cuál sería el impedimento para que los miembros de las fuerzas armadas y policiales soliciten una licencia a fin de ser candidatos por una organización política? ¿Por qué condenarlos a la situación de retiro, si el ejercicio de los cargos de elección popular, que constituyen un servicio al pueblo peruano, son de carácter temporal? El Estado peruano tiene como tarea pendiente, una reforma constitucional que habilite a los miembros de las fuerzas armadas y policiales a ser elegidos, a realizar actividades partidarias pero con vestimenta civil y, como cualquier otro funcionario del Estado, a tener que solicitar una licencia mientras dure el cargo político.

3.2.2. Detenidos sin condena y otras poblaciones excluidas

La disposición constitucional sobre la suspensión del ejercicio de la ciudadanía circunscribe la inhabilitación a los sentenciados con interdicción, con privación de libertad o con inhabilitación expresa de derechos políticos. Los ciudadanos cuyos plazos de detención exceden a los legalmente previstos sin haber sido procesados, o con proceso judicial pendiente sin condena, no fueron incorporados en estos supuestos. Esta suspensión se produce en el plano de los hechos porque no se les brinda las condiciones necesarias para que ejerciten sus derechos de participación política, específicamente el derecho de sufragio. Por ejemplo, instaurando mesas electorales en los penales o recintos de detención o implementando el procedimiento de voto por correspondencia o a través del tan anunciado voto electrónico.⁴⁷

Ahora bien, estos ciudadanos al igual que los demás ciudadanos no inhabilitados, son titulares del derecho de sufragio pero son discriminados y al negárseles el acceso a las urnas, se les equipara a los condenados. Además, en un país con

⁴⁷ Sobre la progresiva implementación del voto electrónico, véase el portal electrónico de la Oficina Nacional de Procesos Electorales en: www.onpe.gob.pe.

obligatoriedad del voto y con un escaso control de la población carcelaria, los detenidos no sentenciados se convierten formalmente en infractores de las normas electorales por «omisión al sufragio», haciéndose acreedores a las sanciones administrativas correspondientes.

En situación similar se encuentran los indígenas desplazados por la violencia política o los ciudadanos aislados geográficamente por la ausencia o precariedad de vías de comunicación. Los escasos recursos de estos sectores poblacionales así como los extensos desplazamientos que deben efectuar desde sus comunidades de origen (sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que pueden llegar hasta varias horas e incluso un día de camino a pie) hacia los locales de votación establecidos por las autoridades electorales, impiden que estos sectores poblacionales puedan ejercer su derecho de sufragio en iguales condiciones que los pobladores de centros urbanos e incluso, que puedan siquiera ejercerlo.

Con independencia del análisis sociológico que subyace a esta política estatal de exclusión que excede los alcances del presente trabajo, resulta importante resaltar la existencia de serias vulneraciones al derecho de participación política que deben ser corregidas por el Estado peruano.

3.3. El Referéndum

El referéndum es la institución de democracia directa utilizada para la aprobación o desaprobación de normas relacionadas con la vida política del país.⁴⁸

Siguiendo a Blancas (2004: 214), el origen del referéndum puede ser popular o institucional porque la titularidad para solicitarlo ante la autoridad electoral corresponde a un porcentaje de ciudadanos y al Estado respectivamente. Aunque se utiliza para aprobar o desaprobar normas, no existe disposición alguna que condicione la existencia de estas a su aprobación mediante referéndum ni siquiera para las leyes que reforman la Constitución.

El Congreso de la República puede aprobar las reformas constitucionales por una mayoría de dos tercios del Pleno en dos legislaturas ordinarias sucesivas. Por tanto, exceptuando la consulta popular prevista para el proceso de descentralización donde el referéndum es constitutivo de dicho proceso, la realización del referéndum es facultativa, pero una vez efectuado, la decisión del pueblo tiene carácter vinculante.

⁴⁸ Véase el trabajo de Carlos BLANCAS. «El Referéndum en la Constitución peruana». *Elecciones*. Revista de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, N° 3, 2004, pp. 193-220. Lima.

En contraste, para la experiencia española, el referéndum es de carácter consultivo (sus resultados no son vinculantes para el Gobierno) o ratificatorio (para el caso de las propuestas de modificación de estatutos de las Comunidades Autónomas), es optativo (porque se puede o no convocar a referéndum, salvo en el caso de la reforma de los Estatutos de las Comunidades Autónomas o de reforma constitucional prevista en los artículos 167 y 168 CE) e institucional (solo puede ser solicitado por el Gobierno o las autonomías).⁴⁹

La trascendencia del referéndum en la sociedad española, a diferencia de la peruana, se verifica en el hecho que a la fecha y desde la vigencia de la Carta de 1978, solo se han llevado a cabo dos consultas populares en España: la primera el 12 de marzo de 1986, para consultar sobre la permanencia del Estado en la Organización del Atlántico Norte (OTAN)⁵⁰ y el segundo el 20 de febrero de 2005, para consultar sobre la aprobación o desaprobación de la Constitución europea.⁵¹

El carácter vinculante de sus resultados sería la causa de su escasa trascendencia en España y de su relevante presencia en Perú.

En el ordenamiento jurídico peruano, el referéndum se instituye constitucionalmente en dos capítulos: en el listado de derechos políticos del tercero y en el capítulo decimocuarto correspondiente al proceso de descentralización.

El primero de ellos lo encontramos en el artículo 32 de la Carta. Determina que son susceptibles de referéndum: la reforma total o parcial de la Constitución; la aprobación de leyes, ordenanzas regionales y municipales así como la abrogación de leyes materiales o normas con rango de ley. Los tratados, ordenanzas regionales y municipales, decretos de urgencia o los decretos legislativos emitidos por el Poder Ejecutivo, serían normas con rango de ley según la homologación que efectúa la Constitución para efectos de la acción de inconstitucionalidad (artículo 200.4 CP); y, en consecuencia, forman parte de los supuestos normativos sometibles a referéndum.

⁴⁹ El artículo 92.1 de la Constitución española señala que «las decisiones políticas de especial trascendencia 'podrán' ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos», y a continuación que el referéndum es convocado por el Rey a solicitud del Presidente de Gobierno y además con la aprobación del Congreso de los diputados, constituyendo esta solicitud de convocatoria una atribución «exclusiva» del Estado de acuerdo al artículo 149. Véase además la Sección Segunda sobre las condiciones para la celebración de las distintas modalidades del referéndum de la Ley Orgánica 2/1980 del 18 de enero, sobre la regulación de las distintas modalidades de referéndum.

⁵⁰ Convocado por Real Decreto 214/1986 del 6 de febrero.

⁵¹ Convocado por Real Decreto 5/2005 del 14 de enero.

El enunciado constitucional es determinante cuando excluye de los supuestos para la solicitud del referéndum a las normas que busquen la supresión o disminución de los derechos fundamentales. También exceptúa a las que cuestionen los tratados internacionales en vigor y las de carácter tributario o presupuestal.

En tanto consulta de aprobación o desaprobación de normas cuyos efectos abarcan todo el territorio nacional, el referéndum puede ser solicitado por no menos del 10% del electorado, es decir, por un millón quinientos mil quinientos electores acreditados mediante sus firmas en formatos de adhesión.⁵² Para su aprobación se requiere de la mitad más uno de los votantes, siempre y cuando esta cifra represente por lo menos el 30% del electorado de la circunscripción en la cual se realiza.

Resulta interesante recordar que la Ley 26300, de los Derechos de Participación y Control Ciudadano - LDPCC, otorga una segunda oportunidad a los promotores de una iniciativa legislativa para presentarla como solicitud de referéndum, cuando esta haya sido rechazada por el Pleno del Congreso de la República, o aprobada, pero con modificaciones que desnaturalizan la propuesta originaria (artículo 16 LDPCC). Pero para estos efectos, tendrán que cumplir con el número adicional de firmas exigido ya que para la iniciativa legislativa, se requiere de 0,3% del electorado y para el referéndum, del 10%.

El referéndum en el ámbito municipal no fue previsto expresamente por la Carta pero fue implementado por la Ley Orgánica de Municipalidades (artículo 115 LOM) a partir del mandato constitucional de promover la participación ciudadana en el gobierno local (artículo 31 CP). Cuenta con objeto (aprobación o desaprobación de ordenanzas municipales) y límites (no procede contra normas tributarias) análogos al de nivel nacional, con la notoria diferencia de la circunscripción, que se limita al ámbito territorial del gobierno municipal (provincia o distrito). También se reduce el número de ciudadanos que pueden solicitar una consulta popular al 20% de electores de la circunscripción distrital o provincial. Cabe señalar que no se prevé el referéndum en el ámbito regional en la correspondiente Ley Orgánica, como mecanismo de participación ciudadana en el gobierno regional.

El segundo tipo de referéndum se encuentra previsto en el capítulo decimocuarto dedicado a la «Descentralización, Regiones y Municipios» de la Carta. Tiene por objeto específico la definición de la demarcación territorial en el marco del proceso de descentralización que fue iniciado con la modificación constitucional de

⁵² Véase Resolución Jefatural 085-2002-J-ONPE publicada el 23 de marzo de 2002.

dicho capítulo llevada a cabo en el 2002.⁵³ Se aplica a la conformación de regiones y a las «zonas de conflicto» que se originan en las imprecisiones cometidas en la demarcación urbana.⁵⁴

Aunque un estudio del proceso de descentralización escapa a los objetivos del presente trabajo, cabe señalar que en el caso de las regiones, se ha previsto que el proceso de descentralización se realice mediante referéndum en dos etapas consecutivas programadas legalmente. En la primera etapa se busca la integración en regiones de dos o más departamentos colindantes, en tres consultas populares constitutivas y consecutivas. La primera de estas consultas, se llevó a cabo en el mes de octubre de 2005, sin que se lograra conformar región alguna, y las siguientes, se realizarían, conforme a las normas, en los años 2009 y 2013.⁵⁵ La segunda etapa se dirige a que las provincias y distritos pertenecientes a una región y contiguos a una segunda región, puedan cambiar de circunscripción «por única vez».⁵⁶ De no ser aprobada la conformación de Regiones en el referéndum, no procederá una nueva presentación de iniciativa para la misma consulta, sino hasta después de cuatro años.

⁵³ Mediante Ley 27680 publicada el 6 de marzo de 2002 se modificó todo el capítulo decimocuarto de la Constitución denominado «Descentralización, Regiones y Municipios», debido entre otras razones, a que la fórmula constitucional impedía llevar a cabo una efectiva descentralización. La convocatoria a elecciones para presidentes y consejeros regionales se efectuó en el mismo año de la reforma, teniendo como base del gobierno regional a los actuales veinticuatro departamentos (en el caso del departamento de Lima, solo forman parte de la región, los distritos y provincias distintos a la provincia de Lima) y a la provincia constitucional del Callao. Con la Ley 28607, de reforma de los artículos 191 y 194 de la Constitución Política, publicada el 4 de octubre de 2005, se volvió a modificar parte del mismo capítulo a fin de precisar la separación de funciones entre el gobierno regional y los consejeros regionales.

⁵⁴ Ley 27783 de Bases de Descentralización publicada el 20 de julio de 2002, condiciona la aceptación de la solicitud por parte del Jurado Nacional de Elecciones, a su presentación por el 20% de la población involucrada y a la opinión técnica favorable de una dependencia del Poder Ejecutivo especializada en demarcación territorial. La nueva demarcación es aprobada por el 50% más uno de la población electoral correspondiente. Por su parte, la Ley 27795, de Demarcación y Organización Territorial que entró en vigencia el 25 de julio de 2002, establece un procedimiento similar, para las zonas urbanas que presentan conflictos de linderos en su demarcación.

⁵⁵ Mediante las Resoluciones 137-2005-JNE, 138-2005-JNE, 139-2005-JNE, 140-2005-JNE y 141-2005-JNE se convocó al primer referéndum para el 30 de octubre de 2005, a fin de conformar las regiones que unirían a los departamentos de: 1) Ancash, Huánuco, Junín, a las provincias de Lima distintas a Lima Metropolitana y Pasco; 2) Ayacucho, Huancavelica e Ica; 3) Tacna, Arequipa y Puno; 4) Apurímac y Cusco; y, 5) Tumbes, Piura y Lambayeque. Sin embargo, los resultados aplastantes por el «NO» en todos y cada uno de los departamentos, determinaron que no se conformara ninguna región. Dicho de otro modo, los actuales gobiernos regionales, seguirán funcionando sobre las estructuras departamentales. Para una mayor información sobre los resultados electorales, véase la página web de la Oficina Nacional de Procesos Electorales <www.onpe.gob.pe>.

⁵⁶ Artículo 15 de la Ley 28274, de incentivos para la conformación e integración de regiones.

La ratificación o no ratificación de una propuesta política de demarcación territorial resulta siendo el objeto de este «referéndum». Por este motivo, nos encontraríamos, más bien, ante un plebiscito con cobertura de referéndum.⁵⁷

La consulta popular establecida en ambos capítulos de la Carta Magna pertenece a la misma institución del referéndum como derecho de participación política. Sin embargo, el primero se rige por el procedimiento establecido en la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (LDPCC) mientras que el segundo, por las normas especiales que regulan el proceso de descentralización. Los procedimientos no cuentan con diferencias notables pero resalta que para la aprobación o desaprobación de normas, la titularidad para solicitarlo pertenece a todos los ciudadanos y la convocatoria solo exige el respaldo popular con firmas de adherentes. En el segundo, y para la conformación de regiones la titularidad corresponde a:⁵⁸

- a. Los Presidentes de los Gobiernos Regionales involucrados, con el acuerdo de los respectivos Consejos Regionales y concertados en el Consejo de Coordinación Regional;
- b. Los partidos políticos nacionales o movimientos regionales debidamente inscritos y respaldados por el diez por ciento de los ciudadanos de cada uno de los departamentos a integrarse;
- c. El diez por ciento de los ciudadanos de cada uno de los departamentos a integrarse;
- d. Las Juntas de Coordinación Interregional con el acuerdo de sus integrantes.

⁵⁷ Seguimos la clasificación de consultas ciudadanas efectuadas por LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976, p. 331. Citado por BLANCAS, Carlos. «El Referéndum en la Constitución Peruana». *Elecciones*. Revista de la Oficina Nacional de Procesos Electorales. Nº 3, 2004, p. 196, Lima.

⁵⁸ Según el artículo 17 de la Ley 28274, Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de regiones, el referéndum correspondiente a las provincias y distritos contiguos a una región podrá ser solicitado por: a) Los Alcaldes provinciales o distritales, según corresponda, con el acuerdo de los respectivos Concejos Municipales y concertados en el Consejo de Coordinación Local; b) Los partidos políticos o movimientos Regionales debidamente inscritos, respaldados por el diez por ciento (10%) de los ciudadanos de las provincias o distritos cuyo cambio de jurisdicción se plantea, mediante firmas debidamente verificadas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE); c) El quince por ciento (15%) de los ciudadanos de las provincias o distritos que deseen cambiar de jurisdicción, mediante firmas debidamente verificadas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE).

Adicionalmente, se exige el informe favorable de la dependencia especializada en demarcación territorial del Poder Ejecutivo. Este último junto a las firmas son requisitos de ineludible cumplimiento para solicitar una consulta popular.

En este punto, resulta importante resaltar la amplitud de contenido del referéndum como consulta popular y su desarrollo legislativo incorporado en distintas normas no necesariamente relacionadas con las instituciones de democracia directa de la Ley 26300.

3.4. Las iniciativas legislativas y de reforma constitucional

La profesora Biglino (1987: 109) esboza un concepto de estas instituciones en España puntualizando las diferencias existentes entre la iniciativa legislativa, la iniciativa popular y la iniciativa de referéndum.

Para esta autora, la iniciativa legislativa consiste en la posibilidad de que un número de ciudadanos presente una propuesta de ley al Parlamento, cuyos legisladores pueden rechazarla o admitirla transformándola en Ley. La iniciativa popular, como la facultad de los ciudadanos de presentar una iniciativa al Parlamento cuya aprobación es decidida por estos en un referéndum, tiene como ejemplo más importante a las iniciativas de reforma constitucional. Estas dos se diferencian del referéndum en que este último se solicita para aprobar o desaprobar una ley cuya iniciativa y contenidos han sido esbozados íntegramente por las Cámaras (no por el pueblo), y la población solo puede aceptar o rechazar su contenido en referéndum.

La iniciativa legislativa cuenta con un trámite similar al de la reforma constitucional conforme a la Ley 26300.⁵⁹ Una vez presentadas por los promotores ante el Congreso de la República requieren para su aprobación y promulgación, atravesar el procedimiento legislativo correspondiente a toda ley ordinaria como son: el estudio en comisión, publicación del proyecto, debate en el Pleno y promulgación. Aunque puede darse paso a una audiencia de los promotores o representantes de la iniciativa ante la Comisión de Estudio.

Como institución de participación política, la legislación habilita al 0,3% del electorado nacional o a cuarenta y cinco mil quince ciudadanos para presentar una iniciativa de reforma constitucional, acreditando una relación de firmas equivalente a dicho porcentaje junto con el nombre de diez ciudadanos que actuarán

⁵⁹ Ley 26300 de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, publicada el 3 de mayo de 1994. Restituido íntegramente en su vigencia mediante Ley 27520, publicada el 26 de septiembre de 2001.

como promotores (artículo 76.3 del Reglamento del Congreso). Imposibilita las iniciativas que busquen modificar el artículo 2 de la Constitución que consagra el listado de derechos fundamentales de la persona. En el caso de la iniciativa legislativa, sus límites son las materias presupuestaria y financiera así como aquellas que son de competencia exclusiva del Gobierno.⁶⁰

A juicio de la profesora Biglino (1987: 109), la sustracción de los Presupuestos generales del Estado o los proyectos de planificación de la iniciativa de los electores responde a la necesidad de mantener inalterado el delicado equilibrio que la Carta establece en la relación Gobierno-Parlamento y respetar la función de dirección política que corresponde al primero o evitar excesos demagógicos en el caso de los tratados.

La iniciativa de ley desaprobada o modificada notoriamente por el Parlamento en los debates del Pleno puede ser llevada a referéndum por sus promotores. Solo se les exige que el número de firmas acreditadas ante la autoridad electoral para la iniciativa (0,3% del electorado nacional), se incremente hasta hacerse equivalente al número solicitado para el referéndum (10%). No se verifica la misma prescripción para la iniciativa de reforma constitucional. Un procedimiento similar opera para la iniciativa ciudadana en la promulgación de ordenanzas.

No es baladí observar que la distinción efectuada en la experiencia española por Paloma Biglino entre iniciativa legislativa, iniciativa de participación popular y referéndum, en la peruana se reduce a iniciativa legislativa y referéndum. De un lado porque en la experiencia española, la titularidad para la presentación de las iniciativas de referéndum se circunscribe al Estado, y en la peruana, pertenece tanto al Estado como al pueblo. De otro lado, porque en el ordenamiento jurídico peruano la regulación, prácticamente, permite utilizar de forma alternativa la iniciativa legislativa y el referéndum, siempre y cuando se supere la valla de las firmas de adherentes. Es más, el desarrollo normativo de ambas instituciones, nos permite observar que si se cierra la puerta de la iniciativa de ley en los debates del Pleno, se abre la ventana del referéndum para el mismo proyecto.

Esta serie de «oportunidades» brindadas a la misma propuesta implica una degradación de la democracia representativa frente a la participativa ya que o se

⁶⁰ Según el artículo 76 del Reglamento del Congreso corresponde al Poder Ejecutivo de manera exclusiva la iniciativa en materia presupuestal y financiera, legislación delegada, legislación demarcatoria territorial, tratados internacionales, consentimiento para el ingreso de tropas extranjeras sin afectar la soberanía nacional, prórroga del estado de sitio, declaración de guerra y firma de la paz y autorización para ausentarse del país.

minusvalora el criterio de los representantes del pueblo para debatirla o se supone de antemano, que el legislador tiene la intencionalidad de bloquear iniciativas populares. En ambos supuestos, corresponde al elector el deber de elegir con responsabilidad a sus representantes y a las organizaciones políticas, el deber de organizarse y de seleccionar a sus candidatos adecuadamente.

En este sentido sería importante dejar de trasladar a las arcas del Estado y a la alicaída confianza en las instituciones estatales el inútil costo de esta desconfianza.

3.5. La revocación de autoridades

Se revoca a las autoridades que son producto de una elección popular conforme al dispositivo constitucional (artículo 31 CP), sin embargo, la previsión legal solo alcanza a gobernantes municipales y regionales así como a los magistrados elegidos por sufragio universal (artículo 20 LDPCC). Deja fuera del listado de autoridades revocables a los Congresistas de la República y al Jefe de Estado.

Basta el respaldo ciudadano del 25% del electorado de la circunscripción donde gobierna la autoridad cuestionada con un máximo de cuatrocientas mil firmas, para que el Jurado Nacional de Elecciones acepte la solicitud y se encuentre obligado a convocar a una consulta popular (artículo 22 LDPCC). La autoridad electoral puede concentrar las solicitudes presentadas durante un lapso de tiempo que el Tribunal considere razonable a fin de llevar a cabo consultas simultáneas. La autoridad será revocada con la mitad más uno de los votos válidamente emitidos siempre y cuando haya concurrido por lo menos el cincuenta por ciento de los electores hábiles de la circunscripción (región, provincia o distrito).

No se prescribe la exigencia de prueba alguna de la motivación ciudadana para solicitar la consulta, pese a que los fundamentos que los promotores consignan en la solicitud en ocasiones se relacionan con la supuesta comisión de delitos por las autoridades cuestionadas, tales como peculado, o abuso de autoridad. Este es un elemento interesante, en tanto que si se exigiera a estos ciudadanos dicha acreditación se requeriría en algunos casos la sentencia emitida luego de un largo proceso penal o civil. Ello no solo dilataría en demasía sus resultados al punto de que la autoridad concluya su mandato con la causa judicial pendiente, sino que, además, truncaría el ejercicio de la soberanía del pueblo de retirar la confianza a sus representantes convirtiendo en inútil a esta institución de democracia directa.

Sin embargo, consideramos excesivo que se confiera al ciudadano el poder de revocar a sus autoridades «constantemente». Procede la solicitud de revocatoria

durante el segundo y tercer año de gobierno cuando el período es de cuatro años para las autoridades subnacionales. Así, por ejemplo, las autoridades regionales y municipales que se eligieron el 17 de noviembre de 2003, fueron sometidas a un primer proceso de revocación el 17 de octubre de 2004, a un segundo proceso, el 3 de julio de 2005; y, a un tercero, el 30 de octubre de 2005, cuando la elección de nuevas autoridades se llevó a cabo en noviembre de 2006.

La modificación introducida por la Ley 28241 determina que si no asiste a la consulta popular el 50% de los electores hábiles del padrón, la autoridad sobre la cual se consulta la revocatoria se mantiene en el cargo, sin la posibilidad de que se admita una nueva petición hasta después de dos años de realizada la consulta. Dicho de otro modo, se podrá solicitar la revocatoria hasta en dos oportunidades durante la vigencia del mandato de la autoridad regional o municipal.

Aunque la referida modificación legal morigera el efecto, los constantes cuestionamientos o amenazas de cuestionamiento a las autoridades promovería el populismo para «no disgustar a la población» así como las manipulaciones por fuerzas políticas minoritarias distorsionándose la relación entre el elector y el elegido. Si se aúna la obligatoriedad del voto a esta situación, tenemos una ecuación aritmética que resta sentido a la democracia representativa y a la directa porque la convierten en intimidación y hasta en venganza. Sin contar con la onerosa inversión estatal en sucesivos procesos electorales, resulta necesario ajustar la periodicidad de los procesos de revocatorias para evitar dichos efectos.

3.6. La remoción de autoridades

La remoción se aplica a las autoridades que se encuentran en el cargo por designación del Gobierno Central o Regional en la jurisdicción regional, departamental, provincial y distrital (artículo 27° LDPCC). Se exceptúa de esta prescripción a los Jefes Político Militares de las zonas declaradas en estado de emergencia. Dado el origen de estas autoridades, no se requiere una consulta ciudadana para removerlos del cargo, basta con el respaldo del 50% de los ciudadanos de la jurisdicción traducido en firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (artículo 28° LDPCC). Sin embargo, hasta la fecha, no se verifica que esta institución democrática haya sido utilizada, quizá debido al alto porcentaje de firmas exigido o a la poca difusión de esta institución de democracia participativa.

4. A manera de conclusión

El derecho de participación política como un derecho fundamental funcional, político, de configuración legal y complejo al que se adscribe el principio democrático y que tiene por objeto la legitimación democrática del Estado y sus distintos niveles de Gobierno, es el cimiento de todo Estado que se precie de ser constitucional y democrático.

El notable incremento de las instituciones de democracia directa y su uso indiscriminado han contribuido a socavar el ejercicio de la democracia representativa, aunque nacieran para corregirla. Incluso, nos conduce a cuestionarnos acerca de cuánta participación soporta la democracia representativa así como las arcas del Estado por la inversión en continuos procesos electorales y consultas populares. Un desarrollo normativo que delimite razonablemente estas instituciones, puede ser una salida para lograr un equilibrio.

De otro lado, una legislación profusa, difusa y hasta confusa en su lectura no es el camino idóneo para garantizar un ejercicio adecuado del derecho de participación política. Por ello, resulta imprescindible unificar la legislación en un cuerpo único que permita mantener unidad de criterios y principios de derecho electoral para todos los procesos electorales salvando las particularidades de cada elección o consulta popular.

La hipótesis sobre el utilitarismo aplicado a este derecho sería de utilidad para comprender la obligatoriedad del sufragio, donde el derecho se pone al servicio de un fin, dejando de ser un fin en sí mismo. El desarrollo jurisprudencial y reglamentario del contenido esencial del derecho de participación política es una responsabilidad ineludible del Tribunal Electoral, así como en lo que le compete, del Tribunal Constitucional, a fin de contar con criterios tuitivos que apuntalen al sufragio como derecho, más que como deber.

Bibliografía

AGUIAR DE LUQUE, Luis

1984 «Artículo 23º». Oscar Alzaga (director). Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978. *Revista de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas*, vol. II, Madrid.

ALEXY, Robert

2007 *Teoría de los Derechos fundamentales*. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ARAGÓN REYES, Manuel

- 1987 «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 19, Centro de Estudios Constitucionales.
- 2001 «Derecho de sufragio: principio y función». En D. Nohlen, D. Zovatto, y S. Picado (compiladores). *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*. San José de Costa Rica: IIDH.

BASTIDA, Francisco; I. VILLAVERDE y OTROS

- 2004 *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos.

BIGLINO CAMPOS, Paloma

- 1987 «La iniciativa legislativa popular en el ordenamiento jurídico estatal». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 19. Madrid.

BLANCAS, Carlos

- 2004 «El Referéndum en la Constitución peruana». *Elecciones*. Revista de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, N° 3, Lima.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang

- 2000 *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta.

BOYER, Janeyri y María PANIZZO

- 2003 «Las elecciones de jueces de paz en la Constitución de 1993: Una mirada desde el Derecho Electoral». *Revista Derecho y Sociedad*, N° 20.

CRUZ VILLALÓN, Pedro

- 1989 «Formación y evolución de los Derechos Fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 25.

DÍEZ-PICAZO, Luis María

- 1994 «Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de Amparo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 40, Madrid.

GARCÍA PELAYO, M.

- 1991 *El Estado de partidos. Obras completas*. Tomo II. Madrid: CEC.

GARCÍA ROCA, Javier

- 1999 *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23º.2 de la Constitución*. Pamplona: Aranzadi.
- 2005 «Del compromiso internacional de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos: Artículo 3P1 CEDH». *La Europa de los derechos (El Convenio Europeo de los Derechos Humanos)*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

GARCÍA SORIANO, María Vicente

- 1996 «El artículo 3º del Protocolo Adicional al Convenio de Roma de 1950: análisis del derecho a unas elecciones libres». *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furio Ceriol*, N° 14/15.

GARRORENA MORALES, Ángel

1991 *Representación política y Constitución democrática*. Madrid: Civitas.

HESSE, Konrad

1992 *Escritos de Derecho Constitucional*. Pedro Cruz Villalón (traductor). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

LOVATÓN, David; Jaime MÁRQUEZ; Wilfredo ARDITO e Iván MONTOYA

1999 *Justicia de paz. El otro poder judicial*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

PANIAGUA CORAZAO, Valentín

2003 «El derecho de sufragio en el Perú». Revista *Elecciones*. Oficina Nacional de Procesos Electorales, N° 2, Lima.

REY MARTÍNEZ, Fernando

1995 *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: Ciencias Jurídicas.

RUBIO LLORENTE, Francisco

1995 *Derechos Fundamentales y principios constitucionales. (Doctrina jurisprudencial)*. Barcelona: Ariel.

SANTAMARÍA, Alfonso

2001 «Comentarios al Artículo 23º». En Fernando Garrido Falla (compilador). *Comentarios a la Constitución*. Tercera edición. Madrid: Civitas.

SARTORI, Giovanni

2003 *¿Qué es la Democracia?* Buenos Aires: Taurus.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José

1991 «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales». *Revista de Estudios Políticos*, N° 71.

1991 «La Libertad de Expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 32, Madrid.

1993 «Una visión institucional del Proceso Electoral». *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 39, Madrid.

VIDAL FUEYO, Camino

2002 *Constitución y extranjería*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

VILLAVERDE, Ignacio

s.a. «Concepto, contenido, objeto y límites de los Derechos Fundamentales». En *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*. VVAA. Vol. 1. Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

ZOVATTO, Daniel

2001 «Derechos Políticos como Derechos Humanos». En Nohlen, Zovatto y Picado (compiladores). *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina*. San José de Costa Rica: IIDH.