

El derecho al acceso a cargo público representativo como manifestación de los derechos políticos en el ordenamiento peruano

Robert Lázaro González*

Estudiante en la Unidad de

Postgrado de Derecho de la UNMSM.

SUMARIO: *Introducción. 1.- Regulación legal. 2.- El derecho a la participación Política. 2.1. Fundamento histórico: El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional y Democrático de Derecho. 2.2. El derecho fundamental de participación política y democracia. 2.3. El Derecho de participación política como derecho exclusivamente ciudadano. 3.- Derecho de sufragio. 3.1. El derecho de sufragio activo. 3.2. El derecho de sufragio pasivo. 4.- Jurisprudencia internacional. CONCLUSIONES.*

* Abogado USMP, con estudios de maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

INTRODUCCIÓN

Llama poderosamente, en las contiendas políticas actuales, la constante participación de quienes han sido sentenciados (incluso, a veces, de quienes no han cumplido su condena), de personajes vinculados al terrorismo y al narcotráfico, de requisitoriados o de aquellos destituidos (o despedidos) de ante SERVIR.

Resulta indispensable, ante dicha situación, realizar un repaso del ordenamiento nacional en lo pertinente a los requisitos para la participación en la vida política; ya que, conociendo dicha regulación, se podrá, posteriormente, idear una regulación que asegure, de mejor manera, la aptitud técnica y moral de los candidatos.

En ese sentido, resulta indispensable para la presente investigación, independientemente de los criterios mínimos fijados por la normativa constitucional respecto a los derechos políticos¹, la revisión de la LOE.

La LOE, al fijar los cauces dentro de los cuales se deben llevar a cabo las elecciones representativas correspondientes a cada nivel de gobierno, se constituye como un instrumento fundamental para asegurar los valores democráticos a lo largo de cualquier proceso electoral.

Teniendo la norma dicho carácter, es ella la que impone, más allá de las disposiciones mínimas señaladas en la constitución, los requisitos e impedimentos en el acceso a cargos representativos; sostenemos, por tanto, que es ella la encargada de brindar un marco legal que permita contar con candidatos técnica y moralmente aptos para los cargos representativos.

1 La normativa constitucional establece la exigencia de ley orgánica para la regulación de las condiciones y procedimientos en materia electoral; estableciendo, asimismo, lineamiento básicos para dicha regulación. Así, indica la imposibilidad de postular por parte de miembros de las F.F.A.A. y la P.N.P; la exigencia, para acceder al cargo de Congresista, de ser peruano, mayor de 25 años, contar con derecho a sufragio y la exigencia de haber cesado en determinadas funciones públicas en un plazo no menor de 6 meses antes de postular (Cargos de ministro, viceministro, Contralor General, autoridad regional, Magistrado del TC, miembro de las F.F.A.A., etc.); asimismo, en lo referente al cargo de Presidente de la República, establece como requisitos el ser mayor de 35 años, ser peruano de nacimiento y contar con el derecho a sufragio.

Atendiendo a ello, la presente investigación pretende: realizar una revisión de los requisitos e impedimentos propios del sistema jurídico nacional; asimismo, realizar una revisión del contenido de los derechos a la participación política y de sufragio pasivo; finalmente, revisar la jurisprudencia pertinente emitida por la CIDH.

1.- REGULACIÓN LEGAL

La LOE prescribe los mismos requisitos e impedimentos que la Constitución Peruana; sin embargo, de manera adicional a los dispuestos en la CP, establece, en su artículo 10.4°, que no son elegibles los funcionarios públicos inhabilitados de conformidad con el Artículo 100 de la Constitución. Al respecto, dicha causa no es materia de suspensión de ciudadanía, por tanto, debiera haberse regulado en el articulado de la LOE referente a impedimentos.

Consideramos que, en parte, es dicha regulación tan pobre la que posibilita la problemática social en nuestra introducción. Ante ello, considerando las facultades reconocidas por el constituyente al legislador para regular en materia electoral, y atendiendo a los valores democráticos de la CP, consideramos que debieran de hacerse modificaciones a la LOE en relación al derecho de sufragio pasivo.

2.- EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA

2.1. Fundamento histórico: El tránsito del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional y Democrático de Derecho

En el transcurso del S. XVIII, las revoluciones liberales-unidas bajo el concepto de la “soberanía popular”-darían el primer gran paso hacia el Estado democrático; con ello se descartaría, paulatinamente, la concepción del Estado encarnado en el monarca², aceptándose que la soberanía residía en los tres principales poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

2 F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *La conexión conceptual entre el Estado de Derecho y los derechos fundamentales*. Lima, Grijley editores, 1997, págs. 124-125.

Así, se construyó el Estado de Derecho caracterizado por la división de poderes, el imperio de la ley, la fiscalización de la administración; dicho Estado se caracterizaría por la garantía de la libertad de conciencia y de expresión³. No obstante, en el plano Real-las restricciones impuestas en la participación política en atención a la tenencia de capital, el cual supuestamente aseguraba la independencia en la participación⁴-. llevó a una sociedad en la cual dominaban los ideales de la clase burguesa; presentándose, con ello, la paradójica situación en la cual los trabajadores tenían más derechos civiles que antes pasando más hambre. Sería recién con las reivindicaciones populares generadas a partir de la segunda mitad del S. XIX que el Estado se vería forzado a iniciar un proceso de democratización; es en dicha etapa en el que se reconoce el derecho a voto con independencia de la renta de los ciudadanos⁵.

Con el final de la Gran Guerra, quedarían liquidadas, salvo en Europa central y en la Rusia Zarista, las manifestaciones políticas más autoritarias; con ello, el continente Europeo se encontraría dividido entre la “política sin democracia y la “política con democracia”⁶. No debe subestimarse, de manera alguna, el rol activo que en dichas victorias de la democracia tuvieron los partidos políticos obreros, primero, y los movimientos sufragistas, después. La afirmación de la Constitución norma jurídica a través de la imposición de forma generalizada de las garantías constitucionales (rigidez de la Constitución y justicia constitucional) y la nueva redacción de la parte dogmática de la Constitución así como la renovación de su parte orgánica son productos del impulso democrático vivido en esta etapa.

Bonaventura de Sousa⁷, respecto a la evolución democrática en el siglo pasado, dos etapas evolutivas, una al final de cada guerra mundial. La primera,

3 BAQUÉS, Josep, “Estado y Sistema Político” en: *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 54-55.

4 FERRESCO MELLA, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, Pp. 68-75.

5 BAQUÉS, Josep, “Estado y Sistema Político”... *Op. cit.* pp. 56-57.

6 J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid. Marcial Pons, 2007, pág. 535-536.

7 S. BONAVENTURA DE SOUSA, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pág. 15

consiste en la lucha por el sufragio universal, con ella se obtiene una garantía sobre las élites del poder, ella se expresa en los partidos como manifestación de la poliarquía competitiva⁸. La segunda, la lucha entre el modelo capitalista-liberal y el comunista por el reconocimiento como el mejor modelo político⁹.

Es en la presente ocasión, la primera etapa la que nos interesa. Aquella a través de la cual la libertad de elección se instituye como el valor central en la vida democrática; particularmente el derecho al voto queda fijado como una manifestación de la autodeterminación, reconocida en toda persona como igual, para participar en una elección libre, periódica y competitiva¹⁰. Dicha concepción sería adoptada, paulatinamente, por nuestro ordenamiento.

2.2. El derecho fundamental de participación política y democracia

A pesar de lo señalado precedentemente, debemos reconocer que el reconocimiento a la participación universal en la toma de las decisiones colectivas y el establecimiento de reglas procesales para ello no bastan para la definición de un Estado como democrático; sino que será necesario que se pueda asegurar la posibilidad de elección entre varias alternativas reales, ello sólo será posible en la medida en la que se aseguren los derechos de libertad de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión y de asociación¹¹.

Dichos derechos se encuentran debidamente reconocidos tanto por la CP como por el PIDH; reconociendo la Corte IDH que dichos derechos “*hacen posible el juego democrático*”¹²; siendo dicha necesidad ha sido así desarrollada por el TC¹³.

8 J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Ediciones Folio, Barcelona, 1984, Pág. 46

9 Kelsen, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, comp. J. Ruiz, Debate, Madrid, 1988.

10 N. BOBBIO, *Teoría General de la Política*, Trad. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2003.

11 BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia op. cit.*, pág.15.

12 Castañeda Gutman vs. México (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008, Párr. 153.

13 STC N.º 4677-2004-PA/TC F.J. 12:

El Art. 31° de la CP¹⁴ la calidad de instrumento a través del cual se hace real y efectiva la voluntad general. De esa manera, el principio democrático no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político: desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales.

El derecho de participación política no se agota, entonces, con la sola elección de los representantes del pueblo (sufragio activo), sino que incluye todas las garantías propias de quien aspira a ocupar un cargo público (sufragio

“El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2.17. de la Constitución.

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

Desde luego, consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43° de la Constitución), de mecanismos de democracia directa (artículo 31° de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35° de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática, hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2° 17 y 30° a 35°, los derechos a las libertades de información, opinión e información (artículo 2° 4), de acceso a la información pública (artículo 2° 5), de asociación (artículo 2° 13) y de reunión, previsto en el artículo 2° 12° de la Carta Fundamental.

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

- 14 “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos. Tienen también derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes”

pasivo)¹⁵. Sostiene el TC¹⁶ que el derecho fundamental a ser elegido representante, como los demás derechos electorales, es un derecho de configuración legal; no obstante, aclara que dicha delimitación legal no la exonera de control constitucional. Señala, García Roca¹⁷ que el motivo la “configuración legal” de los derechos electorales responde a que su regulación -la cual supone vías para hacer posible el ejercicio del derecho fundamental al acceso de los cargos públicos representativos-no debía, por su extensión y detalle, hacerse en la Constitución; señala que la constitucionalización del sistema electoral hubiera supuesto la rigidez en procedimientos, requisitos y detalles, los cuales suelen cambiar con mucha frecuencia; debiéndose fijar en la Constitución tan solo el contenido mínimo esencial.

En torno a los derechos electorales, como derechos fundamentales, referimos que poseen un contenido esencial que no dependen de un desarrollo normativo y que resulta infranqueable para el legislador. Como señala Canosa¹⁸, “el legislador puede regular y enriquecer con contenidos adicionales pero no disminuir ni desfigurar”.

2.3. El Derecho de participación política como derecho exclusivamente ciudadano

La Constitución reconoce, como único derecho exclusivo de los ciudadanos, el derecho de participación política; pudiéndose señalar, incluso, que es un derecho constitutivo de la ciudadanía, al ser el medio a través del cual se participa en la formación de la voluntad general. Así, el derecho de participación individual no puede existir sin la voluntad general y la voluntad general sin el derecho de participación individual. En esa ficción descansa

-
- 15 J. GARCÍA ROCA, *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Pamplona, Ed. Azarandi, 1999, pág. 46.
 - 16 STC 0030-2005-PI/TC f. j. 27
 - 17 J. GARCÍA ROCA, *Cargos Públicos Representativos...*, op. cit., Pág. 46.
 - 18 R. CANOSA USERA, “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales” en Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrera, Arturo, *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, Tomo VI, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México 2008, Pág. 84.

la organización política de nuestra convivencia, es la única que permite articular técnicamente el Estado Constitucional democrático¹⁹.

En dicho sentido, el Art. 23° de la CIDH, rotulado como “Derechos Políticos”, establece que “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: (...)”, expresión que contrasta enseguida con la redacción en el reconocimiento del resto de derechos reconocidos en los cuales refieren que “toda persona tiene derecho a (...)”.

Ante los derechos de participación política es el único derecho en el que los individuos, al ejercerlo, no podemos diferenciarnos unos de otros; ante él, todos somos exactamente iguales. Ante dicho derecho, el ejercicio del mismo, aunque sea individual, no es expresión de nuestra individualidad, sino de nuestra condición de ciudadano. Somos, ante él, fracciones anónimas de un cuerpo electoral único que constituye la voluntad general; al ejercerlo, o abstenerlos de hacerlo cancelamos voluntariamente nuestra individualidad y afirmamos nuestra ciudadanía.

3.- DERECHO DE SUFRAGIO

Schmitt, quien distingue en los derechos políticos una categoría específica de los derechos fundamentales, señala que con el reconocimiento del derecho al sufragio, se convierte al ciudadano en sujeto de la vida política, elevando a la categoría de derecho fundamental un derecho que “no presupone al hombre individual libre en el estado extraestatal de libertad sino al ciudadano que vive en el Estado, al *citoyen*”²⁰. Un derecho, que según la tradicional categoría de los derechos fundamentales establecida por *Jellinek*²¹, pertenecería al “*status activae civitatis*”, es decir un derecho que le corresponde al sujeto en cuanto a ciudadano que participa en el Estado en que reside y no en cuanto a persona.

19 J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional... op. cit.*, pág. 403.

20 C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, versión española de Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 2011, pág. 229.

21 G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, traducción de G. Vitagliano, Società Editrice Libreria, Milán, 1912, pág. 94

Por su parte, Kelsen entiende a ellos como “(...) *las posibilidades abiertas al ciudadano de tomar parte en el gobierno y en la formación de la «voluntad» del Estado*”²²; los entiende como derechos subjetivos a través de la consideración del derecho civil, es decir, en principio se estaría hablando de derechos subjetivos privados pero, al final, cuando trata la situación de los derechos políticos, entiende que la naturaleza del derecho subjetivo hace que se difumine una supuesta diferencia entre los derechos subjetivos privados y los derechos subjetivos públicos (que son los «derechos subjetivos políticos»), en tanto ambos tienen la “capacidad de intervenir en la creación del derecho objetivo”, elemento esencial y común del ejercicio del derecho subjetivo. Para él, entre ellos sí hay diferencia de grado, mientras los titulares de derechos privados participan directamente en el proceso creador del Derecho (con normas jurídicas individualizadas o especiales); en cambio, tratándose del derecho de sufragio, el votante interviene sólo en la creación de un órgano (Parlamento o Jefe del Estado) cuya función consiste en crear la voluntad estatal, es decir, normas jurídicas; es decir, una participación indirecta²³.

Estos derechos, adjetivados como democráticos, tienen una función inevitable y concreta. Inevitable porque su existencia se debe a la formación de un elemento indispensable para el funcionamiento del Estado, lugar donde se desenvuelven mayormente; concreta, porque los derechos políticos no pueden ir más allá de los contornos de la democracia. En este sentido, los derechos políticos –y en mayor medida los derechos de sufragio– adoptan un carácter instrumental²⁴.

22 H. KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, 3a. ed., traducción de Eduardo García Máynez, UNAM México, 2008, págs. 87 y ss.

23 Ídem., pág. 103.

24 Este carácter también puede decirse que se encuentra presente en la mayoría de los derechos políticos.

Por ejemplo, sobre el carácter instrumental del derecho de reunión y manifestación Torres Muro indica que “El derecho de reunión se presenta de este modo como un medio a través del cual pueden alcanzarse

todos los fines que no estén expresamente prohibidos por el ordenamiento y, singularmente, aquellos que facilitan la participación política” I. TORRES MURO, *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1991, Pág. 28.

En lo referente a la naturaleza del Derecho de sufragio, y desde la CP peruana, el Art. 17.2, por su ubicación en el texto constitucional, el derecho a elegir y a ser elegido se configura como un derecho fundamental: terminología que en el ordenamiento jurídico peruano alude a una categoría de derechos con un grado de protección superior al del resto de los contemplados en el texto constitucional²⁵.

3.1. El derecho de sufragio activo

El sufragio, en los inicios del constitucionalismo, se configuraba como una *función* encaminada a seleccionar a los representantes de la Nación; en su planteamiento inicial, ello permitía que la condición de elector no coincidía con la de ciudadanos; así, votaban los cualificados económicamente (sufragio censitario) o intelectualmente (sufragio de capacidades)²⁶. Dicho planteamiento es incompatible con la Constitución peruana, en ella se establece la participación política como derecho fundamental todo ciudadano.

Debemos referir, sin embargo, que el derecho al sufragio activo no comprende únicamente el acto de votar; sino que trasciende ello, permitiendo que la voluntad de los individuos sea la del Estado. Exige, por tanto, la presencia de ciertos derechos que aseguran la democracia en el sistema político, estos son: la libertad, la igualdad y el pluralismo político²⁷. Siendo estos

25 *García Roca*, señala las siguientes razones por las cuales el derecho a sufragio es un derecho fundamental:

1. El legislador no puede disponer de su contenido esencial, además tiene una sólida resistencia a su modificación, incluso, frente al poder de reforma;
2. configura una norma constitucional directamente aplicable (sin perjuicio de su configuración legal en relación con las condiciones reales para su ejercicio);
3. sus titulares gozan de legitimación para acceder a una doble tutela judicial, ordinaria y en sede constitucional; y,
4. existe un interés o bien jurídico constitucionalmente protegido (la representación política).

J. GARCÍA ROCA, *Cargos Públicos Representativos. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, ... *op. cit.*, Pág. 115

26 L. LÓPEZ GUERRA, "Derechos de participación política" en *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen I, ... *Op. Cit.* Pág. 344.

27 M. A. PRESNO LINERA, *El derecho de voto: un derecho político fundamental*, [en línea], 2011, disponible en <https://presnolinera.files.wordpress.com/2011/10/el-derecho-de-voto-un-derecho-politico-fundamental-libro.pdf>, consultada el 11 de febrero de 2016.

respetados. La autodeterminación política de los individuos, se ejercita tomando parte en los procesos de elaboración y aprobación de las decisiones relativas al desempeño del poder, conformando, con ello, el estatuto político de la comunidad

El artículo 31º de la CP señala que los ciudadanos tienen derecho de elegir libremente a sus representantes; dicho derecho se manifiesta mediante el voto, es decir, el sufragio activo. Asimismo, la CP dispone que tengan derecho a voto todos los ciudadanos en goce de su capacidad civil, siendo indispensable para el ejercicio de dicho derecho el registro. De igual manera, dispone que el voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años; constituyendo éstas las características definitorias del voto democrático.

3.2. El derecho de sufragio pasivo

El *status civitas civitatis* no se agota en la elección de representantes. Íntimamente, como contracara de este derecho, aparece derecho al acceso a los cargos públicos.

La CP en su Art. 31 dispone que “los ciudadanos tienen el derecho de ser elegidos (...) de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”. Es claro, por tanto, que los límites y el perfil del derecho son concretizados por la ley.

El contenido del derecho al sufragio pasivo, por su parte, no se configura de manera directa a todos los ciudadanos; es decir, no cualquier ciudadano, por el hecho de serlo, tiene derecho de acceso a los cargos públicos. Al ser un derecho de configuración legal, el legislador podrá restringir el ámbito de los cualificados para optar por un cargo público; éstos restricciones podrán, desde un principio, excluir de esas posibilidades a diversas categorías de ciudadanos²⁸.

28 L. LÓPEZ GUERRA, “Derechos de participación política” en Manual de Derecho Constitucional Volumen I *op. cit.*, Pág. 349.

Respecto a lo expresado en el párrafo precedente, ello no debe confundirse el reconocimiento de una posible regulación contraria al principio de igualdad; el legislador no goza, entonces, de una absoluta libertad al momento de determinar las dichas condiciones pues éstas deberán ser sometidas a un riguroso análisis de proporcionalidad.

El derecho al sufragio pasivo es un complemento del derecho a elegir; de esta relación entre ambos aspectos del derecho de sufragio se deduce que la vulneración del derecho de sufragio pasivo constituye, también, una vulneración del sufragio activo. Así, cuando a ciudadano que ha sido elegido como representante no se le permite desempeñar tal función, no solamente se vulnera a ese ciudadano su derecho de sufragio pasivo, sino también el derecho activo de los ciudadanos que lo eligieron²⁹.

3.2.1. Contenido esencial y ámbito protegido del derecho de sufragio pasivo

El derecho de sufragio posee tres dimensiones: La primera consiste en el derecho a presentarse como candidato a elecciones a instancias representativas de carácter público; la segunda, en el derecho a mantenerse en el cargo para el que se fue elegido; la última, en la facultad de ejercer las funciones inherentes a ese cargo. En el presente trabajo, por simplificar la exposición y centrarnos en aquello que nos es relevante, abordaremos, de manera única, la primera de las dimensiones.

3.2.1.1. El derecho individual a ser elegible, a presentarse como candidato a elecciones a instancias representativas de carácter público a la Presidencia, vicepresidencias y al congreso.

Aragón Reyes advierte, en su definición del derecho de sufragio pasivo, un engaño; sostiene que podría suceder que un individuo reúna los requisitos para ser elegible y *“sin embargo, no poder usar el derecho por no reconocérsele al individuo (sino a los partidos, por*

29 J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional... op. cit.*, Pág. 407

ejemplo) la facultad de presentar candidaturas”³⁰. Así, la definición sugerida por éste autor abarca los siguientes aspectos: “el derecho de sufragio pasivo es el derecho individual a ser elegible, y a presentarse como candidato en las elecciones, para cargos públicos”³¹.

Dentro del derecho a ser elegible-y por tanto el derecho a la presentación de candidaturas-se encuentra el derecho de los partidos a concurrir a una convocatoria electoral con las señas de identidad que les caracteriza; ello queda prescrito por la LOE en su Art. 89º ³².

Asimismo, se incluiría del mismo derecho el ser proclamado electo tras un procedimiento democrático legítimo; dañándose, al no hacerlo tanto el derecho de sufragio activo como el derecho de sufragio pasivo.

Ahora bien, tal cómo se señaló anteriormente, la constitución establece unos requerimientos y límites mínimos que delimitan le derecho al sufragio pasivo; asimismo, referimos que, siendo este un derecho de configuración legal, podían ser dispuestos límites adicionales por parte de la LOE. Así, los Arts. 106º y 113º de la LOE; los Arts. 6º, 7º y 8º de la LEM; y, por último, el Art. 14º de la LER. Debemos señalar que, al constituir las causas de inelegibilidad una restricción al derecho de sufragio pasivo, estas han de interpretarse restrictivamente.

Por su parte, ante el incumplimiento de las limitaciones dispuestas por la Constitución o por las leyes, cualquier ciudadano podrá, según dispone el Art. 110º de la LOE, una tacha; éstas serán declaradas por los órganos de la Administración Electoral tal como señala el Art. 110º de la LOE. De declararse fundada una tacha, las Organizaciones Políticas podrán reemplazar al candidato tachado. Debemos, asimismo, reconocer la existencia de un procedimiento especial de tacha

30 M. ARAGÓN REYES, “Derecho electoral: sufragio activo y pasivo”, en NOHLEN, Dieter, PICADO, Sonia y ZOVATTO, Daniel (comps.), Tratado de derecho electoral comparado de América Latina, México, Fondo de Cultura Económica, 1998. Pág. 111

31 Ídem.

32 (...)

para los candidatos a congresistas; este se encuentra regulado en el art. 120° de la LOE. La resolución que resolviere sobre una tacha podría apelarse ante el JNE.

Consentida la inscripción de las fórmulas de candidatos o ejecutorias las resoluciones recaídas en las tachas que se hubiesen formulado, el Jurado Nacional de Elecciones efectúa la inscripción definitiva y dispone su publicación de las Fórmulas de Candidatos

3.2.2. Causas de inelegibilidad electoral (impedimentos)

Las causas de inelegibilidad son los principales “obstáculos”, “impedimentos” o “limitaciones” en el ejercicio del derecho a ser elegido³³; Fernández-Miranda³⁴ se legitiman al *“impedir que quienes se encuentren en una situación de supremacía jurídica o, en su caso, económica o social, puedan concurrir a las elecciones, sin previa renuncia al cargo declarado inelegible, pudiendo poner en peligro la objetividad del proceso electoral y la neutralidad de los poderes públicos.*

Por su parte, Santolaya, señala que inelegibilidad es todo supuesto legal que priva del derecho de sufragio pasivo a una persona, que, de no estar incurso en él, gozaría de la plenitud del derecho, pudiendo ser candidato a un determinado proceso electoral³⁵. Por tanto, significan una limitación-absoluta o relativa-para determinadas elecciones o circunscripciones, por causas legales tasadas, de la capacidad de ejercicio del derecho de sufragio pasivo del que se es titular; con ello no se podría decir que los menores o los extranjeros son inteligibles ya que ellos, en principio, no cuentan con la titularidad del derecho de sufragio pasivo³⁶.

33 A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “Inelegibilidad (Derecho constitucional)” en *Enciclopedia Jurídica Básica* vol. III, Civitas, Madrid 1995, Pág. 3546.

34 A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “Inelegibilidad... *op. cit.*, Pág. 3547.

35 P. SANTOLAYA MACHETTI, *Procedimiento y garantías electorales*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, Pág. 94

36 P. SANTOLAYA MACHETTI, *Procedimiento y garantías electorales... op. cit.*, Pág. 95

La inelegibilidades absolutas-cuando el individuo no puede optar o elegir su situación, su voluntad hasta cierto punto es irrelevante-o relativas-aquellas que la persona pueda superar, dejando de encontrarse en la causal de impedimento (Arts. 107° y 113° de la LOE; asimismo, Art. 14° de la LER y Art. 8° de LEM).

4.- JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL: PARTICIPACIÓN POLÍTICA – SUFRAGIO PASIVO

En general, en el Derecho internacional se han incluido tres elementos básicos que forman parte de la definición de la democracia:

1. El principio de libre determinación de los pueblos supone: el derecho de un territorio a determinar su destino político colectivo de forma democrática y atendiendo al Estado de Derecho; constituye, asimismo, un derecho humano.
2. El debate político libre: Para cumplir con dicho requerimiento son indispensables la libertad de expresión, la de asociación, el derecho a adherirse a partidos políticos, etc.; ellos constituyen requisitos necesarios para la celebración de unas elecciones libres.
3. Finalmente, la celebración de unas elecciones libres, periódicas y con el reconocimiento del derecho al voto igual, libre y secreto constituye, por otro lado, el mínimo procesal de la democracia. La legitimidad de los gobiernos sólo es posible si su mandato arranca de unas elecciones celebradas en esas condiciones.

Son los elementos contenidos puntos 2 y 3 los que son, afectos de la presente exposición, los que cuentan con relevancia. Ellos se encuentran, de una manera u otra, recogidos por la DUDH, PIDCP y la CIDH. Ante ello, y considerando que la protección de dichos derechos no se circunscribe al ámbito nacional, nos proponemos analizar los lineamientos establecidos por las organizaciones de Derecho internacional que desarrollen los conceptos de participación política y de sufragio activo³⁷.

37 A. SALAS CRUZ, 2015, *El derecho de sufragio pasivo en el sistema americano de derechos humanos...*, Op Cit. Pág. 18

4.1. El derecho fundamental de participación política, en el ámbito internacional

La CIDH, apoyada por la comisión correspondiente, ha sido una de las entidades que mayor desarrollo ha realizado respecto al derecho fundamental de participación en los asuntos públicos y de la protección del estado democrático.

La regulación del derecho a la participación política resulta más completa en el caso de la CADH (Art. 23°) y el PIDCP (Arts. 2.1° y 23°); en ambos casos se identifican importantes semejanzas entre las dimensiones o expresiones protegidas y la participación política. Así, ambos reconocen: (i) El derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; (ii) el derecho a votar (voto activo) y ser elegidos (voto pasivo) en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual (voto universal) y que el voto sea secreto, garantizando la libre expresión de la voluntad de los electores; y (iii) el derecho de acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad.

Sin embargo, entre ambos tratados, existe una diferencia esencial: mientras el PIDCP señala que no son aceptables las restricciones y las limitaciones que se basen en “(...) raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (art. 25 del Pacto, en conexión con el artículo 2); la Convención Americana establece que los únicos supuestos en los cuales se pueden establecer limitaciones al ejercicio de participación política son razones de “(...) edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal» (artículo 23.2 de la Convención), no siendo aceptables otros criterios. Esta regulación, al restringir de manera taxativa los impedimentos, convierte a la CADH en el instrumento de mayor contenido para la protección política.

2.3.2. Análisis e interpretación de la jurisprudencia emitida por la CIDH y la Corte IDH en materia de sufragio pasivo

4.1.1. Caso Ríos Montt c. Guatemala, SCorteIDH de 13 de octubre de 1993

En dicho caso se discute el contenido jurídico del Art. 23 de la CADH; sobre sale en el la falta de rigidez en lo criterios empleados en la sentencia, deduciéndose de ello un gran ámbito de autodeterminación para cada ordenamiento. A continuación se realizará un breve repaso del caso así como las consideraciones de la CIDH

El demandante (Ríos Montt), desempeñó un papel relevante como Jefe del “gobierno de facto” de los ochenta. Posteriormente, a causa de otro golpe militar, fue separado del cargo que desempeñaba; en dicho periodo se dictó un decreto de amnistía que, junto a los demás dirigentes del gobierno de facto, lo beneficiaba; de igual manera, se convocó a Asamblea Constituyente que tuvo como resultado la Constitución de 1986. Dicha Constitución impedía, en su Art. 186°, el acceso a los cargos de presidente o vicepresidente a quienes hubieran sido caudillos o jefes de un golpe de Estado.

Como consecuencia de dicha disposición constitucional, durante las elecciones de 1990, el Tribunal Supremo Electoral negaron la inscripción del actor a dicho proceso; estableciendo la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, justificando dicha exclusión, que: “(...) *se había basado en una relación de soberanía política en la que no se discriminaba en razón de hechos ajenos a las personas o a su condición social, económica o a sus creencias, sino que se había legislado en protección del principio de autenticidad electoral y de efectividad de la autodefensa de la Constitución*”³⁸.

El actor, al recurrir señaló que las disposiciones constitucionales guatemaltecas contrariaban el Art. 23° CADH al establecer una restricción permanente a su derecho fundamental de sufragio pasivo; además, sostenía la violación del derecho de sufragio activo de los ciudadanos guatemaltecos que hubieran votado por él.

38 R. OHRMOSER VALDEAVELLANO, “Comentarios sobre la tendencia de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala a no aceptar planteamientos de inconstitucionalidad contra normas ordinarias tachadas de oponerse a disposiciones de tratados vigentes de derechos humanos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2010, Pág. 547.

Teniendo en mente lo anterior, la CIDH utiliza un esquema de análisis en tres niveles: sistemático, histórico-comparado (derecho nacional y derecho internacional) y contextual³⁹. Respecto al nivel sistemático, busca los antecedentes de la norma controvertida para poder establecer el fin y los principios que sustentan la disposición cuestionada; en lo propio al histórico-comparado, se realiza una comparación con los supuestos de inelegibilidad existentes en las norma de otros ordenamiento (encontrando similes entre las Constituciones de Guatemala, la de Honduras y la de Nicaragua). Finalmente, en lo concerniente al nivel contextual, tanto el origen democrático tanto del gobierno como de la Constitución de 1986 constituyeron un factor determinante en el balance realizado; señalando que: *“dicha causal de inelegibilidad surge de un acto de Asamblea Constituyente elegida por votación democrática en la que el pueblo guatemalteco decidió a través de sus representantes constituyentes que era necesario mantener dicha causal, ya existente en la historia constitucional guatemalteca y aún más, hacerla permanente”*⁴⁰. Con ello, la CIDH rechaza que Guatemala haya incurrido en la violación del derecho a ser elegido del demandante.

39 Llama la atención dicho esquema pues su utilización es inusual hasta ese momento en las resoluciones de la Comisión Interamericana, y que se asemeja en demasía a la herramienta del margen de apreciación nacional desarrollada por el TEDH; en la resolución en cuestión se menciona textualmente un “margen de apreciación” o “margen de apreciación permitido por el derecho internacional”

40 El desenlace de este caso, sin embargo, estaba lejos de saldarse con la resolución de la CIDH. Muy al contrario, la decisión asentada en esa ocasión será utilizada de forma inesperada para posteriormente sostenerse en el ámbito nacional una nueva interpretación de la disposición constitucional en controversia, permitiendo con ello la participación del señor Ríos Montt en unas elecciones presidenciales. Ese nuevo intento para convertirse en el candidato a la presidencia de la República de Guatemala tendrá lugar en el 2003. En términos generales, sucedió lo mismo que en la ocasión anterior (Ríos Montt I, de 1990), el partido político Frente Republicano Guatemalteco (FRG) que postulaba la candidatura del señor Ríos Montt intentó registrar la respectiva lista y la autoridad electoral, en clara lógica con los antecedentes previos, negó su inscripción conforme con la citada inelegibilidad marcada por la Constitución guatemalteca, por lo que el caso llegó –de nueva cuenta– a la Corte de Constitucionalidad. Y es aquí, en el Expediente 1089-2003, de 14 de julio de 2003, donde el tribunal cambiará drásticamente su criterio asentado en 1990. Fallo que, por otro lado, no estuvo exento de agrios desacuerdos y presiones políticas, como puede observarse de la lectura de los votos particulares que acompañan la sentencia. Al final la mayoría optó por recuperar los razonamientos de los votos particulares de la minoría en el Caso Ríos Montt I para reforzar sus consideraciones y entender que la inelegibilidad constitucional para optar al cargo de Presidente no era aplicable al demandante (Ríos Montt) y, por tanto, podía ser elegible.

4.1.2. Caso López Mendoza c. Venezuela, SCIDH de 1 de septiembre de 2011⁴¹

El presente caso fue llevado ante la CIDH por la inhabilitación del Sr. López Mendoza para el ejercicio de la función pública; asimismo, por haber prohibido su participación en las elecciones regionales del año 2008; de igual manera, por no haber otorgado las garantías judiciales propias, la protección judicial pertinente ni a una reparación adecuada. De acuerdo con la demanda, tanto el Contralor General de la República como la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia omitieron justificar las causas que justificarían la inhabilitación en lugar de la multa que previamente se había establecido. En el presente análisis nos centraremos, de manera exclusiva, en el desarrollo correspondiente al Art. 23° de la CADH; para se realizará un breve repaso del caso así como las consideraciones de la CIDH.

El actor se presentó a las elecciones municipales para la Alcaldía Mayor de Caracas, celebradas en noviembre de 2008; sin embargo, antes de la contienda, fue sancionado por la Contraloría, imponiéndosele la sanción accesoria la inhabilitación por seis años⁴². Es, por tanto, la cuestión central del presente proceso el reconocimiento como razonable, o no, la restricción del ejercicio de derecho sufragio pasivo (supuesto que no aparece expreso en la segunda parte del Art. 23° de la CADH) por parte de organismos administrativos.

Debemos de referir que para la CIDH no fue pertinente, *prima facie*, el resultado de los procedimientos sancionadores; sino, el respeto de las garantías judiciales que exigen que la sanción en cuestión sea impuesta por un órgano jurisdiccional penal. Ahora bien, ello no es lo que nosotros consi-

41 SCorteIDH, López Mendoza vs. Venezuela (Fondo, reparaciones y costas), de 1 de septiembre de 2011. Sobre las cuestiones de fondo abordadas en este caso, uno de los dos dictámenes periciales que fueron presentados como prueba en la fase oral del procedimiento contencioso interamericano, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Informe pericial caso López Mendoza vs. Venezuela de Dr. Humberto Nogueira Alcalá", Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, núm. 1, 2011, Págs. 339-362.

42 SCorteIDH, López Mendoza vs. Venezuela (Fondo, reparaciones y costas), de 1 de septiembre de 2011, párr. 81

deramos importante para nuestra exposición, sino lo correspondiente a una interpretación menos literal Art. 23.2 de la CADH⁴³.

Cómo se ha señalado ya, las causales de restricción de dicho artículo se circunscribe a 7 elementos (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental y condena penal), no conteniendo cláusula que permita la introducción de otros criterios⁴⁴. No centraremos en la inhabilitación por condena penal; al respecto la CIDH señaló que el Estado había violado la Convención ya que el órgano que impuso las sanciones al señor López Mendoza no era un “juez competente”, no habiendo “condena” y no aplicándose la sanción como resultado de un “proceso penal”.

Consideramos pertinente señalar que en la presente sentencia se desaprovechó la oportunidad de presentar una distinción convencional entre el concepto de cargo público representativo y de funcionario público⁴⁵.

Por último, llama la atención que la CIDH no utilice el test de proporcionalidad propuesto en el caso Castañeda Gutman determinar la razonabilidad de la sanción que lo haría inelegible para todo tipo de elecciones populares.

4.1.3. Test de proporcionalidad⁴⁶

En el caso Castañeda Gutman c. México, la CIDH ideó un test de proporcionalidad para la restricción de los derechos contenidos en el Art. 23° de la CIDH; el consiste en 3 estándares de evaluación: legalidad, finalidad y necesidad democrática y proporcionalidad.

43 *“La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior; exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.*

44 Si se compara la técnica utilizada por los redactores en el mismo texto convencional, por ejemplo con el artículo 1.1 CADH, donde justo en la parte final del listado que establece los factores o criterios de discriminación que están prohibidos utilizar en el sistema de la CADH, al indicar “o cualquier otra condición social”, parece sugerir una lista cerrada.

45 GARCÍA ROCA, Javier, Cargos públicos representativos, op. cit., en especial, pp. 84 y ss.

46 SCorteIDH, Castañeda Gutman vs. México (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), de 6 de agosto de 2008.

El estándar de legalidad implica “que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción” estén claramente establecidas por ley, en sentido formal y material”⁴⁷.

El de la finalidad de la medida restrictiva busca “que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana”.

El estándar consistente en la necesidad de la medida en una sociedad democrática es el que mayor grado de dificultad presenta, ello debido a que, a diferencia de los dos anteriores, carga al Estado con la necesidad de argumentar a favor de la medida. Para ello, se requiere subvalorar tres requisitos: (i) la presencia de una necesidad social imperiosa, (ii) la idoneidad de la medida y (iii) la eficacia en el logro del objetivo.

CONCLUSIONES

1. Salvo la inhabilitación por inhabilitación en ante-juicio político, la legislación electoral no establece impedimentos distintos a los establecidos, de manera general, por la CP. Ello a pesar de que-siendo derecho a ser elegido en un cargo público representativo un derecho de configuración legal-se encuentre habilitado para configurar requisitos e impedimentos.
2. El reconocimiento de tal derecho como uno de “configuración legal” responde precisamente a que este, por su extensión y detalle, no debía encontrarse regulado con la rigidez de las disposiciones constitucionales. Sin embargo, la Constitución si regula un mínimo de causales de impedimento las cuales, a pesar de la necesidad de hacerlo, no han sido ampliadas a nivel legal.
3. El derecho de acceso al cargo público representativo se presenta como la posibilidad de presentarse a ocupar dichos cargos presentándose con la identidad que le caracteriza. Sin embargo, la CIDH ha establecido que

47 Ibidem, Párr., 176

dicho derecho puede ser limitado tras un test de proporcionalidad que determine lo justifique así tras analizar: legalidad, finalidad y necesidad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva.

4. La CIDH ha establecido que, independiente del test de proporcionalidad supra descrito, cada Estado, como manifestación de su autonomía, tiene derecho a regular el acceso a cargos públicos; dicho reconocimiento se hace atendiendo a la libre determinación de los pueblos. Sin embargo, establece como requisitos indispensables: el debate político libre y la celebración periódica de elecciones democráticas.