



FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

**LA INADECUADA APLICACIÓN DE SANCIÓN DE EXCLUSIÓN
DE CANDIDATURA POR ENTREGA DE DÁDIVAS EN
CAMPAÑAS ELECTORALES QUE VULNERA EL DERECHO
FUNDAMENTAL DE SER ELEGIDO**

**PRESENTADA POR
LUCY MONTENEGRO ROJAS**

**ASESOR
CARLO MAGNO SALCEDO CUADROS**

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

LIMA – PERÚ

2019



CC BY-NC

Reconocimiento – No comercial

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, y aunque en las nuevas creaciones deban reconocerse la autoría y no puedan ser utilizadas de manera comercial, no tienen que estar bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

UNIVERSIDAD DE SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO



**“LA INADECUADA APLICACIÓN DE SANCIÓN DE EXCLUSIÓN DE
CANDIDATURA POR ENTREGA DE DÁDIVAS EN CAMPAÑAS
ELECTORALES QUE VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL DE SER
ELEGIDO”**

Para optar el Título Profesional de Abogada

AUTORA

LUCY MONTENEGRO ROJAS

ASESOR

CARLO MAGNO SALCEDO CUADROS

LIMA – PERÚ

2019

A mi hermosa hija, que llena de luz, alegría y felicidad mi vida entera; a mi tierna madre, que desde el cielo me sigue dando fuerzas para superarme cada día; a mi padre, por todo su amor; a mi compañero de vida, por ser mi soporte; a mi familia y amigos por todo su apoyo, pero sobre todo a Dios, por tantas bendiciones.

Contenido

Resumen.....	6
Abstract	7
Introducción	8
Capítulo I: Planteamiento del problema.....	12
1. Descripción de la realidad problemática	12
2. Formulación del problema	18
Problema general.....	18
Problemas específicos	18
3. Objetivos de la investigación	19
Objetivo general:	19
Objetivos específicos:	19
4. Justificación e importancia de la investigación.....	20
Capítulo II: Marco Teórico	26
1. Antecedentes de la investigación	26
2. Bases teóricas	32
2.1. El Clientelismo, desde el punto de vista de Alain Rouquié	32
2.2. El clientelismo político como intercambio de Susana Corzo Fernández	36
2.3. La compra de votos como estrategia electoral, de Pedro Silverio Álvarez	43
2.4. Características del ciudadano-cliente, según Alberto Simpser.....	44
3. Definición de términos básicos	45
Capítulo III: Hipótesis.....	50
Formulación de Hipótesis.....	50
3.1. Hipótesis principal.....	50

3.2. Hipótesis secundarias	50
Capítulo IV: Normativa y reforma electoral	52
4.1. Ley de Partidos Políticos N.º 28094 (LPP).....	52
4.2. La reforma electoral en la agenda pública.....	54
4.3. Proyecto de Ley N.º 4780/2015-CR	57
4.4. Ley N.º 30414 que incorpora el artículo 42º a la Ley de Organizaciones Políticas N.º 28094.....	65
4.5. Aplicación inmediata del artículo 42 en las Elecciones Generales de 2016	69
4.6. El principio de seguridad jurídica aplicado a las normas electorales, modificadas durante el proceso electoral convocado	74
4.7. El principio de proporcionalidad y su importancia frente a la incorporación del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas.....	78
Capítulo V: Los derechos políticos y su importancia como derecho fundamental	91
5.1. Los derechos políticos.....	91
5.2. El derecho fundamental a la participación política, a la luz del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y derechos conexos.....	103
Capítulo VI: Análisis de casos	111
6.1. Análisis de la sentencia del caso César Acuña Peralta.....	111
6.2. Análisis de la sentencia del caso Vladimiro Huároc Portocarrero	116
6.3. Análisis de la sentencia del caso Keiko Fujimori Higuchi.....	119
6.4. Análisis de la sentencia del caso Pedro Pablo Kuczynski Godard.....	122
Capítulo VII: Desarrollo de la tesis.....	125
7.1. En cuanto al problema general:	125
7.2. Sobre los problemas específicos:	129
7.3. En cuanto a los objetivos de la investigación:.....	134
7.4. Respecto de la modificación del artículo 42 de la LOP, a través de la Ley N.º 30689137	

7.5. Necesidad de realizar el test de razonabilidad y proporcionalidad	140
Recomendaciones.....	154
Bibliografía	156
Anexos.....	165
1. Análisis de la sentencia del caso César Acuña Peralta.....	165
2. Análisis de la sentencia del caso Vladimiro Huároc Portocarrero	181
3. Análisis de la sentencia del caso Keiko Fujimori Higuchi.....	193
4. Análisis de la sentencia del caso Pedro Pablo Kuczynski Godard.....	213

Resumen

El artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas, incorporado mediante la Ley N° 30414, dentro de sus fines buscó regular la forma de realizar la propaganda política de los partidos y alianzas electorales estableciendo la prohibición de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica ya sea de forma directa o a través de terceros, a excepción de aquellos casos que constituyan propaganda electoral, los que no debieron exceder del 0.5% de la UIT (vigente al año 2016) por cada bien entregado. También incluyó la sanción de exclusión del candidato que haya vulnerado la norma, así como una sanción pecuniaria dirigida al partido o alianza política.

Pese a su reciente modificatoria a través de la Ley N.° 30689, la norma aún contempla la exclusión del candidato, que es la sanción más grave, pero ahora se requiere que el candidato reincida en la conducta. Dicha sanción entra en conflicto con otros derechos fundamentales reconocidos por la Constitución como el contemplado en el artículo 31 y, por la Convención Americana de Derechos Humanos como el artículo 23, respecto a los derechos políticos, pues todos los ciudadanos debemos gozar de los derechos y oportunidades de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

Abstract

The article 42 of the Law of Political Organizations, incorporating through Law N.º 30414, within its fines sought the way to carry out the political propaganda of the parties and electoral alliances establishing the prohibition of protecting the delivery, promise or offering of money, gifts, gifts or other gifts of an economic nature either directly or through third parties, with the exception of those cases that constitute electoral propaganda, which should not exceed 0.5% of the ITU (effective 2016) for each good delivered. It also included the sanction of exclusion of the candidate who has violated the rule, as well as a pecuniary sanction of exclusion of the candidate who has violated the rule, as well as pecuniary sanction directed at the party or political alliance.

Despite its recent modification through Law N.º 30689, the rule still contemplates the exclusion of the candidate, which is the most serious sanction, but now the candidate is required to repeat the conduct. Said sanction conflicts with other fundamental rights recognized by the Constitution such as that contemplated in Article 31 and, by the American Convention of Human Rights such Article 23, regarding political rights, all citizens must enjoy the rights and opportunities to participate in the direction of public affairs, directly or through freely elected representatives.

Introducción

Las elecciones periódicas deben traducir únicamente la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos que deciden votar por determinado partido o candidato. Para tal efecto, los ciudadanos no deben verse sometidos a influencias indebidas, como las que podrían derivar de prácticas de clientelismo electoral, al ejercer su derecho de sufragio.

Buscando salvaguardar la autenticidad, libertad y espontaneidad del voto, así como los principios de igualdad, equidad y competitividad que deben orientar los procesos electorales democráticos, el Congreso de la República aprobó la Ley N.º 30414, publicada el 17 de enero de 2016, en pleno desarrollo de las Elecciones Generales de 2016, a través de la cual se incorporó el artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas, Ley N.º 28094, , estableciendo la prohibición de que durante las campañas electorales se entregue, prometa u ofrezca dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de carácter económico, de forma directa o a través de terceros, exceptuándose los bienes que constituyan propaganda electoral, cuyo valor no debería exceder del 0.5% de la UIT (S/. 19.75), estableciéndose como sanción una multa de 100 UIT, así como la exclusión de la candidatura del proceso electoral correspondiente.

La aplicación en ese momento de la sanción de exclusión de la candidatura fue el aspecto más controvertido y cuestionado de la norma, pues la misma se aplicó a un proceso electoral que ya había iniciado meses antes, lo que implicaba un cambio de las reglas de juego.

Precisamente, aplicando la nueva norma que cambiaba las reglas de juego, el Jurado Nacional de Elecciones excluyó a varios candidatos de la contienda electoral, los mismos que vieron seriamente afectado su derecho fundamental a la participación política.

Pese a que recientemente la norma ha sido modificada por la Ley N.º 30689, publicada el 30 de noviembre de 2017, se ha mantenido la figura de la exclusión directa del candidato, siempre y cuando reincida en la conducta y el monto de las dádivas sean por montos mayores a S/ 8,100.00 (ocho mil cien y 00/100 soles), equivalente a dos unidades impositivas tributarias (02 UIT); es decir, ha ampliado el margen del monto de las dádivas. También la sanción pecuniaria ha sido reducida a treinta unidades impositivas tributarias (30 UIT), pero recae sobre el candidato infractor y será cobrada coactivamente.

Al respecto, no debemos dejar de lado que dicha sanción vulnera el derecho fundamental de ser elegido, reconocido por el artículo 31 de la Constitución Política del Perú; así como el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece:

Todos los ciudadanos deben gozar de los derechos y oportunidades de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. La misma norma convencional establece que la ley puede reglamentar el ejercicio de dichos derechos y oportunidades, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

Cabe precisar que la Misión de Observación Electoral de la OEA (MOE OEA) de las Elecciones Generales 2016, en su Informe Preliminar, sostiene que todos los Estados tienen la obligación de garantizar el pleno goce de los derechos políticos, pues “no se cumple con la sola expedición de la normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere

que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio” (CorteIDH, Caso “Yatama vs. Nicaragua”, 23/6/05, párrafo 201). El mismo informe señala que no se puede limitar, de ninguna manera, el alcance pleno de los derechos políticos, más aún si su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de esta, se conviertan en un impedimento para que cualquier persona pueda participar plenamente en la conducción de su país; o que esta se torne ilusoria, privando a tales derechos de su contenido esencial.

Capítulo I: Planteamiento del problema

1. Descripción de la realidad problemática

A lo largo de la historia, muchos países han venido regulando el problema de la “compra de votos” en campañas electorales, pues “los candidatos y sus respectivos partidos políticos”, utilizan una serie de estrategias para convencer a los ciudadanos de otorgarles su voto a cambio de dádivas, dinero o cualquier ofrecimiento que sea de su interés, es decir, recursos dinerarios o no dinerarios.

Sin embargo, aunque se hayan dado leyes con la finalidad de suprimir esta práctica antidemocrática, el hecho es que hasta el momento no se ha logrado dicho objetivo, ya que los ofrecimientos -legítimos e ilegítimos- o las formas de entrega han variado, para persuadir al ciudadano y de este modo obtener sus votos. Un ejemplo claro es el acontecido en las elecciones del año 2012 en México, en que se denunció la entrega de “tarjetas para llamadas telefónicas y de descuentos en comercios, es decir, ofrecimiento de ‘beneficios’, tales como descuentos en establecimientos mercantiles, y llamadas telefónicas gratuitas, así como

descarga de canciones gratuitas, como parte de la propaganda y campaña electoral de los indicados partidos políticos” (SUP-JIN-359/2012)¹.

En nuestro país, es evidente que dentro del contexto previo a la realización de una jornada electoral se ha desarrollado el clientelismo político como una expresión o manifestación de un arreglo de intercambios. Este se puede sintetizar en la siguiente frase: “Si me das eso, te doy esto”. Este fenómeno, eminentemente político y de gobierno, describe la relación entre los funcionarios del gobierno de turno y la sociedad civil en general, consistente en el intercambio de favores, privilegios y exenciones, pues les representan un provecho propio a ambos grupos.

Esta descripción encaja dentro de lo señalado en la tesis de José Chávez (2015, p. 31),² quien citando a Menéndez-Carrión (1985), argumenta que el “clientelismo es la estrategia de integración política de los grupos sociales en situación de marginalidad estructural con el objetivo de satisfacer necesidades de primer orden. Es decir, la función social del clientelismo

¹ Recuperado de: http://www.te.gob.mx/Informacion_judicial/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-JIN-0359-2012.pdf

² Recuperado de: <http://studylib.es/doc/8649385/ver-abrir---pontificia-universidad-cat%C3%B3lica-del-per%C3%BA>

es permitirles a los grupos subalternos su integración a la sociedad política y obtener recursos para subsistir”.

Bajo esta definición, el mismo autor refiere:

El clientelismo en nuestro país funciona como una manera de atender las necesidades de la población migrante y de generar lazos jerárquicos desde el gobierno hacia ellos. Por tanto, podemos afirmar que el clientelismo se suscita en sociedades poco desarrolladas políticamente, en donde la exclusión social es efecto de un sistema político poco representativo y con limitados o inexistentes servicios públicos. Chávez, José (2015, p. 41).

Y es precisamente ese contexto del que nuestro país no ha sido ajeno.

Ello no deja de evidenciar que carecemos de una regulación eficiente que busque contrarrestar esta nociva costumbre. En ese sentido, el 17 de enero de 2016, cuando el proceso de Elecciones Generales 2016 ya había sido convocado³, se publicó la Ley N.º 30414

³ Decreto Supremo N° 082-2015-PCM, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 14 de noviembre de 2015 (Convocan a Elecciones Generales el 10 de abril de 2016 para la elección de Presidente de la República, Vicepresidentes, Congresistas y representantes peruanos ante el Parlamento Andino).

con la cual, de manera tardía se modificaba la Ley de Organizaciones Políticas N.º 28094.

Dicha modificatoria, dentro del contenido del artículo 42, contempló lo siguiente.

La exclusión del candidato de una organización política de la contienda electoral, siempre y cuando se acreditase la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquellos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no debió exceder de 0,5% de la unidad impositiva tributaria, por cada bien entregado durante la campaña electoral.

La aplicación inmediata de la mencionada modificatoria generó incertidumbre, puesto que las reglas del juego electoral cambiaron dentro de un proceso ya iniciado. Es así que los jurados electorales especiales y el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones comenzaron a recibir una serie de denuncias sobre candidatos que supuestamente ofrecían dádivas en sus mítines de campaña; obteniéndose como resultado la tacha de candidaturas como la de César Acuña Peralta, candidato presidencial de la organización política Alianza para el Progreso del Perú, y de Vladimiro Huároc, candidato a la Vicepresidencia y al Congreso de la República por la Región Junín de la organización política Fuerza Popular. Asimismo, se emitieron resoluciones polémicas por parte del máximo ente electoral, como el caso de la no exclusión de la candidata Keiko Fujimori por el caso “Factor K”, decisión que fue objeto de

diversos cuestionamientos, toda vez que no recibió la misma sanción, pese a que presentaron tachas para excluirla por haber entregado, aparentemente, dinero como parte de un concurso.

Es importante mencionar que en Brasil el procedimiento de reformas en materia electoral requiere que se prevean plazos para la puesta en vigencia de las nuevas reformas electorales. Así, el artículo 16 de su Constitución señala: “La ley que modifique el proceso electoral sólo entrará en vigencia un año después de su promulgación”. Por ello, el factor tiempo adquiere especial importancia cuando una reforma electoral ha sido dada, ya que solo debería entrar en vigencia después de la finalización del período legislativo o presidencial respectivo.

Entonces, finalizado el proceso electoral de Elecciones Generales 2016, las principales críticas sobre la aplicación apresurada de la modificatoria mencionada fue la falta de gradualidad en la sanción, ya que no era adecuado imponer una sola sanción para todas las posibilidades de las infracciones que se pudieron presentar, desde regalar un polo cuyo valor podría ser de S/ 20.00 (veinte con 00/100 soles), que era el monto mínimo del valor contemplado en la norma, hasta montos de dinero de mayor valor.

Todo ello conllevó a una nueva reforma electoral, dado que el 30 de noviembre de 2017 se publicó la Ley N.º 30689 -Ley que modifica el Título VI de la Ley N.º 28094, Ley de Organizaciones Políticas-, modificando de esta manera el régimen sancionador.

2. Formulación del problema

Problema general

1. ¿La aplicación inmediata del artículo 42 de la Ley N.º 28094, Ley de Organizaciones Políticas (LOP), por parte del Jurado Nacional de Elecciones, vulneró el derecho fundamental de algunos candidatos a ser elegidos?

Problemas específicos

1. ¿Se debió aplicar el artículo 42 de la Ley N.º 28094?
2. ¿La sanción de exclusión que prescribe el artículo 42 de la Ley N.º 28094, debió ser aplicada a los candidatos que participaron en el proceso electoral de 2016?
3. ¿La interpretación del artículo 42 de la Ley N.º 28094, realizada por el Jurado Nacional de Elecciones en las Elecciones Generales 2016, fue la correcta?

3. Objetivos de la investigación

Objetivo general:

1. Determinar si la aplicación inmediata del artículo 42 de la Ley N.º 28094, por parte del Jurado Nacional de Elecciones, vulneró el derecho fundamental de ser elegido.

Objetivos específicos:

1. Establecer si el artículo 42 de la Ley N.º 28094 se debió aplicar de manera inmediata.
2. Analizar si la sanción de exclusión que prescribe el artículo 42 de la Ley N.º 28094 debió ser aplicada a los candidatos que participaron en el proceso electoral de 2016.
3. Examinar si la interpretación del artículo 42 de la Ley N.º 28094, realizada por el Jurado Nacional de Elecciones en las Elecciones Generales 2016, fue la correcta.

4. Justificación e importancia de la investigación

4.1. Justificación de la investigación

La exclusión de la candidatura a algún cargo político de elección popular, es una figura relativamente nueva en nuestro país, pues a inicios del año 2016 se publicó una norma que incluía esta sanción y estaba dirigida a toda aquella persona que, una vez inscrita su participación en las Elecciones Generales, no podía efectuar la entrega de ningún tipo de dádivas, a menos que sea propaganda electoral. Sin embargo, si nos remitimos al artículo 31 de nuestra Carta Magna, encontraremos lo siguiente:

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 nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos. (subrayado agregado).

Al encontrarnos en dicha problemática, la importancia de este tema se enmarca dentro de la imperiosa necesidad de realizar una reforma electoral, de carácter integral y sistemática.

En ese contexto, la investigación encuentra sentido en demostrar que las modificatorias que buscan contrarrestar la compra de votos electorales, no tendrá el efecto esperado ni será un disuasivo suficiente para que las organizaciones políticas dejen de realizar ese tipo de actos, pues se han hecho muy comunes en los últimos procesos electorales, pese a que no está demostrado que por efectuar su entrega, se convenga al elector de votar por el candidato distinto al de su preferencia, razón por la cual nuestra posición es la de no excluir a los ciudadanos candidatos que quieran obtener algún cargo de representación popular.

4.2. Importancia de la investigación

Es importante porque ha sido vulnerado el derecho fundamental a ser elegidos (de ciertos candidatos), protegido por la Constitución y normas supranacionales, puesto que dicha ley no debió ser aplicada ni a los candidatos ni durante las elecciones generales de 2016, ya que era una norma con redacción ambigua. Además, no

estableció ningún parámetro de gradualidad en la sanción y no fue clara ni precisa, generando incertidumbre jurídica. Asimismo, esta norma, al estar vigente, continúa vulnerando el derecho fundamental de ser elegido.

Citando un ejemplo, tenemos a la Constitución Política de Brasil que en el artículo 16⁴ señala que la ley que modifique el proceso electoral, entrará en vigencia luego de haber transcurrido un año de su promulgación. En ese entendido, en el Perú se aplicó una ley de manera inmediata dentro de un proceso electoral establecido bajo otra norma y otras condiciones.

Sin embargo, también es importante mencionar que en nuestro Código Penal se encuentra contemplada la figura de “Inducción a no votar o hacerlo en sentido determinado”, bajo el artículo 356, que sanciona con una pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años a la persona que incurra en dicho delito. Este es otro tema que también ha sido tocado, pues a pesar de tenerlo tipificado en materia penal, también lo está en el ámbito electoral.

⁴ Constitución Política de la República Federativa de Brasil de 1988, Capítulo IV: de los derechos políticos. “Art. 16. La ley que altere el proceso electoral sólo entrará en vigor un año después de su promulgación” (sic).

Asimismo, citando a un país vecino, en Chile por ejemplo se encuentra tipificado en el artículo 137 de la Ley N.º 18.700 (Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios), pues es considerado como un delito penal solicitar votos por paga, dádiva o promesa, así como vender el voto o sufragar por dádiva o dinero; es decir, es sancionado tanto el que solicita dádivas como el que paga por obtener votos. Esto es importante rescatar dado que en nuestro país solo se sanciona al que entrega u ofrece dádivas, mas no al que lo solicita.

Otro caso es el de Colombia, donde en el artículo 390 del Código Penal está tipificado el delito de “corrupción al sufragante” en el que quien prometa, pague o entregue dinero o dádiva para conseguir votos, vote en blanco o se abstenga de hacerlo, será privado de su libertad de 48 a 90 meses.

De igual manera, en mayo pasado el Senado italiano aprobó un decreto sobre la compra mafiosa de votos, el cual modifica el artículo 416 del Código Penal y prevé condenas de hasta 15 años de pena privativa de la libertad para aquellos que acepten promesas de votos de personas pertenecientes a asociaciones mafiosas a cambio de dinero u otro tipo de compensación.⁵

⁵ Recuperado de: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/mundo/8/italia-ley-mafia-votos>

4.3. Viabilidad de la investigación

4.3.1. Viabilidad técnica

Es viable técnicamente porque contamos con las fuentes bibliográficas y hemerográficas necesarias, así como el acceso al internet para buscar opiniones de expertos en el tema.

4.3.2. Viabilidad material

Se cuenta con el material logístico correspondiente para el desarrollo de la investigación, como por ejemplo libros, material digitalizado obtenido a través de internet y hemerografía.

5. Limitaciones de la investigación

Al ser un tema nuevo en el país y poco estudiado, la limitación que se presenta está referida a la información disponible, ya que no se cuenta con mucha bibliografía escrita; no obstante, se ha recogido diversas opiniones que aportarán a la investigación, así como los informes de las misiones internacionales que participaron

como observadores en el proceso electoral del año 2016, pues esta información es relevante para el tema.

Capítulo II: Marco Teórico

1. Antecedentes de la investigación

Dentro de las investigaciones realizadas en los últimos cinco años, tenemos a la efectuada por la investigadora y Ph. D. en Ciencias Políticas, Paula Muñoz Chirinos (2014), en la tesis “Una teoría informacional del clientelismo de campaña, estudiando el caso del Perú”, quien ha precisado que los políticos, en forma de incentivos selectivos, reparten regalos para asegurar y comprar la participación de las personas en sus eventos de campaña. Sin embargo, lo que en realidad están comprando no son votos de manera directa, sino lo que están tratando de hacer es atraer a la mayoría de votantes que se encuentran cansados de la política, que les son indiferentes y que no tienen mucho interés de ser partícipes de ello.

Es ahí donde entran a tallar las denominadas portátiles, que vienen a ser un grupo de personas a las que se les paga o se les da algún tipo de incentivo para que se movilicen en favor de un determinado candidato u organización política. Luego de concluido el mitin estos grupos de personas se disuelven, pues no necesariamente tienen una relación de lealtad ni con el candidato ni con el partido. Esta práctica es sumamente repetida y muchas veces improvisada. Precisa, además que, en el caso del Perú, los políticos saben que tienen que entregar los bienes

con el fin de llevar a cabo campañas electorales eficaces, pues esto es una inversión en la que si no entregas, alguien más lo hará, vendrá y regalará más.

Manifiesta también que si los políticos siguen otorgando regalos a la población, no es necesariamente para asegurar votos fijos, sino más bien porque a ellos les sirve movilizar grandes números de personas, ya que con eso transmiten información de qué aspirantes realmente entran en la carrera como candidatos viables. Esto le permite a la gente que cuando no hay encuestas de por medio, puedan ver cuánta gente movilizan los candidatos durante toda la campaña, toda vez que sirve como una suerte de atajo cognitivo, pues las personas podrán decir que tal o cual candidato tiene posibilidades de ganar; por lo tanto, como electores, empezarán a fijarse entre dos o tres candidatos por quién votar, ya que verán que consistentemente son capaces de movilizar a más personas y, con ello, podrán decidir sus votos.

Agrega que los regalos, los gorritos, las gaseosas, las rifas sirven como anzuelo para juntar a más personas que están cansadas de las promesas de los políticos, sobre todo, en los mítines finales donde los votantes y la prensa están al tanto de ver quiénes son los candidatos con mayor capacidad de movilización. Lo mismo ocurre con los vehículos que movilizan. En consecuencia, los políticos peruanos no son irracionales; al contrario, conocen mucho el contexto peruano, a su elector y saben el desprestigio que tienen por lo que necesitan recurrir

a la entrega de dádivas para hacer campaña, porque no conocen gente, no tienen vínculos estables y las personas en muchos casos, en muchas zonas del país, lamentablemente si no les llevas algo, simplemente, o no los reciben o los botan.

Precisa también que el clientelismo electoral, en otros contextos, asume y ve al cliente como un sujeto pasivo, controlado por los políticos; sin embargo, en el caso peruano es diferente, ya que muchas veces los votantes aceptan los regalos porque les conviene y van incluso a diferentes mítines y arman su colección de polos y finalmente deciden su voto de acuerdo a como mejor les parezca. Un ejemplo de ello es el caso de las mujeres del “vaso de leche”, como lo sucedido en Piura y Cusco, que amenazaron a las señoras que en caso no vayan a los mítines, no les entregarían la ración que les corresponda; o a la inversa, si vas, te doy una ración extra de leche. Pese a ello, llegado el momento, la gente decide su voto por el candidato que más le convence. En ese sentido, los mítines se han convertido en una nueva forma de estrategia electoral.

Finalmente, Muñoz indicó que pese a que este tipo de prácticas es preocupante, no llegamos a tener clientes sumisos, manipulados por los políticos. Los ciudadanos son conscientes de que su voto es secreto y que ellos son los únicos que deciden sobre cómo ejercerlo (2014).

Siguiendo esa misma línea de ideas, Alberto Simpson (2017) considera que:

El clientelismo electoral busca aumentar las probabilidades de que el partido que lo practica gane las elecciones; no obstante, menos obvio es el mecanismo por el que la oferta de bienes o promesas–amenazas clientelares opera para lograr dicho objetivo. Sin embargo, este punto adquiere mayor relevancia debido a que en la gran mayoría de sistemas electorales el voto es secreto. Por ello, cuando algún partido político o candidato ofrece bienes o promesas para que un ciudadano vote por este, no puede verificar el sentido del voto individual ni saber si el ciudadano cumplió con su parte del trato clientelar. En consecuencia, el voto secreto permite al ciudadano incumplir su parte del trato sin sufrir consecuencias. Esta observación hace necesario preguntarse si el clientelismo electoral funciona o no (p. 314).

Asimismo, Echeagaray Verástegui, Cristian Paul y Barreto Sánchez, José Misael, en el año 2017 sustentaron la tesis “Exclusión de candidatos por infracción del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas y el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Jurado Nacional de Elecciones del año 2016”. Los tesisistas sostienen, básicamente, que la sanción pecuniaria es igual de adecuada e idónea para cumplir con la finalidad buscada por la norma, además de ser menos lesiva al derecho al sufragio pasivo del candidato, ya que le permitirá seguir participando en el proceso electoral. Otra medida que proponen (similar a la nuestra),

es la reducción o exclusión de dicho espacio publicitario al candidato infractor, pero de ninguna manera la exclusión del candidato.

De igual manera, Restrepo Echavarría, en su tesis denominada: *La Profesionalización de las campañas electorales en Colombia: Elecciones Presidenciales 1994 – 2014* (Tesis doctoral), citando a Lazarsfeld, et al. (1944) afirman que *la propaganda no influye sobre la voluntad de los individuos; es decir, no la modela ni la construye.*

Entonces, al haber entrado en vigencia en nuestro país la ley que prohíbe entregar dádivas durante las campañas electorales, el analista político Franco Germaná (2016), luego de haber estudiado la norma bajo cuestión, considera que una de las reformas electorales impostergables e imprescindibles que se debe realizar para fortalecer el sistema electoral peruano, y por ende nuestra democracia, es: “(...) *eliminar el artículo 42 de la Ley N.º 28094 (...), que permite la exclusión de candidatos por entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica [...]*, (2016, pp. 46-48).

Germaná también consideró que el espíritu de la norma, es decir, eliminar la costumbre de regalar cosas a cambio de votos, es correcto, debido a que permite que el elector ejerza su

derecho al voto con total libertad y sin ningún malsano sentido de la “reciprocidad” por haber recibido regalos de candidatos.

Refiere que es correcto que no se incluya en esa regulación a los bienes que sean propaganda electoral, ya que tienen otras reglas dentro del mismo artículo, pues esta sí es válida porque así los candidatos pueden generar recordación en la mente del elector y promover sus candidaturas. Caso diferente a los regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, regulados por el artículo 42 de la ley bajo análisis, que se refiere a casos en los que los candidatos regalen objetos que no sean *merchandising* electoral, tales como sacos de arroz, víveres, ropa.

No obstante, si bien está de acuerdo con estas razones, cree que la solución que ha elegido el legislador (exclusión de los candidatos de las elecciones) es peor que el problema, porque genera, como ocurrió en la primera vuelta de las Elecciones Generales de 2016, que los electores estén más concentrados en si un candidato es excluido o no, en vez de centrarse en sus propuestas.

Asimismo, manifiesta que esta norma tiene una mala redacción, pues al haber sido creada bajo la “técnica legislativa”, resulta ser muy difusa y genérica; además, causa incertidumbre política.

En resumen, considera que eliminarla generará los siguientes beneficios:

- a) Menos distracción del elector y mayor concentración en las propuestas.
- b) Eliminará la incertidumbre política y económica.
- c) Eliminará la congestión procesal en los juzgados electorales (Germana, 2016, pp. 46-48).

2. Bases teóricas

En este punto, se citan a varios autores que tienen diferentes conceptos en lo referente a derechos políticos, clientelismo, compra o venta de votos, y la forma de cómo ha repercutido en nuestra sociedad.

2.1.El Clientelismo, desde el punto de vista de Alain Rouquié

Alain Rouquié (2011) menciona, en primer lugar, que el clientelismo y los diferentes tipos de patronazgo constituyen la economía de intercambio entre asociados

desiguales, pero existe precisamente un aislamiento geográfico, inseguridad de la situación o la escasez de un bien como puede ser la tierra, algún empleo, el agua o el transporte los que sellan esas relaciones no igualitarias. Para este autor, el hábitat irregular, el empleo informal o la precariedad generalizada, son los factores que incitan a cada uno a buscar un protector, una fuente de favores y de seguridad (2011, pp. 78-79).

Menciona también que la insuficiencia de los servicios sociales públicos y los gratuitos (teóricamente), la dificultad para obtener bienes, así como una administración corrompida, hacen indispensable al intermediario. Del mismo modo, el analfabetismo o el multilingüismo son también propicios para que los *brokers* intervengan en la vida de esas personas todos los días. Es comprensible que el hombre que conoce a los poderosos, los utilice para asentar su influencia y su poder.

Así por ejemplo, en numerosas ciudades de Brasil, durante los años setenta y ochenta, no se podía ingresar al hospital público sin la recomendación de un diputado o de un miembro del Ejecutivo local (Rouquié, 2011, p. 80). Hace alusión a una frase popular usada en México: “No se llega a nada sin amigos”; pero este dicho cínico es válido para la mayoría de países del continente cuando se trata de obtener un empleo en la administración o en una empresa pública.

Indica que la omnipresencia de la relación clientelar debe llamar mucho nuestra atención en el campo político, debido a que estructura (o lo ha hecho por mucho tiempo) el funcionamiento del sistema representativo. Por ende, la práctica del sufragio universal (o casi universal) en contextos autoritarios valoriza a los notables locales. Sin embargo, en sociedades cultural y económicamente desfavorecidas, el voto aparece como un bien que se puede intercambiar con otros, y más aún si tienen un uso inmediato (Rouquié, 2011, pp. 80, 81).

Refiere también que en el siglo XX el voto clientelista dependía del grado de autonomía del elector respecto del patrón local. No obstante, no debe ser confundido con el simple fraude electoral, ya que este compromete la elección del elector. Un punto importante es cuando precisa lo siguiente respecto del voto:

Puede ser “vendido” o “gregario”. Aunque el voto que calificamos siempre implica una parte de gratificación, mientras que el voto vendido no carece de ninguna coerción: monopolio del comprador, u obligación de una “entrega” garantizada cuando aparece una alternativa (Rouquié, 2011, p. 81).

El sufragio vendido es un valor de cambio; por lo tanto, no es cambiado por dinero sino por bienes escasos o valorizados. Puede ser comida, alcohol o ropa, sobre todo zapatos (uno antes del escrutinio, el otro después, según el

folclore electoral), o incluso máquinas de coser cuando las mujeres son electoras. Pero con más frecuencia, un empleo, un alojamiento a su promesa, un préstamo, una posibilidad de irrigación, de venta de la cosecha a un precio remunerativo. El voto vendido es raramente un voto libre. Y además, la entrega del sufragio no liquida la deuda del ciudadano-vendedor: contribuye más a fortalecer la relación clientelar.

El voto gregario, por su parte, es colectivo y pasivo. Supone la organización del electorado para el día del escrutinio. Los electores de las zonas rurales son transportados a la mesa electoral, alojados, alimentados y entretenidos tras haber sido debidamente inscritos en las listas electorales en la cabeza de partido, todo a cargo del generoso organizador que embolsará los sufragios. La elección es una fiesta. Antaño, los votantes eran incluso conducidos en “rebaño” a las urnas. Como la papeleta electoral era entregada por el patrón a los electores, el voto solo es secreto para ellos... (Rouquié, 2011, pp. 81-82).

En sociedades abiertas y pluralistas, el patronazgo de partido constituye la forma modernizada y colectiva de esta relación que hace que el voto no dependa de la opinión del elector sino de los servicios obtenidos, de la ayuda

dispensada. El clientelismo partidista está entonces ligado al funcionamiento de una “máquina electoral” (Rouquié, 2011, p. 85).

Finalmente, concluye precisando que:

El clientelismo puede ser percibido como una etapa importante en el progreso hacia un régimen representativo libre y competitivo. También puede verse en esto su contrario: un mecanismo de dominación que hace el mejor uso posible de ciertos intereses particulares para el encuentro contradictorio entre una situación autoritaria y la democracia (Rouquié, 2011, p. 88).

2.2. El clientelismo político como intercambio de Susana Corzo Fernández

Según Susana Corzo (2002), es provechoso y legítimo hacer uso del clientelismo, pues permitirá que las partes que intervengan libremente en él, obtengan su propio beneficio, porque les aportará aquello que buscan obtener. Es decir, aplicado a una campaña electoral, lo que se busca en realidad es obtener votos.

Asimismo, considera que “el clientelismo político es un instrumento que está al servicio de múltiples intereses, y de ahí se derivan sus consecuencias; por ello, siempre habrá que desligar el intercambio de los objetivos que se busquen con el mismo”.

Corzo, también señala:

Se debe entender como clientelismo político, a aquella consecuencia originada de una relación personal de intercambio, un ejemplo claro es el que se da en el ámbito de la política, donde se establece de forma voluntaria y legítima, dentro de la legalidad, entre aquellos que pueden ocupar u ocupan cualquier cargo público y los que desean acceder a ciertos servicios o recursos públicos, a los que de cierto modo es más difícil llegar, aunque no imposible, de no ser por este vínculo o relación. Aquí se trata de un intercambio extrínseco entre partes, en el que ambos se ven beneficiados, porque su situación de desigualdad funcional no afecta al intercambio que requieren para alcanzar sus fines (Corzo, 2002, p. 14).

Además, refiere lo siguiente:

El clientelismo se practica desde la opción libre de elegir o no tal vínculo, pues no se concreta de forma clara en algún acuerdo ni tampoco bajo presión directa. Es decir, ambas partes eligen libremente esta forma de actuar porque les aporta aquello que desean obtener (aplicado a una campaña electoral, se busca obtener votos). Por ende, la entrada en la relación se hace de manera voluntaria debido a que la vinculación entre ambas partes no es de dependencia, sino de complementariedad de intercambios. Esta relación deja de ser legítima cuando perjudica a un tercero, en cuyo caso también pasa a ser ilegal y por tanto no responde a las características del clientelismo político, sino a las de la corrupción y fraude (Corzo, 2002, p. 15).

En ese sentido, precisa los siguientes conceptos importantes:

(...) En la definición se menciona el concepto de legitimidad, debido al papel que desempeñan las relaciones de clientela. Como exponía Weber, “la dominación no se basta a sí misma con la obediencia de los dominados, sino que ha de contar con la aceptación o percepción de la autoridad como legítima para ejercer sus mandatos” (Weber, M., 1993: 170-175). En este sentido, la

legitimidad está condicionada, también, a la eficacia con la que cuentan las instituciones políticas para que el dominado confíe en esa autoridad (Linz, J., 1978: 97ss.). Por consiguiente, además de encontrar esa legitimidad en las elecciones, en las que se respetan los principios de universalidad, igualdad y libertad, las relaciones de clientela pueden desempeñar un papel importante en la legitimación de las actuaciones de los representantes elegidos. Las relaciones de intercambio, que en ellas se establecen, son un elemento que favorece la consolidación de la legitimidad de la autoridad en un estado imperfecto, en lo que a eficacia se refiere. Dichas relaciones acercan a los actores que intervienen en la relación reforzando la percepción eficaz sobre las instituciones públicas.

En consecuencia, el clientelismo atempera la frialdad que genera la lejanía entre el Estado y la Sociedad (Günes-Ayata, A., 1994: 51-52) de manera que el ciudadano concibe aquello que practica como una forma de acercarse a la toma de decisiones. El intercambio da sentido a su participación política, al obtener una respuesta eficaz y concreta del Estado que satisface sus necesidades. Esto no significa que pueda sustituir a la participación política como medio formalmente establecido para relacionarse con el Estado, sino que las relaciones de intercambio tienen capacidad para complementar las

deficiencias de los canales de comunicación (ciudadano-administración) formalmente establecidos (Escobar, C., 1994: 158)... (Corzo, 2002, pp. 15,16).

Por ello, continúa Corzo:

Si tenemos en cuenta que la organización y distribución de los recursos y servicios públicos, depende de la decisión de la autoridad y de la agenda política; el hecho de que el ciudadano exprese sus demandas y esto determine las prioridades de la agenda, conlleva a una eficacia que incrementa la capacidad de presión y hace efectiva la representación de los electores que participan de la relación clientelar (2002, p. 16).

Asimismo, destaca lo siguiente:

En cuanto a la desigualdad funcional mencionada, se reconoce el perfil de los que practican las relaciones de clientela en el contexto estudiado, de ahí que se destaque a las partes que ocupan una posición diferente, pero la cuestión radica en que ambas desean establecer el intercambio. Es más, el contenido lo determinan ellos, y en esa determinación son iguales ante el recurso del que disponen: el voto, el apoyo, etc. Cada parte busca en la otra un beneficio. La

posible interpretación que desde fuera se realiza y el lenguaje con el que se describe, están supeditados a la subjetividad de quien está ajeno al intercambio o no participa del mismo.

En cuanto al papel que juegan los intermediarios depende del lugar y del contexto que se elija como objeto de estudio. Los partidos políticos tienen un protagonismo incuestionable en el clientelismo político en las sociedades democráticas consolidadas, de ahí que sean un elemento importante en el establecimiento de intercambios y en la determinación del tipo de clientelismo político que se genere: clientelismo electoral, clientelismo de partido y clientelismo burocrático. Los intercambios son similares e incluso los actores que los llevan a cabo son los mismos; lo que cambia son los contenidos de los intercambios. En el primer caso se intercambian votos por respuestas eficaces a colectivos clientes; en el segundo, apoyos por apoyos y, en el tercero, recursos públicos por apoyos (Corzo, 2002, pp.16-17).

En cuanto a la estructura de la relación de intercambio, es decir, los beneficios extrínsecos o intrínsecos, Corzo sostiene que:

La amplia gama de estudios realizados sobre el clientelismo permiten extraer características de los procesos comunes que se desarrollan a partir de los

diferentes intercambios en los distintos países estudiados. No obstante, aunque no son útiles para extraer una teoría general, lo son para deducir el proceso que se repite en todo proceso de intercambio. En concreto, en las motivaciones que conducen a los diferentes actores a introducirse en esta relación, la percepción que se tiene de este fenómeno y los vínculos que se establecen es lo que se pretende explicitar (2002, p. 17).

Para concluir, Corzo precisa que:

Toda relación de clientela exige la participación de dos actores como mínimo. No es decisión de un solo individuo sino que han de existir dos voluntades o más para que se produzca. La decisión de implicarse en ella es individual al tener que comprometerse con la otra parte en mantener un intercambio preestablecido, aunque no particular y excluyente. El compromiso se establece entre sujetos individuales, aunque los beneficios no sólo tienen que repercutir sobre estos, sino que pueden hacerlo sobre colectivos o grupos” (2002, p. 17).

2.3. La compra de votos como estrategia electoral, de Pedro Silverio Álvarez

Respecto de la compra de votos como estrategia electoral, el profesor Pedro Silverio Álvarez (2016) señala que:

Desde el primer trueque de una dracma por un voto en Atenas hace más de 2500 años, los políticos han practicado el arte bien perfeccionado, aunque rudimentario, de la compra de votos. Hoy en día sus incentivos van desde las bebidas alcohólicas, el gas y el dinero en efectivo en Estados Unidos, hasta el dinero en efectivo, granos y máquinas lavadoras en grandes regiones de África, Asia, América Latina y el Caribe. A medida que el tiempo pasa, la compra de votos puede convertirse en un fenómeno difícil de erradicar.

Según el mismo autor, “la compra de votos está asociada a la pérdida de credibilidad de los partidos, en el sentido de que sus promesas no resultan tan convincentes y los votantes prefieren que los compensen antes de ejercer su voto” (2016).

2.4. Características del ciudadano-cliente, según Alberto Simpser

Otro punto importante que se ha considerado en este trabajo de investigación es la que nos alcanza Alberto Simpser (2017), en lo que respecta a las características sociodemográficas del “ciudadano-cliente”. Este autor precisa lo siguiente:

¿Qué perfil sociodemográfico tienen los ciudadanos a quienes los partidos ofrecen tratos clientelares? La literatura sugiere que, en general, los partidos prefieren a ciudadanos de bajos recursos; es más barato comprar su voto (Stokes 2005). En realidad, el perfil seleccionado dependerá del mecanismo por el que buscan influir en el ciudadano. Por ejemplo, cuando el partido clientelar espera que el ciudadano le favorezca por un sentimiento de agradecimiento –y no como resultado de la verificación de su participación o del sentido de su voto– buscará ciudadanos con alta probabilidad de reciprocitar. Si el partido intenta aumentar la participación de ciudadanos con alta probabilidad de votar por este, se centrará en ciudadanos cuyas preferencias sean conocidas por el partido o sus intermediarios (*core voters*). Si el partido aspira a cambiar el sentido del voto, se dirigirá a ciudadanos con

preferencias ligeramente favorables a algún contrincante (*swing voters*).
(Simpser, 2017).

3. Definición de términos básicos

Para efectos del presente trabajo de investigación, se precisa el significado de los siguientes términos:

3.1. Dádiva

En el ámbito electoral, la dádiva será entendida como el donativo o regalo que se efectúa a cambio de obtener algún tipo de apoyo. El uso de dicho término para efectos del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas implica que la acción de dar no es desinteresada, sino que consiste en una especie de “compra del voto”.

3.2.1. Clientelismo político (genérico)

Siguiendo a Susana Corzo (2002), se debe entender al clientelismo político como la:

Consecuencia de una relación personal de intercambio, en el ámbito de la política, que se establece de forma voluntaria y legítima, dentro de la legalidad, entre los que pueden ocupar u ocupan cualquier cargo público y los que desean acceder a unos servicios o recursos públicos a los que es más difícil llegar, que no imposible, de no ser por este vínculo o relación. Se trata de un intercambio extrínseco entre partes, que beneficia a ambas, porque su situación de desigualdad funcional no afecta al intercambio que ambas partes requieren para alcanzar sus fines⁷.

3.3. Clientelismo electoral (específico)

De acuerdo con Alberto Simpser (2017), el clientelismo electoral es aquella entrega o intercambio de favores económicos, que puede incluir bienes y servicios y más aún dinero a cambio de votos, situación que se presenta sobre todo en campaña electoral, con la finalidad de obtener votos de los electores que supuestamente votarán por ellos, ya que tienen como fin primordial ganar las elecciones.

⁷ Recuperado de https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/2002/hdl_2072_1264/ICPS206.pdf

En la literatura clásica sobre el tema, el clientelismo se entiende como una relación de reciprocidad de largo plazo, caracterizada por una asimetría de poder entre un patrón y sus clientes, e involucrando elementos personales y afectivos (Roniger, 2004). La literatura contemporánea en ciencias sociales se ha apartado de la acepción clásica del término. El clientelismo ha perdido la connotación de relación personal y de largo plazo; ahora generalmente describe una transacción de mercado, es decir, el “intercambio directo del voto de un ciudadano a cambio de pagos directos o de acceso a empleo, bienes y servicios” (Kitschelt y Wilkinson, 2007, p. 2). Se reconoce que, en ocasiones, las relaciones clientelares son de largo plazo e incluyen componentes personales y afectivos, sin por ello requerirlo en la definición del fenómeno (Simpser Alberto (2017) p. 312-313).

Para Alain Rouquié (2011):

El clientelismo puede ser percibido como una etapa importante en el progreso hacia un régimen representativo libre y competitivo. También puede verse en esto su contrario: un mecanismo de dominación que hace el mejor uso posible de ciertos intereses particulares para el encuentro contradictorio entre una situación autoritaria y la democracia.

Sin embargo, para la presente investigación, el clientelismo se enmarca en aquel mecanismo de intercambio para la persona que busca alcanzar un cargo político, ofreciendo o entregando dádivas con el fin de obtener votos.

3.4. Compra del voto

Según Alberto Simpser:

La compra del voto en su definición más estricta, se refiere al intercambio de dinero por votos. Sin embargo, como es bien sabido, estos también se “compran” con bienes (costales de cemento, pollos o bicicletas, por ejemplo) y con servicios (servicios médicos, ayuda para darse de alta en un programa social, contratos y licencias, entre otros). Incluso hay quien incluiría el intercambio de votos a cambio de empleo como una modalidad de la compra del voto. De entenderse así, la compra del voto y el clientelismo –como lo definen Kitschelt y Wilkinson (2007)– serían prácticamente sinónimos (Simpser 2011, p. 313).

3.5. Propaganda electoral

La propaganda electoral involucra medios indirectos para persuadir al elector, tales como la radio y la televisión.

Según el “Reglamento sobre Propaganda Electoral, Publicidad Estatal y Neutralidad” del Jurado Nacional de Elecciones, aprobado por Resolución N.º 304-2015-JNE:

La propaganda electoral es toda acción destinada a persuadir a los electores para favorecer a una determinada organización política, candidato, lista u opción en consulta, con la finalidad de conseguir un resultado electoral. Solo la pueden efectuar las organizaciones políticas, candidatos, promotores de consulta popular de revocatoria y autoridades sometidas a consulta popular que utilicen recursos particulares o propios.

3.6. Proselitismo político

El proselitismo político involucra una acción personal o directa por parte del candidato. Según el mismo “Reglamento sobre Propaganda Electoral, Publicidad Estatal y Neutralidad” del Jurado Nacional de Elecciones, “es cualquier actividad destinada a captar seguidores para una causa política”.

栗Capítulo III: Hipótesis

Formulación de Hipótesis

3.1. Hipótesis principal

La aplicación inmediata del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas, incorporado por la Ley N.º 30414, publicada el 17 de enero de 2016, por parte del Jurado Nacional de Elecciones, en pleno desarrollo de las Elecciones Generales 2016, resultó ser transgresora del derecho fundamental de participación política, debido a que generó la exclusión de varios candidatos que aspiraban a un cargo político, entre ellos a la presidencia de la República.

3.2. Hipótesis secundarias

3.2.1. Dicha norma fue inoportuna en su aplicación e inadecuada en su contenido, puesto que, por un lado, entró en vigencia luego de haberse convocado a elecciones,

con candidatos ya inscritos; y, por otro lado, no estableció una gradualidad en la sanción ni detalló los bienes que configurarían las dádivas a que se refiere la norma.

3.2.2. Sus efectos contribuyeron a poner en cuestión la legitimidad del proceso electoral, generando incertidumbre jurídica.

Capítulo IV: Normativa y reforma electoral

4.1. Ley de Partidos Políticos N.º 28094 (LPP)

La Ley de Partidos Políticos (actualmente denominada Ley de Organizaciones Políticas) fue promulgada recién en el año 2003, siendo la primera ley específica sobre la materia en nuestra historia, lo que resultaba tardío, considerando que para ese entonces la mayoría de países ya contaba con leyes especiales sobre partidos y organizaciones políticas.

La Ley de Partidos Políticos se elaboró en el marco del artículo 35 de la Constitución Política de 1993, que, en lo que respecta a las organizaciones políticas, establece que: “Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley (...)”.

Como refiere la Asociación Civil Transparencia (2005):

La principal motivación que llevó a la elaboración de la LPP fue la promoción del fortalecimiento institucional de los mecanismos de democracia interna y de manejo de fondos partidarios. La coyuntura de aquella época propició que los congresistas y la opinión pública –pese a la categorización de los partidos políticos como personas jurídicas de derecho privado–, se dieran cuenta que

era necesario regular a los partidos políticos y a su vez que estas regulaciones fueran custodiadas por ciertos organismos públicos (2005, p. 77).

Asimismo, como precisa Raúl Chanamé Orbe (2016), al hacer referencia al artículo 35 de la Constitución Política del Perú, “la Ley N.º 28094 no puede contradecir en ningún caso la norma constitucional, al no dar monopolio a ninguna forma de organización política”. En ese sentido, “todas las organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personería jurídica” (p. 75). Además, según el artículo 2 de la Ley de Partidos Políticos, hoy Ley de Organizaciones Políticas, los partidos políticos tienen como fines y objetivos:

Asegurar la vigencia y defensa del sistema democrático, contribuir a preservar la paz, el sistema democrático, la libertad y la vigencia de los derechos humanos, en sus planes formular propuestas para el desarrollo nacional, contribuir a la educación y participación política de la población, con el objeto de forjar una cultura cívica y democrática, participar en procesos electorales, y contribuir a la gobernabilidad

Ahora bien, tal como señala la Oficina Nacional de Procesos Electorales [ONPE] (2015), después de más de once años desde la promulgación de la Ley de Partidos Políticos, cerca

del 50% de sus artículos han sido modificados; sin embargo, tales modificaciones no propiciaron una reforma integral de la ley con objetivos claros, sino que fueron modificaciones aisladas unas de otras (p. 93).

De otro lado, a pesar que en el año 2013 los organismos electorales, en conjunto, presentaron un proyecto de ley buscando realizar una reforma integral de la norma, la propuesta de estos organismos técnicos especializados no prosperó.

4.2. La reforma electoral en la agenda pública

Continuando con el tema de la reforma, a finales del año 2014 e inicios del 2015, según comenta la ONPE, los organismos del sistema electoral peruano iniciaron una campaña mediática para colocar a la reforma electoral como tema de agenda nacional. Ello tuvo un resultado positivo, ya que la campaña recibió el respaldo del Congreso de la República, así como de los principales medios de comunicación que transmitieron constantemente las declaraciones del presidente del Jurado Nacional de Elecciones y del jefe de la ONPE a favor de dicha reforma. (ONPE, 2015)

Estos actos propiciaron a que la propuesta sea incorporada en la segunda legislatura de 2014, según el calendario del Congreso, la cual se inició en marzo de 2015. Sin embargo, el paquete

de reforma fue ampliado con proyectos de ley adicionales de algunos congresistas, aprobando efectivamente solo una parte de la propuesta original. Posteriormente, dicha propuesta fue complementada con otras provenientes de las agrupaciones políticas.

Asimismo, al continuar pendiente la reforma electoral, en la primera legislatura del año 2015, el Congreso de la República publicó el 17 de enero de 2016 la Ley N.º 30414, que modificó la Ley de Partidos Políticos, incorporando el artículo 42, conforme se detallará en el subsiguiente punto 4.

Respecto del largo y tortuoso procedimiento de aprobación de la referida ley, el magistrado Francisco Artemio Távara Córdova, entonces presidente del Jurado Nacional de Elecciones, en el punto 6 del fundamento adicional de voto y reflexión a la Resolución N.º 0310-2016-JNE del 31 de marzo de 2016, sobre las solicitudes de exclusión contra la candidata a la Presidencia de la República por el partido político Fuerza Popular, Keiko Sofia Fujimori Higuchi, en el marco de las Elecciones Generales 2016 manifestó lo siguiente:

“(…) resulta oportuno recordar el accidentado proceso de gestación de esta ley, que se puede resumir como sigue: el 14 de junio de 2013, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República aprobó el dictamen

de diversos proyectos de ley que modificaban la entonces Ley de Partidos Políticos. Luego de hasta dos textos sustitutorios (11 de setiembre de 2014 y 3 de setiembre de 2015), con el proyecto de ley del congresista Jaime Delgado presentado, se genera un tercer texto sustitutorio (9 de setiembre de 2015), en el cual ya se incorpora la posible exclusión de candidato por incurrir en la entrega de dádivas. Es el cuarto texto sustitutorio de esta propuesta (17 de setiembre de 2015), con algunas modificaciones, en el que se somete a votación del Pleno del Congreso de la República el 1 de octubre de 2015 y fue aprobado en esa fecha, pero, por errores materiales, nuevamente debió ser votado el 22 de octubre de 2015, fecha en la cual la autógrafa fue remitida al Poder Ejecutivo. El Presidente de la República, el 12 de noviembre de 2015, observó dicha autógrafa y, dos días después, convocó a Elecciones Generales 2016. Sin embargo, con dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento (24 de noviembre de 2015), el Pleno del Congreso de la República aprobó por insistencia esta propuesta y la remitió al Poder Ejecutivo (15 de diciembre de 2015). La publicación de esta ley no se produjo sino hasta el 17 de enero de 2016. Tampoco se dispuso su reglamentación por parte del Poder Ejecutivo, como en los casos de Ley que crea la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral o la Ley que crea el Registro de

Deudores de Reparaciones Civiles (Redereci), probablemente porque el Poder Legislativo la entendió como una norma totalmente autoaplicativa” (sic).

4.3. Proyecto de Ley N.º 4780/2015-CR

El Proyecto de Ley N.º 4780/2015-CR, “Ley que establece como conducta antidemocrática y prohibida la entrega u ofrecimiento de regalos o dádivas en la actividad política”, fue presentado el 02 de septiembre de 2015 por el congresista Jaime Delgado Zegarra.

Según lo sustentado en la exposición de motivos del proyecto de ley, la crisis de los partidos políticos en nuestro país se ha hecho más evidente luego de las Elecciones Regionales y Municipales.

Asimismo, se recoge el diagnóstico situacional de nuestro sistema electoral presentado por el Jefe de la ONPE, Mariano Cucho (2014), quien manifestó que “en contraste con el debilitamiento de los partidos políticos, surgen candidatos, o grupos de intereses en torno de ellos, que buscan obtener el poder, usando para tal fin las licencias que la Ley de Partidos Políticos concede, para conseguir la inscripción de la organización política en el Registro de

Organizaciones Políticas, y con ello tener la autorización para participar en la contienda electoral”¹².

Agrega también que es en este escenario en el que las organizaciones políticas libran sus más duras y cruentas batallas por la capacidad de gasto en las actividades de proselitismo, lo que implica necesariamente la movilización del candidato a nivel nacional, así como su exposición en medios de comunicación y también, dentro de ello, la deplorable entrega de dádivas o regalos.

Según la exposición de motivos, el problema no radica únicamente en identificar o vigilar las fuentes de financiamiento, sino también en el uso que se le da a los recursos económicos, pues es la ejecución del gasto de los recursos obtenidos lo que termina siendo en la práctica un generador de incentivos perversos en las organizaciones políticas para recaudar más dinero, sin importar la fuente, porque con este pueden realizar actividades proselitistas “más efectivas”, consistentes en la entrega de dádivas, o regalos elector por elector.

¹² Proyecto de Ley N° 4780/2015/CR (Pag. 2)

Asimismo, precisa que muy a pesar de la legislación electoral vigente, en nuestra realidad existen organizaciones políticas y políticos que tanto en el proceso de inscripción –durante la recolección de firmas, por ejemplo–, como en los procesos electorales –visitando zonas rurales en plena campaña política, por ejemplo–, utilizan este tipo de prácticas, consistente en la entrega de regalos como canastas, víveres, o la promesa de estos a cambio de una firma o en la eventualidad de ganar una elección.

En ese sentido, se señala que dicha propuesta legislativa tenía como propósito incidir en estos aspectos y establecer dentro del artículo 14 de la Ley de Partidos Políticos, como un nuevo supuesto de ilegalidad por conducta antidemocrática, la realización de actividades proselitistas consistentes en la entrega u ofrecimiento de regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, entregados directamente por las organizaciones políticas, sus candidatos o por terceros, con motivo de un proceso de inscripción de las mismas, o del desarrollo de elecciones. Se considera que este supuesto excluya la entrega de bienes o promesa de beneficios permitidos por la ley, no considerados prohibidos, que se encuentren comprendidos dentro de la definición de propaganda política.

También se recalca que la legislación vigente permite la realización de acciones, como la entrega de bienes o efectos, siempre que estos tengan como propósito dar a conocer la

ejecución de planes y programas, o conseguir adhesión o apoyo (formación política, capacitación, investigación, y difusión de los lineamientos del programa o el símbolo o número para identificar la organización política – trípticos, afiches o polos).

Por tanto, bajo el supuesto establecido, las organizaciones políticas y los candidatos, sea en su proceso de inscripción, al interior de la organización o en el desarrollo de los procesos electorales, internos o públicos, no podrán regalar dinero, cocinas, canastas, viajes, becas de estudio o beneficios, que no se ajusten a los fines establecidos para la propaganda política o propaganda electoral, de acuerdo a ley. Incurrir en este supuesto de conducta antidemocrática traería como consecuencia para la organización política la cancelación de su inscripción, además de una multa. Por ese motivo, se plantea la incorporación de un nuevo artículo en la Ley de Partidos Políticos, el Artículo 42°, en que se defina como conducta prohibida respecto de la propaganda política, la entrega de regalos, dádivas u obsequios de naturaleza económica, que tengan un propósito diferente a comunicar el programa, la ideología o las propuestas políticas de la organización política o candidato.

Debemos precisar que sería la primera modificación que se realizó a la Ley de Organizaciones Políticas, en lo referido específicamente a la entrega u ofrecimiento de regalos, dádivas u otros obsequios durante la campaña electoral.

Por ello, la fórmula legal del proyecto de ley bajo comentario, quedaría de la siguiente forma:

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

Modificar los artículos 14° y 36° de la Ley N.º28094, Ley de Partidos Políticos, con el propósito de establecer como conducta antidemocrática y prohibida la entrega u ofrecimiento de regalos o dádivas en la actividad política.

Artículo 2°.- Incorporación del inciso 14.4 del Artículo 14° de la Ley N.º 28094, Ley de Partidos Políticos

Incorpórese al Artículo 14° de la Ley N.º 28094, Ley de Partidos Políticos, el inciso 14.4, quedando de la siguiente manera:

Artículo 14°.- Declaración de ilegalidad por conducta antidemocrática

La Corte Suprema de Justicia de la República, a pedido del Fiscal de la Nación o del Defensor del Pueblo, y garantizando el derecho a la pluralidad de instancia, podrá declarar la ilegalidad de una organización política cuando considere que sus actividades son

contrarias a los principios democráticos y se encuentren dentro de los supuestos siguientes:

14.1 Vulnerar sistemáticamente las libertades y los derechos fundamentales (...).

14.2 Complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones (...).

14.3 Apoyar la acción de organizaciones que practiquen el terrorismo y/o el narcotráfico.

14.4 Desarrollar actividades de proselitismo consistente en la entrega u ofrecimiento de regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, con ocasión de un proceso de inscripción o de un proceso electoral, que constituya una conducta prohibida en la propaganda política, conforme a lo dispuesto en el artículo 42° de la Ley.

La sentencia firme que declara la ilegalidad de un partido político tendrá los siguientes efectos:

- a) Cancelación de su inscripción en el Registro de Organizaciones Políticas y en cualquier otro registro.
- b) Cierre de sus locales partidarios.
- c) Imposibilidad de su inscripción.

La sentencia firme que declara la ilegalidad de un partido político será puesta en conocimiento del Ministerio Público para la adopción de las acciones pertinentes.

Artículo 3°.- Incorporar el Artículo 42° a la Ley N.° 28094, Ley de Partidos Políticos

Incorpórese a la Ley N.° 28094, Ley de Partidos Políticos, el Artículo 42°, que define las conductas prohibidas en la propaganda política, redactada de la siguiente manera:

“Artículo 42°.- Conducta prohibida en la propaganda política

Constituye conducta prohibida en la propaganda política la entrega u ofrecimiento de regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, que tenga un propósito distinto al de comunicar el programa, la ideología o las propuestas de una organización política o candidato, durante los procesos de inscripción o procesos electorales, internos o externos, de las organizaciones políticas, afiliados, militantes o candidatos”.¹³

De todo lo anterior podemos concluir que el espíritu original del proyecto no recoge el término “exclusión” del candidato ni tampoco comprende la “sanción pecuniaria”; a diferencia de la norma aprobada en la que sí se incluyeron ambos conceptos.

No obstante, el proyecto de ley involucra a la Corte Suprema, a la Defensoría del Pueblo y al Ministerio Público, para que sean los responsables de declarar la ilegalidad de un partido político, teniendo como efectos la cancelación de su inscripción, el cierre de locales y la imposibilidad de inscripción. Consideramos que esta propuesta, de haberse aprobado,

¹³ Proyecto de Ley N° 4780/2015-CR elaborado por el Ex congresista Jaime Delgado Zegarra.

también hubiera sido exagerada y habría vulnerado el derecho de los ciudadanos, pues declarar ilegal a un partido político es sacarlo de toda contienda electoral.

Sumado a ello, quizás muchos de los casos llevados ante la Suprema Corte no hubiesen podido resolverse dentro del plazo establecido, por lo que habría sido complicada la aplicación del mismo en un tiempo determinado, pues en materia electoral las fechas de las elecciones son fijas, los plazos de apelaciones y tachas son breves, más aún, el derecho de la pluralidad de instancias le asiste a todo ciudadano, tanto a nivel judicial como electoral.

4.4. Ley N.º 30414 que incorpora el artículo 42º a la Ley de Organizaciones Políticas N.º 28094

El 17 de enero de 2016 se publicó en el diario oficial “El Peruano” la Ley N.º 30414, que modificó en parte la Ley N.º 28094, denominada Ley de Partidos Políticos (LPP), que en su artículo 1º modificó el nombre de dicha “Ley de Partidos Políticos” por “Ley de Organizaciones Políticas”.

Asimismo, mediante el artículo 3º se incorporó el artículo 42º a la Ley N.º 28094, Ley de Organizaciones Políticas (LOP), con el texto siguiente:

“Artículo 42.- Conducta prohibida en la propaganda política

Las organizaciones políticas, en el marco de un proceso electoral están prohibidas de efectuar la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, de manera directa o a través de terceros, salvo aquellos que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada bien entregado como propaganda electoral (19.50 soles).

Esta conducta se entiende como grave y será sancionada con una multa de 100 UIT que será impuesta por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) en un plazo no mayor de 30 días.

Dicha prohibición se extiende a los candidatos a cualquier cargo público de origen popular, y será sancionado por el Jurado Nacional de Elecciones con la exclusión del proceso electoral correspondiente.

La propaganda política y/o electoral de las organizaciones políticas y/o los candidatos a cualquier cargo público deberá respetar los siguientes principios:

- a) Principio de legalidad, por el cual los contenidos de la propaganda política o electoral debe respetar las normas constitucionales y legales.

- b) Principio de veracidad, por el cual no se puede inducir a los electores a tomar una decisión sobre la base de propaganda política o electoral falsa o engañosa.
- c) Principio de autenticidad, por el cual la propaganda política o electoral contratada debe revelar su verdadera naturaleza y no ser difundida bajo apariencia de noticias, opiniones periodísticas, material educativo o cultural”.

En comparación con el proyecto de ley inicial, la ley finalmente aprobada presenta cambios sustanciales. De todo el Proyecto de Ley N.º 4780/2015-CR solo se incluyó la propuesta de incorporar el artículo 42º, aunque de manera modificada; y no se tuvo en cuenta el artículo 14.4 de la propuesta inicial. Asimismo, además de la ya mencionada entrega de dádivas, el artículo 42º finalmente aprobado desarrolló diversos aspectos no considerados en el proyecto de ley:

- a) Principios de legalidad, veracidad y autenticidad,
- b) Se fijó un límite al monto de la propaganda electoral,
- c) Se estableció una sanción pecuniaria al considerarla grave; y,
- d) Se extendió la prohibición al candidato a cualquier cargo público de origen popular, con la sanción de exclusión del proceso electoral respectivo.

Tales incorporaciones se realizaron sin fundamentar su pertinencia, y sin medir las consecuencias o el impacto social que podría generarse; y sin tener en cuenta la posible afectación a derechos fundamentales como lo señalado en los artículos 2.17 y 35 de nuestra Constitución Política:

Artículo 2: Toda persona tiene derecho:

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

Artículo 35: Los ciudadanos pueden ejercer sus derechos individualmente o a través de organizaciones políticas como partidos, movimientos o alianzas, conforme a ley. Tales organizaciones concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular. Su inscripción en el registro correspondiente les concede personalidad jurídica.

En ese mismo sentido, el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos ¹⁴ hace referencia al hecho de hacer prevalecer los derechos políticos, habiendo señalado en el caso “Castañeda Gutman vs. México” que **los Estados “deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental”** (resaltado agregado); fundamento que nuestras autoridades no han considerado al momento de aprobar la norma en cuestión.

4.5. Aplicación inmediata del artículo 42 en las Elecciones Generales de 2016

¹⁴ **Artículo 23. Derechos Políticos**

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. 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.

Respecto de la aplicación del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas, incorporado en pleno proceso electoral 2016, el Jurado Nacional de Elecciones, a través de la Resolución N.º 196-2016-JNE, en el proceso seguido contra el excandidato presidencial César Acuña Peralta, bajo el Expediente N.º J-2016-00265, precisó que la vigencia de dicha norma era inmediata, considerando lo establecido por los artículos 103 y 109 de la Constitución Política del Perú.

El artículo 103 de nuestra Constitución establece lo siguiente:

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

De otro lado, el artículo 109 prescribe que “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

Por ello, según la referida resolución del JNE:

De las normas constitucionales reseñadas, se tiene como regla general que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, salvo disposición contraria de la misma ley que postergue su vigencia en todo o en parte. Asimismo, por regla general, esta debe aplicarse en forma inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no teniendo fuerza ni efectos retroactivos, salvo por la única excepción que prevé el artículo antes glosado de la Constitución Política.¹⁵

Orlando Caballero (2013) ha referido que:

La sanción a la corrupción al sufragante, conforme a la Corte Constitucional de Colombia, tiene un profundo calado de protección a la soberanía popular dentro de su sistema democrático. La máxima norma contempla que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, pudiendo elegir y ser elegido, ser parte de las elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación

¹⁵ Resolución N° 196-2016-JNE, Considerando N° 3, pag. 6 y 7.

democrática. Por ende, resulta de vital importancia que tales principios encuentren posibilidad de realización a través de elecciones públicas, competitivas y transparentes y que los ciudadanos puedan escoger libremente entre los candidatos que los van a representar.

Sin embargo, pese a que está considerado como delito en el Código Penal, no contempla de ninguna forma la exclusión del candidato.

Por lo expuesto, y considerando que en el texto normativo no se precisó fecha distinta de entrada en vigencia (*vacatio legis*), el JNE asumió que la norma bajo estudio entró en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial, esto es, el 18 de enero de 2016.

Lo que sin embargo llama la atención es que pocos meses antes, el propio JNE tuvo criterios muy diferentes. En efecto, el 10 de marzo de 2015 se publicó la Ley N.º 30305, sobre denominación y no reelección inmediata de autoridades de los gobiernos regionales y de los alcaldes. Frente a la posibilidad de que dicha ley se aplique para las Elecciones Municipales Complementarias 2015 (EMC2015), realizadas el domingo 5 de julio de 2015, el JNE, a través de la Resolución N.º 0099-2015-JNE, de fecha 17 de abril de 2015, consideró que la misma no resultaba aplicable al referido proceso electoral.

Cabe señalar que en ninguna parte de dicha resolución se hace referencia a los artículos 103 y 109 de nuestra Constitución, ya citados. Al contrario, la resolución se fundamentó en los artículos 31, 43 y 45 de la Carta Política, considerando que nuestro constituyente, al asumir el principio de que el Perú es un sistema democrático, dotó de seguridad jurídica a los comicios, **ya que solo con normas claras previa a la convocatoria del proceso electoral se puede asegurar resultados legítimos**; concluyendo lo siguiente:

20. En suma, no resulta válido para las EMC2015, convocadas el 28 de febrero de 2015, aplicar la reforma constitucional del 10 de marzo de 2015, toda vez que se trata de una norma que incide directamente en el desarrollo del calendario electoral y, por ende, en el resultado de la elección que ha sido convocada con anterioridad; afectando sin una justificación razonable la seguridad jurídica así como los derechos fundamentales de participación política que deben prevalecer en los procesos electorales convocados en el marco de un régimen democrático representativo.

Es decir, **el Pleno del JNE de entonces decidió que en ese caso primarían los derechos de participación política y los derechos fundamentales sobre cualquier norma que los vulnere**. Se esperaba que haya tenido un criterio similar para determinar la aplicación del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas en las Elecciones Generales de 2016, más

aún cuando los miembros del Pleno del JNE eran los mismos. Se desconocen las razones que han considerado para haber optado por ese radical cambio de criterio.

4.6. El principio de seguridad jurídica aplicado a las normas electorales, modificadas durante el proceso electoral convocado

Respecto de la afectación al principio de seguridad jurídica que implicaba la aplicación inmediata del artículo 42 de la LOP, el Pleno del JNE, a través de su Resolución N.º 196-2016-JNE, consideró que: *“resuelta la interrogante sobre la vigencia del artículo 42 de la LOP, ahora corresponde dilucidar la interrogante de si su aplicación práctica para el proceso de Elecciones Generales y de Representantes Peruanos ante el Parlamento Andino 2016 (...) trastoca el principio de seguridad jurídica que debe regirlo”*. Para tal efecto, el Pleno del JNE consideró que, en base al artículo 43 de la Constitución Política, que establece que el Perú es una República democrática, se ha dotado a los comicios de seguridad jurídica, lo que solo se logra con normas claras que aseguren resultados legítimos.

En ese sentido, respecto del principio de seguridad jurídica y la aplicación de modificatorias legales de carácter electoral que se aprueben durante un proceso electoral convocado, en la

misma resolución del Pleno del JNE se precisa que el propio Pleno del JNE, a través de su Resolución N.º 0099-2015-JNE, tuvo oportunidad de pronunciarse, señalando que:

Las reformas electorales no serán aplicables en caso varíen en forma sustancial las reglas referentes a los requisitos o impedimentos para postular, así como los requisitos de inscripción de listas de candidatos, entre otros, y cuyas variaciones supongan una afectación al derecho al sufragio pasivo de los ciudadanos que buscan ser partícipes de un proceso electoral en marcha; de lo contrario, se estaría afectando el principio de seguridad jurídica que debe caracterizar a todo proceso electoral democrático.

Ahora bien, la resolución de 2016 precisa que en la ejecutoria de abril de 2015 se pronunció solo respecto de los alcances de la prohibición de reelección inmediata de los alcaldes que buscaban participar en el proceso de Elecciones Municipales Complementarias 2015, no habiendo sido analizado un supuesto como el que es materia de análisis en 2016. Por lo tanto, no existiría ninguna contradicción entre dicho pronunciamiento y este.

Sin embargo, al realizar el análisis sobre la reelección inmediata de los alcaldes que participarían en las EMC2015, el Pleno del JNE no se basó únicamente en la variación de las

reglas referentes a los requisitos o impedimentos para postular, sino que, además, precisó lo siguiente en el fundamento 7:

(...) Nuestro sistema democrático asume como regla general que las normas electorales no pueden ser variadas una vez convocado un proceso electoral (...), ya que dichos cambios incidirían de manera directa en el resultado, así como en el derecho fundamental a la participación política del elector o del elector/candidato (énfasis añadido).

Este último fundamento tiene mucha lógica, y es el que debió ser aplicado al proceso de Elecciones Generales de 2016, pues, tal como se vio en el desarrollo del mismo, debido a los cambios de último momento introducidos a la norma, varios candidatos fueron excluidos del proceso.

El Pleno del JNE alega además, en la misma resolución de 2016, que nuestro ordenamiento jurídico no prevé prohibición expresa que suspenda la aplicación inmediata de una variación legal, en este caso, electoral, como parte de un proceso de elección de autoridades en marcha; por lo que se asume que:

(...) En virtud del principio de seguridad jurídica, estas no podrán ser aplicadas en caso guarden incidencia en los requisitos o impedimentos para

postular o para inscribir listas de candidatos, en tanto resultarían un cambio sustancial de las reglas preestablecidas para efectivizar el derecho al sufragio pasivo como candidato o, de darse el caso, ser proclamado como autoridad electa.

Entonces, para el Pleno del JNE “una modificatoria legal que ha sido adoptada en el marco de un proceso electoral en ejecución será de aplicación inmediata siempre y cuando su puesta en práctica no vulnere la seguridad jurídica que debe caracterizar a la elección”; criterio que no compartimos, ya que en el último párrafo del considerando 8 de la Resolución N.º 0099-2015-JNE, el mismo Pleno señaló: **“Entonces, de admitirse la posibilidad de variar las normas electorales una vez convocado el proceso electoral, también se estaría vulnerando los principios de democracia y seguridad jurídica que deben regirlo”** (resaltado agregado).

Como puede apreciarse, en ambas resoluciones el Pleno del JNE hace referencia al mismo principio, el de seguridad jurídica, pero de manera no solo diferente, sino contradictoria, lo que devino en la exclusión de candidatos. En suma, el principio de seguridad jurídica fue vulnerado, con su inaplicación o aplicación errónea, en las Elecciones Generales de 2016.

4.7. El principio de proporcionalidad y su importancia frente a la incorporación del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas

Para definir la constitucionalidad tanto de la no intervención como de la intervención que el poder público pueda realizar sobre el contenido jurídico de un derecho fundamental, existe una herramienta hermenéutica de primer orden: el principio de proporcionalidad. Se trata de definir en cada caso concreto y con base al mencionado principio, si la intervención o la inacción del poder político se desarrollan según los cauces constitucionales o no. Castillo-Córdova, Luis (2005).

Su origen está basado en el derecho prusiano de policía, en el cual la proporcionalidad cumplía una función orientativa respecto de las intervenciones en la libertad individual. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Superior Administrativo de Prusia sostuvo que este principio era vinculante para el poder ejecutivo, acuñado bajo el concepto de "prohibición de exceso", "como un criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía".

Sin embargo, para Rainer Arnold, José Ignacio Martínez Estay y Francisco Zúñiga Urbina mediante la Ley Fundamental de Bonn (1949), el Tribunal Constitucional Federal (en adelante, TCF) desarrolló el concepto de la proporcionalidad con estrecha vinculación a la naturaleza de los derechos fundamentales y al estado de derecho. Según dicho Tribunal "se trata de un principio general de rango constitucional, inserto en la cláusula del estado de derecho que preside la actuación de todos los poderes públicos". Entonces, este principio fue aplicado a diversas actuaciones del Ejecutivo, pero en el año 1954, se aplicó a una ley electoral extendiéndolo en cuanto a la finalidad de la acción y a la medida usada. En suma, este principio apunta a la interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas por parte del Estado, a través de los poderes públicos, pero fue a partir de la jurisprudencia emitida por el TFC que pasó a ser un principio constitucional de protección de los derechos fundamentales¹⁶.

Para los tesisistas Echegaray C. y Barreto J. (2017), citando a Carbonell Manuel (2008), la relevancia del principio de proporcionalidad se toma desde la concepción de que no existen derechos absolutos, pues cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado, pero sí es importante de qué manera y con qué requisitos se pueden

¹⁶ Recuperado de

https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003

limitar los derechos; con ese afán se busca una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelar de una mejor manera los derechos, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre sí, en la medida en que sea posible. De hecho, este principio constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente, al ser considerado como el límite de los límites a los derechos fundamentales; y en esa medida se torna en una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos (pp. 145, 146)¹⁷.

Asimismo, para Castillo-Córdova, Luis (2005), nuestro Tribunal Constitucional es recurrente del ordenamiento constitucional español, pues dirige regularmente su interés a la jurisprudencia de su homólogo español para afirmar o adoptar criterios jurisprudenciales; por lo que un primer fundamento del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico español lo constituye la interdicción de la arbitrariedad garantizada por la Constitución española en el artículo 9.3 CE¹⁸. En ese entendido, El Tribunal Constitucional

¹⁷ Recuperado de Recuperado de: <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/9304>

¹⁸ Artículo 9.3: La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos

español, ha manifestado que el principio de proporcionalidad “exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido, para evitar el sacrificio innecesario o excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985), cuyo contenido esencial es intangible”; por lo que este principio, inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad, se opone frontalmente a la arbitrariedad en el ejercicio de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución. También ha manifestado, amparados en el artículo 1.1¹⁹ de su Constitución, que “al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho” (pp. 4, 5).

4.7.1. Definición

Los tesisistas Echegaray C. y Barreto J. (2017), citando a Ignacio Villaverde, refieren que el principio de proporcionalidad es la técnica que va a permitir realizar el mandato de

individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

¹⁹ Artículo 1.1 CE, en el que se dispone que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

optimización que contiene todo derecho fundamental y el principio de efecto recíproco. En ese sentido, el principio de proporcionalidad se asegura de que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, de manera que el límite cumpla su función, esto es: negar protección constitucional a determinada conducta que se pretende encuadrada en el objeto de un derecho, sin que ese límite constituya un remedio de sanción por la creencia errónea de que se estaba ejerciendo un derecho fundamental, ni una forma de disponer de la existencia del derecho mismo. Por lo tanto, la finalidad última del principio de proporcionalidad es evitar que el Poder público (que tenga atribuida la competencia para aplicar los límites a un derecho fundamental) vulneren en su aplicación su contenido esencial (La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad, 2008), (p. 148).²⁰

Asimismo, Villaverde Ignacio (2008), nos menciona que en aquellos casos en los que sea posible emplear medios distintos para imponer un límite o éste admita distintas intensidades en el grado de su aplicación, es donde debe acudir al principio de proporcionalidad (p. 182).

²⁰ Recuperado de <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/9304>

En el ordenamiento jurídico peruano, y a diferencia de lo que ocurre en las Constituciones alemana y española, se ha previsto la existencia de este principio en un dispositivo constitucional, aunque referido a la vigencia de los derechos constitucionales dentro de un régimen de excepción. Precisamente se trata del último párrafo del artículo 200²¹ de nuestra Constitución, en el que se dispone que. Es este dispositivo constitucional uno de los invocados por el TC para hacer residir el fundamento del principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que “[e]l principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho”. Asimismo, como principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona. El Tribunal Constitucional, acertadamente reconoce la existencia del principio de proporcionalidad como un principio del entero ordenamiento jurídico peruano; por lo tanto, invocable en cualquiera de los ámbitos del derecho y aplicable no solo en caso se quiera determinar la proporcionalidad de la medida restrictiva de un derecho constitucional suspendido durante un régimen de excepción. Pero

²¹ Artículo 200. Garantías Constitucionales: (...) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos [en un régimen de excepción], el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...)

no es el único fundamento del principio de proporcionalidad encontrado por el Tribunal, sino que este –al igual que en el ordenamiento jurídico alemán y español– también hace fundar aquel principio en la cláusula del Estado de derecho y, complementariamente, en el valor justicia. Así, ha manifestado el TC que “en la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material”. Castillo-Córdova, Luis (2005).

4.7.2. Estructura

Para Ignacio Villaverde (2008), “la imposición de los límites que correspondan al derecho fundamental examinado en cada caso constituye un momento capital del método expuesto de delimitación de los derechos fundamentales”. Sin embargo, “en ocasiones no basta con fijar e imponer esos límites para hallar la regla jurídica concreta por la que se resolverá finalmente si determinada conducta es o no objeto del derecho fundamental” (p. 182).

En ese sentido, para que una medida sea calificada de proporcionada o razonable, se han considerado tres subprincipios relevantes que supera el juicio de proporcionalidad, y se aplicarán para comprobar si es restrictiva de derechos, o si colisiona con un derecho fundamental.

4.7.2.1. Subprincipio de idoneidad o adecuación

De acuerdo con el Tribunal Constitucional peruano, “*La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin*” (sentencia recaída en el expediente N.º 045-2004-PI/TC). De igual manera, ha precisado que *si la restricción del derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar* (sentencia recaída en el expediente N.º 579-2008-PC/TC)

Citando a Ignacio Villaverde (2008), el primer canon para determinar la proporcionalidad de una medida es que ésta sea susceptible de alcanzar el objetivo perseguido con ella, esto es, limitar el derecho fundamental como única forma para alcanzar un determinado propósito, que además debe ser lícito. Esa medida restrictiva sólo es válida si es también funcionalmente idónea, pues aquella medida restrictiva sirve para limitar el derecho por la razón que justifica la existencia del límite.

Este análisis debe vincular, de acuerdo a nuestro Tribunal, los medios, la finalidad y el objetivo, quien además ha precisado que el análisis de idoneidad supone: (...) *de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante*” (Sentencia recaída en el expediente N° 014-2006-PI/TC).

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N.º 2235-2004-AA/TC, (p. 6), precisó que el “principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo”.

4.7.2.2. Subprincipio de necesidad (o intervención mínima)

Ignacio Villaverde (2008), nos dice que este subprincipio consiste en que:

(...) La medida limitativa debe ser necesaria e imprescindible para alcanzar el fin perseguido con el límite, en el sentido, de que no debe existir otro medio

menos oneroso para lograrlo. La medida restrictiva no sólo debe ser idónea material y funcionalmente para limitar el derecho en razón de su fundamento; además, de entre las posibles maneras de imponer la medida restrictiva, sólo cabe elegir la forma o el medio que resulte menos gravosa para alcanzar aquella finalidad (P. 184).

El Tribunal Constitucional peruano, como máximo intérprete de la Constitución, (sentencia recaída en el expediente N.º 579-2008-PC/TC) también ha señalado que:

(...) Superado el primer análisis, corresponde analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad, esto es, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador, pues se trata de relación medio-medio, es decir, de una comparación entre medios. El medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin.

4.7.2.3. Subprincipio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto

Para la aplicación de este subprincipio, es necesario que previamente se hayan realizado los dos subprincipios anteriores y siempre que la medida haya los superado con éxito. Aquí entra a tallar la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Entonces, el tercer paso para realizar el test de proporcionalidad consiste en establecer el peso o importancia de los principios jurídicos en conflicto; por lo que dicha operación, para que sea más racional, es muy importante contrastar las intensidades o grados de afectación en el ámbito del derecho a la ejecución con los grados o niveles de satisfacción que se logra. En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha establecido que: *la valoración de las intensidades puede ser catalogada como: grave, medio o leve, escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil. Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los grados de realización del fin constitucional de la restricción* (sentencia recaída en el expediente N.º 579-2008-PC/TC, fundamentos 25, 30 y 31).

Asimismo, en el Expediente N.º 0030-2004-AI/TC, ha señalado que la metodología para realizar el análisis de proporcionalidad de la manera más óptima comprende tres criterios: *Primero: que la comparación entre medios y fines debe orientarse a determinar la intensidad de la limitación, para que, cuanto mayor sea la limitación, más importantes deban ser los intereses generales que la regulación proteja*; el segundo criterio es *que cuanto mayor sea la importancia o jerarquía de los intereses perseguidos por la regulación, mejor podrán justificar una limitación en los derechos fundamentales*; y, finalmente, el tercer criterio es *que cuanto más afecte una intervención a los derechos fundamentales, deban ser más cuidadosamente tenidas en cuenta las razones utilizadas para la justificación de la medida legislativa restrictiva*.

Para Castillo-Córdova (2005), *si la medida que afecta el derecho fundamental supera el juicio de idoneidad y el juicio de necesidad, no significa con ello que se esté delante de una medida proporcional*, pues esa medida debe aprobar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que exige que la medida cuestionada guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar (p. 14).

Citando a Becerra Suárez, la ponderación supone inexorablemente tres pasos: 1) constatar el grado de incumplimiento o perjuicio del principio que estaría siendo menoscabado, 2) comprobar la importancia de la realización del principio contrario y, 3) determinar si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro; de tal forma que no se incurra en un sacrificio innecesario. Por ello, *la ponderación no tiene como propósito relegar o excluir a un principio, sino que, ante razones de peso, reordena el escenario jurídico y, como tal, restablece el equilibrio jurídico aparentemente alterado.*²²

Para Vásquez, Daniel (2018), el objetivo del test es incrementar los niveles de racionalidad y previsibilidad de las decisiones en los casos difíciles, esto es, cuando hay dudas sobre las razones que sostienen la constitucionalidad de una norma (p. 55); y lo más importante es que el objetivo del test es proteger a los derechos humanos, pues debe servir para proteger y garantizar derecho, mas no para anularlos (p. 76).²³

²² Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>

²³ Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4254/15.pdf>

Capítulo V: Los derechos políticos y su importancia como derecho fundamental

5.1. Los derechos políticos

Los derechos civiles y políticos son considerados derechos de primera generación o derechos de la libertad. Desde el punto de vista del derecho constitucional, los derechos políticos han sido conceptualizados como el conjunto de condiciones que posibilitan al ciudadano participar en la vida política. Estos derechos constituyen una relación entre el ciudadano y el Estado, diálogo entre gobernantes y gobernados. Representan los instrumentos o el poder político que posee el ciudadano para participar configurar y decidir en la vida política del Estado²⁴.

A decir de Dalla Vía (2012) los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental, que, en conjunto con otros derechos como la libertad de expresión, libertad de reunión y libertad de asociación, hacen posible el “juego democrático”, llamado también “derecho humano a la democracia” (p. 5).

Sin embargo, su origen histórico se remonta a la época de la revolución francesa, donde se dijo que los siervos pasarían a ser ciudadanos, pero sólo una parte de estos lo fueron, pues

²⁴ Recuperado de:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/2B5DC66BA726DBFF0525762B00801AB6/\\$FILE/derechospoliticosderechoshumanos.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/2B5DC66BA726DBFF0525762B00801AB6/$FILE/derechospoliticosderechoshumanos.pdf)

únicamente la clase privilegiada obtuvo los ansiados derechos políticos (Rosillo Martínez & Luevano Bustamante, 2014)²⁵.

Continuando con el origen de los derechos políticos, Ojesto Martínez (2016), en su artículo denominado “Derechos políticos, equidad e igualdad en la contienda electoral” menciona que los derechos políticos son fruto de diversas revoluciones, tanto del pensamiento como de movimientos sociales, y las divide en dos etapas dentro del cual, en la “Primera revolución” surgen las ideas del moderno Estado liberal democrático de derecho, la división de poderes, el reconocimiento de la soberanía popular, la existencia de derechos subjetivos públicos del hombre y del ciudadano, la consagración de la ley como única fuente de derecho y el principio de legalidad ampliamente conocido. Es decir, durante este periodo la tolerancia se constituye como principio base del Estado, ya que esta como valor produce el respeto a la libertad individual (Ojesto Martínez, 2016, pág. 6) y el reconocimiento de la singularidad ajena, a partir de lo cual surgió el liberalismo como filosofía política, el pluralismo como valor esencial de la democracia y la primera generación de derechos políticos como son la libertad de expresión y de reunión, libertades políticas primarias que abarcan la libertad de pensamiento, la libre divulgación del mismo, y el derecho a reunirse con fines políticos de

²⁵ Recuperado de: <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/9304>

participación. Durante la etapa de la segunda revolución, los derechos políticos pasan a ser consagrados en las constituciones de los Estados y se inicia la elaboración y búsqueda de sistemas jurídicos que impidieran a los órganos legislativos alterar el marco de respeto a los constituciones de los Estados y se inicia la elaboración y búsqueda de sistemas jurídicos que impidieran a los órganos legislativos alterar el marco de respeto a los derechos fundamentales, trabajo que dio origen al surgimiento de tribunales constitucionales, la elaboración de tratados internacionales y la creación de tribunales supranacionales. Asimismo, se introdujeron a los ordenamientos jurídicos, como una segunda generación de derechos políticos, los derechos base del moderno Estado Constitucional de Derecho, como son el voto universal, libre, secreto y directo, el principio de no discriminación, la libertad de asociación y afiliación a partidos políticos, la igualdad de género, transparencia y rendición de cuentas, el referéndum, plebiscito, y revocación de mandato, entre otros²⁶.

En el caso de la Constitución Política del Perú, estos derechos están comprendidos en el Título I “De la persona y de la sociedad”, Capítulo I denominado “Derechos fundamentales de la persona”, específicamente en el artículo 2.17, especificando que tenemos el derecho de elección, entre otros, y el derecho a participar, en la vida política, económica, social y

²⁶ Recuperado de: <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/9304>

cultural de la Nación, en forma individual o asociada. Asimismo, en el Capítulo III “De los derechos políticos y de los deberes”, el artículo 30 prescribe en lo que respecta a la “ciudadanía”, que son ciudadanos los peruanos mayores de 18 años, y para ejercer la ciudadanía se requiere la inscripción electoral (y gozar de capacidad civil); es decir, esta es adquirida con la mayoría de edad y se puede ejercer siempre que se esté inscrito en el padrón electoral elaborado por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), el cual a su vez es remitido a la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE). Asimismo, el artículo 31 hace referencia a los “Derechos y deberes políticos de los ciudadanos”, precisando en lo relevante para el tema de investigación que: “(...) Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes...”. Finalmente, en lo que corresponde a la “Suspensión del ejercicio de la ciudadanía”, el artículo 33 señala que el ejercicio de la ciudadanía se suspende por resolución judicial de interdicción, por tener sentencia con pena privativa de la libertad, así como sentencia que inhabilite los derechos políticos.

En ese sentido, Sonia Picado (2017) nos dice que los derechos políticos son *“aquel grupo de atributos de la persona que hacen efectiva su participación como ciudadano de un determinado Estado”*, es decir, facultades que permiten a su titular el ejercicio de la participación política, entendida esta como *“toda actividad de los miembros de una*

comunidad, derivada de su derecho a decidir sobre el sistema de gobierno, elegir representantes políticos, ser elegidos y ejercer cargos de representación, participar en la definición y elaboración de normas y políticas públicas y controlar el ejercicio de las funciones públicas encomendadas a sus representantes” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1995).²⁷

5.1.1. Principios interpretativos de los derechos políticos

Dalla Vía (2011), nos dice que respecto a la aplicación e interpretación de los derechos políticos, confluyen los principios derivados del derecho internacional público, pues la Convención Americana de Derechos Humanos es un Tratado Internacional (del cual el Perú es Parte). Asimismo, respecto de los principios derivados del Derecho Constitucional, la Convención recepta y contempla derechos reconocidos en textos constitucionales de los países de la región y contempla e integra su alcance. Entendiendo que no hay

²⁷ Recuperado de: <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/9304>

derechos políticos sin democracia y no hay democracia sin los primeros, el principio democrático es fundamental para dimensionar e interpretar su alcance (p. 21). El mismo autor ha desarrollado los siguientes principios:

a) Principio democrático

Enervado a principio por la Carta Democrática Interamericana, en cuyo artículo 1 se declara el derecho a la democracia de los pueblos americanos, así como la obligación de los gobiernos de promoverla y defenderla, siendo elementos esenciales de la democracia representativa el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, el régimen plural de organizaciones políticas, y la separación e independencia de los poderes públicos (artículo 3)²⁸, (p. 38).

Sin embargo, el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece pautas de interpretación de la Convención, pues a través de su inciso c

²⁸ Recuperado de: <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/9304>

prohíbe la interpretación tendente a excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que estos se derivan de la forma democrática representativa de gobierno. De igual modo, el artículo 30 de la misma hace referencia a las restricciones que la propia Convención autoriza respecto a los derechos y libertades consagrados, ya que indica que las estas “no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”, (la negrita es nuestra), (p. 24).

Dalla Vía (2011), citando el Informe N° 1/90, CIDH 1990a, precisa que *el concepto de democracia representativa se asienta sobre el principio de que es el pueblo el titular de la soberanía política y que, en ejercicio de esta soberanía, elige a sus representantes ...* (p. 26).

En el caso del Perú, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 0030-2005-PI/TC (considerando 22), ha precisado que el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no solo 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 (...) 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 2º, inciso 17, de la Constitución (...). **Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos (dentro de ellos el contemplado en los artículos 2, inciso 17; y 30 a 35, entre los cuales destaca, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes)**, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, por así decirlo, “herida de muerte” (resaltado agregado).

Haciendo un punto aparte, respecto al expediente N° 0030-2005-PI/TC, si bien aquí se demandó la inconstitucionalidad de la Ley N° 28617, norma que establece la barrera electoral, los fundamentos son importantes para esta investigación, ya que, según el Tribunal Constitucional, en el considerando 65 estableció que resulta evidente que el artículo 1 de dicha ley impugnada, al establecer la barrera electoral, no resulta contrario al derecho fundamental de todo ciudadano a elegir a sus

representantes, pues no impide el ejercicio personal del voto; tampoco genera discriminación de ningún tipo, y no impide acudir libremente a las urnas.

Entonces, no discrepamos de los fundamentos del máximo intérprete de la Constitución; sin embargo, los casos presentados son totalmente diferentes, ya que en el caso demandado los ciudadanos sí podían ejercer su derecho al voto y elegir a sus representantes a través del voto personal, igual, libre y secreto; y los congresistas, a su vez, podían sumar todos los votos adquiridos en las elecciones correspondientes, con la única salvedad de que tenían que cumplir con el porcentaje de votos suficientes establecido en la cuestionada ley; pues resultaría ilógico que por el hecho de haber obtenido cierta cantidad de votos, crean que les correspondería una curul. No olvidemos que son los ciudadanos los que deciden por quién votar, y lo lógico y legal es que obtengan una curul aquellos que hayan obtenido más votos o votos suficientes para ser nuestros representantes. No obstante, el artículo 42 de la LOP, sí restringe el derecho de algunos candidatos de ser elegidos, pues en caso el candidato entregue dádivas por un monto mayor al permitido por la norma, sería pasible de dos sanciones: de exclusión y de multa, siendo la exclusión la sanción más grave y desproporcional que existe, ya que no se le permitiría ejercer en parte de la campaña electoral su derecho de ser elegido;

del mismo modo ocurre para los ciudadanos al reducirles las opciones o el número de candidatos por quién votar.

En conclusión, con esta última reflexión del Tribunal Constitucional peruano, la democracia representativa retoma su verdadero valor constitucional, pues debe ser favorecida con todos los mecanismos existentes y tendentes a la realización de los derechos de los ciudadanos a ser elegidos; además en el considerando 23 de la misma sentencia, precisó que **la democracia representativa es el rasgo prevalente en nuestra Constitución** (el resaltado es nuestro).

b) Principio de igualdad y no discriminación

Contemplado en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante el cual los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Asimismo, el artículo 24 establece la igualdad de todas las personas ante la ley. Al respecto, la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia recaída en el caso Yatama contra Nicaragua, precisó que:

El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrados en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.

Lo que el autor y la Convención nos quieren decir es que, si bien es cierto, los Estados pueden introducir o realizar cambios a la norma, también lo es, que estas modificatorias no pueden ser discriminatorias y deben erradicarse de nuestro sistema, pues se busca proteger a los menos favorecidos, tanto más si no se ponderan de manera adecuada los derechos fundamentales que se consideren vulnerados.

c) Principio de efectividad de los derechos políticos

Contemplado en los artículos 1 y 2 de la Convención, establece obligaciones negativas o de abstención, así como positivas con el fin de garantizar el goce y ejercicio de los derechos, y de adoptar medidas necesarias para su efectividad.

En ese entendido, en el caso *Castañeda Gutman vs. México*, la Corte Interamericana ha resaltado que los derechos políticos también están previstos como oportunidades en el artículo 23 de la Convención, y de ello ha derivado la obligación de los estados de garantizarlos con medidas positivas “[...] que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”. La importancia medular de la vigencia de los derechos políticos hace que, conforme lo determina el artículo 27 de la Convención, estos no sean susceptibles de suspensión en ningún momento. La Corte señaló que al ponderar la importancia que tienen estos derechos “[...] la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de estos” (párrafo 140), (p. 34-35).

5.2. El derecho fundamental a la participación política, a la luz del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y derechos conexos

Para Dalla Vía (2011), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, refleja en su preámbulo la voluntad de los Estados Americanos de reconocer normativamente los derechos humanos y entre ellos los derechos políticos, como un medio para consolidar un régimen de libertad personal y justicia social, en el marco de las instituciones democráticas (p. 23).

En el sistema de protección internacional de los derechos humanos, la participación política es el derecho político por excelencia, pues reconoce y protege el derecho y el deber de los ciudadanos de participar en la vida política de su país. Dalla Vía (2012, p. 5).

En el caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* (sentencia de fecha 06 de agosto de 2008), la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó, en reiteradas ocasiones, que todo Estado Parte de la Convención ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en esta sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, conforme a su artículo 2. También ha afirmado que los Estados *deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho*

fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental (párrafo 132).

El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b bajo estudio, se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual, así como por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Esto quiere decir que la Convención Americana no establece modalidad específica o algún sistema electoral particular a través del cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos (...), más allá de las características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular). *La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa* (resaltado agregado), (Caso Castañeda Gutman vs. México, párrafo 153).

En ese sentido, a fin de ampliar el desarrollo de dicho artículo, refirió lo siguiente:

(...) El artículo 23 de la Convención Americana se refiere a los derechos

de los ciudadanos y reconoce derechos que se ejercen por cada individuo en particular. El párrafo 1 reconoce a todos los ciudadanos los derechos: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país (Caso Castañeda Gutman vs. México, párrafo 154).

De igual modo, señaló que el artículo 23 contiene diversas normas referidas a los derechos de la persona como ciudadano, es decir, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos de su país, como elector a través del voto (...). *Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”.* Ello implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona, titular de derechos políticos, tenga la oportunidad real para ejercerlos. Por lo tanto, *es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos*

puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación (Caso Castañeda Gutman vs. México, párrafo 145).

Así también, el artículo 23 de la Convención Americana, párrafo 2, establece que *la ley puede reglamentar tanto el ejercicio como las oportunidades a tales derechos, exclusivamente en razón de “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”* (Caso Castañeda Gutman vs. México, párrafo 155).

Asimismo, en ese mismo párrafo, precisó que las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales; sin embargo, siempre que no sean **desproporcionados o irrazonables**, se trata de límites que los Estados de manera legítima pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos, pues se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos (el resaltado es nuestro).

Dalla Vía (2011), citando el Informe N° 137-99 precisa lo siguiente: [...] La propia Convención reconoce las limitaciones que el Estado puede establecer razonablemente al

ejercicio de los derechos políticos, mediante la reglamentación exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal. Se trata, en consecuencia, de limitaciones *numerus clausus*, por lo que toda otra causa que limite el ejercicio de los derechos de participación política igualitaria que consagra la Convención resultaría contraria y por lo tanto violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento (pp. 35, 36).

Además, dentro del mismo caso, precisó que el artículo 23 impone al Estado una obligación positiva que se manifiesta con una obligación de hacer, así como de realizar ciertas acciones o conductas y adoptar medidas derivadas de la obligación que tienen para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos que se encuentren dentro de su jurisdicción (párrafo 156).

A diferencia de otros derechos que establecen las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho, el artículo 23 de la Convención no precisa explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas ley para regular los derechos políticos, pues dicho artículo solo establece ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) a través de los cuales estos derechos pueden

ser regulados en relación con sus titulares, pero no establece de manera explícita las finalidades ni las restricciones específicas para imponer necesariamente al diseñar un sistema electoral (requisitos de residencia, distritos electorales y otros). *Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir, se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención, mencionadas anteriormente* (Caso Castañeda Gutman vs. México, párrafo 181).

Asimismo, en el caso López Mendoza contra Venezuela (2011), la Corte Interamericana determinó que el artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1, y concluyó que una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una condena, por juez competente, en proceso penal. Condicionando de esta manera, la posibilidad de limitar el ejercicio de los derechos políticos pasivos a la determinación judicial de una sanción en un proceso penal.

Entonces, el artículo 23 de la Convención Americana deber ser interpretado de manera conjunta y armónica, ya que no es posible dejar de lado un párrafo del otro e

interpretarlos de manera aislada. Tampoco es posible ignorar a los demás preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran (Caso Castañeda Gutman vs. México, párrafo 149).

Así también, Dallla Vía (2011) ha señalado que en igual sentido, “salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos”; además, “Los derechos políticos no son absolutos, por lo que pueden estar sujetos a limitaciones, **siempre que dicha reglamentación observe “los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática** (resaltado agregado), (Caso Castañeda Gutman vs. México, párrafo 174).

En ese mismo sentido, Dalla Vía (2011) nos dice que, como salvaguarda del sistema, el artículo 29 de la CADH prohíbe lo que en el Sistema Europeo se titula abuso de derecho. La Corte aborda los presupuestos o estándares con los cuales los derechos políticos pueden ser objeto de restricciones. Señaló la Corte en el caso *Castañeda Gutman* que para que una restricción sea legítima [...] debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria

para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, **debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue** (el resaltado es nuestro), (p.39).

Capítulo VI: Análisis de casos

6.1. Análisis de la sentencia del caso César Acuña Peralta

Resolución N.º 196-2016-JNE

Fecha: 08 de marzo de 2016

Expediente N.º J-2016-00265

Lima – Lima – Lima

JEE Lima Centro 1 (expediente N.º 00043-2015-032)

Elecciones Generales 2016

Recurso de apelación

6.1.1. Materia jurídica en debate

En el presente caso, corresponde determinar si el ciudadano César Acuña Peralta, candidato a la presidencia de la República por la organización política Alianza para el Progreso del Perú, ha transgredido la prohibición contenida en el artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas, pues se le atribuye haber vulnerado la forma de hacer propaganda política.

6.1.2. Asunto:

Durante el proceso de Elecciones Generales 2016, el ciudadano César Acuña Peralta, candidato a la presidencia de la República por la organización política Alianza para el Progreso, fue denunciado por ofrecer y entregar a un ciudadano en la ciudad de Piura la suma de S/. 5,000, el 08 de febrero de 2016; y a los comerciantes del mercado Señor de los Milagros, de Lima, la cantidad de S/. 10,000, el 11 de febrero de 2016. Por tales hechos se le imputó la infracción establecida en el recientemente incorporado artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas.

6.1.3. Decisión

Sobre la base de los fundamentos expuestos, mediante la Resolución N.º 196-2016-JNE, el Jurado Nacional de Elecciones declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la alianza electoral Alianza para el Progreso del Perú; en consecuencia, confirmó la Resolución N.º 024-2016-JEE-LC1/JNE que declaró la exclusión del señor César Acuña Peralta como candidato a la presidencia de la República, en el marco de las Elecciones Generales 2016.

6.1.4. Apreciación crítica

De lo prescrito por el artículo 42 de la LOP, y de los fundamentos del Pleno del JNE, se desprende que la norma contempla dos prohibiciones: La primera está referida a la **entrega u ofrecimiento de dádivas** que no constituyan propaganda electoral, pues de lo contrario, teniendo en cuenta que el monto permitido no debió sobrepasar el 0.5% de la IUT (S/ 19.50), toda entrega u ofrecimiento mayor a ese precio, constituye dádiva, no propaganda electoral. Y la segunda prohibición hace referencia también a la **entrega u ofrecimiento**, pero en este caso **de propaganda electoral**.

Ahora bien, descritas las prohibiciones, una primera conclusión es que el ciudadano César Acuña Peralta, al haber ofrecido y entregado dinero a través de terceros, sí habría incurrido en la infracción del mencionado artículo 42, puesto que los hechos denunciados fueron cometidos cuando la ley ya había entrado en vigencia.

Sin embargo, si dicha norma contempla una sanción que es desproporcionada, entonces su aplicación resulta lesiva, porque vulnera el derecho fundamental de participación política, toda vez que modificó las condiciones o reglas electorales previamente establecidas.

A mayor abundamiento, el miembro del Pleno del JNE Carlos Cornejo Guerrero (2016), precisó lo siguiente:

(...) ello no quiere decir que la ley no tenga imperfecciones importantes como la falta de plazo para presentar solicitudes de exclusión, falta de un término límite para excluir a los candidatos, o la **inexistencia de gradualidad de las sanciones**, los que son elementos esenciales de una ley y como tales debieron ser incorporados en el referido artículo. Sin embargo, el competente para ello no es el Jurado Nacional de Elecciones, sino el Congreso de la República (Pp. 123-124).

Conforme a lo manifestado, a criterio del magistrado Cornejo Guerrero, la ley tiene imperfecciones (y aún las mantiene) como la inexistencia de la gradualidad de las sanciones. Siendo así, cómo dicho magistrado pudo votar a favor de la exclusión cuando él mismo considera que a la norma en cuestión le faltan varios elementos esenciales que toda ley debe tener. A este respecto, llama la atención que el Pleno del JNE, con el argumento de que no era su competencia y que era responsabilidad del Congreso, haya

cambiado el criterio que tuvo un año atrás, cuando ante una situación similar²⁹, consideró que no era aplicable al proceso electoral en curso una norma aprobada en pleno proceso.

De ello, podemos concluir que el Pleno del JNE ha tenido serias dudas sobre la aplicación del artículo 42, más aún cuando conocían de las deficiencias de la norma, tanto así que fue su propio presidente, quien le efectuó la consulta al Congreso de la República respecto de si se aplicaba o no este artículo al proceso electoral en marcha. Adicionalmente y en una fecha posterior, le solicitó que subsanara estas deficiencias (así lo dice el fundamento adicional de voto y reflexión del magistrado Francisco A. Távara Córdova, presidente del JNE, en la Resolución N.º 0310-2016-JNE).

Al respecto, se debe reiterar lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido que los Estados tienen la obligación de garantizar el pleno ejercicio de los derechos políticos, pues “no se cumple con la sola expedición de la normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado

²⁹ Expediente N.º J-2015-00090 de fecha 17 de abril de 2015. En el presente caso, la cuestión a resolver es si el ciudadano Leoncio Ruiz Vera, alcalde de la Municipalidad Distrital de Paccha, puede postularse a dicho cargo en las EMC2015, pese a la reciente reforma de los artículos 191, 194 y 203 de la Constitución Política del Perú que, entre otros, prohíbe la reelección inmediata de los alcaldes. Sin embargo, mediante la Resolución N.º 0099-2015-JNE el pleno del JNE resolvió, en el argumento 13, que se asume como regla general que convocado un proceso electoral no es posible la modificación de las normas que lo han de regir. Dicha decisión permitió que el señor Ruiz Vera sí participe como candidato en dichas elecciones municipales. Y el caso del señor César Acuña Peralta fue similar, ya que también se modificó la LOP de manera posterior a la convocatoria de las elecciones, pero aquí los mismos integrantes del Pleno del JNE decidieron actuar de manera diferente, es decir, aplicar la norma modificada a una elección convocada con anterioridad.

adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio” (caso “Yatama vs. Nicaragua”, 23/6/05, párrafo 201). Así también, que no se puede limitar, de ninguna manera, el alcance pleno de los derechos políticos, más aún si su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de esta, se conviertan en un impedimento para que cualquier persona pueda participar plenamente en la conducción de su país; o que esta se torne ilusoria, privando a tales derechos de su contenido esencial (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 20, párrafo 204)³⁰.

6.2. Análisis de la sentencia del caso Vladimiro Huároc Portocarrero
Resolución N.º 0303-2016-JNE

Fecha: 30 de marzo de 2016

Expediente N.º J-2016-00381

Lima

JEE Lima Centro 1 (expediente N.º 00049-2016-032)

Elecciones Generales 2016

Recurso de apelació

³⁰ Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo20.pdf>

6.2.1. Materia jurídica en debate

En el presente caso, corresponde determinar si la exclusión del candidato Vladimiro Huároc Portocarrero, llevada a cabo ante el JEE, respetó el derecho a la defensa y a la adecuada motivación de la resolución, para determinar si transgredió la prohibición contenida en el artículo 42 de la LOP.

6.2.2. Asunto:

Durante las Elecciones Generales 2016, el ciudadano Vladimiro Huároc Portocarrero, entonces candidato al Congreso de la República por el distrito electoral de Junín, así como a segundo Vicepresidente de la República por la organización política Fuerza Popular, fue excluido del proceso electoral por el Jurado Electoral Especial de Huancayo y por el JEE de Lima Centro 1, en primera instancia, respectivamente, y por el Jurado Nacional de Elecciones, en segunda instancia, luego de haberse resuelto las apelaciones respectivas, como consecuencia de haber ofrecido y entregado víveres de forma directa a los pobladores de la localidad de Satipo, damnificados por un desastre natural, durante el mes de febrero de 2016.

6.2.3. Decisión

Mediante la Resolución N.º 303-2016-JNE, y sobre la base de los fundamentos expuestos, el Pleno del JNE declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la organización política Fuerza Popular; en consecuencia, confirmó la Resolución N.º 012-2016-JEE-LC1/JNE que declaró fundada la solicitud de exclusión de Vladimiro Huároc Portocarrero como candidato a la segunda Vicepresidencia de la República, en el marco de las Elecciones Generales 2016.

6.2.4. Apreciación crítica de la investigación

En este caso también para el Jurado Nacional de Elecciones la vulneración a la norma fue clara y fehaciente con las pruebas presentadas, pues el candidato Vladimiro Huároc ofreció y entregó bienes de consumo a pobladores de una determinada localidad, con lo cual se habría configurado la prohibición estipulada en el artículo 42 de la LOP. Además, precisó que si bien el señor Huároc ostentaba dos candidaturas, a la segunda Vicepresidencia y al Congreso de la República, al haberlo excluido la sanción recae sobre la persona, mas no en el cargo, por lo cual no habría doble sanción. Sin embargo, como en el caso anterior, al señor Vladimiro Huároc también se le sancionó al amparo de una

norma desproporcionada, mal redactada, que además, como ya se ha mencionado, por el hecho de entregar u ofrecer dádivas no significa que se va a ganar el cargo al cual se está postulando, por lo que a todas luces resulta ser lesiva para el derecho de participación política reconocido en nuestra Constitución, pues son los ciudadanos los que finalmente deciden por quién votar, al margen de los ofrecimientos o dádivas que hayan recibido, debido a que pese a ser una práctica antidemocrática, no define el resultado final de una elección.

6.3. Análisis de la sentencia del caso Keiko Fujimori Higuchi
Resolución N.º 0310-2016-JNE

Fecha: 31 de marzo de 2016

Expediente N.º J-2016-00380

Lima-Lima-Lima

JEE Lima Centro 1 (expediente N.º 00049-2016-032)

Elecciones Generales 2016

Recurso de apelación

6.3.1. Materia jurídica en debate:

En este caso, corresponde determinar si la candidata Keiko Sofía Fujimori Higuchi ha incurrido en la vulneración del artículo 42 de la LOP.

6.3.2. Asunto:

Para la exclusión de la señora Keiko Fujimori Higuchi, candidata a la presidencia de la república, se presentaron cinco solicitudes de exclusión por parte de ciudadanos, quienes aseguraban que dicha candidata había vulnerado el artículo 42° de la Ley de Organizaciones Políticas, pues la candidata presidencial habría participado indirectamente en la entrega de dádivas como parte de un evento proselitista, configurándose de esta manera la infracción al artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas.

6.3.3. Decisión

A través de la Resolución N.º 0310-2016-JNE, emitida por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, se declaró infundados los recursos de apelación presentados, pues contó

con el voto de 3 contra 2 magistrados quienes votaron a favor de que la señora Keiko Fujimori continúe como candidata presidencial a la República.

6.3.4. Apreciación crítica de la investigación

Este caso en particular fue el que más polémica generó, pues para muchos la candidata Keiko Fujimori sí había incurrido en la infracción del artículo 42, dado que era evidente la finalidad que buscaba obtener, cual es la de captar más votos para poder ser elegida como presidenta de la República; sin embargo, para otros sucedía lo contrario.

Cabe precisar que, si bien es cierto, la candidata tuvo una participación muy activa en dicho evento, pues no solo entregó premios, sino que dirigió o presidió todo el desarrollo de este, también lo es, que durante la entrega de premios, según se desprende de los informes mencionados, este consistía en dinero efectivo, el cual fue entregado en sobres cerrados. Lamentablemente, para la mayoría de magistrados del Pleno del JNE el dinero debió haberse visualizado, por así decirlo; sin embargo, no se logra comprender qué otra cosa más se pudo haber entregado en dichos sobres.

Insistimos, los únicos que deberían elegir a sus propias autoridades son los ciudadanos, pues no se les debe limitar la elección del candidato a quien finalmente le darán su voto, debido a que no está probado de ninguna manera que por ofrecer o entregar alguna dádiva se vaya a votar de manera obligatoria por esa persona o candidato.

En ese entendido, los candidatos excluidos durante las Elecciones Generales del 2016 por “haber ofrecido o entregado dádivas”, fueron sancionados por una figura que no determina un resultado final, pues no existe estudio o prueba alguna que demuestre de manera indubitable que una persona (candidato) vaya a ganar la elección por el solo hecho de entregar u ofrecer dádivas, ya que en nuestro país -y así lo dice la historia- en todo momento ha prevalecido la democracia, dado que no se conoce que algún gobierno haya llegado al poder gracias a las dádivas.

6.4. Análisis de la sentencia del caso Pedro Pablo Kuczynski Godard
Resolución N.º 0360-2016-JNE

Fecha: 08 de abril de 2016

Expediente N.º J-2016-00458

Lima

JEE Lima Centro 1 (expediente N.º 00047-2016-033)

Elecciones Generales 2016

Recurso de apelación

6.4.1. Materia jurídica en debate

En el presente caso, se debe determinar si el ciudadano Pedro Pablo Kuczynski Godard, candidato a la Presidencia de la República, del partido político Peruanos Por el Cambio, ha transgredido la prohibición contenida en el artículo 42 de la LOP.

6.4.2. Asunto:

El señor Pedro Pablo Kuczynski Godard, candidato a la presidencia de la república por el partido político “Peruanos Por el Cambio” durante las Elecciones Generales 2016 (hoy expresidente de nuestra república), también fue procesado bajo el amparo del artículo 42. Se le atribuyó haber regalado quince (15) cajas de cerveza, botellas con licor de caña y bolsas de hoja de coca a los pobladores del distrito de Sapallanga, durante la celebración de una actividad comunal denominada Akshu Tatay, barrio Mariscal Castilla (Pampa San Isidro de Sapallanga), al cierre de un discurso de carácter proselitista realizado el 30 de enero de 2016.

6.4.3. Decisión:

Mediante la Resolución N.º 0360-2016-JNE, los miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, luego de haber analizado los hechos ocurridos en el presente caso, además de haber revisado los informes sobre los videos propalados en varios medios de comunicación, concluyeron que “no está debidamente acreditado que el 30 de enero de 2016 el candidato Pedro Pablo Kuczynski Godard efectuó la entrega, promesa u ofrecimiento de reglaos, dádivas u obsequios de naturaleza económica, por lo que declararon infundado el recurso presentado.

6.4.4. Apreciación crítica de la investigación

En este caso, quedó demostrado que el candidato no intervino de manera directa en la entrega de las dádivas, pues no se puede inferir que con su silencio haya quedado asentida su voluntad. Además, también quedó demostrado que el candidato presidencial no efectuó ninguna entrega ni mucho menos algún ofrecimiento; al contrario, fue el candidato congresal quien hizo el ofrecimiento. Adicionalmente, como en el caso de la señora Keiko Fujimori, el Pleno del Jurado determinó que “los medios probatorios deberían acreditar, de manera fehaciente e indubitable, quién o quiénes fueron los que dieron la orden, efectuaron el encargo o ejercieron algún tipo de influencia directa en la

persona que finalmente realizó la entrega”; sin embargo, esta es la interpretación que se le ha dado a la norma, ya que esta explícitamente no lo determina así, debido a que es poco clara, más aún cuando carece de un reglamento.

Capítulo VII: Desarrollo de la tesis

7.1. En cuanto al problema general:

¿La aplicación inmediata del artículo 42 de la Ley N.º 28094, Ley de Organizaciones Políticas (LOP), por parte del Jurado Nacional de Elecciones, vulneró el derecho fundamental de algunos candidatos a ser elegidos?

El sufragio pasivo, al ser un derecho político de primera generación, goza de protección tanto dentro de los ordenamientos internos de cada país, como de los sistemas internacionales de derechos humanos, y en el caso específico de nuestro país, su consagración y reglamentación se encuentra tanto en la Constitución Política de 1993, así como en leyes y reglamentos en materia electoral. Además, el Perú es un Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 27 de julio de 1977, y sus ciudadanos pueden recurrir a la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siempre que se haya vulnerado su derecho al sufragio pasivo recogido en el artículo 23 de la Convención.

Dalla Vía refiere que “en el sistema de protección internacional de derechos humanos, la participación política es el derecho político por excelencia ya que reconoce y protege el derecho y el deber de los ciudadanos de participar en la vida política de su país” (2012).

Sin embargo, para Echegaray C. y Barreto J. (2017), cuando se trata de restricciones de los derechos políticos, se tiene que entender que estas se tratan de limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico positivo (Tortora Aravena, 2010), mediante leyes en sentido formal y material (Opinión Consultiva OC-6/86 CorteIDH), a través de las cuales se niega el alcance absoluto de los derechos fundamentales, y deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad social de garantizar el pleno ejercicio de los derechos garantizados por la Convención, esto es, deben tener finalidades

legítimas que se desprendan de las obligaciones estipuladas en el artículo 23.1 de la Convención (párrafo 181, Caso Castañeda Gutman vs México), (p. 174)³².

Sobre el particular, es pertinente considerar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH, Caso “Yatama vs. Nicaragua”, 23/6/05, párrafo 206), respecto de que la reglamentación de los derechos debe observar -entre otros- el principio de legalidad, que exige que “el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones³³”; es decir, que las reglas deben ser establecidas antes del proceso electoral pertinente, y no cuando este ya se inició.

Como es de verse, si bien las Elecciones Generales del 2016 fueron convocadas mediante el Decreto Supremo N° 082-2015-PCM y las modificatorias se introdujeron cuando se habían iniciado las elecciones y los candidatos ya estaban inscritos; sin embargo, la Convención Americana de Derechos Humanos también ha señalado *que* (estas restricciones) *no sean más*

³² Recuperado de Recuperado de: <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/9304>

³³ http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=268&lang=en

limitantes que lo estrictamente necesario (párrafo 58, Informe N° 38/96- Caso Sra. X contra Argentina), situación que no se ha dado en el presente caso, debido a que se aplicó una norma con sanción desproporcional en comparación con la finalidad buscada, vulnerando de este modo el derecho fundamental de ser elegido.

En ese sentido, se sostiene que el Jurado Nacional de Elecciones sí vulneró el derecho fundamental de ciertos candidatos a ser elegidos, por cuanto aplicó una norma defectuosa en cuanto a su contenido, que no tenía reglamento, era poco clara y que, incluso, era muy cuestionada por el propio organismo electoral; más aún cuando no realizó el test de proporcionalidad en su aplicación.

Es más, para la Misión de Observancia Electoral de la Unión Europea (MOE UE), “La percepción general entre los principales actores del proceso fue que los cambios se habían aprobado apuradamente sin sopesar el impacto jurídico de su aplicación, y levantó especulaciones sobre si esos cambios habían sido hechos a medida para beneficiar a algún partido político en particular o a un grupo de partidos” (Informe Final, p. 17)³⁵.

³⁵ file:///C:/Users/user/Downloads/MOEUE_Peru_Informe_Final_150716_VG_ESP_pdf.pdf

7.2.Sobre los problemas específicos:

- ¿Se debió aplicar el artículo 42 de la Ley N.º 28094?

Se sostiene que el artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas no debió ser aplicado, ya que, al no ser una norma clara, generó confusión e incertidumbre jurídica; más aún porque la sanción de exclusión considerada por dicha norma vulneró el derecho fundamental a la participación política consagrado en el artículo 31 de la Constitución Política del Perú. En ese sentido, es de notar que la posterior modificatoria del referido artículo persiste en la exclusión del candidato, continuando con el mismo defecto señalado: la vulneración del derecho fundamental de ser elegido.

Por tanto, tal como ha sostenido la Misión de Observación Electoral de la OEA (MOE OEA) en su Informe Preliminar:

La obligación que tienen todos los Estados de garantizar el pleno goce de los derechos políticos “no se cumple con la sola expedición de la normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio” (CorteIDH, Caso “Yatama vs. Nicaragua”, 23/6/05, párrafo 201). Además, no se puede limitar, de ninguna manera, el alcance pleno de los derechos políticos, más aún si su

reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de esta, se conviertan en un impedimento para que cualquier persona pueda participar plenamente en la conducción de su país; o que esta se torne ilusoria, privando a tales derechos de su contenido esencial (p. 3)³⁶.

Más aún, en el párrafo 201 del mismo caso ha precisado que *los Estados deben valorar de acuerdo con su desarrollo histórico y político las medidas que permitan fortalecer los derechos políticos y la democracia*. Es decir, en todo momento habla de que los Estados están obligados a garantizar el goce pleno de los derechos políticos y a fortalecerlos; sin embargo, esto no se ha realizado en nuestro país, pues han prevalecido intereses políticos sobre los intereses y derechos de los ciudadanos.

- ¿La sanción de exclusión que prescribe el artículo 42 de la Ley N.º 28094, debió ser aplicada a los candidatos que participaron en el proceso electoral del 2016?

³⁶ http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-preliminar-Peru_FINAL.pdf

Conforme a lo expuesto, se sostiene que tampoco se debió aplicar la sanción de exclusión contemplada por dicha norma, ya que los candidatos se inscribieron bajo los parámetros de otra norma. Por tanto, si la nueva norma consideró nuevas conductas que los candidatos no debían realizar, bajo sanción tan onerosa, la norma debió entrar en vigencia para los posteriores procesos electorales.

Como sostuvo la MOE OEA (Informe Preliminar, p. 4), se observó un uso político por los contendientes y simpatizantes de un mecanismo de denuncias que **debiera ser excepcional**, como una privación del derecho a ser elegido, lo cual generó varios debates que desgastaron la institucionalidad electoral e influyeron negativamente en la confianza pública sobre la vigencia del principio de imparcialidad. A ello, también se suma la falta de reglamentación de la disposición legal en cuestión, lo que ocasionó muchos conflictos de interpretación que fueron percibidos por los actores políticos y por la opinión pública en general; siendo más grave el hecho de que los perjuicios que generaron tuvieron el carácter de irreparables.

En ese mismo sentido se ha referido la Misión de Observancia Electoral de la Unión Europea, al precisar que:

La práctica de realizar cambios jurídicos dentro de un proceso electoral en curso es contraria a la obligación general de proporcionar seguridad y coherencia jurídica en

el proceso electoral, un principio fundamental consagrado en el artículo 2 (2) y 2 (3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ya que un marco legal nacional incoherente puede perjudicar la protección efectiva de los derechos electorales. Este principio es aplicado por varios países dentro de la región, como México y Brasil, y también señalado específicamente por la Comisión de Venecia (“...toda reforma de la legislación electoral destinada a ser aplicada a un proceso electoral debe realizarse con suficiente antelación...” o “aplicarse únicamente para elecciones futuras, para garantizar la seguridad jurídica y permitir una suficiente familiarización con las nuevas reglas”)³⁷ (Informe Final – Elecciones General Perú 2016, p. 18).

- ¿La interpretación del artículo 42 de la Ley N.º 28094, realizada por el Jurado Nacional de Elecciones en las elecciones generales 2016, fue la correcta?

Se sostiene que, si bien el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aplicó la sanción prevista por el artículo 4 de la LOP, basándose en la teoría de los hechos cumplidos, también es cierto que el mismo organismo jurisdiccional electoral tuvo serias dudas sobre la misma, tal como lo hizo saber el propio presidente en funciones del JNE al entonces presidente del Poder

³⁷ file:///C:/Users/user/Downloads/MOEUE_Peru_Informe_Final_150716_VG_ESP_pdf.pdf

Legislativo, quien respondió que sería “contraproducente” realizar una nueva modificatoria. Entonces, si el propio organismo electoral tenía dudas sobre la interpretación y posterior aplicación de la norma, y consideraba que dicha norma era un “elemento perturbador” del proceso electoral, no debió aplicarla.

7.3. En cuanto a los objetivos de la investigación:

Objetivo general:

- Determinar si la aplicación inmediata del artículo 42 de la Ley N.º 28094, por parte del Jurado Nacional de Elecciones, vulneró el derecho fundamental de ser elegido.

Acorde con la respuesta del problema general, ha quedado claro que se ha logrado determinar que la aplicación inmediata del artículo 42 afectó las garantías que resguardan los derechos políticos de los candidatos y un debido proceso en la aplicación de las sanciones, puesto que las leyes que se promulgan deben ser lo menos lesivas a los derechos fundamentales que reconoce la Constitución Política y normas internacionales.

Objetivos específicos:

- Establecer si el artículo 42 de la Ley N.º 28094 se debió aplicar de manera inmediata.

Se ha establecido que no se debió aplicar de manera inmediata al proceso electoral en marcha la norma bajo estudio, ya que ello implicaba un cambio de las reglas de juego con las que se habían iniciado dichas elecciones. La aplicación inmediata de la norma en

cuestión ocasionó que la certeza y seguridad jurídica que debe caracterizar a todo proceso electoral se vieran opacadas.

- Analizar si la sanción de exclusión que prescribe el artículo 42° de la Ley N.º 28094, debió ser aplicada a los candidatos que participaron en el proceso electoral del 2016.

Acorde con la respuesta anterior, los candidatos que decidieron ser parte de las Elecciones Generales 2016, lo hicieron bajo los efectos jurídicos de normas que en ninguna parte comprendían las conductas que sanciona el artículo 42, por lo que, debió respetarse el principio de seguridad jurídica.

- Examinar si la interpretación del artículo 42 de la Ley N.º 28094, realizada por el Jurado Nacional de Elecciones en las elecciones generales 2016, fue la correcta.

Ha quedado claro que el Jurado Nacional de Elecciones tenía serias dudas sobre la interpretación de la referida norma, ya que consideraba que esta debió ser aplicada en posteriores elecciones. No obstante, como ya se mencionó, ante el hecho de que la norma no estableció una *vacatio legis*, el organismo prefirió interpretar que la misma surtía

efectos desde el día siguiente de su publicación, contrariando sus propios criterios de interpretación realizado en comicios anteriores.

7.4. Respeto de la modificación del artículo 42 de la LOP, a través de la Ley N.º 30689

Al analizar si los recientes cambios establecidos por la Ley N.º 30689 van a permitir superar los problemas del régimen anterior, tenemos que todos los sucesos presentados en las Elecciones Generales 2016 se desarrollaron bajo un marco de cuestionamientos e incertidumbre jurídica. Ahora, respecto a las recientes modificatorias, una de nuestras conclusiones es que no van a disminuir las denuncias por entrega de dádivas, teniendo en cuenta que se ha elevado el monto o precio de esta; pues, al contrario, se está permitiendo que los candidatos entreguen con total naturalidad los obsequios, siempre y cuando no superen las dos unidades impositivas tributarias (2 UIT), esto es, por un valor de S/ 8,100.00 (ocho mil y 00/100 soles).

Es de verse que con la norma vigente se ha ampliado el margen para entregar dádivas, con ello los presentes de naturaleza económica serían más costosos; sin embargo, se mantiene la grave sanción de excluir al candidato y privarlo de ejercer su derecho al sufragio pasivo.

Asimismo, refiere Samaniego, Michell (2018), que los procedimientos de sanción por entregar dádivas tendrán complicaciones en cuanto a los mecanismos de prueba para acreditar que los recursos son del candidato o de la organización política, y peor aún demostrar que fueron entregados por terceros para acreditar el “encargo”. De igual manera, las sanciones de multa solo podrán imponerse a partir del momento en el cual se presenta una lista ante el JEE, hasta un antes de la elección. Para el caso de exclusión, solo podrá imponerse hasta 30 días antes de la elección, siempre que el candidato infractor sea reincidente. Quedan pendientes de resolver supuestos en los cuales el candidato es reincidente pasado los 30 días en los que aún no opera la exclusión, y los supuestos en los cuales es reincidente, pero sin multa previamente consentida³⁸.

Todo ello se ha originado con la emisión de la Resolución N.º 0079-2018-JNE, que aprueba el Reglamento para la fiscalización y procedimiento sancionador contemplado en el artículo 42 de la LOP, respecto de la conducta prohibida en propaganda electoral, en cuyo artículo 5

³⁸ Recuperado de:

<https://www.legalyelectoral.com/single-post/2018/02/12/D%C3%A1divas-en-las-ERM2018-%C2%BFdesde-cu%C3%A1ndo-es-sancionable-y-que-se-requiere-para-su-acreditaci%C3%B3n>

(Definiciones) estableció que “un candidato es aquel ciudadano incluido en una solicitud de inscripción de fórmula o lista de candidatos presentada por una organización política ante un JEE”; y en el artículo 11.1 fijó como criterio para imponer la sanción, que la conducta sea realizada luego de que la organización política solicitó la inscripción del candidato en el marco de un proceso electoral convocado.

7.5.Necesidad de realizar el test de razonabilidad y proporcionalidad

Habiendo desarrollado el principio de proporcionalidad en el capítulo IV, ahora corresponde realizar el test de razonabilidad y proporcionalidad, y si es que fue realizado de manera correcta y si se aplicó a los casos de exclusión que se presentaron durante la Campaña Electoral del 2016, en aplicación del artículo 42 de la LOP.

El Tribunal Constitucional peruano en la sentencia recaída en el expediente N.º 0050-2004/AI/TC (acumulados), de fecha 03 de junio de 2005, considerando 109, precisó que:

El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran: fin válido e idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. De acuerdo con el principio de idoneidad o adecuación, **toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo,**

suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida *sub examine*. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y **que sea más benigno con el derecho afectado**. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que este intervenga en el derecho fundamental.

Sin embargo, en lo que concierne a los derechos políticos, es muy común emplear el test de proporcionalidad en caso se tenga que aplicar medidas restrictivas de derechos. Tal es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Yatama contra Nicaragua, precisó que la restricción, en este caso, de los derechos políticos, debe basarse en criterios razonables y *“atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo*. Y lo que consideramos como un fundamento muy importante para este trabajo de investigación, es que *“cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido*

y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue” (párrafo 206),
(resaltado agregado).

En similar sentido se ha pronunciado en el caso Castañeda Gutman contra México, pues precisó que se debe valorar si la medida restrictiva *es la que restringe en menor grado el derecho protegido* (párrafo 186).

Entonces, de acuerdo con Ignacio Villaverde (2008), el derecho fundamental debe ser limitado en lo estrictamente necesario para asegurar la protección de los otros derechos. Pero no debe ser limitado más allá de lo requerido para evitar ese mal mayor, pues con el límite de los derechos no se trata de garantizar en toda su posible extensión e intensidad, sino solo en lo estrictamente necesario para que no sufran el daño que les puede producir la realización de esa limitación (p. 185).

En ese sentido, se procederá a realizar el test de proporcionalidad del artículo 42 de la LOP, aplicando los tres subprincipios y tomando como base las sentencias emitidas por el Jurado Nacional de Elecciones en el marco de las Elecciones Generales 2016, materia de estudio:

7.6. Juicio de adecuación o idoneidad

Respecto de este subprincipio, el Jurado Nacional de Elecciones en la Resolución N.º 196-2016-JNE, considerandos 15, precisó lo siguiente:

(...) La modificación aprobada tiene como finalidad salvaguardar que la propaganda electoral efectuada por ellos, sea realizada conforme a los principios de igualdad, equidad y competitividad; y que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos. De ello, el artículo 42 tiene por finalidad que el comportamiento de las organizaciones políticas al momento de buscar el respaldo popular a través de su propaganda política no se encuentre influida de manera determinante por el factor económico, lo que supondría una ventaja ilegítima, cuyas consecuencias son perjudiciales para el régimen democrático mismo.

De igual manera, a través de la Resolución N.º 310-2016-JNE, considerando 5, refirió que la finalidad de esta norma:

(...) Busca evitar que, mediante prácticas de clientelismo político, se influya de manera determinante en la voluntad de los electores, lo cual supone una ventaja ilegítima y, en última instancia, un grave perjuicio para el régimen democrático.

Asimismo, en la primera resolución mencionada, considerando 13, el mismo Jurado Nacional de Elecciones, refiere que esta *prohibición de entregar dinero o dádivas en general, incorpora una restricción a la forma de hacer propaganda para parte de las organizaciones políticas*. De ello se puede inferir que esta restricción persigue una finalidad legítima, ya que busca cambiar y mejorar la forma de hacer propaganda electoral en el desarrollo de las actividades políticas, a fin de que estas se realicen de modo transparente y en igualdad de condiciones.

Sin embargo, con la finalidad de agotar todos los procedimientos posibles respecto de la aplicación del test de proporcionalidad al artículo 42 de la LOP, procederemos a aplicar el subprincipio de idoneidad, pese a que nuestra posición y fundamentos son diferentes, tal como lo sustentaremos más adelante.

En términos del test de proporcionalidad, la medida de exclusión del candidato de la contienda electoral resultaría idónea para alcanzar la finalidad establecida en el artículo 42 de la LOP, ya que la prohibición de entregar dádivas busca promover que las campañas electorales traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los electores; evitar que la voluntad de los electores se vea influenciada por cualquier ventaja ilegítima, así como erradicar las prácticas de clientelismo político de nuestro sistema democrático.

Por lo tanto, en base a estos fundamentos, la sanción de exclusión a que se refiere el artículo 42 de la LOP resulta idónea para los fines perseguidos, ya que se excluirá al candidato que recurra a este tipo de conductas antidemocráticas, pues estaría compitiendo en base al uso del factor económico para obtener más votos, lo cual implica una desventaja para los demás candidatos.

No obstante, tal como lo hemos sostenido a lo largo del presente trabajo de investigación, los ciudadanos son los únicos que deciden por quién votar, a qué candidato apoyar, al margen de que hayan recibido o no algún regalo o donativo, pues esto no influye en su libre decisión de votar por un determinado candidato.

Alberto Simpser (2017), también sostiene que no se puede verificar el sentido del voto individual ni saber si el ciudadano votó por el candidato que le ofreció bienes, ya que este es secreto, por lo que el ciudadano puede incumplir su parte del “trato” sin sufrir ninguna consecuencia.

Asimismo, un argumento diferente, pero que también contribuye a sostener que no hay nada que influya sobre la decisión del ciudadano, es el de Restrepo Echavarría, quien a su vez cita a Lazarsfeld, et al. (1944), argumentando *que las personas son libres de elegir entre las opciones políticas que se presenten y, por lo tanto, los medios masivos de comunicación inciden muy poco en el resultado de las elecciones*. De igual manera, *afirman que la propaganda no influye sobre la voluntad de los individuos; es decir, no la modela ni la construye*. Por ello, las campañas electorales se ven como un periodo de tiempo donde los individuos toman decisiones políticas (p. 39). Además, sostiene que el centro de interés reside en las comunicaciones políticas, pues el factor común es que las campañas electorales son una forma de persuasión en el que la comunicación es la herramienta clave para lograr los objetivos (p. 52).

Ello refuerza nuestro punto de vista respecto de que, si bien la modificatoria del artículo 42 de la LOP busca salvaguardar que la propaganda electoral sea realizada respetando lo

principios de igualdad, equidad y competitividad; no obstante, también hemos sostenido que la entrega de dádivas en campaña electoral no determina el resultado final de una elección. Esto no quiere decir que estemos de acuerdo con la entrega de dádivas, pues de ninguna forma apoyamos esta conducta antidemocrática, pero tratamos de demostrar y sustentar nuestra posición con argumentos sólidos, ya que consideramos que la sanción de exclusión del candidato es grave, en atención a lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 0007-2006-PI/TC, quien sostiene que:

Una intervención es de *intensidad grave* cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2º, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v.gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.

Es decir, la sanción de exclusión del candidato de la contienda electoral representa una consecuencia grave, al impedirle ejercer su derecho fundamental de participación política, a través del sufragio pasivo, reconocido por nuestra Constitución y la Convención Americana de Derechos Humanos.

7.7. Juicio de necesidad

El objetivo del test es incrementar los niveles de racionalidad y previsibilidad de las decisiones que toman nuestras autoridades en los casos difíciles, esto es, cuando se presentan dudas sobre las razones que sostiene la constitucionalidad de una norma.

Por ello, cabe recordar que el miembro del Pleno del JNE Cornejo Guerrero (2016), precisó que la ley tiene imperfecciones importantes, como por ejemplo la inexistencia de gradualidad de las sanciones, elemento esencial de una ley (pp. 123-124).

En similar sentido se pronunció el expresidente del JNE, Francisco Távara, pues tuvo dudas respecto de la aplicación de la grave sanción de exclusión, al punto de llegar a consultarle al Congreso de la República si se aplicaría o no el artículo 42 al proceso electoral convocado con anterioridad a las modificatorias realizadas (voto y reflexión del magistrado Távara Córdova en la Resolución N.º 0310-2016-JNE).

En base a ello, en este subcriterio verificaremos si existen otros medios alternativos a la sanción de exclusión contenida en el artículo 42 de la LOP, pues estas medidas alternas tendrían que ser menos lesivas, pero a la vez permitirían alcanzar la misma finalidad.

Cabe precisar que el modificado artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas mediante la Ley N.º 30689, publicada el 30 de noviembre de 2017, mantiene la figura de la exclusión directa del candidato, siempre y cuando reincida en la conducta y el monto de las dádivas sean por montos mayores a S/ 8,100.00 (ocho mil cien y 00/100 soles), equivalente a dos unidades impositivas tributarias (02 UIT); es decir, ha ampliado el margen del monto de las dádivas. Asimismo, la sanción pecuniaria ha sido reducida a treinta unidades impositivas tributarias (30 UIT), pero recae sobre el candidato infractor. En esta oportunidad sí contempla una doble sanción dirigida hacia el candidato que vulnera la norma.

Sin embargo, si el espíritu de la ley buscaba que el candidato no entregue dádivas durante las campañas electorales, mal ha hecho al ampliar el margen del monto de la dádiva y reducir la sanción de multa, pues estaría promoviendo que los candidatos continúen entregando dádivas por montos mucho mayores.

Ahora, en estricta aplicación del subprincipio de necesidad ¿la sanción de exclusión de algunos candidatos que participaron en el Proceso Electoral 2016 resultó ser indispensable para garantizar que las elecciones se desarrollen de manera libre y en igualdad de condiciones? o, si existieron otras medidas alternativas que resultasen igualmente idóneas y menos lesivas para el derecho al sufragio pasivo.

No obstante, consideramos que la sanción de multa resulta ser una medida alternativa e idónea para salvaguardar el desarrollo de las elecciones libres, auténticas y espontáneas, pues lesiona o restringe en menor medida el derecho de ser elegido, ya que tendría fines preventivos al sancionar con un monto elevado la vulneración de la norma, lo que haría suponer que el candidato no tenga más recursos o cuente con menos recursos para entregar dádivas. La sanción pecuniaria implica la reducción de los recursos económicos con que contarían los partidos políticos y sus candidatos durante las campañas electorales, por lo que resultaría ser la medida más idónea para preservar el espíritu del artículo 42 de la LOP, pues se les permitiría seguir en la carrera electoral.

De igual manera, en la penúltima recomendación de la presente investigación, se ha recomendado que la sanción a los candidatos y partidos políticos que infrinjan la norma sea

la disminución de la publicidad en la llamada “franja electoral”, pues con ello tendrían menos minutos en televisión, por ende, menor llegada a la población, que es lo que buscan a través de la propaganda electoral. Tendría que reglamentarse para evitar confusiones.

En ese sentido, esta medida también resultaría idónea y menos lesiva del derecho al sufragio pasivo del candidato infractor, ya que tendrían que elaborar otras estrategias para lograr sus objetivos, pues este espacio que es financiado por el Estado (artículo 37 de la LOP), les ayuda a llegar más a la población con menos o inversión; por lo que la reducción de la publicidad estatal les acarrearía un mayor gasto en publicidad pagada. Por ello, no les resultaría beneficioso o rentable entregar dádivas y exponerse a ser pasibles de esta sanción que sería más perjudicial a sus intereses económicos.

Por ello, se da por agotado el test de proporcionalidad al no haber superado el subprincipio de necesidad.

Conclusiones

1. Se concluye que no está probado que los ciudadanos que reciban algún bien, donativo o dádiva vayan necesariamente a votar por el candidato que hizo la entrega, puesto que, al momento de ejercer el voto, los ciudadanos lo harán en función de sus propias preferencias políticas.
2. Se concluye que los organismos electorales deben propiciar una mayor difusión respecto a prevenir y erradicar las posibles prácticas de compra de votos, coacción de votos, los que sin lugar a dudas deben ser libres, secretos, directos, personales e intransferibles.
3. Se concluye que la ley vigente no precisa cuál es el plazo o fecha límite para que se puedan presentar denuncias; o para dar inicio a los procesos de exclusión de candidaturas por los casos a que hace referencia el artículo 42. Es decir, aunque faltaran pocos días para la realización de los comicios, podrían presentarse cuestionamientos a ciertas candidaturas.

4. Se confirma que el Congreso de la República no ha buscado realizar una verdadera reforma electoral, ya que no convoca con la importancia que el caso amerita, a las entidades ni especialistas involucrados para ello.
5. Se concluye que, pese a su reciente modificatoria, el artículo 42 traerá consigo un proceso electoral cuestionado, puesto que se ha mantenido la figura de entregar dádivas en campaña electoral y la exclusión del candidato.
6. Se concluye que no van a disminuir las denuncias por entrega de dádivas, pues al elevarse el margen en el monto de la dádiva, se les está dando a los candidatos más libertad para ofrecerlas o entregarlas.

Recomendaciones

- Se recomienda que la elaboración de proyectos de reforma electoral debería obedecer a un análisis y evaluación más rigurosa sobre su eventual impacto.
- Se recomienda, en concordancia con lo anterior, la aprobación de un Código Electoral, que en un solo cuerpo normativo reúna toda la normatividad en materia de procesos electorales y organizaciones políticas, que actualmente se encuentra sumamente dispersa.
- Se recomienda que se incluya dentro de los proyectos de reforma, lo relacionado a la fecha límite para presentar tachas.
- Se recomienda que se debe regular un mínimo y máximo de propuestas que deben presentar los partidos políticos y sus respectivos candidatos en campaña electoral.

- Se recomienda que la sanción a los candidatos y partidos políticos que infrinjan la norma sea la disminución de la publicidad en la llamada “franja electoral”, pues con ello tendrían menos minutos en televisión, por ende, menor llegada a la población.
- Se recomienda que se elimine la figura de la exclusión del candidato, ya que la misma genera incertidumbre, distracción en las propuestas y sobre todo, vulnera el derecho político y fundamental a ser elegido y el derecho humano de participación política.

Bibliografía

4.1. Bibliográficas

Cornejo Guerrero, Carlos. (2016). *Política y Derecho Electoral*. Lima. Instituto Peruano de Estudios Gubernamentales y Sociales. Pág. 116 y 117.

Chanamé, Raúl (2016). *Reforma Electoral*. Lima: Abogados Editores.

Germaná, Franco (2016). *Política & Derecho Electoral*, Lima: Instituto Peruano de Estudios Gubernamentales y Sociales.

4.2. Hemerográficas

Oficina Nacional de Procesos Electorales (2015). *Hacia la reforma electoral: avances y agenda pendiente*. Lima: ONPE.

Indacochea Prevost, U. (2008). *Fundamento, estatus jurídico, caracteres y exigencias del principio de proporcionalidad*. Gaceta Jurídica.

4.3. Electrónicas

Becerra Suárez, Orlando. *El principio de proporcionalidad en el derecho constitucional peruano*.

Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>

Castillo-Córdova, Luis (2005). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*.

Recuperado de

https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1

Caballero, Orlando (2013). Corrupción de Sufragante. *El Herald*o.

Recuperado de <https://www.elheraldo.co/noticias/politica/corrupcion-de-sufragante-110114>

Corzo Fernández, Susana (2002). *El clientelismo político como intercambio*. Barcelona.

Institut de Ciències Polítiques i Socials.

Recuperado de https://ddd.uab.cat/pub/worpaper/2002/hdl_2072_1264/ICPS206.pdf

Dalla Vía, Alberto Ricardo (2012). *Los derechos políticos y electorales en la jurisprudencia del tribunal europeo y la corte interamericana de derechos humanos*. Buenos Aires, Argentina.

Recuperado de: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/13Dallav%C3%ADa12.pdf>

Echegaray C. y Barreto J. (2017). *Exclusión de candidatos por infracción del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas y el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Jurado Nacional de Elecciones del año 2016* (Tesis de pregrado). Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo.

Misión de Observancia Electoral de la OEA. Informe Preliminar de fecha 11 de abril de 2016

Recuperado de http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-preliminar-Peru_FINAL.pdf

Misión de Observancia Electoral de la Unión Europea. Informe Final de fecha julio de 2016

Recuperado de

file:///C:/Users/user/Downloads/MOEUE_Peru_Informe_Final_150716_VG_ESP_pdf.pdf

Muñoz Chirinos, Paula (2014). *Una teoría informacional del clientelismo de campaña, estudiando el caso del Perú.*

Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=FBBMkdjh9xU>

Rainer Arnold, José Ignacio Martínez Estay, Francisco Zúñiga Urbina (2012). *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Universidad de Talca. Chile

Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100003

Restrepo Echavarría, Néstor Julián. *La Profesionalización de las campañas electorales en Colombia: Elecciones Presidenciales 1994 – 2014* (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid.

Recuperado de:

https://www.ucm.es/data/cont/docs/1208-2017-07-12_Tesis_Julian_Restrepo.pdf

Rouquié, Alain (2011). *A la sombra de las dictaduras. La democracia en América Latina.*

Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Recuperado de

<https://kupdf.com/downloadFile/59b0929edc0d603a42568edc?preview=1>

Samaniego, Michell (2018). *Dádivas en las ERM2018 ¿desde cuándo es sancionable y qué se requiere para su acreditación?*

Recuperado de:

<https://www.legalyelectoral.com/single-post/2018/02/12/D%C3%A1divas-en-las-ERM2018-%C2%BFdesde-cu%C3%A1ndo-es-sancionable-y-que-se-requiere-para-su-acreditaci%C3%B3n>

Silverio, Pedro (23 de septiembre de 2016). La compra de votos como estrategia electoral.

Diario Libre.

Recuperado de: <https://www.diariolibre.com/opinion/en-directo/la-compra-de-votos-como-estrategia-electoral-DF5007234/>

Simpser, Alberto. (2017). *Fortalezas y Debilidades del Sistema Electoral Mexicano. Perspectiva General y Local*. México D.F. Editorial Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Taylor, S.J. y Bogdan, R. (1986). *Introducción: ir hacia la gente*. México, Paidós, p.
Recuperado de <http://www.geocities.ws/visisto/Biblioteca/TAYLOR>

Vásquez, Daniel (2018). *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar*. México.
Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4254/15.pdf>

Villaverde, Ignacio (2008). *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*. En M. Carbonell (Ed.), *El principio de proporcionalidad*.
Recuperado de: <http://wwwbiblio.dpp.cl/biblio/DataBank/4271.pdf>

Zovatto, Daniel. *Los Derechos Políticos y los Derechos Humanos en América Latina*.

Recuperado de:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/2B5DC66BA726DBFF0525762B00801AB6/\\$FILE/derechospoliticosderechoshumanos.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/2B5DC66BA726DBFF0525762B00801AB6/$FILE/derechospoliticosderechoshumanos.pdf)

4.4. Normativa constitucional y electoral

1. Constitución Política del Perú (1993), Congreso Constituyente Democrático, Lima, Perú, 30 de diciembre de 1992.
2. Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones N.º 26486, diario oficial “El Peruano”, Lima, Perú, 21 de junio de 1995.
3. Ley de Organizaciones Políticas N.º 28094, diario oficial “El Peruano”, Lima, Perú, 01 de noviembre de 2003 y sus modificatorias efectuadas mediante las Leyes N.ºs 30414, publicada el 17 de enero de 2016; y 30688, publicada el 29 de noviembre de 2017.
7. Proyecto de Ley N.º 4780/2015-CR, “Ley que establece como conducta antidemocrática y prohibida la entrega u ofrecimiento de regalos o dádivas en la actividad política”.
8. Resolución N.º 196-2016-JNE
6. Resolución N.º 0303-2016-JNE

7. Resolución N.º 0310-2016-JNE

9. Resolución N.º 0360-2016-JNE

10. Resolución N.º 0079-2018-JNE

Anexos

1. Análisis de la sentencia del caso César Acuña Peralta

Resolución N.º 196-2016-JNE

Fecha: 08 de marzo de 2016

Expediente N.º J-2016-00265

Lima – Lima – Lima

JEE Lima Centro 1 (expediente N.º 00043-2015-032)

Elecciones Generales 2016

Recurso de apelación

1.1. Materia jurídica en debate

En el presente caso, corresponde determinar si el ciudadano César Acuña Peralta, candidato a la presidencia de la República por la organización política Alianza para el Progreso del Perú, ha transgredido la prohibición contenida en el artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas, pues se le atribuye haber vulnerado la forma de hacer propaganda política.

1.2.Asunto:

Durante el proceso de Elecciones Generales 2016, el ciudadano César Acuña Peralta, candidato a la presidencia de la República por la organización política Alianza para el Progreso, fue denunciado por ofrecer y entregar a un ciudadano en la ciudad de Piura la suma de S/. 5,000, el 08 de febrero de 2016; y a los comerciantes del mercado Señor de los Milagros, de Lima, la cantidad de S/. 10,000, el 11 de febrero de 2016. Por tales hechos se le imputó la infracción establecida en el recientemente incorporado artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas.

1.3.Antecedentes: informes de fiscalización del JNE

1.3.1. Resolución N.º 016-2016-JEE-LC1/JNE

El 15 de febrero de 2016, mediante la Resolución N.º 016-2016-JEE-LC1/JNE, el Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1 (JEE), resolvió oficiar a Panamericana Televisión para que dicho medio de comunicación remita información respecto del reportaje propalado en su programa “Panorama”, donde se denunciaba al candidato César Acuña Peralta por dos hechos acaecidos durante su campaña electoral, relacionados con la entrega de dinero. El medio de comunicación cumplió con enviar la información solicitada.

1.3.2. Informe N.º 005-2016-YCC-DNFPE/JNE

Con fecha 22 de febrero de 2016, la Dirección Nacional de Fiscalización de Procesos Electorales (DNFPE) del Jurado Nacional de Elecciones, remitió su Informe N.º 005-2016-YCC-DNFPE/JNE, a través del cual, considerando la información del referido reportaje, analizó la conducta del candidato César Acuña Peralta, por una posible vulneración a la ley electoral. En dicho informe se analizó la presunta entrega de dinero a ciudadanos, tanto el 08 como el 10 de febrero de 2016, en la ciudad de Piura y en el distrito de Lurigancho-Chosica, respectivamente. Entre las conclusiones arribadas, se aprecian las siguientes:

“4.2. Se muestra en el presente informe que el señor César Acuña Peralta, en el marco de actividades proselitistas de la alianza electoral Alianza para el Progreso del Perú, en su condición de candidato a la presidencia de la República, ofreció dinero el cual se habría hecho efectivo. En mérito al video que se adjunta, se observa que el dinero entregado a un ciudadano piurano habría sido el mismo día (08/02/2016); y la entrega a los comerciantes del mercado Señor de los Milagros se habría efectuado al día siguiente (11/02/2016); en ambos casos a través de una persona.

4.3. La normativa prescribe que la ONPE sancionará el hecho con la imposición de una multa que asciende a 100 UIT, y se sancionará con la exclusión del candidato por parte del Jurado Nacional de Elecciones (...).

1.4. Resolución N.º 019-2016-JEE-LC1/JNE

Ese mismo día, 22 de febrero de 2016, el JEE emitió la Resolución N.º 019-2016-JEE-LC1/JNE, a través de la cual “Abrió procedimiento de exclusión al candidato a la presidencia de la República (...) César Acuña Peralta”. Esta decisión tuvo como sustento la existencia de suficientes elementos que ameritaban la exclusión del candidato; por lo que se corrió traslado del informe tanto al candidato como al personero legal de su partido para que realicen sus descargos correspondientes.

1.4.1. Descargo presentado por la organización política Alianza para el Progreso

Dentro del plazo legal otorgado, el 24 de febrero del mismo año, el personero legal titular presentó sus descargos, considerando, en resumen, los siguientes argumentos: a) Que la aplicación de la Ley N.º 30414 es ilegítima y que la sanción

resulta desproporcionada; b) la norma resulta a todas luces lesiva, pues incorpora nuevas reglas en pleno proceso en marcha; c) los órganos electorales han manifestado su total rechazo a la aplicación de la ley; d) el Jurado Nacional de elecciones, en situaciones anteriores y en circunstancias exactamente iguales, se ha pronunciado manifestando taxativamente la inaplicabilidad de la norma; e) el candidato no ha hecho ofrecimiento ni entrega alguna en representación de su organización política, ya que fue un acto estrictamente personal y de carácter humanitario; f) con el Decreto Supremo N.º 080-2015-PCM se dio inicio a la convocatoria para el proceso electoral 2016, por lo que los efectos de las relaciones jurídicas deben estar regidos bajo el imperio del marco jurídico vigente, al momento de haberse efectuado dicha convocatoria; g) la Ley N.º 30414 no puede aplicarse retroactivamente a dicho proceso electoral iniciado el 13 de octubre de 2015; h) el Jurado Nacional de Elecciones tiene jurisprudencia sobre la inaplicabilidad de leyes promulgadas con posterioridad al inicio de un proceso electoral; i) no procede aplicar al candidato César Acuña Peralta o a cualquier otro candidato la Ley N.º 30414, pues debe aplicarse en los futuros procesos electorales.

1.5.Resolución N.º 024-2016-JEE-LC1/JNE

Realizada la audiencia pública el 26 de febrero de 2016, el Jurado Electoral Especial Lima Centro 1 emitió la Resolución N.º 024-2016-JEE-LC1/JNE a través de la cual excluyó al candidato César Acuña Peralta. Sus fundamentos, en síntesis, fueron los siguientes:

- a) Son exigibles en forma inmediata las normas emanadas por el Congreso de la República, y publicadas en el diario oficial, por lo que resulta factible la modificación inmediata contenida en el artículo 42 de la LOP.
- b) El Pleno del JNE se ha pronunciado sobre las modificaciones a la normatividad electoral, en el sentido que las mismas no serán aplicables siempre que varíen las reglas referentes a los requisitos o impedimentos para postular.
- c) No existe en nuestro ordenamiento jurídico prohibición expresa que restrinja la aplicación inmediata de una modificatoria legal de carácter electoral.
- d) Respecto del artículo incorporado y que es materia de cuestionamiento, la prohibición incorpora ante todo una restricción a la forma de hacer propaganda electoral, a toda organización política que participa en un proceso electoral.
- e) La modificación aprobada tiene por finalidad salvaguardar que la propaganda electoral sea realizada conforme a los principios de equidad, así como que las

votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos.

f) Debido a su gravedad, la sanción ha sido extendida a los candidatos, solo en caso sean estos quienes efectúen la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica, directa o través de terceros.

g) La incorporación del artículo 42 de la LOP, no significa la modificación de reglas sustanciales del proceso electoral.

h) El ciudadano que busca postular a un cargo de elección popular, transitará por dos etapas: I) el de candidato no inscrito, cuando su candidatura aún no esté inscrita ante la jurisdicción electoral; y II) el de candidato inscrito, condición adquirida con la inscripción de la candidatura ante la jurisdicción electoral, posterior al período de tachas.

i) Se concluyó que el candidato en cuestión incurrió en la conducta prohibida por el artículo 42 de la LOP, toda vez que prometió y ofreció dinero en un acto proselitista. Asimismo, respecto al argumento de que fue un acto humanitario o de caridad, concluyó que el mismo no era admisible, pues quien realizó la conducta no era un ciudadano cualquiera, sino un candidato a la presidencia de la República, calidad especial y de relevancia para el proceso electoral.

1.5.1. Recurso de apelación interpuesto por el personero legal de la organización política Alianza para el Progreso del Perú

Al no estar conformes con la decisión emitida, dicha organización política interpuso recurso de apelación bajo los términos siguientes:

- a) El artículo 36 de la Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones no prevé que los JEE tengan la facultad de excluir a un candidato, y menos si es presidencial. Asimismo, no está previsto un proceso especial de exclusión previamente establecido por la ley, por lo que se está vulnerando el debido proceso y la tutela jurisdiccional.
- b) El artículo 42 de la LOP no es aplicable, ya que está fuera del marco legal de la convocatoria. La norma ha señalado que la exclusión de candidatos solo le compete al JNE y no a los JEE.
- c) No se puede variar el marco legal de la convocatoria, pues este fue convocado a través de la Resolución N.º 0338-2015-JNE.
- d) La Ley N.º 30414 es una norma jurídica que modifica el marco normativo de las Elecciones Generales 2016. Tal modificación altera las condiciones de los sujetos que intervienen.

- e) El JNE, en situaciones anteriores y en circunstancias exactamente iguales, se ha pronunciado manifestando la inaplicabilidad de la norma cuestionada.
- f) El señor César Acuña Peralta, formalmente no es candidato, por lo que no podría ser pasible de sanción, ya que se trató de un acto estrictamente personal y humanitario.
- g) No está debidamente tipificado el accionar de una persona que no es formalmente candidato.

1.6.Fundamentos del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones

El Pleno del JNE, a través de la Resolución N.º 196-2016-JNE, de fecha 08 de marzo de 2016 sostiene que, de los artículos 103 y 109 de nuestra Constitución, se tiene como regla general que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que postergue su vigencia en todo o en parte. Del mismo modo, estas se aplican en forma inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, pues no tienen fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo; así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes N.º 00002-2006-PI/TC y 00008-2008-PI/TC, ya que precisa que nuestra Constitución vigente se adhiere

a la teoría de los hechos cumplidos, por lo que las leyes entran en vigencia y se aplican en forma inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes en dicho momento.

Por ello, la Ley N.º 30414 al haberse publicado el 17 de enero de 2016, entró en vigencia al día siguiente, esto es, el 18 de enero del mismo año, ya que en su contenido no se dispuso fecha distinta.

Respecto del principio de seguridad jurídica y la aplicación de las modificaciones de las normas electorales, aprobadas durante un proceso electoral convocado, precisó que el artículo 43 de la Constitución, al establecer que el Perú es una República democrática, dotó de seguridad jurídica a los comicios, y que ello solo se logra con normas claras que aseguren resultados legítimos. Asimismo, el Pleno del JNE ha tenido la oportunidad de pronunciarse a través de la Resolución N.º 099-2015-JNE, pues señaló que las modificatorias legales en materia electoral, aprobadas durante un proceso electoral convocado, no serán aplicables en caso varíen en forma sustancial las reglas referentes a los requisitos o impedimentos para postular, cuyas variaciones supongan una afectación del derecho al sufragio pasivo de los ciudadanos que buscan participar en un proceso electoral ya en marcha, pues de lo contrario se estaría afectando el principio de seguridad jurídica que debe caracterizar a todo proceso electoral democrático.

Para el Pleno del JNE, una modificatoria legal que ha sido aprobada en el marco de un proceso electoral en ejecución, será de aplicación inmediata, siempre y cuando su puesta en práctica no vulnere la seguridad jurídica que debe caracterizar a la elección.

Ahora bien, al haber precisado los alcances del principio de seguridad jurídica, les corresponde evaluar si el artículo 42 de la LOP modifica sustancialmente las reglas para postular, lo cual supondría su no aplicación para dicho proceso electoral.

En ese sentido, de la lectura del mencionado artículo 42, se desprende que este incorpora una nueva regla relativa a la forma en que las organizaciones políticas y sus integrantes deban efectuar su propaganda política; por lo que, si bien esta prohibición incorpora una restricción a la forma de hacer propaganda electoral, de ninguna manera supone un nuevo requisito que deban cumplir los ciudadanos que buscan postular en un proceso electoral; pues por el contrario, la modificación aprobada tiene por finalidad salvaguardar que la propaganda electoral sea realizada conforme a los principios de igualdad, equidad y competitividad, y que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos. Asimismo, que el comportamiento de las organizaciones políticas, al momento de buscar el respaldo popular a través de la propaganda política, no se encuentre influida de manera determinante por el factor económico, pues esto supondría una ventaja ilegítima.

El artículo 42 de la LOP también prevé una infracción y sanción dirigida al candidato, ya no a la organización política infractora, en caso incurra en la conducta prohibida. Ahora bien, la sanción de exclusión, por la gravedad que supone, solo debe ser impuesta cuando la conducta haya sido acreditada con medios idóneos y su imposición debe suponer una valoración del contexto donde esta es realizada, como por ejemplo en eventos proselitistas o de amplia difusión. Por ello, la incorporación del artículo 42 de la LOP no supone la modificación de reglas sustanciales del proceso electoral, sino más bien que la propaganda política sea realizada respetando los principios constitucionales de igualdad y equidad. Finalmente, de no aplicarse la cuestionada norma, se dejaría a las organizaciones políticas y candidatos, amplia libertad para que en su actividad proselitista efectúen la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, dádivas o regalos sin límite alguno.

1.7.Decisión

Sobre la base de los fundamentos expuestos, el Jurado Nacional de Elecciones declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la alianza electoral Alianza para el Progreso del Perú; en consecuencia, confirmó la Resolución N.º 024-2016-JEE-LC1/JNE

que declaró la exclusión del señor César Acuña Peralta como candidato a la presidencia de la República, en el marco de las Elecciones Generales 2016.

1.8. Apreciación crítica

De lo prescrito por el artículo 42 de la LOP, y de los fundamentos del Pleno del JNE, se desprende que la norma contempla dos prohibiciones: La primera está referida a la **entrega u ofrecimiento de dádivas** que no constituyan propaganda electoral, pues de lo contrario, teniendo en cuenta que el monto permitido no debió sobrepasar el 0.5% de la IUT (S/ 19.50), toda entrega u ofrecimiento mayor a ese precio, constituye dádiva, no propaganda electoral. Y la segunda prohibición hace referencia también a la **entrega u ofrecimiento**, pero en este caso **de propaganda electoral**.

Ahora bien, descritas las prohibiciones, una primera conclusión es que el ciudadano César Acuña Peralta, al haber ofrecido y entregado dinero a través de terceros, sí habría incurrido en la infracción del mencionado artículo 42, puesto que los hechos denunciados fueron cometidos cuando la ley ya había entrado en vigencia.

Sin embargo, si dicha norma contempla una sanción que es desproporcionada, entonces su aplicación resulta lesiva, porque vulnera el derecho fundamental de participación

política, toda vez que modificó las condiciones o reglas electorales previamente establecidas.

A mayor abundamiento, el miembro del Pleno del JNE Carlos Cornejo Guerrero (2016), precisó lo siguiente:

(...) ello no quiere decir que la ley no tenga imperfecciones importantes como la falta de plazo para presentar solicitudes de exclusión, falta de un término límite para excluir a los candidatos, o la **inexistencia de gradualidad de las sanciones**, los que son elementos esenciales de una ley y como tales debieron ser incorporados en el referido artículo. Sin embargo, el competente para ello no es el Jurado Nacional de Elecciones, sino el Congreso de la República (Pp. 123-124).

Conforme a lo manifestado, a criterio del magistrado Cornejo Guerrero, la ley tiene imperfecciones (y aún las mantiene) como la inexistencia de la gradualidad de las sanciones. Siendo así, cómo dicho magistrado pudo votar a favor de la exclusión cuando él mismo considera que a la norma en cuestión le faltan varios elementos esenciales que toda ley debe tener. A este respecto, llama la atención que el Pleno del JNE, con el argumento de que no era su competencia y que era responsabilidad del Congreso, haya

cambiado el criterio que tuvo un año atrás, cuando ante una situación similar³⁹, consideró que no era aplicable al proceso electoral en curso una norma aprobada en pleno proceso.

De ello, podemos concluir que el Pleno del JNE ha tenido serias dudas sobre la aplicación del artículo 42, más aún cuando conocían de las deficiencias de la norma, tanto así que fue su propio presidente, quien le efectuó la consulta al Congreso de la República respecto de si se aplicaba o no este artículo al proceso electoral en marcha. Adicionalmente y en una fecha posterior, le solicitó que subsanara estas deficiencias (así lo dice el fundamento adicional de voto y reflexión del magistrado Francisco A. Távara Córdova, presidente del JNE, en la Resolución N.º 0310-2016-JNE).

Al respecto, se debe reiterar lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido que los Estados tienen la obligación de garantizar el pleno ejercicio de los derechos políticos, pues “no se cumple con la sola expedición de la normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado

³⁹ Expediente N.º J-2015-00090 de fecha 17 de abril de 2015. En el presente caso, la cuestión a resolver es si el ciudadano Leoncio Ruiz Vera, alcalde de la Municipalidad Distrital de Paccha, puede postularse a dicho cargo en las EMC2015, pese a la reciente reforma de los artículos 191, 194 y 203 de la Constitución Política del Perú que, entre otros, prohíbe la reelección inmediata de los alcaldes. Sin embargo, mediante la Resolución N.º 0099-2015-JNE el pleno del JNE resolvió, en el argumento 13, que se asume como regla general que convocado un proceso electoral no es posible la modificación de las normas que lo han de regir. Dicha decisión permitió que el señor Ruiz Vera sí participe como candidato en dichas elecciones municipales. Y el caso del señor César Acuña Peralta fue similar, ya que también se modificó la LOP de manera posterior a la convocatoria de las elecciones, pero aquí los mismos integrantes del Pleno del JNE decidieron actuar de manera diferente, es decir, aplicar la norma modificada a una elección convocada con anterioridad.

adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio” (caso “Yatama vs. Nicaragua”, 23/6/05, párrafo 201). Así también, que no se puede limitar, de ninguna manera, el alcance pleno de los derechos políticos, más aún si su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de esta, se conviertan en un impedimento para que cualquier persona pueda participar plenamente en la conducción de su país; o que esta se torne ilusoria, privando a tales derechos de su contenido esencial (Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 20, párrafo 204)⁴⁰.

⁴⁰ Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo20.pdf>

2. Análisis de la sentencia del caso Vladimiro Huároc Portocarrero

Resolución N.º 0303-2016-JNE

Fecha: 30 de marzo de 2016

Expediente N.º J-2016-00381

Lima

JEE Lima Centro 1 (expediente N.º 00049-2016-032)

Elecciones Generales 2016

Recurso de apelación

2.1. Materia jurídica en debate

En el presente caso, corresponde determinar si la exclusión del candidato Vladimiro Huároc Portocarrero, llevada a cabo ante el JEE, respetó el derecho a la defensa y a la adecuada motivación de la resolución, para determinar si transgredió la prohibición contenida en el artículo 42 de la LOP.

2.2.Asunto:

Durante las Elecciones Generales 2016, el ciudadano Vladimiro Huároc Portocarrero, entonces candidato al Congreso de la República por el distrito electoral de Junín, así como a segundo Vicepresidente de la República por la organización política Fuerza Popular, fue excluido del proceso electoral por el Jurado Electoral Especial de Huancayo y por el JEE de Lima Centro 1, en primera instancia, respectivamente, y por el Jurado Nacional de Elecciones, en segunda instancia, luego de haberse resuelto las apelaciones respectivas, como consecuencia de haber ofrecido y entregado víveres de forma directa a los pobladores de la localidad de Satipo, damnificados por un desastre natural, durante el mes de febrero de 2016.

2.3.Antecedentes: informes de fiscalización del JNE

2.3.1. Informes N.º 016-2016-LMSB-DNFPE/JNE y N.º 023-2016-CMLT-CF-JEEHUANCAYO/JNE-EG2016

Mediante el Informe N.º 016-2016-LMSB-DNFPE/JNE y considerando el Informe de Fiscalización N.º 023-2016-CMLT-CF-JEEHUANCAYO/JNE-EG2016, emitido por la coordinadora de

fiscalización del Jurado Electoral Especial de Huancayo, se concluyó que, aproximadamente la última semana del mes de febrero de 2016, el ciudadano Vladimiro Huároc Portocarrero, en calidad de candidato a la Segunda Vicepresidencia de la República por el partido político Fuerza Popular, ofreció la entrega de víveres a pobladores del distrito de Pampa Hermosa, provincia de Satipo, departamento de Junín, como forma de hacer proselitismo, a nombre del partido y de los candidatos.

2.4.Resolución N.º 010-2016-JEE-LC1/JNE

Mediante la Resolución N.º 010-2016-JEE-LC1/JNE, el 21 de marzo de 2016, el JEE de Lima Centro 1 abrió procedimiento de exclusión al candidato y corrió traslado del citado informe N.º 016-2016- LMSB-DNFPE/JNE y de las denuncias formuladas.

2.4.1. Descargos presentados por la organización política Fuerza Popular

El 22 de marzo de 2016, la organización política Fuerza Popular presentó sus descargos, indicando que el 21 de febrero del mismo año, el candidato cuestionado realizó la inauguración de locales partidarios en la selva central. Es

así que, aprovechando su visita en el local de Satipo, los jóvenes voluntarios que apoyaban su candidatura le solicitaron que entregue parte de los víveres que ellos habían recibido para su consumo personal durante la gira de inauguración de locales del partido. Estas donaciones serían a favor de la recolección de bienes que realizó el Comité de Damas de Satipo con la finalidad de apoyar a los pobladores de Pampa Hermosa, damnificados del fenómeno El Niño. Refiere también que los bienes de consumo se entregaron en fecha posterior a dicho acto, cuando el candidato ya no se encontraba en la zona, más aún, que este no llegó al distrito de Pampa Hermosa. Señala, finalmente, que esos bienes no fueron adquiridos ni donados por el candidato, sino que fueron entregados por el Comité de Damas de Satipo a un funcionario de Defensa Civil de la Municipalidad Distrital de Pampa Hermosa, quien a su vez entregó lo recabado a los albergues del lugar, sin mencionar a las personas e instituciones que apoyaron la iniciativa; con lo que el candidato no infringió la norma legal, ya que no participó en la entrega de donativos.

2.5. Resolución N.º 012-2016-JEE-LC1/JNE

Con fecha 23 de marzo de 2016, a través de la Resolución N.º 012-2016-JEE-LC1/JNE, el Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1 declaró fundada la exclusión del candidato Vladimiro Huároc Portocarrero, fundamentando su decisión en que con los videos que obran en los expedientes, se podía comprobar que el candidato participó de un acto proselitista, y de forma directa ofreció y entregó los bienes, informando que dicha entrega se realizaba en nombre de los candidatos y de la organización política que promovía su candidatura. Además, no hizo referencia alguna a que los bienes entregados eran producto de una donación realizada por los jóvenes voluntarios del partido político; evidenciándose haber incurrido en la conducta prevista en el artículo 42 de la LOP.

2.5.1. Recurso de apelación

El 26 de marzo de 2016 el ciudadano Vladimiro Huároc interpuso apelación contra la Resolución N.º 012-2016-JEE-LC1/JNE, fundamentando que el JEE no había motivado debidamente la resolución impugnada, ya que se limitó a realizar un resumen de los hechos; que no se valoró los medios de prueba entregados ni

se compulsó medio probatorio que produzca certeza respecto de la trasgresión; que no se estableció qué actos como candidato a la vicepresidencia cometió para merecer la sanción impuesta; que los videos proporcionados fueron editados por lo que no serían medios de prueba idóneos; que se vulneró su derecho de defensa al no habersele otorgado el uso de la palabra en la audiencia; que no fue un acto proselitista, ya que solo asistieron militantes y simpatizantes; que no se ha reconocido que el candidato únicamente trasladó la decisión de los jóvenes voluntarios de desprenderse de parte de su alimentación para ser entregada al Comité de Damas de Satipo; que no se expuso debidamente las razones por las cuales se sanciona doblemente al apelante; que no se han analizado las declaraciones juradas de los jóvenes que apoyaban al candidato, ni el informe de emergencia emitido por el INDECI; que la norma debe describir un supuesto de hecho estrictamente determinado conforme a los principios de tipicidad y legalidad, así como expresar con claridad y precisión tanto la conducta a ser sancionada, como la sanción que debe aplicarse.

2.6. Fundamentos del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones

A través de la Resolución N.º 0303-2016- JNE de fecha 30 de marzo de 2016, el Pleno del JNE precisa que, como parte del proceso electoral, la normativa prevé etapas que están orientadas a calificar el cumplimiento de los requisitos legales por parte de los candidatos. En ese sentido, el artículo 42 de la LOP incorpora una nueva regla relativa a la forma en que las organizaciones políticas y sus integrantes deben efectuar su propaganda política, por lo que su inobservancia conlleva la sanción de exclusión. Refiere también que en la Resolución N.º 0293-2016-JNE se establecieron las siguientes definiciones: a) actos prohibidos: entregar, prometer u ofrecer; b) objeto: dinero, regalos, dádivas u obsequios de naturaleza económica; y c) mecanismo: de forma directa o a través de terceros. En ese sentido, la mencionada resolución precisó que la única excepción se da en aquellos bienes que constituyan propaganda electoral, en cuyo caso no deberán exceder del 0.5% de la UIT por cada objeto entregado.

2.6.1. Respecto de la presunta afectación del derecho de defensa

El impugnante señaló como uno de sus argumentos que el JEE no habría determinado los actos que cometió como candidato a la vicepresidencia.

Asimismo, al no habersele otorgado el uso de la palabra, se le recortó su derecho a la defensa. Sin embargo, sí se le corrió traslado del informe de Fiscalización, a fin de que efectúe sus descargos, así como también se le hizo de conocimiento de la Resolución N.º 012-2016-JEE-LC1/JNE, a través de la cual el JEE emitió el correspondiente pronunciamiento en relación con los hechos denunciados; por lo que no puede alegar que no tuvo conocimiento de los cargos que se le imputaron ni sostener que no se le indicaron los hechos por los que el candidato habría vulnerado el artículo 42 de la LOP.

De igual modo, respecto de que no se le habría permitido ejercer su derecho de defensa, por no habersele otorgado el uso de la palabra, el Pleno del JNE refiere que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 03415-2010-PHC/TC, consideró que no informar oralmente no restringe el derecho a la defensa, siempre que se presente la posibilidad de materializar este derecho a través de medios escritos, lo que ha ocurrido en este caso, ya que el recurrente tuvo la oportunidad de presentar sus descargos por escrito; por lo que no se afectó su derecho de defensa.

2.6.2. Respetto de la valoración de los medios de prueba y la debida motivación de la resolución impugnada

El ciudadano Vladimiro Huároc Portocarrero presentaba dos candidaturas por el partido político Fuerza Popular, una a la segunda Vicepresidencia de la República y otra al Congreso de la República por el distrito electoral de Junín. Analizados los actuados, se verificó que existía coincidencia en dos puntos importantes: primero, que los hechos materia de análisis son los mismos; y, segundo, la identidad de quien realizó el acto también es la misma; a pesar de lo cual el recurrente indicó que el JEE no valoró los medios de prueba que acreditarían que no trasgredió el artículo 42 de la LOP. Sin embargo, considera el Pleno del JNE, el JEE actuó de acuerdo al procedimiento, pues solicitó de oficio la información correspondiente, ante un pedido de exclusión, ya que al tener como consecuencia la sanción más grave, no se pueden considerar como medio de prueba suficiente los hechos alegados por los denunciados.

En ese sentido, continúa el Pleno del JNE, el JEE sí realizó un análisis de los medios de prueba existentes, ya que cumplió con señalar cuáles lo llevaron a motivar objetivamente la exclusión (los videos y los informes de fiscalización obrantes en el expediente); por lo que no se puede amparar el argumento del

recurrente de que el candidato simplemente “trasladó” la intención de los jóvenes voluntarios.

Asimismo, respecto de las declaraciones juradas adjuntadas como pruebas, estas expresan una decisión unilateral, más aún cuando algunas son testimonios de militantes y simpatizantes de su organización política; por lo que, conforme se han señalado en pronunciamientos anteriores, su sola presentación no configura elemento suficiente para acreditar la ocurrencia o negación de un hecho.

Por ello, al haberse probado que el ciudadano Vladimiro Huároc Portocarrero, en su condición de candidato, ofreció y entregó bienes de consumo a un tercero, el Pleno del JNE consideró que existe motivación y conexión lógica entre lo analizado y lo resuelto.

2.7.Decisión

Mediante la Resolución N.º 303-2016-JNE, y sobre la base de los fundamentos expuestos, el Pleno del JNE declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por la organización política Fuerza Popular; en consecuencia, confirmó la Resolución N.º 012-2016-JEE-LC1/JNE que declaró fundada la solicitud de exclusión de Vladimiro Huároc

Portocarrero como candidato a la segunda Vicepresidencia de la República, en el marco de las Elecciones Generales 2016.

2.8. Apreciación crítica de la investigación

En este caso también para el Jurado Nacional de Elecciones la vulneración a la norma fue clara y fehaciente con las pruebas presentadas, pues el candidato Vladimiro Huároc ofreció y entregó bienes de consumo a pobladores de una determinada localidad, con lo cual se habría configurado la prohibición estipulada en el artículo 42 de la LOP. Además, precisó que si bien el señor Huároc ostentaba dos candidaturas, a la segunda Vicepresidencia y al Congreso de la República, al haberlo excluido la sanción recae sobre la persona, mas no en el cargo, por lo cual no habría doble sanción. Sin embargo, como en el caso anterior, al señor Vladimiro Huároc también se le sancionó al amparo de una norma desproporcionada, mal redactada, que además, como ya se ha mencionado, por el hecho de entregar u ofrecer dádivas no significa que se va a ganar el cargo al cual se está postulando, por lo que a todas luces resulta ser lesiva para el derecho de participación política reconocido en nuestra Constitución, pues son los ciudadanos los que finalmente deciden por quién votar, al margen de los ofrecimientos o dádivas que hayan recibido,

debido a que pese a ser una práctica antidemocrática, no define el resultado final de una elección.

3. Análisis de la sentencia del caso Keiko Fujimori Higuchi

Resolución N.º 0310-2016-JNE

Fecha: 31 de marzo de 2016

Expediente N.º J-2016-00380

Lima-Lima-Lima

JEE Lima Centro 1 (expediente N.º 00049-2016-032)

Elecciones Generales 2016

Recurso de apelación

3.1. Materia jurídica en debate:

En este caso, corresponde determinar si la candidata Keiko Sofía Fujimori Higuchi ha incurrido en la vulneración del artículo 42 de la LOP.

3.2.Asunto:

Para la exclusión de la señora Keiko Fujimori Higuchi, candidata a la presidencia de la república, se presentaron cinco solicitudes de exclusión por parte de ciudadanos, quienes aseguraban que dicha candidata había vulnerado el artículo 42° de la Ley de Organizaciones Políticas, pues la candidata presidencial habría participado indirectamente en la entrega de dádivas como parte de un evento proselitista, configurándose de esta manera la infracción al artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas.

3.3.Antecedentes:

Los argumentos que sustentan dichas solicitudes son los siguientes:

- a) El 14 de febrero de 2016 se llevó a cabo un concurso de baile urbano y hip hop organizado por Factor K (grupo de jóvenes asociado al partido político Fuerza Popular), en la cual la candidata presidencial participó en el reparto de sobres con dinero en efectivo, configurándose de esta manera la infracción al artículo 42 de la

Ley de Organizaciones Políticas al haber participado indirectamente en la entrega de dádivas como parte de un evento proselitista.

- b) Según el perfil del personero legal de dicha agrupación política, el evento se realizó en estrecha coordinación con su partido, pues la coordinadora de Factor K hace mención a la señora Fujimori como su lideresa.
- c) El evento cuestionado fue programado inicialmente como un concurso de baile; sin embargo, resultó siendo un evento de naturaleza proselitista, ya que contó con la intervención de la señora Keiko Fujimori en su condición de candidata a la Presidencia de la República, así como de candidatos al Congreso por el partido político Fuerza Popular. Es más, todos ellos llevaban polos y símbolos alusivos al partido, inclusive lanzaron voces de apoyo a la candidata presidencial. También hubo pancartas alusivas a la campaña presidencial. Hay que tener en cuenta que este evento se realizó cuando la campaña electoral ya se había iniciado.
- d) La señora Fujimori no puede ser considerada como una invitada más al referido evento, pues constan en los videos propalados en los medios de comunicación que la candidata tuvo una participación fundamental en el desarrollo del mismo, ya que ella daba las indicaciones respecto a quiénes debían entregarse los premios. Más aún, ella misma ha reconocido su participación en la organización del evento diciendo: “hemos hecho un concurso nacional en Trujillo, un concurso nacional en Arequipa, otro

tercero aquí en el Callao y estamos preparando estas eliminatorias para hacer la gran final en la última semana de marzo”.

- e) Si bien la candidata Keiko Fujimori no ha sido la que entregó directamente el dinero (dentro de los sobres); no obstante, estuvo en todo momento acompañando a la persona que lo entregó e inclusive indicó a quiénes había que darles los sobres. Por ende, la entrega del dinero se realizó con la autorización de la candidata, y más todavía cuando el monto entregado en cada sobre superó el tope establecido del 0.5% de la UIT (S/ 19.75), ya que se repartieron S/ 900 (novecientos y 00/100 soles) en tres sobres diferentes, es decir, cada uno contenía S/ 300 (trescientos y 00/100 soles), incumpléndose de esta manera con el artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas, en tanto esta norma proscribe también la entrega de dádivas a través de terceros.
- f) Asimismo, otra de las denuncias fue por el hecho de haber contratado mil mototaxistas a razón de 40 soles cada uno, para acompañar a la caravana de la candidata presidencial en la localidad de Chota en la visita proselitista realizada el 2 de marzo de 2016.
- g) Una más por la donación de dinero y de artefactos eléctricos en los mítines realizados en Lima, Bagua y Cajamarca, pues afirmaron que el 7 de febrero de 2016 se habría realizado un sorteo de electrodomésticos en el Parque Túpac Amaru, auspiciado por

el partido político Fuerza Popular, y que constantemente la candidata presidencial Keiko Fujimori entregaba víveres y regalos diversos en sus reuniones con mujeres lideresas.

3.4. Informes emitidos:

En ese sentido, obran dos informes de la Dirección Nacional de Fiscalización y Procesos Electorales, a solicitud del Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1, respecto a las denuncias presentadas, de las cuales el Informe N.º 010- 2016-LMSBR-DNFPE/JNE (primer informe), de fecha 9 de marzo de 2016, señaló que los medios probatorios presentados no resultaron idóneos, ya que no permitieron evidenciar fehacientemente la infracción a la prohibición de entrega de dádivas ni tampoco se pudo determinar la naturaleza del evento en mención.

De igual forma, las demás denuncias también fueron desestimadas, ya que no presentaron medios probatorios; no demostraron que se haya llevado a cabo ni que se hayan entregado los artefactos electrodomésticos; y no pudiéndose determinar la realización del hecho denunciado, respectivamente.

El informe concluye precisando que los hechos denunciados no han sido acreditados con medios probatorios idóneos y que además no se estableció indubitablemente la naturaleza del evento en el que se realizó la entrega de dinero, por lo que no fue posible determinar la configuración de la infracción.

A consecuencia de lo anterior –y debido a los miles de cuestionamientos recibidos- el 14 de marzo, el Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1 solicitó mediante la Resolución N.º 007-2016-JEE-LC1/JNE, la ampliación del informe de fiscalización, teniendo como respuesta el Informe N.º014-2016-LMSBRDNFPE/JNE (segundo informe), en el que se resaltó lo siguiente:

El evento fue un concurso de baile en el que participaron los candidatos y la lideresa de su partido político, candidata a la presidencia de la República, tratándose en este caso de un evento en el que se difundió propaganda electoral y siendo además que fue de carácter masivo, habiéndose por lo tanto desarrollado actos proselitistas. Se advierte también que la entrega del premio fue realizada por un militante de la organización política Fuerza Popular.

Concluye que el evento del 14 de febrero de 2016 se trataría de un evento organizado por Factor K, colectivo que habría recibido apoyo del partido político Fuerza Popular, donde difundieron propaganda electoral y se desarrollaron actos de naturaleza proselitista y de

carácter masivo. Señala también que en dicho evento la entrega del dinero -es decir, el premio- fue realizado por un militante del aludido partido político, dinero que habría sido proporcionado por un ex candidato de dicho partido político al Consejo Regional del Callao.

3.5. Resolución N.º 008-2016-JEE-LC1/JNE:

el 17 de marzo de 2016, el Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1, tomando en consideración los hechos relatados en las denuncias y valorando los informes mencionados anteriormente, emitió dicha resolución mediante la cual decidió abrir procedimiento de exclusión a la señora Keiko Fujimori como candidata a la presidencia de la República, por la presunta vulneración del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas. Para ello, se ordenó correr traslado del informe de fiscalización al personero legal del partido político Fuerza Popular, a fin de que efectúen sus descargos correspondientes.

3.5.1. Descargos presentados por la organización política Fuerza Popular

Con fecha 19 de marzo del mismo año, formularon sus descargos con los siguientes argumentos: El evento fue organizado totalmente por Factor K, colectivo que se encargó de financiar los premios y de solicitar las autorizaciones y permisos correspondientes; asimismo, refieren que Factor K no forma parte del partido político Fuerza Popular ni la líder de dicho colectivo milita en su partido; precisan que dicho evento fue una actividad cultural destinada a premiar y reconocer el esfuerzo de los jóvenes dedicados a la danza urbana, y que solo con la llegada de la candidata Fujimori y de los candidatos al Congreso es que se desarrollaron actos de naturaleza proselitista con la distribución de propaganda; indican, además, que no se puede considerar el evento como uno masivo, ya que si bien fue realizado en la vía pública, su carácter fue restringido; del mismo modo, sobre la entrega de dinero, indicaron que la candidata Fujimori solo participó como invitada del evento y no de forma directa o indirecta en la entrega de dádivas; finalmente, sostienen que el dinero entregado fue un premio, esto es, una recompensa por un mérito o servicio, mas no un regalo o dádiva.

3.6.Pronunciamiento del Jurado Electoral Especial

Ante ello, el 23 de marzo de 2016, a través de la Resolución N.º 011-2016-JEE-LC1/JNE, el Jurado Electoral Especial Lima Centro 1 emitió pronunciamiento declarando infundadas las solicitudes de exclusión interpuestas contra la candidata a la presidencia de la República por el partido político Fuerza Popular, Keiko Sofía Fujimori Higuchi, en el marco de las Elecciones Generales 2016. Los fundamentos empleados en la citada resolución fueron esencialmente los siguientes:

1) Se reconoce que el artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas resulta aplicable al proceso electoral en curso por cuanto se trata de una norma vigente, de conformidad con la teoría de los hechos cumplidos reconocida en el artículo 103 de la Constitución, que no supone una variación de los requisitos de postulación ni las reglas del valor de los votos emitidos y su transformación en escaños, y que tiene por finalidad salvaguardar que la propaganda electoral sea realizada conforme a los principios de igualdad y equidad así como que las votaciones reflejen la expresión espontánea, libre y auténtica de los ciudadanos. Se justifica la sanción al candidato en tanto la conducta prohibida implica una grave perturbación al normal desarrollo del proceso electoral.

2) Se identifica, a partir de los criterios expresados en la Resolución N.º 196-2016-JNE, de fecha 8 de marzo de 2016, que el elemento constitutivo para la configuración de la causal de exclusión es que la entrega, promesa u ofrecimiento sea realizado en un acto proselitista.

3) Se precisa que si bien es cierto los conceptos de proselitismo político y propaganda electoral se encuentran estrechamente relacionados, ya que ambos apuntan a ganar el respaldo del elector, se trata de conceptos disímiles, en tanto el primero involucra una acción personal o directa por parte del candidato; mientras que el segundo, a medios indirectos para persuadir al elector, tales como la radio y la televisión.

4) Se reafirma que la aplicación de la sanción establecida en el mencionado artículo 42 requiere de la concurrencia de los supuestos constitutivos de la conducta prohibida y de la inequívoca verificación de los hechos, en concordancia con los principios básicos del derecho administrativo sancionador, tales como los principios de legalidad, tipicidad, causalidad y razonabilidad.

5) Se constata que la candidata presidencial, Keiko Sofía Fujimori Higuchi, no realizó en forma directa ni indirecta la entrega de dinero o dádiva, sino que asistió en calidad de invitada a participar en la premiación final de un concurso de baile; más aún, que el individuo que entrega el premio es una persona distinta. Resalta, además, que la

candidata no tiene una actitud de persuasión hacia los asistentes del evento, sino que se circunscribe a hacer observaciones sobre el mismo.

6) Se considera que para que se acredite la entrega de dinero a través de terceros, **la norma exige que se acredite que el dinero que se pretende entregar proviene del patrimonio del candidato**⁴¹ y que este ha sido entregado a un tercero para que actúe como intermediario para la remisión al destinatario final. Pero ello no resulta aplicable al caso, ya que se trata de la entrega de premios a los ganadores de un concurso de baile por parte de personas que no estuvieron afiliadas a dicho partido político.

7) Se observa, a partir de las imágenes analizadas, que el evento del 14 de febrero de 2016 es de naturaleza cultural y que en él participan jóvenes desarrollando bailes de danza urbana. La participación como invitados de los candidatos al Congreso por Fuerza Popular no evidencia una conducta prohibida, pues se trataba de la final de un concurso de baile organizado por el colectivo Factor K, mas no por la organización política, conforme lo demuestra la solicitud de autorización presentada a la Municipalidad de Carmen de la Legua – Reynoso.

⁴¹ Es preciso mencionar que la norma no contempla este requisito, pues, lamentablemente fue un argumento inventado por los jueces que conformaron el Jurado Electoral Especial de Lima Centro 1; tal es así que ante las apelaciones presentadas, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones decidió no recoger ni pronunciarse sobre este punto (RESOLUCION N° 011-2016-JEE-LC1/JNE).

8) De otro lado, la organización política no ha negado el nexo que habría existido con el colectivo Factor K, sino que ha reconocido los aportes económicos realizados, pero ha precisado que estos tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia de la prohibición legal. Se entiende que el discurso pronunciado por la candidata presidencial en la Universidad de Harvard en octubre de 2015 corresponde a dicho contexto.

9) Finalmente, no se ha acreditado con medios probatorios idóneos la configuración de la conducta prohibida en relación a los supuestos servicios médicos gratuitos ofrecidos y al sorteo de artefactos que se habrían desarrollado el 7 de febrero de 2016.

10) En el caso de los mototaxistas de la provincia de Chota, se trató de la contraprestación por un servicio brindado.

3.7. Resolución N.º 0310-2016-JNE, emitida por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones

Sin embargo, como respuesta a dicha decisión se presentaron diversos recursos de apelación por parte de los ciudadanos que no estuvieron de acuerdo con ella, los que fueron declarados infundados a través de la Resolución N.º 310-2016-JNE, pues contó

con el voto de 3 contra 2 magistrados quienes votaron a favor de que la señora Keiko Fujimori continúe como candidata presidencial a la República. Estos fueron los principales argumentos:

Ha quedado acreditado que el Concurso de “Hip Hop y Break Dance”, realizado el 14 de febrero de 2016, en el que se entregaron tres premios en dinero (S/. 300 con 00/100 soles, cada uno) a los participantes que resultaron ganadores, fue organizado por el colectivo denominado Factor K. En dicho evento, estuvo presente la candidata Keiko Fujimori durante la entrega de premios a los ganadores.

Con relación a la naturaleza del evento, precisan que la campaña electoral comprende tanto el proselitismo como la propaganda; por lo que, en el caso bajo estudio, en el evento mencionado se difundió propaganda electoral porque fue un evento público de carácter masivo.

Entonces, les quedó claro que la candidata Keiko Sofía Fujimori Higuchi, así como las personas que portaban camisetas y carteles alusivos al partido político Fuerza Popular y ciertos candidatos al Congreso de la República, no solo desplegaron propaganda en sentido estricto, sino que efectuaron actos de proselitismo con el fin de dar a conocer a su organización política y así poder obtener un mayor número de votantes.

De este modo, la propaganda y los actos proselitistas presentados en el evento del 14 de febrero de 2016 revelan que el partido político Fuerza Popular y el denominado colectivo Factor K guardan un vínculo estrecho para la realización de este tipo de eventos. Más aún, cuando se ha verificado que dicho partido político ha financiado a Factor K con la entrega de dinero en diversos momentos del año 2015.

Asimismo, si bien esta actividad se inició como una denominada actividad cultural, la presencia del gran número de candidatos y público que concurrieron, la propaganda electoral presente y el propio accionar de estos, permite concluir que se han realizado actividades proselitistas en una actividad de índole cultural, concluyendo que el referido evento sí tiene carácter proselitista.

Sin embargo, pese a los medios probatorios y a lo alegado por las partes, no se ha acreditado que la candidata a la Presidencia de la República, Keiko Fujimori, haya efectuado la entrega o el ofrecimiento de dádivas por medio de un tercero, por lo que no se puede presumir, sino que, debe ser acreditado con medios probatorios idóneos que permitan comprobar de manera fehaciente e indubitable la infracción del artículo 42 de la Ley de Organizaciones Políticas.

Finalmente, respecto a la entrega de dádivas a través de terceros, debe probarse debidamente la orden, el encargo o la influencia directa que ejerció la candidata en la

persona que entregó la dádiva. Por ello, no basta una relación política o personal entre ambas partes, sino que, debe acreditarse con algún medio probatorio, o indicio cuando menos, de que el dinero entregado provino de orden, encargo o influencia directa de la candidata; por lo que desestimaron los recursos de apelación presentados.

Es importante traer a colación el fundamento adicional de voto y reflexión del magistrado Francisco Távara Córdova, entonces Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, quien, a manera de opinión, dijo lo siguiente:

El objetivo de la propuesta era evitar que en las campañas electorales se utilicen medios que no se condigan con las buenas prácticas electorales. Sin embargo, más allá de carecer de fundamentación o exposición de motivos, su redacción fue defectuosa e insuficiente ya que no incluyó una gradualidad en las sanciones, no se tipificó de una mejor manera el supuesto de entrega directa, entre otros.

Por ello, oportunamente, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones solicitó que el mismo Congreso de la República subsanara estas deficiencias, más aún cuando su publicación y entrada en vigencia se realizó a poco más de dos meses de convocado el proceso electoral, esto es, la convocatoria se efectuó el 14 de noviembre 2015 y la publicación de la Ley N° 30414, el 17 de enero de 2016.

El Expresidente del Jurado Nacional de Elecciones, recuerda el accidentado proceso de gestación de esta ley, resumiéndola así:

“El 14 de junio de 2013, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República aprobó el dictamen de diversos proyectos de ley que modificaban la entonces Ley de Partidos Políticos. Luego de hasta dos textos sustitutorios (11 de setiembre de 2014 y 3 de setiembre de 2015), con el proyecto de ley del congresista Jaime Delgado presentado, se genera un tercer texto sustitutorio (9 de setiembre de 2015), en el cual ya se incorpora la posible exclusión de un candidato por incurrir en la entrega de dádivas. Es el cuarto texto sustitutorio de esta propuesta (17 de setiembre de 2015), con algunas modificaciones, el que se somete a votación del Pleno del Congreso de la República el 1 de octubre de 2015 y fue aprobado en esa fecha, pero, por errores materiales, nuevamente debió ser votado el 22 de octubre de 2015, fecha en la cual la autógrafa fue remitida al Poder Ejecutivo. El Presidente de la República, el 12 de noviembre de 2015, observó dicha autógrafa y, dos días después, convocó a Elecciones Generales 2016. Sin embargo, con dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento (24 de noviembre de 2015), el Pleno del Congreso de la República aprobó por insistencia esta propuesta y la remitió al Poder Ejecutivo (15 de diciembre de 2015). La publicación de esta ley no se produjo sino hasta el 17 de

enero de 2016. Tampoco se dispuso su reglamentación por parte del Poder Ejecutivo, como en los casos de Ley que crea la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral o la Ley que crea el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (Redereci), probablemente porque el Poder Legislativo la entendió como una norma totalmente autoaplicativa”.

Precisó también que el Congreso de la República, más allá de la buena intención, finalidad o propósito loable que lo haya inspirado, recogiendo esta nefasta experiencia, debió efectuar normativamente las aclaraciones, interpretaciones o modificaciones correspondientes; y que la democracia peruana se lo reconocerá.

Sin embargo, también está el voto en minoría de los magistrados Baldomero Elías Ayvar Carrasco y Carlos Alejandro Cornejo Guerrero, miembros titulares del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, en el que manifestaron lo siguiente:

“A efectos de establecer la comisión de la infracción contenida en el artículo 42 se deberán evaluar los siguientes elementos: a) que la conducta esté acreditada con medios probatorios idóneos, b) que haya sido desplegada en el marco de un proceso electoral, c) que se haya realizado en un evento

proselitista o de amplia difusión, d) que el candidato haya sido quien en forma directa o a través de tercero efectuó la entrega, promesa u ofrecimiento de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de naturaleza económica y e) que el valor pecuniario de lo ofrecido o entregado resulta ser significativamente mayor al límite que impone la ley en caso se trate de objetos que se consideren propaganda electoral. Estos son criterios o factores a evaluarse en el caso concreto tomando en cuenta el contexto en que se realiza la conducta, ellos no son únicos y no constituyen necesariamente requisitos para la configuración de la infracción”.

En conclusión, ambos integrantes sustentaron lo siguiente:

(...) se aprecia que la norma prohíbe y sanciona la entrega de dinero, regalos, dádivas u otros obsequios de carácter económico; entrega que, en el presente caso, ha sido realizada por la candidata presidencial Keiko Sofia Fujimori Higuchi, de manera voluntaria y consciente sobre su conducta desplegada, con la mera ayuda o facilitación de otra persona. En efecto, como se ha advertido de las propias expresiones y conducta de la candidata, ella ha organizado, dirigido y conducido la entrega del dinero dentro de un evento de carácter proselitista con propaganda política y en el marco de un proceso electoral, por

lo que dicha actividad la ha realizado con beneplácito, de manera consciente y voluntaria (...).

3.8. Apreciación crítica de la investigación

Este caso en particular fue el que más polémica generó, pues para muchos la candidata Keiko Fujimori sí había incurrido en la infracción del artículo 42, dado que era evidente la finalidad que buscaba obtener, cual es la de captar más votos para poder ser elegida como presidenta de la República; sin embargo, para otros sucedía lo contrario.

Cabe precisar que, si bien es cierto, la candidata tuvo una participación muy activa en dicho evento, pues no solo entregó premios, sino que dirigió o presidió todo el desarrollo de este, también lo es, que durante la entrega de premios, según se desprende de los informes mencionados, este consistía en dinero efectivo, el cual fue entregado en sobres cerrados. Lamentablemente, para la mayoría de magistrados del Pleno del JNE el dinero debió haberse visualizado, por así decirlo; sin embargo, no se logra comprender qué otra cosa más se pudo haber entregado en dichos sobres.

Insistimos, los únicos que deberían elegir a sus propias autoridades son los ciudadanos, pues no se les debe limitar la elección del candidato a quien finalmente le darán su voto, debido a que no está probado de ninguna manera que por ofrecer o entregar alguna dádiva se vaya a votar de manera obligatoria por esa persona o candidato.

En ese entendido, los candidatos excluidos durante las Elecciones Generales del 2016 por “haber ofrecido o entregado dádivas”, fueron sancionados por una figura que no determina un resultado final, pues no existe estudio o prueba alguna que demuestre de manera indubitable que una persona (candidato) vaya a ganar la elección por el solo hecho de entregar u ofrecer dádivas, ya que en nuestro país - y así lo dice la historia- en todo momento ha prevalecido la democracia, dado que no se conoce que algún gobierno haya llegado al poder gracias a las dádivas.

4. Análisis de la sentencia del caso Pedro Pablo Kuczynski Godard

Resolución N.º 0360-2016-JNE

Fecha: 08 de abril de 2016

Expediente N.º J-2016-00458

Lima

JEE Lima Centro 1 (expediente N.º 00047-2016-033)

Elecciones Generales 2016

Recurso de apelación

a. Materia jurídica en debate

En el presente caso, se debe determinar si el ciudadano Pedro Pablo Kuczynski Godard, candidato a la Presidencia de la República, del partido político Peruanos Por el Cambio, ha transgredido la prohibición contenida en el artículo 42 de la LOP.

b. Asunto:

El señor Pedro Pablo Kuczynski Godard, candidato a la presidencia de la república por el partido político “Peruanos Por el Kambio” durante las Elecciones Generales 2016 (hoy expresidente de nuestra república), también fue procesado bajo el amparo del artículo 42. Se le atribuyó haber regalado quince (15) cajas de cerveza, botellas con licor de caña y bolsas de hoja de coca a los pobladores del distrito de Sapallanga, durante la celebración de una actividad comunal denominada Akshu Tatay, barrio Mariscal Castilla (Pampa San Isidro de Sapallanga), al cierre de un discurso de carácter proselitista realizado el 30 de enero de 2016.

c. Informe emitido

La Dirección Nacional de Fiscalización y Procesos Electorales (DNFPE), mediante el Informe N.º 012-2016-HJCG-DNFPE/JNE, de fecha 28 de marzo de 2016, concluyó que el señor Mauro Mauricio Vila Bejarano, también candidato al Congreso de la República (quien hizo las veces de animador, el día sábado 30 de enero de 2016, en el escenario preparado para la fiesta de la comunidad del distrito de Sapallanga, provincia de Huancayo, departamento de Junín) **mencionó** que el candidato a la presidencia de la república, Pedro Pablo Kuczynski Godard, no había concurrido con las manos vacías, sino también con “quince cajas de cerveza, coquita y cañita”; sin embargo, de las pruebas aportadas (video) se observa **en dicho acto** al citado candidato **como actor pasivo**, ya

que **NO** se visualiza que hizo entrega de dichos obsequios de manera conjunta, ni de forma directa a los ciudadanos del lugar, mucho menos haber manifestado públicamente su entrega, pues al candidato le alcanzan una botella con licor de cañazo y bolsas de hoja de coca, los cuales fueron recibidos por este y transferidos a la ciudadanos del lugar. Además, no se pudo determinar quiénes le dieron ni a quiénes entregó dichos productos.

I. Descargos efectuados por el personero legal del partido

El 1 de abril de 2016, el personero legal del partido político Peruanos Por el Cambio presentó sus descargos e indicó que si bien el candidato presidencial asistió a la ceremonia comunal Akshu Tatay realizada el 30 de enero de 2016 en el distrito de Sapallanga, provincia de Huancayo; sin embargo, no realizó ningún tipo de ofrecimiento o confirmación de lo manifestado por el candidato Mauro Mauricio Vila Bejarano. Asimismo, refirió que la calificación de actor pasivo no puede ser interpretada como el consentimiento o confirmación de los ofrecimientos del referido candidato congresal. Por lo tanto, no está demostrado que el candidato presidencial haya incurrido en la prohibición de entregar, prometer u ofrecer dádivas, regalos u obsequios de forma directa o a través de un tercero.

d. Resolución N.º 013-2016-JEE-LC1/JNE

El 1 de abril de 2016, a través de dicha resolución, el JEE declaró infundada la solicitud de exclusión porque consideró que, a pesar de que en los videos se observa que Mauro Mauricio Vila Bejarano hace referencia directa al candidato presidencial e indica que llevó consigo “quince cajas de cerveza, cañita y hojas de coca para cada uno de los barrios asistentes”, también consta y se aprecia que el candidato presidencial no fue quien ofreció la entrega de dichos bienes en ninguna parte de su discurso ni de forma directa ni indirecta. Además, si bien es cierto que se observa al candidato presidencial participando en la entrega de presuntas botellas de licor y de bolsas de hojas de coca, también lo es que este actúa como un intermediario, pues una persona no identificada proporcionó el producto y otra lo recibió. En conclusión, en este caso específico, no existe medio probatorio que de forma inequívoca e indubitable acredite la configuración de la conducta prohibida descrita en el artículo 42 de la LOP.

Sin embargo, el 6 de abril se presentó un recurso de apelación en el que se precisó que en dos diarios locales se demostró que el candidato presidencial realizó la entrega de quince cajas de cerveza. Hecho corroborado por un medio radial; y que, además, dicho

candidato no formuló oposición, al contrario, levantó los brazos en señal de conformidad ante el público asistente.

- e. Resolución N.º 0360-2016-JNE, emitida por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones

Los miembros del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, luego de haber analizado los hechos ocurridos en el presente caso, además de haber revisado los informes sobre los videos propalados en varios medios de comunicación, llegaron a la siguiente conclusión:

Respecto del ofrecimiento expreso, precisaron que la falta de oposición no debe ser entendida como un asentimiento tácito; asimismo, al tratarse de una conducta prohibida, la omisión o el silencio tampoco puede ser interpretado como una manifestación de voluntad, pues conforme al artículo 142 del Código Civil, el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado, circunstancia que no se regula para este supuesto. En este caso, ha quedado acreditado que el candidato cuestionado no realizó algún ofrecimiento expreso sobre la entrega de cervezas, licor de caña y hojas de coca; por ello, la falta de oposición alegada no puede ser considerada como una aceptación.

Del mismo modo, el ofrecimiento directo implica que sea el mismo candidato quien realice la acción, de modo tal que aun cuando se refiere a que el candidato presidencial trajo los obsequios, dicha afirmación no representa una manifestación directa de este, ya que constituye la declaración de un tercero. Un criterio similar al señalado fue establecido en la Resolución N.º 0314-2016-JNE en la que se precisó que deben existir medios probatorios fehacientes que acrediten que encargó a otra persona la entrega de dádivas.

Indican que también se visualiza una segunda escena, en la cual se observa lo siguiente: “*i*) a un grupo de personas, entre las cuales se encuentra el candidato presidencial y sus candidatos congresales, *ii*) entre dichas personas (candidatos y ciudadanos no identificados) se distribuyen bolsas con hoja de coca y botellas con licor de caña, *iii*) el reparto o distribución es dirigido por quienes se ubican a los costados del candidato presidencial, y *iv*) en alguna oportunidad estos bienes son entregados al candidato presidencial para transferirlos a los ciudadanos que se acercan al grupo”. Los hechos y las imágenes han sido extraídos de los videos.

Sobre este particular, es importante precisar que en la Resolución N.º 0310-2016-JNE, del 31 de marzo de 2016, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, por mayoría,

estableció lo siguiente: “Además, este Pleno ha podido además constatar, de los videos y demás medios probatorios presentados, que la señora Keiko Sofía Fujimori Higuchi **no fue la única candidata que acudió al referido evento, sino que también participaron diversos postulantes al Congreso de la República de la misma agrupación política, por lo que los medios probatorios deberían acreditar, de manera fehaciente e indubitable, quién o quiénes fueron los que dieron la orden, efectuaron el encargo o ejercieron algún tipo de influencia directa en la persona que finalmente realizó la entrega**” (sic).

Es decir, al tratarse de la imposición de una sanción grave (exclusión de candidato), “la norma no puede ser interpretada de manera extensiva a supuestos de hecho que no satisfagan plenamente el principio de tipicidad”; más aún si ha quedado descartado, como en el presente caso, que se trata de una entrega directa de regalos, dádivas u obsequios de naturaleza económica.

En ese sentido, si bien se corrobora que en algunas oportunidades los mencionados bienes son entregados al candidato para que este a su vez los reparta a otros sujetos, no está acreditado de forma objetiva que el candidato dirija esta acción, pues no se verifica que decida a quiénes se debe entregar el obsequio. Además de ello, se debe tener en cuenta

que con el candidato presidencial intervienen algunos candidatos congresales que sí desempeñan un rol activo. En consecuencia, la ausencia de una intervención o la participación activa del candidato cuestionado respecto a la entrega de dádivas, impide que se configure la conducta típica establecida en el artículo 42 de la LOP.

Asimismo, se distingue un tercer suceso a través del cual un reportero le formula al candidato la siguiente pregunta: “¿Quince cajas de cerveza, dicen?”. Pero cuya respuesta fue: “hay cerveza, sí, pero también esas botellas que parecen de Kola Real, es otra cosa”. No obstante, estas declaraciones, no pueden entenderse de ningún modo como una aceptación respecto a la entrega de dichos bienes por parte del candidato. Sumado a ello, es importante mencionar que en ninguno de los videos se visualiza la distribución, reparto o entrega de cervezas; por lo tanto, no puede establecerse de manera fehaciente que el candidato ofreció o entregó esas bebidas.

Para finalizar, sostuvieron que los recortes periodísticos no son medios probatorios idóneos para acreditar la conducta prohibida, debido a que únicamente transmiten información referida a la participación del candidato en dicho evento, mas no contienen ningún dato o elemento adicional a los que ya fueron analizados por el Colegiado electoral en el presente caso.

En ese sentido, concluyeron que “no está debidamente acreditado que el 30 de enero de 2016 el candidato Pedro Pablo Kuczynski Godard efectuó la entrega, promesa u ofrecimiento de reglaos, dádivas u obsequios de naturaleza económica, por lo que corresponde desestimar el recurso de apelación y confirmar la resolución impugnada”.

Por lo tanto, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, con el fundamento de voto del magistrado Baldomero Elías Ayvar Carrasco, y el voto en minoría del magistrado Carlos Alejandro Cornejo Guerrero, resolvió declarar infundado el recurso y confirmó la Resolución N.º 013-2016-JEE-LC1/JNE.

f. Apreciación crítica de la investigación

En este caso, quedó demostrado que el candidato no intervino de manera directa en la entrega de las dádivas, pues no se puede inferir que con su silencio haya quedado asentada su voluntad. Además, también quedó demostrado que el candidato presidencial no efectuó ninguna entrega ni mucho menos algún ofrecimiento; al contrario, fue el candidato congresal quien hizo el ofrecimiento. Adicionalmente, como en el caso de la señora Keiko Fujimori, el Pleno del Jurado determinó que “los medios probatorios

deberían acreditar, de manera fehaciente e indubitable, quién o quiénes fueron los que dieron la orden, efectuaron el encargo o ejercieron algún tipo de influencia directa en la persona que finalmente realizó la entrega”; sin embargo, esta es la interpretación que se le ha dado a la norma, ya que esta explícitamente no lo determina así, debido a que es poco clara, más aún cuando carece de un reglamento.