

INFORME N° 156-2021-GAP/JNE

A	:	Dr. Jorge Luis Salas Arenas Presidente del Jurado Nacional de Elecciones
Asunto	:	Opinión técnica sobre proyecto de ley N° 0692/2021-CR, que propone modificar el artículo 30 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
Referencia	:	Oficio N° 0728-2021-2022-CDRGLMGE-CR Exp. ADX-2021-205704
Fecha	:	Lima, 08 de diciembre de 2021

Tengo el honor de dirigirme a usted para saludarlo muy cordialmente y, a la vez, en atención al encargo conferido por su Despacho, informarle lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

Se solicitó al Gabinete de Asesores de la Presidencia del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) brindar opinión técnico legal sobre el proyecto de ley del asunto, remitido por la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado, proyecto que tiene por objeto modificar el numeral 3) del artículo 30 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales a fin de preservar la idoneidad de los funcionarios públicos elegidos a cargos de elecciones populares.

En ese sentido, se solicita que este Gabinete de Asesores emita un informe evaluando la propuesta legislativa, analizando si cumplen con lo establecido en la legislación electoral vigente.

II. BASE NORMATIVA

- Constitución Política del Perú
- Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales
- Ley N° 31042, Ley de reforma constitucional que incorpora el artículo 34-A y el artículo 39-A sobre impedimentos para postular a cargos de elección popular o ejercer función pública

III. DEL CONTENIDO Y ALCANCES DEL PROYECTO DE LEY MATERIA DE ANÁLISIS

La iniciativa legislativa contenida en el proyecto de ley N° 0692/2021-CR propone modificar la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales en lo relacionado a la vacancia del cargo de autoridades regionales, según el siguiente detalle:



Desde 1931, por la Gobernabilidad y la Democracia

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTO
<p>Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales</p> <p>Artículo 30.- Vacancia</p> <p>El cargo de Presidente, Vicepresidente y Consejeros del Gobierno Regional vaca por las causales siguientes:</p> <p>(...)</p> <p>3. Condena <u>consentida</u> o ejecutoriada por delito doloso con pena privativa de la libertad.</p> <p>(...)</p> <p>El resaltado es nuestro</p>	<p>Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales</p> <p>" Artículo 30.- Vacancia</p> <p>El cargo de Gobernador, Vicegobernador y Consejeros del Gobierno Regional vaca por las causales siguientes:</p> <p>(...)</p> <p>3. Sentencia condenatoria emitida en primera instancia, en calidad de autoras y cómplices, o ejecutoriada por delito doloso con pena privativa de la libertad.</p> <p>(...)</p>

IV. ANALISIS DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA

4.1. Con relación a la Ley N° 31042

La Ley N° 31042, Ley de reforma constitucional que incorpora el artículo 34-A y el artículo 39-A sobre impedimentos para postular a cargos de elección popular o ejercer función pública, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de septiembre de 2020, incorpora el artículo 34-A a la Constitución Política del Perú, regulando que están impedidas de postular a cargos de elección popular, las personas sobre quienes recaiga una sentencia condenatoria emitida en primera instancia, en calidad de autoras o cómplices, por la comisión de delito doloso.

Con relación al artículo 39-A incorporado a la Constitución Política del Perú, este dispone que están impedidas de ejercer la función pública, mediante designación en cargos de confianza, las personas sobre quienes recaiga una sentencia condenatoria emitida en primera instancia, en calidad de autoras o cómplices, por la comisión de delito doloso.

4.2. Respecto a la exposición de motivos del proyecto de Ley N° 0692/2021-CR

En la exposición de motivos del proyecto de ley en análisis, se expresa que se han identificado y documentado diversos casos de corrupción en los gobiernos regionales de nuestro país, por lo que es necesaria la prevención de la corrupción, así como fomentar la confianza pública con funcionarios idóneos. Por ello, bajo el principio de la lucha contra la corrupción y de la buena administración, resulta razonable la restricción



Desde 1931, por la Gobernabilidad y la Democracia

que impide postular a la persona sobre quien recaiga una sentencia condenatoria emitida en primera instancia, en calidad de autoras o cómplices, por la comisión de delito doloso, al igual que resulta razonable y constitucional la que se pretende regular en la iniciativa legislativa en análisis.¹

Asimismo, afirma que esta medida resulta positiva porque impide que accedan a cargos de elección popular aquellas personas sobre quienes recaiga una sentencia condenatoria emitida en primera instancia, porque defraudaron la confianza ciudadana cometiendo estos delitos. Por lo tanto, tampoco podrían ejercer el cargo de elección popular por tener sentencia en primera instancia. Es por ello que, se plantea modificar la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales e incorporar como causal de vacancia del cargo de Gobernador Regional, Vice Gobernador Regional y Consejeros del Gobierno Regional, la imposición de una sentencia condenatoria emitida en primera instancia, en calidad de autoras y cómplices, por la comisión de delito doloso, con el fin de preservar la idoneidad de los funcionarios públicos elegidos a cargos de elección popular².

4.3. Respeto al derecho a elegir y ser elegido

El Estado peruano ha suscrito y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), encontrándose bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). El artículo 23° de la CADH, reconoce y protege el derecho a la “participación política”, el cual ha sido desarrollado bastamente en la jurisprudencia de la Corte IDH, entendiéndose como aquel derecho a participar en los asuntos públicos, no solo a través del voto, sino también mediante el acceso y ejercicio de cargos públicos en la administración estatal.

Por su parte la Constitución Política del Perú, reconoce el derecho a la participación política en el artículo 2³ inciso 17 y en el artículo 31⁴; en este último reconoce el derecho al sufragio en su modalidad activa y pasiva, especificando que los ciudadanos tienen el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

El derecho a elegir es aquel derecho que cada uno de los ciudadanos tiene para participar en una elección emitiendo su voto (ya sea para elegir representantes u opciones como en el caso de derechos de participación y control ciudadano). Resulta íntimamente relacionado con la institución de la representación y la democracia, siendo

¹ Página 3 del proyecto de ley.

² Página 9 del Proyecto de ley.

³ **Artículo 2 de la Constitución Política del Perú.-**

Toda persona tiene derecho:

“(...)

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

“...”

⁴ **Artículo 31 de la Constitución Política del Perú.-**

“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.

“...”



Desde 1931, por la Gobernabilidad y la Democracia

que actualmente no se concibe una democracia en la que no se llegue a elegir representantes a través de elecciones con el voto de los ciudadanos en general.

De otro lado, el derecho a ser elegido es aquel derecho que permite a las personas presentarse como candidatos en las elecciones, para cargos públicos.

Ahora bien, las condiciones para el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo no coinciden exactamente, aunque sí existe obviamente una relación muy estrecha, pues tener la cualidad de elector es requisito indispensable para poder ser elegido, aunque no necesariamente dicha cualidad es suficiente.

Es así que la Constitución Política del Perú ha dispuesto que por ley orgánica se determine las condiciones y procedimientos para el ejercicio del derecho de sufragio. Además, el derecho de sufragio, como todos los demás derechos fundamentales, no es absoluto y puede ser limitado o restringido en atención a otros bienes de relevancia constitucional u otros derechos fundamentales, tales limitaciones deben responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En lo que respecta al derecho a ser elegido, debemos tener en cuenta que las leyes de elecciones regionales y municipales han previsto una serie de requisitos positivos y negativos, los primeros entendidos como el conjunto de condiciones que se requieren para poseer la capacidad de ser elegible y que en caso no los tengan implicaría la incapacidad de poder ser candidatos y los segundos que vendrían a ser los impedimentos para poder participar como candidato.

En ese sentido advertimos que el artículo 34-A a la CPP, al regular que están impedidas de postular a cargos de elección popular, las personas sobre quienes recaiga una sentencia condenatoria emitida en primera instancia, en calidad de autoras o cómplices, por la comisión de delito doloso, regula un requisito negativo.

4.4. Respecto a introducir la nueva causal de vacancia en la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

El proyecto de ley busca aplicar el mismo supuesto que se establece como impedimento para postular a un puesto de elección popular en el artículo 34 A de la Constitución Política del Perú, para la vacancia de una autoridad regional.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional considera que el derecho a ser elegido es un derecho constitucional que se proyecta durante todo el periodo de mandato representativo habiendo establecido "(...). Y es que este Tribunal considera que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a ser elegido no agota su virtualidad en el acto mismo de votación, sino que se proyecta a todo el mandato, de modo tal que el impedimento o restricción de su ejercicio, fuera de las causas previstas en la Constitución o en las normas legales compatibles con ella, suponen también una afectación del derecho y, consecuentemente, ingresa dentro de los alcances del



Desde 1931, por la Gobernabilidad y la Democracia

*artículo 31º, in fine, de la Constitución, conforme al cual: Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.*⁵ El resaltado es nuestro

Sin embargo, somos de la opinión que el impedimento para ser candidato no puede extrapolarse automáticamente a las causales de vacancia, debido a que son contextos y situaciones diferentes, es así que tenemos:

- En el primer momento – el de postulación - se aplican criterios que permiten establecer el cumplimiento de los requisitos de postulación (positivos) y que los candidatos no se encuentren incurso en los impedimentos para postular (negativos), evitando así que una persona con características incompatibles pueda acceder a estos cargos. Se lleva adelante una etapa de calificación de postulaciones y deben superar el periodo de tachas ciudadanas, así como no haber sido excluido por las causales establecidas por ley. La Constitución Política y la ley establecen qué etapas y requisitos se deben cumplir para poder ser candidato en una elección popular, con la posibilidad de resultar electo de acuerdo a las reglas de cada tipo de elección.
- En un segundo momento – el de ejercicio del cargo - ese candidato resulta electo y asume el cargo de representación tras haber obtenido la votación requerida por ley, y se sujeta a normas específicas referidas a la vacancia y suspensión de autoridades o las que regulan los derechos de participación y control como una eventual revocatoria del cargo.

En este ámbito, la modificación constitucional impacta en el primer momento, regulando un impedimento más para aquellas personas que deseen postular a un cargo de elección popular, buscando que quienes se presenten como candidatos sean las personas más idóneas y ponderando que si una persona ha recibido una sentencia condenatoria en primera instancia, no debería estar apta para presentarse como candidato.

Pretender que esta modificación impacte de la misma manera en el segundo momento resulta inadecuado, pues no podemos asimilar la situación de una persona que pretende ser candidato en una elección popular al de una persona que ya fue elegida mediante votación popular; pues si bien en ambos casos se trata del derecho a ser elegido, en el segundo caso se trata de una autoridad que ha ganado la representación y viene ejerciéndola; por ello, no solo su situación y ejercicio de su derecho es diferentes sino que existe una importante particularidad en el caso del candidato electo pues no solo involucra su derecho, sino también, según las reglas de la democracia, se trata del derecho de quienes han votado en elecciones libres y democráticas por dicha persona, es decir el candidato adquiere la condición de electo (como autoridad) por una decisión del pueblo emanada del sufragio activo.

Es por ello que su situación es diferente y tiene la vocación de permanencia en el cargo; lo que de ninguna manera significa que dicha persona no pueda ser retirada o privada de manera temporal o permanente del ejercicio del cargo mediante mecanismos como

⁵ Fundamento jurídico 37, sentencia recaída en el Expediente. N.º 2730-2006-PA/TC.



Desde 1931, por la Gobernabilidad y la Democracia

la vacancia y suspensión, pero sí se requiere que las causas o razones por las que se daría tales privaciones deben ser situaciones que guarden proporcionalidad y razonabilidad con relación a los derechos involucrados. Sin perjuicio de que la ciudadanía, que eligió a dicha autoridad por voto popular, decida retirarle la confianza, activando el mecanismo de la revocatoria en el marco de la Ley N° 26300 y mediante voto popular decida revocarla.

Por todo lo expuesto, no es asimilable la situación de un candidato y las restricciones que se señalen para que pueda participar en una elección, a la de una persona que ya fue elegida y que se encuentra premunido de la representación otorgada mediante decisión popular emanada del sufragio activo. Tal como ya se señaló, si se quiere limitar el derecho a ser elegido en este segundo momento (luego de resultar elegido), debe dotarse de mayores garantías, teniendo en cuenta otros derechos como el del debido proceso y la garantía de la doble instancia; verificándose que actualmente la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales regula como causal de suspensión la existencia de una sentencia condenatoria por delito doloso con pena privativa de la libertad en segunda instancia, sentencia que de convertirse en firme, será causal para una vacancia que implica la cesación definitiva en el cargo.

En ese orden de ideas, el artículo 139° de la Constitución referido a los principios y derechos de la función jurisdiccional establece el derecho constitucional de acceder a la pluralidad de instancias en estricta observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Bajo la propuesta en análisis, se estaría apartando del cargo a una autoridad electa sin contar con el pronunciamiento en doble instancia, asumiendo su responsabilidad y de manera “preventiva” alejando a la autoridad del cargo regional.

Además, se debe tener en cuenta que la vacancia en nuestro ordenamiento constituye además de una medida aplicable frente a graves circunstancias que se presentan, una sanción al privar el ejercicio de un cargo de elección popular; lo cual debe tenerse en cuenta para orientar la labor del legislador a la hora de retirar o incorporar nuevas causales a la regulación vigente, debiéndose considerar que en atención a este carácter sancionador, las causales deben cumplir con los principios de legalidad, tipicidad, razonabilidad y taxatividad.

4.5. Otras consideraciones

En el supuesto que se aprobara este proyecto de ley, podría presentarse un escenario no deseado, en el que al vacar a una autoridad por la sola sentencia condenatoria emitida en primera instancia, en calidad de autoras o cómplices, por la comisión de delito doloso, se presente posteriormente una revocatoria de dicha sentencia y la autoridad vacada sea absuelta (resulte inocente); situación en la que se podrían presentar demandas para que sean repuestas dichas autoridades, demandas solicitando indemnización, demandas constitucionales e incluso internacionales por una afectación al derecho de sufragio pasivo o derecho de ser elegido; situación que podría incluso afectar la gobernabilidad de una región.



Desde 1931, por la Gobernabilidad y la Democracia

Por ello también resulta necesario garantizar la estabilidad política y la gobernabilidad, sin perder de vista que ya se tiene regulada una causal de suspensión para el caso que la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia por delito doloso con pena privativa de la libertad, la cual goza de un alto grado de certeza en que quedará consentida o ejecutoriada, posibilitando la suspensión de la autoridad y posterior vacancia en caso dicha sentencia adquiriera firmeza. Asimismo, en caso de mandato de detención derivada de un proceso penal, existe una causal de suspensión referida a ella en el numeral 2 del artículo 31 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

De otro lado, al introducir en la Constitución el artículo 34-A, referido a impedimento para ser candidato, también se incorporó el artículo 39-A, referido al impedimento para ejercer función pública, delimitándolo solo para los casos de designación en cargos de confianza, advirtiéndose que no hubo la intención de que hubiera un impedimento similar para quienes cumplen función pública por mandato popular.

Finalmente se advierte que en el proyecto de ley se ha retirado la palabra consentida (referida a la sentencia) manteniéndose solo ejecutoriada, lo cual no resultaría adecuado, pues la sentencia adquiere firmeza ya sea por ser consentida o ejecutoriada.

V. CONCLUSIÓN

Por lo antes señalado, consideramos que el proyecto de ley en análisis resulta inviable, dado que no resulta razonable ni proporcional aplicar el supuesto de impedimento para ser candidato previsto en el artículo 34 A de la Constitución Política del Perú, que limita el derecho de sufragio pasivo del candidato, como una causal de vacancia del cargo de una autoridad regional, en tanto no solo impacta en el derecho de sufragio pasivo que acompaña a la autoridad electa sino que también llega a alcanzar al derecho de sufragio activo, en tanto dicha autoridad fue elegida en elecciones populares.

Es todo cuanto tengo que informar a usted.

Atentamente,

Firmado digitalmente
Rosa María López Triveño
Jefe del Gabinete de Asesores

RMLT/AGR