

## **II. ¿ALCALDE O PARLAMENTARIO? UN DILEMA CONSTITUCIONAL Y UNA SOLUCION ADMINISTRATIVA (\*)**

### **I**

En días recientes, se ha suscitado un serio cuestionamiento a dos candidaturas a la Alcaldía de Lima, por parte de dos importantes parlamentarios. Frente a este hecho se recurrió a dos acciones: una ante el fuero común mediante la consabida Acción de Amparo; otra, deduciendo la tacha ante el órgano correspondiente.

Al momento de escribir estas líneas, ha habido un primer pronunciamiento judicial, objeto de apelación; y el pronunciamiento definitivo, en última instancia, del Jurado Nacional de Elecciones, que pone fin a la contienda, y que presumiblemente orientará la resolución final que recaiga en el amparo.

Lo cierto es que aquí se ha puesto nuevamente sobre el tapete la constitucionalidad de una norma, y cuál es el órgano llamado a

---

(\*) *Advocatus*, N° 1, 1990

pronunciarse sobre ella, lo que nos ha animado a escribir estas líneas. Con tal propósito, hacemos en primer lugar una descripción del contenido de la resolución del Jurado Electoral Provincial de Lima, que es la base del pronunciamiento posterior, y al que hacemos los respectivos comentarios. Luego describimos la resolución del Jurado Nacional de Elecciones, destacando los extremos en los cuales difiere o completa la inferior, así como el voto singular del miembro del Jurado, Juan Chávez Molina. Finalmente, y para mejor análisis por parte de los interesados, insertamos, en calidad de apéndices, las dos resoluciones (primera y segunda instancia) del órgano electoral.

## II

La Resolución N° 038-89-JEPL, de fecha 5 de setiembre de 1989, publicada en el diario oficial "El Peruano", el 6 del mismo mes y año, contiene tres partes: la primera, denominada "Vistos" da cuenta de los recursos acumulados de las tachas interpuestas contra los candidatos a Alcalde de Lima doña Mercedes Cabanillas de Llanos de la Mata y don Enrique Bernalles Ballesteros y los postulantes a Regidores señores Alberto Franco Ballester y Wilbert Bendezú, de las listas Aprista y Acuerdo Socialista respectivamente, manifestando que se han violado los artículos 173 y 178 de la Constitución Política del Estado, al expedirse la ley 25080 que faculta postular a los cargos de Alcalde y Regidor a los parlamentarios; que asimismo la primera de las nombradas ha ejercido el cargo de Ministra de Educación, pese a encontrarse inhabilitada para ser inscrita por cuanto el artículo 7 de la ley 23671 la obliga a dejar el cargo con anticipación no menor de 120 días antes de las elecciones (lo que no hizo); vista asimismo la resolución expedida por el señor Juez del Décimo Quinto Juzgado Civil de Lima que ordena suspender la inscripción de los mencionados candidatos. En sus "Considerando" se indica que las tachas promovidas contra los candidatos antes mencionados se refieren a la violación de la Constitución Política del Estado al haberse promulgado la ley 25080, amparándose en razones de puro derecho; que conforme lo establece el artículo 90 del Decreto Ley 14250, las tachas deben referirse sólo al incumplimiento de los requisitos considerados en los artículos 81, 82, 83 y 84 del mismo dispositivo legal, concordante con los artículos 25 y siguientes de la ley 14669 y la ley 23853, lo que no es el caso; que a mayor abundamiento es necesario dejar aclarado

que los dirigentes de la Federación Universitaria de San Marcos no han acreditado su personería (o sea, uno de los accionantes), lo que no obstante por haberse identificado con sus libretas electorales es pertinente pronunciarse sobre el fondo de la petición formulada; que la suspensión dispuesta por el señor Juez que conoció la Acción de Amparo es materialmente de imposible cumplimiento, por cuanto no puede suspender la inscripción por haber sido inscritos los aludidos candidatos con anterioridad y con fecha 14 de agosto último; más aún si se tiene en cuenta de que el auto fue apelado por el Jurado Nacional de Elecciones. En su parte general, se "resuelve" declarar improcedente la tacha interpuesta contra los candidatos antes mencionados.

### III

Este primer pronunciamiento del órgano electoral competente merece algunas reflexiones previas, antes de pasar a examinar el fallo confirmatorio del superior, pues el de éste se apoya en aquel.

El primer punto a tratar es si la justicia común, a través de las acciones de garantía (habeas corpus y amparo) puede o no conocer de problemas electorales. Recuérdese que éstas protegen al ciudadano frente a las transgresiones o amenazas que provengan del particular o del Estado en desmedro de los derechos fundamentales. El problema, por cierto, radica en saber de qué derechos fundamentales estamos hablando, ya que en principio los derechos fundamentales están desperdigados en todo el ordenamiento jurídico. En tal sentido se debe considerar como derechos fundamentales los que están consagrados en la Constitución; que además su protección tenga carácter urgente, por la gravedad que conllevaría no protegerlo, y que en términos generales no exista una vía ordinaria para su defensa. Esto es importante precisarlo, porque la jurisprudencia de los últimos tiempos ha visto una creciente proliferación de acciones de garantía (sobre todo amparos) que en realidad han pretendido reemplazar a las vías ordinarias, y en último término servir de instancia adicional a las ya existentes. Lamentablemente, delimitar el área protegida de los derechos fundamentales es tarea ardua y de largo alcance, y hay que hacerla en alguna otra oportunidad. En el caso concreto, se ha utilizado el amparo como una acción contra leyes que en propiedad no existe en nuestro ordenamiento, pues el amparo es *control concreto* de normas y no *control abstracto*. En esta misma línea, cabe afirmar que

el amparo, no obstante que tenía una medida cautelar ordenada, no era procedente, pues si bien es cierto que existe el "amparo electoral" en otras legislaciones (Argentina, España), no existe entre nosotros, en donde tenemos, desde 1931, un órgano electoral autónomo, en realidad un órgano constitucional, de carácter no sólo administrativo sino jurisdiccional, que se encarga de resolver los problemas que surjan alrededor de la problemática electoral.

En consecuencia, y en el caso bajo análisis, no era el amparo la vía adecuada para obtener un pronunciamiento en torno a dos candidaturas habilitadas en virtud de una discutible ley aprobada con nombre propio y efectos retroactivos. Pero también es cierto, que la referencia hecha por el Jurado Electoral Provincial era totalmente *inatingente*, toda vez que el argumento esgrimido era baladí: decir, como se dice, que no se podía paralizar una inscripción por ser de imposible cumplimiento, es un argumento deleznable. Aun cuando exista inscripción y se encuentren los candidatos en pugna, es posible siempre y en todo momento, realizar actos que enmienden errores.

Otro aspecto importante es observar que el pronunciamiento en la primera instancia electoral se resuelve en el más puro administrativismo. En efecto, las tachas no proceden, o sea, se declaran infundadas, por la sencilla razón de que no se han incumplido los requisitos que la ley de la materia prescribe. Pero ese no era el punto. Lo que se sostuvo por parte de los recurrentes, es que la inscripción de determinados candidatos, se había hecho al margen de la Constitución, toda vez que ella había sido habilitada por una ley *ad hoc* que precisamente era la cuestionada. Aquí la resolución del Jurado elude el problema y huye de la temática constitucional. Si realmente la tacha planteaba el problema constitucional, el Jurado ha debido resolverlo y no evadirlo. En efecto, bien podía perfectamente la autoridad electoral provincial analizar la ley en cuestión, y sostener su plena validez y armonía con el *corpus* constitucional, con lo cual la tacha no se declaraba improcedente sino infundada. Pero no; en vez de abordar el problema, se le escamotea. Aquí por supuesto surge una pregunta que se ha planteado más de una vez: ¿Cuál es la naturaleza del órgano electoral? ¿Es de carácter administrativo o de carácter jurisdiccional? El segundo punto sería el siguiente: ¿Quién tiene a su cargo la defensa de la Constitución? ¿Es sólo el Congreso, el Poder Judicial o todos los órganos constitucionales? Vayamos a lo segundo.

En el actual Estado de Derecho la defensa de la Constitución compete a todos; no sólo a los órganos calificados jurídicamente para hacerlo, sino en general a todos y cada uno de los ciudadanos. Así se desprende de los deberes constitucionales que enumera la Carta (art. 74); del derecho de insurgencia contra los gobiernos usurpadores (art. 82) y del deber de todos de contribuir al restablecimiento del orden constitucional (art. 307). En consecuencia, compete a todos, y más en concreto a los órganos del Estado, sean administrativos o jurisdiccionales, observar y hacer observar la Constitución por encima del resto del ordenamiento jurídico (art. 87).

En cuanto al primer punto, veamos qué es en realidad el órgano electoral. Todos sabemos que en las primeras constituciones se le denominó como Poder Electoral, y así también lo fue en la Carta de 1933, que precisamente recogió los grandes lineamientos del recién creado Jurado Nacional de Elecciones, el cual, como se sabe, se instituyó precisamente para superar las impurezas del pasado. Ahora bien, es cierto que la actual Carta de 1979 eliminó el nombre de Poder Electoral, pero mantuvo su independencia, autonomía y competencias exclusivas que vienen desde atrás. En realidad la nueva Constitución ha creado varios órganos constitucionales de la máxima jerarquía, que tienen igual nivel y preeminencia que los clásicos poderes del Estado, que se llaman así tan sólo por un convencionalismo ritual, porque en realidad el Poder es uno solo, aun cuando sean varias sus funciones y los órganos que las desempeñan. En consecuencia, el Jurado Nacional de Elecciones, en globo, es un órgano constitucional como cualquier otro, y no tiene por qué sentirse de menos como en algún momento algunos quisieron. Y en cuanto a su naturaleza, es obvio que ella es dual; por un lado es un órgano administrativo (que se refleja, por ejemplo, en la parte pertinente dedicada al Registro Electoral), pero por otro es jurisdiccional, aun cuando de justicia electoral y no de justicia común. Abundando en lo dicho, cabe mencionar que en los últimos años el órgano electoral ha ido sucesivamente modificando y perfilando su fisonomía y sus pronunciamientos, que precisamente han reafirmado tal carácter jurisdiccional que nadie discute. El punto culminante de todo esto lo representó la resolución que emitió el Jurado Nacional de Elecciones en 1985, al declarar que no era necesario efectuar la segunda vuelta, y proclamó a la lista aprista como vencedora en la contienda, no obstante que nominalmente no había excedido el 50% de los "votos

válidamente emitidos". Recuérdese que durante el primer semestre de 1985 hubo personeros de determinada tienda política que se oponían a esta interpretación y arguyeron precisamente que el Jurado Nacional de Elecciones era un órgano administrativo y no podía hacer las interpretaciones que otros sectores reclamaban. Pero no obstante ello, el Jurado Nacional de Elecciones procedió como procedió, y sus resultados los conocemos; desde entonces nunca más fue discutido y téngase presente que en esa época el Jurado *interpretó la Constitución*, que es muy distinto a *interpretar la ley*, que es el caso presente. En consecuencia, por línea de carrera, existe una tradición por parte del órgano electoral que precisamente afirma y perfila su carácter de órgano jurisdiccional.

Visto lo anterior, es sorprendente que el Jurado en su primera instancia —como lo hemos visto— haya optado por una resolución que perfectamente encaja en un esquema burocrático y oficinesco, pero que dista mucho de lo que compete a un órgano jurisdiccional. Más práctico y consecuente hubiera sido que analizase el texto legal impugnado, y realizase una interpretación concorde con lo que estipulaba la ley. Dicho en otras palabras: si el órgano electoral consideraba que la ley era perfectamente constitucional, sobraban argumentos para apoyar esta tesis, pues todos los políticos gobiernistas que apoyaron la medida en las Cámaras han hecho despliegues excelentes sobre esto. Pero la solución adoptada —evadir el problema— no era sin lugar a dudas la más acertada.

#### IV

La antedicha resolución fue objeto de apelación ante el Jurado Nacional de Elecciones, última instancia, que por mayoría falló en la Resolución N° 1107-89-P.JNE del 16 de setiembre de 1989, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 20 del mismo mes y año.

En sus considerandos, el Jurado Nacional de Elecciones (de ahora en adelante JNE) establece un criterio interesante; y es que el JNE tiene a su cargo los procesos electorales, goza de plena autonomía en su sector, aprecia los hechos suscitados con criterio de conciencia y resuelve conforme a derecho. Por otro lado, incide en las razones dadas por el inferior, o sea, que las exigencias para las inscripciones

han sido observadas, no procediendo en consecuencia declarar procedente las tachas. Adicionalmente, agrega que la ley cuestionada tiene plena vigencia desde el 12 de agosto de 1989, la que ha derogado el artículo 7 de la ley 23671, que prohibía lo que ahora se permitía (aspecto no tratado, pues como se recuerda, lo que estaba en cuestión no era la vigencia de una ley ni menos la derogación de una ley anterior, sino si es que la nueva ley era compatible con la Constitución del Estado). Por tales consideraciones, y en mayoría, el JNE en última instancia confirma la Resolución del Jurado Electoral Provincial de Lima, que declaró improcedentes las tachas esgrimidas. En fin, con mayores afinamientos, el proceder del JNE es el mismo, y a nuestro entender representa un retroceso de lo que había efectuado el mismo Jurado en ocasiones precedentes.

## V

Como hemos señalado, la confirmatoria del JNE, que sigue las huellas del Jurado Electoral Provincial, no se condice con la tradición del órgano electoral ni tampoco lo que de él se esperaba: esto es, un enfoque constitucional en materia tan delicada. Mejor hubiera sido, a nuestro entender, atacar el problema constitucional y desahuciarlo (con lo cual la tacha sería infundada y no improcedente). Pero felizmente, existe el voto singular de uno de los miembros del JNE, Juan Chávez Molina, que podemos calificar como luminoso y promisorio al mismo tiempo. Los puntos más saltantes de su extensa como bien hilvanada argumentación los podemos resumir en los siguientes: *i*) que el JNE es un poder autónomo jurisdiccional, que tiene a su cargo los procesos electorales; *ii*) que por tanto, sus funciones tienen carácter y naturaleza de indelegables; *iii*) que en consecuencia las tachas interpuestas, corresponde decidir las, en exclusiva, al JNE; *iv*) que existe incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier otra función pública, excepto la de Ministro de Estado y el desempeño de comisiones extraordinarias de carácter internacional; *v*) que no siendo renunciable la función legislativa, y siéndolo la de alcalde, devienen incompatibles, toda vez que el cargo es incluso irrenunciable, conforme lo acredita el *iter* constituyente, que expresamente rechazó la posibilidad de la renuncia; *vi*) que la ley 25080 ha modificado, en consecuencia, la Constitución vigente, y necesita para su perfeccionamiento seguir el trámite previsto para las reformas constitucionales, que exigen, como se sabe, la doble aprobación consecutiva en

primeras legislaturas ordinarias; *vii*) que en este supuesto, la reforma constitucional sería de aplicación para el futuro, y no para las situaciones previstas en la tacha recurrida; *viii*) que compete al JNE apreciar en su caso, la incompatibilidad entre una ley y la Constitución, misión de cautela de la jerarquía del orden jurídico que también alcanza al JNE; *ix*) por lo expuesto, se pronuncia por la revocación del fallo inferior declarando la procedencia de las tachas interpuestas.

## VI

En su larga exposición, el Dr. Chávez Molina realiza diversas digresiones sobre la interpretación de la Constitución con las cuales discrepamos. Así, señala que la interpretación auténtica de la Constitución sólo puede realizarla la Asamblea Constituyente, lo que a nuestro entender no es exacto ni admitido en la doctrina ni en el derecho comparado. En otras partes del mundo se acepta que la interpretación máxima es la que da un órgano especial (como pueden ser los tribunales constitucionales) y en los Estados Unidos, se acepta unánimemente que la Corte Suprema Federal es el intérprete vivo de la Constitución. Es tiempo ya de que descartemos categorías tales como "intérprete auténtico", porque esto supone que existen otros que son "intérpretes inauténticos", lo cual es una paradoja. En realidad lo que importa no es que exista interpretación auténtica, sino por el contrario señalar cuáles son los órganos constitucionales calificados para interpretar la Constitución. Así, en términos generales, esto cabe y compete al órgano legislativo, y así ha sido siempre. Pero tampoco puede decirse que tal interpretación valedera no la pueda hacer la Corte Suprema (mediante jurisprudencia reiterada y creadora) o en su ámbito, el Jurado Nacional de Elecciones. En consecuencia, debemos desechar la tesis de que la interpretación auténtica sólo la puede hacer la Constituyente, toda vez que esta Asamblea ya no existe y no puede volver a funcionar; tampoco cabe arguir que en este supuesto hay que recurrir a los debates, pues la voluntad del constituyente no siempre expresa ni refleja bien el sentido de la norma: Bien decía Jiménez de Asúa que la ley (o la Constitución) tiene vida independiente e incluso en contra de lo que pensó el legislador. Admitir que sólo el constituyente tiene la interpretación auténtica, es crear una hipóstasis inadmisibles que hoy nadie acepta. Las normas son cuerpos cerrados y el legislador, terminada su obra, la lanza al mundo en donde ella adquiere vida y autonomía propias. Precisamente la vida de las



normas se caracteriza por eso, que no dependen del legislador, sino de su aplicación.

Por otro lado, la ley tenía —y tiene— más flancos para ser atacados que el voto singular no menciona. Aquí nos detenemos sólo en dos: *i*) que fuerza la figura prevista en la Constitución, creando una renuncia encubierta, y *ii*) que la ley crea, yendo más allá de la Constitución, una causal más de vacancia, lo cual atenta contra el sentido de la norma, que es defender a los parlamentarios de todo eventual hostigamiento o presión de terceros. Pero naturalmente, esto escapa a las breves líneas de este comentario, que tampoco puede extenderse sobre los problemas de interpretación, que todavía siguen vigentes en nuestro medio (con las excepciones que nunca faltan).

## VII

Por debajo de todo este aparato y problemática legales, hay que señalar por último, que esta nueva ley, que tanta polvareda ha levantado, fue hecha, como es de público conocimiento, para apuntalar la candidatura del partido de gobierno, el Apra, que pretendía lanzar a la señora Mercedes Cabanillas de Llanos de la Mata a una candidatura a la Alcaldía de Lima, porque seguramente no tenía otro candidato disponible. Y llama la atención que quienes hayan propuesto esta ley manifiestamente inconstitucional —un estropicio más del régimen— hayan sido los mismos que se opusieron a que el entonces senador Oscar Trelles fuese designado Embajador del Perú en Francia (1981). La lógica de la política parece ser la siguiente: todo es permitido para nuestros intereses; nada es posible cuando se atenta contra ellos.

Son muchos los autores, desde los años '20 (Duguit en Francia y Schmitt en Alemania) que han puesto de manifiesto estos juégos de poder que se esconden detrás de las escaramuzas constitucionales. Pero en los países europeos todo esto se hace con más nivel y con mayores afinamientos, y sobre todo guardando las formas. Aquí por el contrario, se ha actuado precipitadamente y en forma inelegante.

Lima, setiembre de 1989

## [APENDICE I]

### Resolución N° 038-89-JEPL

Lima, 5 de setiembre de 1989

VISTOS, los recursos acumulados sobre las tachas interpuestas por doña Gianina Muhay Di Giacomo y los señores Miguel Cruzado, Jorge Guidice Alva y Luis Hoces López, en su calidad de Presidente y Secretarios de la Federación de Estudiantes de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos contra los candidatos a Alcalde de Lima, doña Mercedes Cabanillas de Llanos y don Enrique Bernal Ballesteros y los postulantes a Regidores señores Alberto Franco Ballester y Wilbert Bendezú, de la Lista Aprista y Acuerdo Socialista respectivamente, manifestando que se han violado los artículos N°s. 173 y 178 de la Constitución Política del Estado, al expedirse la Ley 25080 que faculta a postular a Alcalde y Regidores a los parlamentarios, que asimismo la primera de las nombradas ha ejercido el cargo de Ministro de Educación, pese a encontrarse inhabilitada para ser inscrita por cuanto el artículo 7 de la Ley 23671 la obliga a dejar el cargo con anticipación no menor de 120 días antes de las elecciones; Vista asimismo la Resolución expedida por el señor Juez del 15° Juzgado Civil de Lima, que ordena suspender la inscripción de los mencionados candidatos; Oídos los informes orales pertinentes; y

#### CONSIDERANDO:

Que las tachas promovidas contra los candidatos antes mencionados se refieren a la violación de la Constitución Política del Estado al haberse promulgado la Ley 25080, amparándose en razones de puro derecho, que conforme lo establece el artículo 90 del Decreto Ley 14250, las tachas deben referirse sólo al incumplimiento de los requisitos considerados en los artículos 81, 82, 83 y 84 del mismo dispositivo legal, concordante con los artículos 25 y siguientes de la Ley 14669 y la Ley 23853; lo que no es el caso; que a mayor abundamiento es necesario dejar aclarado que los dirigentes de la Federación Universitaria de San Marcos no han acreditado su personería conforme lo establece el artículo 164 del Código Civil, sin embargo por el hecho de haberse apersonado e identificado con sus libretas electo-

rales, es pertinente pronunciarse sobre el fondo de la petición formulada;

Que la suspensión dispuesta por el señor Juez que conoció la Acción de Amparo es materialmente de imposible cumplimiento, por cuanto no se puede suspender la inscripción por haber sido inscritos los candidatos aludidos con fecha 14 de agosto último, la misma que fue publicada el día 21 del mismo mes, más aún, si se tiene en cuenta de que el auto fue apelado por el Jurado Nacional de Elecciones y por los propios candidatos, a través de sus representantes;

Por lo que el Jurado Electoral Provincial de Lima en el ejercicio de sus funciones dispuestas en los artículos 286 y 289 de la Constitución Política del Perú, y con las facultades conferidas por el artículo 36 de la Ley 14669 y los artículos 90, 92 y 93 del Decreto Ley 14250; y

Estando a lo acordado en sesión de la fecha;

SE RESUELVE:

Declarar IMPROCEDENTE la tacha interpuesta contra los candidatos a Alcalde doña Mercedes Cabanillas de Llanos de la Matta y Enrique Bernal Ballesteros y los Regidores don Alberto Franco Ballester y Wilbert Bendezú de las listas del Partido Aprista Peruano y Acuerdo Socialista, respectivamente.

Regístrese y comuníquese.

SOCORRO M. PONCE DIOS, Presidenta del Jurado Electoral Provincial de Lima.

Dr. JESUS ESPINOZA A., Miembro Titular.

Dr. FELIZ LOPEZ SOTELO, Miembro Titular.

Dr. JESUS VIVANCO S., Miembro Titular.

Dr. HUMBERTO FIGUEROA V., Miembro Titular.

## [Apéndice II]

### [Resolución N° 1107-89-P.JNE]

Lima , 16 de setiembre de 1989

Visto, en sesión pública de fecha 15 de setiembre de 1989, la apelación formulada contra la Resolución N° 038-89-JEPL del Jurado Electoral Provincial de Lima, que declaró improcedente la tacha interpuesta contra los candidatos a Alcalde doña Mercedes Cabanillas de Llanos de la Matta y Enrique Bernaldes Ballesteros y los de Regidores don Alberto Franco Ballester y Wilbert Bendejú de las listas del Partido Aprista Peruano y Acuerdo Socialista respectivamente;

Oídos los informes orales y por los fundamentos relativos al procedimiento electoral indicados en la Resolución materia de apelación; y

#### CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo dispuesto en los arts. 286 y 289 de la Constitución Política del Perú, el Jurado Nacional de Elecciones tiene a su cargo los procesos electorales, goza de autonomía en ese ámbito, aprecia los hechos suscitados con criterio de conciencia y resuelve en esta materia conforme a derecho;

Que se han promovido tachas contra los candidatos antes mencionados, sustentadas en que se ha solicitado su respectiva inscripción en virtud de la Ley 25080 que resultaría violatoria de la Constitución Política del Perú;

Que de acuerdo a lo estipulado en el artículo 35 de la Ley 14669 las tachas a los candidatos a Alcaldes y Regidores se deben sujetar a los términos y procedimientos que la Ley 14250 señala para el caso de las formuladas a los candidatos a representación parlamentaria;

Que, en el presente caso los referidos candidatos han cumplido rigurosamente con las exigencias legales contenidas en las normas electorales y municipales precitadas;

Que la Ley 25080, tiene plena vigencia desde el 12 de agosto de 1989, fecha de su publicación y deroga el artículo 7 de la Ley 23671 que impedía ser Alcaldes y Regidores , entre otros a los Senadores y Diputados;

Que, en tal virtud y teniendo en cuenta las disposiciones electorales anotadas;

**POR MAYORIA RESOLVIERON;**

**CONFIRMAR** la Resolución N° 038-89-JEPL del Jurado Electoral Provincial de Lima, que declaró improcedente la tacha interpuesta contra los candidatos a Alcalde de doña Mercedes Cabanillas de Llanos de la Matta y Enrique Bernal Ballesteros y los de Regidores don Alberto Franco Ballester y Wilbert Bendezú de las listas del Partido Aprista Peruano y Acuerdo Socialista, respectivamente;

Regístrese y comuníquese.

Castañeda La Fontaine (Presidente) – Patrón Bedoya – Padilla Bazán.

## **VOTO SINGULAR DEL DOCTOR JUAN CHAVEZ MOLINA**

**CONSIDERANDO:**

Que, por mandato de la Constitución Política del Perú, (Art. 289) el JNE es: poder autónomo, jurisdiccional, que tiene a su cargo los procesos electorales;

Que, en ejercicio de este mandato es de su competencia conocer las materias relativas al derecho de sufragio, con atribuciones específicamente indicadas por la Constitución Política del Perú; y, además, las señaladas en la ley (C. Art. 286);

Que, para cumplir estos fines la Constitución otorga al JNE la Administración de Justicia en materia electoral, en cuyo ejercicio puede declarar, en instancia de apelación definitiva, en los casos taxa-

tivamente señalados, la nulidad de las elecciones de una determinada circunscripción (C. Art. 292);

Que, consecuentemente, las facultades del JNE son de tan gran importancia que constituyen funciones públicas que se identifican con la razón de ser del Estado y que, como tal, su carácter es de naturaleza exclusiva e indelegable;

Que, por los fundamentos antes expresados, se establece que, en el presente caso, la resolución sobre las incompatibilidades e impedimentos de los candidatos a Alcalde de Lima, doña Mercedes Cabanillas de Llanos de la Matta y don Enrique Bernal Ballesteros y los regidores don Alberto Franco Ballester y Wilbert Bendezú, de las listas del Partido Aprista Peruano y Acuerdo Socialista, respectivamente, involucrados en los recursos acumulados sobre las tachas interpuestas, corresponde a la jurisdicción y competencia exclusiva del JNE, que debe apreciar los hechos con criterio de conciencia y resolver conforme a derecho, en forma exclusiva y con plena autonomía (C. Art. 289).

Que, por expresa disposición de la Constitución, hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier otra función pública, excepto la de Ministro de Estado y el desempeño de comisiones extraordinarias de carácter internacional; y, que, asimismo, los cargos de Alcalde y Regidor tienen carácter de función pública y son irrenunciables, salvo, por excepción, para postular en elecciones políticas; y, en este caso, deben hacerlo dentro del plazo de dos años precedentes, para la Presidencia y Vicepresidencia y seis meses antes de la elección para Diputados y Senadores (C. Arts. 204 y 172), según la Resolución del JNE N° 1624-84-P-JNE, del 20.09.84, en la consulta del Partido de Integración Nacional (PADIN);

Que, el mandato legislativo es irrenunciable a diferencia de la función municipal; y, consecuentemente, la incompatibilidad entre ambas funciones —la legislativa y la municipal— es insalvable en el caso de la función legislativa y no removible, ni aun con la renuncia del cargo legislativo;

Que, en el proyecto de la Constitución Política del Perú, que formuló y sometió al debate, la Comisión Principal de Constitución,

de la Asamblea Constituyente, propuso: “El mandato legislativo es renunciabile. Para la aceptación de la renuncia se requiere el voto conforme de no menos de dos tercios del número legal de los representantes de las respectivas Cámaras”; y, en consecuencia, cuando al aprobar este dispositivo con el texto vigente que dispone en forma categórica y absoluta que el mandato legislativo es irrenunciabile, no cabe duda de la expresa voluntad del legislador para establecer esta incompatibilidad (C. Art. 185 del Proyecto y Art. 178 del texto vigente);

Que, la Constitución Política del Perú de 1933, que contiene la continuidad de nuestro derecho constitucional: “...legado de sacrificios y glorias, consagrado por nuestros mayores a nosotros y a los siglos por venir (Joaquín V. Gonzales), fuente mediata que sustenta el régimen jurídico de las incompatibilidades con la función parlamentaria, tiene igual prohibición que la norma del texto vigente y dispuso que “el mandato legislativo es irrenunciabile, salvo el caso de reelección”. Por tanto, con alcance menos exigente que el que consagró la soberanía de la Asamblea Constituyente, que rechazó la modificación propuesta en el proyecto para permitir la renuncia y, además, suprimió la excepción permitida para el caso de la reelección (C. de 1933, Art. 96); excepciones y privilegios que según las reglas de la interpretación de las leyes constitucionales deben efectuarse con criterio restrictivo;

Que, la Ley 25080, a cuyo amparo postulan los candidatos tachados a los cargos municipales, ha modificado la Constitución vigente y establece un nuevo régimen cuando dispone que los Senadores y Diputados no están impedidos de postular a cargos de Alcalde o Regidor durante el período que dure su mandato legislativo; que la incompatibilidad sólo surge cuando el Senador o Diputado proclamado Alcalde o Regidor inicia el ejercicio de la función de Alcalde o Regidor; que surgida la incompatibilidad, el órgano competente para declarar la vacante del mandato legislativo será según el caso, la Cámara de Diputados o el Senado de la República; que declarada la vacancia del mandato legislativo desaparece la causal de incompatibilidad; y, que no procede declarar la vacancia de ambos cargos;

Que, en la Constitución de 1933 existió igual incompatibilidad, con texto más explicativo. Dijo: “Hay incompatibilidad entre el mandato legislativo y cualquier función pública, sea de la administración nacional, sea de la departamental o de la municipal”. (C. de 1933, Art. 101);

Que, es posible afirmar, después de la revisión en todas las Constituciones del Perú, desde la primera hasta la del 1933, que uniformemente, el mandato legislativo ha sido irrenunciable y sólo se ha permitido la renuncia para el caso de reelección; y que, a partir de la Constitución de 1920, se ha comprendido también en la prohibición con iguales alcances, para la función municipal de Alcaldes y Regidores;

Que, del anterior considerando, fluye que al tratarse de una reforma constitucional, por la trascendencia que todo cambio involucra para la estabilidad del régimen de derecho constituido, debe ser aprobada en una primera legislatura ordinaria, y ratificada en otra primera legislatura ordinaria consecutiva; y, que tanto la aprobación, como la ratificación requieren la mayoría absoluta de los votos del número legal de miembros de cada una de las Cámaras (C. Art. 306); y, en consecuencia, que para la validez de la Ley 25080, le falta la ratificación en otra primera legislatura ordinaria consecutiva;

Que, la reforma constitucional de la Ley 25080, sólo puede tener efecto en el futuro, al completar su ratificación y no se puede aplicar, retroactivamente, el nuevo régimen que propone establecer;

Que, el análisis glosado en los considerandos anteriores, prueban que la Ley 25080 es modificatoria de la Constitución sujeta al cumplimiento de los requisitos señalados para toda modificación de su contenido y no es una interpretación de la ley, no sujeta al rigor con que se cautela la modificación del orden supremo del derecho constituido;

Que, la interpretación auténtica de la ley, que es la efectuada por el mismo órgano legislativo que la promulgó, sólo es posible cuando se trata de aclarar los conceptos contenidos en el texto interpretado, sin cambiar su contenido sustancial ni formal; y, por ello, no tienen efecto retroactivo, porque sólo se trata de esclarecer lo que está vigente desde su origen y nunca varió; y, consecuentemente, la ley interpretativa rige desde la fecha de la ley interpretada;

Que, en el caso de la Constitución, la interpretación auténtica sólo puede, en rigor, formularla la Asamblea Constituyente y no el Congreso Legislativo ordinario;



Que, en el presente caso, la Ley 25080 al señalar en el artículo 7 que entrará en vigencia el día de su publicación, pone en evidencia la precipitación y urgencia con que se pretende modificar su régimen y configura, al señalarle plazo de vigencia posterior, que su naturaleza no es de ley interpretativa sino de ley modificatoria;

Que, para cautelar el cumplimiento de la Constitución, en salvaguarda del Estado Democrático, basado en la voluntad popular y en su libre y periódica consulta, que garantice, a través de instituciones estables y legítimas, la plena vigencia de los derechos humanos, la independencia y la Unidad de la República, según lo prescribe el acápite pertinente del preámbulo de la Constitución, ha establecido dos sistemas de control constitucional que no son excluyentes y tienen ambos, radio de aplicación diferente;

Que, como primer control para el cumplimiento del Estado de Derecho, la Constitución establece, mandatoriamente, que en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y otra legal ordinaria, el juez prefiere la primera (C. Art. 236);

Que, la Constitución establece también como garantía de la fidelidad de su cumplimiento, la competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales para declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad de las leyes que contravienen la Constitución, por la forma o por el fondo; y, determina quiénes están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad (C. Art. 298, numeral 1 y 299);

Que, de los anteriores considerandos se establece que cuando la Constitución obliga al JNE resolver conforme a derecho, aun cuando le permite apreciar los hechos con criterio de conciencia, y al consagrar el orden jerárquico de las leyes, dispone que en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el juez está obligado a preferir la norma constitucional sobre toda otra norma subalterna (C. Arts. 289 y 236).

Que, por tanto el régimen de la Ley 25080, al reformar la Constitución sólo en una legislatura ordinaria, incumple y contradice lo dispuesto por la Constitución;

Que, para ser válidas las modificaciones que establece el régi-

men de incompatibilidades de la función legislativa, requiere la ratificación de una segunda legislatura ordinaria consecutiva;

Que, si al resolver las tachas interpuestas al JNE acepta remover las incompatibilidades e impedimentos invocados, en aplicación de las modificaciones de la Ley 25080, incumpliría el mandato de la Constitución que la obliga a resolver conforme a derecho; y, por tanto, en los casos *sub judice*, a preferir lo dispuesto por la norma vigente de la Constitución y no el régimen de la ley modificatoria que no ha culminado su proceso de aprobación;

Que la Ley 25080, es ley especial que contraviene el mandato de la Constitución que señala que se puede expedir leyes especiales porque lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por la diferencia de personas (C. Art. 87).

Que, al resolver precedentes las tachas no se atenta contra el libre ejercicio y expresión del sufragio ciudadano, ni al poder que emana del pueblo (C. Art. 81); ni el derecho de los partidos políticos a los que pertenecen los candidatos impugnados, pues las listas inscritas continúan vigentes con los candidatos hábiles para la confrontación electoral mediante el sufragio; y que de obtener el triunfo, por la expresión mayoritaria de los electores, deberá ser respetada con imparcialidad y objetividad absolutas para consagrar la proclamación de la voluntad soberana de la ciudadanía;

Que, el proceso electoral constituye un todo orgánico que se inicia con la convocatoria a la elección y culmina con la proclamación de los candidatos que obtienen la mayoría y que por ser un proceso unitario, es indispensable que los candidatos al solicitar el voto de los ciudadanos y demandar el apoyo popular, tengan, desde la convocatoria, las calidades y requisitos que exige cumplir la Constitución y las leyes electorales y no sólo al final del proceso, como lo quiere la Ley 25080, en un régimen no coherente, que faculta declarar la vacancia de la función legislativa para remover los impedimentos del régimen vigente de la Constitución;

Que, finalmente, el cumplimiento del Derecho Constitucional, en expresión de André Hauriou, insigne maestro de esta ciencia, "*es el diálogo entre el poder y la libertad*"; que el respeto a la vigencia del

Estado de Derecho impone el fiel cumplimiento de la Constitución, sin lo cual la ley pierde fuerza y deja de ser derecho, y no hay orden, justicia ni libertad, pues el derecho sin la fuerza de la legalidad es poder arbitrario y el derecho sin el apoyo de la fuerza es utopía que conduce a la pérdida de la autoridad, corrosivo disolvente del orden constituido, del derecho, la justicia, la libertad y la paz social.

Por los fundamentos invocados, mi voto es porque se revoque el fallo apelado y se declare la procedencia de las tachas interpuestas.