

Participación ciudadana: avances y retos pendientes

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI

<sabad@pucp.edu.pe>

Profesor de Derecho Constitucional
Pontificia Universidad Católica del Perú,
Socio del Estudio Echeopar Abogados
Perú

[Resumen] La participación es presupuesto fundamental en una democracia. En el Perú existen avances, como la reforma constitucional que permite el voto de los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional o el incremento del número de mujeres en el Congreso. Empero, subsisten limitaciones para que las personas procesadas privadas de libertad puedan votar, y falta un desarrollo legislativo para la consulta de los pueblos indígenas requerida por el Convenio N.º 169. Además, el régimen unicameral y el reducido número de congresistas (120), no guarda una razonable relación con la población. Entonces resulta importante una reforma que garantice una adecuada representatividad. Así, continúa en agenda la necesidad de garantizar la plena vigencia del derecho de participación en nuestro país.

[Palabras clave] Participación política, Referendum, Circunscripciones electorales, Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Reforma constitucional.

[Title] Civic Engagement: progress and remaining challenges

[Abstract] Participation is essential in a democracy budget. In fact, in Peru there is some progress such as the Constitutional Reform which allows voting members of the Armed Forces and National Police or the increasing number of women in Congress. However, there are limitations for people deprived of their liberty processed to vote, and it is missing a legislative development for consulting indigenous towns required by Convention No. 169. Moreover, the unicameral system and the small number of congresspeople (120), bears no reasonable relation to the population. Therefore, there must be a reform to ensure adequate representation. Thus, continued on agenda the need to ensure the full exercise of the right of participation in our country.

[Keyword] Political participation, referendum, electoral districts, jurisprudence of «Tribunal Constitucional», constitutional reform.

Abad Yupanqui, Samuel. «Participación ciudadana: Avances y retos pendientes». En: ELECCIONES, 2009, enero-diciembre, v. 8, n. 9, pp. 11-38

[Recibido] 22/10/09 & [Aceptado] 30/10/09

Cuando el 10 de diciembre de 1948 nació la Declaración Universal de Derechos Humanos se abrió una etapa de esperanza: la construcción de una sociedad que deje de lado «el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos», en donde predomine la «libertad, la justicia y la paz», y en la cual «los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho». Así lo anunciaba el preámbulo de la Declaración, y así también lo esperaba el conjunto de la humanidad.

Luego de más de sesenta años de proclamada la Declaración, los avances han sido dispares. Aunque el objetivo común se mantiene y la vigencia de los derechos humanos constituye un decisivo indicador de la existencia de un Estado democrático, en diversos países la lucha por estos derechos fundamentales aún subsiste.

Precisamente, uno de los derechos esenciales para la vigencia de un régimen democrático es la participación ciudadana. Por ello, desde 1948, existió consenso entre los Estados en reconocer que «Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos» (artículo 21.1). Este derecho, además, guarda una indudable relación con el Derecho Electoral, que consiste en el «[...] conjunto de normas reguladoras de la titularidad y ejercicio de derecho de sufragio, activo y pasivo, de la organización de la elección, del sistema electoral, de las instituciones y organismos que tienen a su cargo el desarrollo del proceso electoral y del control de la regularidad de ese proceso y la confiabilidad de sus resultados» (ARAGÓN 1998: 104).

Y es que resulta indudable la importancia que tienen las elecciones en todo Estado democrático, como ejercicio del derecho de toda persona de participar en la vida política del país. Sin embargo, sólo un adecuado sistema electoral, así como la realización de un proceso electoral transparente que refleje la voluntad popular, garantizarán el establecimiento de un régimen representativo y legítimo. Por ello, en el presente artículo examinaremos los alcances del derecho de participación política, el desarrollo efectuado por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) y su relación con las circunscripciones electorales a propósito de una reciente reforma constitucional, publicada el 8 de septiembre de 2009.

1. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

1.1. ALCANCES Y CONTENIDO

La doctrina suele diferenciar el sufragio activo —entendido como el derecho de los ciudadanos a participar en una elección o en cualquiera de las votaciones públicas que se realicen—, del sufragio pasivo —es decir, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y presentarse como candidatos en las elecciones para cargos públicos—. Se trata de un derecho fundamental cuyos alcances a lo largo de nuestra historia republicana han ido variando. En efecto, vale la pena recordar lo dispuesto por la primera Constitución peruana (1823), en donde se señalaba:

Artículo 17.º- Para ser ciudadano es necesario:

1.- Ser peruano.

2.- Ser casado, o mayor de veinticinco años.

3.- Saber leer y escribir, cuya calidad no se exigirá hasta después del año de 1840.

4.- Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero

Es decir, en dicho ordenamiento constitucional había personas a quienes se consideraba ciudadanos y otras que no lo eran, pues carecían de los requisitos para ello. En la actualidad, esta situación ya no existe; paulatinamente se han ido eliminando las limitaciones que se exigían, por ejemplo, tener propiedades o ejercer una profesión, aquellas que impedían el voto de las mujeres, los analfabetos y los indígenas. Incluso, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional pueden ahora ejercer libremente su derecho al voto debido a una reforma constitucional (Ley N.º 28480).

De esta manera, de acuerdo con la Constitución política del Perú, son titulares de este derecho los nacionales —los extranjeros pueden participar en las elecciones municipales (Ley N.º 26864)—, que sean mayores de 18 años y se encuentren inscritos en el registro electoral. A ello se suele denominar «requisitos positivos»; en cambio, los negativos o suspensiones se presentan cuando se cuenta con una resolución judicial de interdicción, sentencia con pena privativa de libertad o sentencia con inhabilitación de los derechos políticos, tal como lo dispone el artículo 33.º de la Carta.¹ Además, también puede imponerse a

¹ Así también lo ha entendido la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) N.º 0030-2005-AI/TC, Fundamento Jurídico 63 al señalar que: «El derecho fundamental de sufragio activo se manifiesta a través del voto (tercer y

ciertos altos funcionarios una inhabilitación política al amparo de los artículos 99.º y 100.º de la Constitución.²

En este sentido, la Constitución de 1993 dispone en su artículo 2.º, inciso 17) que 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». Asimismo, desarrolla sus alcances en su artículo 31.º.³

El TC, siguiendo la doctrina, ha calificado a este derecho como uno de configuración legal. Es decir, sus alcances los define la ley por decisión del constituyente. En este sentido, en la STC N.º 0030-2005-AI/TC, Fundamento Jurídico 27 b) ha señalado que:

El derecho fundamental a ser elegido representante es un derecho de configuración legal. Ello es así no sólo porque el artículo 31º de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a ser elegidos representantes, «de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica», sino también porque el principio de representación proporcional —entendido en este caso como el mecanismo, regla o fórmula que permite traducir los votos en escaños— recogido por el artículo 187.º de la Constitución, queda determinado «conforme al sistema que establece la ley», según señala este mismo artículo.

cuarto párrafos del artículo 31.º de la Constitución), y su titularidad se encuentra reservada a los ciudadanos, es decir, a los mayores de 18 años, y siempre que dicha ciudadanía se encuentre inscrita en el registro electoral correspondiente (artículo 30.º de la Constitución). Es así que la suspensión de la ciudadanía por cualquiera de las causales previstas en el artículo 33.º de la Norma Fundamental, da lugar a la suspensión del ejercicio del derecho de voto».

² Al respecto se ha señalado en la STC N.º 3760-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 18 que: «[...] la inhabilitación política es una sanción política que impone el Congreso de la República a los más altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99.º de la Constitución por infracción a la Constitución y por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, los mismos que sólo comportan una restricción en el ejercicio de los derechos políticos del funcionario que sea sancionado».

³ «Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica.

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

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

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

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

Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos» (texto según reforma constitucional aprobada por la Ley N.º 28480, publicada el 30 de marzo de 2005).

Asimismo, en la citada sentencia se desarrolló las garantías del derecho al voto previstas por la Constitución precisando que:

- a) **Es personal:** Debe ser ejercido directamente y, en ningún caso, a través de interpósita persona. [...]
- b) **Es igual:** [...] ninguna persona puede ser discriminada por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. [...], en modo alguno puede justificarse la restricción en su ejercicio por causas carentes de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad. Por el contrario, dichas restricciones deben ser en todos los casos valoradas bajo el imperio del principio pro homine, de manera tal que toda interpretación debe encontrarse orientada a procurar el ejercicio pleno del derecho.
- c) **Es libre:** [...] a nadie puede conminarse a que se manifieste en un determinado sentido, de manera tal que su orientación sea consecuencia de una meditación personalísima, «espontánea» [...] y responsable entre las distintas opciones posibles. La «decisión», [...], jamás puede ser consecuencia de algún grado de incidencia previa sobre la libertad de conciencia [...] ni menos aún sobre la integridad física, psicológica o moral [...] en aras de forjar una identidad ciudadana con los principios consubstanciales a la participación política y la democracia, el constituyente no solamente ha estatuido el voto como un derecho, sino como un deber, [...] dando lugar a que, [...], ante la ausencia de causas justificadas, pueda derivarse alguna sanción administrativa por no acudir a las urnas.
- d) **Es secreto:** Nadie puede ser obligado a revelar, sea con anterioridad o posterioridad al acto de sufragio, el sentido del voto. Este componente [...] deriva, a su vez, del derecho fundamental de toda persona a mantener reserva sobre sus convicciones políticas [...].

De esta manera, puede apreciarse cómo el propio TC ha definido la naturaleza y garantías de este derecho fundamental. Incluso, ha justificado la decisión del constituyente de mantener el voto obligatorio. A nuestro juicio, si la participación política es un derecho, el voto debería ser voluntario.⁴ Ello haría, además, que las agrupaciones políticas no sólo se preocupen por convencer al electorado de que apoyen sus propuestas sino, también, promovería su participación. Sin embargo, reconocemos que el lado negativo de este cambio implicaría que muchas personas, al no sentirse obligadas, dejen de votar y, por tanto, los resultados electorales cuenten con el respaldo de pocos electores. Por lo demás, probablemente quienes acudan a sufragar serían aquellos que pertenezcan o simpaticen con las agrupaciones políticas más institucionalizadas. Por ello, probablemente, las propuestas de reforma constitucional que avalaban el voto voluntario no han tenido mayor éxito.

⁴ Así también lo propuso la Defensoría del Pueblo luego de supervisar las elecciones del año 2001 (cf. DEFENSORÍA DEL PUEBLO 2001: 11).

Por otro lado, el tratamiento brindado por la Constitución de 1993 a los partidos políticos no sólo ha significado una reducción en el número de artículos que los regulaban —si lo comparamos con la Constitución de 1979—, sino que constituyó «[...] un astuto esfuerzo destinado a relativizar a los partidos políticos como instituciones vertebrales para la participación política» (PLANAS 1995: 62). En efecto, los equiparó con las alianzas y movimientos, y eliminó la mención que hacía el artículo 68.º del texto de 1979 de ser «[...] instrumentos fundamentales para la participación política de la ciudadanía». En todo caso, desde la vigencia del texto de 1993 y pese a los avances que ha significado contar con una Ley de Partidos Políticos, tales organizaciones no han logrado afianzarse ni convertirse en canales fundamentales de la participación ciudadana. Todo haría pensar que durante mucho tiempo continuaremos con un sistema donde no existan verdaderos partidos o ellos aún sean muy débiles, salvo alguna que otra excepción. Esta debilidad institucional ha conducido a que el TC afirme que

[l]a causa del problema se encuentra, parece ser, en que el caudillismo nacional, unido a fuertes cimientos oligárquicos, ha impedido la consolidación de partidos y de las instituciones gubernamentales, dejando paso al poder unipersonalizado. Esto ha motivado el interés de las clases dominantes, política, económica y socialmente, en mantener la situación y su condición, a costa de la mayoría de los peruanos.⁵

Finalmente, existen circunstancias lamentables que en la práctica limitan el libre ejercicio del derecho al voto, por ejemplo, cuando se trata de aquellas personas que se encuentran procesadas —aún no condenadas— y permanecen privadas de su libertad en un establecimiento penal y que, por tanto, no pueden votar. Pese a las propuestas para encontrar una solución a este problema, el tema hasta el momento no ha podido ser resuelto.

1.2. LA DEMOCRATIZACIÓN DEL VOTO: LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES

El profesor español Pablo Pérez Tremps (1998: 59), distingue tres etapas en la evolución del tratamiento de los derechos de las mujeres en el constitucionalismo occidental. Una primera, fue el no-reconocimiento de la mujer en la Constitución; es decir, una etapa del silencio o de la ignorancia de la mujer como sujeto de derechos. Una segunda es la etapa de la formalización del

⁵ STC N.º 0002-2005-AI/TC, Fundamento Jurídico 22.

igualitarismo, donde se reconoce que todos son iguales ante la ley, sin distinguir entre hombres y mujeres. Y una tercera —en la cual nos encontramos—, plantea la superación del marco del mero igualitarismo para promover acciones afirmativas que permitan alcanzar una igualdad real. En esta última etapa podemos ubicar las cuotas de participación política a favor de la mujer.

Como se recordará, en el Perú recién se reconoció el derecho al voto de las mujeres el 7 de septiembre de 1955, a través de la Ley N.º 12391. El tema fue objeto de discusión en el Congreso Constituyente de 1931, sin que se pudiera aprobar su inclusión. Así, por ejemplo, resulta ilustrativa la afirmación efectuada por el entonces representante de Arequipa, Manuel Bustamante de la Fuente, quien consideraba que:

[...] siendo la mujer sumamente sugestionable y emotiva, su voto no sería independiente sino representaría la opinión de las personas que la rodean o sea del marido, padre, hermano, autoridad, etc. [...] ninguno de los representantes que están a favor del voto femenino desearía encontrar, al regresar a su hogar, cansado de la lucha cotidiana, en vez de la paz y tranquilidad que necesita, del halago suave y sedentario de una mujer cariñosa y femenina, un ambiente caldeado por la lucha y las pasiones políticas. (En AGUILAR 2002: 131)

Pese al tardío reconocimiento del voto de las mujeres en 1955, aquél recién se ejercería en las elecciones de 1956. Posteriormente, la Constitución de 1979 admitió la igualdad de la mujer precisando que tenía derechos no menores que el varón y la actual Constitución no sólo reconoce la igualdad de la mujer sino, además, la reforma aprobada por la Ley N.º 27680, de 7 marzo de 2002, ha introducido expresamente la representación de género.

Cabe indicar que el sistema de cuotas ya había sido introducido en el Perú por la Ley Orgánica de Elecciones en 1997 (Ley N.º 26859), que fijó en 25% la cuota mínima de postulación de mujeres u hombres al Parlamento (cuota de género). Posteriormente, la Ley N.º 26864, Ley de Elecciones Municipales (1997) estableció un mínimo de 25% de candidatos a regidores hombres y mujeres. En diciembre de 2000, la Ley N.º 27387 elevó el porcentaje a 30% (artículo 116.º).⁶ Estas medidas de acción afirmativa han conducido al incremento de la participación política de la mujer en el Congreso, tal como lo evidencia el cuadro 1.

⁶ «Las listas de candidatas al Congreso en cada distrito electoral deben incluir un número no menor del 30% de mujeres o varones. En las circunscripciones en que se inscriban listas con tres candidatos, por lo menos uno de los candidatos debe ser varón o mujer».

CUADRO 1
Participación política de las mujeres en el Congreso

PARLAMENTO	INTEGRANTES	MUJERES	%	VIGENCIA DE LA CUOTA (%)
1956	235	9	4	--
1985	240	13	5	--
1990	240	15	6	--
1995	120	13	11	--
2000	120	26	22	25
2001	120	22	18	30
2006	120	35	29	30

Fuente: BERMÚDEZ VALDIVIA 2008.

Como puede apreciarse, la existencia de leyes de cuotas ha contribuido sustancialmente al incremento de la presencia de las mujeres en el Parlamento. Incluso, como hemos indicado, la propia Constitución ha reconocido esta situación. Sin embargo, la mayor participación de la mujer en la vida política del país aún no se ve reflejada en cuanto a su presencia en la presidencia de los gobiernos regionales ni como alcaldesas. Ahí todavía existen espacios que son ocupados mayoritariamente por hombres.

1.3. EL VOTO DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL: SUPERANDO LAS DISTANCIAS ENTRE CIVILES Y MILITARES

En los últimos años hemos sido testigos del verdadero rol desempeñado por las Fuerzas Armadas en la vida política del país, así como de su presencia decisiva en los resultados de los recientes procesos electorales. Ello, sin duda, no se condice con su misión constitucional de «[...] garantizar la independencia, la soberanía y la integridad territorial de la República» (artículo 165.º) y su papel subordinado al poder constitucional (artículo 169.º).

Precisamente, luego de haber dejado atrás dicha experiencia, se abrió un escenario propicio para el cambio a través del proceso de reforma constitucional. Ello explica la aprobación de la Ley N.º 28480, publicada el 30 de marzo de 2005, en donde se reconoce el derecho al voto de los miembros de las Fuerzas

Armadas y de la Policía Nacional. Esta propuesta, que compartimos, fue formulada desde el Informe de julio de 2001 elaborado por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional durante el gobierno de transición, y también fue recogida en el anteproyecto de ley de reforma constitucional presentado al Congreso de la República por la Comisión Pease en 2002.

Tradicionalmente se ha afirmado que prohibir el ejercicio de este derecho se justifica por el principio de supremacía del poder civil y la necesidad de evitar que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sean deliberantes y participen con la fuerza de las armas en la vida política del país. Asimismo, se ha sostenido que ello contribuía a garantizar su neutralidad política (PENARRUBIA 2000: 191) y la disciplina. También se ha alegado que fortalece la unidad de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional y contribuye a su eficiencia, la cual se vería severamente afectada si se suscitaran enfrentamientos ideológicos en los cuarteles o comisarías.

No compartimos tales argumentos. Creemos que permitir el voto de los militares y policías tiene como sustento una cuestión de suma importancia para todo Estado democrático de Derecho: fortalecer las relaciones entre civiles, militares y policías, superando las distancias existentes. Ello fomentaría la democratización en el país, pues permitiría que un amplio sector de personas se comprometiera y se integre con el sistema democrático. De esta manera, el gobierno elegido ya no sería el «gobierno de los civiles» sino el de todos los peruanos con o sin uniforme. Además, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional también son titulares de derechos humanos sin que se justifique la subsistencia de una discriminación —prohibirles votar— por el solo hecho de ser militares o policías. Y es que todos debemos ser considerados ciudadanos con iguales derechos.

Sin embargo, este reconocimiento debe ir acompañado del necesario y exigente respeto del principio de neutralidad política —como ocurre con todo funcionario y servidor público— para evitar el proselitismo en los cuarteles o comisarías, las eventuales presiones sobre los subalternos y su total alejamiento del proceso electoral. En esta materia, los controles y sanciones resultan indispensables. Igualmente, deben brindárseles facilidades para el ejercicio del voto de tal manera que sean compatibles con sus funciones.

Por lo demás, esta reforma constitucional no constituye ninguna novedad. Los militares, por ejemplo, gozan del derecho de sufragio en países como Suiza, Bélgica, Italia, Alemania, Francia, España, Gran Bretaña, entre otros. En América Latina podemos citar los casos de Bolivia, Brasil y México. Incluso, en varios países los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional pueden ser elegidos. En definitiva, para democratizar a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional hay que integrar a sus miembros al sistema democrático. A este esfuerzo se dirigió la reforma constitucional aprobada a través de la Ley N.º 28480.

1.4. LA PARTICIPACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, UN TEMA PENDIENTE: LA NECESIDAD DE UNA CONSULTA

Durante una larga etapa de nuestra vida republicana, los indígenas no tuvieron la posibilidad de ejercer su derecho al voto. Es conocido y aleccionador el debate suscitado en el Congreso (1849) entre Bartolomé Herrera y Pedro Gálvez:

Herrera, convencido partidario de la soberanía de la inteligencia, había afirmado en repetidas ocasiones que la soberanía humana, es decir, el poder de mando de las naciones no tenía su origen en el pueblo, sino en los principios absolutos que regulan la vida social y que coinciden con la ley divina. Dado que tales principios, derivados de la naturaleza de las cosas, no podía ser comprendido claramente sino por los intelectos acostumbrados al trabajo mental y a la investigación científica, solamente a ellos, a la aristocracia del saber, cabía adjudicarse el derecho a dictar leyes, prerrogativa que debería entonces quitarse a la mayoría del pueblo, que no contaba con esta capacidad. (CHIARAMONTI 2005: 327)

Esta situación ha cambiado no sólo en el ámbito interno —el artículo 2.º, inciso 19 de la Constitución señala que el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación—,⁷ sino también debido a la existencia de tratados que promueven una mayor participación, como sucede con el Convenio N.º 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, aprobado por Resolución Legislativa N.º 26253 y vigente en nuestro país desde el 2 de enero de 1995. Por ello, se afirma que «no cabe duda pues de que el Perú es un

⁷ Así lo ha entendido el TC en la STC N.º 0020-2005-AI/TC al señalar que «El inciso 19 del artículo 2.º de la Constitución, reconoce el derecho fundamental de toda persona: “A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.” De esta forma, el Constituyente ha proyectado en la Constitución formal un elemento esencial de la Constitución materia de la Nación peruana: su multiculturalismo y pluriétnicidad. Se trata de una concreción del principio de Estado social y democrático de derecho, establecido en el artículo 43.º de la Constitución».

país multicultural, tratándose éste de un rasgo que es reconocido y promovido por el orden constitucional» (ETO CRUZ & RODRÍGUEZ 2009: 18).

En este sentido, el artículo 6.º del citado Convenio reconoce el derecho a la consulta, disponiendo que los gobiernos deberán pedir opinión a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. Se trata con ello de promover «[...] un proceso dinámico y permanente, un diálogo horizontal y constructivo entre Estado, empresa y miembros de pueblos indígenas» (DEFENSORÍA DEL PUEBLO 2003: 23).

Este derecho, que en modo alguno constituye un «derecho de veto»,⁸ ha motivado una importante sentencia del TC, publicada el 20 de febrero de 2009 en su página Web (STC N.º 03343-2007-AA/TC). El Fundamento Jurídico 35 de la citada sentencia precisó que:

[...], la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural. Para ello debe brindársele la información relativa al tipo de recurso a explotar, las áreas de explotación, informes sobre impacto ambiental, además de las posibles empresas que podrían efectuar la explotación del recurso. Estos elementos servirían para que al interior del grupo étnico se inicien las reflexiones y diálogos sobre el plan a desarrollar. Esta información tendrá que entregarse con la debida anticipación para que las reflexiones que puedan surgir sean debidamente ponderadas. Una vez superada esta etapa se podrá dar inicio a la etapa de participación propiamente dicha, en la que se buscará la dinámica propia del diálogo y el debate entre las partes. Finalmente, la consulta planteada a la comunidad nativa tendrá que ser realizada sin ningún tipo de coerción que pueda desvirtuarla.

El derecho a la consulta y en general los derechos de los pueblos indígenas cuentan con un mayor desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional colombiana, la cual en la Sentencia C 461-2008 de 14 de mayo sostuvo que:

En la medida en que las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que, [...] ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, [...], la omisión de la consulta [...], tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno. En primer lugar, [...] es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas

⁸ Así también lo considera la Defensoría del Pueblo; cf. *Informe Extraordinario. Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú* (2007).

pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias. Tratándose de medidas legislativas, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta [...], comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley. En ese evento, sería posible, [...], encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, [...], la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, [...], lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, [...], se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión [...].

Es decir, la citada sentencia reconoce el derecho a la consulta y, a la vez, los mecanismos procesales para hacerlo efectivo.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo N.º 133 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*) consideró que:

[...], la Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...]. Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

Este derecho a la consulta se encuentra pendiente de desarrollo normativo por el Congreso de la República, existiendo algunos proyectos de ley sobre el particular,⁹ y su omisión ha generado intensos conflictos sociales.¹⁰ Por lo

⁹ Un proyecto importante fue presentado el 6 de julio de 2009 por la Defensoría del Pueblo, denominado «Ley marco del derecho a la consulta de los pueblos indígenas» (Proyecto 3370/2008-DP).

¹⁰ En la actualidad existe el Reglamento de Participación Ciudadana para la realización de Actividades de Hidrocarburos, aprobado a través del Decreto Supremo N.º 012-2008-EM, cuyo artículo III señala que «[...] la Consulta, como forma de participación ciudadana, llevada a cabo por los pueblos indígenas deberá ejercerse de buena fe y de

demás, es importante tomar en cuenta que la reforma constitucional introducida por la Ley N.º 28607 estableció porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales, así como en los Concejos Municipales.

1.5. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA DIRECTA

Una de las novedades introducidas por la Constitución de 1993 fueron los mecanismos de participación ciudadana directa; pues incorporó al referéndum, la iniciativa legislativa, la rendición de cuentas, la revocatoria y la remoción de autoridades como instituciones de democracia directa que trataban de facilitar y acercar la participación de los ciudadanos en la vida del país. Así lo disponen los artículos 2.º inciso 17), y 31.º de la Constitución.

La Ley N.º 26300, Ley de Participación y Control Ciudadanos, modificada por Ley N.º 29313, reguló el procedimiento para el ejercicio de estos derechos fundamentales, estableciendo porcentajes bastante elevados que han dificultado su ejercicio.¹¹ Durante la vigencia de estos derechos de participación la institución más utilizada ha sido la revocatoria, el referéndum ha sido ejercido en pocas oportunidades y ha tenido una vida muy agitada. Veamos lo sucedido.

a) El referéndum para impedir una nueva reelección presidencial

Una primera limitación se presentó con motivo de la consulta popular para derogar la Ley N.º 26592 que permitía una nueva reelección presidencial del ingeniero Fujimori el año 2000, pues modificó la Ley N.º 26300 estableciendo que todo referéndum requería una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso y el voto favorable de no menos de 48 congresistas.¹² La ley era inconstitucional pues desnaturalizaba el contenido esencial del derecho al referéndum. Si bien el legislador puede regular su ejercicio, tal como lo reconoce

una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar al mejor entendimiento sobre los alcances del proyecto y sus beneficios».

¹¹ En este sentido, para una iniciativa legislativa se requiere el 0,3% de la población electoral nacional; para el referéndum, el 10% del electorado nacional; para una revocatoria, el 25% de electores de una autoridad; para la remoción más del 50% de solicitantes; para una rendición de cuentas el 10% de ciudadanos inscritos.

¹² «Art. 16.º.- Todo referéndum requiere una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso, la misma que puede ser sometida a referéndum conforme a esta ley, siempre que haya contado con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso.»

la doctrina y el derecho comparado (OTTO Y PARDO 1988: 110), al hacerlo tiene límites pues no puede desnaturalizarlo. La referida ley subordinaba el referéndum a un mecanismo de participación indirecta. Con ello, el referéndum como vía de democracia directa dejaba de ser tal.

En efecto, la consulta popular es el «derecho del cuerpo electoral a aprobar o a rechazar las decisiones de las autoridades legislativas ordinarias» (GARCÍA PELAYO 1991: 376). Es una «manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo» (BISCARETTI 1987: 423) que constituye «una forma directa de actuación del pueblo» (SÁNCHEZ AGESTA 1974: 289). Se trata de una institución de democracia directa que constituye una alternativa autónoma, distinta a la vía representativa de participación (democracia indirecta), destinada a la aprobación o desaprobación de normas. En consecuencia, cuando se exige que un número determinado de representantes «autorice» el inicio de un mecanismo de democracia directa se altera su esencia, pues aquél opera al margen de los representantes.

Ante la vigencia de la citada norma, la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) desestimó la solicitud de referéndum.¹³ Esta decisión fue revocada por el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) el 25 de septiembre de 1996.¹⁴ Aquél sostuvo que el referéndum para la desaprobación de leyes «por su naturaleza, no está condicionado a dicho requisito; pues, como facultad del voto popular para rechazar una norma, no está expuesta a deliberaciones que son necesarias para la aprobación de leyes». Asimismo, con relación a la aplicación de la ley que requería la previa autorización de no menos 48 congresistas consideró que tratándose de un referéndum derogatorio «la aplicación de los artículos 1º y 2º de la Ley N.º 26592, destinados a las iniciativas legislativas no es pertinente al petitorio». De esta manera, el JNE no se pronunció sobre la constitucionalidad de dicha ley. Más bien, interpretó que tratándose del referéndum derogatorio no se requería la autorización previa de un número determinado de congresistas, pues éste por su naturaleza no está condicionado a dicho requisito. El JNE efectuó una interpretación conforme a la Constitución; es decir, encontró un sentido a la ley que resultaba acorde con la norma constitucional —en este caso, el derecho de participación política—, con la finalidad de evitar su

¹³ Resolución Jefatural N.º 069-96-J/ONPE.

¹⁴ Resolución N.º 491-96-JNE.

descalificación por inconstitucional. Gracias a su intervención, el referéndum contra la ley que habilitaba una nueva reelección presidencial podía iniciarse sin acudir al Congreso previamente.

A los pocos días, el 11 de octubre de 1996, se publicó la Ley N.º 26670 que eliminó el referéndum derogatorio, reiterando que para que una norma sea derogada por intervención ciudadana se requería que previamente una iniciativa legislativa haya sido desaprobada y se cuente con la autorización de 48 congresistas. Asimismo, suprimió todas las disposiciones que regulaban dicha modalidad de participación directa (artículos 42.º, 44.º y 47.º de la Ley N.º 26300). Ratificó así que desde su vigencia para que una norma pueda ser derogada por intervención ciudadana, se requería una iniciativa legislativa desaprobada y la autorización de 48 parlamentarios.¹⁵ Agregó que en un plazo no mayor de diez días el Jefe de la ONPE «de oficio y bajo responsabilidad, resolverá los casos de quienes vienen recogiendo firmas para iniciar posteriormente algún referéndum y notificará a los promotores de los mismos para que se adecuen a lo dispuesto por esta Ley».

De esta manera, la Ley N.º 26670 no sólo eliminó el referéndum derogatorio, sino a la vez pretendió que la exigencia de una iniciativa legislativa desestimada y la previa «autorización» por un número determinado de congresistas se aplique al procedimiento iniciado para lograr la derogación de la Ley N.º 26657. En este último caso, trató de desconocer los alcances de la Resolución N.º 491-96-JNE.

Ante esta nueva norma, la ONPE dictó la Resolución Jefatural N.º 11-96-J/ONPE disponiendo que los solicitantes cumplieran con los requisitos establecidos por dicha ley. De esta manera, desconoció la vigencia de la resolución dictada por el JNE. Dicha decisión fue anulada el 30 de octubre de 1996 por la Resolución N.º 630-96-JNE. El JNE consideró que la resolución de la ONPE interfería en el procedimiento de ejecución y cumplimiento de su anterior

¹⁵ En su primera disposición transitoria, esta ley dispuso que:
«Las iniciativas de referéndum para la desaprobación de normas con rango de ley, que aún no hubiesen sido admitidas por la autoridad electoral, conforme al artículo 8.º de la Ley N.º 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, se adecuarán a lo dispuesto por el inciso b) del artículo 39.º de la misma ley.
En consecuencia, la desaprobación de normas con rango de ley mediante referéndum sigue el trámite del inciso b) del artículo 39.º de la Ley N.º 26300, requiriendo para el efecto que la correspondiente iniciativa legislativa sea desaprobada por el Congreso, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.º de la misma Ley, modificada por la Ley N.º 26592, y cumpla con los requisitos previstos por el artículo 38.º de la Ley N.º 26300».

decisión, afectando así su carácter de cosa juzgada. Agregó que la atribución del control difuso también le corresponde al JNE y que ninguna norma tiene efecto retroactivo. Sobre la base de tales consideraciones declaró que la Ley N.º 26670 «no es aplicable al expediente promovido por los ciudadanos Lourdes Flores, Alberto Borea, Javier Diez Canseco y Mauricio Mulder». Nuevamente, se abrió la puerta al referéndum.

El escollo definitivo se presentó con la oposición formulada por un particular al procedimiento seguido para el referéndum. Se sostenía que aquél debía contar previamente con una iniciativa legislativa desaprobada y la autorización de 48 congresistas. Se abrió así un debate ya concluido. Ante este pedido, por tercera vez, la ONPE decidió suspender el referéndum, disponiendo se remita lo actuado al Congreso. El JNE, con una nueva composición de sus miembros, modificó sus anteriores decisiones y confirmó lo dispuesto por la ONPE.¹⁶ Así, dejó de lado el carácter definitivo de sus resoluciones, aplicando en forma retroactiva la ley a un procedimiento en trámite y renunciando a hacer uso del control difuso. Lo sucedido evidencia los obstáculos al ejercicio del referéndum, cuya incorporación fue uno de los avances teóricos de esta Constitución.

b) El referéndum para conformar regiones

Luego de la caída del régimen fujimorista, el gobierno del presidente Toledo promovió como uno de sus temas prioritarios: el desarrollo del proceso de descentralización. Ello implicó la necesidad de una reforma constitucional, la aprobación de diversas leyes y el posterior inicio del proceso de integración para conformar verdaderas regiones —y no sólo departamentos con base regional, tal como ahora sucede—, al amparo del artículo 190.º de la Constitución.

En efecto, conforme al citado dispositivo, mediante referéndum podían integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región. Se trata de una modalidad de referéndum que algunos autores han calificado como «obligatorio», pues es la vía establecida por la Constitución para la creación de una región (BLANCAS 2004: 209). Precisamente, el 30 de octubre de 2005 se llevó a cabo por primera vez en la historia un proceso de referéndum para la conformación de cinco regiones, luego del informe favorable

¹⁶ Resolución N.º 553-98-JNE de 20 de agosto.

emitido, en julio de ese año, por el Consejo Nacional de Descentralización sobre cinco de los diecisiete expedientes técnicos presentados (PRODES 2006: 26).

Las cinco propuestas de integración regional sometidas a referéndum fueron: 1) Tumbes, Piura y Lambayeque; 2) Áncash, Huánuco, Pasco, Junín y Lima (provincias); 3) Ayacucho, Huancavelica e Ica; 4) Cusco y Apurímac, y 5) Arequipa, Puno y Tacna.

Lamentablemente, los resultados fueron desalentadores, pues en quince de los dieciséis departamentos la ciudadanía votó por el «no»; sólo en Arequipa ganó el «sí». De esta manera, no se pudo conformar ninguna región y, por tanto, los departamentos siguen siendo la base territorial de las mismas.

c) El referéndum para el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI)

Ante la negativa del JNE de convocar a un referéndum para aprobar el «Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo», el 26 de octubre de 2006 el señor Cortéz Vigo, promotor de la convocatoria a la consulta, presentó una demanda de amparo contra la Resolución N.º 1215-2006-JNE, de 7 de julio de 2006 que declaró improcedente su pedido de convocar a referéndum y la Resolución N.º 1278-2006-JNE de 20 de julio de 2006 que ratificó dicha resolución. El JNE consideró que la materia objeto de la consulta popular era de naturaleza tributaria y que, por tanto, no resultaba susceptible de referéndum. Sin embargo, el 3 de septiembre de 2007, el TC consideró que no se trataba de materia tributaria y, además, que las resoluciones dictadas por el JNE no contaban con una adecuada motivación. En ese sentido, sostuvo:

En mérito a que el Tribunal Constitucional ha considerado, [...], que los aportes de los trabajadores al FONAVI dispuesto por el Decreto Ley 22591 no cumplen con los principios constitucionales tributarios, no constituyen un tributo y no son tampoco impuestos desde el 30 de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998; en consecuencia, la solicitud de los demandantes se encuentra amparada por el artículo 32.2 de la Constitución.

Por ello, en una decisión dividida, declaró nulas las Resoluciones del JNE N.º 1215-2006-JNE y N.º 1278-2006-JNE, y dispuso que dicho órgano emita un nuevo pronunciamiento en cumplimiento del artículo 32.2 de la Constitución. Cabe indicar que dos magistrados consideraron que la demanda era

infundada, pues en su opinión el FONAVI sí tenía naturaleza tributaria, lo cual ya lo había advertido el TC en una sentencia anterior (Exp. n.º 001-1999-AI/TC, Fundamento Jurídico 4.1.). De esta manera, la citada sentencia —sumamente polémica— abrió las puertas para el inicio del referéndum. El JNE después de varias imprecisiones dictó la Resolución n.º 312-2009-JNE, de 7 de mayo de 2009, fijando el domingo 21 de noviembre de 2010 como fecha para que se realice el referéndum para que la población decida si aprueba la devolución de los aportes que se hicieron al FONAVI, pues ese día se realizarían las Elecciones Regionales y Municipales conforme lo establecía la Ley de Elecciones Regionales (artículo 4.º). Sin embargo, una reciente modificación, efectuada a través de la Ley n.º 29470, publicada el 14 de diciembre, dispone que las elecciones regionales y municipales se realizarán el primer domingo de octubre. De esta manera, la fecha del referéndum nuevamente cambiará.

2. EL DISEÑO DE LAS CIRCUNSCRIPCIONES ELECTORALES Y SU RELACIÓN CON LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La Ley n.º 29402, publicada el 8 de septiembre de 2009, aprobó una reforma constitucional para incrementar el número de congresistas de 120 a 130, modificando el artículo 90.º de la Constitución de 1993. Aunque ello no sea muy popular debido a su escasa aprobación ciudadana, favorece su grado de representatividad respecto a los electores y, en definitiva, la participación ciudadana. Baste recordar que en 1980, hace casi 30 años, contábamos con más representantes (60 senadores y 180 diputados) que ahora (120 congresistas), pese a que nuestra población electoral se ha incrementado sustancialmente. En una disposición transitoria, la ley señala que el JNE distribuirá cuatro escaños para Lima provincias y los restantes conforme a ley. Esta reforma entrará a regir para el proceso electoral de 2011.

Debido a dicha reforma, la Ley n.º 29403 modificó el artículo 21.º de la Ley Orgánica de Elecciones creando el distrito electoral de Lima Provincias. A partir de dicho cambio normativo contaremos con veintiséis distritos o circunscripciones electorales, uno por cada departamento y los restantes corresponden a Lima Provincias y a la Provincia Constitucional del Callao. Hay que tomar en cuenta que un adecuado diseño de las circunscripciones electorales puede contribuir a garantizar el derecho de participación ciudadana.

2.1 ASPECTOS CONCEPTUALES

Se suele utilizar la expresión «circunscripción electoral» para denominar a la zona territorial, determinada de acuerdo con criterios geográficos o demográficos, que constituye la base para que los votos emitidos por los ciudadanos elijan a uno o más representantes, con independencia de otras zonas o circunscripciones. Algunos autores y legislaciones también utilizan la expresión «distritos electorales» como concepto sinónimo.

La distribución de las circunscripciones es de importancia vital para asegurar una adecuada representación del electorado. Así, se ha señalado que las circunscripciones requieren de un acomodo permanente a la realidad demográfica, ya sea a través de una reconsideración de sus límites o de un cambio en el número de escaños que se les asignan. Y es que el principio de igualdad debe guiar su diseño para que cada escaño represente a la misma cantidad de electores (NOHLEN 1994: 48).

Sin embargo, la realidad ha demostrado que en ocasiones se ha tratado de manipular su diseño con la finalidad de obtener ventajas políticas y electorales. A este fenómeno se suele denominar «*gerrymandering*», en recuerdo del gobernador del Estado de Massachussets, Elbridge Gerry quien diseñó una circunscripción en forma de salamandra para garantizar su triunfo electoral. Expresa Nohlen que son dos las estrategias utilizadas para llevar a cabo esta manipulación; por un lado, mezclando el electorado —combinando, por ejemplo, zonas rurales y urbanas—, o también formando bastiones —es decir, confinando en zonas adversas a las agrupaciones opuestas para que no puedan obtener escaños— (NOHLEN 1994: 52).

Por otro lado, el tamaño de la circunscripción está referido a la cantidad de escaños con que cuenta cada una de ellas, y que por cierto no siempre es uniforme. De esta manera, las circunscripciones pueden ser uninominales —«cuando se trata de un solo escaño parlamentario a cubrir»— o plurinominales —«cuando los escaños parlamentarios en disputa son dos o más: hasta el caso límite del colegio nacional único»— (BISCARETTI 1987: 315). Estos últimos, a su vez, pueden ser binominales, trinominales, tetranominales, pentanominales, etc., de acuerdo con el número de escaños por asignar. Por cierto, el tamaño de la circunscripción guarda una estrecha relación con el efecto proporcional del sistema electoral adoptado.

Las circunscripciones plurinominales pueden presentar un número variable de escaños (circunscripción plurinominal variable) o uno uniforme (circunscripción plurinominal uniforme). En las circunscripciones uniformes, el sistema binominal —se escogen dos escaños— favorece a la segunda mayoría, pues sólo cuentan los votos de las dos más altas mayorías. A diferencia de ello, la circunscripción trinominal sí concede una ventaja al partido que obtiene la más alta votación. Asimismo, en las circunscripciones plurinominales variables —las más frecuentes en los países de América Latina—, suelen distinguirse las pequeñas (2 a 5 escaños), medianas (6 a 10 escaños) y grandes (10 y más). Cuanto más pequeña es la circunscripción menor será el efecto proporcional, y a la inversa dicho efecto se incrementará al aumentar el tamaño de la circunscripción. De esta manera, como señala Nohlen (1994: 56), las circunscripciones electorales variables tienen un efecto limitado de representación proporcional debido a las circunscripciones pequeñas y medianas; por ello, las agrupaciones minoritarias tendrán mayores posibilidades en las circunscripciones grandes.

Algunos sistemas introducen la llamada barrera legal como una limitación fijada por la ley para la participación de las agrupaciones políticas en la asignación de escaños en función de «[...] que éstos obtengan un mínimo de votos (sea en relación con votos válidos emitidos) o ganen escaños (directos en las circunscripciones)». Ella puede comprender todo el territorio electoral o solamente las circunscripciones, y su porcentaje y forma de aplicación tienen importancia para determinar los efectos y la representatividad de los sistemas electorales (NOHLEN 1994: 65-66). Dicha barrera impide la exagerada presencia de agrupaciones políticas en el Congreso.

Finalmente, resulta útil acudir a la denominada «clave de representación», que consiste en determinar si en todas las circunscripciones existe la misma relación entre el número de electores, o de habitantes, y los escaños (NOHLEN 1981: 110), a fin de salvaguardar el principio de igualdad. Por su parte, Fernández Segado prefiere acudir al llamado «índice de representación poblacional», que se obtiene «[...] dividiendo el porcentaje de escaños que sobre el total de la Cámara corresponde a cada circunscripción entre el porcentaje que sobre el total de la población nacional supone la población de derecho de esa misma circunscripción» (FERNÁNDEZ 1997: 48). En ambos casos se trata de esfuerzos por determinar los efectos de un sistema electoral sobre la representación política.

2.2 LAS CIRCUNSCRIPCIONES EN EL MARCO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La Constitución vigente diseña el perfil del sistema electoral y fija los marcos para su desarrollo legal. En efecto, adopta un Congreso unicameral integrado por 120 congresistas elegido mediante un proceso electoral «organizado conforme a ley» (artículo 90.º); es decir, habilita al legislador a adoptar las variables del sistema electoral que considere apropiadas. Por otro lado, opta por una representación proporcional, «conforme al sistema que establece la ley» (artículo 187.º); rechazando así el principio mayoritario.

La opción constitucional adoptada impide un desarrollo legislativo más variado del sistema electoral y una adecuada representatividad, y ha conducido al planteamiento de propuestas puntuales de reforma constitucional que se encaminan, en primer lugar, por el retorno al régimen bicameral. Así, por ejemplo, la Cámara de Diputados podría ser elegida sobre la base de circunscripciones departamentales, mientras que el Senado podría serlo por distrito electoral único o por las regiones. En segundo lugar, por ampliar el número de representantes al Congreso para que guarde relación con la población electoral. Para ello, no sería necesario que la Constitución indique el número de congresistas, pues es posible que ella —luego de la respectiva reforma constitucional— autorice al legislador a determinarlo en función del incremento de la población electoral.

En torno a la forma de elección del Congreso, dentro del marco previsto por la Constitución vigente, han destacado diversos aportes que en otra ocasión hemos podido reseñar (en TUESTA 1996: 163 ss). Una apretada síntesis de las posibilidades de desarrollo legal ha sido expuesta por el ex presidente Paniagua en un excelente ensayo sobre la materia.¹⁷ Retomando sus ideas, consideramos que por lo menos existen las siguientes formas de enfrentar el tema:

a) *Circunscripciones de creación legal o «artificial» con fines exclusivamente electorales.*

En el marco de un proceso de ingeniería electoral se pueden crear circunscripciones distintas a las regiones, departamentos o provincias, es decir, alejadas de

¹⁷ «Formas de composición o mecanismos de elección del Parlamento», versión mecanográfica, pp. 3-11.

una base política y administrativa que constituyan la fuente para la obtención de un determinado número de escaños. Esto podría suceder, por ejemplo, para favorecer la representación de los peruanos y peruanas residentes en el exterior que de acuerdo con la actual Ley Orgánica de Elecciones sólo pueden votar por los candidatos/as al Congreso del distrito electoral de Lima (artículo 21.º), pese a que procedan de departamentos distintos.

De llevarse a cabo este proceso de creación «artificial», deberían seguirse ciertos preceptos que garanticen el principio de igualdad en la representación y eviten la táctica del *gerrymandering*. Tal diseño tendría la ventaja de acercar al candidato y posterior representante al elector, quien lo podría elegir en forma más directa. La desventaja radica, como bien lo anota Nohlen, en que abre «un campo de manejo y manipulación política bastante conflictivo y polarizante» (NOHLEN 1994: 147).

b) Circunscripciones determinadas sobre la base de la demarcación política o administrativa.

Ante la ausencia de verdaderas regiones y la desproporcionalidad que significaría la elección por provincias, así como por razones «pragmáticas», se ha optado porque la base sea departamental. La ventaja es que ello acerca el representante al elector. La desventaja, en cambio, es que disminuye ostensiblemente los niveles de proporcionalidad y la posibilidad de representación de las minorías. Recuérdese que «[...] en las circunscripciones de tamaño inferior a seis cualquier fórmula electoral opera con efectos propios del sistema mayoritario, propiciando que sólo dos formaciones políticas alcancen representación» (FERNÁNDEZ 1997: 52).

En una propuesta de esta naturaleza, la mayor proporcionalidad se presentaría en Lima —debido al tamaño de esta circunscripción—, mientras que en los restantes departamentos predominaría en la práctica el principio mayoritario. Recuérdese que a menor tamaño de la circunscripción, menor será el índice de proporcionalidad. Ello explica la reciente creación del distrito electoral de Lima Provincias.

c) Circunscripciones de doble nivel

Esta modalidad divide el número de escaños a repartir de esta manera: un porcentaje determinado de escaños será elegido considerando la circunscripción electoral única y el otro sobre la base de la circunscripción múltiple.

La finalidad y a la vez ventaja de este sistema descansa en «[...] la personalización del sufragio en el nivel inferior y la más justa proporcionalidad en el superior» (PANIAGUA s/f: 10). Sin embargo, la desventaja radica en el número de escaños a asignar, es decir, en la dificultad de cumplir con la finalidad de dicho sistema con una Cámara de sólo 120 congresistas y próximamente con diez más. Por ello, esta modalidad tiene más sentido en un régimen bicameral.

d) Circunscripción nacional única sin barrera legal

Es el sistema que guió las elecciones generales de 1995 y que también fue empleado en las elecciones para la Asamblea Constituyente (1978-1979), así como en el Congreso Constituyente Democrático (1992). Presenta como ventaja que al tratarse de una circunscripción muy grande que abarca todo el territorio nacional que elige 120 escaños, favorece el principio de representación proporcional del electorado. No obstante, ofrece mayores desventajas; entre ellas podemos señalar que fomenta una excesiva fragmentación parlamentaria y el multipartidismo.

e) Circunscripción electoral con barrera legal

Otra alternativa es la posibilidad de elegir a los congresistas fijando una barrera legal. Con ello se trata de evitar la excesiva fragmentación de las fuerzas políticas y el exagerado multipartidismo, estableciendo que para obtener un escaño las agrupaciones políticas deberán alcanzar como mínimo un porcentaje de los votos válidos. Su introducción no resulta inconstitucional, pues como lo anotó el TC alemán al referirse a una barrera legal del 5%, la finalidad de una elección no sólo es «[...] crear una representación popular que dé una imagen exacta de las opiniones políticas que existen en la nación, sino que también debe abocar a la constitución de un Parlamento adecuado para cumplir su función» (RUPP 1984: 350).

La Ley N.º 28617 introdujo la barrera legal señalando que «para acceder al procedimiento de distribución de escaños del Congreso de la República se requiere haber alcanzado al menos seis (6) representantes al Congreso en más de una circunscripción electoral, es decir cinco por ciento (5%) del número legal de sus miembros o haber conseguido al menos el cinco por ciento (5%) de los votos válidos en el ámbito nacional». Es decir, sólo las agrupaciones políticas que superen esa barrera podrán contar con representantes en el Congreso. Se trata de uno de los pocos países de América Latina que establece una «doble opción a la barrera» (FRANCO-CUERVO & FLÓREZ 2008: 155). Los resultados de esta medida no han sido tan exitosos por la propia naturaleza de nuestras agrupaciones políticas, que luego de ingresar al Congreso se dividen o sus representantes abandonan a sus partidos y se vuelven independientes, se agrupan entre ellos o, también, se unen a otro partido. Dicha ley fue cuestionada ante el TC, el cual declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta.¹⁸

3. REFLEXIONES FINALES

La participación es un presupuesto fundamental para garantizar la existencia de un régimen democrático. En nuestro país existen avances, pero aún quedan temas pendientes. Así, por ejemplo, a pesar de los avances normativos y de los resultados positivos obtenidos en las elecciones al Congreso, todavía existen

¹⁸ El TC sostuvo que «[...] el establecimiento de una “barrera electoral” resulta plenamente compatible con la Carta Fundamental, pues se encuentra orientada a:

- a) Evitar el acceso al Congreso de la República de agrupaciones políticas cuya mínima o nula representatividad impida el cumplimiento de la finalidad que la Constitución les encomienda en su artículo 35.º; [...], institucionalizando la representación de intereses que en los hechos aparecen atomizados a nivel social. [...], el rol de los partidos políticos se dirige a generar un margen de representatividad objetiva y no un mero interés de grupo, incapaz, por su nimia significancia, de ser considerado como parte de la voluntad general, sino, simplemente, como una suerte de portavoz de intereses particulares o personales.
- b) Conseguir que todos los partidos y movimientos políticos gocen siquiera de la mínima representatividad que viabilice su trascendencia institucional en la vida política del país, de modo tal que se establezcan las bases para la configuración de un verdadero sistema de partidos, entendido como aquel en el que —vía competencia, articulación e interacción— cada partido o movimiento es, en cierto modo, dependiente de la función que los otros desempeñan en el escenario político. El sistema de partidos es parte de la vis externa del “funcionamiento democrático”, que les exige el artículo 35.º de la Constitución, frente a la vis interna de ese mismo funcionamiento, constituida por su estructura y acción organizacional interna.
- c) Evitar una fragmentación en la representatividad congresal que obstaculice la gobernabilidad; el consenso entre las mayorías y minorías, y la toma de decisiones oportunas y trascendentes en la vida política, social y económica del país, [...].
- d) Impedir que, como consecuencia de la referida fragmentación, una mayoría simple pueda resultar sustancialmente beneficiada por la ausencia de contrapesos significativos en el Congreso» (STC N.º 0030-2005-AI/TC, Fundamento Jurídico 36).

áreas de la política donde la presencia de las mujeres es limitada, específicamente en las presidencias regionales y alcaldías. Asimismo, subsisten limitaciones para el ejercicio al voto de las personas procesadas que se encuentran privadas de su libertad y de los peruanos residentes en el exterior, quienes necesariamente deben votar por los representantes de Lima. Del mismo modo, sigue pendiente el desarrollo legislativo del derecho a la consulta previsto por el Convenio N.º 169, cuyo incumplimiento ha originado serios conflictos sociales, así como la revisión de los procedimientos de participación ciudadana directa.

Por otro lado, el diseño previsto por la Constitución de 1993 presenta serias limitaciones que no contribuyen a garantizar una adecuada representatividad. El régimen unicameral que aún subsiste y el reducido número de congresistas (120), pese a su reciente incremento, aún no guarda una razonable relación con la proporción de la población nacional; más aún, dificulta el desarrollo legislativo de un adecuado sistema electoral. La opción por circunscripciones electorales pequeñas no corresponde con el adecuado respeto del principio de proporcionalidad. La existencia de barreras legales no ha contribuido a eliminar la fragmentación partidaria. Los partidos políticos siguen siendo instituciones débiles o casi inexistentes, salvo alguna que otra excepción. Por ello, no obstante las dificultades, convendría propiciar el debate sobre la reforma de la Constitución de 1993 para de esa manera poder contribuir a garantizar una adecuada representatividad del sistema electoral peruano.

En definitiva, la vigencia de derechos tan esenciales para la construcción de una democracia como la participación ciudadana todavía se enfrenta con algunos obstáculos. De esta manera, continúa en la agenda el esfuerzo pendiente por garantizar la plena vigencia del derecho de participación. Ello es indispensable para consolidar el régimen democrático en el país, pues es la mejor garantía para el ejercicio de nuestros derechos y la estabilidad del sistema.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR GIL, Roisida

2002 «El sufragio de la mujer: debate en el Congreso Constituyente de 1931-1932». *Elecciones*, N.º 1, Lima: Oficina Nacional de Procesos Electorales, pp. 123-164.

ARAGÓN REYES, Manuel

1998 «Derecho electoral: sufragio activo y pasivo». En: *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica. (Versión electrónica disponible en: <www.idea.int/publications/electoral_law_la/upload/X.pdf>.)

BERMÚDEZ VALDIVIA, Violeta

2008 *Igualdad de oportunidades en política*. Lima: IDEA.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo

1987 *Derecho Constitucional*, 3.ª ed. Madrid: Tecnos.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

2004 «El referéndum en la Constitución peruana». *Elecciones*, N.º 3, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Lima, pp. 193-221.

CHIARAMONTI, Gabriella

2005 «A propósito del debate Herrera-GÁLVEZ de 1849: breves reflexiones sobre el sufragio de los indios analfabetos». En ALJOVÍN DE LOSADA, Cristóbal & Sinesio LÓPEZ (eds.). *Historia de las elecciones en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, pp. 325-358.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2001 *Hacia una reforma del sistema electoral*. Lima: Defensoría del Pueblo.

2003 *Comentarios al Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes*. Lima: Defensoría del Pueblo, septiembre.

2007 *Informe Extraordinario. Los conflictos socioambientales por actividades extractivas en el Perú*. Lima: Defensoría del Pueblo.

ETO CRUZ, Gerardo & Róger RODRÍGUEZ SANTANDER

2009 «La agenda multicultural: problemas inconclusos en el siglo XXI». En: PEÑA JUMPA, Antonio. *Multiculturalidad y Constitución*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales - Tribunal Constitucional.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco

1997 «La representatividad de los sistemas electorales». En: *Estudios de Derecho Electoral*. Lima: Ediciones Jurídicas.

FRANCO-CUERVO, Ana Beatriz & Javier Andrés FLÓREZ HENAO

2008 «Latinoamérica: radiografía de las barreras político-electorales». *Elecciones*, N.º 8, Oficina Nacional de Procesos Electorales, Lima, pp. 135-174.

GARCÍA PELAYO, Manuel

1991 «Derecho Constitucional Comparado». En: *Obras completas*, tomo I. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

NOHLEN, Dieter

1981 *Sistemas electorales del mundo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

1994 *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica.

OTTO Y PARDO, Ignacio de

1988 «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1. de la Constitución». En: *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas.

PANIAGUA CORAZAO, Valentín

s/f «Formas de composición o mecanismos de elección del Parlamento», versión mecanográfica.

PEÑARRUBIA IZA, Joaquín María

2000 *Presupuestos constitucionales de la función militar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

PÉREZ TREMP, Pablo

1998 «Constitución y derechos de la mujer». En: *Derechos Humanos de las mujeres*, Serie Mujer y Derechos Humanos, N.º 6. Lima: Movimiento Manuela Ramos, UNIFEM.

PLANAS, Pedro

1995 «La relativización constitucional de los partidos políticos». en: *La Constitución de 1993, análisis y comentarios II*, Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 10. Lima: Comisión Andina de Juristas.

PRODES — PRO DESCENTRALIZACIÓN

2006 *Proceso de descentralización 2005 – abril 2006. Balance y Desafíos*. Lima: PRODES.

RUPP, Hans et al.

1984 *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis

1974 *Principios de Teoría Política*, 5.ª ed. Madrid: Ed. Nacional.

TUESTA SOLDEVILLA, Fernando (ed.)

1996 *Simposio sobre Reforma Electoral. Memoria*. Lima: IFES USAID.

[Sobre el autor]

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Ha sido Adjunto al Defensor del Pueblo en Asuntos Constitucionales (1996-2005) y Primer Adjunto de la Defensoría del Pueblo (2005-2007). Actualmente es socio del Estudio Echeopar Abogados y Profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad del Pacífico.