

Las normas de exclusión de candidatos bajo el derecho interamericano^(*)



Candidate exclusion regulations under Inter-American Law

JAVIER ALBÁN GONZÁLEZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Máster en Política Comparada por el London School of Economics and Political Science, Reino Unido.
Profesor de Introducción al Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

ALONSO GURMENDI DUNKELBERG

Abogado por la Universidad de Lima.
Magíster en Estudios Internacionales con Certificación en Derechos Humanos por la Universidad de Georgetown, Estados Unidos.
Profesor Auxiliar en la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.
Miembro asociado de ADV Editores - Revista **ADVOCATUS**.

SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **El Régimen Peruano de Exclusión de Candidatos.**
- III. **La Regulación del Sufragio Pasivo bajo el Derecho Interamericano.**
- IV. **La Exclusión de Candidatos como Sanción bajo el Derecho Interamericano.**
 1. **Los Sistemas de Justicia Electoral bajo el Derecho Interamericano.**
 2. **La Convencionalidad de la Sanción de Exclusión.**
- V. **Conclusión.**

Recibido con fecha 14 de junio de 2021 y aceptado por el Comité Arbitral con fecha 28 de junio de 2021.



(*) Los autores desean agradecer la ayuda de Jacqueline St Laurent en la elaboración de este artículo.

RESUMEN:

El presente artículo estudia la aproximación del Derecho Interamericano y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a las limitaciones al derecho a postular a cargos de elección popular, haciendo especial énfasis en las normas del Derecho Electoral peruano sobre exclusión de candidatos. El artículo propone una interpretación que permita consensuar la práctica de los Estados con el texto del Artículo 23 de la Convención Americana, a primera vista incompatibles, ofreciendo una teoría jurídica que permita superar lo que los autores consideran es una situación de relativa impredecibilidad.

Palabras clave: Exclusión de candidatos, Sufragio Pasivo, Derecho Electoral, Artículo 23.2.

ABSTRACT:

This article studies the approach of Inter-American Law and the Inter-American Court of Human Rights to the limitations on the right to run for popularly elected positions, with special emphasis on the regulations of Peruvian Electoral Law on the exclusion of candidates. The article proposes an interpretation that allows the practice of the States to reach a consensus with the text of Article 23 of the American Convention, which at first sight seem incompatible, offering a legal theory that allows to overcome what the authors consider to be a situation of relative unpredictability.

Keywords: Exclusion of candidates, passive suffrage, Electoral Law, Article 23.2.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el Derecho Electoral peruano ha atravesado épocas de incertidumbre. En un esfuerzo por reducir la corrupción en las candidaturas a elección popular, el Perú se ha vuelto un país en donde discutir sobre procesos de exclusión de candidatos en elecciones es una ocurrencia común. Desde Julio Guzmán en 2016 hasta Vladimir Cerrón en 2021, existe un intenso debate académico sobre cuáles deberían ser los límites de esta práctica.

En este artículo, buscamos ofrecer una sistematización de las normas y estándares aplicables desde el Derecho Interamericano y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos — Corte IDH. El Artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, después de todo, regula una serie de requisitos aplicables a las limitaciones al derecho a postular a cargos de elección popular —es decir, el derecho al sufragio pasivo—, requisitos que la Corte IDH ha interpretado en diversas sentencias. Nuestra posición, sin embargo, parte desde una mirada crítica de la jurisprudencia interamericana y plantea una teoría legal alternativa. En síntesis, creemos que la práctica de los Estados en la región ha modificado, en parte, el contenido del Artículo 23, creando nuevas normas consuetudinarias

y permitiendo que se regule un mayor número de restricciones. En este artículo buscamos ofrecer claridad sobre este complejo panorama y brindar caminos para que los operadores jurídicos, tanto nacionales como internacionales, lleguen a soluciones consistentes que resuelvan la incertidumbre que hoy reina en torno a estas cuestiones.

A fin de lograr este objetivo, hemos dividido este artículo en cuatro secciones. La Sección II plantea el estado de la cuestión desde el Derecho peruano, así como las interrogantes que buscamos responder vía el Artículo 23. La Sección III estudia la regulación del derecho al sufragio pasivo desde el Derecho Interamericano, sentado las bases de nuestra teoría sobre cómo debe interpretarse el Artículo 23. La Sección IV analiza la convencionalidad del uso de entes autónomos como el Jurado Nacional de Elecciones para excluir candidatos de procesos electorales. La Sección V ofrece nuestras conclusiones.

II. EL RÉGIMEN PERUANO DE EXCLUSIÓN DE CANDIDATOS

La legislación peruana prevé actualmente dos tipos de límites al derecho de participación política en lo que respecta al sufragio pasivo. Por un lado, las normas electorales en este país establecen un control previo a través de la exigencia de

ciertos requisitos para que una persona pueda inscribirse como candidata. Por ejemplo, el haber cumplido una edad mínima, o que la candidatura haya sido designada mediante elecciones internas o primarias.¹ Por otro lado, la ley peruana prevé también una serie de reglas de control posterior, a través del establecimiento de sanciones electorales que, en determinados casos, pueden derivar en la exclusión de una o varias candidaturas. Por ejemplo, si se descubre que el candidato o candidata no hizo pública una condena penal al momento de inscribirse, o si se le sorprende reiteradamente ofreciendo dádivas o regalos durante su campaña proselitista.

Estos dos tipos de límites al derecho de participación política son regulados principalmente en la Constitución Política del Perú de 1993, en la Ley Orgánica de Elecciones y en la Ley de Organizaciones Políticas; así como en las normas reglamentarias de desarrollo que emite el Jurado Nacional de Elecciones — JNE para cada proceso electoral.² La Carta de 1993 indica en su artículo 31 que todo ciudadano tiene “derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica”. Luego, el artículo 33 lista los tres motivos por los que puede suspenderse la ciudadanía de una persona, lo que por ende le impediría también ejercer sus derechos políticos: (i) que exista una resolución judicial de interdicción; (ii) una sentencia que implique la privación de la libertad de quien postula; o, (iii)

una sentencia que declare la inhabilitación de sus derechos políticos.

Finalmente, el artículo 34-A, vigente desde setiembre del año 2020, establece que están impedidas de “postular a cargos de elección popular, las personas sobre quienes recaiga una sentencia condenatoria emitida en primera instancia, en calidad de autoras o cómplices, por la comisión de delito doloso”.

Considerando el contenido de los artículos 3, 55 y de la cuarta disposición transitoria de la Constitución peruana, que indican que los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados por el Estado peruano y en vigor son parte del Derecho nacional peruano y que las normas relativas a derechos y libertades fundamentales deben interpretarse conforme con estos³, cabe también destacar lo que indica el segundo párrafo del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —en adelante, la Convención⁴—:

“Artículo 23. Derechos Políticos

(...)

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o con-

1. Cabe destacar que, si bien la norma peruana vigente al momento en que se publica este artículo exige, como regla general, elecciones primarias para la elección de candidatos a la presidencia de la República, Congreso de la República, Gobernaciones Regionales y Alcaldías municipales y distritales; hasta ahora no se ha llevado a cabo en el Perú algún proceso electoral con elecciones primarias. Ello pues, por distintas razones –entre ellas, la pandemia– la aplicación de la norma ha sido postergada hasta después del 2022.
2. Por ejemplo, para el caso de las Elecciones Generales 2021, estos procedimientos estuvieron regulados en el Reglamento de Inscripción de Fórmulas y Listas de Candidatos para las Elecciones Generales y de Representantes Peruanos ante el Parlamento Andino 2021, aprobado por la Resolución N° 0330-2020-JNE, y en el Reglamento para la Fiscalización y Procedimiento Sancionador Contemplado en el Artículo 42 de la Ley 28094, Ley de Organizaciones Políticas, sobre Conducta Prohibida en Propaganda Electoral, aprobado por la Resolución N° 0332-2020-JNE. Estos reglamentos se renuevan en cada elección como consecuencia de los continuos cambios normativos.
3. Marcial Rubio, *El Sistema jurídico. Introducción al derecho*, 12ª ed. (Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020) 114–145.
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 de noviembre de 1969.

dena, por juez competente, en proceso penal” —subrayado agregado—.

Tomando en cuenta estas normas, un primer punto que podría resultar problemático es la constitucionalidad del propio artículo 34-A, toda vez que no está del todo claro que limitar una candidatura por una sentencia de primera instancia cumpla con el citado artículo 23.2 de la Convención —como veremos, el mismo cuestionamiento puede plantearse respecto de otros impedimentos para postular desarrollados por las leyes peruanas—. Además, el artículo 34-A conflictúa directamente con otros derechos también reconocidos en la Constitución peruana, como el derecho de pluralidad de instancia⁵, que es parte esencial del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. No obstante, justamente por involucrar una discusión más amplia y compleja que la que se enmarca en el objeto de este artículo, no ahondaremos en este texto respecto de esta primera posible objeción.

Un segundo cuestionamiento lógico que podría hacerse en este punto, sin embargo, es cómo puede limitarse el sufragio pasivo a un requisito como el de haber sido elegido en una elección interna o primaria, cuando el citado artículo 23.2 de la Convención no lo incluye en esa lista aparentemente cerrada de excepciones. ¿No resulta esto una contradicción?

Es en este segundo cuestionamiento en el que

ahondaremos con mayor profundidad en los acápite III y IV. Por el momento, continuaremos exponiendo, primero, cómo es que se han desarrollado los límites al sufragio pasivo en las normas peruanas de rango legal, considerando los parámetros constitucionales ya mencionados. Y es que, si prestamos atención a algunas de las reformas legales incorporadas por el Congreso peruano en los últimos 12 años, pronto surgen más puntos polémicos.

Por un lado, existe ciertamente un primer grupo de límites desarrollados en las leyes peruanas que producen relativamente poca controversia, pues son comunes en varios otros estados democráticos en América Latina. Estos son, por ejemplo, los impedimentos que desarrollan los límites constitucionales ya mencionados por razones de edad, nacionalidad, residencia o capacidad civil.⁶ Pero en este grupo se encuentran también otros límites que, pese a ser comunes en otros países, puede notarse que conflictúan directamente con el texto literal del segundo párrafo del artículo 23 de la Convención. Por ejemplo, esto pasa con la exigencia de postular solo a través de organizaciones políticas, no de forma individual e independiente,⁷ o también con el ya mencionado ejemplo de que ciertas candidaturas deban ser designadas por procesos de democracia interna.⁸

Si bien hemos dicho que este primer grupo incluye normas que son menos controvertidas en teoría, su aplicación práctica en el Perú sí

5. Artículo 139.- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 6. La pluralidad de la instancia.”

6. Por ejemplo, según el artículo 106 de la Ley Orgánica de Elecciones, para ser elegido Presidente de la República se requiere: a) ser peruano de nacimiento; b) ser mayor de 35 años, c) gozar del derecho de sufragio; y, d) estar inscrito en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Asimismo, según el artículo 6 de la Ley Orgánica de Municipalidades, para postular al cargo de Alcalde o Regidor de una provincia o distrito, se exige haber nacido allí o haber domiciliado allí en los últimos dos años.

7. El artículo 87 de la Ley Orgánica de Elecciones es el que indica que son los partidos políticos y las alianzas electorales los que “pueden presentar fórmulas de candidatos a Presidente y Vicepresidentes, y listas de candidatos a congresistas en caso de Elecciones Generales, siempre que estén inscritos o tengan inscripción vigente en el Jurado Nacional de Elecciones”.

8. De acuerdo con el artículo 23, párrafo 1, de la Ley de Organizaciones Políticas, están sujetas a elecciones primarias las candidaturas a los cargos de Presidente de la República, Congresista de la República, Gobernador Regional, así como Alcalde provincial o distrital.

ha llegado a ocasionar problemas. Sin duda, el ejemplo más claro fue lo ocurrido con la exclusión de la candidatura del entonces candidato presidencial Julio Guzmán de las Elecciones Generales de 2016. Antes de que inicie el proceso, el movimiento político que integraba Guzmán, que no tenía inscripción como partido y por lo tanto no podía postular por su cuenta en elecciones, había llegado a un acuerdo con Todos por el Perú, un partido que sí estaba inscrito. Parte del acuerdo era que Todos por el Perú aprobaría una serie de cambios a su estatuto y a sus órganos internos,⁹ incluyendo la inscripción de nuevos militantes, para adecuarse así a la nueva alianza que habían formado.¹⁰ Sin embargo, el acuerdo se empezó a poner en práctica antes de que estos cambios fueran inscritos ante el Registro de Organizaciones Políticas — ROP del JNE, de modo que en las elecciones internas que designaron las candidaturas de Guzmán, del resto de su plancha presidencial y de las listas al Congreso, participaron militantes y órganos partidarios distintos a los formalmente inscritos en ese momento.

Así las cosas, cuando Todos por el Perú se dispuso a inscribir los cambios a su estatuto y órganos partidarios, el ROP no los aceptó, pues encontró supuestas irregularidades en la asamblea interna en que se habían aprobado. Normalmente, estos cambios hubiesen podido ser subsanados y, si volvían a ser aprobados en una nueva asamblea, hubiesen podido quedar inscritos sin problemas. Sin embargo, dado que el periodo durante el cual los partidos podían celebrar sus elecciones internas ya había vencido para el momento en que el ROP rechazó el aludido pedido de cambios, en la práctica esto significó que tanto Guzmán como el resto de los candidatos de ese partido no hubiesen cum-

plido con el requisito de ser elegidos mediante un proceso de democracia interna válido. Así, si bien la fórmula presidencial de Guzmán fue preliminarmente admitida a la carrera electoral de ese año, en marzo de 2016, poco después de que se confirmara en última instancia que los cambios solicitados no serían inscritos, una tacha en contra del excandidato fue declarada fundada.

Si bien este caso cumplió con seguir las leyes locales, la poca claridad con la que el mismo fue reportado, así como la ciertamente discutible decisión del Pleno del JNE de ese entonces de no aplicar un control difuso que pondere el derecho de participación política por encima de los procedimientos formales, desataron varias críticas a nivel nacional e internacional. Ello, nuevamente, a pesar de que el Perú no es el único país que exige que ciertas candidaturas a cargos de elección popular deban ser designadas por democracia interna.

Por otro lado, existe también un segundo grupo de límites al derecho de postular a cargos de elección popular que las leyes peruanas han desarrollado más recientemente y que despiertan más controversia. Este segundo grupo incluye particularmente a las disposiciones relacionadas con los requisitos que hoy se exigen para la declaración jurada de hoja de vida que todo postulante debe presentar, que restringen la inscripción y permiten excluir las candidaturas de quienes no hayan declarado correctamente sus bienes y rentas o sentencias, y también las normas que sancionan con la exclusión de su candidatura a quienes hayan ofrecido reiteradamente regalos o dádivas como parte de su campaña, o a quienes hayan ofrecido solo una vez regalos o dádivas de un valor muy alto.¹¹

9. Pretendían inscribir un nuevo Tribunal Nacional Electoral, que es un órgano interno de los partidos encargado de supervisar los procesos de democracia interna. También pretendían inscribir un nuevo Comité Ejecutivo Nacional, que es asimismo un órgano interno de dirección.

10. Javier Albán, “¿Tenemos Partido? Los Morados y su Camino Hacia 2021”, en: *Minicandidatos*, ed. Carlos Meléndez (Lima: Debate, 2021).

11. Siempre que el valor de lo ofrecido o regalado supere el de dos Unidades Impositivas Tributarias — UIT en el Perú. Para el 2022, el valor de una UIT es de S/ 4,600.00 —más de US\$1,100 aproximadamente—.

¿Impedir la postulación de quienes no cumplan con estas reglas, al punto de excluir a estas personas de la carrera electoral si son descubiertas, es realmente una medida adecuada, necesaria y proporcional?

Los requisitos relacionados con la declaración jurada de hoja de vida son una serie de normas contenidas en la Ley de Organizaciones Políticas y en los reglamentos correspondientes, que exigen a las candidaturas presentar varios datos personales al momento de solicitar su inscripción. La inclusión de información falsa en la declaración jurada, así como la omisión de algunos de los elementos que la ley exige que se incorporen obligatoriamente en este documento –en particular, lo relativo a sentencias y a bienes y rentas–, se sancionan con el rechazo de la inscripción o con el retiro del proceso del candidato o candidata hasta 30 días antes del día de la elección. Así lo regula el artículo 23 de la citada ley:

“Artículo 23.- Candidaturas sujetas a elección

23.1 Están sujetas a elecciones primarias las candidaturas a los siguientes cargos:

- a) Presidente de la República.*
- b) Representantes al Congreso de la República.*
- c) Gobernadores regionales.*
- d) Alcaldes provinciales y distritales.*

23.2 Los candidatos que postulen a los cargos referidos en el párrafo 23.1, habiendo o no participado en elección interna, están obligados a entregar al partido, alianza, movimiento u organización política local, al momento de presentar su candidatura a elección interna o de aceptar por escrito la invitación para postular a los cargos referidos, una Declaración Jurada de Hoja de Vida que es publicada en la página web del respectivo partido, alianza, movimiento u organización política local.

23.3 La Declaración Jurada de Hoja de Vida del candidato se efectúa en el formato que para tal efecto determina el Jurado Nacional de Elecciones, el que debe contener:

(..)

5. Relación de sentencias condenatorias firmes impuestas al candidato por delitos dolosos, la que incluye las sentencias con reserva de fallo condenatorio.

6. Relación de sentencias que declaren fundadas las demandas interpuestas contra los candidatos por incumplimiento de obligaciones familiares o alimentarias, contractuales, laborales o por incurrir en violencia familiar, que hubieran quedado firmes.

(..)

8. Declaración de bienes y rentas, de acuerdo con las disposiciones previstas para los funcionarios públicos.

23.5 La omisión de la información prevista en los numerales 5, 6 y 8 del párrafo 23.3 o la incorporación de información falsa dan lugar al retiro de dicho candidato por el Jurado Nacional de Elecciones, hasta treinta (30) días calendario antes del día de la elección. El reemplazo del candidato excluido solo procede hasta antes del vencimiento del plazo para la inscripción de la lista de candidatos”.

En su versión original, del 2003, el artículo era mucho menos ambicioso:

“Artículo 23. Candidaturas sujetas a elección

(..) La declaración jurada de vida del candidato deberá contener:

(..)

5. Relación de sentencias condenatorias impuestas al candidato por delitos dolosos y que hubieran quedado firmes, si las hubiere. En caso de que el candidato sea inscrito como tal por su partido o alianza, movimiento u organización política local, según corresponda, la declaración jurada de vida se incorporará a la página web del Jurado Nacional de Elecciones”.

La omisión de la relación de las sentencias condenatorias impuestas al candidato por delito doloso, que hubieren quedado firmes, o la incorporación de información falsa o errónea, será corregida por el Jurado Nacional de Elecciones, sin perjuicio de interponer las denuncias que correspondan de considerar que se ha perpetrado ilícito penal —subrayado agregado—.

Es decir, originalmente la ley peruana no establecía la posibilidad de impedir la inscripción o de sancionar con la exclusión a los candidatos que omitiesen determinada información de su declaración jurada de hoja de vida. No obstante, en diciembre del 2009, se publicó la Ley 29490, que modificó el texto del último párrafo del artículo 23 de la siguiente forma:

“La omisión de la relación de las sentencias condenatorias impuestas al candidato por delito doloso, que hubieren quedado firmes, o la incorporación de información falsa, dan lugar al retiro de dicho candidato por parte de la organización política para su reemplazo, sin perjuicio de interponerse las denuncias que correspondan de presumirse la comisión de un ilícito penal” —subrayado agregado—.

Años más tarde, en 2015, fue aprobada la Ley 30326, que introdujo los actuales párrafos 23.3 y 23.5, además de que cambió la redacción de los incisos 5 y 6 del párrafo 23.3 y agregó otros dos

más: el 7 y el 8. Fue así que se dispuso en el párrafo 23.5 la regla de que *“la omisión de la información prevista en los numerales 5, 6 y 8 del párrafo 23.3 [sentencias y bienes y rentas] o la incorporación de información falsa dan lugar al retiro de dicho candidato por el Jurado Nacional de Elecciones, hasta diez días antes del proceso electoral”*.

Más tarde, en 2017, la Ley 30673 modificó esa última oración para definir que las exclusiones por problemas con la declaración jurada de hoja de vida solo podían ocurrir hasta 30 días antes del día de la elección, redacción que se mantiene hasta hoy.

Fue en virtud de este artículo que, por ejemplo, durante las Elecciones Regionales y Municipales del 2014, el Jurado Electoral Especial de Lima Centro — JEE-LC instalado para aquel proceso electoral¹² decidió en primera instancia excluir la candidatura de Luis Castañeda Lossio, del partido entonces llamado Solidaridad Nacional,¹³ a través de la Resolución N° 014-2014-JEE-LIMACENTRO/JNE.¹⁴ Ocurría que, al llenar el formato de su declaración jurada de hoja de vida, Castañeda había indicado haber concluido sus estudios de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y, además, declaró que ya había logrado obtener su título de abogado —en el Perú, el título se adquiere de forma separada al bachillerato que se obtiene al terminar una carrera—. Así era como se veía el formato que llenó entonces Castañeda, de acuerdo con la citada resolución:

12. Los Jurados Electorales Especiales son tribunales temporales creados especialmente para cada proceso electoral, en circunscripciones alrededor de todo el país, según determina el Jurado Nacional de Elecciones. Están conformados por un juez superior, un fiscal superior, y un ciudadano o ciudadana designado por el JNE mediante sorteo entre quienes tienen un mayor grado de instrucción en cada circunscripción electoral. Estos Jurados funcionan como la primera instancia en los procesos electorales, mientras que el Pleno del JNE es la segunda instancia. Son regulados por la Ley Orgánica de Elecciones y la Ley Orgánica del JNE.
13. En el 2020, el partido cambió de nombre a Renovación Popular.
14. Al final, la resolución contra Castañeda sería revocada por el JNE, y Castañeda terminó ganando la elección.

Estudios Universitarios

Nombre de la Universidad:	PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
Lugar:	PERU – LIMA – LIMA – LIMA
Nombre de la facultad:	DERECHO Y LETRAS
Carrera:	DERECHO Y LETRAS
Estado:	Concluido
Grado / Título:	Titulado
Nº Registro ANR:	
Período:	1964-1970

Ocurría, sin embargo, que, si bien Castañeda había efectivamente terminado de estudiar todos sus cursos en la mencionada universidad, su título de abogado lo había obtenido en la Universidad San Martín de Porres. De acuerdo con el JEE-LC, el formato permitía hacer explícita esa diferencia, lo que estaba probado por el hecho de que una candidata a regidora del mismo partido, Shadia Elizabeth Valdez Tejada, había declarado tener el grado de bachiller por la Universidad Jorge Basadre Grohmann, pero haber obtenido su título en la Universidad Inca Garcilaso De La Vega. Lo que hizo fue ingresar dos entradas sobre estudios, por lo que en su declaración figuraba, en un primer recuadro, la información sobre su grado de bachiller y, en un segundo recuadro, la información sobre su título. La información de esta candidata, además, había sido ingresada por el mismo personero que llenó el formato sobre Castañeda. Por todo ello, y considerando además que Castañeda era abogado y, por tanto, se presumía que debía conocer cómo presentar la información, el JEE interpretó que el entonces candidato a alcalde había incluido información falsa en su declaración jurada, por lo que lo excluyó de la carrera electoral.

El caso, no obstante, llegó en apelación al Pleno del JNE poco después, y éste tuvo una interpretación distinta. Para la mayoría en esta instancia, *“la no precisión del referido dato no puede ser asumido como la declaración de un dato falso, sino como una ausencia de precisión en la misma”*.¹⁵ En ese sentido, el máximo tribunal electoral peruano aclaró que, cuando no es posible determinar de forma fehaciente que esa omisión o falta de precisión *“haya sido producto de una actitud dolosa por parte del candidato excluido, esta deberá ser asumida como un error producto de la falta de diligencia, por parte del candidato, para instruir al personero técnico de su organización política en el llenado adecuado del formato”*.¹⁶ Por lo tanto, para que proceda una exclusión por incorporación de datos falsos a la declaración jurada de hoja de vida, no debe quedar duda sobre la intención del candidato o candidata de engañar al electorado.

Por otra parte, otro caso interesante que desarrolló más bien el detalle sobre cómo debe interpretarse el artículo 23 de la Ley de Organizaciones Políticas en lo que respecta a la omisión de información sobre bienes, rentas y sentencias, es el que involucró durante las Elecciones Genera-

15. Resolución N° 2449-2014-JNE, considerando 10.

16. *Ibid.*, considerando 11.

les del 2016 a la entonces candidata al Congreso por el Frente Amplio, Jovana Elena Villanueva Chomb. En primera instancia, el Jurado Electoral Especial de Huánuco declaró la exclusión de Villanueva Chomb por haber incurrido en dos de las causales previstas en el citado artículo 23. Por un lado, la candidata no había declarado nada en el rubro relativo a propiedades inmuebles, pero luego se comprobó que sí era propietaria de un inmueble. Por otro lado, Villanueva Chomb tampoco había declarado una sentencia penal en su contra del año 2002, condena que había terminado de cumplir en el año 2012.

Pese a que bajo una interpretación literal se podría llegar a la misma conclusión que aquel Jurado Electoral Especial, más aun siendo dos las causales en las que se habría incurrido, también en este caso el Pleno del JNE decidió revocar la decisión de primera instancia. Respecto de la obligación de declarar información sobre bienes y rentas, el Pleno indicó que:

*“en vista de que tal medida (exclusión) implica la restricción o limitación de un derecho fundamental como es el de ser elegido, su aplicación debe ser evaluada en mérito a las circunstancias de cada caso en concreto, analizando la conducta desplegada por el infractor respecto a la intencionalidad en la omisión, así como las posibilidades que tenía para brindar la información requerida en forma oportuna y la existencia o no de hechos externos que impidieran su consignación”.*¹⁷

En el caso concreto, se alegó que la no inclusión del inmueble en la declaración había sido un error material de la agrupación política fruto del apuro, y su conducta cooperativa para facilitar la información pertinente y solicitar que se ano-

te el cambio a la declaración de la candidata, bastaron para que el Pleno del JNE concluyera que no se advertía una conducta intencional de omitir información por parte del Frente Amplio ni de Villanueva Chomb. Considerando además que la propiedad de Villanueva Chomb ya figuraba en Registros Públicos a su nombre, el Pleno estimó entonces que una exclusión por este motivo en este caso sería una sanción excesiva. Asimismo, por el lado de la no declaración de la sentencia, el Pleno del JNE encontró también que sería desproporcional excluir a una persona por no declarar una sentencia penal respecto de la cual ya se encuentra rehabilitada.

Así, vemos que, si bien la ley sanciona con la exclusión la simple omisión de cierta información en la declaración jurada de hoja de vida, o la incorporación de información falsa, en la práctica el JNE ha matizado estas reglas para hacerlas más acordes con un criterio de proporcionalidad y razonabilidad.

Adicionalmente, la propia Ley de Organizaciones Políticas es también la que regula la sanción de la exclusión de candidaturas por el ofrecimiento de regalos o dádivas durante la campaña. La primera versión de esta norma, aprobada en el 2015 y publicada en el 2016 — en medio del proceso electoral de ese año—¹⁸ disponía que la exclusión procedía desde la primera vez en que se detectara que el candidato o candidato había incurrido en la conducta. El proyecto original había sido propuesto por el entonces congresista Jaime Delgado¹⁹, y este buscaba catalogar como “conducta antidemocrática” el ofrecimiento de regalos en campaña.

Sucede que, hacia el 2015, la sociedad civil organizada venía presionando al Congreso para que

17. Resolución N° 0343-2016-JNE, considerando 12.

18. La Ley 30414, que modificó la hasta entonces Ley de Partidos Políticos, fue publicada en el diario El Peruano el 17 de enero de 2016, por lo que entró en vigencia al día siguiente, en conformidad con el artículo 109 de la Constitución peruana — “Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte” —. Esa misma disposición modificó el nombre de la ley por Ley Organizaciones Políticas.

19. Proyecto de Ley N.º 4789/2015-CR.

apruebe un paquete mínimo de reformas a la legislación electoral, con el objetivo de mejorar la institucionalidad de los partidos y la organización y transparencia de los procesos electorales. Este paquete de reformas mínimas había sido presentado y venía siendo impulsado por los tres organismos electorales²⁰, así como por un grupo de instituciones de la sociedad civil, incluyendo a la Asociación Civil Transparencia, Idea Internacional, y al Consejo de la Prensa Peruana.

En ese contexto, cuando el Congreso peruano revisó varias de estas iniciativas en los últimos meses del 2015, el proyecto de ley de Delgado fue mezclado junto con otros más en aquel paquete mínimo de reformas, pese a que, a diferencia de los que habían sido presentados o respaldados por la sociedad civil y los organismos electorales, esta no se trataba de una propuesta con un amplio respaldo técnico. Aun así, la idea se mantuvo en la versión de la norma que finalmente fue aprobada en diciembre de ese año: la Ley 30414, que como ya fue mencionado, finalmente fue publicada en enero de 2016, afectando con ello las reglas de juego cuando la campaña electoral de ese año ya estaba en marcha.

Fue en virtud de esta norma que, por ejemplo, fueron excluidos de la carrera electoral de ese año el entonces candidato presidencial de Alianza Para el Progreso, César Acuña, y el entonces candidato a la vicepresidencia de Fuerza Popular, Vladimiro Huaroc. Aquel año, poco después de que entrara en vigencia la nueva sanción, Acuña fue captado en video prometiendo regalar dinero durante su campaña hasta en dos oportunidades, mientras que Huaroc fue también sorprendido haciendo una entrega de víveres. En tanto que se determinó que la regla ya estaba vigente, y ya que era claro que Acuña y Huaroc habían cometido cada uno alguna de las conductas textualmente prohibidas, ambos

fueron sancionados tanto en primera como en segunda instancia.

En la resolución que confirmó la exclusión de Acuña, el Pleno del JNE interpretó además que no es admisible una excepción a esta sanción por aludir a que se trate de “*actos de carácter humanitario*” —Resolución N° 0196-2016-JNE, considerando 27—. Según la Misión de Observación de la Unión Europea presente durante las Elecciones Generales del 2016, en total hubo 67 exclusiones de candidaturas al Congreso, presidencia y vicepresidencias por esa causal ese año.²¹

No obstante, desde entonces esa regla ha sido modificada dos veces, en 2017 y 2020, y su versión actual indica que la sanción de exclusión solo aplica cuando se sanciona al candidato o candidata por la misma conducta por segunda vez, o cuando el valor de lo ofrecido o regalado es demasiado alto —superior a USD 2,000, aproximadamente—.

“Artículo 42.- Conducta prohibida en la propaganda política

Los candidatos en el marco de un proceso electoral están prohibidos de efectuar entrega o promesa de entrega de dinero, regalos, dádivas, alimentos, medicinas, agua, materiales de construcción, enseres del hogar u otros bienes, de manera directa, o a través de terceros por mandato del candidato y con recursos del candidato o de la organización política.

La limitación establecida en el párrafo anterior no es de aplicación en caso de que:

a) Con ocasión del desarrollo de un evento proselitista gratuito, se haga entrega de bienes para consumo individual e inmediato.

20. Nota del Editor: en el Perú, el sistema electoral está compuesto por tres organismos constitucionalmente autónomos —artículo 177 de la Constitución—: la Oficina Nacional de Procesos Electorales, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, y el Jurado Nacional de Elecciones.

21. Ana Bazo Reisman, “¿En qué casos sí procederá la exclusión de un candidato por entrega de dádivas?”, *La Ley*, <https://laley.pe/art/3192/en-que-casos-si-procedera-la-exclusion-de-un-candidato-por-entrega-de-dadivas>

b) *Se trate de artículos publicitarios, como propaganda electoral. En ambos supuestos no deben exceder del 0,3% de una unidad impositiva tributaria (UIT) por cada bien entregado.*

El Jurado Electoral Especial (JEE) correspondiente impone una multa de treinta (30) unidades impositivas tributarias (UIT) al candidato infractor, la misma que el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) cobra coactivamente.

En caso de que el candidato cometa nuevamente la infracción con posterioridad a que la sanción de multa adquiera la condición de firme o consentida, el Jurado Electoral Especial (JEE) dispone su exclusión.

En caso de que el bien entregado supere las dos (2) unidades impositivas tributarias (UIT), el Jurado Electoral Especial (JEE) correspondiente dispone la exclusión del candidato infractor.

El Jurado Nacional de Elecciones (JNE) garantiza el derecho de defensa y al debido proceso, en el procedimiento correspondiente. (...).

Así, este segundo grupo de límites más controvertidos al derecho al sufragio pasivo, que incluye tanto a los requisitos de la declaración jurada de hoja de vida como la sanción de exclusión por dádivas o regalos en campaña, ha empezado a regir recién en la última década. Hasta que el Perú llevó a cabo sus Elecciones Generales del año 2006, sus normas sobre límites a las candidaturas no eran distintas a las del resto de la región, pues solo incluían a las del primer grupo, el menos controvertido. Fue a partir de 2009 cuando, poco a poco, el Congreso fue extendiendo los límites hasta llegar a las reglas hoy vigentes.

No obstante, como ya fue mencionado, este panorama hace surgir interrogantes en relación a la legalidad de estas sanciones bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, ante la jurisprudencia de la CIDH. Después de todo, el artículo 23 de la Convención, dispone el derecho de todos los ciudadanos a “ser elegidos” en elecciones “periódicas auténticas” y a “tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.²² Y, a fin de regular estos derechos, como citamos al inicio de este acápite, el segundo párrafo del artículo señala que la ley puede reglamentar el ejercicio de estos derechos “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.²³

En atención a lo mencionado anteriormente, esto genera dos interrogantes claras. En primer lugar, ¿es posible la limitación del sufragio pasivo mediante criterios diferentes a los estipulados en el segundo inciso del artículo 23, tal como lo hace la legislación peruana? Y, en segundo, ¿es permisible que estas sanciones sean impuestas por un ente jurisdiccional que administra justicia electoral y no penal? Estas dos interrogantes serán atendidas en la siguiente sección.

III. LA REGULACIÓN DEL SUFRAGIO PASIVO BAJO EL DERECHO INTERAMERICANO

A primera vista, el texto de la Convención parece claro. El sufragio pasivo solo puede ser restringido en atención a uno de los criterios estipulados en el inciso segundo. De acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado deberá interpretarse “de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.²⁴ Según esta regla, el término “exclu-

22. Convención, artículo 23.

23. Convención, artículo 23, subrayado añadido.

24. Convención de Viena, artículo 31.

sivamente” debería interpretarse coloquialmente, como es usualmente entendido —es decir, que se hace “*excluyendo a cualquier otro*” —.²⁵

Esta fue, originalmente, la aproximación del Sistema Interamericano. En 1999, en el caso 11.863, *Andrés Alwyn Azócar y otros c. Chile*, relacionado a la anticonvencionalidad de la figura de los “senadores vitalicios” en la Constitución chilena, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, la “CIDH” o la “Comisión”— estableció que “*la propia Convención reconoce las limitaciones que el Estado puede establecer razonablemente al ejercicio de los derechos políticos*” y que la lista del artículo 23.2 incorporaba “*limitaciones numerus clausus*”.²⁶ Es decir, “*toda otra causa que limite el ejercicio de los derechos de participación política igualitaria que consagra la Convención resultaría contraria y, por lo tanto, violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento*”.

La Corte IDH, sin embargo, ha seguido un camino jurisprudencial diferente. En el 2005, en el caso *Yatama c. Nicaragua*, la Corte señaló que “[l]a previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos”.²⁷ En este caso, un grupo de candidatos del partido político indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka — YATAMA demandaban la anticonvencionalidad de una resolución electoral nicaragüense que los excluía de las elecciones del año 2000 por no haber conseguido personería jurídica dentro de los seis meses

anteriores a la elección y no haber registrado firmas suficientes para su inscripción.

La Comisión enmarcó la discusión en el contexto del fortalecimiento de la participación política de los pueblos indígenas, flexibilizando, relativamente, su aproximación al artículo 23.2.²⁸ En específico, la Comisión señaló que “*no prever normas en la Ley Electoral, en orden a facilitar la participación política de las organizaciones indígenas*”²⁹ sería una violación del artículo 23 de la Convención.

La Corte, sin embargo, se aproximó al asunto desde una perspectiva mucho más general, insinuando que iría en contra de los hallazgos de la Comisión en *Alwyn Azócar c. Chile*. En este caso, después de todo, la cuestión era relativamente simple desde una lectura textual del artículo: ¿puede un Estado limitar el sufragio pasivo estableciendo una obligación de constituir un partido político con personería jurídica independiente del candidato? Una interpretación literal del artículo 23.2, a la luz de las decisiones de la Comisión, habría llevado a una solución bastante sencilla: el requisito de estar inscrito como partido político no está incluido en el listado *numerus clausus* del artículo 23.2 y, por ende, no es una prohibición permitida; caso cerrado. Esto no es, sin embargo, lo que hizo la Corte.

En efecto, a pesar de citar el texto completo del artículo 23.2 en la sentencia, la Corte inmediatamente señala que “[l]os Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean ra-

25. “Exclusivo, va”, *Real Academia Española*, acceso el 11 de enero de 2022, <https://dle.rae.es/exclusivo>

26. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 137/99, Caso 11.863, Andrés Alwyn Azócar y otros vs. Chile*, 27 de diciembre de 1999, acceso el 11 de enero de 2022, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/de%20fondo/chile11.863.htm>

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C número 127, párrafo 206, acceso el 11 de enero de 2022, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

28. *Ibid.*, párrafo 178.d.

29. *Ibid.*, párrafo 178.g.

zonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa”.³⁰ En lugar de hacer una comparación taxativa con un listado *numerus clausus*, la Corte evaluó el accionar del Consejo Supremo Electoral nicaragüense a través de un test de proporcionalidad: “[l]a restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo”.³¹ La Corte, entonces, concluye que “[n]o existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político”.³² Esta restricción, al final de cuentas, “impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones”³³, lo que constituyó “una restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica un límite innecesario al derecho a ser elegido, tomando en cuenta las circunstancias del presente caso”.³⁴

Esta conclusión es relevante no por su contenido, sino por el camino que se tomó para llegar a ella. No es que el requisito de participación obligatoria vía partidos no esté listado en el artículo 23, sino que, independientemente de este listado —interpretado lógicamente como *numerus apertus*—, la restricción impuesta es anticonven-

cional por afectar desproporcionadamente los derechos de una comunidad indígena.

El razonamiento de la Corte para llegar a esta conclusión, sin embargo, es bastante ambiguo. La Corte nunca aclara cuál es la teoría legal que utiliza para argumentar que “exclusivamente” no debe ser leído en orden con su significado ordinario; sino, más bien, ser completamente ignorado. Este tipo de indeterminación ha generado cierta incertidumbre sobre cuáles son los requisitos específicos para las restricciones convencionales y anticonvencionales. De hecho, apenas tres años después, la Corte se vio en la obligación de ofrecer ciertas aclaraciones.

En 2008, la Corte resolvió el caso *Castañeda Gutman c. México*.³⁵ En este caso, Jorge Castañeda, un político mexicano, fue impedido de registrarse como candidato independiente, sin partido, para participar en las elecciones presidenciales de 2006.³⁶ De acuerdo con el Instituto Federal Electoral, “no [era] posible atender su petición” puesto que “corresponde únicamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular”.³⁷

Castañeda sustentó su caso en una lectura literal del artículo 23.2. “Dichas restricciones”, señaló, “son taxativas, no enunciativas”.³⁸ Para Casta-

30. *Ibid.*, párrafo 207.

31. *Ibid.*, párrafo 206.

32. *Ibid.*, párrafo 215.

33. *Ibid.*, párrafo 218.

34. *Ibid.*, párrafo 219.

35. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia del 6 de agosto de 2008, Serie C número 184, acceso el 11 de enero de 2022, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf

36. *Ibid.*, párrafo 82.

37. *Ibid.*

38. *Ibid.*, párrafo 151.

ñeda, “el derecho interno no puede incluir otras no previstas expresamente en dicha norma, dado que dicho precepto utiliza la palabra ‘exclusivamente’”.³⁹ Siguiendo el camino ya trazado en YATAMA, la Corte rechazó expresamente esta línea interpretativa:

*“El artículo 23 de la Convención Americana debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica, de modo que no es posible dejar de lado el párrafo 1 de dicho artículo e interpretar el párrafo 2 de manera aislada, ni tampoco es posible ignorar el resto de los preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran para interpretar dicha norma”.*⁴⁰

Así pues, la Corte señaló que “[l]a disposición que señala las causas por las cuales se puede restringir el uso de los derechos del párrafo 1 tiene como propósito único (...) evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos”.⁴¹ Para la Corte, sin embargo, el párrafo 1 del artículo 23 impone al Estado “una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁴² Así, para cumplir con esta obligación positiva, un Estado “necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para res-

tringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención”.⁴³ Es decir, para la Corte, los párrafos 1 y 2 del artículo 23, en esencia, son contradictorios, y la única forma de resolver la antinomia es mediante una interpretación sistemática, donde para cumplir con el párrafo 1, se reinterpreta el contenido de la palabra “exclusivamente” para que no signifique, de verdad, “exclusivamente”. “[N]o es posible” concluye entonces la Corte, “aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana”.^{44,45}

Esta argumentación reserva todo el poder de deliberación para la Corte. ¿Cuáles son las restricciones permitidas para regular el sufragio pasivo? Pues, aquellas que la Corte considera son necesarias para dar efecto al párrafo 1. De hecho, esto es precisamente lo que sucedió en el caso *Castañeda*: mientras algunos pocos años antes la Corte había señalado que no existen motivos para limitar la participación de YATAMA a través de un partido político, en *Castañeda*, la Corte consideró que la restricción de la ley mexicana era razonable, proporcional y convencional. El candidato Castañeda no podía participar como independiente y debía registrarse en un partido político. Esto porque los casos YATAMA y *Castañeda*, para la Corte, no son análogos. El primero trata sobre comunidades indígenas y étnicas mientras que el segundo trata sobre una persona “que no alegó ni acre-

39. *Ibíd.*

40. *Ibíd.*, párrafo 153.

41. *Ibíd.*, párrafo 155.

42. *Ibíd.*, párrafo 156.

43. *Ibíd.*, párrafo 157.

44. *Ibíd.*, párrafo 161.

45. En el Perú, el Pleno del JNE citó este caso en su resolución sobre la exclusión de César Acuña en el 2016, aunque no lo hizo para analizar la convencionalidad de la sanción de exclusión por regalos o dádivas, sino que interpretó que dicha regla “no incorpora nuevas cargas para el ejercicio” del derecho de sufragio pasivo, sino que “tiene por objetivo que la elección sea democrática”, por lo que la Convención no imponía una restricción aplicable —Resolución N° 196-2016-JNE, considerando 31—.

ditó representar intereses de algún grupo vulnerable o marginado de la sociedad”.⁴⁶

En esencia, para la Corte:

*“[L]a Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a la otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos”.*⁴⁷

En otras palabras, a pesar del texto expreso del artículo 23.2, Nicaragua no puede hacer con YATAMA lo que México sí puede hacer con Castañeda, porque la Corte —y solo la Corte— considera que las circunstancias de ambos candidatos son social y culturalmente diferentes.

Desde un punto de vista de política pública, la decisión tomada por la Corte resulta comprensible. La enorme mayoría de países de la región restringe el sufragio pasivo en base a requisitos que no están expresamente listados en el artículo 23. Estos requisitos, además, cumplen fines política y democráticamente deseables, como la separación de poderes, la representatividad popular y la protección del derecho al sufragio activo de los electores. Los candidatos deben postular mediante partidos políticos, deben

cumplir con revelar sus hojas de vida, deben haber sido elegidos mediante procesos de democracia directa, etc. La línea argumentativa del caso *Castañeda* permitió a la Corte evitar declarar anticonvencional casi la totalidad de legislaciones electorales de la región, a la vez que reservaba el control último de convencionalidad en sus propias manos. Desde una perspectiva jurídica, sin embargo, la solución es menos sofisticada, pues depende de concluir que el texto de la Convención no es orgánico y que una palabra con significado inequívoco está allí de casualidad o por error.

Después de todo, como señala Crootof, existe una delgada línea que separa la interpretación de un tratado de su modificación.⁴⁸ En sus palabras:

*“La interpretación de tratados debe ser distinguida de la modificación de tratados. Al menos en principio, la ‘interpretación’ ilumina los términos o la aplicación de un tratado. La interpretación puede estar en línea con el Derecho existente (enmienda secundum o intra legem) o cumplir una función de relleno de vacíos (enmienda praeter legem). En contraste, la ‘modificación’ altera sustancialmente las obligaciones convencionales (enmienda contra legem)”.*⁴⁹

Esta diferencia es importante. Las palabras no son “infinitamente elásticas”.⁵⁰ Como señala la Comisión de Derecho Internacional, “una interpretación contraria al sentido claro de los términos (de un tratado) no sería interpretar, sino

46. *Ibid.*, párrafo 172.

47. *Ibid.*, párrafo 166.

48. Rebecca Crootof, “Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties”, *The Yale Journal of International Law* 41 (2016), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2657693

49. Traducción libre de los autores y del Editor del original en inglés: “Treaty interpretation must be distinguished from treaty modification. At least in principle, “interpretation” illuminates a treaty’s terms or applicability. Interpretation may be in line with the existing law (amendment secundum or intra legem) or serve a gap-filling function (amendment praeter legem). In contrast, “modification” substantially alters the treaty obligations (amendment contra legem).”

50. Rebecca Crootof, “Change Without Consent...”: 239.

revisar el tratado”.⁵¹ Ya han existido instancias anteriores en donde un tribunal es acusado de modificar, en vez de interpretar, un tratado. Este fue, por ejemplo, el caso del Templo Preah Vihear, entre Tailandia y Camboya, donde la Corte Internacional de Justicia determinó que ambas partes habían concluido que un mapa francés posterior a su tratado de límites era una interpretación de su texto, que movió el lugar de la frontera. Como señala Crootof, “a pesar de nombrarlo una ‘interpretación’, la CIJ parece haber en cambio endosado una modificación en virtud a la conducta subsecuente de las partes”.⁵² Al fin y al cabo, “el tratado original pretendía fijar la frontera en un lugar; el mapa [francés] de 1907 la movió a otro lugar”.⁵³ Algo similar ocurre cuando la Corte IDH determina que “exclusivamente” no significa “exclusivamente”, con el agravante, quizás, de que el instrumento modificado es su propio tratado constitutivo.

A fin de evitar esta acusación, la Corte IDH debería haber sustentado su posición en base a alguna otra teoría jurídica, diferente a la mera interpretación sistemática de su texto. Algunos autores han intentado explicar esta posición de la Corte desde la teoría del “margen de apreciación”.⁵⁴ Para ellos, lo que la Corte hizo fue reconocer que son los Estados los que están en una mejor posición de determinar qué excepciones son admisibles y qué excepciones no lo

son. Así, siguiendo esta teoría, allí donde exista consenso entre los países de la región respecto de una práctica determinada, el margen de apreciación de cada Estado individualizado se reduce. Esto es, por ejemplo, lo que hizo la Corte Europea de Derechos Humanos frente a casos relacionados con uniones civiles y matrimoniales entre personas del mismo sexo. Cuando no existía consenso entre los países de Europa sobre la regulación de las uniones de personas del mismo sexo, cada Estado podía regular el asunto con un mayor margen de apreciación. Conforme se fue generando un consenso sobre la necesidad de proteger estas uniones, el margen de apreciación se redujo, hasta 2015, cuando la Corte Europea estableció una obligación positiva de reconocerlas, por algún mecanismo legal, sea la unión civil o el matrimonio.⁵⁵

Este encuadre, sin embargo, olvida el problema interpretativo previo. Antes de siquiera poder preguntarnos si existe un “consenso latinoamericano”, debemos primero establecer que hay lugar para el desacuerdo – algo que la frase “exclusivamente” simplemente no admite.

Una alternativa es considerar que la práctica subsecuente a la ratificación de la Convención ha dejado sin efecto la palabra “exclusivamente”. La idea de que una disposición convencional puede ser dejada sin efecto por una norma

-
51. Organización de las Naciones Unidas, “International Law Commission. Report of the of the International Law Commission on the work of its Eighteenth Session” *Office of Legal Affairs*, (1966), acceso el 11 de enero de 2022, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_cn4_191.pdf
 52. Traducción libre de los autores del original en inglés: “Despite terming this an “interpretation,” the ICJ seems instead to have endorsed modification by subsequent state party conduct.”
 53. Traducción libre de los autores del original en inglés: “The original treaty intended to set the boundary in one spot; the 1907 map moved it elsewhere.”
 54. Si bien esta doctrina no ha sido formalmente adoptada por la Corte, ha habido casos donde diversos autores han identificado un uso más discreto de la doctrina. Ver, por ejemplo: Jorge Contesse, “Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System”, *Law and Contemporary Problems* 79 (2016), <https://core.ac.uk/download/pdf/62571091.pdf> y Claudio Nash Rojas, “La Doctrina del Margen de Apreciación y su Nula Recepción en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 11 (2018), <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/6539/5029>
 55. Para mayor detalle sobre este proceso, ver: Alonso Gurmendi Dunkelberg y Carlos Zelada, “Entre el escudo y la espada: el matrimonio igualitario visto desde el orden público Internacional y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Themis* 69 (2016), <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/16740>

consuetudinaria posterior es, sin duda, controversial, pero el caso concreto del artículo 23.2 no sería el único, ni mucho menos el primero. Crootof, por ejemplo, relata el caso del Protocolo de Londres de 1936, sobre guerra submarina.⁵⁶ Mediante este instrumento, las potencias navales prohibieron el hundimiento con submarinos de embarcaciones mercantes sin haber previamente colocado a los pasajeros y tripulantes en un lugar seguro. Durante la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, ninguna de las potencias beligerantes cumplió con el acuerdo y, es más, el Tribunal de Nuremberg evitó sentenciar a los altos mandos alemanes por esta violación. En vez de convertirse en un ejemplo de incumplimiento, sin embargo, Crootof muestra cómo esta norma se convirtió, en cambio, en una “blue law”; una regla “clara, pero desactualizada e inejecutable”.⁵⁷ “Técnicamente”, señala Crootof, “los requisitos del Protocolo de Londres permanecen en pie hasta el día de hoy”, sin embargo, “la práctica subsiguiente y contradictoria de los estados ha creado una amplia gama de excepciones consuetudinarias a las reglas convencionales. (...) Las ‘excepciones’ consuetudinarias al Derecho convencional básicamente han ahogado a la norma”.⁵⁸

Algo similar parece haber ocurrido con el artículo 23.2. La incorporación de la palabra “exclusivamente” estaba, desde el inicio, enfrentada con la realidad latinoamericana, donde, por ejemplo, las candidaturas no partidarias eran “una opción casi inexistente a inicio de la transición democrática”.⁵⁹ Al aparecer el artículo 23.2, los Estados de la región simplemente continua-

ron actuando como si este requisito de *numerus clausus* no existiese. Para cuando surgieron los casos *YATAMA* y *Castañeda*, ya en el siglo XXI, luego de décadas de práctica contraria, era impensable leer el artículo 23.2 de otra forma. La palabra “exclusivamente” había perdido su validez, pero no por una interpretación sistemática de la Corte, sino por una norma consuetudinaria creada por la conducta uniforme y reiterada, bajo consciencia de obligatoriedad, de los Estados miembros.

Es solo una vez que superemos esta cuestión previa que puede decirse que la Corte puede aplicar un estándar de “margen de apreciación” similar a la tradición europea. Es sólo en ese momento que podría afirmarse que “cada Estado tiene un margen nacional de apreciación conforme al cual deben respetarse los derechos políticos consagrados en el artículo 23”.⁶⁰ Al ser producto de una iniciativa de los propios Estados, sin embargo, la aplicación de esta teoría circunscribe la acción de la Corte IDH, que no podrá decidir cada requerimiento de manera *ad hoc* en base a un estándar arbitrario —“¿la medida es necesaria para implementar un derecho establecido en el párrafo 1?”—, sino que deberá comprobar que existe práctica lo suficientemente uniforme entre los Estados de la región que demuestre que el requisito en cuestión es una excepción válida al listado del párrafo 2. En otras palabras, son los propios Estados los que han abierto las puertas a requisitos excepcionales y la Corte debería tomar este dato en cuenta al momento de determinar cuáles restricciones son válidas y cuáles no.

56. Rebecca Crootof, “Change Without Consent...”: 270.

57. Rebecca Crootof, “Change Without Consent...”: 271.

58. Traducción libre de los autores del original en inglés: “Technically, the London Protocol’s requirements remain in place today, binding all states parties. However, subsequent and contradictory state practice has created a vast number of customary exceptions to the treaty rules. (...) The customary “exceptions” to the treaty law have essentially swallowed the rule.”

59. Kevin Casas-Zamora, Raquel Chanto, Betilde Muñoz-Pogossian y Marian Vidaurri, eds., *Reformas en América Latina, tendencias y casos*, (Washington: Organización de los Estados Americanos, 2016), https://www.oas.org/es/sap/pubs/reformas_politicas.pdf

60. Claudio Nash Rojas, “La Doctrina del Margen de Apreciación...”.

Que la Corte no haya procedido de esta forma se debe, probablemente, a su reticencia a adoptar estándares de subsidiariedad, como el del margen de apreciación⁶¹, algo que Contesse, por ejemplo, llama una “renuencia a la subsidiariedad” —*reluctance toward subsidiarity*—. ^{62,63} La idea de una modificación consuetudinaria del texto del artículo 23.2, sin embargo, pareciera la única forma de superar la clara contradicción entre la conducta de los Estados y el texto de la Convención, sin recurrir a interpretaciones forzadas de su texto.

A la fecha, sin embargo, el estándar *Castañeda* sigue gozando de primacía dentro de la jurisprudencia de la Corte. En *Argüelles y otros c. Argentina*, por ejemplo, la Corte evaluó la convencionalidad de la figura de la “muerte civil” en el Derecho argentino.⁶⁴ Bajo sus disposiciones, una persona puede ser inhabilitada por un juez penal de acceder a cargos públicos por un plazo de diez años. La Corte evaluó la medida desde un test de proporcionalidad, en cumplimiento del estándar *Castañeda*, sin antes revisar si se trataba del tipo de excepción que los Estados hubiesen pretendido incorporar, con su práctica, al artículo 23.2. Según la Corte, la duración determinada, el objetivo planteado y su aplicación no se contradecían con la Convención, y eso bastaba para declarar su convencionalidad. Nosotros consideramos, en cambio, que, en base a lo dicho anteriormente, hizo falta un paso previo: ¿existe una práctica latinoamericana

que avale la restricción del sufragio pasivo vía la figura de la “muerte civil”?

Por supuesto, que sean los Estados los que determinen las limitaciones del artículo 23 no significa que ellas no estén sometidas al control de la Corte. Como señaló la Corte en *Castañeda*, “*las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte (...) [que] debe examinar si uno de esos aspectos (...) implica una restricción indebida a los derechos humanos*”.⁶⁵

Habiendo entonces aclarado el proceso a través del cual la Corte puede ejercer su competencia sobre este tipo de restricciones, resta únicamente evaluar si las restricciones específicas de la legislación peruana cumplen con el estándar de proporcionalidad fijado por la Corte.

Como ya hemos mencionado, el primer grupo de normas a las que nos referimos hacia el final del acápite II incluía aquellas que refieren a requisitos o bien explícitamente incluidos en el artículo 23.3 de la Convención, o bien bastante comunes en otros países de la región, como la exigencia de postular a través de una organización política, o la de haber sido designado por un proceso de democracia interna.

Sobre lo primero, existe una tendencia reciente en la región a favor de permitir las candidaturas independientes⁶⁶, pero aún son varios los esta-

61. *Ibid.*: 71.

62. Jorge Contesse, “Contestation and Deference...”.

63. Contesse, empero, considera al caso *Castañeda* como un ejemplo de aplicación del estándar de margen de apreciación y un paso en la dirección correcta. Nosotros creemos más bien que esto dependerá de cómo sea aplicado por la Corte en casos futuros.

64. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Argüelles y otros Vs. Argentina*, Sentencia del 20 de noviembre de 2014, Serie C número 288, acceso el 11 de enero de 2022, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_288_esp.pdf

65. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, párrafo 161.

66. Un ejemplo de esto es el caso de la reciente Asamblea Constituyente chilena que permitió la candidatura de ciudadanos independientes además de las candidaturas partidarias. Cfr.: Betilde Muñoz-Pogossian, “Las Candidaturas Independientes en América Latina”, *Reformas Políticas*, acceso el 11 de enero de 2022, <https://reformas-politicas.org/reformas/candidaturas/candidaturas-independientes/candidaturas-independientes/>.

dos que limitan el sufragio pasivo a candidaturas partidarias. Esta, es más, ha sido la práctica tradicional de los Estados de la región. Además del Perú, es el caso, por ejemplo, de Argentina,⁶⁷ Brasil,⁶⁸ Costa Rica^{69,70} y Uruguay.⁷¹ La exigencia de que los cargos sean nominados por democracia interna, por su parte, es similarmente común. De hecho, además del Perú, los mismos cuatro países antes mencionados exigen también que exista alguna forma de democracia interna para los partidos —Uruguay también lo hace incluso en su texto constitucional—.

Mencionamos antes también, sin embargo, que existe un segundo grupo de normas peruanas que resultan más controvertidas. Y que, entre ellas, están las sanciones de exclusión que prevé la Ley de Organizaciones Políticas, por motivo de inclusión de información falsa u omisión de información sobre bienes y rentas o sobre sentencias en la declaración jurada de hoja de vida que debe presentarse al inscribirse a la elección, o por haber ofrecido o regalado bienes o dádivas en más de una oportunidad, o por más de cierta cantidad de dinero.

Respecto de estas dos prácticas —que, además, como ya fue dicho, han sido incorporadas en la legislación peruana recién durante los últimos 12 años—, no parece que sea posible determinar una práctica común en la región. De una revisión preliminar de la legislación electoral de varios

países de América Latina realizada como parte de la investigación para este artículo, encontramos que, si bien países como Colombia y Brasil también requieren que los candidatos entreguen una declaración jurada con información personal, ningún otro además de Perú prevé como sanción la exclusión de una candidatura durante un proceso electoral por incluir información falsa u omitir información en esa declaración. Asimismo, si bien Estados como Colombia, Chile y Costa Rica también sancionan los regalos o “dádivas” en campaña, lo hacen como delitos electorales, no se prevé una sanción de exclusión. Además de Perú, solo Brasil prevé algo similar en el artículo 41-A de su Ley de Elecciones.

En el acápite siguiente, ahondaremos en la convencionalidad de aplicar sanciones de exclusión de candidatos durante un proceso electoral.

IV. LA EXCLUSIÓN DE CANDIDATOS COMO SANCIÓN BAJO EL DERECHO INTERAMERICANO

Habiendo esclarecido el funcionamiento del artículo 23, la regulación ya no de requisitos para acceder a cargos públicos, sino de sanciones en el marco de una elección, merece un punto aparte. Como ya mencionamos, el artículo 23.2 sostiene que los Estados pueden reglamentar el sufragio pasivo por razón de “condena, por juez penal competente, en proceso penal”.⁷² Como señalamos

67. Artículo 2 de la Ley 23298, Ley Orgánica de los Partidos Políticos. “Ley 23298 - Ley Orgánica de los Partidos Políticos”, *Información Legislativa*, acceso el 11 de enero de 2022, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23893/texact.htm>

68. Artículo 87 del Código Electoral brasileño. “Código Eleitoral - Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965”, *Tribunal Superior Eleitoral*, acceso el 11 de enero de 2022, <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>

69. Artículo 98 de la Constitución costarricense. “Constitución Política de la República de Costa Rica”, *Imprenta Nacional*, acceso el 11 de enero de 2022, https://www.imprentanacional.go.cr/editorialdigital/libros/textos%20juridicos/constitucion_politica_digital_edincr.pdf

70. Artículo 48 del Código Electoral de Costa Rica. Alvaro Rodríguez Troyo, “Código Electoral de Costa Rica”, (San José: Tribunal Supremo de Elecciones, 2017), https://www.tse.go.cr/pdf/publicaciones/codigoeleitoral_indicealfabetico.pdf

71. Artículo 77 de la Constitución uruguayana. “Constitución de la República”, *Parlamento de la República del Uruguay*, acceso el 11 de enero de 2022, <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>

72. Artículo 23.2 de la Convención.

en la sección anterior, los Estados —y la Corte IDH— han abierto la puerta para una aplicación más flexible de estas restricciones. La consulta específica que surge a raíz de este texto es si la exclusión de candidatos, aplicada como sanción por un órgano electoral autónomo, es compatible con la Convención. Esto, a su vez, implica dos preguntas separadas: (i) ¿es convencional que un ente diferente a un juez penal sea quien establezca la sanción?; y, (ii) ¿es la sanción de exclusión propiamente dicha, e independientemente de quién la aplica, convencional? En este acápite daremos respuesta a ambas interrogantes.

1. Los Sistemas de Justicia Electoral bajo el Derecho Interamericano.

Como ya hemos mencionado, para ser convencional, una desviación del texto del artículo 23.2 de la Convención debe estar amparada por una práctica divergente de los Estados del continente. A este respecto, la existencia de sistemas de justicia electoral independiente con capacidad sancionadora parece ser un claro ejemplo de esta práctica divergente. Como señala Orozco Henríquez, “la gran mayoría de los regímenes [electorales] latinoamericanos” regulan un “modelo independiente de administración electoral”, donde un organismo electoral autónomo “es institucionalmente independiente y autónomo del Poder Ejecutivo y maneja su propio presupuesto”.⁷³ Estos entes, asimismo, suelen gozar de facultades administrativas sancionadoras, además de tener función jurisdiccional en lo que respecta a materia electoral. Siguiendo nuevamente a Orozco, a nivel regional, estas sanciones incluyen, entre otras, la “amonestación, suspensión o

cancelación del registro de un partido o agrupación política” y la “pérdida del registro como candidato o cancelación del mismo”.⁷⁴

La práctica latinoamericana de establecer una justicia electoral paralela, además, es de larga data, sustentada en la necesidad histórica de asegurar la división de poderes y evitar el involucramiento indebido del Ejecutivo sobre el desarrollo de los procesos electorales.⁷⁵ Esta tradición, de hecho, preexiste a la Convención por varias décadas. Según Orozco, el establecimiento de sistemas de justicia electoral independientes tiene su antecedente más antiguo en la Constitución colombiana de 1886, y el establecimiento de los así llamados “jueces de escrutinio”.⁷⁶ De allí en adelante, ya en el siglo XX, Uruguay estableció una Corte Electoral en 1924, Chile un Tribunal Calificador de Elecciones en 1925, el Perú un Jurado Nacional de Elecciones en 1931, Brasil un Tribunal Supremo Electoral en 1934, Nicaragua un Consejo Nacional de Elecciones en 1939 y Costa Rica un Tribunal Supremo de Elecciones en 1949.⁷⁷ Luego de la entrada en vigencia de la Convención, “proliferó en América Latina la creación (frecuentemente a nivel constitucional y, de manera destacada, con motivo de los procesos democratizadores en el marco de la ‘tercera ola’, desde finales de la década de los setenta) de tribunales, cortes, jurados, juntas o consejos electorales, encargados de la resolución de las controversias derivadas de las elecciones”.⁷⁸ En la actualidad, de los 24 Estados miembros de la Convención, por lo menos 18 —el 75%— cuentan con tribunales electorales especializados: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Hon-

73. José de Jesús Orozco Henríquez, *Justicia Electoral Comparada de América Latina* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2019), 42.

74. *Ibid.*, 39.

75. *Ibid.*, 96.

76. *Ibid.*, 58.

77. *Ibid.*, 97-98.

78. *Ibid.*, 99.

duras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.⁷⁹ Los seis restantes —Barbados, Dominica, Granada, Haití, Jamaica y Surinam— no han efectuado protesta alguna por la existencia de estos tribunales en la región.

Resulta pues bastante extraño que en el mismo periodo en que proliferaban estos tribunales electorales, los países de la región firmaron un tratado que establecía “*exclusivamente*” las sanciones por parte de jueces específicamente penales. El Juez García Sayán, en su opinión concurrente en el caso *López Mendoza c. Venezuela*, relativo a la exclusión de Leopoldo López de las elecciones venezolanas, señaló incluso que en los trabajos preparatorios de la Convención “*no se encuentra en ellos debate ni sustentación acerca de los términos ‘exclusivamente por [...] condena, por juez competente, en proceso penal’*”.⁸⁰ De acuerdo con García Sayán, “[e]ste concepto fue incluido solo en la última discusión del artículo sobre los derechos políticos, por una propuesta del delegado de Brasil” sin que conste, sin embargo, “*la razón o motivación por la que se presentó dicha enmienda ni se conoce del debate*”.⁸¹

Para el Juez García Sayán, siguiendo un criterio similar al de la Corte en *Castañeda*, esto significa que el requisito de condena por juez penal “*no necesariamente supone que ese sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción*”, sugiriendo, justamente, que este rol puede ser también cumplido por “[o]tros espacios judiciales” como la justicia elec-

toral.⁸² Ya hemos hablado de las deficiencias de este tipo de “*modificación por interpretación*” en la sección anterior, por lo que en este punto sólo añadiremos que el Juez García Sayán tiene razón —las justicias electorales deben ser incorporadas al texto del artículo 23.2— pero por los motivos equivocados. No se trata, pues, de una interpretación sistemática, sino una práctica continua de los estados latinoamericanos que ha dejado sin efecto en la práctica este requisito.

El caso *Lopez Mendoza*, de hecho, revela el porqué es tan importante esta distinción. En este caso, el líder de oposición venezolano, Leopoldo López, había sido inhabilitado de presentarse como candidato a la Alcaldía del Estado Mayor de Caracas mediante dos sanciones impuestas por el Contralor General de la República. De acuerdo con la Corte, la controversia debía resolverse “*mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo*”.⁸³ Así, señala la Corte IDH, “*el artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1*”, por lo que “[e]n el presente caso, que se refiere a una restricción impuesta por vía de sanción, debería tratarse de una ‘condena, por juez competente, en proceso penal’”.⁸⁴ Sin embargo, señala la Corte, “[n]inguno de esos requisitos se ha cumplido, pues

79. *Ibid.*

80. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Concurrente García Sayán” en *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*, Sentencia del 1 de septiembre de 2011, párrafo 15, acceso el 11 de enero de 2022, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

81. *Ibid.*

82. *Ibid.*, párrafo 16.

83. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*, Sentencia del 1 de septiembre de 2011, Serie C número 233, párrafo 105, acceso el 11 de enero de 2022, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

84. *Ibid.*, párrafo 107.

el órgano que impuso dichas sanciones no era un 'juez competente', no hubo 'condena' y las sanciones no se aplicaron como resultado de un 'proceso penal' en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana".⁸⁵

Como queda claro, esta lectura de la Corte es literal, y da por sentado que el texto del artículo 23.2 debe cumplirse estrictamente. Pero esto no es lo que la Corte concluyó en *Castañeda*, donde el principio rector era que los requisitos del 23.2 no podían tomarse como *numerus clausus*. En *López Mendoza*, empero, la Corte nunca explica por qué decide, súbitamente, no poner en duda la necesidad de un proceso judicial y penal. Es más, la disonancia entre ambos casos queda patente en la opinión concurrente del Juez Vio Grossi, quien señala que:

"Si los Estados Partes de la Convención hubiesen querido consagrar en el mencionado artículo 23.2 causales no taxativas de reglamentación de los derechos y oportunidades previstas en el artículo 23.1 de la misma o permitir que la condena pudiese ser impuesta por otro juez o instancia jurisdiccional distinta al juez penal o en proceso similar o semejante al penal, lo habrían así dicho expresa o derechamente o habrían empleado otra terminología, como, por ejemplo, las de 'tales como' o 'entre otras'".⁸⁶

La opinión de García Sayán, entonces, parece ser una respuesta directa al intento de Grossi de alterar el estándar *Castañeda*.

Una posible explicación para este ida y vuelta entre García Sayán y Grossi, *Castañeda* y *López Mendoza* sería que la Corte nunca fijó ningún estándar para determinar qué excepciones son permisibles vía el artículo 23.2 y qué excepciones no. Así, el artículo 23.2 termina siendo *nu-*

merus clausus o *numerus apertus* dependiendo de la opinión de la Corte. Si la mayoría considera que el párrafo 1 del artículo 23 exige una desviación del texto explícito del párrafo 2 —como en *Castañeda*—, el artículo es *numerus apertus*; pero si no —como en *López Mendoza*—, entonces es *numerus clausus*. Esto, inevitablemente, lleva a contradicciones y confusiones. Por ejemplo, la línea argumentativa de *López Mendoza* pudo ser aplicada a *YATAMA* y *Castañeda*, también casos donde un candidato fue impedido de postular, sin condena, por un ente no judicial ni penal, fuera del marco del artículo 23.2; pero este hecho nunca fue discutido en esos términos en ninguno de los dos casos.

La situación actual de la jurisprudencia de la Corte, por ende, no ofrece reglas claras a los Estados que les permita determinar cuándo se encuentran amparados por el Derecho interamericano y cuándo no. Nuestra propuesta, en cambio, basada en la práctica de los Estados, da una guía más fácil de aplicar: si existe una conducta uniforme, antigua y constante —un "consenso", si se prefiere— entre los Estados de Latinoamérica que diverge del listado específico del artículo 23.2, la excepción será aceptable, en atención a las circunstancias únicas de este artículo. Si esta práctica no existe, la excepción no será aceptable.

En el caso *Castañeda*, por ende, dado que no existe un consenso uniforme entre los países de América Latina sobre las candidaturas independientes no partidarias, México no estaría incurriendo en una violación de los derechos humanos al someter el sufragio pasivo al requisito de una candidatura partidaria. En el caso *López Mendoza*, a su vez, existiría un consenso sobre el establecimiento de sistemas de justicia electoral independientes —no penales—, pero no del uso de entidades como la Contraloría para imponer sanciones fuera de proceso, por

85. *Ibid.*

86. Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Opinión Concurrente Vio Grossi" en *Caso Lopez Mendoza c. Venezuela*, Sentencia del 1 de septiembre de 2011, sección 2, acceso el 11 de enero de 2022, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

lo que la exclusión de López sería anticonvencional. Esto también significaría que México no habría violado los derechos del candidato Castañeda al excluirlo por fuera de un proceso penal, sino uno administrativo, pues la práctica regional avala la excepción. En cualquier caso, valga añadir, incluso allí donde se determine la validez de una excepción no contemplada, corresponderá a la Corte evaluar su aplicación concreta, en base al test de proporcionalidad.

Aplicando este estándar al caso peruano, entonces, tenemos que existe, *prima facie*, una excepción no regulada en el artículo 23.2, pero permitida en virtud a la práctica de los estados de la región, que permitiría al Jurado Nacional de Elecciones peruano a imponer sanciones de exclusión a los candidatos a cargos de elección popular, en ciertas circunstancias específicas — allí donde exista esta práctica—. En esos casos, restaría, *a posteriori*, que los operadores jurídicos evalúen si la forma como el Perú regula estos casos satisface el estándar de proporcionalidad trazado por la Corte.

2. La Convencionalidad de la Sanción de Exclusión.

Resuelto ya el punto sobre la competencia de la jurisdicción electoral, y teniendo claro que el paso previo para evaluar la convencionalidad de una medida en específico es determinar que exista una práctica común en la región; el último paso para determinar si las dos sanciones de exclusión que venimos analizando en este artículo son convencionales sería aplicar el test de proporcionalidad a cada una. Como hemos mencionado, no parece existir una práctica común respecto de las exclusiones por incluir información falsa u omitir información en la declaración jurada, ni por ofrecer u otorgar regalos o dádivas como parte su campaña. Desa-

rollar un test de proporcionalidad a detalle escapa del propósito del presente artículo, que es otorgar una mayor claridad sobre el complejo panorama que hemos descrito y plantear alternativas de solución. Sin embargo, delinearemos brevemente por dónde consideramos que podría ir ese análisis, en caso llegase a realizarse por algún organismo jurisdiccional.⁸⁷

Asumiendo una finalidad legítima de ambas normas —conforme con la idea de la “obligación positiva” propuesta en *Castañeda*—, respecto de las exclusiones por omisiones o información falsa en la declaración jurada, sería difícil argumentar que esta medida no pueda superar el examen de idoneidad, pues en la práctica sí consigue el efecto buscado: que no puedan ser candidatos personas con cuestionamientos graves y que podrían ser potencialmente peligrosas para el sistema político. No obstante, la dificultad más clara de esta norma podría encontrarse, a nuestro parecer, en el examen de necesidad, ya que ciertamente puede pensarse en medidas menos gravosas que logren el mismo objetivo. Por ejemplo, en lo que respecta a la exclusión por no declarar sentencias, se podría exigir que el Poder Judicial comparta sus sistemas de información y bases de datos con el Jurado Nacional de Elecciones, de modo que este último organismo sea capaz de fiscalizar de forma más efectiva y directa que estos candidatos no puedan inscribirse desde un primer momento.

Para el caso de la sanción de exclusión por regalos o dádivas en campaña, por su parte, si se asume que la norma es idónea en tanto que su finalidad es reducir la incidencia de este tipo de conductas durante las campañas proselitistas, esta medida podría también enfrentar problemas frente al examen de necesidad. Ello pues, como ya fue advertido, existen varios otros Esta-

87. Recientemente, el actual presidente del JNE, Jorge Luis Salas Arenas, interpretó en varios votos singulares en resoluciones sobre exclusiones de candidatos en las Elecciones Generales 2021 —por ejemplo, en las N.º 0325-2021-JNE, 0326-2021-JNE, 0328-2021-JNE, 0339-2021-JNE, 0351-2021-JNE y 0352-2021-JNE—, que “*varias de las reglas contenidas*” en las normas peruanas, particularmente la sanción de exclusión por regalos o dádivas, “*exceden los marcos convencionales*”, por lo que debía exhortarse al Congreso para que adecúe la legislación. Sin embargo, esta interpretación no fue respaldada por la mayoría.

dos que sancionan esta misma práctica, pero no a través de la vía de la exclusión de las elecciones, sino como un delito electoral. Así, una medida alternativa podría ser que el retiro del cargo solo ocurra si un proceso penal se confirma, aun si la autoridad ya ha sido electa. Y en todo caso, aun si se considera que esta medida podría pasar el examen de necesidad, tendría problemas también para pasar por el examen de proporcionalidad en sentido estricto. Ello pues no queda claro que el perjuicio generado, no solo contra el derecho de la persona que esté candidateando, sino contra el de la ciudadanía de elegir a esa persona, se justifique razonablemente por el beneficio logrado por el derecho que se protege.

En todo caso, este es el debate en el que se tendrá que incurrir para dar una respuesta más contundente sobre la convencionalidad de estas dos formas de exclusión de candidaturas, en caso llegue a configurarse un consenso en la práctica.

V. CONCLUSIÓN

En este artículo hemos mostrado cómo puede usarse el Derecho Interamericano para echar luz sobre las incertidumbres producidas por el

Derecho Electoral peruano. Hemos señalado que el Artículo 23 de la Convención Americana ha sido modificado por la práctica constante de los Estados de la región y que la Corte IDH debería incorporar este criterio en su jurisprudencia, a fin de brindar mayor seguridad jurídica a los Estados y operadores jurídicos. En este sentido, para determinar si una norma que se desvía del texto expreso del Artículo 23.2 es convencional o no, nosotros creemos que primero debería evaluarse si la divergencia planteada responde a esta práctica regional o no. Si la respuesta es negativa, el requisito será anticonvencional. Si la respuesta es positiva, el requisito podrá ser válido, incluso si no cumple en estricto con el listado del Artículo 23.2, siempre que pase con éxito un test de proporcionalidad.

Por ende, creemos importante que la CIDH ofrezca un mejor sustento a su aproximación al contenido del Artículo 23.2 y ofrecemos la teoría aquí contenida como una opción a evaluar. Los operadores jurídicos internos, como el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones, deben asimismo adecuar su accionar sobre exclusiones electorales a la jurisprudencia interamericana. Sólo así podremos brindar mayor claridad sobre este tema.