
LA INCONSTITUCIONAL LEY 27163 Y SU INDEBIDA APLICACIÓN POR EL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES: EL CASO DE JORGE MUFARECH NEMY

Natale Amprimo Plá

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima. Asesor legal de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

Por ley 27163, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 6 de agosto de 1999 –que fuera promulgada, en aplicación de lo que establece el primer párrafo del artículo 108 de la Constitución Política de 1993, por Martha Hildebrandt Pérez-Treviño, en su condición de presidenta del Congreso de la República–, se modificó, entre otros, el artículo 114 de la Ley Orgánica de Elecciones, ley 26859, relativa a los impedimentos para ser candidato al Congreso de la República.

La primera disposición final de la referida ley 27163, que fuera conocida en el ambiente político como "Ley anti-Alan", debido a que, como lo señalara el congresista Fernando Olivera Vega, en el debate suscitado en el Congreso de la República el 7 de julio de 1999, el proyecto de reforma de la Ley Orgánica de Elecciones, del cual era uno de sus autores, buscaba impedir

... la postulación a la Presidencia de la República y al Congreso de la República de aquellas personas declaradas contumaces por el Poder Judicial o las que hayan sufrido condena por delito doloso o quienes mantengan juicio penal pendiente por acusación constitucional del Congreso...

en clara alusión a la situación del ex presidente Alan García Pérez, varió ligeramente la redacción original del primer y, hasta entonces, único párrafo del artículo 114 de la Ley Orgánica de Elecciones, y además incorporó un segundo párrafo a éste, que es el que justamente motiva el presente estudio.

Según el aludido segundo párrafo del artículo 114 de la Ley Orgánica de Elecciones:

También están impedidos a ser candidatos a representantes ante el Congreso de la República y representantes al Parlamento Andino quienes hayan ejercido los cargos públicos de Presidente o Vicepresidente de la República; representantes ante el Congreso de la República; Ministro o Viceministro de Estado; Contralor General; autoridad regional; miembro del Tribunal Constitucional, del Poder Judicial, del Ministerio Público o del Jurado Nacional de Elecciones; Defensor del Pueblo; Presidente del Banco Central de Reserva; Superintendente de Banca y Seguros; Superintendente de Administración Tributaria; Superintendente Nacional de Aduanas y Superintendente de Administradoras de Fondos Privados de Pensiones que se encuentren comprendidos en proceso penal por delito cometido en agravio del Estado, con acusación fiscal o mandato de detención.

Dicho segundo párrafo fue, justamente, el que utilizó el Jurado Nacional de Elecciones en los considerandos de su resolución 209-2000-JNE, del 16 de febrero de 2000, publicada en el diario oficial *El Peruano* al día siguiente, por la que declaró fundada la tacha formulada por doña Nora Libia Flores Arcé contra la candidatura del ciudadano Jorge Yamil Mufarech Nemy¹ al

1 Jorge Yamil Mufarech Nemy fue designado por resolución suprema 025-99-PCM como ministro de Trabajo y Promoción Social en el segundo gobierno de

Congreso de la República, por el Movimiento Independiente Somos Perú, en las Elecciones Generales del 9 de abril de 2000.

La inconstitucionalidad de la modificación introducida a la Ley Orgánica de Elecciones por la ley 27163 (que establece un nuevo impedimento para ser candidato al Congreso de la República), y su indebida aplicación por parte del Jurado Nacional de Elecciones a Jorge Yamil Mufarech Nemy, son los aspectos que se abordarán a continuación.

2. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA A LA LEY ORGÁNICA DE ELECCIONES POR LA PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL DE LA LEY 27163, Y LA VIOLACIÓN DEL DERECHO A PARTICIPAR EN LOS ASUNTOS PÚBLICOS Y POLÍTICOS

El artículo 2 de la Constitución de 1993, recogiendo íntegramente en su primer párrafo el texto del inciso 16 del numeral 2 de la pasada Carta de 1979, reconoce en su inciso 17 el derecho de toda persona a participar en la vida política de la nación (al igual que en la económica, social y cultural), como uno de los derechos fundamentales de la persona.

El derecho global de las personas a la participación en la dimensión política, co-

Alberto Fujimori Fujimori, al poco tiempo dejó el cargo, luego de que denunciara serias irregularidades en la Superintendencia Nacional de Aduanas, Sunad, relativas al ingreso masivo de productos de contrabando. Después de su renuncia como ministro, Mufarech fue denunciado por delito de defraudación de rentas de aduana, acusado de una supuesta subvaluación en la importación de un automóvil usado, marca Jaguar.

mo recuerda Rubio Correa², no es de vieja data en nuestro sistema constitucional, pues tiene como único antecedente a la Constitución de 1979, lo que, de por sí, revela su novedad entre nosotros.

Entre los derechos que el propio texto constitucional ha incluido, de manera expresa y declarativa, dentro del aludido derecho de participación ciudadana, tenemos los de elección, remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

En cuanto al derecho de elección, el artículo 31 de la Constitución de 1993 puntualiza con nitidez que los ciudadanos tienen el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica, y, en párrafo final, sanciona de manera clara y puntual que "Es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos". En cuanto a los requisitos para ser elegido congresista, el artículo 90 de la misma Carta Política de 1993 establece tres: a) ser peruano de nacimiento; b) haber cumplido 25 años de edad; y c) gozar del derecho de sufragio.

El último de dichos requisitos está íntimamente vinculado con el ejercicio de la ciudadanía, que, como precisa Bernalles Ballesteros, constituye justamente

... el vínculo político entre una persona natural y el Estado. Esto quiere decir que, en materia de derechos políticos, cada ciudadano tiene una igualdad básica común con todos los demás ciudadanos de dicho Estado. La idea de la ciudadanía es la más importante del derecho político y la gran creación de la cultura occidental; propugna la igualdad básica en la vida política y es

conquista de los últimos 200 años, en los que la democracia se ha desarrollado como modelo de organización política en casi todos los sistemas políticos del mundo. La democracia, en ese contexto, exige la ciudadanía como igualdad básica para la participación política³.

que, conforme al artículo 33 de la propia Carta de 1993, se suspende sólo: a) por resolución judicial de interdicción; b) por sentencia con pena privativa de la libertad; y c) por sentencia con inhabilitación de los derechos políticos.

Además de los casos señalados, en los que la Constitución ha limitado o suspendido de manera general los derechos de un ciudadano, la Carta Política contempla también impedimentos o restricciones específicas para postular al Congreso de la República. Así, su artículo 91 establece que no pueden ser elegidos congresistas si no han dejado el cargo seis meses antes de la elección:

- Los ministros y viceministros de Estado, el contralor general y las autoridades regionales.
- Los miembros del Tribunal Constitucional, del Consejo Nacional de la Magistratura, del Poder Judicial, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones y el Defensor del Pueblo.
- El presidente del Banco Central de Reserva, el superintendente de Banca y Seguros, el superintendente de Administración Tributaria, el superintendente nacional de Aduanas y el superintendente de Administradoras de Fondos Privados de Pensiones.
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en actividad.

² RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1999, p. 369.

³ BERNALLES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. 1a. edición. Lima: ICS Editores, 1996, p. 123.

Al respecto, es pertinente señalar que, a diferencia de lo que ocurre para el caso de los candidatos que postulan a la Presidencia de la República (cuyos impedimentos específicos no los encontramos en la Constitución sino en la Ley Orgánica de Elecciones, artículo 107), los impedimentos para postular al Congreso sí están contemplados en el artículo 91 de la Carta Fundamental, y, a su vez, han sido repetidos, de manera literal, en el numeral 113 de la Ley Orgánica de Elecciones, ley 26859.

En consecuencia, coincidiendo con Eguiguren Praelli:

... debe considerarse que la enumeración contenida en el artículo 91 de la Constitución es taxativa y que no existe fundamento constitucional alguno que autorice el establecimiento o incorporación a la Ley Orgánica de Elecciones, por la vía legislativa, de ningún supuesto o causal de inhabilitación o procedencia de tacha para impedir la postulación al cargo de congresista, tanto con respecto a las personas afectadas como a situaciones o conductas sancionadas (EGUIGUREN PRAELLI, Francisco José. Informe jurídico evacuado el 12 de febrero de 2000).

De otro lado, conforme se puede desprender de lo señalado en los párrafos precedentes, la modificación introducida a la Ley Orgánica de Elecciones por la ley 27163 resulta vulneradora del derecho constitucional que tiene todo ciudadano a participar en los asuntos públicos y políticos, ya sea para elegir o ser elegido, y que, como ya se indicó, se encuentra reconocido en el artículo 31 de la Constitución de 1993.

En tal sentido, la propia Constitución, en concordancia con el principio de presunción de inocencia que contempla, ha previsto la suspensión del ejercicio de la ciudadanía (y por ende, del ejercicio del derecho de participar en los asuntos públi-

cos y políticos, ya sea para elegir o ser elegido) sólo en caso de que exista una sentencia judicial condenatoria, que imponga una pena privativa de libertad o la inhabilitación de los derechos políticos.

Las referidas limitaciones al ejercicio del derecho de la ciudadanía, por tratarse de normas que establecen limitaciones al ejercicio de un derecho, deben ser interpretadas de manera restrictiva, no sólo porque así lo mandan los cánones comúnmente aplicados a la interpretación jurídica, y en especial a la interpretación constitucional, sino porque además la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José, dispone en su artículo 23 que "... exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal", la ley de un Estado parte puede reglamentar el ejercicio y oportunidades que tienen los ciudadanos para gozar de los derechos

... de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores (...) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

A mayor abundamiento, la misma Convención, en su numeral 29, puntualiza que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de:

- a) ... permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; y
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con

otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

Por tanto, resulta fácil de apreciar no sólo que la modificación introducida a la Ley Orgánica de Elecciones por la ley 27163 es inconstitucional, sino que, además, es contraria al texto expreso y claro de la Convención Americana de Derechos Humanos (que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, y que fuera ratificada constitucionalmente, en todas sus cláusulas, por la decimosexta disposición general y transitoria de la Constitución de 1979); Convención que, a la luz de lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Carta de 1993, debe servir de parámetro interpretativo de las normas relativas a los derechos y a las libertades que la propia Constitución reconoce.

3. LA INDEBIDA APLICACIÓN DE LA LEY 27163 AL CASO DE JORGE MUFARECH NEMY

La lista de los candidatos al Congreso de la República por el Movimiento Independiente Somos Perú, entre los que se encontraba Jorge Yamil Mufarech Nemy, fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 10 de febrero de 2000. Ese mismo día, Nora Libia Flores Arce (quien había sido señalada por Mufarech como una de las responsables de las irregularidades que denunció, y que, presumiblemente, habrían ocurrido en la Superintendencia Nacional de Aduanas) formuló tacha contra dicha candidatura, sustentándola en la ley 27163, por el hecho de que Mufarech era procesado penalmente por el delito de defraudación de rentas de aduanas, a raíz de una supuesta irregular importación de un automóvil usado, realizada antes de que

asuma el cargo de ministro de Trabajo y Promoción Social.

El respeto a las normas y principios que la Constitución recoge hubieran sido suficientes para que, en tiempos normales, el Jurado Nacional de Elecciones no hubiese amparado dicha tacha, ni ninguna otra sustentada en la modificación introducida a la Ley Orgánica de Elecciones por la ley 27163 (ello, sin mencionar, los defectos procesales que la tacha contenía, tales como no haber sido autorizada por letrado habilitado, o haber sido presentada fuera del tiempo oportuno); sin embargo, el Jurado Nacional de Elecciones, por resolución 209-2000-JNE, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 17 de febrero de 2000, con los votos de los miembros Alipio Montes de Oca Begazo, José Carlos Bringas Villar, Walter Hernández Canelo y Ramiro de Valdivia Cano⁴, declaró fundada la mencionada tacha, considerando no sólo que la ley 27163 resultaba constitucional, sino que, además, en otro contrasentido legal, interpretó que dicha ley resultaba de aplicación a cualquiera de los ex funcionarios públicos que ella contempla, aún cuando los delitos por los que fuera procesado se sustenten en conductas o situaciones ajenas a la función pública; lo que a su vez es violatorio de los derechos constitucionales a la igualdad ante la ley y al de no ser discriminado.

En suma, una resolución jurídicamente aberrante que, además de otras (entre las que se encuentra, sin lugar a dudas, la que habilitó la inconstitucional segunda reelección del ingeniero Alberto Fujimori Fujimori), nos demostraba el poco apego de los miembros de dicho Jurado Nacional de

4 El miembro del Jurado Nacional de Elecciones, doctor Rómulo Muñoz Arce, emitió, en esta oportunidad, un voto singular, en el sentido de que se declare infundada la tacha.

Elecciones a la Constitución, y la deplorable práctica de aplicar literalmente las disposiciones legales electorales, sin analizar si éstas están conforme a la Constitución, a sus principios, valores y derechos. En buena cuenta, olvidando que el artículo 181 de la Carta Política de 1993 los obliga a resolver "... con arreglo a ley y a los principios generales del derecho".

Por lo demás, si queremos vivir en un real estado de derecho urge reformar la Ley Orgánica de Elecciones, derogando las modificaciones introducidas por la ley 27163.