

Tribunal
Constitucional



REVISTA PERUANA DE
**DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Democracia Representativa
y Derecho Electoral

3 | NUEVA ÉPOCA | 2010
julio / diciembre

SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 3, NUEVA ÉPOCA
JULIO - DICIEMBRE 2010

Democracia Representativa y Derecho Electoral

PRESENTACIÓN 13

ESTUDIOS

Dieter Nohlen

El desarrollo internacional de los sistemas electorales y de su evaluación..... 17

Jorge Carpizo

México: Poder Ejecutivo y derechos humanos, 1975-2005..... 37

Luis Castillo Córdova

La democracia como bien humano esencial..... 71

Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama

Representación política para el Estado constitucional 91

Milagros Campos Ramos

¿Son nuestros representantes el reflejo de la sociedad a la que representan o el resultado de las reglas electorales?..... 105

Carlos Hakansson Nieto

La unificación de los organismos electorales: JNE, ONPE y RENIEC como parte de la reforma del Estado..... 123

José Francisco Gálvez

El espéculo electoral 2010..... 141

Samuel Abad Yupanqui

El primer referéndum promovido por la ciudadanía. Aproximaciones para un balance 157

Óscar Urviola Hani

Tribunal Constitucional y democracia: algunas breves reflexiones 177

Omar Sar Suárez <i>El amparo electoral frente a la Constitución de 1993</i>	189
Giancarlo Cresci Vasallo <i>Control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú</i>	215
Janeyri Boyer Carrera <i>“Yatama vs. Nicaragua y el derecho de participación política de los indígenas”</i>	231

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS (2007-2010)

1) <i>STC 00025-2007-PI, de 19 de setiembre de 2008. Criterios sobre la carrera magisterial.</i> Por Javier Adrián Coripuna.....	249
2) <i>STC 00031-2008-PI, de 19 de enero de 2009. Homologación de los sueldos de los profesores de universidades públicas.</i> Por Vladimir Aráoz Tarco.....	253
3) <i>STC 00001-2009-PI, de 4 de diciembre de 2009. Demanda de Inconstitucionalidad contra la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, Ley N.º 29182.</i> Por Alberto Che-Piú Carpio.....	257
4) <i>STC 00013-2009-PI, de 4 de enero de 2010. Sobre los congresistas accesitarios.</i> Por Roger Rodríguez Santander.....	263
5) <i>STC 00002-2009-PI, de 8 de febrero de 2010. Tratado de Libre Comercio con Chile.</i> Por Jorge León Vásquez.....	269
6) <i>STC 00006-2009-PI, de 22 de marzo de 2010. Constitucionalidad de la Ley de Carrera Judicial.</i> Por Giancarlo E. Cresci Vassallo.....	275
7) <i>STC 00018-2009-PI, de 23 de marzo de 2010. Plazo de prescripción en el control de constitucionalidad de los tratados internacionales.</i> Por Jaime de la Puente Parodi.....	279
8) <i>STC 00017-2008-PI, de 15 de junio de 2010. Filiales universitarias y Ley Universitaria.</i> Por Roger Rodríguez Santander.....	285
9) <i>STC 00022-2009-PI, de 17 de junio de 2010. Consulta previa y Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.</i> Por Alvaro Córdova Flores.....	291
10) <i>STC 00002-2010-PI, de 31 de agosto de 2010. Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.</i> Por Alberto Che-Piú Carpio.....	295

JURISPRUDENCIA COMPARADA

Francisco Javier Matia Portilla <i>El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el Derecho español</i>	303
Jorge León Vásquez y Nicolaus Weil von der Ahe <i>Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios: el examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales en Alemania</i>	321
Eduardo Ferrer Mac-Gregor <i>Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad (A la luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México)</i>	337

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

NOTICIAS DE LIBROS

Domingo García Belaunde <i>Diritto costituzionale comparato</i>	385
Luis Castillo Córdova <i>Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas</i>	393
Kristina Georgieva Nikleva <i>La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?</i>	401

REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i>	413
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i>	415
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>	417

“YATAMA VS. NICARAGUA Y EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS INDÍGENAS”

JANEYRI BOYER CARRERA*

SUMARIO: **I.** *Introducción.* **II.** *Los hechos relevantes del caso: la obligatoriedad de formar partidos políticos, la oscuridad del sistema electoral y la inexistencia del amparo electoral.* **III.** *El sufragio como derecho de configuración legal.* **IV.** *La obligatoriedad de constituir un partido político para participar en elecciones.* **V.** *Los Derechos políticos de los indígenas desde las tesis liberales, asimilacionistas y comunitaristas: ¿deben conformar partidos políticos al igual que los demás miembros de la población electoral?* **VI.** *El derecho de participación política de los indígenas en la experiencia peruana.* **VII.** *Reflexiones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

“YATAMA contra Nicaragua” fue la primera sentencia sobre derechos políticos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos^[1]. Para el tema que nos convoca es además paradigmática, porque es la primera sentencia que se aproxima a los derechos políticos de los pueblos originarios.

“YATAMA” (siglas de Yapti Tasba Masraka Nanih Aslatakanka) es la mayor organización etno-política del Atlántico Norte. Aglutina a la población indígena y étnica nicaragüense que se localiza, esencialmente, en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur. Con una tradición oral, se acoge a la justicia comunal y organiza su democracia interna conforme a sus costumbres ancestrales. En el caso, la Corte Interamericana de Derechos

* Profesora de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid – España. Candidata a doctora en derecho por la Universidad de Valladolid.

[1] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de junio de 2005.

Humanos condenó al Estado de Nicaragua porque consideró que había vulnerado los derechos políticos de los candidatos de YATAMA y de la población de la Región del Atlántico Norte.

En este sentido, ¿cuál es el nivel de reconocimiento de los derechos políticos de las comunidades étnicas que debe proporcionar un Estado?, ¿qué ocurre en el caso peruano?. El presente trabajo tiene por objeto aproximarnos a los derechos de participación política de los miembros de las comunidades indígenas desde la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Yatama contra Nicaragua.

II. LOS HECHOS RELEVANTES DEL CASO:

LA OBLIGATORIEDAD DE FORMAR PARTIDOS POLÍTICOS, LA OSCURIDAD DEL SISTEMA ELECTORAL Y LA INEXISTENCIA DEL AMPARO ELECTORAL

De los hechos detalladamente narrados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte Interamericana, “la Corte” o “Corte IDH”) son tres los momentos que marcan el derrotero del análisis que se propone en el presente trabajo.

El primero de ellos se relaciona con la obligatoriedad de formar parte de un partido político para competir en una contienda electoral. Por diez años, YATAMA (1990-2000) estuvo organizada como Asociación de Suscripción Popular^[2]. Participó en elecciones regionales (1990 y 1994), municipales (1996) y elecciones de concejales al parlamento regional (1998). Como consecuencia de las reformas introducidas por la Ley Electoral N.º 131, a partir del 4 de mayo de 2000 se vio forzada a asumir la estructura de un partido político y a inscribirse como tal, porque sólo bajo esta modalidad de organización podría participar en las elecciones municipales programadas para el 5 de noviembre del año 2000.

[2] Forma de asociación no partidaria establecida inicialmente en la Ley Electoral de 22 de abril de 1988 para elegir representantes a los Consejos Municipales y a los Consejos Regionales de las regiones autónomas de la Costa Atlántica y, a partir de la promulgación de la Ley 211 de enero del año 1996, para la elección de Alcaldes y Vicealcaldes. Esta modalidad de organizarse políticamente fue eliminada por la Ley 331 de 24 de enero de 2000. Sólo se podría participar en elecciones a través de un partido político. Su artículo 71 determina que podrán formarse partidos regionales para el caso de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica, cuyo ámbito de acción estará determinado a sus circunscripciones. Los requisitos para su inscripción serán los mismos que los establecidos para los partidos nacionales, aunque respetándose “su propia forma natural de organización y participación” en el supuesto de organizaciones indígenas.

El segundo momento del caso se relaciona con la oscuridad de los requisitos para la presentación de las candidaturas y el déficit de garantías procedimentales en el procedimiento de inscripción de candidatos.

Por una resolución del Consejo Supremo Electoral del 15 de agosto de 2000, los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por YATAMA fueron excluidos de participar en los comicios municipales, tanto en la Región Autónoma del Atlántico Norte (RAAN) como en la Región Autónoma del Atlántico Sur (RAAS). El Consejo modificó sus criterios para la inscripción de candidaturas durante el proceso electoral lo que, en cierto modo, generó confusión en los promotores de YATAMA. Algunos Consejos Electorales Regionales aceptaron su inscripción y otros no, por lo que finalmente, la autoridad electoral consideró que YATAMA había incumplido con presentar candidatos en el 80% de los municipios de dichas regiones y que carecía de suficiente representación en la jurisdicción municipal en la que postulaba^[3].

El rechazo del amparo para la defensa de los derechos políticos de los candidatos de YATAMA es el tercer momento que cierra el caso en la vía interna. El 25 de octubre de 2000, la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua denegó el amparo a este partido político, bajo el fundamento central que la Constitución prohibía cualquier tipo de cuestionamiento contra las decisiones del Consejo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el Estado de Nicaragua violó los derechos políticos a través de las distintas interpretaciones

[3] El 13 de junio de 2000 YATAMA concretó una alianza electoral con el Partido de los Pueblos Costeños (PPC) y el Partido Indígena Multiétnico (PIM) con la denominación UNIDAD PIM/YATAMA/PPC, liderada por el PIM para participar en la RAAS (Región Autónoma del Atlántico Sur). La armonía duró poco y el PIM se retiró de la alianza. El 11 de julio de 2000, YATAMA informó al Consejo Supremo Electoral (CSE) que participaría únicamente con el PPC en la RAAS y no con el PIM. Sin embargo, el Consejo Supremo Electoral detectó un problema en la verificación de las firmas de adherentes de las candidaturas del PPC, lo que en la práctica dejaba a YATAMA participando en solitario en la RAAS. Y ello solo sería posible si el CSE comunicaba a YATAMA (un partido legalmente constituido) aquellos requisitos que necesitaba subsanar para que sus candidaturas presentadas en solitario fuesen válidas en dicha región. Como el Consejo no se lo comunicó, YATAMA no subsanó. Y esto trajo como consecuencia que algunas candidaturas de YATAMA en la RAAS fueran aceptadas y otras no los Consejos Electorales Regionales. YATAMA comunicó al CSE que participaría con su “propia identidad” y sin aliados en la RAAN (Región Autónoma del Atlántico Norte). Dentro de los plazos estipulados presentó su lista de candidatos para 5 de sus 6 municipios. El Consejo, publicó la lista preliminar de candidaturas, sin que ninguna de ellas fuese impugnada. No obstante, los candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales presentados por YATAMA fueron excluidos de participar en los comicios municipales, tanto en la RAAN como en la RAAS por una resolución del Consejo Supremo Electoral emitida el 15 de agosto de 2000. El Consejo, consideró que no había cumplido con presentar candidatos en el 80% de los municipios de la circunscripción, y que no contaba con suficiente representación en la jurisdicción municipal en la que postulaba.

que generaron sus confusas normas electorales. A ello se debe agregar que las restricciones que el Estado de Nicaragua impuso al sufragio pasivo de los candidatos de YATAMA fueron desproporcionadas e irrazonables. Finalmente, a juicio de la Corte, Nicaragua incumplió el deber de habilitar un procedimiento eficaz y dotado de las garantías procesales mínimas para la tutela de los derechos políticos^[4].

De antemano debo apuntar que un análisis de las organizaciones electorales, en general, y de la peruana, en particular, resulta ambicioso para las pretensiones y la extensión de este trabajo. Me centraré en la participación política de las comunidades indígenas desde las tesis liberales, comunitaristas y asimilacionistas y la posición adoptada por la Corte Interamericana.

III. EL SUFRAGIO COMO DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL

De modo preliminar, es preciso recordar que ni el carácter fundamental del derecho de sufragio ni el voto universal, libre y secreto son materia de discusión en nuestros días^[5], menos aún en el caso bajo análisis. Sin embargo, su condición de derecho de configuración legal sigue siendo un problema para algunos juristas como el juez Oliver Jackman. En su voto coincidente, el magistrado sostuvo que el derecho “de votar y ser elegido” es un “derecho absoluto” y que cualquier imposición a la persona de participar a través de un partido político “viola claramente tanto el espíritu como la letra de la norma (...)”.

Sin embargo, recordaremos que salvo el derecho a la dignidad, ningún derecho fundamental es absoluto. Menos aún los derechos políticos que, por su elevado grado de indeterminación en sede constitucional, son incorporados en el grupo de derechos de configuración legal. Su ejercicio se encuentra directamente condicionado por la actividad legislativa o la denominada “reserva de configuración”^[6], o también llamada “delimitación legislativa originaria”^[7].

[4] Según la Corte IDH, el Estado de Nicaragua vulneró los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos a las garantías judiciales (art. 8.1), de protección judicial (art. 25.1); los derechos políticos (art. 23) y de igualdad ante la ley (art. 14).

[5] Sin embargo, para una mayor precisión sobre el contenido del derecho de participación política me remito a mi trabajo “Aproximaciones al contenido del Derecho Fundamental de Participación Política”, *Pensamiento Constitucional*, N° 13, 2008, pp. 359-394.

[6] GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 181.

[7] La delimitación legislativa originaria entendida como una culminación de la definición del derecho fundamental, por encargo de la propia Constitución a través de una reserva legal. En: JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 39 y ss.

Dicha condición no constituye un límite externo al derecho, sino que como propone la profesora BIGLINO es, más bien, un “cauce a través del cual el propio derecho se desenvuelve”^[8].

Sin negar la eficacia normativa de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales, en el particular caso de los derechos de configuración legal es preciso que la ley lleve a cabo una intensa labor de ordenación de las relaciones jurídicas que nacen alrededor suyo. Como ocurre con el proceso judicial en relación con el acceso a la justicia o la tutela judicial efectiva, sin el desarrollo normativo del proceso electoral, el ejercicio del sufragio resultaría imposible. Un desarrollo que las Constituciones suelen encomendar al legislador a través de reservas de ley o de ley orgánica, como ocurre con el artículo 31° de la Constitución peruana de 1993^[9].

Esta habilitación incluye a las restricciones que no serán negativas en sí mismas, sino sólo en la medida que desnaturalicen el derecho hasta hacerlo irreconocible. Pensemos por ejemplo en el acto mismo de votar como una libre manifestación de voluntad del elector con una finalidad clara: elegir a sus representantes. El elector no podría elegirlos diariamente y a mano alzada, sino en un periodo determinado y bajo unas condiciones preestablecidas que garanticen, precisamente, que el resultado refleje la voluntad popular. Luego, la intervención del legislador es imprescindible pero no es discrecional. Se deberá analizar la proporcionalidad y razonabilidad de estas restricciones. Una tarea que aborda la Corte Interamericana cuando analiza la normativa electoral nicaragüense que exige el respaldo de un partido político para participar en una competición electoral.

IV. LA OBLIGATORIEDAD DE CONSTITUIR UN PARTIDO POLÍTICO PARA PARTICIPAR EN ELECCIONES

La Corte IDH no soslaya las funciones que cumple el derecho de sufragio en un Estado democrático de producir gobierno, crear representación y posibilitar la alternancia política. Por ello considera que el sufragio pasivo no puede ejercerse

[8] BIGLINO CAMPOS, Paloma, “Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada. (Comentario a la STC 12/2008)”, *Revista española de Derecho Constitucional*, No. 83, Año 28, 2008, p. 282.

[9] El artículo 31° de la Constitución Política del Perú de 1993 dispone que “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica (...)”. Es el único precepto que encomienda al legislador el desarrollo de un derecho fundamental.

en solitario. El candidato necesita contar con un respaldo organizacional que posibilite la gobernabilidad. Los partidos políticos o las agrupaciones de electores son importantes en la medida que canalizan y agrupan la atomización de las ideas políticas de los distintos sectores poblacionales de un Estado^[10].

Si analizamos la presencia de los partidos políticos como asociaciones en la organización estatal desde lo más estructural hasta lo más particular, en opinión de GARCÍA PELAYO, la forma de Estado democrático corresponde a un Estado de partidos. Éste se define como aquel donde las decisiones y acciones de uno o unos partidos se imputan jurídicamente al Estado, pero que políticamente pueden ser atribuidas al partido que detenta el poder^[11]. Es decir, un Estado que se edifica periódicamente gracias a la competición de varios partidos, donde existirá una mayoría en el gobierno y una minoría que la controlará y que se encuentra conformada por miembros de una o varias de estas asociaciones. Y es que los electores no seleccionan a candidatos individuales sino a aquellos que son presentados por los partidos en cada elección. Todos ellos configuran el fenómeno sociológico más que jurídico de la representación que, según DUVERGER, “define el parecido entre las opiniones políticas de la nación y las del Parlamento” como una fotografía^[12]. De allí que un Congresista de la República represente a la nación y no al grupo de electores que le votó. O que la presencia de los partidos políticos sea más notoria en el órgano legislativo que en los demás poderes públicos. O que la conformación de los grupos parlamentarios y las votaciones en el Pleno atendiendo a la disciplina de partido pese a la prohibición del mandato imperativo^[13].

En este sentido la presencia e institucionalización de los partidos políticos es crucial para un Estado democrático. No obstante, la Corte Interamericana considera que un respaldo institucionalizado es razonable, pero que no resulta proporcionado que dicho respaldo se circunscriba a la modalidad de un partido político. Ni la Convención Americana ni la Carta Democrática Interamericana exigen que los ciudadanos sean candidatos a un cargo electivo únicamente a través de un partido (FJ 215). Acota que estos instrumentos internacionales los

[10] Véase el trabajo del profesor Francisco BASTIDA, “Derecho de participación a través de representantes y función constitucional de los partidos políticos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. No. 21, 1987, pp. 199-228.

[11] Me remito al trabajo de GARCÍA-PELAYO, Manuel, para quien el Estado de partidos es aquel “en el que las decisiones y acciones de un partido o de unos partidos llevadas a cabo dentro del marco de la organología estatal se imputan jurídicamente al Estado, aunque políticamente sean imputables a la “mayoría parlamentaria” o al “partido en el poder”, en: *El Estado de partidos*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 87.

[12] DUVERGER, Maurice, *Los partidos políticos*, séptima reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1980, p. 398.

[13] El artículo 93° de la Constitución de 1993 dispone que “los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación. (...)”

protegen y promueven su fortalecimiento sin fijar su exclusiva intermediación en la competición electoral.

Es más considerado que son compatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos tanto los sistemas electorales^[14] que admiten las candidaturas independientes como aquellos que optan por candidaturas exclusivamente presentadas por organizaciones políticas^[15]. A su juicio, en Estados como los que forman parte de dicho Pacto Internacional, salvo notables excepciones, existe una profunda crisis con los partidos políticos. Luego, sus sistemas electorales necesitan ajustarse a dicha realidad y resolver el déficit de participación (instaurando las candidaturas independientes) o afianzar la institucionalidad de los partidos políticos que se encuentran atomizados (optando por la exclusividad de candidaturas por partidos).

Entonces, la Corte Interamericana reconoce que el sufragio pasivo es un derecho que por muy fundamental que sea no se ejerce de forma estrictamente individual. A diferencia de otros derechos fundamentales, requiere de un respaldo colectivo que no es privativo de un partido político. Volverá a este criterio en el caso Castañeda Gutman contra México, donde la Ley Electoral disponía que quienes no se afiliasen a un partido político no podrían participar como candidatos^[16]. La Corte condenó a los Estados Unidos Mexicanos por violación del derecho de sufragio del señor Castañeda por las mismas consideraciones que en el caso Yatama contra Nicaragua. En este contexto, el derecho interno

[14] El sistema electoral entendido como “el conjunto de reglas y procedimientos conforme a los cuales se convocan y celebran las elecciones, se asignan los escaños a tenor de los votos obtenidos por las candidaturas y se resuelven los recursos a que todo este proceso diere lugar”, en: TORRES DEL MORAL, A, *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2da. edición, Madrid, 2004, pp. 373-374.

[15] Para la Corte Interamericana “los sistemas que admiten las candidaturas independientes se pueden basar en la necesidad de ampliar o mejorar la participación y representación en la dirección de los asuntos públicos y posibilitar un mayor acercamiento entre los ciudadanos y las instituciones democráticas; por su parte los sistemas que optan por la exclusividad de las candidaturas por partidos políticos se pueden basar en diversas necesidades tales como fortalecer dichas organizaciones como instrumentos fundamentales de la democracia u organizar de una manera eficaz el proceso electoral, entre otras. Estas necesidades deben obedecer, en última instancia, a un fin legítimo conforme a la Convención Americana”, en: Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia del 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), FJ 192.

[16] Jorge Castañeda Gutman, demandó al Estado de México por la vulneración de sus derechos a la participación política, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial previstos en los artículos 23, 24 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque el artículo 175 de La Ley electoral disponía que quienes no contasen con el respaldo de un partido político no podrían presentarse como candidatos. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia del 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

de los Estados miembros de la Convención no podrá esquivar este criterio, en particular aquéllos que hacen de la contienda electoral un club privado donde sólo se admite como socios a los partidos políticos.

En este aspecto, resulta interesante la primera Ley de Partidos Políticos peruana (Ley N.º 28094) porque sin descuidar el respaldo organizativo que debe observar quien pretenda gobernar, intenta reflejar en alguna medida, las características de la representación política. El género “organización política” se ramifica en tres especies (partidos políticos, movimientos y organizaciones locales) atendiendo a dos criterios. El primero es el ámbito de acción política (nacional, regional o local) y el segundo se relaciona con el apoyo político partidario de sus afiliados y con los consecuentes requisitos exigidos para que cada uno de ellos logre su inscripción (porcentaje de comités partidarios a nivel nacional, número de firmas de adherentes, entre otros). De esto depende su participación en las competiciones electorales. Los partidos pueden presentar candidatos en todo tipo de elección; los movimientos, sólo para elegir autoridades regionales y municipales; mientras que las organizaciones políticas locales, en comicios municipales^[17]. De esta manera, un grupo de ciudadanos que tiene interés en mejorar únicamente la gestión de su comunidad, no tendría por qué conformar comités partidarios en distritos ajenos, lejanos y distintos al suyo.

Volviendo al caso propuesto, la representación de YATAMA se circunscribía a los espacios regionales del Atlántico Norte y Sur, constitucionalmente reconocidas y donde se encontraba localizada la población electoral a la que quería representar, ¿por qué exigir a una organización política que pretende gobernar en una localidad que tenga un aparato organizativo de carácter estatal? No confundamos un nivel estatal de gobierno, donde las autoridades electas

[17] La Ley Orgánica de Elecciones, N° 26859 clasificaba a las organizaciones políticas en: partidos políticos, agrupaciones independientes y alianzas. Sólo a través de ellas, era posible inscribir las candidaturas a Presidente, Vicepresidentes y Congresistas de la República. Por su parte, el art. 11 de la Ley de Elecciones Municipales permitía que el 2.5% de electores hábiles de una circunscripción apoyase una candidatura a los cargos de alcalde o regidores que no contase con el respaldo de un partido político. La posterior promulgación de la primera Ley de Partidos Políticos (noviembre de 2003) obedeció a la necesidad de institucionalizar estas organizaciones. El intento de erradicar su condición de maquinarias electorales que nacen, crecen y mueren con cada proceso electoral tuvo como primer paso la modificación de la terminología. Se desterró a las “agrupaciones independientes” (incorporadas en la clasificación de la Ley Orgánica de Elecciones) que resaltaron al candidato “independiente” (al caudillo) desprovisto de conexión alguna con los entonces satanizados partidos políticos. Con la Ley de Partidos, toda participación sería canalizada a través de una organización política. El legislador decidió que los ciudadanos participen en una contienda electoral únicamente a través de una organización política. Ya sea de un partido político (para todo tipo de elección), de un movimiento (para elecciones regionales y locales) y de una organización política local (para comicios municipales) o, de una alianza partidaria.

representan a toda la población, con un nivel local, donde las cualidades de buen vecino y gestor, son las que se exigen a las autoridades electas.

V. LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS INDÍGENAS DESDE LAS TESIS LIBERALES, ASIMILACIONISTAS Y COMUNITARISTAS: ¿DEBEN CONFORMAR PARTIDOS POLÍTICOS AL IGUAL QUE LOS DEMÁS MIEMBROS DE LA POBLACIÓN ELECTORAL?

El primer tipo de liberalismo que identifica TAYLOR sostiene que una sociedad liberal debe permanecer neutral ante la vida buena, limitarse a asegurar que “los ciudadanos se traten imparcialmente y el Estado los trate a todos por igual”^[18]; o lo que conocemos como igualdad formal. El segundo tipo de liberalismo, por el contrario, apunta a un Estado comprometido con el florecimiento de una nación, cultura o religión en particular, o de un limitado conjunto de ellos, en la medida que los derechos básicos de los individuos estén protegidos. Así, por ejemplo, la protección del colectivo religioso islámico en un Estado laico o mayoritariamente cristiano no abarca la práctica de la ablación del clítoris en las mujeres, porque vulnera su derecho individual a la integridad física.

En el caso bajo análisis, el Estado de Nicaragua adoptó un modelo liberal de la segunda opción planteada por TAYLOR. La Constitución Política de Nicaragua advierte la presencia de población indígena en los territorios de la RAAN y de la RAAS y establece que pueden ejercer el derecho de participación política de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. El artículo 5° de la Norma Fundamental nicaragüense además de reconocer su existencia, dispone que “(...) gozan de los derechos (...) de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales (...)”. El 89°, reitera su derecho de “administrar sus asuntos locales”, y agrega que lo harán “conforme a sus tradiciones (...)”; y el artículo 90°, que tienen derecho a la “preservación de sus lenguas”. El 180° impone al Estado el mandato de garantizar a estas comunidades “la libre elección de sus autoridades y diputados”; así como, “la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres”.

Sin embargo, cuando el legislador configuró este derecho, desconoció sus diferencias y la posición que los indígenas ocupan en la Norma Fundamental. La Ley Electoral nicaragüense N.º 331 condicionó toda participación como candidato en una competición electoral al respaldo de un partido político. No incorporó un régimen diferenciado para ellos siguiendo el aludido mandato constitucional.

[18] TAYLOR, Charles, *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*, Fondo de Cultura Económica, México DF, 1993, p. 86

Por el contrario, obligó a estos grupos étnicos a conformar partidos, a expresarse en lengua castellana y a pasar de una tradición oral a una escrita. En este contexto, cabe reflexionar si el principio de igualdad de oportunidades que debe aplicarse a todos los participantes en una competición electoral impediría o no este trato diferenciado.

La Corte Interamericana estima que las obligaciones de los Estados con las comunidades indígenas no se circunscriben a su reconocimiento, sino que además, es preciso que les proporcionen un trato diferenciado. Exige a los Estados que cuenten con población indígena que adopten las medidas necesarias para equiparar a estos grupos étnicos con los demás ciudadanos, porque sólo así podrán:

“participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención”. (FJ 225)

La sociedad RAWLSIANA respeta el pluralismo moral, pero no el cultural. En sus reflexiones, KYMLICKA manifiesta que la autonomía es necesaria para la vida buena y entiende que los individuos son criaturas de la cultura. Aunque no en el extremo de los comunitaristas que aducen que los individuos son nada si viven al margen de su cultura^[19].

La Corte IDH adopta una posición comunitarista cuando señala que las comunidades étnicas del Atlántico Norte y del Atlántico Sur presentan valores culturales distintos al resto de la población nicaragüense, y que no pueden participar en la vida política del país aparcando su cultura. Se definen en ella, en tanto forman parte de la comunidad y necesitan de un tratamiento especial por parte del Estado que permita su efectiva incorporación (y no sólo nominal) en la esfera de la representación política. Para este Tribunal es crucial que se procure la participación de las comunidades indígenas en los espacios políticos teniendo en consideración sus valores culturales y costumbres ancestrales.

Con esta declaración, invoca a los Estados para que introduzcan una política del reconocimiento que tenga como criterio principal las diferencias que presentan estas comunidades. En la misma línea comunitarista exigió a Nicaragua que promueva la participación y la representación de estas comunidades indígenas

[19] KYMLICKA, Will, *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 78.

desde sus propias costumbres. Parece que la Corte descarta la aplicación de medidas de discriminación inversa que en el derecho electoral y en este caso, adoptarían la forma de cuotas electorales indígenas en las listas de candidatos^[20]. Todo conduce a pensar que sigue la opinión discrepante de TAYLOR sobre aquellas medidas porque a juicio del Tribunal Internacional, el Estado no debería pretender homogenizar a los diferentes grupos culturales, sino respetarlos en cuanto distintos, mantener su identidad y potenciar su cultura.

Siguiendo con este tema, no puedo dejar de detenerme en dos votos particulares cuyas posiciones apuntan a la aplicación del principio de igualdad formal a los indígenas, pero bajo perspectivas opuestas.

El primero de ellos es el antes citado voto coincidente del Juez Oliver JACKMAN. Como en su opinión, los derechos políticos eran absolutos, no debía exigirse a ningún ciudadano de ningún Estado Parte que estuviese afiliado a un partido político para participar en una contienda electoral. Le preocupaba que “al incluir cuestiones de cultura, costumbre y formas tradicionales de organización” en su decisión, la Corte Interamericana disminuyese “la protección que debe estar disponible a todo ciudadano”. En otras palabras, dicho Tribunal Internacional no tenía por qué ser condescendiente con las comunidades indígenas y eximir las del requisito de participar como partido político. Este requisito debía ser abolido para todos los ciudadanos de todos los Estados partes de la Convención (incluidos los indígenas).

El segundo voto particular del Juez Adhoc Alejandro Montiel Argüello apuntó que todos deben cumplir con el deber de formar parte de un partido político. En su voto disidente explicó que fue en virtud del principio de igualdad que se “exigió a los candidatos indígenas los mismos requisitos que a los no indígenas”. Agregó que, salvo excepciones, “un Estado no puede tener leyes diferentes para cada una de las etnias que lo integran cuando se trata de la elección de autoridades que ejercerán sus funciones en territorios habitados por diferentes etnias (...)”.

Ambos magistrados parten de una aplicación estricta de la igualdad formal ante la ley pero bajo distintos razonamientos. Uno y otro desconocen las

[20] Fernando REY MARTINEZ define a las acciones afirmativas como “medidas de impulso y promoción que tienen por objetivo establecer la igualdad mediante la eliminación de las diferencias de hecho”, mientras que la discriminación inversa, es definida como la “variedad específica de las acciones positivas, más incisiva y eficaz, que adopta la forma de cuotas y tratos preferentes”. Mediante las medidas de discriminación inversa “se establece una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas (de trabajo de puestos electorales, etc) asignando un número o porcentaje o atribuyendo puntos o calificaciones especiales para los grupos a los que se quiere favorecer”. En: *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, MacGraw Hill, Madrid, 1995, p. 85. También definidas por TAYLOR como “medidas temporales que gradualmente nivelarán el campo de juego y permitirán que las viejas reglas “ciegas” retornen con todo su vigor, en tal forma que no discriminen a nadie”, ob. cit., pp. 62-63.

diferencias culturales que detentan las comunidades indígenas con relación al resto de la población nicaragüense. El primero tiene como premisa que el derecho de participación política es absoluto y cualquier condicionamiento rebaja sus estándares de protección. El segundo (en una postura definida por PAREKH como “asimilacionista”) considera que los miembros de las comunidades indígenas deben observar los mismos requerimientos para participar en la vida política del país que el resto de ciudadanos. La regla sería que si un indígena desea participar tiene que ser como los demás miembros de la cultura dominante. PAREKH denomina a este asimilacionismo como cívico, y se relaciona con la diferencia entre la esfera privada y la pública^[21]. Mientras en la esfera pública el Estado de Nicaragua busca uniformidad, en la esfera privada, cada persona puede pertenecer a la comunidad que prefiera.

Tenemos tres contextos sobre el tratamiento que puede darse a la participación de los grupos étnicos en la vida política de un país. En el primero, se asimila a la cultura dominante y se omite un trato diferenciado para ellos. En el segundo, se adopta un multiculturalismo intermedio reconociendo su presencia en el Estado y fomentando su participación, obligando a las organizaciones políticas a que incluyan en sus listas de candidatos un porcentaje de miembros de estas comunidades (cuotas electorales). El tercero es un escenario multiculturalista más agresivo que se traduce una presencia importante de estas comunidades en el escenario político. Puede adoptar circunscripciones electorales destinadas a grupos étnicos (es decir, reservar un número de asientos en el Parlamento sólo para indígenas), permitir la elección de las autoridades públicas representativas de acuerdo a sus usos y costumbres; o, promover la creación de asociaciones políticas formadas únicamente por indígenas, entre otras manifestaciones.

VI. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LOS INDÍGENAS EN LA EXPERIENCIA PERUANA

En la experiencia peruana, el constituyente y el legislador impusieron cuotas electorales a favor de las comunidades nativas y pueblos originarios en las listas de candidatos al Congreso de la República, a los Consejos Regionales y Concejos Municipales. Descarta así, el asimilacionismo y opta por una política del reconocimiento. El déficit que encuentro es que no se especifica cuál será el elemento distintivo que determinará la pertenencia a estos grupos étnicos: ¿será el idioma?, ¿la apariencia física?, ¿la residencia?, ¿un padrón o listado de

[21] PAREKH, Bhikhu, *Repensando el multiculturalismo*, (traducción de Sandra Chaparro), Madrid, Istmo, 2005, pp. 175 y ss.

electores que indique de forma concreta y específica quiénes son los miembros de una comunidad indígena? Además de una declaración jurada, los candidatos incluidos en la cuota étnica deberán acreditar de alguna manera que forman parte de un “pueblo originario”.

En mi opinión, las cuotas indígenas fortalecen los localismos y la diferenciación frente a la unidad del Estado, que son factores complejos en un país tan multicultural y al mismo tiempo, tan dividido. Pero también creo, a diferencia de lo que considera TAYLOR, que aún con sus imperfecciones estas cuotas han permitido que en un Estado con enormes brechas sociales y un elevado índice de discriminación (según las conclusiones del Informe de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación), los históricamente excluidos, accedan a un escaño en el Congreso de la República o en los Consejos Regionales. Lugares que se encontraban vedados para ellos.

De otro lado, no se puede negar que una vez que un candidato es elegido como Congresista de la República (con independencia de si proviene de una comunidad indígena o, de si fue electo por la región Tacna), éste se convierte en representante de la nación. Tampoco se puede obviar que, en los hechos, la procedencia de un miembro del Congreso es uno de los factores que influyen cuando vota por una iniciativa legislativa o cuando promueve otra. Así, no le falta razón al señor Centuriano Knoght Andrews cuando en su declaración testimonial observó que:

“las comunidades no tienen representación en el poder legislativo, aun cuando los indígenas constituyen el 80% de la población de la RAAN, el 20% de la RAAS y el 15% de la población nacional. Solo cinco diputados, representan a la RAAN y a la RAAS, los cuales, pertenecen a los partidos tradicionales y ninguno tiene una “visión indígena” (...)”

Ahora bien, parte de esta imperfección de la política del reconocimiento es que no se les facilita el acceso a estos cargos en función a su condición de miembros de una comunidad étnica, sino que se obliga a los partidos políticos (quienes inscriben a los candidatos en las contiendas políticas) a que sean multiculturales. Hasta aquí, es posible inferir que el Estado peruano adopta una versión moderada del multiculturalismo para el derecho de participación en la vida política del país.

En las comunidades campesinas y nativas peruanas se elige a los jueces de paz (la única autoridad judicial que debe ser elegida por la población electoral) no necesariamente por voto universal, secreto, directo y obligatorio como ocurre con las demás autoridades públicas representativas. El juez de paz es el buen vecino que resuelve los conflictos en base a su “leal saber y entender” y ocupa el primer escalón del escalafón judicial. En su elección, predomina el sistema

de asambleas con voto a mano alzada, o por filas que construyen los miembros de las comunidades detrás de cada candidato, de tal manera, que el candidato ganador será aquel que obtenga la fila más extensa^[22]. La Constitución peruana de 1993 les reconoce el derecho a organizarse de acuerdo a sus costumbres. Siguiendo el razonamiento de la Corte y en respeto de sus tradiciones ¿debería trasladarse las modalidades de votación que utilizan para sus autoridades comunales y los jueces de paz para la elección de las autoridades nacionales como el Presidente de la República?

Reflexionar sobre cuál es el nivel de flexibilidad que puede adoptar un Estado respecto a una minoría no es tarea fácil. Adoptar una posición tan comunitarista como la de la Corte IDH, determinaría que si el multiculturalismo reina, el Estado tenga que estudiar todas y cada una de las culturas para tener claridad sobre sus valores, costumbres y en suma, sobre cómo construyen su identidad. Sólo de esta manera podría implementar una política de inclusión en el acceso a los cargos públicos sin intentar homogeneizar a los diferentes. Pero cabe preguntarse hasta qué punto puede dar origen a una mentalidad separatista que diese prioridad a la identidad étnica por encima de la identidad humana universal. El caso de Bolivia es elocuente sobre los peligros de la política del reconocimiento aplicada con mayores decibeles. La nación “plural” se transformó en una nación indígena y gracias a la elección del presidente Evo Morales, cuenta con una nueva Constitución diseñada a la medida del indigenismo que excluye al “blanco”.

Tengo la impresión que las cuotas electorales tal y como se plantean en la experiencia peruana se vuelven preferibles frente a un reconocimiento más radical como la reserva para indígenas de escaños parlamentarios sólo para indígenas. Sobre la presencia del multiculturalismo y los derechos políticos, la propuesta de FANON es de lejos, más plausible. A su juicio, la clave para una adecuada

[22] Según el artículo 149 de la Constitución “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”. Los jueces de paz (antiguamente denominados “Jueces de Paz No Letrados”) son autoridades judiciales que nacieron en la Carta Política de 1823 y que se encuentran esencialmente ubicados en las unidades político territoriales más pequeñas del Perú (distritos, centros poblados, comunidades campesinas o nativas) que no cuentan con justicia letrada o de primera instancia o que ésta está muy lejana. Es una justicia gratuita basada en la conciliación cuya legitimidad en la comunidad tiene como pilar, las cualidades morales del Juez. Resuelven de acuerdo a “su leal saber y entender”, no se les exige formación jurídica, y son elegidos entre los vecinos más notables de la comunidad. Véanse los trabajos de: LOVATON, David, MARQUEZ Jaime, ARDITO, Wilfredo, MONTOYA, Iván. *Justicia de paz. El otro poder judicial*, Instituto de Defensa Legal, Lima, 1999. BOYER, Janeyri y PANIZZO, María. “Las Elecciones de jueces de paz en la Constitución de 1993: Una mirada desde el Derecho Electoral”. *Revista Derecho y Sociedad*. Núm. 20, 2003, pp. 31 y 32.

política del reconocimiento puede encontrarse en el sistema educativo y en el lenguaje^[23].

Una revalorización de la cultura indígena en los textos escolares y universitarios, y una educación escolar intercultural que incorpore el idioma “oficial” y las lenguas nativas, serían un interesante punto de partida, más que mayores medidas especiales para ellos en las normas electorales. La revalorización de la propia cultura y su tratamiento como igualmente válida o respetable que la mayoritaria, podría tender un puente de unidad en medio de la diversidad. Caso contrario, el concepto de representación se parcelaría en tantas porciones como culturas tenga un Estado y podría devenir en una atomización político partidaria que, traducida en el Parlamento (o en el órgano de representación nacional), impediría la gobernabilidad contribuyendo de mala manera con su alicaída legitimidad.

VII. REFLEXIONES FINALES

En Estados con elevado número de culturas distintas es peligroso adoptar una política de reconocimiento absoluto de todas y cada una de ellas junto a sus costumbres y valores. El Estado necesita implementar medidas mínimas que permitan la unidad estatal sin extirpar las manifestaciones culturales particulares. Es preciso que institucionalice tanto pluralismo como sea necesario pero el suficiente como para mantener la unidad estatal.

En el campo de los derechos políticos apunto a la educación intercultural y en valores ciudadanos antes que medidas agresivas para garantizar la representación de los grupos minoritarios. Las clásicas cuotas electorales han permitido que los históricamente excluidos accedan a cargos públicos que les estaban vedados. Sin embargo, estas medidas impiden un honesto y competitivo concurso de méritos personales y son parciales porque no garantizan un real acceso, sólo lo facilitan. En la experiencia peruana, una revolución educativa e intercultural debe ser el principio y la clave de la inclusión política de las comunidades indígenas.

* * * * *

[23] Taylor, ob. cit., p. 97.