

El referéndum en la Constitución peruana

Carlos Blancas Bustamante

LA ACTUAL CONSTITUCIÓN PERUANA, sancionada en 1993, trajo como una de sus principales novedades la incorporación al ordenamiento constitucional de un elenco, más o menos amplio, de mecanismos de «democracia directa» destinados a permitir la participación de los ciudadanos en las decisiones políticas y, por esta vía, superar o, cuando menos, reducir la insuficiencia de legitimidad que suele atribuirse a la clásica democracia representativa.

Como señala Bobbio (1986, p. 32), existe en la época actual una demanda constatable que busca que la democracia representativa sea acompañada o incluso sustituida por la «democracia directa»; la que, ante la imposibilidad de implantar una democracia directa «pura» debido a la extensión territorial y complejidad del Estado, suele dar lugar más bien a la inserción de mecanismos propios de esta última en la primera. Para Bobbio ambos sistemas no son incompatibles y, por tanto, pueden integrarse toda vez que no son:

...dos sistemas alternativos, en el sentido de que allí donde existe uno no puede existir el otro, sino que son dos sistemas que pueden integrarse recíprocamente. Se puede decir con una fórmula sintética que en un sistema de democracia integral las dos formas de democracia son necesarias, pero no son, consideradas en sí mismas, suficientes. (Ib., pp. 40-41)

Acaso con este propósito, el constituyente introdujo en el texto constitucional de 1993 diversos mecanismos: el referéndum, la iniciativa popular

Peruano. Abogado graduado en la PUCP, donde ejerce como catedrático de la Facultad de Derecho en los cursos de Derecho Constitucional, Derecho Electoral y Derecho del Trabajo; también es profesor de la Maestría de Derecho Constitucional de esta universidad. Ha sido ministro de Trabajo y Promoción Social, ministro de Justicia y diputado nacional. Titular del estudio Carlos Blancas Bustamante, recientemente ha sido condecorado por el Gobierno del Perú con la Orden del Trabajo.

legislativa,¹ la remoción o revocación de autoridades y la rendición de cuentas, conforme al enunciado del artículo 31. De todos ellos el único al que la Constitución dedica una norma específica es el referéndum, pues el artículo 32 explicita su contenido, precisando las materias sobre las que puede versar, así como las excluidas de su ámbito, tema que se trata más adelante.

Huelga señalar que el supuesto espíritu «participacionista» de los constituyentes del 93 fue totalmente contradicho por la práctica política del gobierno del que la mayoría de ellos formó parte, pues no solamente no alentó el uso de estos mecanismos sino que, en las pocas oportunidades en las que los ciudadanos pretendieron utilizarlos, lo impidió mediante burdas maniobras legales.²

No obstante, es evidente que la presencia en nuestro ordenamiento de tales mecanismos regulados por la llamada Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano (ley 23600, 18-4-1994 —LDPC), cuya plena vigencia fue restaurada tras la caída del régimen dictatorial (ley 27520, 26-9-2001), así como la agudización de la crisis de representatividad de nuestra democracia, hacen necesario impulsar el desarrollo de estos cauces de participación ciudadana y, de ser el caso, regularlos de manera más adecuada para que cumplan la función democratizadora que les corresponde.

1. CONCEPTO Y DELIMITACIÓN JURÍDICA DEL REFERÉNDUM

Como cuestión previa se advierte la necesidad de ubicar y delimitar el concepto y alcances del «referéndum» dentro del conjunto de procesos de democracia directa que reconoce nuestra Constitución. Con ese propósito estudiaremos sus diferencias con el plebiscito y la iniciativa popular, instituciones con las que mantiene evidentes conexiones que generan no pocas confusiones.

1. La anterior Constitución, de 1979, introdujo la iniciativa popular para la reforma constitucional, exigiendo para ello que fuera presentada por cincuenta mil ciudadanos (art. 306).

2. El caso más notorio fue el del referéndum solicitado para derogar la ley 26657 por la cual el Congreso «interpretó» el artículo 112 de la Constitución para permitir la candidatura del presidente Fujimori a un tercer período presidencial consecutivo. Pese a reunir las firmas requeridas para la convocatoria de la consulta, ésta no se realizó al modificarse, ex profeso, el artículo 16 de la ley 26300, que regula los mecanismos de participación, exigiendo para que proceda el referéndum la previa presentación de una iniciativa legislativa y su rechazo por el Congreso, siempre que obtuviera a favor el voto de no menos de los dos quintos del número legal de congresistas. La solicitud de referéndum, convertida en iniciativa legislativa por decisión de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), fue rechazada en el Congreso sin alcanzar los dos quintos de votos por lo que fue archivada.

Referéndum y plebiscito

En la delimitación jurídica del referéndum es importante establecer su similitud y, asimismo, sus diferencias con el plebiscito, figura con la que no sólo en el lenguaje común sino, incluso, en la doctrina y hasta en la legislación suele confundirse. Resulta obvio que la confusión nace del hecho de que en ambos casos se trata de votaciones populares desprovistas de carácter electivo en las que la ciudadanía adopta, directamente, decisiones que conciernen a la vida del Estado o de una comunidad intraestatal en particular. Sin embargo, esta semejanza puede desvanecerse con rapidez si, en lugar de centrar la observación en el hecho común de la votación popular, la fijamos en el contenido de dicha votación y, más aún, en sus efectos concretos sobre la vida del Estado o comunidad donde tiene lugar.

En ese sentido es posible distinguir, al menos, dos grandes materias sobre las que puede versar una votación popular no electiva: las normas jurídicas y las decisiones políticas. Es verdad que la distinción entre ambas no es necesariamente rotunda, porque muchas veces la aprobación o rechazo de una ley implica una decisión política y, al revés, porque con cierta frecuencia las decisiones políticas adoptadas en plebiscito requieren para su concreción la dación de leyes y normas.

Sin embargo, la doctrina se ha decantado por establecer una distinción basada en la diferencia de materias entre el referéndum y el plebiscito, atribuyendo al primero contenido normativo y al segundo contenido político. Así, Biscaretti di Ruffia afirma: «El referéndum se concreta en una manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo» (1982, p. 422). Y añade que, en cambio, el plebiscito: «debería más precisamente referirse a una manifestación del cuerpo electoral no actuada en relación a un acto normativo [como el referéndum], sino, más bien, respecto a un simple hecho o suceso [...] concierne a la estructura esencial del Estado o de su gobierno...» (p. 425).

Para García-Pelayo, el referéndum es el «derecho del cuerpo electoral a aprobar o rechazar las decisiones de las autoridades legislativas ordinarias» (1984, p. 183); en tanto que el plebiscito «es la consulta al cuerpo electoral sobre un acto de naturaleza gubernamental o constitucional, es decir, política, en el genuino sentido de la palabra» (p. 184).

Criterio coincidente manifiesta Loewenstein para quien la expresión plebiscito «debería quedar reservada a votaciones sobre cuestiones no

constitucionales y no legislativas» (1976, p. 331). Señala este autor que el plebiscito se ha utilizado preferentemente para resolver cuestiones territoriales, tales como la modificación de fronteras, la adhesión a un Estado o la autodeterminación y soberanía de una comunidad o minoría nacional.³

Para el conocido tratadista mexicano Ignacio Burgoa, también la diferencia existe pero, a su juicio, no radica en una distinción de materias sino de origen y efectos, según la cual el referéndum —cuyo empleo considera excepcional— tiene por objeto confirmar o rechazar una norma o acto jurídico; mientras que el plebiscito, conforme a su origen histórico en Roma, es la ley que emana del pueblo y, por consiguiente, tiene un carácter «creativo» de las normas (1984, pp. 377-378).

Los ordenamientos constitucionales de los países que, de alguna manera, han introducido procesos de participación de los ciudadanos en la vida política también se han decantado a favor del mecanismo del referéndum cuando se ha tratado de abrir cauces a la participación popular en la toma de decisiones del Estado; aunque, en algunos casos, tras dicha expresión se ocultan verdaderos plebiscitos. Tras esta opción subyace en los estados democráticos el rechazo a la utilización del plebiscito como instrumento de manipulación de la voluntad popular, con frecuencia empleado por dictaduras y regímenes autoritarios.⁴

Veamos algunos casos relevantes. En Suiza, el país emblemático en materia de referéndum, la Constitución lo prevé, con carácter obligatorio, para la reforma constitucional y, con carácter facultativo, a iniciativa popular, en los casos de reforma total y parcial de la Constitución, así como respecto de las leyes federales y tratados internacionales. La Constitución francesa prevé, en su artículo 11, la facultad del presidente de convocar a referéndum sobre cualquier proyecto de ley relativo a los poderes del Estado o a la aprobación de tratados internacionales que pudieran «afectar el funcionamiento de las instituciones». La Constitución italiana (art. 75) contempla el referéndum

3. En el mismo sentido, véase CAPEL, 2000, pp. 1057-1059.

4. Ejemplo clásico es el plebiscito de los días 21 y 22 de diciembre de 1851 por el cual el pueblo francés, en forma abrumadora, respaldó el golpe de estado de 2 de diciembre del mismo año perpetrado por el presidente Luis Napoleón Bonaparte, que fue el primer paso hacia su proclamación como emperador en 1852. Procedimientos semejantes han empleado dictadores como Hitler, Mussolini y Sadam Hussein; este último fue nombrado presidente de Iraq en 1995 con el 99,96% y, en el año 2002, con el 100% de los votos emitidos.

para decidir la aprobación total o parcial de una ley o de un acto con valor de ley, así como, con carácter facultativo (art. 138), para la aprobación de una reforma constitucional.

Un referéndum consultivo sobre «decisiones políticas de especial trascendencia» que, por su contenido material se aproxima a la figura del plebiscito, está previsto en el artículo 92 de la Constitución española, que también lo prevé, esta vez con efectos vinculantes, para la conformación de las comunidades autónomas y, asimismo, en materia constitucional con carácter facultativo para la reforma, y con carácter obligatorio para la revisión total de la Constitución. Una figura similar, es decir la de un referéndum sobre «decisiones políticas» es recogida en las constituciones de Rumanía (art. 90), Grecia (art. 44.1), Finlandia (art. 53), Guatemala (art. 173) y Portugal, aunque esta última precisa que las materias sometidas a consulta deben ser, luego, adoptadas mediante actos legislativos o tratados internacionales por el gobierno o el Parlamento.

En nuestro continente, el país con mayor tradición en consultas populares es Uruguay, cuya Constitución lo contempla como recurso para la abrogación de leyes (art. 79) y para la reforma constitucional (art. 33, A, B y C); aunque en este supuesto, en los casos A y B en los que la consulta popular versa sobre iniciativas de reforma presentadas por ciudadanos o por una minoría parlamentaria, sin previa aprobación por el Congreso, la Constitución uruguaya se refiere abiertamente a «plebiscito», quizá por no tener carácter ratificatorio de una norma previamente aprobada por un órgano estatal.

La Constitución colombiana de 1991 es pródiga en instituciones de participación y, entre éstas, menciona como procedimientos distintos aunque sin precisar en qué consiste la distinción, el plebiscito, el referendo y la consulta popular. El referendo lo prevé para la abrogación de la ley a iniciativa ciudadana y para varios supuestos de reforma constitucional, reservando a la ley regular en detalle cada uno de estos mecanismos. También la Constitución brasileña enumera (art. 14) como mecanismos de expresión de la soberanía popular, además del sufragio, el plebiscito y el referendo, dejando a la ley definir los términos de cada cual. No obstante, a tenor del artículo 18 de la misma carta, el plebiscito está previsto específicamente para el supuesto de incorporación, subdivisión, desmembramiento, fusión y anexión de estados o municipios, lo que parece introducir un criterio diferenciador respecto del referéndum, aun cuando se ha observado que «la disposición general deja

abierta la posibilidad de definir nuevos casos específicos de consulta plebiscitaria» (Molteni, 1997, pp. 83-84).

Puede concluirse de este repaso de la legislación constitucional de algunos estados que incorporan mecanismos de democracia directa una preferencia por la figura del referéndum, sin descartar al plebiscito, y la subsistencia, en ciertos casos, de un grado importante de confusión entre uno y otro.

Referéndum e iniciativa popular

La iniciativa popular, que nuestra Constitución admite tanto en materia constitucional como en materia legislativa, es el derecho de una fracción del cuerpo electoral a proponer una materia (iniciativa simple o temática) o un proyecto de ley (iniciativa formulada) al órgano legislativo para que delibere y resuelva sobre él. Esta figura implica «la transmisión de la potestad de iniciar el procedimiento de la revisión constitucional o de formación de la ley formal a una determinada fracción del cuerpo electoral» (Biscaretti di Ruffia, op. cit., p. 421).

El objetivo de la iniciativa popular es, señala Pedro de Vega, «dinamizar la instancia legislativa para impedir que el sistema constitucional quede secuestrado por ella» (1995, p. 121). De esta forma, se reconoce al pueblo la facultad de iniciar el proceso de formación de las leyes, instando al cuerpo legislativo a deliberar y decidir sobre una cuestión o un proyecto que interesa a la ciudadanía, ampliando así el ámbito de la iniciativa legislativa tradicionalmente reservado a los miembros del Parlamento y al gobierno. No obstante, este derecho agota sus efectos en cuanto obliga al órgano legislativo a deliberar y resolver sobre la iniciativa, sin que éste se encuentre, en absoluto, obligado a aceptarla ni siquiera parcialmente.

Nuestra LDPC (art. 13), para garantizar que el Congreso tome en cuenta la iniciativa popular, precisa que éste debe dictaminar y votar el proyecto en el plazo de ciento veinte días calendario. Asimismo, indica que, en caso de ser rechazada o aprobada con modificaciones sustanciales, sus promotores pueden solicitar se someta a referéndum para lo que se deberá aumentar el número de firmas requerido, al no ser suficientes las exigidas para la iniciativa.⁵

5. Conforme al artículo 206 de la Constitución se requiere el 0,3% de firmas de electores para la iniciativa de reforma constitucional y la misma cantidad para la iniciativa legislativa, de acuerdo con el artículo 11 LDPC; en cambio, para solicitar el referéndum es necesario el respaldo del diez por ciento del electorado.

Se trata, en conclusión, de dos instituciones diferentes cuyos objetivos y efectos difieren también considerablemente. Por ello no ha faltado quien ha afirmado que el referéndum es «la brida que sujeta al corcel legislativo, mientras la iniciativa se presenta como la espuela que lo azuza y golpea» (De Vega, op. cit., p. 121).

2. CLASES DE REFERÉNDUM: APROXIMACIÓN A UNA TIPOLOGÍA

En el derecho positivo de los diferentes estados tras la noción genérica de «referéndum» se descubren, en realidad, distintas consultas populares que difieren entre sí en razón de su origen, efectos, oportunidad, ámbito, materia, etcétera. Por ello, para tratar de aprehender la realidad que existe detrás de la palabra «referéndum», se han formulado diversas clasificaciones o tipologías como las de Biscaretti di Ruffia (1982, p. 422), García-Pelayo (1984, p. 183) y, entre nosotros, Miró Quesada Rada (1999, p. 74). Con estos aportes formularemos la siguiente tipología que considera como criterios: fundamento jurídico, materia, eficacia jurídica, tiempo de realización, origen y ámbito territorial.

Por su fundamento jurídico (o «necesidad» jurídica)

1) Obligatorio

Es aquel cuya realización es requisito o condición para la validez de las normas jurídicas. En este caso forma parte del proceso de creación de las normas jurídicas, constituyendo el eslabón final de la cadena de pasos exigibles para que dichas normas formen parte del ordenamiento jurídico del Estado.

No es frecuente su utilización para la aprobación de las leyes ordinarias, como lo deseaba Rousseau, porque tornaría más complejo y lento el proceso legislativo, pero su uso no es desconocido tratándose de las leyes de reforma constitucional. Son los casos, por ejemplo, de Suiza, Rumanía, Dinamarca, Paraguay, Uruguay y Venezuela cuyas constituciones exigen que toda reforma constitucional sea aprobada por el pueblo mediante referéndum.

2) Facultativo

En este caso el referéndum no constituye requisito de validez de la norma pero puede ser convocado a iniciativa de un órgano o autoridad estatal, de una fracción de un cuerpo representativo o, incluso, de una fracción del cuerpo

electoral, en cuyo caso la validez o vigencia de la norma —si ésta ya se promulgó— depende del resultado del referéndum.

En Francia la convocatoria del referéndum es una facultad del presidente de la República siempre que se refiera a un proyecto de ley relativo a la organización de los poderes públicos, o a la aprobación de tratados internacionales que puedan afectar el funcionamiento de las instituciones. La Constitución argentina prevé que el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, puede someter a consulta popular un proyecto de ley.

En materia de reforma constitucional, en España la décima parte de los miembros de cualquiera de las cámaras puede solicitar el referéndum sobre un proyecto de reforma aprobado por éstas; mientras que en Austria se convoca a pedido del tercio del Consejo Nacional o del Consejo Federal; y en Colombia lo puede solicitar el cinco por ciento del cuerpo electoral.

Por su materia

1) Constitucional

Es el que versa sobre una norma constitucional. Se puede, incluso, distinguir entre el referéndum constituyente, que tiene por objeto aprobar una Constitución, y el propiamente constitucional cuya finalidad es aprobar, o abrogar, una ley de reforma constitucional. En cualquier caso, el referéndum constitucional puede ser integrativo o autónomo.

a) Integrativo

Se denomina así porque se integra en un proceso más amplio del que forma parte una Asamblea Constituyente o el Parlamento. A su vez puede ser programático o deliberativo.

Programático

Es el que tiene lugar antes que las deliberaciones de la Asamblea Constituyente o Parlamento para adoptar ciertas decisiones políticas fundamentales de la futura Constitución. Un ejemplo clásico es el realizado el 2 de junio de 1946 en Italia para decidir entre la continuación de la monarquía o la instauración de la república y que se saldó con el triunfo de esta última. El 8 de setiembre del mismo año un referéndum similar abolió la monarquía en Bulgaria. Un referéndum de igual alcance tuvo lugar en Ruanda en 1961. En nuestro país, el referéndum realizado en 1919 para aprobar un conjunto de

reformas a la Constitución de 1860 tuvo un carácter programático que, incluso, condujo a la dación de la Constitución de 1920.⁶

A este mismo tipo corresponde el llamado «plebiscito» previsto por las disposiciones transitorias de la Constitución de Brasil de 1988, que tuvo lugar el 21 de abril de 1993 para resolver si se mantenía la república o se retornaba a la monarquía y, además, si se reemplazaba el régimen presidencial por el parlamentario, pues de haberse aprobado —lo que no ocurrió— las opciones a favor de la monarquía y el parlamentarismo hubiera sido necesario redactar una nueva Constitución acorde.

Deliberativo o sucesivo

En él, la consulta popular tiene lugar después de que una Asamblea Constituyente o el Parlamento hayan aprobado un proyecto de Constitución o de ley de reforma constitucional. Es, sin duda, el caso más frecuente y natural de referéndum constitucional. El caso más emblemático es el de la Constitución de Francia de 1793 elaborada por la Convención y aprobada por referéndum la que, con la inspiración ideológica de Rousseau, estableció el referéndum para la aprobación de todas las leyes. También la Constitución francesa de 1946 fue aprobada por un referéndum, el 15 de octubre de ese año, luego de que un proyecto anterior de Constitución formulado por una Asamblea Constituyente fuera rechazado por el pueblo en el referéndum del 5 de mayo. Otros ejemplos a mencionar son los de las constituciones de España (1978), Rumanía (1991), Rusia (1993), Polonia (1997) y Venezuela (1999), todas ellas aprobadas en referéndum. Nuestra actual Constitución es la primera en la historia peruana sancionada mediante un referéndum, de 31 de octubre de 1993, cuya autenticidad está fuertemente cuestionada.

Además, hay constituciones como las de España, Austria y Uruguay que contemplan la realización de un referéndum en caso de revisión total o dación de una nueva Constitución, efectuada por el Parlamento o por una Convención Constituyente, respectivamente. Cuando la materia es la reforma o enmienda constitucional no son pocas las constituciones que exigen el referéndum para su aprobación. A los casos de Suiza, Rumanía, Paraguay, Uruguay y Venezuela que mencionamos, hay que agregar los de Japón, Irlanda y Dinamarca. Y, también, los de aquellos países donde el referéndum es, en principio, obligado pero puede evitarse mediante un procedimiento alternativo basado en la obtención de mayorías calificadas y la doble votación en el Parlamento, como sucede en Francia y en nuestra actual Constitución.

6. Véase al respecto Basadre, 1963, tomo VIII, capítulo CLXVIII.



Los mecanismos de «democracia directa» pueden fomentar la mayor participación de los ciudadanos y así fortalecer la legitimidad de las instituciones de la democracia representativa.

b) Autónomo

Es el referéndum constitucional que se realiza sin necesidad de que, en forma previa o posterior, el proyecto de Constitución sea elaborado por una Asamblea Constituyente o Parlamento para decidir sobre una propuesta formulada por el gobierno. Es la práctica preferida por dictaduras y regímenes autoritarios para investirse de una apariencia de legitimidad a través de la aprobación de una Constitución.

Bajo este procedimiento se aprobó la Constitución de Chile, el 11 de septiembre de 1980, en un plebiscito sin fiscalización alguna por la oposición, en su gran mayoría proscrita y perseguida. La dictadura militar uruguaya siguió el mismo modelo pero en el referéndum del 30 de noviembre de 1980 su proyecto de Constitución fue rechazado por el pueblo y se vio obligada a abandonar el poder. La dictadura ecuatoriana, en 1978, ofreció al electorado la alternativa de ratificar la Constitución aún vigente o aprobar el proyecto de una nueva elaborado por el régimen, triunfando esta última que todavía, con posteriores reformas, rige en ese país. Francia, bajo el gobierno personal de De Gaulle, aprobó en referéndum, en 1958, su actual Constitución elaborada por miembros del Consejo de Estado, con la opinión de un Comité Consultivo emanado del Parlamento, y aprobada en Consejo de Ministros (Burdeau, 1981, pp. 561-570).

2) Legislativo

Versa este referéndum sobre la ley ordinaria o una norma de similar rango. En función a la amplitud de las materias que pueden ser consultadas este referéndum puede ser abierto o restringido.

a) Abierto

Cuando no admite límites ni exclusiones en razón a su materia, por lo que cualquier proyecto de ley puede someterse a referéndum, al margen de cual sea su contenido, tal como sucede, por ejemplo, en Suiza.⁷

b) Restringido

Aquel en el cual existen limitaciones respecto a las materias que pueden someterse a la decisión popular. Se reconocen en este caso dos variantes: circunscrito o excluyente.

Circunscrito

También llamado delimitado pues está limitado a materias específicas, preestablecidas por la Constitución. Es el caso del previsto en el artículo 11 de la Constitución francesa que únicamente puede convocarse sobre proyectos de ley relativos a la organización de los poderes públicos o tratados que pudieran alterar el funcionamiento de las instituciones estatales, por lo que no procede sobre proyectos de ley ajenos a estas materias.

Excluyente

En este caso el referéndum no está limitado a una materia predeterminada y, por tanto, puede versar sobre cualquier proyecto de ley pero, no obstante, se prohíbe someter a referéndum aquellos que se refieran a determinadas materias, las que quedan excluidas del ámbito del referéndum. Por ejemplo, el artículo 170 de la Constitución de Colombia señala que no procede el referéndum respecto de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, ni de la ley de presupuesto, ni de las referentes a materias fiscales y tributarias. La Constitución de Dinamarca (art. 42.6) lo prohíbe respecto de leyes sobre materia presupuestaria, empréstitos del Estado, las que fijen retribuciones o

7. Frey, 1997, p. 24. Señala este autor que en Suiza: «No hay excepciones que involucren temas relacionados con derechos individuales u otros. Por lo tanto, en Suiza alguien podría sugerir que todos los turcos deberían ser asesinados. Esto es completamente aceptable, pero, por supuesto, y aquí viene el tema central, la población no estaría tan loca como para aceptar tal propuesta y de hecho nunca se ha sugerido algo semejante.» (l. cit.).

pensiones de jubilación, concedan la nacionalidad, o versen sobre la expropiación, materia tributaria y obligaciones contraídas en virtud de tratados.

Por su eficacia jurídica

1) Vinculante

Es el referéndum cuyo resultado determina la creación o la extinción de una norma jurídica. Podemos distinguir entre constitutivo o abrogatorio.

a) Constitutivo

Cuando la aprobación del proyecto sometido a consulta le otorga eficacia de norma jurídica. Puede ser ratificadorio o innovativo.

Ratificadorio

En virtud de este referéndum el pueblo ratifica una norma previamente aprobada por el órgano legislativo respectivo. Es el caso del referéndum constitucional en Suiza, Dinamarca, Uruguay, Paraguay, Rumanía o Venezuela; y, en materia legislativa, el previsto en el artículo 40 de la Constitución argentina y en el artículo 11 de la francesa.

Innovativo

Es aquel por el cual se crea una nueva norma con base en la iniciativa popular, sin su previa deliberación o sanción por un cuerpo legislativo. Este tipo de referéndum es contemplado por la Constitución suiza, que reconoce el derecho de cien mil ciudadanos de someter a referéndum un proyecto de revisión total de la Constitución (art. 138) o de enmienda constitucional (art. 139) que, en caso de ser aprobadas por el pueblo, tienen como efecto la reforma total o parcial de la Constitución. Igualmente, la Constitución uruguaya, en su artículo 331.A, admite que se someta a referéndum un proyecto de reforma constitucional por iniciativa del diez por ciento de los ciudadanos, sin necesidad de su deliberación previa por el Congreso.

b) Abrogatorio

El propósito de este referéndum es eliminar del ordenamiento jurídico una norma vigente aprobada por el órgano legislativo. Es el caso del referéndum previsto en la Constitución italiana que permite a quinientos mil ciudadanos o a cinco gobiernos regionales solicitarlo para la derogación de una ley o norma

equivalente.⁸ En Suiza, cincuenta mil ciudadanos pueden solicitar un referéndum para derogar una ley federal dentro de los seis meses de aprobada.

Lo contempla, asimismo, y lo ha utilizado reiteradamente con éxito, la Constitución uruguaya (art. 79)⁹ —a petición del veinticinco por ciento del electorado— la que lo define como un «recurso» del pueblo contra las leyes.¹⁰ En Colombia el referéndum abrogatorio se realiza a solicitud de la décima parte del censo electoral cuando la norma es una ley ordinaria (art. 170) y del cinco por ciento cuando se trate de una reforma constitucional que afecte los derechos fundamentales, sus garantías y los procedimientos de participación popular. En Estados Unidos, veinticinco estados admiten el referéndum como instrumento para revocar leyes recientemente sancionadas (Kendall, 1997, p. 39).

2) Consultivo

Es aquel cuyo resultado no incide directamente en la creación o supresión de las normas jurídicas ni establece, en sentido jurídico, mandatos y obligaciones concretas a los poderes públicos. Su efecto es principalmente político, pues en una democracia es impensable que dichos poderes puedan obrar en sentido opuesto a lo expresado por el pueblo en el referéndum.

A este tipo corresponde el referéndum sobre «decisiones políticas de especial trascendencia» previsto en la Constitución española (art. 92), que fue utilizado el 12 de marzo de 1986 para consultar al pueblo español sobre el ingreso de España en la OTAN, con un resultado favorable que se plasmó en la posterior decisión del gobierno español de adherirse a ese tratado. Al mismo tipo corresponden aquellos previstos en las constituciones de Rumanía (art. 90), Grecia (art. 44.2), Finlandia (art. 53), Guatemala (art. 173) y Argentina (art. 40, párrafo 2). Mediante un referéndum de similar alcance, Gran

8. Uno de los casos más famosos es el realizado los días 12 y 13 de mayo de 1974, a petición de un sector de los ciudadanos, para derogar la ley sobre divorcio civil. Sin embargo, la iniciativa no tuvo éxito pues sólo el 40,9% de los electores votó por la abrogación, mientras que el 58,1 lo hizo en contra.

9. Mediante este procedimiento, el 13 de diciembre de 1992, se derogaron diversos artículos de la ley referente a la privatización de las empresas públicas.

10. «El referéndum, de acuerdo al derecho positivo constitucional uruguayo, tiene la naturaleza de «recurso»; [...] no puede confundirse con el instituto de gobierno directo de igual denominación existente en los países de Europa y también en alguno de América, que tiene como efecto la ratificación de un proyecto normativo, generalmente, de Constitución. En Uruguay —al ser indudablemente un recurso— el referéndum no se da contra proyectos sino contra actos jurídicos válidos, perfectos y eficaces: leyes, decretos de Junta Departamental.» (Cagnoni, 1997, p. 152).

Bretaña, en 1975, se pronunció a favor de su permanencia en la Comunidad Económica Europea.

Por el tiempo (u oportunidad) de su realización

1) Sucesivo

Este referéndum tiene lugar después de la formulación o aprobación de una norma estatal, para conferirle eficacia jurídica. Es el caso de los que se realizan para ratificar proyectos de Constitución, leyes de reforma constitucional o leyes ordinarias previamente deliberadas por una Asamblea Constituyente o Parlamento, según el caso.

2) Programático o previo

Tiene lugar antes de la creación jurídica de la norma o acto estatal para determinar su contenido material. Este tipo de referéndum es inusual para la aprobación de leyes ordinarias y de reformas constitucionales, limitándose su empleo a la creación de la Constitución, como en los ya mencionados ejemplos de Italia, Bulgaria y Ruanda, en los que el electorado optó por la abolición de la monarquía y la instauración de la república, antes de que una Asamblea Constituyente redactará la Constitución.

Por su origen

Este criterio atiende a quién es el titular de la iniciativa para la convocatoria del referéndum, lo que permite distinguir entre el referéndum «institucional» y el «popular».

1) Institucional

Es aquel cuya convocatoria es facultad exclusiva de una autoridad o institución pública o de una fracción de un cuerpo representativo estatal, es decir de entidades o personas investidas de una función pública, excluyendo la iniciativa directa de los ciudadanos.

De carácter institucional es el referéndum previsto en las constituciones de Francia, Rumanía, Grecia, Finlandia, Rusia y Guatemala, cuya convocatoria es una facultad discrecional del presidente de la República. También es de este tipo el que puede convocar el Congreso argentino, para la ratificación de una

ley, o el presidente de la República con efecto no vinculante, y el previsto en Colombia para que el pueblo decida la convocatoria a una Asamblea Constituyente.

En España, a iniciativa de por lo menos la décima parte de los miembros de las cámaras del Parlamento debe realizarse un referéndum para ratificar un proyecto de reforma constitucional sancionado por aquel. En Austria procede a solicitud de un tercio de los miembros del Consejo Nacional o del Consejo Federal. En estos casos, el referéndum se plantea como un derecho de la minoría parlamentaria, lo que atenúa su carácter institucional, aunque sin atribuirle origen popular.

2) Popular

Se convoca por iniciativa popular a petición de una fracción del electorado. En este supuesto el referéndum se configura como un genuino «derecho» de los ciudadanos, a diferencia del referéndum «institucional» que, como hemos señalado, es una «facultad» del poder estatal y se puede convertir, por ello mismo, en un instrumento de gobierno antes que en un mecanismo de participación ciudadana.

El referéndum popular (referéndum-derecho) está previsto en las constituciones suiza e italiana (art. 75) para la abrogación de las leyes y, de forma similar, en las constituciones uruguaya (art. 79), colombiana (art. 170, 377 y 378) y venezolana (art. 74). En veintiséis estados de EE. UU., el pueblo tiene derecho a solicitar un referéndum (Kendall, l. cit.).

La eficacia del referéndum como derecho ciudadano depende, no obstante, en gran medida de los requisitos cuantitativos que condicionan su ejercicio. En Italia, quinientos mil ciudadanos que representan menos del dos por ciento del electorado pueden solicitarlo; mientras que en Uruguay debe hacerlo el veinticinco por ciento del electorado lo que ha llevado a que se afirme que es «una exigencia muy dura y, además, insólita en el derecho comparado» (Cagnoni, op. cit., p. 156). En Suiza, que tiene siete millones de habitantes, cincuenta mil ciudadanos pueden exigir un referéndum abrogatorio de la legislación y cien mil pueden solicitar uno innovativo en materia de reforma constitucional. Los porcentajes que exige la Constitución colombiana (diez y cinco por ciento) parecen más razonables, y son muy asequibles los previstos por los estados de EE. UU., que oscilan entre el tres por ciento de los electores en Dakota del Sur y el quince por ciento en Wyoming, con un promedio de ocho por ciento (Kendall, op. cit., p. 41).

Por su ámbito territorial

El referéndum en función al ámbito territorial en que se realiza se puede clasificar en nacional o subnacional.

1) Nacional

Se refiere a normas de ámbito nacional, generalmente leyes. Es el caso de la casi totalidad de ejemplos a los que hasta ahora nos hemos referido.

2) Subnacional

Se realiza en el ámbito correspondiente a estados federados, regiones o municipios sobre normas que éstos pueden expedir.

En EE. UU., la introducción del referéndum ha tenido lugar, fundamentalmente, en el ámbito de los estados, a partir de 1898 en que lo adoptó Dakota del Sur, siendo actualmente veintiséis los estados que tienen este mecanismo. Sin embargo, en materia de reforma de sus constituciones, todos los estados, salvo Delaware, exigen un referéndum obligatorio para su aprobación (Kendall, op. cit., p. 39). En la conocida experiencia suiza, el referéndum está establecido en todos los niveles de gobierno, incluyendo sus 33 cantones y las tres mil localidades con que cuenta el país.

3. CARACTERIZACIÓN DEL REFERÉNDUM EN EL PERÚ

En nuestro ordenamiento jurídico, conforme a lo que disponen la Constitución y la Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadano, y aplicando la tipología antes expuesta, caracterizaremos el referéndum de acuerdo a los criterios de fundamento jurídico, materia, eficacia jurídica, tiempo de su realización, origen y ámbito territorial.

Fundamento jurídico

En cuanto a su fundamento jurídico, nuestro referéndum es de carácter facultativo ya que, conforme al artículo 31 de la Constitución (CP), es un derecho ciudadano y, por tanto, se convoca a petición de una fracción del electorado, que el artículo 38 de la LDPC fija en no menos del diez por ciento del electorado nacional. En el caso del referéndum municipal, éste debe ser solicitado por el veinte por ciento de los electores de la provincia o el distrito.

No existe disposición alguna que condicione la vigencia de una ley o norma regional o municipal a su ratificación por referéndum.

Incluso, en materia de reforma constitucional, si bien el referéndum forma parte del procedimiento previsto para su aprobación, si se produce por mayoría absoluta en el Congreso puede omitirse si éste sanciona la reforma mediante una votación superior a los dos tercios del número legal de congresistas, en dos legislaturas ordinarias sucesivas. Ello permite concluir que el referéndum en la reforma constitucional no es obligatorio sino facultativo, pues el Congreso puede optar entre el procedimiento que lo incluye o aquel que lo excluye.

El único caso en que se contempla un referéndum que podría catalogarse como obligatorio es el relativo al proceso de descentralización, ya que la Constitución (art. 190) señala que la integración de dos o más departamentos contiguos para crear una región, o el cambio de región de una provincia o distrito a otra contigua, debe hacerse mediante referéndum. Confirmando este carácter, la Ley de Bases de la Descentralización (ley 27783, 20-7-2002 —LBD) dispone, en su artículo 29.2, un referéndum en el segundo semestre de 2004 para la conformación de las regiones.¹¹

Materia

Desde esta perspectiva, el referéndum en el Perú está previsto tanto para la reforma constitucional cuanto para la legislación.

1) Reforma constitucional

En materia constitucional, el artículo 206 CP establece que la reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum. Sin embargo, como ya anotamos, ello no otorga al referéndum carácter obligatorio pues puede omitirse si el Congreso acuerda la reforma en dos legislaturas ordinarias sucesivas, cada vez con una votación favorable superior a los dos tercios del número legal de congresistas.

11. Conforme al artículo 190 de la Constitución, el proceso de descentralización se inicia eligiendo gobiernos regionales en cada uno de los departamentos, pero luego deben crearse las regiones «sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles» para lo cual, mediante referéndum, podrán integrarse dos o más departamentos.

De manera concordante, el inciso 1 del artículo 32 CP señala como materia del referéndum la «reforma total o parcial» de la Constitución. No obstante, la primera de estas expresiones ha dado lugar a plantear si, en caso de reforma total o sustitución de la Constitución, el referéndum se convierte en un procedimiento necesario que no puede omitirse y, además, si dicha consulta es ratificatoria de una decisión previa del Congreso o puede realizarse prescindiendo de ésta, cuestiones que abordamos enseguida.

2) Materia legislativa

En el campo legislativo, el citado artículo 32 CP señala como objeto del referéndum «la aprobación de normas con rango de ley», las «ordenanzas municipales» y «las materias relativas al proceso de descentralización». Delimitando el ámbito de la institución, la LDPC (art. 39) precisa que mediante referéndum se pueden aprobar las «leyes, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales» y desaprobar, además de éstas, los decretos legislativos y decretos de urgencia que expide el Poder Ejecutivo. En lo referente a las materias del proceso de descentralización indica que éstas son las mencionadas en el artículo 190, es decir la creación o modificación de regiones.

El párrafo final del artículo 32 CP excluye del ámbito del referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales, las normas de carácter tributario y presupuestal, y los tratados internacionales en vigor. Respecto a estas restricciones al ejercicio del referéndum se ha formulado algunas críticas interesantes, como aquella que apunta al hecho de que la actual Constitución, con una concepción equivocada y restringida, sólo considera como «derechos fundamentales» los derechos de la persona enumerados en el capítulo I del Título I, excluyendo de esta categorización a los derechos sociales y económicos así como a los políticos, enunciados en los capítulos II y III del mismo título (Huerta Guerrero, 1996, pp. 78-79). Se trata de una observación válida, pues el criterio restrictivo adoptado por la Constitución peruana contradice el establecido por la doctrina y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, que asumen una visión global e integradora de los derechos fundamentales que, desde luego, incluye los de carácter político, social, económico y cultural.

También se ha observado el hecho de que, si bien el artículo 32 CP excluye del referéndum a los tratados en vigor, lo que significa que éstos no pueden ser denunciados por esta vía, en cambio guarda silencio respecto a la aprobación de tratados aún no ratificados (Maraví Sumar, 1997, p. 135). Los tratados que antes de su ratificación deben ser aprobados por el Congreso o

por el Poder Ejecutivo, conforme a la distribución de materias establecida en los artículos 56 y 57, podrían ser objeto del referéndum; salvo que implicaran la supresión o disminución de los derechos fundamentales o tuvieran incidencia directa en cuestiones tributarias o presupuestales. Razón por la cual, interpretando *sensu contrario* el párrafo final del artículo 32 CP que sólo excluye de la materia referendaria los tratados en vigor, no podría objetarse que los tratados pendientes de aprobación o, incluso, los que han sido aprobados pero aún no ratificados puedan ser sometidos a referéndum.

Eficacia jurídica

En el Perú el referéndum tiene carácter vinculante, no existiendo norma alguna que establezca su convocatoria con carácter consultivo o meramente indicativo.

1) Vinculante

En cuanto al referéndum vinculante de tipo constitutivo encontramos en nuestro ordenamiento sus dos variables: ratificatorio e innovativo.

a) Ratificatorio

De carácter ratificatorio es el referéndum constitucional, pues, conforme al artículo 206 CP, la ley de reforma constitucional aprobada por mayoría absoluta por el Congreso debe ser «ratificada» mediante referéndum.

b) Innovativo

En cambio, es innovativo el previsto para la aprobación de leyes, normas regionales y ordenanzas municipales ya que, a solicitud del número de ciudadanos que fija la ley, puede someterse a referéndum el proyecto respectivo. Obsérvese que ni la Constitución ni la ley se refieren —como sí lo hace aquella en materia de reforma constitucional— a la «ratificación» de una norma previamente aprobada por el Congreso, el Consejo Regional o el Concejo Municipal, según el caso. Esto significa que la iniciativa popular de referéndum versa sobre un proyecto contenido en la ley, sin necesidad de su deliberación previa por aquellos órganos.

A esta conclusión concurren dos hechos: en primer lugar, el artículo 41 LDPC señala que, si una iniciativa legislativa popular es rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, sus promotores pueden solicitar que se



Hemiciclo de la antigua Cámara de Diputados donde actualmente sesiona el pleno del Parlamento peruano.

someta a referéndum, aumentando el número de firmas necesario para completar el porcentaje exigido por la ley.¹² En este supuesto, el proyecto que se somete a referéndum no sólo no ha sido aprobado antes por el Congreso sino, incluso, rechazado por éste o distorsionado, por lo cual la consulta no tiene, ni puede tener, carácter ratificatorio.

De otro lado, precisamente con el objeto de impedir este tipo de referéndum, en 1996, el Congreso, mediante ley 26592, modificó el artículo 161 LDPC condicionando el referéndum a la previa presentación de una iniciativa legislativa y su rechazo por el Congreso, siempre que aquella obtuviera a su favor no menos de dos quintos de los votos del número legal de congresistas. De esta forma, el referéndum se insertó, y subordinó, en una figura distinta como la iniciativa legislativa, y quedó condicionado a su previa deliberación parlamentaria y, además, a obtener un respaldo fijado en no menos de los dos quintos de miembros del Congreso, pues en caso contrario no procedía su realización. Con fundamento se expresó entonces:

12. Como hemos indicado en la nota 5, de acuerdo al artículo 11 LDPC, la iniciativa legislativa debe ser respaldada por el 0,3% de la población electoral, en tanto que la solicitud de referéndum requiere el diez por ciento de dicho electorado.

Este hecho desnaturaliza la esencia del referéndum, como mecanismo de consulta popular directa, porque limita la participación popular directa a la decisión de un grupo de congresistas. En otros términos, tergiversa la esencia del referéndum, al establecer un mecanismo de intermediación entre la ciudadanía y la autoridad. Se tiene que pasar primero por el filtro del Congreso, de esta manera, al haber intermediación del Congreso, la naturaleza directa de la consulta popular pierde su esencia y su razón de ser. (Miró Quesada Rada, op. cit., p. 159)

La ley 26592 fue derogada por la ley 27520 que restableció el texto de su articulado original, retornando al modelo inicial en el cual la iniciativa de referéndum puede desarrollarse en forma autónoma de la iniciativa legislativa, haciendo innecesario el paso previo de deliberación del proyecto normativo por el Congreso. En este sentido, se ha reafirmado el concepto del referéndum como derecho ciudadano y «fuente de legislación alternativa», es decir como «una alternativa al proceso de adopción de la toma de decisiones clásicas por medio del Congreso» (ib., p. 161).

2) Abrogatorio

Esta modalidad también está contemplada en el artículo 32 LDPC, que incluye no sólo a las leyes, normas regionales y ordenanzas municipales sino a los decretos legislativos y los decretos de urgencia, que son normas emanadas del Poder Ejecutivo, las primeras por delegación expresa del Congreso y las segundas ante un estado de necesidad y urgencia. El artículo 42 LDPC indica que el resultado del referéndum determina la derogación de las normas desaprobadas.

En este tema debemos recordar que el régimen dictatorial también derogó el inciso c) del artículo 39 LDPC que se refiere al referéndum para desaprobación de normas, para impedir que se llevara a cabo el que se había solicitado acerca de la ley de «interpretación auténtica» que permitía la reelección de Fujimori para un tercer período. La ley 27520 ha restituido la vigencia de esta disposición que permite el referéndum abrogatorio.

Tiempo de su realización

El referéndum en el ordenamiento peruano es *sucesivo* pues, salvo el caso del constitutivo-innovativo, tiene lugar después de la deliberación de la norma por el órgano legislativo, bien sea para ratificarla, caso de la reforma

constitucional, bien sea para derogarla, lo que corresponde al referéndum abrogatorio.

El referéndum de tipo *constitutivo-innovativo* constituye un caso singular, acaso un tipo distinto pues, por un lado, carece de carácter sucesivo, al no existir una deliberación o aprobación previa de la norma sino que ésta es creada en un acto simple y directo por la decisión popular, y, de otro lado, tampoco puede calificarse como programático pues éste supone la realización de un acto estatal posterior de sanción de una norma cuyo contenido conceptual ha sido definido en referéndum, lo que tampoco sucede en este caso, ya que la norma entra en vigencia tras su aprobación en la consulta popular.

Origen

En cuanto a su origen, institucional o popular, en el Perú existen las dos clases de referéndum, aun cuando con claro predominio en su configuración del segundo.

1) Institucional

Es el que se convoca para la reforma constitucional, pues la iniciativa corresponde al Congreso al escoger este procedimiento para dicha reforma. También lo es el que se convoca para la creación de regiones, aunque el relativo a su modificación, por secesión de provincias o distritos para anexarse a otra región contigua, podría considerarse de iniciativa popular. Esta figura no está suficientemente regulada al no establecerse los requisitos para que las poblaciones de esas circunscripciones soliciten su cambio de región.

2) Popular

Es el previsto por los artículos 31 y 32 CP como derecho del pueblo a solicitar una consulta popular para aprobar o desaprobar normas. Como ya hemos señalado, esta figura corresponde al referéndum-derecho porque el pueblo no sólo vota para decidir respecto de la vigencia de una norma cuando es convocado por la autoridad, sino que tiene la potestad de decidir la convocatoria a la votación popular, sin consultar la voluntad de dicha autoridad o, incluso, contra ella.

El carácter de verdadero derecho de participación del referéndum por iniciativa popular depende, como se ha dicho, del nivel de los requisitos cuantitativos que exige la ley. El artículo 38 LDPC establece que el referéndum

debe ser solicitado por el diez por ciento del electorado nacional, requisito que ha sido considerado excesivo,¹³ opinión que compartimos.

Otra observación que puede formularse es que el artículo 38 LDPC, al exigir ese porcentaje del electorado nacional para convocar al referéndum, no ha tenido en cuenta a las regiones y municipios pues, como es obvio, dicho requisito no puede ser cumplido en estos ámbitos y, además, carece de lógica establecer una única medida, de cómputo nacional, en vez de aplicar ese porcentaje sobre el electorado regional y municipal.

Sin embargo, en el ámbito municipal, la Ley Orgánica de Municipalidades (ley 27972, 27-5-2003 —LOM), ha establecido, en su artículo 115, una regla específica para la convocatoria al referéndum que consiste en que la solicitud debe ser respaldada por el veinte por ciento de los electores de la provincia o distrito respectivo, requisito que, a nuestro criterio, resulta limitativo.

Ámbito territorial

El referéndum está contemplado en los tres ámbitos de gobierno existentes en el Perú: nacional, regional y municipal. En el ámbito nacional, para la reforma constitucional, la aprobación de leyes y la desaprobación de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia, conforme al artículo 32 de la Constitución y a la LDPC.

En las regiones procede el referéndum constitutivo-innovativo y abrogatorio, respecto de las normas regionales de alcance regional que la Ley Orgánica de Gobierno Regionales (ley 27867 —LOGR) ha denominado «Ordenanzas Regionales» (art. 38), con base en el artículo 32 CP y el artículo 39, incisos b) y c) LDPC. Asimismo, la creación o cambio de regiones debe someterse a referéndum de las poblaciones involucradas, conforme a los artículos 32, inciso 4, y 190 CP, y al artículo 39, inciso d) LDPC.

Como hemos indicado, la LOM ha regulado el referéndum en el ámbito municipal, el cual puede versar sobre la aprobación o desaprobación de las ordenanzas municipales, con excepción de aquellas de naturaleza tributaria, según el artículo 115 de dicha norma.

13. Véase Miró Quesada, op. cit., p. 158; y, en el mismo sentido, Maraví, op. cit., p. 138.

4. EL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL

Hemos reservado para este apartado un estudio más profundo del referéndum relativo a la reforma constitucional, en razón de la trascendencia del tema y, asimismo, por su actualidad, debido al proceso de reforma total de la Constitución puesto en marcha por el Congreso con la dación de la ley 27600.

Nuestra Constitución regula la reforma constitucional en su artículo 206 que establece los procedimientos que debe observar el Congreso. De otro lado, el artículo 32 CP, que se refiere al referéndum, señala como materia de éste la «reforma total o parcial» de la Constitución. Nos detendremos primero en la reforma parcial y enseguida veremos la reforma total.

La reforma parcial

Para este supuesto, como se ha dicho, el artículo 206 contempla dos procedimientos alternativos. En el primero de ellos, el Congreso aprueba la reforma por mayoría absoluta del número legal de sus miembros (61 votos) en una sola legislatura y ésta debe ser ratificada mediante referéndum. El otro procedimiento admite la omisión del referéndum si el Congreso aprueba la reforma en dos legislaturas ordinarias sucesivas con el voto favorable de más de los dos tercios del número legal de sus miembros, es decir 81 votos.

A nuestro juicio este precepto regula la reforma parcial de la Constitución pues, como precisa el Tribunal Constitucional recogiendo una doctrina clásica y pacífica: «el Congreso de la República, en cuanto poder constituido, per se, no puede aprobar una Constitución distinta, pues sólo el Poder Constituyente está autorizado para llevar a cabo el ejercicio de una función semejante».¹⁴

La misma sentencia agrega que:

El Congreso de la República [...] es uno de los órganos que puede efectuar la reforma parcial de la Constitución, y tal competencia está regulada en el artículo 206º de la Carta. Evidentemente, la competencia para reformar parcialmente la Constitución no puede entenderse como la constitucionalización de un poder constituyente originario, sino como la condición de un poder constituyente derivado y, en esa medida, como un poder

14. Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 2002, Expediente N° 014-2002-AI/TC, num. 107.

constituido, sujeto por lo tanto a un régimen especial de limitaciones (procedimentales, formales y materiales). (Ib., num. 108)

La concepción del poder de reforma como la expresión de un poder constituido que, por tanto, debe actuar sometido a los límites formales y materiales que emanan de la propia Constitución, como requisito esencial de validez de la reforma constitucional, no se modifica ni siquiera cuando el pueblo, mediante referéndum, la ratifica, pues en tal caso el pueblo interviene como poder constituido («cuerpo electoral») y no como «poder constituyente». Por ello, en la reforma parcial de la Constitución «el pueblo actúa en calidad de poder constituido, pues si actuara como poder constituyente, no podría ser objeto de limitaciones jurídicas, más allá de las que él mismo pudiera autoimponerse» (ib., num. 116). Por ello, en la reforma parcial el referéndum es un requisito de su eficacia, pues la ratificación del pueblo es la condición necesaria, por tanto imprescindible —siempre que se haya optado por esta alternativa procedimental— para su validez, sin que dicha intervención transforme la naturaleza de la reforma, esto es, la exoneración de las limitaciones formales y, sobre todo, materiales que la Constitución contiene.

Por consiguiente, conforme al pensamiento del Tribunal Constitucional, que consideramos correcto, la «reforma total» o sustitución de la Constitución por una nueva no está comprendida dentro del artículo 206 CP, cuyo ámbito está circunscrito a la reforma «parcial».

La reforma total

No obstante, el Tribunal Constitucional considera que la posibilidad de la «reforma total» fluye del artículo 32 CP pues éste «ha constitucionalizado la posibilidad de que la reforma constitucional pueda ser *total*» (ib., num. 100). A criterio del tribunal, la constitucionalización de la «función constituyente» no supone que el mencionado precepto haya constitucionalizado el «poder constituyente»: «esto es, al *Poder* que está autorizado a llevarla a cabo» (ib., num. 104). De allí que en la citada sentencia el tribunal se pregunte quién debe efectuar la reforma total o elaboración de una Constitución: ¿el Congreso de la República o una Asamblea Constituyente expresamente convocada para tal efecto?

La mencionada sentencia, que nos sirve como hilo conductor de este análisis, concluye que si bien el Congreso, como poder constituido, no puede

ejercer el poder constituyente y, por tanto, está impedido de aprobar una nueva Constitución que sustituya a la vigente: «otra cosa muy distinta es que, en cuanto órgano de representación de la voluntad general, pueda proponer un “proyecto” de Constitución, para que sea el Poder Constituyente quien decida, en cuanto fuente originaria del poder, si la acepta o rechaza» (ib., num. 109). Señala, por ello, que el hecho de que la elaboración de una Constitución pueda hacerse mediante una Asamblea Constituyente «no impide que, en un ordenamiento como el nuestro, donde se ha constitucionalizado la función constituyente, el proyecto de una Constitución pueda ser elaborado por el Congreso de la República, para posteriormente someterlo a la decisión del soberano, a través del referéndum» (ib., num. 113).

Desde estas premisas, la conclusión es obvia: «De allí que la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso» (ib., num. 115).

De esta manera, el Tribunal Constitucional realiza una operación hermenéutica por la que del hecho de que el artículo 32 CP contemple el referéndum para la «reforma total» de la Constitución deduce que compete al Congreso la iniciativa en la formulación del «proyecto», creando así un procedimiento para la reforma total según el cual el referéndum opera en segunda instancia para ratificar lo previamente aprobado por el Congreso en condición de «proyecto».

Cabe observar que, si se considera que la propia sentencia del tribunal señala que el artículo 206 CP se refiere únicamente a la reforma parcial, siendo esta norma la única en el texto constitucional que le asigna competencia al Congreso para la reforma constitucional, es evidente que la conclusión que atribuye, también, la facultad de proponer el proyecto de la reforma total, no obstante que tal facultad no aparece mencionada en ningún precepto constitucional, supone un esfuerzo interpretativo destinado a legitimar al Congreso para decidir la oportunidad y el contenido de la reforma total y trastoca la naturaleza del referéndum previsto en el numeral 1 del artículo 32 constitucional, al reducirlo a un papel constitutivo-ratificadorio, privándolo de operar con efecto constitutivo-innovativo.

En efecto, conforme a la interpretación singular del Tribunal Constitucional, el referéndum para la reforma total es un referéndum de tipo institucional

—porque es convocado por decisión del Congreso y no por iniciativa popular—, integrativo-sucesivo —porque tiene lugar después de que el Congreso aprueba la reforma total—, y constitutivo-ratificatorio —porque la función del referéndum se limita a ratificar o no dicha reforma. Tal caracterización, a la que conduce necesariamente la sentencia del tribunal supone, como es obvio, la exclusión de la iniciativa popular como posible origen o fuente para la reforma total o, mejor dicho, la sustitución de la Constitución, consolidando, en cambio, la posición de un poder constituido, como lo es el Congreso al que reserva la iniciativa de dicha reforma.

A nuestro juicio, la posición del Tribunal Constitucional es equivocada porque a partir de la norma que consagra el referéndum como derecho de participación popular no es posible deducir una facultad del Congreso —que ni siquiera menciona y que el precepto específico sobre reforma constitucional (art. 206 CP) igualmente ignora— cuyo ejercicio conlleva el pernicioso efecto de privar al referéndum de su naturaleza de derecho ciudadano. O, lo que es lo mismo, para dotar al Congreso de una facultad que el texto constitucional no le confiere, el Tribunal Constitucional priva al referéndum de su contenido como derecho subjetivo, apoyándose, paradójicamente, en el precepto que le reconoce esta naturaleza y que ignora aquella facultad.

Como se indicó, el artículo 32 de la Constitución consagra un modelo de referéndum de tipo facultativo, vinculante y de iniciativa popular, es decir, que lo configura como un verdadero derecho ciudadano, como una fuente directa y alternativa de legislación no supeditada a la intermediación de los órganos legislativos y representativos. En tal sentido, salvo los casos de reforma constitucional, cuando se opte por el primer procedimiento, y la creación de regiones, en que el referéndum tiene origen institucional porque lo convoca la autoridad estatal, en todos los demás supuestos el referéndum sólo tendrá lugar por iniciativa de los ciudadanos, sea para aprobar sea para derogar normas; sin que sea obligatoria su realización para la aprobación de ninguna clase de norma y, asimismo, sin que los órganos estatales tengan reconocida la competencia de convocar a referéndum discrecionalmente.

Al no haberse establecido un referéndum institucional y constitutivo-ratificatorio para la «reforma total», como sí lo hace el artículo 206 CP para la reforma parcial, es claro que el artículo 32.1 CP, al referirse al referéndum para la «reforma total» se ubica en la perspectiva del modelo que, en general, adopta la Constitución; es decir, el de un referéndum facultativo, de iniciativa popular

y, en este caso específico, constitutivo-innovativo, en virtud al cual el pueblo tiene el derecho de iniciativa para la convocatoria de un referéndum sobre la reforma total de la Constitución sobre un proyecto de ésta contenido en dicha iniciativa, sin necesidad de la previa deliberación ni aprobación del Congreso.

La figura no tiene nada de exótico y, por lo demás, encuadra perfectamente con la noción del referéndum como derecho ciudadano y del pueblo como titular del poder constituyente. Hemos señalado el caso de Suiza, en que cien mil ciudadanos pueden proponer un referéndum para la reforma total o para introducir enmiendas constitucionales sin su previa deliberación y aprobación por el Parlamento. Y, asimismo, el de Uruguay (art. 331.A de la Constitución) en donde el diez por ciento de los ciudadanos pueden someter a referéndum un proyecto articulado de reforma total o parcial de la Constitución, omitiendo su deliberación en el Congreso.

Se trata de la expresión más auténtica del referéndum como mecanismo de participación y también del ejercicio del poder constituyente. Un supuesto en el que «el ejercicio combinado de referéndum e iniciativa determina que las atribuciones de los órganos estatales representativos queden nubladas ante la única e indiscutible presencia del poder soberano del pueblo como poder constituyente».¹⁵

La Constitución peruana ha introducido el referéndum como derecho del ciudadano y no como instrumento de gobierno del poder estatal. La sentencia del Tribunal Constitucional, al reducirlo en materia constitucional, con una fundamentación incongruente, a esta última opción —que no es la más coherente con la función democratizadora atribuida al referéndum— contraría el sentido de los artículos 31 y 32 CP, cuya funcionalidad debe preservarse para que las instituciones de democracia directa cumplan su cometido en orden a la consolidación del sistema democrático a través de la efectiva participación de la ciudadanía, incluyendo su derecho a cambiar la Constitución por iniciativa popular.

15. De Vega, op. cit., p. 123. Agrega este autor: «Es el supuesto que se desprende del artículo 121 de la Constitución Suiza, conforme al cual cabe la posibilidad de que una iniciativa popular de reforma constitucional, no formulada en términos generales, sino como proyecto auténtico de ley, pueda ser sometida, al margen del poder legislativo ordinario, a referéndum» (l. cit.). El precepto a que se refiere este autor es el 138 de la Constitución suiza para la revisión total de la Constitución y el 139 para las enmiendas parciales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú*. Lima: Ediciones Historia, 1963.
- BISCARETTI DE RUFFIA, Paolo. *Derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, 1982.
- BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1986.
- BURDEAU, Georges. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Madrid: Editora Nacional, 1981.
- BURGOA, Ignacio. *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*. México, D. F.: Porrúa, 1984.
- CAGNONI, José Anibal. «Instituciones de democracia directa en Uruguay». En: *Democracia Directa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- CENTRO DE ASESORÍA Y PROMOCIÓN ELECTORAL (CAPEL). *Diccionario de Derecho Electoral*. San José de Costa Rica: CAPEL, 2000.
- DE VEGA, Pedro. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 1995.
- FREY, Bruno S. «¿Democracia representativa o democracia directa?». En: *Democracia Directa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza Editorial, 1984.
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. «El derecho fundamental a la participación política». En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, N° 12, 1996.
- KENDALL, Frances. «La clave para un gobierno responsable». En: *Democracia Directa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.
- MARAVÍ SUMAR, Milagros. «Instituciones de democracia directa en Perú». En: *Democracia Directa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. *Democracia directa: práctica y normatividad*. Lima: Editorial San Marcos, 1999.
- MOLTENI, Margarita. «Mecanismos de democracia directa en Brasil». En: *Democracia Directa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.