

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



El control constitucional del objeto del referéndum: Una propuesta de nuevos parámetros para una mayor eficacia del derecho de participación ciudadana

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho con
mención en Política Jurisdiccional
que presenta:

Ana Cristina Neyra Zegarra

Asesor:

Juan Manuel Sosa Sacio

Lima, 2021

Resumen

El presente trabajo de investigación busca analizar el referéndum en el Perú, en el marco del contexto internacional y del Derecho Comparado, centrándose en el control de constitucionalidad que se puede hacer respecto de los temas en consulta (objeto) para dar solución a dos problemas identificados: la oportunidad del control y el organismo competente.

En relación con el momento en que se hace este control, se hace posteriormente a que la iniciativa cuente con un importante número de respaldos expresados a través de la recolección de firmas, y podría ser negativo, con lo que generaría un desincentivo a asumir la promoción de este tipo de iniciativas.

De otro lado, respecto del organismo encargado de este control constitucional, se ha constatado que potencialmente hay un control originario y luego uno sucesivo, que puede recaer en el Jurado Nacional de Elecciones y los jueces constitucionales (en dos instancias) y finalmente en el Tribunal Constitucional.

En ese sentido, el presente trabajo plantea que el control constitucional se haga mientras se realiza la recolección de firmas (una vez que se logre una cantidad similar a la requerida para presentar una demanda de inconstitucionalidad -5000 firmas) y que esté a cargo del Tribunal Constitucional, en instancia única, por la especialidad de sus funciones, como un control preventivo, a través de un procedimiento célere; por tanto, se incluyen propuestas de textos normativos para reformar la Constitución y la Ley N° 263000, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, con dichos alcances.

Índice

Resumen	2
Introducción	5
I. El referéndum en el Perú: Regulación desde un enfoque conceptual y normativo.....	10
1. Sobre el referéndum: la regulación como punto de partida y el contexto... 11	
1.1 Marco normativo nacional e internacional	11
1.2 Contexto comparado (con incidencia en América Latina).....	14
2. El Tribunal Constitucional peruano y el análisis de sus consideraciones sobre el referéndum.....	25
2.1 ¿El referéndum es un derecho autónomo o manifestación del derecho de participación política? (STC Exp. N° 0003-1996-AI/TC)	25
2.2 ¿Reforma constitucional vía referéndum? (STC Exp. N° 0014-2002-PI/TC)	33
2.3 ¿Regionalización vía referéndum? (STC Exp. N° 0028-2005-PI/TC).....	47
2.4 ¿Constitucionalismo vs. democracia? Control de una ley aprobada por referéndum (STC Exp. 0007-2012-PI/TC)	49
2.5 ¿Es posible el control de toda norma aprobada por referéndum?: Control de una ley de reforma constitucional aprobada por referéndum (Auto 1 - calificación y STC 890/2021 Exp. 000013-2020-PI/TC).....	62
II. Sobre el control constitucional del objeto del referéndum: Análisis comparado y posibles soluciones frente a los problemas detectados	67
1. El control constitucional en el Perú frente a la experiencia comparada	67
2. Experiencias destacadas de la región en control de constitucionalidad del objeto del referéndum.....	72

2.1	Chile: Control constitucional de convocatoria a plebiscitos	72
2.2	Colombia: Control por “vicios de procedimiento”	74
2.3	Costa Rica: Control preventivo para proteger derechos humanos más allá de lo previsto en la Constitución	77
2.4	Ecuador: Control preventivo de constitucionalidad y “dictamen ficto”	79
3.	Caso Fonavi y los problemas jurídicos identificados sobre el control de constitucionalidad del objeto del referéndum en el Perú	81
3.1	Caso Fonavi y su contexto	81
3.2	Los problemas detectados y cómo solucionarlos	90
3.2.1	¿Cuándo debe realizarse el control constitucional del objeto del referéndum?	90
3.2.2	¿Quién debe ser competente para el control constitucional del objeto del referéndum en el Perú?	95
	Conclusiones.....	101
	Referencias bibliográficas	104

Introducción

“For the referendum to work -for this institution to be a constitutional safeguard- it must be a people’s shield and not the government’s sword”.
(Qvortrup, 2018, p. 3)

Las reflexiones para este trabajo de investigación inician tras la consulta de referéndum realizada en el Perú en el año 2010, el interés se incrementó con la consulta del año 2018, y también cobra nueva vigencia en el marco de los debates generados a partir de la propuesta, durante la elección y posteriormente a la victoria del gobierno actual, para, por un lado, una Asamblea Constituyente en el país y que dicho procedimiento sea convalidado a través de un referéndum¹, así como, de otro, iniciativas para prohibir que ello se consulte a la ciudadanía, tanto vía reforma constitucional² como legal³.

Este texto se centrará en analizar los alcances de los referéndums promovidos desde la ciudadanía, centrados en el control constitucional y, dentro de él, en dos temas específicos: ¿cuándo se debe analizar la conformidad con la Constitución de los temas que se busca consultar? y ¿quién debe encargarse de esta tarea? Como señalamos, nos animó a enfocarnos en este tema la experiencia reciente en el Perú

¹ Según información de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (2021), las iniciativas 00000040 y 00000041 buscan que se convoque a un referéndum para una Asamblea Constituyente. En el caso de la primera, el kit electoral fue adquirido el 23 de julio y se denomina “Referéndum para consultar a la población, si está de acuerdo con la reforma total de la Constitución de 1993 a cargo de una Asamblea Constituyente, popular y soberana”; la segunda, por su parte, con kit electoral vendido el 12 de agosto, se busca un “Referéndum para consultar a la ciudadanía la reforma total de la Constitución de 1993 a cargo de una Asamblea Constituyente, Popular, Soberana y Plurinacional” (<https://www.gob.pe/institucion/onpe/noticias/534537-onpe-expidio-kit-electoral-para-referendum>). En ambas iniciativas, el promotor es el ciudadano Bernardo Jaime Quito Sarmiento (quien es también congresista por el grupo parlamentario Perú Libre).

De igual modo, desde la bancada del partido de gobierno (Perú Libre) se han presentado proyectos en ese sentido: “Ley de Reforma Constitucional que incorpora la Asamblea Constituyente para una nueva Constitución” (Proyecto N° [00174/2021-CR](#), presentado el 10 de setiembre), Ley de Reforma Constitucional para convocar a referéndum y cambiar la Constitución de 1993” (Proyecto N° [00274/2021-CR](#), presentado el 17 de setiembre último).

² “Proyecto de ley de reforma constitucional que modifica el artículo 206° de la Constitución Política del Perú, a fin de prohibir expresamente la reforma total de la constitución a través de una Asamblea Constituyente” (RC00000015), cuyo kit electoral para recojo de firmas fue adquirido el 15 de julio de 2021 (<https://www.onpe.gob.pe/modVenta-Kits/reforma-constitucional/reforma-constitucional-2021.pdf>).

³ El 26 de noviembre, la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso aprobó modificar los artículos 40 y 44 de la Ley N° 26300, para determinar que no pueden someterse a referéndum materias y normas que “no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política” y que, en los casos de reforma constitucional, convoca a referéndum “el Presidente de la República, por disposición del Congreso, de conformidad con el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política”. La iniciativa responde a un texto sustitutorio frente al Proyecto N° [00644/2021-CR](#), presentado el 4 de noviembre último.

(en particular la del año 2010), pero también constatar que uno de los retos identificados para la aplicación de los mecanismos de democracia directa (incluido el referéndum) se refiere a las funciones de control (“oversight roles”) (Tierney, 2018, p. 18), en que se puede constatar la debilidad de los organismos que efectúan el control, lo que incluye a organismos electorales y cortes constitucionales (Welp, 2019)⁴. Por tanto, incidir en este tema nos permite analizar cómo mejorar este control, en el marco de lo cual nos hemos enfocado en el control propiamente constitucional, y nos llevará a proponer en este trabajo cuál organismo con función jurisdiccional lo debería asumir.

Como se ha señalado, este tema de investigación enmarca su análisis en la experiencia peruana reciente; en primer término, el contexto del referéndum constitucional realizado en diciembre de 2018 (convocado por el Poder Ejecutivo mediante Decreto Supremo N° 101-2018-PCM), para consultar a la población sobre si aprobaban cuatro reformas constitucionales referidas a la Junta Nacional de Justicia (antes Consejo Nacional de la Magistratura), financiamiento de organizaciones políticas, prohibición de reelección inmediata de congresistas y bicameralidad en la estructura del Congreso.

Sin embargo, la experiencia de mayor relevancia para la investigación, al centrarse en iniciativas de referéndum promovidas desde la ciudadanía, es la consulta respecto a la devolución del dinero aportado por los trabajadores para el Fondo Nacional de Vivienda (Fonavi), realizada finalmente en el año 2010. Al analizar este caso, se identifica que los ciudadanos promotores de esta iniciativa debieron acudir a dos organismos (el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional) para que se pueda determinar la constitucionalidad de su iniciativa y, solo tras ello, se proceda a convocar a referéndum, además de que este debate jurídico se produjo solo después de la etapa de recolección de firmas, lo que podría haber generado que,

⁴ Para Welp (2019), se trata de las que denomina “principales limitaciones que enfrenta la aplicación democrática y efectiva de los mecanismos de democracia” se resumen en: (a) falta de responsabilidad política de los representantes, (b) diseños institucionales defectuosos y c) debilidad (o incluso cooptación) de los organismos de control y supervisión de los procedimientos (organismos electorales y a cortes constitucionales).

tras el esfuerzo realizado, la iniciativa ciudadana quede trunca en ese momento del procedimiento, al no haber tenido una valoración previa de la conformidad con la Constitución.

En ese contexto, el problema de investigación que se plantea es que existen deficiencias en el diseño normativo del control constitucional del objeto de referéndum (vinculadas con la autoridad competente y la oportunidad para efectuar este control).

Con ello, se plantea como hipótesis: Es viable establecer nuevos parámetros para el control constitucional del objeto de referéndum.

Estos nuevos parámetros proponen que este control de constitucional sea realizado al inicio del procedimiento, no luego de concluida la etapa de recojo de firmas, y también que esté a cargo de un solo organismo (el Tribunal Constitucional). El sustento es que se trata de una competencia afín al rol del Tribunal Constitucional y que postergar este control solo podría hacer ineficaz las iniciativas ciudadanas promovidas con el objeto de convocar a un referéndum.

La propuesta considera establecer un nuevo momento para efectuar este control de constitucionalidad. En el antecedente del caso Fonavi, el control de conformidad con la Constitución se efectuó posteriormente, incluso luego de que se hubiera confirmado que se tenía el número de firmas requeridas para que proceda una consulta. Esta etapa de recolección de firmas es aquella en la que la ciudadanía se adhiere a la necesidad de la consulta, por lo que es especialmente relevante para reflejar la expresión de la voluntad ciudadana, como materialización del referéndum como derecho fundamental o, en todo caso, como manifestación del derecho de participación política (tema que se analizará también posteriormente).

La finalidad, además, de establecer el control constitucional en las primeras etapas del procedimiento (antes de la recolección de firmas) es evitar que el ciudadano

inicie y avance en un procedimiento que finalmente no va a terminar en una consulta de referéndum, sino en una improcedencia por su inconstitucionalidad. Se busca eficiencia, pero además la eficacia del ejercicio del derecho por la ciudadanía. En otras palabras, el momento o la oportunidad que se defina para efectuar este control de constitucionalidad es determinante a efectos de un ejercicio más o menos efectivo del derecho fundamental que se busca proteger.

No obstante lo anterior, el trabajo adelanta también una posible respuesta ante la objeción que pudiera surgir a esta nueva competencia del Tribunal Constitucional: la sobrecarga procesal que se podría generar a dicho organismo. Desde el planteamiento, para efectuar este control constitucional, la iniciativa debería contar con un respaldo similar al requerido para presentar una demanda de inconstitucionalidad por la ciudadanía (5000 firmas)⁵ y, con ello, proceder al análisis por el Tribunal Constitucional. Se considera, además, que este procedimiento no debería, por su solo inicio, suspender el procedimiento de recolección de firmas; sin embargo, en caso los promotores decidan continuar con la iniciativa, el número de firmas que se recolecte no impide su evaluación integral y posible declaración de inconstitucionalidad.

Asimismo, el planteamiento de que el organismo competente para el control constitucional del objeto del referéndum sea el Tribunal Constitucional se sustenta en la naturaleza de las funciones que se le encuentran asignadas, vinculadas con defender la supremacía de la Constitución en procesos de control abstracto y concreto, además de que se considera que la competencia de efectuar el control de constitucionalidad del objeto de un referéndum no debe recaer en un organismo con atribuciones ajenas a la verificación de constitucionalidad, como es el caso del Jurado Nacional de Elecciones.

Los tribunales constitucionales son los que se encargan de defender la supremacía de la Constitución frente a normas de inferior rango y actos, de sujetos públicos y,

⁵ Artículo 203 numeral 5 de la Constitución.

con diferentes alcances, frente a sujetos privados, que pretendan contravenirla, por la forma o el fondo. De igual modo, tienen competencia para la tutela de los derechos fundamentales. Por tanto, es el Tribunal Constitucional, en su rol de supremo intérprete de la Constitución y de quien brinda protección a los derechos fundamentales, a quien le corresponde verificar si aquello que se solicita consultar a la ciudadanía a través del referéndum cumple o no con los parámetros constitucionales, especialmente el artículo 32 de la Constitución, que regula las materias que pueden ser susceptibles de ser objeto del referéndum y aquellas expresamente fuera de dicho ámbito.

En ese sentido, el objetivo general que plantea la presente investigación es proponer una modificación al marco normativo para la mejora de la regulación del control constitucional del objeto del referéndum y generar un ejercicio más efectivo del derecho de participación política. Con este fin, se ha visto como conveniente plantear los siguientes objetivos específicos:

- Definir el organismo competente para la realización del control constitucional del objeto del referéndum.
- Determinar el momento pertinente del control constitucional del objeto del referéndum.

Ese es el contexto de este trabajo de investigación, que se desarrollará en las próximas páginas, y que permitirá analizar el referéndum, desde su enfoque normativo (nacional e internacional), el contexto en que se desarrolla (especialmente latinoamericano) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, que deriva en el análisis de diversos temas vinculados con el referéndum. Adicionalmente, y ya centrados en los temas que pueden y sobre todo no pueden ser objeto de consulta en América Latina, nos detendremos en algunos países en que se destaca el control de constitucionalidad del objeto del referéndum, para luego aplicar todo ello para plantear una posible solución jurídica a los problemas detectados, de la oportunidad de este control y quién debe realizarlo.

I. El referéndum en el Perú: Regulación desde un enfoque conceptual y normativo

La democracia directa, desde una versión restringida (que es a la que nos adscribimos como marco general en el presente trabajo), es entendida como “un grupo de mecanismos que permite a los ciudadanos decidir sobre materias específicas directamente en las urnas”, como “medios de decisión política por medio del sufragio directo universal” (Altman, 2005, p. 204), “formas de participación política que se realizan con el voto directo y universal, pero que no consisten en seleccionar a los miembros de los órganos democrático-representativos (...)” (Thibaut, 1998, p. 67). En otras palabras, se toma como un factor relevante que su ejercicio implique someter una materia a votación (Bulmer, 2017, pp. 6-7)⁶. Entre estos mecanismos, el presente trabajo se centrará en el referéndum como un mecanismo o procedimiento de consulta dirigido a la ciudadanía en que los electores toman las decisiones a través de voto directo sobre asuntos constitucionales, legales o de políticas públicas, antes que lo hagan sus representantes electos (International Idea, 2008, pp. 10 y 19).

El objetivo será determinar los alcances del referéndum desde la regulación en el Perú, sin perjuicio de analizar también algunos temas que se presentan respecto de esta consulta popular en el Derecho Comparado. Para ello, se incidirá en el referéndum realizado en el año 2010 en el Perú, conforme se expuso al plantear el problema y justificarlo (caso del Fondo Nacional de Vivienda – Fonavi), dado que se trata del último referéndum por iniciativa ciudadana realizado en el país, y que, además, permite graficar los dos problemas jurídicos identificados preliminarmente

⁶ Desde otras perspectivas sobre la democracia directa, se incluye las modalidades que involucran el voto (plebiscito, referéndum y revocatoria), pero también la iniciativa legislativa por implicar una participación ciudadana en un procedimiento político y la consulta previa a los pueblos indígenas (Zovatto, 2014, p. 14). Incluso, desde enfoques más amplios, se incluye también los derechos de petición, a solicitar información, de voluntariado o colaboración ciudadana, de participar en la gestión pública, a participar en cabildos abiertos y afines, a demandar rendición de cuentas, de participación en la política agraria y a la defensa de intereses difusos, además de los de iniciativa y consulta previa (Novak, 2011, pp. 70-88).

Nuestra visión del tema no implica dejar de reconocer, como se reseña al mencionar la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, que ahí se incluye también a la iniciativa (legislativa y de reforma constitucional) y otros mecanismos de participación local que remiten a leyes específicas (como los presupuestos participativos). Sin embargo, para efectos de este trabajo la comprensión será restringida, a efectos de centrarnos en aquellos mecanismos que implican votación por la ciudadanía, como es el caso del referéndum.

para el presente trabajo: la autoridad competente para efectuar el control de constitucionalidad del objeto del referéndum y la oportunidad en que este control se realiza.

1. Sobre el referéndum: la regulación como punto de partida y el contexto

1.1 Marco normativo nacional e internacional

El referéndum está regulado en la Constitución (artículos 2 inciso 17⁷ y 31⁸) y en la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. El artículo 2 de este último dispositivo legal incluye al referéndum entre los denominados “derechos de participación de los ciudadanos”, lo que, en términos similares, está establecido en el artículo 37 del mismo cuerpo legal. En tal sentido, desde la propia definición legal se hace referencia a que se trata de una consulta de “temas normativos” y no únicamente de preguntas sobre asuntos o materias (esto último lo haría más similar a un plebiscito)⁹.

Esta idea se refuerza con lo previsto en la propia norma citada, según lo cual el referéndum procede para la aprobación o desaprobación de textos legales (no de temas o asuntos) (artículo 39¹⁰), así como que su resultado deriva en la entrada en vigencia o derogación de normas (artículo 42¹¹), sin tomar en cuenta las situaciones

⁷ “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...) 17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”.

⁸ “Artículo 31.- 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 (...).”

⁹ La distinción entre referéndum y plebiscito suele plantearse, desde la doctrina, según el criterio de si tiene carácter normativo la consulta (referéndum, sí; plebiscito, no, sino más bien asuntos o temas); sin embargo, también se alude al criterio de quien promueve la iniciativa para ello (de ser el gobierno, plebiscito; de ser la ciudadanía, referéndum). No obstante ello, no es una diferencia plenamente relevante al analizar el tema en términos comparados, ya que es una diferencia relativamente reciente y no tiene mucha claridad la distinción conceptual (Sáenz Royo, 2016, pp. 125-126).

¹⁰ “Artículo 39.- Procede el Referéndum en los siguientes casos:

...b) Para la aprobación de leyes, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales.

c) Para la desaprobación de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia, así como de las normas a que se refiere el inciso anterior. ...”.

¹¹ “Artículo 42.- El resultado del referéndum determina la entrada en vigencia de las normas aprobadas, o la derogación de las desaprobadas, siempre que hayan votado en sentido favorable a la consulta la mitad más uno de los votantes, sin tener en cuenta los votos nulos o en blanco. La consulta es válida sólo si fuera aprobada por no menos del 30% del número total de votantes. Surte efectos a partir del día siguiente de la publicación de los resultados oficiales por el Jurado Nacional de Elecciones”.

especiales relativas a la reforma de la Constitución y la regionalización, que se analizarán autónomamente. En ese sentido, la regla general respecto de la definición normativa del referéndum es que se trata de la consulta dirigida a la ciudadanía para aprobar o derogar normas.

En el ámbito internacional, los mecanismos de democracia directa se encuentran reconocidos en tratados internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21 numeral 1¹²), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20¹³) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23, numeral 1¹⁴). La importancia de esta participación de la ciudadanía en las decisiones vinculadas con su desarrollo (como un derecho y una responsabilidad) al ser una “condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia” y una forma del fortalecimiento de dicha democracia también está reconocida en la Carta Democrática Interamericana (artículo 6¹⁵).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido también a los mecanismos de democracia directa en sus pronunciamientos. En estricto, ambos casos que se citarán en este apartado se refirieron a expresiones de democracia representativa (por estar vinculados al derecho a ser elegido). Sin embargo, al interpretar el artículo 23 de la Convención Americana, la Corte (*Caso Yatama vs. Nicaragua*, 2005, párr. 195-196), señaló que:

¹² “Artículo 21.

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, **directamente** o por medio de representantes libremente escogidos” (énfasis agregado).

¹³ “Artículo 20 - Derecho de sufragio y de participación en el gobierno

Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, **directamente** o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres” (énfasis agregado).

¹⁴ “Artículo 23.- Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades.

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, **directamente** o por medio de representantes libremente elegidos;
b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” (énfasis agregado).

¹⁵ “Artículo 6

La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia” (énfasis agregado).

Es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación. (...)

La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como **influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa** (énfasis agregado).

Posteriormente, al interpretar nuevamente el artículo 23 de la Convención Americana, la Corte (*Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, 2008, párr. 145-147) estableció lo siguiente:

El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como **titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos**, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término "oportunidades". Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación .

La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como **influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa**.

Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plesbicitos (sic) o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. **Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos** (énfasis agregado).

Se trata, entonces, de un reconocimiento a nivel del principal tratado de la región (la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero también de pronunciamientos del tribunal internacional que lo interpreta de manera vinculante (la Corte Interamericana de Derechos Humanos), en que se reconoce también la

posibilidad de un derecho de participación en los asuntos públicos a través de mecanismos directos (además de los indirectos o representativos).

1.2 Contexto comparado (con incidencia en América Latina)

Para entender el referéndum, resulta importante analizar su reconocimiento y alcances en un contexto más amplio, especialmente en la región.

En ese sentido, en términos de las normativas nacionales, el referéndum está regulado en al menos 26 países de la región (Novak, 2011, p. 76)¹⁶, aunque “la apuesta por la participación ciudadana institucional ya se había comenzado a expandir en América Latina desde fines de los ochenta” (Welp y Ordoñez, 2017, p. 10). Entre 1900 y 1980, se realizaron 38 referéndums en América Latina, mientras que este número casi se ha triplicado entre 1981 y 2010, con 103 consultas¹⁷, que ha pasado por “periodos de legitimación democrática y autoritaria (1900-1940), “en la zona gris” (1941-1980) por ser un periodo con golpes de Estado e intentos para “evitarlos, consolidarlos o superarlos”, y un periodo de “ampliación del juego político” con contextos muy variados (1981-2009) (Welp, 2010).

Por su parte, en el mundo, cada vez más países incorporan estos mecanismos de democracia directa en sus Constituciones y se ha incrementado la utilización de este tipo de consultas a nivel mundial (de una escala de alrededor de 5 en el periodo 1901-1920, a una de casi 35, en el periodo 1981-2000) (LeDuc, 2003)¹⁸. Este incremento también se encuentra presente si se sigue el análisis de quienes diferencian este tipo

¹⁶ Se identifica las Constituciones de Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Honduras, Jamaica, Grenada, Guatemala, Guyana, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y Las Granadinas, Santa Lucía, Uruguay y Venezuela, así como las legislaciones de Canadá y México.

¹⁷ Zovatto, citando a Payne (2006) y con información actualizada al 2012, enumera 49 consultas populares realizadas a nivel nacional entre 1978 y 2012 (Argentina: 1984; Bolivia: 2004, 2006, 2008, 2009; Brasil: 1993, 2005, Chile: 1980, 1988, 1989; Colombia: 1990, 1997, 2003; Costa Rica: 2007; Ecuador: 1978, 1986, 1994, 1995, 1997, 2006, 2007, 2008, 2011; Guatemala: 1994, 1999; Panamá: 1983, 1992, 1998, 2006; Perú: 1993; Uruguay: 1980, 1989 (abril), 1989 (noviembre), 1992, 1994 (agosto), 1994 (noviembre), 1996, 1999 (2 consultas en octubre), 2003, 2004, 2009 (2 consultas en octubre); Venezuela: 1999 (abril), 1999 (diciembre), 2000, 2004, 2007, 2009 (2014, pp. 29-41). Como se puede apreciar, no se incluye el referéndum realizado en el Perú en el año 2010 (para consultar la devolución de los aportes de Fonavi. Por su fecha de actualización (2012), no se incluye las consultas realizadas en los últimos años en la región, como las de Colombia (2016), Ecuador (2017), Perú (2018), Chile (2020) y México (2021).

¹⁸ LeDuc, 2003, citado por Lissidini, 2010, p. 19.

de consultas según Estados libres, parcialmente libres y no libres (según la clasificación de *Freedom House*), que plantea una evolución desde 2 (década de 1970) y 4 (década de 1980) hasta 8 (década de 1990), 13 (década de 2000) y luego de 11 (década de 2010) (Qvortrup, 2018, pp. 67-69).

Como se sabe, este tipo de consulta popular puede provenir de una iniciativa de poderes públicos (como el Poder Ejecutivo o el Congreso) (“desde arriba” o “institucional”) o de la ciudadanía (“desde abajo” o “popular”). No son estas las únicas formas para distinguir los referéndum; al respecto, siguiendo una buena clasificación construida desde la doctrina nacional (Blancas, 2004, pp. 199-208; 2016, pp. 164-174), es posible diferenciar también según sea necesario o no realizarlo: obligatorio (generalmente para materias de mayor relevancia como las reformas constitucionales) (International Idea, 2008) o facultativo; la materia que se consulta (constitucional o legislativa, en este último caso, sin límites o exclusiones de temas -abierto- o con ellas -restringido); y por su eficacia jurídica, según el resultado determine la creación o extinción de una norma jurídica o mandatos y obligaciones concretas a los poderes público (vinculante) o no lo haga sino que solo tenga carácter político frente a la votación ciudadana (consultivo). También según el tiempo o oportunidad de su realización: luego de la aprobación de la norma (sucesivo) o antes de la creación de la norma o acto estatal (programático o previo); o el ámbito territorial (nacional o subnacional).

También desde algunos planteamientos (Lissidini y otros, 2018)¹⁹ se combinan estas categorías y se establece que la consulta popular puede ser “desde arriba” o “desde abajo”. En el primer caso (los que promueven el Ejecutivo, el Congreso o ambos), puede ser obligatoria o facultativa; de ser obligatoria, el resultado es siempre vinculante, pero si es facultativa, podría ser vinculante o no. Por su parte, en el caso de los referéndum “desde abajo”, sería siempre facultativo y podría ser o no vinculante.

¹⁹ Lissidini (2008). Citada por Zovatto, 2014, p. 16.

Nuestro análisis incidirá en el escenario de referéndums “desde abajo”, ya que es el que tiene su origen en el ejercicio de los derechos de la ciudadanía, que se busca tutelar en todo Estado Constitucional y democrático de derecho, y que es la que podría tener potenciales controles de constitucionalidad de manera más visible²⁰. Además, su rol frente a la democracia nos parece particularmente relevante, ya que coincidimos con quienes señalan que “(...) los mejores mecanismos para democratizar son los que quedan fuera del poder de las autoridades (iniciativas obligatorias para aprobar ciertas legislaciones o por recolección de firmas)” (Welp, 2019). También, según se ha definido el ámbito del trabajo, se tratará de consultas de referéndum facultativas (provenientes de la iniciativa ciudadana), sobre materia legislativa y restringido (por los temas que se encuentran fuera de la consulta según la Constitución y la ley), con carácter vinculante (por ser el modo cómo se regula el referéndum en el Perú, ya que, una vez convocado, los resultados obligan a las entidades públicas) y de alcance nacional.

Un debate en el que no nos detendremos con pleno detalle, pero que no queremos dejar de abordar al menos brevemente, es el relativo a la legitimidad del referéndum y los mecanismos de democracia directa, que han sido, sin duda, objeto de críticas. Como bien resume Altman (2005), los cuestionamientos se centran en que (a) los mecanismos de democracia directa debilitan el poder de los representantes elegidos por la ciudadanía, (b) los ciudadanos no pueden tomar decisiones informadas (o racionales) sobre problemas complejos, (c) el participante de un mecanismo de democracia directa actúa de manera aislada, sin discusión, por lo que no hay forma de medir la “intensidad” de las opiniones, (d) los mecanismos de democracia directa establecen que la mayoría gana todo y la minoría pierde todo, sin posibilidad de concesiones (“juego suma cero”) y (e) en sociedades complejas, la participación

²⁰ En el caso de las consultas de referéndum convocadas “desde arriba”, se ha interpretado que no se habilita una convocatoria autónoma por el gobierno, sino como parte del procedimiento de reforma constitucional, tras la votación del Congreso (de manera obligatoria si se obtiene mayoría absoluta de los votos, y facultativa si se obtiene más de 87 votos). En ese sentido, aplicando la Ley Orgánica de Elecciones, se entendió que la convocatoria correspondía al Presidente de la República, lo que fue aceptado por la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Jurado Nacional de Elecciones. Por dicha razón, no se produjo propiamente un control constitucional más allá del efectuado durante el debate en el Congreso de los proyectos de reforma constitucional (tras la elaboración de las propuestas a cargo del Poder Ejecutivo). Es por ello que se dice que este control constitucional resulta menos visible.

deliberativa es inverosímil para todos a los que afecta la decisión colectiva e incluso podría ser manipulada por las élites políticas (pp. 206-207).

En línea similar, se identifican argumentos críticos contra estos mecanismos (Bulmer, 2017) como: (a) la falta de información y capacidad de los ciudadanos para entender los asuntos (que pueden ser complejos), (b) la irracionalidad en la votación (al tener en cuenta diversos factores al votar sobre la materia sometida a consulta), (c) el riesgo de la fatiga del elector (por la frecuencia en el uso y especialmente si se trata de asuntos complejos y técnicos, aunque se admite que ello puede mitigarse por campañas efectivas de información pública, sin perjuicio de evaluar la exigencia de porcentajes mínimos de participación), (d) trasladar o evitar responsabilidad de los políticos en asuntos difíciles, especialmente si hay división interna, lo que puede llevar a una falta de liderazgo, (e) podría llevar a privilegiar políticas de corto plazo más que metas de largo plazo, (f) gobernabilidad y coherencia de las políticas podrían afectarse, tanto por las sobreexpectativas que puede crear el uso frecuente de estos mecanismos (por más demandas que no pueden ser atendidas) como por que es posible aprobar decisiones que sean incompatibles entre sí, (g) riesgo de *lobby* e intereses privados que promuevan consultas, (h) posible sesgo conservador, (i) riesgo de abuso por autoritarismos y populismos, (i) costo y logística requeridos, (j) puede profundizar las divisiones en la sociedad (conflicto social) y amenazar los derechos de las minorías, y (k) riesgo de polarización (por ser el voto solo entre sí y no y, con ello, las reducidas posibilidades de acuerdos)²¹.

En general, un elemento que subyace a estas críticas es una desconfianza en la ciudadanía y su posible rol en la toma de decisiones (por alegar su falta de capacidad o la ausencia de información, o presumir la irracionalidad de su votación). Regular e implementar los mecanismos de democracia directa tampoco implica que reemplace a la democracia representativa, sino permitir que, en determinados

²¹ Se hace una traducción libre del texto que enumera como los aspectos positivos de la democracia directa: "*promoting participation*", "*popular sovereignty*", "*giving voice and control to ordinary citizens*", "*unpacking the range of choices offered by parties*", "*forcing incumbents to confront difficult issues*", "*resolving unexpected questions, authorizing changes in direction*", "*settling controversy*" (Bulmer, 2017, pp. 8-9).

asuntos de relevancia, la ciudadanía sea consultada y, desde nuestra perspectiva, más que un factor de conflicto o división, en caso se promueva un verdadero debate previo e informado en que participen en condiciones similares proponentes y detractores (incluidos los representantes electos), podría ser un mecanismo para canalizar las eventuales discrepancias o la polarización. Nada garantiza que un proceso participativo vaya a derivar necesariamente en un resultado óptimo, progresista o que promueva los derechos de las minorías, pero pueden ser una forma de paliar el desinterés de la ciudadanía en involucrarse en los asuntos públicos más allá de solo acudir a votar con cierta periodicidad. Al margen de los resultados de la votación (en los representantes electos o la aprobación o rechazo de materias en consulta), lo que debe garantizarse es que la ciudadanía pueda participar en igualdad de condiciones durante todo el proceso.

Además, es posible realizar acciones para reducir estos riesgos o los efectos negativos de estas críticas. El que no devenga en un “juego de suma cero” o que prevalezcan únicamente las mayorías (en desmedro de los derechos de las minorías) va a depender sobre todo de la deliberación y debate previo a la iniciativa, que puede generar cambios, o arribar a consensos o nuevas propuestas legislativas hacia el futuro. De otro lado, es posible que la clase política pueda pretender abstraerse de su responsabilidad o percibir que este mecanismo menoscaba su representación; sin embargo, un correctivo importante puede ser que se les permita también ser partícipes del debate con iguales condiciones y, con ello, que sus argumentos puedan ser tomados en cuenta en la deliberación, sin que se acapare o asuman exclusiva presencia o excesivo protagonismo, y, de igual modo, respecto de las élites o grupos de poder, para así evitar la monopolización o manipulación de una iniciativa que debe ser predominantemente ciudadana. Y, en todo caso, también es posible potenciar otros mecanismos participativos incluso con alcance territorial menor (como los presupuestos participativos u otros medios de participación, consulta o control, incluida una verdadera participación en los procesos legislativos, por citar algunos ejemplos).

Del lado de los aspectos positivos, Altman destaca que se valora que los mecanismos de democracia directa buscan incorporar al ciudadano en la toma de decisiones y que se sienta más comprometido con la democracia; en ese sentido, (a) todos los temas pueden ser evaluados, sin la intermediación de otras organizaciones, (b) las decisiones políticas se alcanzan públicamente, (c) se expresa mejor la voluntad popular formada por la suma de voluntades individuales de los ciudadanos, (d) la el uso de los mecanismos de democracia directa permite que el ciudadano se sienta más participante en los asuntos relevantes, como una forma de contrarrestar el desinterés, (e) los mecanismos de democracia directa pueden tener una función educativa, para hacerlos “más virtuosos y cívicamente despiertos y, en cierto sentido, más libres”; es decir, subyace una crítica a la democracia representativa (Altman, 2005, p. 208).

Desde otros enfoques, se aporta que se puede encontrar entre sus aspectos positivos, que (a) promueven la participación, (b) son una muestra de la soberanía popular, (c) dan voz y control a la ciudadanía, (d) abren el espectro de opciones que ofrecen los partidos, (e) fuerzan a quienes ostentan el poder -legislativo o ejecutivo- a enfrentarse a asuntos complejos, (f) dan respuesta cuestiones inesperadas y permiten cambios en la dirección y como una forma de resolver un asunto controvertido (Bulmer, 2017)²². En suma, se hace referencia a diversos modos en que se manifiesta la posibilidad más directa de la participación ciudadana, sin la intermediación de las autoridades electas, los partidos políticos u otras élites (políticas u económicas).

En el contexto de estos argumentos, lo primero que nos parece importante señalar es que no consideramos que existe una oposición intrínseca entre democracia representativa y participativa. La eventual desconfianza hacia las instituciones y a las autoridades elegidas que existe en América Latina (Latinobarómetro, 2021), que

²² Se efectúa traducción libre de los argumentos críticos identificados respecto de la democracia directa que se titulan como: “*citizen information and competence*”, “*voter irrationality*”, “*voter fatigue*”, “*shifting or avoiding responsibility*”, “*short-term versus long-term policies*”, “*governability and policy coherence*”, “*lobbying and special interests*”, “*conservative bias*”, “*authoritarian and populist abuse*”, “*social conflict and minority rights*”, “*polarization*” (Bulmer, 2017, pp. 13-16).

se incrementa también en Europa y Estados Unidos (Foa & Mounk, 2016) no depende de la incorporación en las Constituciones y leyes de los mecanismos de democracia directa, sino del propio descrédito de la democracia y las instituciones²³. Esto se ha debido, entre otras razones, al accionar de quienes han tenido poder y no han ejercido una verdadera representación (incluida la corrupción considerada institucionalizada), ya que no se les ha percibido cumpliendo su rol como entidades que actúan en función del interés público o que logran intermediar la diversidad de intereses de las sociedades en un diseño eficiente de políticas públicas y acciones de gobierno, fenómeno que se extiende a las instituciones públicas mayoritariamente, pero que también se percibe en colectivos ciudadanos como sindicatos y partidos políticos²⁴. Nuestra percepción es que la democracia directa puede ser incluso un buen complemento a la representación (Carré de Malberg, 1931)²⁵.

En ese sentido, Qvortrup (2018, pp. 16-19), al aplicar el modelo “*input-output*”, señala que, tradicionalmente, se partía de demandas (*inputs*) que ciertos grupos (*articulators*) canalizaban hacia los “agregadores” (*aggregators*) y que finalmente derivaban en que se adopten acciones, decisiones y políticas públicas (como resultados o *outputs*); los articuladores provenían de los sindicatos y la sociedad civil, mientras que quienes efectuaban la labor de intermediar eran los partidos políticos. En la medida en que se considera que los partidos políticos fallan en esta función de recoger las demandas ciudadanas para que generen resultados compatibles con los buscado es que surgen los mecanismos de democracia directa

²³ Entre los textos que abordan este fenómeno, se recomienda revisar Levitsky y Ziblatt, 2018; y Applebaum, 2021. De otro lado, con incorporación de las tecnologías, algunos prevén posibles escenarios futuros más apocalípticos en los que, de ser posible, algunos individuos le darían cada vez más poder al algoritmo de Google, lo que incluiría la posibilidad de votar por ellos, ya que “Google podría describir incluso mis propias opiniones políticas mejor que yo”, al tomar una decisión “no según mi estado mental momentáneo ni las fantasías del yo narrador, sino más bien según los sentimientos e intereses reales de la colección de algoritmos que conocemos como “yo” (Harari, 2016, pp. 370-371).

²⁴ Los partidos políticos solo tienen una confianza de la ciudadanía en un 13% en América Latina, incluso menor que el Congreso (20%), el gobierno (27%) o el Poder Judicial (25%) (Latinobarómetro, 2021). Incluso, este estudio cita también a otro que refiere a cifras preocupantes en la confianza incluso en las relaciones entre las personas, con una desconfianza en América Latina que asciende a 90%, claramente más alta que el promedio del resto del mundo (69%) (Fuente: Estudio Mundial de Valores, Séptima Ola 2017-2020) y tiene como hallazgo que la confianza interpersonal se ubica en su punto más bajo desde 1996 (12%), 2 puntos menos que en el 2018, con Perú, incluso más abajo del promedio (10%) (Latinobarómetro, 2021).

²⁵ (...) solo el *referendum* aparece como un complemento suficiente a la idea de representación, porque solo él da satisfacción al concepto sobre el que reposa el régimen representativo, a saber que, a través de los elegidos, es el sentimiento del pueblo quien se manifiesta: este concepto conlleva, en efecto, como lógica consecuencia, el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a manifestar un sentimiento contrario a aquel que, sobre una cuestión determinada, ha sido manifestada en su nombre por los representantes (Carré de Malberg, 1931). Citado por Sáenz Royo, 2016, p. 128.

como nuevos intermediadores o *aggregators*. Esta idea es, además, compatible con quienes consideran, perspectiva con la que coincidimos, que pueden servir como “esporádicas e institucionalizadas válvulas de escape de presión política” (Altman, 2011)²⁶, y que, sin desconocer sus peligros, pueden contribuir a mejorar y fortalecer la democracia (Novak, 2011, p. 68), pero también que esta capacidad de canalizar demandas sociales depende del grado de evolución de las democracias, del respeto al marco normativo (“legalidad”), así como de que se mantenga el pluralismo (Welp, 2010)²⁷ y “solo funcionan bien cuando las reglas del juego lo garantizan” (Welp, 2019) (por lo que no es gratuito que se resalten experiencias como la de Suiza o la de Uruguay al respecto).

De igual modo, como también hacen los autores que se viene citando, tampoco podemos ignorar que los mecanismos de democracia directa (y en particular el referéndum) han pretendido ser utilizados por algunos gobernantes para brindarle legitimidad a decisiones específicas y a sus regímenes, para demostrar “apoyo popular” sobre la base de consideraciones tácticas y políticas (International Idea, 2008, p. 49). En la región, suele destacarse el uso incremental en Venezuela, Ecuador y Bolivia, pero parecería que la mayor parte de consultas proviene “desde arriba” (poderes Ejecutivo o Legislativo) (Zovatto, 2014)²⁸.

No obstante, pese a sus posibles deseos, ya que es probable que “tienden a usarlo solo cuando esperan ganar” (Lijphart, 1984)²⁹, los resultados no han sido abrumadoramente positivos al Poder Ejecutivo en regímenes democráticos (solo 50%) ni mixtos (55%), aunque sí lo han sido en regímenes autoritarios (87%) (Altman, 2005, p. 225). Pero, incluso ante esos intentos, nuestro enfoque es que la respuesta no debería ser optar por su supresión, sino que, dado que ya existen,

²⁶ “(...) *institutionalized, sporadic safety valves of political pressure*” (Altman 2011, citado por Qvortrup 2018, p. 19).

²⁷ Se afirma así: “El referendo permite cambiar las relaciones de poder en el largo plazo y, en el corto, superar las trabas institucionales sostenidas en la división de poderes mediante la legitimidad derivada del apoyo ciudadano. Los resultados de estas consultas dependen de en qué medida los distintos actores respetan la legalidad. También dependen de que se mantenga cierto pluralismo, así sea un «pluralismo por defecto» que contenga las tentaciones autoritarias, debido a que varios poderes se contrapesan sin capacidad de dominar al resto (...)” (Welp, 2010).

²⁸ Zovatto identifica 50 consultas populares y, de ellas, el 74% (37) provienen “desde arriba” (2014, pp. 49-50). Sin embargo, en un trabajo previo, con un universo de 49 consultas (que son el número que enumera en sus cuadros en ambos trabajos), indica que 73% (36) tienen un origen “desde arriba” (Zovatto, 2010, p. 109).

²⁹ Lijphart, 1984. Citada por Sáenz Royo, 2016, p. 131.

buscar que puedan ser un complemento a la democracia representativa en el modo en que se regulan y se implementan, además de generar regulación que evite su eventual uso o manipulación política por los gobiernos. En ese sentido, tienen la potencialidad de “transformar la democracia”, ya que se permite democratizar la agenda política y promover la participación ciudadana, pero que, como se ha señalado, para contrarrestar sus posibles aspectos negativos (de afectación de otros mecanismos de intermediación y representación, se debe atender prioritariamente el modo de la regulación (Lissidini, 2010, p. 87), que implica, como temas centrales (Sáenz Royo, 2016, pp. 145-148)³⁰, decidir sobre si se establecen o no porcentajes mínimos de participación o asistencia el día de la consulta, así como la mayoría de votos requerida para su aprobación, con la posibilidad de evaluar mecanismos de protección de minorías, como exigir “dobles mayorías” para que una iniciativa se apruebe, tanto del total de la población como de cierta cantidad de circunscripciones territoriales³¹, para garantizar así el pluralismo al que antes se hacía referencia, lo que se hace sobre todo en Estados complejos, como Suiza³².

En ese contexto, es cierto que existen dificultades para que estos mecanismos brinden una participación plena y la ciudadanía pueda contar con la información suficiente y deliberar, en el marco del uso de los mecanismos de democracia directa, pero ello debería derivar, en todo caso, en reforzar los mecanismos de difusión de las iniciativas que se buscan someter a consulta o decisión y en promover un verdadero intercambio participativo, más que a suprimir este tipo de consultas, las cuales, como hemos señalado, pueden servir para canalizar las demandas y generar un involucramiento más directo de la ciudadanía en los asuntos más relevantes, a

³⁰ Se omite hacer referencia al tercer tema que debe ser objeto de regulación según la autora referido a “los efectos jurídicos de la aprobación por referendo” (Sáenz Royo, 2016, p. 148), ya que se aludirá a ello a propósito de la supuesta tensión entre constitucionalismo y democracia.

³¹ Sin embargo, este pluralismo puede ser una de las dificultades como límites en la creación del referéndum (el otro es territorial). Una vía interesante para abordar este pluralismo es exigir más de una mayoría en el referéndum para la aprobación (“doble mayoría”) (Tierney, 2018, p. 16).

³² “Art. 142 Majorités requises

1 *Les actes soumis au vote du peuple sont acceptés à la majorité des votants.*

2 *Les actes soumis au vote du peuple et des cantons sont acceptés lorsque la majorité des votants et la majorité des cantons les approuvent.*

3 *Le résultat du vote populaire dans un canton représente la voix de celui-ci.*

4 *Les cantons d'Obwald, de Nidwald, de Bâle-Ville, de Bâle-Campagne, d'Appenzell Rhodes-Extérieures et d'Appenzell Rhodes-Intérieures comptent chacun pour une demi-voix”* (Transcripción en uno de los idiomas oficiales del país: francés).

fin de que brinde legitimidad en los principales procesos de toma de decisiones. En ese sentido, seguimos a quienes consideran que resulta importante que la campaña garantice difusión y deliberación, por lo que la regulación debe incidir en algunos aspectos: la claridad de la pregunta (incluso ante asuntos complejos o pluralidad de temas que deben consultarse en el marco de una reforma constitucional o un tratado), la participación de los diferentes actores políticos durante el desarrollo del proceso y antes de la votación (para que la ciudadanía pueda conocer los argumentos a favor y en contra para emitir así una decisión informada) y establecer un plazo suficiente para la campaña (que justamente permita que la ciudadanía reciba la adecuada información) (Sáenz Royo, 2016, pp. 137-143).

Desde nuestra perspectiva, además de los mecanismos para promover la participación y verdadera deliberación, resulta central prestar atención a la formulación de las preguntas, tanto respecto de a quien o quienes se confía esta tarea (si puede ser el gobierno o debe ser un ente independiente, como los organismos electorales) (International IDEA, 2008, p. 55), para asegurar una redacción neutra y que no tenga un sesgo a favor de una posición u otra³³, como el propio modo de su formulación. Sin que esto sea una realidad cerrada, parecen útiles perspectivas que derivan en no combinar preguntas concretas y abstractas, que exista una conexidad respecto de los asuntos que se incluyen en una misma pregunta y no combinar consultas sobre normas de diferente jerarquía (Comisión de Venecia, 2020, p. 14)³⁴.

El 17 de noviembre de 2021, el Tribunal Constitucional peruano también hizo referencia este tema, al publicar una sentencia, en que alude a la necesidad de que las preguntas objeto de consulta en el referéndum cumplan con “parámetros constitucionales”, por lo que deben garantizar neutralidad (“no enfatizar o

³³ Uno de los cuestionamientos en el año 2018 respecto del referéndum planteado en el Perú fue la formulación de las preguntas, lo que finalmente recayó en el Poder Ejecutivo al ser dicha entidad la que había presentado los proyectos normativos que derivaron en las normas que iban a ser consultadas vía referéndum, y tras haber sido ello aceptado en dichos términos por la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Jurado Nacional de Elecciones. El modo en que se planteó fue impugnado y finalmente el recurso rechazado por el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones (Resolución 3264-2018-JNE). Es probablemente uno de los temas en cuya regulación deba incidirse posteriormente, como también han advertido algunas instancias internacionales (Organización de los Estados Americanos, 2018).

³⁴ Emplea las denominaciones de “unidad de forma”, “unidad de contenido”, “unidad de nivel jerárquico”, similares a la “unidad de forma” y “unidad de materia” de la Constitución Suiza (artículo 139 numeral 3).

predisponer la respuesta de los electores en algún sentido”) y que la pregunta “debe tener relación directa con la materia objeto de consulta” (TC, 2021b, FJ 63), como se explicará también brevemente en un próximo apartado.

Sin embargo, nuestra principal preocupación proviene de formular preguntas claras que no generen confusión ni inducción y permitan a la ciudadanía realmente expresar su voluntad a favor o en contra de la iniciativa consultada. En el caso Fonavi, por ejemplo, para hacer referencia al caso que motiva el inicio de las reflexiones para el presente trabajo, se cuestionó que la pregunta: ¿Aprueba el “Proyecto de Ley Devolución del dinero del FONAVI a Trabajadores que contribuyeron al mismo? pudiera resultar confusa para la ciudadanía. No se admitió la impugnación formulada al respecto (por extemporánea) y la pregunta se planteó en dichas condiciones, tema sobre el cual valdría la pena reflexionar hacia el futuro (tanto desde la regulación como la puesta en práctica de dicha normativa en el diseño), a fin de este tema -que para muchos puede parecer menor- no constituya un mecanismo que pueda afectar la libre manifestación de voluntad que busca expresarse vía la consulta popular de referéndum.

Adicionalmente, el peligro de su posible cooptación (por gobiernos, grupos políticos u otras élites) también puede controlarse, al menos desde una perspectiva de transparencia de quienes promueven las iniciativas y contribuyen a su difusión, así como de los fondos para la financiación de estas actividades, al igual que al dar la oportunidad a promotores y detractores de poder brindar a la ciudadanía sus argumentos frente al tema en consulta. Incidir en esta regulación, más que pretender reducir su alcance, consideramos que es el gran reto para dar eficacia a los mecanismos de democracia directa, como manifestación de verdaderos derechos de la ciudadanía.

2. El Tribunal Constitucional peruano y el análisis de sus consideraciones sobre el referéndum

El referéndum también ha sido objeto de pronunciamientos por el Tribunal Constitucional peruano, a través de diversas sentencias y resoluciones (STC 0003-1996-AI/TC; STC 014-2002-AI/TC; STC 028-2005-PI/TC; STC 1078-2007-PA/TC, STC 3283-2007-PA/TC³⁵, RTC 5180-2007-PA/TC y STC N° 0007-2012-PI/TC³⁶), que ha interpretado sus alcances y límites, de conformidad con la Constitución y la ley, cuyos parámetros también aportan en el análisis del referéndum, especialmente, para efectos del presente trabajo, respecto de los que provienen de iniciativa ciudadana.

Cuando se revisa estas sentencias, se puede constatar algunos elementos interesantes, que tienen distinto alcance de aplicación a los temas del presente trabajo de investigación. Nuestro objetivo será destacarlos, pero además plantear un análisis -al menos preliminar- respecto de ellos, a fin de enriquecer nuestro enfoque respecto del referéndum proveniente de iniciativa ciudadana.

2.1 ¿El referéndum es un derecho autónomo o manifestación del derecho de participación política? (STC Exp. N° 0003-1996-AI/TC)

Una de las primeras sentencias en las que se debate el tema de referéndum es la relativa a una demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley N° 26592, la cual planteaba la modificación de los artículos 13, 15 y 16 de la ya citada Ley N° 26300.

Los cambios planteados por la referida ley eran los siguientes:

³⁵ El análisis de esta sentencia y de la RTC 5180-2007-PA/TC se efectuará en el capítulo relativo al caso Fonavi.

³⁶ Esta sentencia fue emitida respecto de la ley aprobada en referéndum para el caso Fonavi, por lo que resulta también interesante analizar sus alcances.

Cuadro N° 1: Cambios a la Ley N° 26300 por Ley N° 26592

	Ley N° 26300 original (y vigente³⁷)	Ley N° 26592 (publicada el 18 de abril de 1996)
Artículo 13	El Congreso dictamina y vota el proyecto en el plazo de 120 días calendario.	El Congreso dictamina y vota el proyecto en el plazo de 90 días calendario.
Artículo 15	Si existiese uno o más proyectos de ley que versen sobre lo mismo que el presentado por la ciudadanía, se procede a la acumulación de éstos, sin que ello signifique que las facultades de los promotores de la iniciativa o de quien lo represente queden sin efecto.	Artículo 15.- Si existiese uno o más proyectos de ley, que versen sobre lo mismo o que sean similares en su contenido al presentado por la ciudadanía, se votará cada uno de ellos por separado en el Congreso".
Artículo 16	El Proyecto de ley rechazado en el Congreso puede ser sometido a referéndum conforme a esta ley. Asimismo, cuando los promotores juzguen que al aprobarla se le han introducido modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad primigenia podrán solicitar referéndum para consultar a la ciudadanía sobre su aprobación.	Todo referéndum requiere una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso , la misma que puede ser sometida a referéndum conforme a esta ley, siempre que haya contado con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso.

Fuente: Leyes N° 26300 y 26592 - Elaboración propia

Los cambios tenían diferente naturaleza y alcances. Como se puede constatar, el primero implicaba que el Congreso debía efectuar una votación en un menor plazo de la iniciativa legislativa (90 días, en vez de 120). El segundo tema planteado por la ley es que no se pueda acumular proyectos de ley provenientes de iniciativas ciudadanas, pese a tener el mismo contenido. En ese supuesto, se exigía votar proyectos del mismo y hasta similar contenido, de manera independiente por el Congreso (lo que podía hacer engorroso el trámite y, especialmente, generar

³⁷ Mediante Ley N° 27520, publicada el 26 de setiembre de 2001, se restableció la plena vigencia de los artículos 13, 15 y 16 en su versión original.

mayores condiciones para frustrar su aprobación, al someter el mismo asunto a distintos momentos de debate). Sin embargo, desde nuestra lectura, los problemas sobre restricciones a la iniciativa ciudadana provienen especialmente del tercer cambio introducido por esta ley. En ese sentido, la tercera modificación incorporaba una exigencia que, desde nuestro parecer, podría considerarse irrazonable: solo procedía el referéndum siempre que haya una iniciativa legislativa desaprobada que, al momento de votar su aprobación, haya conseguido al menos dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso (por entonces, más de 48 votos, al tener 120 representantes en el Parlamento).

Es en ese contexto que se interpone la demanda de inconstitucionalidad bajo análisis. Los cuestionamientos³⁸ se dirigen a esta última disposición normativa, ya que cuestionan la necesidad de la votación favorable mínima del Congreso como contraria al artículo 31 de la Constitución, en la medida en que dicho artículo “no exige requisito alguno contrario a la naturaleza misma de esta institución”. Se señala que se condiciona y supedita inconstitucionalmente “la validez de la expresión de voluntad de vastos sectores de la población, al supuesto habilitante de que siempre se cuente con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso”; y que “lo que en realidad plantea es recortar y limitar de los procesos del referéndum”. Finalmente, alegan que la ley aprobada modifica la Constitución sin seguir el procedimiento de reforma constitucional, ya que el artículo 32 de la Norma Constitucional establece las únicas materias que no pueden ser sometidas a referéndum y en este caso se crea “otra categoría prohibida”, referida a las leyes que no hayan obtenido la votación favorable mínima exigida en el Congreso.

El Congreso, como institución demandada, defiende la constitucionalidad de esta ley. Niega que se desnaturalice el referéndum, sino que alega que “precisa los requisitos para que se pueda promover un referéndum” y se alude a que los demandantes confunden los requisitos para que se pueda promover este tipo de

³⁸ Se extraen de la sentencia bajo análisis.

consultas, que son actos previos y distintos a la consulta misma. Agrega que la ley aprobada mantiene a la ciudadanía como legitimada y no mezcla a dos sujetos legitimados (ciudadanía y Congreso); además, que la Constitución establece el derecho, pero que es la ley la que debe establecer condiciones y requisitos para su ejercicio. Según se afirma, se trata de “normas de desarrollo constitucional” que armonizan democracia directa y representativa, como dos “canales de participación ciudadana” para expresar la voluntad ciudadana de la manera más adecuada. Finaliza con que la ley aprobada no modifica la Constitución, sino que establece el procedimiento para el ejercicio del “derecho al referéndum” y que, sin crear otra materia normativa no sujeta a referéndum, establece “requisitos que garanticen que la iniciativa del referéndum reúna condiciones mínimas que justifiquen su consulta a la ciudadanía”.

Al resolver esta causa, el Tribunal Constitucional consideró, por cinco votos, que la normativa impugnada era contraria a la Constitución y, pese a ello, no pudo declararla inconstitucional. En ese momento, regía la regla (en la entonces vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³⁹) que establecía la necesidad de contar con seis votos conformes al interior de este organismo constitucional para poder declarar inconstitucional un dispositivo legal⁴⁰. Dicha circunstancia impidió declarar la ley inconstitucional. Sin perjuicio de ello, en el voto mayoritario, se resalta lo siguiente (Tribunal Constitucional - TC, 1996):

- El referéndum es el procedimiento mediante el cual el pueblo o el cuerpo electoral decide en definitiva y en forma directa algunas cuestiones relativas a la legislación.

- Mediante el referéndum el pueblo participa de la actividad constitucional, legislativa o administrativa; y colabora directamente en la formulación o reforma

³⁹ Artículo 4 de la derogada Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁴⁰ Aunque excede los alcances de este trabajo, vale decir que supeditar la declaratoria de inconstitucionalidad a conseguir esta cantidad de votos que impliquen casi unanimidad (6 de 7 magistrados) puede ser considerado también contrario a la Constitución, al afectar las competencias del supremo intérprete de la Constitución, de velar por la supremacía de esta Norma Fundamental.

de una norma constitucional o legislativa o en la formación de un acto administrativo. Con ello, las funciones del gobierno son ejercidas en forma directa por el pueblo sin la intermediación de otras instituciones.

- El referéndum es el sistema de democracia directa, cuya iniciativa debe partir de un porcentaje de la ciudadanía, y el cumplimiento de los requisitos para realizarlo debe ser “función propia de los ciudadanos interesados en su realización”.
- El referéndum es uno de los derechos fundamentales “cuyo ejercicio no puede ser restringido, limitado o impedido por cualquier otra institución del contorno democrático”.
- El referéndum tiene naturaleza decisoria, por lo que se califica como un “acto decisorio autónomo”, cuya validez se supedita a que sea sometido a la votación popular y adoptada por él.
- Según el artículo 2 inciso 17 de la Constitución, se “ratifica que el referéndum es un derecho fundamental de la persona”.
- La Ley N° 26592 significa una “manifiesta restricción”, un “impedimento para la realización del referéndum”, por lo que contraviene el artículo 31 de la Constitución, que establece que es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano en el ejercicio de sus derechos, al impedir la realización de referéndum si en el Congreso no se obtuviera al menos los 48 votos a favor de la iniciativa legislativa.
- La Ley N° 26592 “desnaturaliza ampliamente las características del referéndum al condicionarlo a la intervención del Congreso”, que, pese a exigir una votación mayoritaria, podría impedir que el referéndum se realice, en contra de la voluntad del pueblo, como “legítimo titular de este derecho”, lo que desvirtúa el

sistema de democracia directa; se priva a la ciudadanía del “derecho a la autoconvocatoria a referéndum”, derecho que no puede ser desconocido y del que no se puede privar al electorado (también en Resolución N° 630-96-JNE, de 30 de octubre de 1996⁴¹). No es un simple requisito de la etapa previa, sino que puede afectar este derecho.

Con ello, pese a que la norma entonces impugnada se mantiene en el ordenamiento jurídico, al revisar este fallo, es posible resaltar un tema particularmente interesante para el debate: si el referéndum es un derecho fundamental de carácter autónomo o más bien una manifestación del derecho de participación política. En este caso, el Tribunal Constitucional parece optar expresamente por la primera alternativa al señalar, como se ha reseñado, que se trata de “uno de los derechos fundamentales del ciudadano, cuyo ejercicio no puede ser restringido, limitado o impedido por cualquier otra institución del contorno democrático”.

Este carácter del referéndum como un derecho autónomo también es aludido en un pronunciamiento posterior del Tribunal Constitucional, al referirse a las manifestaciones del “principio democrático” (artículo 45 de la Constitución):

Así pues, el principio democrático se materializa a través de la participación directa, individual o colectiva, de la persona como titular de una **suma de derechos de dimensión tanto subjetiva como institucional** (derecho de voto, **referéndum**, iniciativa legislativa, remoción, o revocación de autoridades, demanda de rendición de cuentas, expresión, reunión, etc.), así como en su participación asociada, a través de organizaciones orientadas a canalizar el pluralismo político. Tales organizaciones son los partidos y movimientos políticos, reconocidos en el artículo 35 de la Constitución (...). (énfasis agregado) (TC, 2006a, FJ 23).

Ahora bien, de la reseña normativa efectuada en el apartado anterior, tanto nacional como internacional, consideramos que se le califica más bien como un derecho incluido dentro del ámbito protegido del derecho de participación política. Ello se puede constatar, en el caso de la normativa interna, en lo referido al reconocimiento

⁴¹ En un criterio que se mantiene hasta hoy, el Tribunal Constitucional entonces en funciones señaló que tiene “autoridad de cosa juzgada”, por aplicación del artículo 181 de la Constitución, que establece la irrevisabilidad de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral.

constitucional expreso del derecho de participación política (artículos 2 inciso 17 y 31), en que destaca la posible incidencia de la ciudadanía en diversos aspectos, incluido el político y en asuntos públicos. Los modos en que se produce esta participación son tanto a través de la democracia representativa (delegación de poder al elegir autoridades o postulación a ser electo/a) y del empleo de mecanismos de democracia directa (entre los que destaca el referéndum). Se trata, en ese sentido, de una comprensión amplia del derecho de participación política como un derecho de estructura compleja⁴², en el que se enmarcan otros derechos fundamentales, todos igualmente exigibles. De igual modo, el considerarlo una manifestación del derecho a la participación política (directa, en oposición a la que se efectúa de manera indirecta a través de representantes) también parece ser la opción de los instrumentos internacionales antes citados como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21 numeral 1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23, numeral 1).

Es cierto que la autonomía de derecho fundamental, en el caso constitucional, podría provenir del artículo 3 de la Constitución⁴³, que, como se sabe, garantiza una protección de derechos más allá de los expresamente reconocidos en el texto constitucional; sin embargo, consideramos que ello no resulta necesario y hasta podría ser contraproducente para su pleno reconocimiento. Además, debe precisarse que el solo hecho de no atribuirle un carácter autónomo no le quita exigibilidad al referéndum ni tampoco reduce su posible ámbito de protección o su eficacia. Nuestra interpretación es que el Tribunal Constitucional buscaba reforzar estos dos aspectos, así como visibilizar su importancia, especialmente debido a que se encontraba analizando una norma legal que restringía sus alcances. No obstante ello, no consideramos imprescindible brindar esta autonomía de derecho fundamental para garantizar su tutela y eficacia y más bien consideramos que

⁴² Es decir, un derecho que incluye, en su contenido protegido, a su vez a otros derechos, como sucede también, por ejemplo, con el derecho al debido proceso.

⁴³ "Artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

considerarlo dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho de participación política le brinda una tutela adicional proveniente también de los instrumentos internacionales cuya regulación está encaminada en ese sentido.

Desde nuestra perspectiva y tras el análisis, pese a algunos temas de insuficiente claridad⁴⁴ o que ya no tienen vigencia⁴⁵, este fallo incide en el rol que este tipo de consultas le otorga a la ciudadanía, en el marco de una democracia participativa y, con ello, cumple el rol de ir dejando sentada la importancia de este tipo de consultas populares, incluso pese a que la ley, que desnaturalizaba los alcances del referéndum, se mantuviera vigente por la insuficiencia de votos para expulsarla del ordenamiento jurídico. Con ello, constituye un aporte para el análisis del referéndum y permite efectuar una reflexión de manera específica sobre lo relativo a si tiene o no naturaleza de derecho autónomo.

Sin perjuicio de nuestro enfoque sobre el tema, reconocemos que hay otras perspectivas al respecto, que sí inciden en su condición de derecho autónomo, con un contenido que protege iniciar o requerir la convocatoria de una consulta popular de referéndum (Wieland, 2011, p. 189) o que, al mismo tiempo, es un derecho autónomo (por ser parte de la lista abierta de derechos que enumera la Constitución en sus artículos) y un derecho de participación ciudadana (por la interpretación conjunta de la Constitución y la ley) (Cajaleón y Pomareda, 2021, p. 132). No obstante, como ya se ha señalado, su eficacia y obligatoriedad no se ve mermada porque se le otorgue carácter autónomo o se entienda como una manifestación del derecho de participación política.

⁴⁴ En ese sentido, la referencia a que la ciudadanía se “autoconvoca” a referéndum probablemente está pensado más bien en resaltar que se trata de una iniciativa que proviene de la ciudadanía mas que propiamente la “convocatoria” a un proceso electoral desde un enfoque formal (como emisión del decreto de convocatoria a elecciones o, como en este caso, a referéndum).

⁴⁵ Como sucede con la afirmación de que el Tribunal Constitucional tiene ahora una copiosa jurisprudencia según la cual es posible revisar decisiones del Jurado Nacional de Elecciones (en una interpretación bajo el principio de unidad y concordancia práctica de la Constitución, para la protección de derechos fundamentales).

2.2 ¿Reforma constitucional vía referéndum? (STC Exp. N° 0014-2002-PI/TC)

En este caso, la demanda de inconstitucionalidad se plantea contra la Ley N° 27600, Ley que suprime firma y establece proceso de reforma constitucional, que es cuestionada por el Colegio de Abogados del Cusco.

La referida ley, además de suprimir de la Constitución la firma del ex Presidente Alberto Fujimori, establece el procedimiento en que el Congreso buscaba impulsar la reforma constitucional para aprobar una nueva Constitución. En ese sentido, en su artículo 2, dispone lo siguiente:

La Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometido a referéndum. De ser aprobado quedará abrogada la Constitución de 1993.

Adicionalmente, en su artículo 3, prevé que, en el proceso de reforma, se promoverá “el más amplio debate nacional”, a través de la permanente realización de eventos académicos, entre otros “que tiendan a la difusión y discusión de las propuestas para el cambio constitucional”.

También, en su artículo 4, regula que la comisión antes citada del Congreso “centraliza los proyectos y difunde las iniciativas que se sometan a su conocimiento”, en el marco de este procedimiento.

La demanda de inconstitucionalidad se sustenta, en lo central, en que contraviene la Constitución, ya que el Congreso se atribuye funciones del “poder constituyente originario”; no se trata de una facultad atribuida al Congreso; que el poder de reforma solo permite la modificación parcial; que emitir una nueva Constitución solo puede provenir del pueblo, a través de una Asamblea Constituyente, elegida con dichas facultades; que la ley cuestionada no fue aprobada como ley orgánica; y

que el retiro de la firma del Presidente de la República de la Constitución implica su despromulgación.

Si bien la mayor parte de la sentencia se enfoca en la reforma constitucional y sus posibles alcances (reforma total y parcial, límites materiales a la reforma, nueva Constitución y sustitución, el poder constituyente y constituido), sí hace referencia a algunas cuestiones vinculadas con el referéndum.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional (2003) establece:

- La prohibición de que determinadas materias puedan ser objeto de referéndum (artículo 32, segundo párrafo de la Constitución) no implica restringir la reforma de la Constitución (como límites materiales a la potestad de reforma constitucional⁴⁶); dicho artículo constitucional establece también las materias que son susceptibles de ser sometidas a referéndum, lo que incluye las reformas constitucionales, conforme también al artículo 206 de la Constitución (FFJJ 91-99).
- El poder constituyente (para aprobar una Constitución) no solo puede expresarse a través de una Asamblea Constituyente. Cuando se decide por este mecanismo y se condiciona la aprobación de la nueva Constitución a que sea ratificada mediante referéndum, el pueblo mantiene el poder constituyente, con “la capacidad soberana de aceptar o desestimar la obra de sus representantes”. Diferente es el caso en que se encomienda la elaboración y aprobación de la nueva Constitución a la Asamblea Constituyente, supuesto en el cual esta es

⁴⁶ Sin embargo, establece que hay límites a la reforma: formales y materiales: los primeros, referidos al procedimiento; los segundos a contenidos que son esenciales a la Constitución y que su modificación implicaría la destrucción de la Constitución. Entre los límites materiales a la reforma, el Tribunal Constitucional (luego de reconocer que pueden ser expresos como “cláusulas pétreas” o implícitos) incluye (entre los implícitos): los principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado (TC, 2003, FJ 76). También, posteriormente, consideró que, dado el carácter constitucional del Estado, era necesario contar con límites materiales, con un “núcleo irreformable”, una “cláusula de intangibilidad”, que implica que el Congreso de la República no puede reformar la Constitución para “variar el sistema democrático de gobierno, para sustituir el régimen ‘representativo’, para modificar la Constitución económica o para alterar el principio de alternancia del gobierno, a tenor de los artículos 1, 3, 43 y 58 de la Constitución (...). Los derechos fundamentales son consustanciales al Estado social y democrático de derecho” (TC 2005a, FJ 35).

“expresión del auténtico Poder Constituyente Originario, ya que el contenido de su obra sólo (sic) depende de sí mismo” (FFJJ 110-112).

- En nuestro ordenamiento, en el que “se ha constitucionalizado la función constituyente”, es posible que el proyecto de una Constitución sea elaborado por el Congreso de la República, para posteriormente someterlo “a la decisión del soberano, a través del referéndum” (FJ 113). En ese supuesto, el Congreso no asume condición de poder constituyente ni la elaboración de una nueva Constitución es “ejercicio de una función constituyente”, debido a que “la decisión de aprobarla o no, [no] depende de él, quien únicamente se limita a proponer un proyecto de Constitución, sino del mismo Poder Soberano” (FJ 114). Por ello, consideró que la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en el Congreso (entonces en curso) “necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso”. Esta aprobación debe darse a través de referéndum como “la única forma como puede expresarse directamente el Poder Constituyente”. En ese contexto, el pueblo actúa “en calidad de Poder Constituyente”, la aprobación la realiza él mismo y su decisión es “elemento constitutivo” en la elaboración de la nueva Carta Fundamental. Diferencia, así, del rol del pueblo como “poder constituido” cuando opera una reforma parcial (en que “la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia”) de cuando, frente a una reforma total, opera como titular del “poder constituyente”, en que el pueblo aprueba la Constitución él mismo (“su decisión es elemento constitutivo de su elaboración”) (FJ 115).
- El pueblo, como legitimador de poderes constituidos, se expresa a través de la elección de autoridades y cuando se somete a consideración la aprobación de determinadas leyes o reformas parciales de la Constitución. El ejercicio de los derechos de participación y control ciudadanos, que incluye los de iniciativa de reforma parcial, se realiza de “conformidad con la Constitución”, por lo que el pueblo actúa como “poder constituido”, ya que, si actuara como poder

constituyente, no sería objeto de limitaciones jurídicas más allá de las que él mismo pudiera autoimponerse (FJ 116).

Al igual que en el caso anterior, esta sentencia permite destacar elementos vinculados con el referéndum. En ese sentido, se convalida un mecanismo de reforma constitucional alternativo a los regulados en el artículo 206 de la Constitución: la regla, votación por mayoría absoluta del número legal de congresistas más referéndum; o, como excepción, votación por mayoría calificada de más de 2/3 del número legal de congresistas en dos legislaturas ordinarias sucesivas (un mínimo de 87 votos)⁴⁷. Ello debido a que el producto del trabajo que inicia bajo la Ley N° 27600 (a cargo de una Comisión del Congreso) será sometido a aprobación de la ciudadanía por referéndum, que es la que brindará legitimidad a la reforma.

Ahora bien, aunque excede los alcances del presente trabajo, nos parece importante exponer al menos brevemente los alcances del debate que se plantea ante la posibilidad de un referéndum directo para intentar una reforma total de la Constitución (con o sin Asamblea Constituyente). Al respecto, hay quienes plantean que indefectiblemente se requiere una previa aprobación del Congreso, debido al tenor del artículo 206 de la Constitución al regular las votaciones y procedimientos antes mencionados (“toda reforma constitucional”) (Cairo, 2021⁴⁸; Palacios, 2021; Wieland, 2011, pp. 258-266). Desde este enfoque, para considerar la posibilidad de una reforma constitucional total, debería modificarse la Constitución siguiendo este procedimiento y con ello permitirlo expresamente, e incluir, si se considera, el mecanismo de la Asamblea Constituyente. Es, por ejemplo, lo que se viene

⁴⁷ Se sigue la interpretación del artículo 206 de la Constitución según la cual la realización del referéndum es más bien la regla, que puede omitirse, en el procedimiento con exclusiva participación del Congreso (Wieland, 2011, pp. 236-237).

⁴⁸ Aunque, como se señala también en la entrevista, considera que se habilita emplear el mecanismo de la Asamblea Constituyente siempre que exista amplio consenso político, como se indica existió en el Perú 1978-1979 (Cairo, 2005, p. 143). Al respecto, como cita también Cairo en un trabajo posterior (Cairo, 2010, pp. 17-18), no debe perderse de vista que, según afirma Pedro Planas, una Constitución de consenso se genera: en los ámbitos electoral, político y constituyente, según la participación plural de las fuerzas políticas, la autonomía de la labor del constituyente respecto del gobierno y el poder, así como el libre debate con vocación de diálogo y acuerdo entre las fuerzas políticas participantes, respectivamente (Planas, 1999, p. 557).

realizando en Chile⁴⁹ y antes en países como Bolivia⁵⁰, por citar algunas experiencias recientes de la región.

Desde otra perspectiva, se considera que podían surgir alternativas distintas para el cambio constitucional, que también permiten la posibilidad de una consulta directa vía referéndum a la ciudadanía.

En ese sentido, no puede dejarse de resaltar el Informe Final de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional (2001), que estableció hasta tres alternativas para reformar la Constitución de 1993: (a) que el Congreso declare la nulidad de la Constitución de 1993 y la vigencia de la Constitución de 1979 (y convalide las acciones que se hubieran realizado durante su vigencia), (b) utilizar los mecanismos previstos por la Constitución de 1993 para una reforma total de la Constitución sobre la base de la Constitución de 1979 (con reformas de actualización), o (c) aprobar una ley de referéndum para consultar al pueblo si (i) quiere retornar a la Constitución de 1979 o (ii) aprobar una nueva Constitución que recoja “lo mejor de la tradición histórica del Perú”, en ambos casos a través de una Asamblea Constituyente.

En la sentencia bajo análisis se mencionan estas tres alternativas, al evaluar y confirmar la constitucionalidad de la Ley N° 27600, por generar un mecanismo que finalmente derivaría en un referéndum para consultar a la ciudadanía si aprobaría

⁴⁹ A través de la Ley 21200, publicada el 24 de diciembre de 2019, se modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de Chile, sobre Reforma de la Constitución, a fin de que el Presidente de la República convoque a un plebiscito nacional que consulte a la ciudadanía si quiere una nueva Constitución y también el órgano que debería redactar esta nueva Constitución (una Convención Constitucional, formada por miembros elegidos por votación popular, o una Convención Mixta Constitucional, formada por miembros elegidos y por congresistas en ejercicio, así como otras reglas para que puedan operar estos órganos y, en un periodo de nueve meses prorrogable por tres meses más, redactar un texto de nueva Constitución, que será sometido a la ciudadanía para la aprobación o rechazo de la propuesta (<https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340&idParte=10085125&idVersion=2019-12-24>).

Como se sabe, el 25 de octubre de 2020, la ciudadanía chilena aceptó mayoritariamente contar con una nueva Constitución, así como que el órgano encargado de elaborar la propuesta sea una Convención Constitucional; las elecciones para Convención Constitucional se realizaron el 15 y 16 de mayo de 2021; la Convención Constitucional se instaló el 4 de julio de 2021 y actualmente se encuentran trabajando en el texto, que deberán someter posteriormente a la aprobación de la ciudadanía.

⁵⁰ Mediante Ley N° 2631, de 20 de febrero de 2004, se reformó la Constitución entonces vigente (de 1967, modificada en 1994) para establecer en el artículo 232 lo siguiente:

“Artículo 232°.- La Reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de convocatoria, la misma que señalará las formas y modalidades de elección de los constituyentes, será sancionada por dos tercios de voto de los miembros presentes del H. Congreso Nacional y no podrá ser vetada por el Presidente de la República”.

o rechazaría el texto que preliminarmente elaboraría la entonces denominada Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Congreso de la República.

Ahora bien, esta misma sentencia, como se había señalado, diferencia la reforma total y parcial (cuya distinción no se basa en un criterio de cantidad de artículos) (TC, 2003, FFJJ 122-123).

Cuadro N° 2: Reforma parcial vs. reforma total de la Constitución

Reforma parcial	Reforma total
No según número de artículos	
No según cambio de redacción	
Depende de cambios de “núcleo duro” / “Constitución histórica”	
	Modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993.

Fuente: STC Exp. N° 0014-2002-PI/TC, FFJJ 122-123 - Elaboración propia

La sentencia distingue también el sustento constitucional de la reforma total y la reforma parcial de la Constitución: el artículo 206 aplica en el primer supuesto; el artículo 32 numeral 1, en el segundo (TC, 2003, FJ 88). Posteriormente, también el Tribunal Constitucional ha indicado que las reglas básicas para la reforma constitucional se derivan de ambos artículos constitucionales que otorgan “(...) tal facultad al Congreso de la República y al pueblo directamente a través del referéndum” (TC, 2006b, FJ 13).

En ese sentido, a través de una interpretación sistemática, que armonice y compatibilice el contenido normativo de la Constitución, esto habilitaría a que, además de emplear el procedimiento ordinario de reforma de la Constitución (del artículo 206 de la Constitución), se pueda realizar una reforma total de la

Constitución mediante un referéndum directo. El sustento sería que el artículo 32 de la Constitución⁵¹ incluye a la reforma total entre las materias que pueden ser sometidas a referéndum, así como que el titular del poder constituyente (originario, con una nueva Constitución, y derivado, con su reforma) es el pueblo (Eguiguren, 2021, pp. 231-249) y es el que puede decidir optar por este tipo de reformas.

Adicionalmente, derivando ello también de los artículos 31 y 32 de la Constitución y de la sentencia antes citada (TC, 2006b, FJ 13), se señala que “la reforma total y parcial de la Constitución también le corresponde al pueblo, directamente, en ejercicio de su derecho de referéndum”, para no vaciar de contenido este derecho (López, 2019, pp 30-31, 44-46). Y que del artículo 32 numeral 1 de la Constitución, que se refiere a la “reforma total”, se deduce que “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 mismo por el congreso” (Blancas, 2016, pp. 186-187). Asimismo, quienes coinciden con esta perspectiva, pero que consideran sería mejor explicitarlo vía una reforma constitucional (Cajaleón y Pomareda, 2021, pp. 138-139).

Por tanto, al margen incluso de si se califica o no como derecho autónomo (como ya se analizado), nuestra interpretación es que la regulación constitucional habilita a la posibilidad de reformar de manera total la Constitución vía un referéndum por iniciativa ciudadana. Para ello, es posible seguir el mecanismo directo que regula la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, por el cual se solicita por un número de ciudadanos no menor al diez por ciento del electorado nacional (artículo 38).

Al respecto, resulta relevante señalar que se ha adquirido diversos formatos o kits electorales para un referéndum directo, a fin de reformar de manera total la

⁵¹ “Artículo 32.- Pueden ser sometidas a referéndum:
1. La reforma total o parcial de la Constitución; (...)”.

Constitución, generalmente planteando expresamente como vía la Asamblea Constituyente (Oficina Nacional de Procesos Electorales - ONPE, 2021):

Cuadro N° 3: Iniciativas ciudadanas de referéndum para reforma total de la Constitución (en cronología inversa según año de presentación)

Iniciativa ciudadana de referéndum	Fecha	Promotor
Referéndum para convocar a una Asamblea Constituyente que redacte una nueva Constitución, que sustituya a la anterior para transformar el estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico, político, económico y social	28/10/2021	Percy Moreano Contreras
Referéndum para consultar a la ciudadanía la reforma total de la Constitución de 1993 a cargo de una Asamblea Constituyente, Popular, Soberana y Plurinacional	12/08/2021	Bernardo Jaime Quito Sarmiento
Referéndum para consultar a la población, si está de acuerdo con la reforma total de la Constitución de 1993 a cargo de una Asamblea Constituyente, popular y soberana	23/07/2021	Bernardo Jaime Quito Sarmiento
Ley de convocatoria a elecciones de la Asamblea Constituyente ciudadana	29/01/2021	Cesar Humberto López Ricci
Ley de convocatoria de referéndum nacional para someter a consulta ciudadana la reformar total de la Constitución Política del Perú de 1993 y elección de una Asamblea Constituyente	03/12/2020	José Alejandro Vega Antonio
Referéndum para consultar a la ciudadanía a la ciudadanía para redactar una nueva Constitución a cargo de una Asamblea Constituyente	15/11/2018	Lázaro Humberto Clemente Cáceres
Convocatoria a referéndum para consultar a la población, si está de acuerdo que se reforme la Constitución a cargo de una Asamblea Constituyente	31/10/2018	Wilson Melecio Aragón Ponce
Referéndum para que se consulte a la ciudadanía electoral del Perú para reformar de manera total la Constitución Política del país del año 1993 a cargo de una Asamblea Constituyente	17/10/2018	Luis Miguel Trinidad Abarca
Referéndum para convocar a una Asamblea Constituyente que redacte una nueva Constitución para transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico, político, económico y social	14/11/2012	Percy Moreano Contreras

Referéndum para la consulta popular sobre la reforma total de la Constitución Política del país del año 1993	13/08/2012	Luis Miguel Trinidad Abarca
La nueva Constitución debe ser hecha por una nueva Asamblea Constituyente (referéndum)	02/03/2003	Luis Miguel Martín Chunga Chávez

Fuente: ONPE (actualizada al 05 de noviembre de 2021) - Elaboración propia

Si bien, a la fecha, ninguna de estas iniciativas completó el número de firmas requerido para que se decida si se podía convocar a referéndum, sí hay un par de antecedentes en los casos más antiguos citados en el cuadro anterior (años 2003 y 2012) en que se debatió si era posible permitir la venta del formato para la recolección de firmas y, con ello, hacer una evaluación inicial sobre su viabilidad jurídica. Lo que había ocurrido es que en dichos casos es que la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) había negado la venta de los kits electorales, dichas decisiones fueron impugnadas y luego el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) declaró fundadas las apelaciones y, con ello, dispuso que se pueda iniciar con el recojo de firmas.

En el primer caso, ONPE inicialmente permitió la adquisición, pero, ante un pedido del Congreso, decidió declarar la nulidad de oficio de la venta debido a que consideró que “para el ejercicio del referéndum se debe presentar la solicitud de iniciación del procedimiento acompañada de la iniciativa correspondiente, esto es la materia normativa sometida a referéndum, y que la omisión en señalar tal texto constituye un vicio que anula la compraventa del kit electoral” (Resolución N° 073-2003-J-ONPE) (JNE, 2003).

Al respecto, el Pleno del JNE determinó que el procedimiento no se inicia con la venta del formato para recolección de firmas, sino que cuando el promotor reúne las firmas requeridas, presenta petición al JNE y esta institución envía la lista de adherentes al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil para su verificación y, solo con el informe favorable, se admite la iniciativa ciudadana (lo sustenta en los

artículos 4⁵² y 8⁵³ de la Ley N° 26300, así como el artículo 4 de la Ley N° 27706⁵⁴). Adicionalmente, descarta lo planteado en la resolución apelada en el sentido que lo pedido por el promotor constituye “un imposible jurídico que agravia el interés público, al pretender introducir vía referéndum una asamblea constituyente como mecanismo de reforma constitucional no previsto”, ya que resulta contradictorio con el supuesto vicio de nulidad de la venta del kit electoral al calificar una iniciativa que no ha recibido. Sin embargo, el argumento central es que la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional planteó tres alternativas para la reforma constitucional, entre las que, como se ha visto, se incluía la convocatoria a un referéndum y a una asamblea constituyente. Asimismo, se indica que el único tema en cuestión en ese momento era la entrega de formatos a un promotor, quien buscará recolectar las firmas para sustentar su pedido de referéndum, lo que no podía limitarse con “argumentos de carácter instrumental”, por afectar el derecho de participación política, ya que el poder emana del pueblo (artículos 2 inciso 17 y 45 de la Constitución), así como el “principio de participación democrática”⁵⁵; por todo ello, considera que la resolución impugnada es nula (JNE, 2003).

En el año 2012, se presenta un caso similar, que también motivó un pronunciamiento del JNE. La ONPE niega la venta del formato de recolección de firmas o kit electoral, entre otras razones, porque entiende que se trata del ejercicio del derecho a la iniciativa legislativa, el pedido no tiene claridad sobre si busca reformar de manera total la Constitución o solo modificar el artículo 206 de la Constitución, no señala el

⁵² “Artículo 4.- La solicitud de iniciación del procedimiento se presenta ante la autoridad electoral acompañada de la iniciativa correspondiente y la relación de los nombres, documentos de identificación, firmas o huellas digitales de los promotores de la iniciativa, así como del domicilio común señalado para los efectos del procedimiento”.

⁵³ “Artículo 8.- Cuando la verificación de las firmas y la habilitación de los suscriptores para votar en la jurisdicción electoral, en la que se ejerce la iniciativa resulte conforme a ley, la autoridad electoral emite resolución admitiendo la iniciativa ciudadana e incluyendo en ella, según corresponda, el texto del proyecto en caso de iniciativa normativa, el argumento que acompaña la iniciativa de Revocatoria o Remoción de Autoridades, el pliego de interpelatorio cuando se trate de Demanda de Rendición de Cuentas o la materia normativa sujeta a Referéndum”.

⁵⁴ Que agrega un último párrafo al artículo 6 de la Ley N° 26300: “Corresponde al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil la verificación de firmas de adherentes para dar inicio a cualesquiera de los procedimientos normados por la presente Ley.”

⁵⁵ Lo define como “modelo de comportamiento social y político, fundado en principios de pluralismo, tolerancia, protección de los derechos y libertades, así como la responsabilidad de los ciudadanos en la definición de su destino colectivo y su permanente participación en los procesos decisorios no electorales, al exigir el cumplimiento anticipado de un requisito en contravención de ley expresa, afectando los principios constitucionales antes citados”.

asunto o materia que busca regular, y no cumple con presentar el proyecto de ley (JNE, 2012).

Sobre este tema, el Pleno del JNE alude a los derechos de participación y control ciudadanos, de iniciativa legislativa y referéndum (artículo 2 inciso 17 de la Constitución) y que, entre las materias que pueden ser sometidas a referéndum, se encuentra la reforma total o parcial de la Constitución y la aprobación de normas con rango de ley (artículo 32 numerales 1 y 2 de la Constitución), lo que, en desarrollo de las normas constitucionales, se regula en la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (JNE, 2012, FFJJ 1-2). Indica que existe una imprecisión sobre el derecho de participación ciudadana que busca ejercer para reformar la Constitución, lo que advirtió la ONPE, pero asumió unilateralmente que se trataba de una iniciativa de reforma constitucional, lo que contravenía el principio de impulso de oficio y había impedido el ejercicio del derecho de participación ciudadana, por lo que debía declararse la nulidad de la resolución de ONPE y requerirle al promotor que indique qué derecho de participación ciudadana pretende ejercer, en qué consiste exactamente su pedido y cuál es la forma de materializarlo, y que ONPE debía emitir nuevo pronunciamiento, que debía ser informado al Pleno del JNE (JNE, 2012, FFJJ 8-12).

De otro lado, consideramos que también es posible derivar una fórmula alternativa por la cual, según la ya citada Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, se presenta una iniciativa de reforma constitucional con firmas equivalentes al 0.3% de la población electoral nacional (artículo 17), la cual debe ser tramitada por el Congreso. Y en el caso en que esta iniciativa fuera rechazada o “modificada sustancialmente” por el Congreso, sería posible completar las firmas requeridas y solicitar la convocatoria a un referéndum (artículos 16⁵⁶ y 41⁵⁷ de la Ley

⁵⁶ “Artículo 16.- El Proyecto de ley rechazado en el Congreso puede ser sometido a referéndum conforme a esta Ley. Asimismo, cuando los promotores juzguen que al aprobarla se le han introducido modificaciones sustanciales que desvirtúan su finalidad primigenia podrán solicitar referéndum para consultar a la ciudadanía sobre su aprobación”.

⁵⁷ “Artículo 41.- Si la iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, conforme a esta ley se podrá solicitar iniciación del procedimiento del Referéndum, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley”.

Nº 26300). Esta segunda alternativa exige incluso un ejercicio argumentativo mayor en la medida en que el artículo citado se refiere expresamente a “iniciativas legislativas”, no a “iniciativas de reforma constitucional”; sin embargo, consideramos que es posible una interpretación amplia de las “iniciativas legislativas” como iniciativas normativas, lo que incluiría también a las iniciativas de reforma constitucional, desde un análisis sistemático de la Constitución y la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, además de no existir razones sustantivas para diferenciar entre iniciativas legislativas e iniciativas de reforma constitucional que provienen de la ciudadanía.

Ahora bien, es importante destacar estos antecedentes, según los cuales -sobre todo el primero- el Jurado Nacional de Elecciones ha establecido, al menos preliminarmente, que es posible un referéndum directo de iniciativa ciudadana para la reforma total de la Constitución. Sin embargo, como se ha señalado, ninguna de las iniciativas presentadas hasta este momento con ese objetivo logró completar el número de firmas requerido, por lo que aún el JNE no ha tenido que explicitar su decisión sobre si procede o no convocar a referéndum directo en esos supuestos. Hasta ahora, su valoración se ha limitado a habilitar a la adquisición del formulario de recolección de firmas; en el primer caso, señalando que resulta una interpretación jurídica válida de la Constitución y la ley; mientras que en el segundo más bien exigiendo una mayor precisión sobre el pedido y presentar la iniciativa normativa, lo que también se desprende de la regulación del referéndum, como ya se ha señalado, que incide en una consulta de “textos normativos” (artículos 37 y 42 de la Ley Nº 26300) y no tiene una naturaleza plebiscitaria, es decir, se pregunta sobre aprobación de normas y no sobre temas o asuntos.

Entonces, bajo la regulación vigente, en caso se lograra completar el número de firmas necesario para activar esta consulta, sería el Jurado Nacional de Elecciones el que debería decidir sobre la realización de esta convocatoria, en aplicación de la Ley

de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos⁵⁸ y la Ley Orgánica de Elecciones⁵⁹, en un plazo no mayor de cuatro meses después de acreditado que la iniciativa cumple con el requisito de firmas⁶⁰, con la posible habilitación para postergar la realización de la consulta por la cercanía de otros procesos electorales, que permite su desarrollo simultáneo o en los cuatro meses posteriores (artículo 45 de la Ley N° 26300), además de acumularlo con otras iniciativas (artículo 46 de la Ley N° 26300). En otras palabras, similar a lo que se cuestiona en el presente trabajo de investigación, se atribuiría al JNE la valoración de la constitucionalidad de la iniciativa al decidir si convoca o no a un eventual referéndum para la reforma total de la Constitución. Una aceptación de la realización de la consulta, que, desde nuestra perspectiva, es perfectamente admisible desde una interpretación vía los principios de unidad y concordancia práctica de la Constitución (TC, 2005b, FJ 12) ante lo dispuesto en los artículos 32 numeral 1 y 206 de la Constitución, con ámbitos diferenciados para la reforma total y parcial de la norma constitucional, respectivamente.

Ante una eventual respuesta negativa por el JNE para realizar la convocatoria, sería posible interponer demandas de amparo, como se hizo en el caso del Fonavi, que se analizará posteriormente. Sin embargo, esto derivaría en una considerable demora en la realización de la consulta popular, y tampoco asegura un resultado favorable, pues depende del criterio interpretativo de los jueces constitucionales y, si se decide agotar las instancias, del Tribunal Constitucional.

De otro lado, como una nueva opción, siguiendo a la Comisión de Estudio de Bases de la Reforma Constitucional, también podría aprobarse una ley que establezca un procedimiento para la reforma total de la Constitución vía una Asamblea

⁵⁸ Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos: "Artículo 44.- La convocatoria a Referéndum corresponde efectuarla a la autoridad electoral en plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas".

⁵⁹ Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones:

"Artículo 80.- Corresponde al Presidente de la República iniciar el proceso electoral convocando a Elecciones, mediante Decreto Supremo, a excepción de lo dispuesto en la Ley de Participación y Control Ciudadanos".

"Artículo 82.- (...)La convocatoria a Referéndum o Consultas Populares se hace con una anticipación no mayor de 90 (noventa) días calendario ni menor de 60 (sesenta)".

⁶⁰ Se aplica el plazo de antelación de la convocatoria de la Ley N° 26300, por especialidad (al ser una iniciativa en ejercicio de derechos de participación ciudadana), frente a la Ley Orgánica de Elecciones.

Constituyente, que fue la tercera alternativa dispuesta, a la cual también, como se ha señalado, aludieron tanto el Tribunal Constitucional (al convalidar la constitucionalidad de la Ley N° 27600) como el Jurado Nacional de Elecciones (al permitir la compra del kit electoral para un referéndum directo en este sentido). En ese escenario, lo que debería aprobarse es una ley que regule el procedimiento para un eventual referéndum directo para consultar un texto normativo que señale si se aprueba o rechaza reformar de manera total la Constitución. Es en estricto lo que sucedió en el año 2001 cuando se aprobó la Ley N° 27600, aunque existió un muy amplio consenso político en ese contexto.

Las consideraciones antes expuestas podrían resumirse como sigue:

Cuadro N° 4: Procedimientos para la reforma constitucional en el Perú

	1) Art. 206	2) Iniciativa ciudadana	3) Ley
Procedimiento	Congreso (doble votación): 2/3 votos Congreso (50%+1) + referéndum	Alternativa A: Recojo de firmas para referéndum (10% electorado nacional). Alternativa B: Iniciativa de reforma constitucional (0.3% de firmas) + si rechazo o modificación sustancial: recojo de firmas para referéndum (10% electorado nacional).	Congreso aprueba ley (no exige mayoría calificada - doble votación)
¿Participa Congreso?	Sí	No / Sí	Sí

Fuente: Constitución y Ley N° 26300 - Elaboración propia

2.3 ¿Regionalización vía referéndum? (STC Exp. N° 0028-2005-PI/TC)

Esta demanda de inconstitucionalidad fue promovida por el entonces Presidente Regional de Lambayeque contra el artículo 22 de la Ley N° 28274, Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, promulgada el 8 de julio de 2004.

Dicho artículo planteaba un requisito de procedencia de la propuesta de conformación de regiones por el que debía mediar votación a favor de más del 50% de quienes acudieron a votar en el referéndum convocado para su aprobación.

El cuestionamiento proviene de invocar una restricción de los “derechos de los ciudadanos y colectividades del Perú”, al señalar que colisionan con el artículo 190 de la Constitución.

Al respecto, vale la pena destacar que este supuesto de consulta constituye una excepción a esta característica de que vía referéndum se consulta temas normativos, ya que, conforme al artículo 190 de la Constitución⁶¹, la pregunta es sobre un asunto en concreto: si pueden integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región, lo que, además, remite a una ley. Y realizar esta consulta es también una previsión del artículo 29 de la Ley de Bases de Descentralización, Ley N° 27783, que regula el procedimiento de conformación de regiones, e incluye el referéndum para aprobar la propuesta de integración.

La remisión a una ley especial (como es la Ley N° 28274) se refuerza por la Ley N° 26300, al enumerar este supuesto entre aquellos por los que procede el referéndum⁶².

⁶¹ “Artículo 190.- Las regiones se crean sobre la base de áreas contiguas integradas histórica, cultural, administrativa y económicamente, conformando unidades geoeconómicas sostenibles.

El proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y la Provincia Constitucional del Callao. Estos gobiernos son gobiernos regionales.

Mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región, conforme a ley. Igual procedimiento siguen las provincias y distritos contiguos para cambiar de circunscripción regional.

La ley determina las competencias y facultades adicionales, así como incentivos especiales, de las regiones así integradas.

Mientras dure el proceso de integración, dos o más gobiernos regionales podrán crear mecanismos de coordinación entre sí. La ley determinará esos mecanismos”.

⁶² “Artículo 39.- Procede el Referéndum en los siguientes casos:

(...) d) En las materias a que se refiere el Artículo 190° de la Constitución, según ley especial”.

En ese contexto de regulación especial es que considera el Tribunal Constitucional que se emite la Ley N° 28274, en el marco de la descentralización, la cual es definida por la propia Constitución como “una política permanente de Estado, de carácter obligatorio, que tiene como objetivo fundamental el desarrollo integral del país” (artículo 188), pero que, como también había señalado en un pronunciamiento previo (TC, 2004, FJ 3), admite límites al proceso descentralizador (TC, 2006c, FJ 4), lo cual es una forma de “reconocimiento de la unicidad e indivisibilidad del Estado” (TC, 2004, FJ 3), en el marco de la autonomía (aplicable a niveles de gobierno y a otras entidades como universidades) definida como la “capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, pero sin dejar de pertenecer a una estructura general de la cual en todo momento se forma parte, y que está representada no sólo por el Estado sino por el ordenamiento jurídico que rige a éste” (TC, 1997).

Sin perjuicio de que la sentencia se refiere en gran medida a la regionalización y la descentralización, se alude a algunos temas vinculados a la consulta de referéndum, que se considera importante resaltar (TC, 2006c):

- Se señala que el referéndum puede ser considerado como “una forma de encuesta general sobre una cuestión de índole general que merece una respuesta concreta por parte de la población (FJ 4).
- Se añade que es “una votación oficial para asuntos especiales, donde la opinión del electorado es solicitada para un tema específico” (FJ 4).
- La Ley N° 28274, que regula una exigencia específica para el escrutinio de votos, es la fórmula establecida por el legislador como mejor corresponde con el referéndum planteado. Se trata de materia electoral y es acorde con la Ley N° 26300 (FFJJ 8-9).

Probablemente el tema que más destaca de esta sentencia es el considerar a la consulta popular de referéndum como una “forma de encuesta general” sobre asuntos que merecen respuesta de la ciudadanía, así como calificarla de “votación oficial para asuntos especiales”, en las que se requiere opinión de la ciudadanía para materias específicas. Resulta interesante que se considere que, vía emitir su voto, se sondean las opiniones de la ciudadanía en temas de relevancia (“asuntos especiales”).

2.4 ¿Constitucionalismo vs. democracia? Control de una ley aprobada por referéndum (STC Exp. 0007-2012-PI/TC)

Este caso inició a instancias del Colegio de Abogados del Callao, que interpuso demanda de inconstitucionalidad contra la ley aprobada sobre Fonavi en el referéndum realizado el 3 de octubre de 2010 (conjuntamente con las Elecciones Regionales y Municipales de dicho año).

La Ley N° 29625, “Ley de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores que contribuyeron al mismo”, publicada el 8 de diciembre de 2010, planteaba, como su denominación lo indica, la devolución a todos los trabajadores del total actualizado de sus aportes, por diversas modalidades de “devolución efectiva” (como viviendas de interés social, terrenos urbanizados de interés social, así como devoluciones en efectivo, bonos, compensaciones tributarias y pagos compensatorios en deudas).

Se demanda la inconstitucionalidad de este dispositivo legal ya que, según se señala, tiene impacto presupuestario y debió seguir el procedimiento para aprobar la Ley de Presupuesto, así como porque se vulnerarían diversos principios constitucionales presupuestarios (como justicia presupuestaria, equilibrio presupuestario, unidad presupuestaria, exactitud, anualidad y programación), al igual que el principio de proporcionalidad.

En esta sentencia, además de analizar si se habría contravenido la Constitución según el fundamento planteado en la demanda, lo más interesante es el debate respecto de la propia procedencia de controlar leyes aprobadas por referéndum, como una forma en que se interrelacionan constitucionalismo y democracia.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional descarta que una ley aprobada por referéndum esté exenta de control constitucional, ya que, según indica, ello “implicaría asumir que la voluntad en él manifestada emana de un poder absoluto carente de límites jurídicos”, lo que no resulta conforme con la Constitución (TC, 2012, FJ 11).

Con ello, afirma que la democracia y el constitucionalismo conceptualmente se encuentran en “tensión”. Ello ya que la democracia tiene como valor fundamental la adopción de decisiones por mayorías (principio mayoritario), en la medida en que todos los sujetos con capacidad política son iguales en dignidad. Por su parte, el constitucionalismo propugna que existen límites materiales a toda decisión democrática (como los derechos fundamentales), que cuentan con dos mecanismos contramayoritarios para garantizarlos: la rigidez constitucional y la jurisdicción constitucional (TC, 2012, FJ 12).

Al respecto, el Alto Tribunal no considera que haya que optar por alguno de los extremos: “ni asuntos sobre los que la deliberación democrática no tenga nada que decir, ni libérrima voluntad popular” (TC, 2012, FJ 13). Se señala que los derechos fundamentales no pueden “ser asumidos como un ámbito inmune a la decisión democrática”, porque ello implicaría que su contenido es absoluto, lo que no sucede ya que este se define en conflicto con otros derechos o bienes constitucionales, de acuerdo a las características de cada caso concreto, bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad (TC, 2012, FJ 14).

Agrega que, pese a no responder a un “juicio cognoscitivo”, el contenido de los derechos no queda librado a lo que determine “una suma de voluntades”, ya que el

hecho de que los derechos respondan a cierto fundamento moral no significa que respondan a cualquier moral; adicionalmente, la teoría de la argumentación jurídica ha demostrado que también los juicios morales (lo que incluye el análisis del contenido de los derechos fundamentales y sus límites) pueden ser sometidos a ciertos controles de racionalidad (test de proporcionalidad) a cargo de la jurisdicción constitucional. Se precisa, además, que toda duda sobre la constitucionalidad de una ley debe resolverse a favor de la “decisión democrática”, es decir, presumir su constitucionalidad, al interpretar las leyes “conforme con la Constitución y el principio interpretativo de corrección funcional” (TC, 2012, FJ 14). Descarta así que pueda ser inadecuado hablar de “democracia constitucional” (TC, 2012, FJ 15).

En lo más vinculado con el tema materia de esta investigación, se hace referencia al Poder Constituyente, poder constituido y al referéndum. En ese sentido, precisa que el hecho de que el poder del Estado emane del pueblo (según el artículo 45 de la Constitución), no significa que, dentro del Estado Constitucional, el pueblo se mantenga como titular de un Poder Constituyente, sino que, al crearse la Constitución, todo poder deviene en un poder constituido (TC, 2012, FFJJ 15-16).

Por tanto, citando un pronunciamiento previo (TC, 2006a, FJ 22), que cita a su vez lo señalado anteriormente de manera reiterada (TC, 2005c, FJ 12), resalta la importancia de diversos elementos (entre ellos, la democracia directa), en el marco del principio democrático a fin de que exista realmente una “comunidad democrática” (TC, 2012, FJ 17):

(...) el principio democrático, inherente al Estado social y democrático de derecho, alude no sólo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2º, inciso 17, de la Constitución.

(...). Consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo (artículo 45º de la Constitución) y del principio de separación de poderes (artículo 43º de la Constitución), de **mecanismos de democracia directa** (artículo 31º de la Constitución), de

organizaciones políticas (artículo 35° de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de ésta. Entre éstos se encuentran los denominados derechos políticos, enumerados en los artículos 2°, inciso 17 y 30° a 35° (entre ellos destaca, de modo singular, el derecho de los ciudadanos a ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica), los derechos a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen (artículo 2°, inciso 4), de acceso a la información pública (artículo 2°, inciso 5), de reunión (artículo 2°, inciso 12) y de asociación (artículo 2°, inciso 13).

Una sociedad en la que no se encuentren plenamente garantizados estos derechos, sencillamente, o no es una comunidad democrática, o su democracia, por incipiente y debilitada, se encuentra, por así decirlo, ‘herida de muerte’ (énfasis agregado).

Adicionalmente, indica que, a través de un referéndum, el pueblo actúa como poder constituido, esto es:

cuando el pueblo se pronuncia democráticamente en un referéndum, no lo hace como un poder jurídicamente ilimitado, sino como un poder constituido, y por consiguiente, limitado, esencialmente por el respeto a la Norma Fundamental (TC, 2012, FJ 18) (énfasis agregado).

En ese sentido, se incide en el carácter limitado del rol del pueblo en el referéndum (como poder constituido), para resolver la tensión entre constitucionalismo y democracia que aborda en la sentencia, y así habilitar el control de leyes aprobadas por referéndum, además de optar por la llamada “deferencia del legislador”, ya que, ante la duda, privilegia la aplicación y mantenimiento de la norma cuestionada en el ordenamiento jurídico.

La sentencia del organismo constitucional (al invocar la Cuarta Disposición Final de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁶³) se apoya también en un pronunciamiento de la Corte

⁶³ Se refería a dicho artículo en el Código Procesal Constitucional entonces vigente, aprobado por Ley N° 28237, que señalaba lo siguiente:

“Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

En el llamado “nuevo” Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N° 31307, el artículo aplicable sería el VIII del Título Preliminar, que, con algunas modificaciones respecto del anterior (incluida la expresa posibilidad de un control de convencionalidad), indica lo siguiente:

“Artículo VIII. Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así

Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011) en la que dicho tribunal internacional declaró que se había producido la vulneración de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en específico del artículo 25, referido a la protección judicial), ya que Uruguay había aplicado la “Ley de Caducidad”, incluso pese a que su eventual derogación había sido consultada vía referéndum y plebiscito en dos oportunidades a la ciudadanía uruguaya (1989 y 2009) sin éxito. Al respecto, afirma lo siguiente (párr. 238-239):

El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha Ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia -recurso de referéndum (párrafo 2o del artículo 79 de la Constitución del Uruguay)- en 1989 y -plebiscito (literal A del artículo 331 de la Constitución del Uruguay) sobre un proyecto de reforma constitucional por el que se habrían declarado nulos los artículos 1 a 4 de la Ley- el 25 de octubre del año 2009, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquél.

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática de dichos actos y, en su caso, la sanción de sus responsables.

La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (*supra* párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (...).

Además, cuando se revisa con más detalle la sentencia, se verifica que la Corte Interamericana destaca una serie de casos en los cuales los tribunales nacionales han considerado también límites a los ejercicios de democracia directa vía control

como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos”.

constitucional (párr. 239 sobre Uruguay y notas al pie 298 y 299), como serían los casos de Costa Rica, Colombia y Suiza; los casos latinoamericanos serán objeto de desarrollo en próximos apartados.

Al respecto, desde algunas perspectivas, como la de Wieland, se discrepa del criterio de la sentencia del Tribunal Constitucional (incluso antes de su emisión) por estimar que la prohibición de modificación de normas aprobadas por referéndum por dos años, así como el mecanismo para su reforma -similar al de la reforma constitucional (artículo 43 de la Ley N° 26300⁶⁴) denotarían que “un proyecto normativo ratificado por el pueblo tendría un valor jurídico semejante al de una ley de reforma constitucional” y más específicamente, al constatar la ausencia de regulación sobre el posible control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional, afirma que habilitar ello “parecería contrario a toda lógica jurídica habida cuenta que el pronunciamiento del cuerpo electoral en un referéndum debe ser interpretado como expresión de la voluntad popular del pueblo soberano” (2011, p. 221). Pero, desde otras, se estima que para que exista un verdadero contrapeso y complemento entre democracia representativa y directa (o participativa), “el estatus de las reformas constitucionales y legislativas aprobadas en referendo se debería corresponder al de las reformas constitucionales y legislativas aprobadas parlamentariamente” (Sáenz Royo, 2016, p. 148).

Ahora, consideramos que esto abre un más amplio debate, que aquí no pretendemos agotar, sobre la tensión entre constitucionalismo y democracia, y que además puede devenir más intenso cuando la democracia contra la cual el constitucionalismo se contrapone es la directa o participativa, aquella que proviene de la expresión de voluntad de manera directa por la ciudadanía sobre determinados asuntos a través de su voto (para su rechazo o aprobación).

⁶⁴ “Artículo 43.- Una norma aprobada mediante referéndum no puede ser materia de modificación dentro de los dos años de su vigencia, salvo nuevo referéndum o acuerdo del congreso en dos legislaturas con el voto de dos tercios del número legal de congresistas. Si el resultado del referéndum deviene negativo, no podrá reiterarse la iniciativa hasta después de dos años”.

La democracia (entendida, en simplificación de sus alcances, con elementos mínimos de garantizar un sistema representativo, derechos básicos como la libertad y seguridad personal y participación popular en el poder político al menos para elegir el Parlamento) puede aparecer en contraposición con el constitucionalismo (que se caracteriza por propugnar la supremacía y rigidez de la Constitución, y el control externo de constitucionalidad (justicia constitucional), por la cual jueces ordinarios o constitucionales -generalmente no elegidos- controlan las leyes emitidas por autoridades elegidas como es el Congreso o Parlamento) (Ruiz Miguel, 2004, pp. 51 y 53, 58-63)⁶⁵, lo que puede configurar la existencia de “mecanismos contramayoritarios”.

En ese sentido, la propia Constitución caracterizada como rígida busca, en caso de plantear procedimientos agravados para su reforma, intensificar la deliberación previa o la confirmación de que la decisión corresponde a la voluntad mayoritaria de la ciudadanía o, vía cláusulas pétreas o de extrema rigidez, pone límites a las materias que se encuentran a disposición de las decisiones mayoritarias (Bayón, 2010).

Se contraponen así las decisiones de una autoridad democráticamente elegida (Congreso o Parlamento) que pueden ser revertidas por tribunales o cortes constitucionales, entidades que solo tienen legitimidad indirecta (por ser seleccionados por Congreso o Parlamento) al controlar su compatibilidad con la Constitución.

Desde posiciones críticas, se plantea que existe una “insuficiente legitimidad”, que configuraría “elitismo judicial” (Waldron, 2005), así como, desde otro enfoque, se considera que el activismo judicial puede derivar en autoritarismo o arbitrariedad judicial, ya que subestiman o transgreden componentes de autoridad del Derecho

⁶⁵ Nos centraremos en estos elementos, pese a los planteados por autores como Guastini, que incluye, además de la Constitución rígida, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la fuerza vinculante de la Constitución, la sobre interpretación de la Constitución, la aplicación directa de la Constitución, la interpretación de las leyes conforme a la Constitución y la influencia de la Constitución en las relaciones políticas (Guastini, 2003).

(como “valor de los textos, del imperio de la ley y de la división de poderes”) (Atienza, 2013 y 2011)⁶⁶. Otros lo enfrentan desde visiones centradas en la deliberación y en un tipo especial de ella (con un procedimiento democrático y deliberativo epistémico), razón por la cual consideran que no se justifica un control fuerte de constitucionalidad (“modelo robusto”), dado que los Parlamentos son superiores en términos epistémicos a los órganos jurisdiccionales (por el número de personas y diversidad de perspectivas representadas en el debate), aunque podría permitir modelos de constitucionalismo “débil”, en que exista una deferencia hacia el legislador como autoridad final, pese a que ello aún tiene margen de “ingeniería e imaginación constitucional” (Linares, 2015).

Para solucionar esta contraposición y defender la legitimidad de la justicia constitucional, se formulan diversas propuestas. Algunos proponen una solución desde un enfoque sustantivo, desde uno más bien “procedimental” o “procesalista” o ambos, al derivar esta legitimidad de la protección de los derechos fundamentales (como el “mínimo ético” y la “reserva de justicia de una comunidad política”) y también de que se establezca una protección de las reglas del juego democrático y que todos puedan acceder a los canales de participación política existentes (Barroso, 2019, pp. 29-30⁶⁷).

Bayón (2004) plantea dejar la dicotomía de elegir entre “una supremacía parlamentaria incondicionada” y el “Estado constitucional” (bajo un “constitucionalismo fuerte”) y optar por el que denomina “constitucionalismo débil”, por el cual se deja la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria, pero incorporando como importante consideración el contexto, las llamadas “circunstancias contingentes relativas a su comunidad política”, por las que se reconoce que tener el derecho a participar en igualdad de condiciones no implica que ello necesariamente se produzca en caso se forme parte de las minorías. De ello, deriva que, en esas circunstancias, no puede esperarse que “sistemáticamente las

⁶⁶ Citados por Sosa Sacio, 2017, p. 3.

⁶⁷ Para el primer enfoque, cita a Alexy, R.; mientras que, para el segundo, a Ely, J. H.

decisiones al respecto de la mayoría parlamentaria deban ser peores que las de los jueces constitucionales. Y si no hay por qué esperar del procedimiento democrático un menor valor instrumental, su superioridad desde el punto de vista de su valor intrínseco debe decantar la balanza en favor de soluciones que den la última palabra a la mayoría parlamentaria ordinaria” (p. 475).

Ahora, incluso Waldron, quien cuestiona esta falta de legitimidad⁶⁸ en la justicia constitucional, plantea posibles formas de mitigar esta “dificultad democrática”, entre lo que incluye un diálogo entre Tribunales Constitucionales y Congreso, que permita a este último defender formalmente la ley frente a una demanda presentada ante el órgano jurisdiccional⁶⁹ o una mayoría más elevada (incluso unanimidad) para dificultar el resultado de dejar sin efecto una norma por estimarla contraria a la Constitución (2018, pp. 23-24).

Al respecto, el debate es si esta supuesta falta de legitimidad democrática de los jueces o cortes constitucionales debe o no derivar en preferir siempre al legislador (que sí tiene la legitimidad directa de ser elegido por el pueblo), como parece plantear el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre el particular. Coincidimos con quienes piensan que no, y ello justamente por el rol que han desempeñado a nivel comparado estas cortes, tanto declarando inconstitucionales (o inaplicando) decisiones de Parlamentos (“rol contramayoritario”), pero sobre todo dando cobertura a otras demandas de la ciudadanía que han sido desatendidas por los representantes electos (“rol representativo”) y también al promover avances sociales al margen de que no tengan apoyo mayoritario (“rol iluminista”) (Barroso, 2019, pp. 42-57).

La necesidad de este rol de los jueces se refuerza en contextos como los que existen en América Latina, que Gargarella califica de “democracias deliberativas

⁶⁸ La define como “(...) la capacidad de un sistema político y jurídico de generar respaldo para la implementación de las leyes y políticas, incluso por parte de aquellos que se opusieron a estas por razones sustanciales (...)”

⁶⁹ Aunque parece referirse a un procedimiento específico, consideramos que podría ser similar a la contestación de una demanda de inconstitucionalidad, aunque probablemente con una interacción más directa con el órgano legislativo, ni no solo a través de una defensa formal o mediante terceros (procuradores).

deficientes”, en la medida en que existen problemas que afectan la separación de poderes y su mutuo control, pero no desde un enfoque de distribución de competencias o funciones o desde una perspectiva limitada a los organismos y órganos públicos, sino por las brechas sociales y concentración de poderes (políticos y económicos); de igual modo, por la falta de una verdadera deliberación en el debate público, que refleja más bien la agenda de grupos de interés, antes que enfrentar y buscar soluciones a los problemas vinculados con el bien común y el interés público, además de impedir la participación de todas las voces, con algunas excluidas, especialmente ciertas “minorías separadas y aisladas” (Gargarella, 2019, pp. 375-377). En ese contexto, los jueces derivan su legitimidad de que sean capaces de revertir esta situación, al restaurar el sistema de “pesos y contrapesos” (pp. 380-388) y promover que el debate refleje el interés público y no intereses privados (pp. 389-390), así como una verdadera inclusión, a fin de que “el proceso de toma de decisiones no ignore los puntos de vista de individuos o grupos potencialmente afectados que ocupan una posición socialmente desaventajada; y también que no excluya argumentos que vale la pena considerar en pro de la imparcialidad o que no incluya argumentos que son constitucionalmente impermisibles” (p. 392).

O, reconociendo este contexto, también el rol que se atribuye a los jueces, desde el denominado “constitucionalismo transformador”, que prevé que puedan contribuir a la “transformación social” (tanto si la agenda proviene del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo), así como asumir una función de protección frente a una eventual “agenda regresiva” en materia de derechos (Roa, 2020), compromiso también que se hace más necesario en sociedades con importantes desigualdades y que requieran una mayor garantía de derechos como las de la región.

Desde este enfoque, la solución no es privilegiar al legislador en esta contraposición constitucionalismo-democracia, sino más bien reforzar la legitimidad democrática de los jueces constitucionales, para lo cual existen mecanismos, como plantea Sosa Sacio (2017), que les permita ejercer su rol de defensa frente a los poderes públicos, pero sobre todo garantizar la cobertura de derechos (algo particularmente relevante

en regiones como la latinoamericana), que deriva en un rol de visibilización de los problemas, de poder castigar (con la eventual inconstitucionalidad) la falta o déficit de deliberación (“diálogo público o institucional”), buscar incluir otros actores adicionales a los tribunales en la deliberación del caso (a través de audiencias públicas participativas, audiencias o visitas descentralizadas en el lugar, admitir y promover los *amicus curiae*, u otras formas de participación) y brindar la mayor transparencia y publicidad a las audiencias y la deliberación (2017, pp. 8-13).

Según este planteamiento, al que seguimos, es necesario abordar esta posible contraposición sin optar necesariamente por privilegiar una indiscutible supremacía parlamentaria, sino entendiendo el rol que los tribunales y cortes constitucionales han ejercido en aras de garantizar derechos frente a la inacción o abierta vulneración de los poderes públicos. En tal sentido, seguimos más bien a quienes, como Sosa Sacio, considera que es posible incorporar mecanismos de mayor legitimación democrática a los jueces y cortes constitucionales, sin perjuicio de tener en sí mismo ya una legitimidad indirecta por el origen de su elección. Evidentemente, también es posible que dichos jueces constitucionales (de instancias inferiores y el Tribunal Constitucional) cometan excesos, pero probablemente las líneas de contrapeso a este exceso de poder, además de por exigirles transparencia, provendría de plantearles que deban motivar adecuadamente sus fallos, tanto desde un contexto de “justificación interna” (que de las premisas derive la conclusión) como “externa” (que fundamente la propia selección de las premisas) (Alexy, 2007a, pp. 306-319), además de respetar pautas de razonabilidad y proporcionalidad en su valoración de las eventuales limitaciones de derechos que se sometan a su conocimiento.

Entonces, nuestra lectura es que no podemos ceñirnos en el debate solo al origen de una autoridad u otra (el voto popular o no) para privilegiar que su producto (ley o sentencia) prevalezca al valorar la compatibilidad con la Constitución, sino la función que han ejercido frente a la situación de desigualdad estructural e insuficiencia de protección de derechos que aún hoy existe en sociedades como las latinoamericanas, lo que destaca especialmente en el caso de la justicia

constitucional. Ello se agrava cuando, como sabemos, la supuesta plena participación en el debate de las instituciones representativas es aún hoy un objetivo difícil de alcanzar (con muchas minorías y razones fuera del proceso deliberativo, mucha veces cooptado solo por ciertos grupos de poder). Con todo ello, más que elegir en pro de los Parlamentos, creemos que se hace necesario, primero, asumir su rol protagónico en el debate legislativo y, con ello, exigirles mayor deliberación democrática en él (no solo de procedimientos, sino de presencia de actores y diferentes enfoques no limitados a quienes son congresistas), pero, en un segundo término, no desechar sino relevar la función central que tienen y han tenido los tribunales constitucionales en garantizar derechos.

En tal sentido, coincidimos con quienes plantean suplir su déficit de legitimidad, antes que quitarles la potestad de controlar la constitucionalidad por esta falta de legitimidad de origen o menor espacio para la deliberación (desde posturas de democracia deliberativa epistémica). Estas alternativas que pasan por tener mayores aportes con voces especializadas (como las que proveen los *amici curiae*), con audiencias participativas y verdadera transparencia (de deliberación y votación) pueden ser buenos mecanismos para lograr dicho objetivo.

Ahora bien, el debate justamente en la sentencia del Tribunal Constitucional bajo análisis es esta tensión entre constitucionalismo y democracia, que, consideramos, se presenta en mayor medida cuando la democracia de la que se trata es participativa, una materia que ha sido consultada directamente a la ciudadanía. Si ya se cuestiona el hecho de que un tribunal no electo controle una ley que proviene de una autoridad electa, mayor podría ser la crítica si resulta tan fácil el poder expulsar del ordenamiento jurídico una norma que proviene de manera directa de la decisión del pueblo a través de su aprobación en un referéndum.

Al respecto, nuestra impresión es que no es posible que una ley o reforma constitucional proveniente de un referéndum se vuelva intangible a la modificación parlamentaria o al control constitucional, porque ello podría dificultar,

respectivamente, la articulación con la democracia representativa (y las autoridades legislativas que de ella emanan), así como con el constitucionalismo (tanto en sentido fuerte como débil). Sin embargo, tampoco consideramos que debería ser tan fácil el poder revertir una norma aprobada vía referéndum. Probablemente la excepción deberían ser casos de grave y evidente vulneración a derechos fundamentales (como sucedía en Uruguay, en el caso de las consultas que terminaron convalidando una ley de caducidad, que generaba amnistía a quienes había violado derechos humanos), pero creemos que no debería ser la regla.

Es posible explorar alternativas como mayorías calificadas o plazos de intangibilidad tras la aprobación por referéndum. En el Perú, como se ha constatado, la Ley N° 26300 establece un plazo de inmodificabilidad de dos años para el Congreso sobre una ley aprobada o un tema rechazado en un referéndum, con las únicas posibles excepciones de otra consulta (para que sea la ciudadanía la que nuevamente decida) o que se apruebe por una mayoría calificada del Congreso (2/3 del número legal) e incluso una imposibilidad de poner el tema nuevamente en debate por dicho periodo. En nuestra opinión, debería plantearse una exigencia similar a la justicia constitucional. Como ya se exige cinco votos conformes para la declaratoria de inconstitucionalidad de cualquier norma con rango legal⁷⁰, genera dificultades exigir una mayoría mayor (de seis votos) para declarar la inconstitucionalidad de las normas aprobadas por referéndum porque podría incurriarse en una eventual intangibilidad (como se destacó al analizar la STC 0003-1996-AI/TC, con la regla similar entonces vigente). En cualquier caso, incluso de

⁷⁰ “Nuevo” Código Procesal Constitucional (Ley N° 31307)

“ Artículo 107. Plazo para dictar sentencia

.... La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma requiere de cinco votos conformes. De no alcanzarse esta mayoría calificada en favor de la inconstitucionalidad de la norma demandada, el Tribunal Constitucional dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad”.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley N° 28301)

“Artículo 5.- Quórum

El quórum del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Tribunal, en Sala Plena, resuelve y adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes.

De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad (...).”

optar por esa opción, la excepción clara es que se verifique una grave y evidente vulneración de derechos fundamentales.

El plazo de inmodificabilidad tras la consulta podría ser una alternativa viable. En el caso que llegó al Tribunal Constitucional, el referéndum se había realizado el 3 de octubre de 2010 y la ley se publicó el 8 de diciembre de ese mismo año. Por su parte, la demanda se presentó el 8 de febrero de 2012, aunque la sentencia se emite luego de transcurridos más de dos años de la consulta (el 26 de octubre de 2012). Tal vez, sobre todo porque se cumplía el requisito del plazo, hubiera sido una buena ocasión para no solamente señalar que es posible el control de constitucionalidad de las normas aprobadas por referéndum, sino también generar algunos alcances sobre la posible restricción a este control, al menos en términos temporales, a efectos de garantizar la plena compatibilidad también entre la democracia directa y el constitucionalismo. Consideramos que este planteamiento podría salvar los equilibrios entre los valores en juego.

2.5 ¿Es posible el control de toda norma aprobada por referéndum?: Control de una ley de reforma constitucional aprobada por referéndum (Auto 1 - calificación y STC 890/2021 Exp. 000013-2020-PI/TC)

Este caso inició con la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de Sullana contra la Ley N° 30904, Ley de Reforma Constitucional, por la cual se modifican los artículos 154, 155 y 156 de la Constitución, referidos a la Junta Nacional de Justicia (antes Consejo Nacional de la Magistratura).

En la medida que dicha reforma constitucional fue aprobada por referéndum, al admitir la demanda, el Tribunal Constitucional indicó que la sentencia implicaría pronunciarse sobre si también podía controlar la constitucionalidad de leyes de reforma constitucional aprobadas a través de un referéndum⁷¹, para determinar si

⁷¹ El Tribunal (TC, 2021a) reafirma su competencia para controlar la constitucionalidad de leyes de reforma constitucional de manera general, incluso con incidencia en la experiencia comparada, en el continente americano y Europa (FJ 10), Asia y África (FJ 11) y la experiencia previa en el caso peruano (FJ 12).

se trata de temas no susceptibles de control (“alguna clase de *political questions*”), o si, aún con la posibilidad de control constitucional, existe lo que denomina “un margen de deferencia a la voluntad popular” (TC, 2021a, FJ 9) y, de igual modo, si los límites (formales y materiales) a la reforma constitucional aplican a dichos supuestos (TC, 2021a, FJ 16).

En este caso, citando muchos de los pronunciamientos previos a los cuales se ha hecho referencia en el presente trabajo (TC 2003, 2005a, 2005b), y especialmente a la sentencia en que se controló la constitucionalidad de una ley aprobada en referéndum (TC, 2012), plantea que estos criterios resultan aplicables, razón por la cual se justifica el control de constitucionalidad de una norma aprobada en un referéndum (TC 2021b, FJ 48), por lo que se centra sobre todo en analizar si “las decisiones mayoritarias del pueblo, que actúa a través del referéndum, se encuentran limitadas por los principios consagrados en la Constitución (TC 2021b, FJ 48), lo que hace (FFJJ 74 y ss), tras reafirmar su competencia para controlar las normas aprobadas por referéndum, como se describe inmediatamente.

En ese sentido, determina que “no pueden admitirse dictaduras de ningún tipo, incluyendo la que pudiera derivarse de las decisiones mayoritarias”, y que la legitimidad del poder político se justifique en la manifestación de la voluntad ciudadana “no implica convalidar actos apoyados en el principio mayoritario”, que contravengan principios y bienes de la Constitución (como los derechos fundamentales). Lo justifica tanto en “el deber de resguardar los derechos fundamentales y la supremacía y rigidez de la Constitución [que] se justifica en valores contramayoritarios, como la dignidad y la limitación del poder político” y que, hacerlo de otra manera, podría implicar negar la fuerza normativa de la Constitución y la existencia de un poder fuera del ámbito del control (pese a transgredir derechos fundamentales) (TC, 2021b, FFJJ 49-50).

Con todo ello, concluye que “resulta legítimo” realizar el control de constitucionalidad de leyes de reforma constitucional aprobadas por referéndum,

ya que, en una democracia, “la interpretación de la Constitución no puede basarse en un mero respeto de la regla de la mayoría, sino que se requiere además observar la compatibilidad de tales decisiones con las libertades individuales y el sistema de equilibrio de poderes” (TC, 2021b, FJ 53).

Adicionalmente, como se adelantó previamente al referirnos a la posible atención al modo de formulación de las preguntas, el Tribunal Constitucional establece que, de “una interpretación sistemática de los principios de democracia y participación política”, califica como “indispensable” establecer criterios para que las preguntas objeto del referéndum cumplan con parámetros constitucionales (TC, 2021b, FJ 63):

- (i) Las preguntas deben garantizar neutralidad, es decir, no enfatizar o predisponer la respuesta de los electores en algún sentido; y,
- (ii) La pregunta objeto de referéndum debe tener relación directa con la materia objeto de consulta.

Al aplicar los criterios al caso, considera que los parámetros se han cumplido (FFJJ 64, 66, 67 y 68), pero también precisa que esta “relación directa” con el tema en consulta no implica que se incluya “cada uno de los aspectos y consecuencias de la aprobación de la disposición constitucional” (FJ 65). Y que la declaración de inconstitucionalidad solo procedería si la pregunta o las preguntas en consulta no se refieran en absoluto al contenido de la reforma o en el supuesto en que su “nivel de generalidad” derive en una “desconexión entre lo consultado y la decisión que respalda” (FJ 70).

El supremo intérprete de la Constitución hizo referencia también a la necesidad de que el referéndum se realice “en el contexto de un amplio proceso de deliberación, donde se brinde información adecuada sobre el contenido efectivo de las disposiciones objeto de consulta de referéndum” (FJ 69), aunque no establece el modo cómo podría manifestarse dicha deliberación o toma una clara posición sobre si el hecho de que no se verifique podría derivar en una eventual declaratoria de inconstitucionalidad. Justamente la supuesta falta de precisión de las preguntas y la ausencia de deliberación son los motivos que esgrimen dos magistrados (Miranda

Canales y Blume Fortini) en sus votos singulares para considerar que la ley de reforma constitucional bajo análisis resultaba contraria a la Constitución.

Con lo reseñado, se puede constatar que el Tribunal Constitucional emplea este nuevo pronunciamiento para reafirmar su posibilidad de controlar normas aprobadas por un referéndum (también si se trata de leyes de reforma constitucional) y las somete a los límites materiales (implícitos) de la reforma constitucional.

Desde nuestra perspectiva, como señalábamos al analizar la primera sentencia en que el Tribunal habilita este control (2012), sin desconocer la posibilidad de control, hubiera sido importante precisar algunas exigencias agravadas para controlar constitucionalmente normas aprobadas por referéndum, una especie de “deferencia a la voluntad popular” que se anuncia al admitir al demanda, pero en el que no se detiene la sentencia (en el voto por mayoría). Establecer un plazo de intangibilidad de control constitucional parece resultar necesario para hacer compatible la democracia representativa y participativa, y no agravar eventuales tensiones entre constitucionalismo y democracia, más cuando se trata de una norma producto de la democracia consultada directamente a la ciudadanía, vía un referéndum. Ello, como señalamos previamente, sin que tampoco se convalide ningún tipo de “tiranía de mayorías” o que se convalide aprobar normas contrarias a la Constitución o a los derechos fundamentales.

Para concluir este apartado, se puede resumir lo central de los pronunciamientos analizados con el siguiente detalle:

**Cuadro N° 5: Resumen de los principales criterios adoptados por el Tribunal
Constitucional en sentencias relevantes sobre el tema⁷²**

Sentencias	Fecha	Detalle
STC 0003-1996-AI/TC	20/12/1996	Se reconoce el referéndum como derecho autónomo (no como manifestación del derecho de participación política o ciudadana).
STC 014-2002-AI/TC	21/01/2002	Se considera constitucional la Ley N° 27600, que regula un mecanismo de reforma constitucional distinto al artículo 206 de la Constitución, debido a que al final el producto de esta reforma será sometido a referéndum.
STC 028-2005-PI/TC	18/11/2005	Referéndum como “encuesta general sobre cuestión de índole general” “votación oficial para asuntos especiales” en que se solicita opinión de electorado para “un tema específico”.
STC N° 0007-2012-PI/TC	26/10/2012	Se hace alusión a la tensión de constitucionalismo y democracia frente a la posibilidad de controlar la constitucionalidad de leyes aprobadas por referéndum.
Exp. 000013-2020-PI/TC	Auto 1 – calificación (07/01/2021)	Se reafirma la posibilidad de controlar la constitucionalidad de normas aprobadas por referéndum (también leyes de reforma constitucional).
	Sentencia 890/2021 (19/10/2021)	Se refiere a parámetros constitucionales exigidos a las preguntas objeto de consulta en referéndum (neutralidad y relación directa con tema en consulta) y a la necesidad de deliberación con información adecuada sobre los temas en consulta.

Fuente: Sentencias del Tribunal Constitucional - Elaboración propia

⁷² No se incluyen las sentencias que resolvieron lo relativo a la convocatoria de la consulta de referéndum sobre la devolución de aportes de Fonavi, que serán desarrollados en el apartado sobre el tema.

II. Sobre el control constitucional del objeto del referéndum: Análisis comparado y posibles soluciones frente a los problemas detectados

Lo que se busca analizar es cuál puede ser el objeto de un eventual control jurisdiccional que determine la (in)compatibilidad entre el tema de consulta y con qué alcances puede realizarse, tanto en el Perú como en algunos países de la región en que ha destacado el desarrollo (normativo o jurisprudencial) de este tema.

1. El control constitucional en el Perú frente a la experiencia comparada⁷³

Al revisar la normativa vigente en el Perú, se puede constatar que el artículo 32 de la Constitución regula los temas que pueden y los que no pueden ser sometidos a referéndum, dispositivo constitucional al que también remiten los artículos 39 y 40 de la Ley N° 26300.

Cuadro N° 6: Temas en que procede y no procede referéndum en el Perú

	Temas posibles de consulta vía referéndum	Temas en que no procede referéndum
Reforma constitucional	Reforma total o parcial de la Constitución	
Otras normas	Aprobación de normas con rango de ley Ordenanzas municipales	Normas de carácter tributario y presupuestal Tratados internacionales en vigor
Otros temas	Materias relativas al proceso de descentralización	Supresión o disminución de derechos fundamentales de la persona

Fuente: Constitución Política (artículo 32) y Ley N° 26300 (artículos 39 y 40) - Elaboración propia

⁷³ Para identificar y hacer un análisis preliminar de las normas aplicables en la región, se siguió a Soto Barrientos, 2013, sin perjuicio de haber revisado luego directamente la normativa aplicable.

Este listado tiene particular relevancia para el tema objeto del presente trabajo, ya que justamente el debate es quién y cuándo puede controlar si la materia que se busca consultar se encuentra dentro de los parámetros permitidos.

En Suiza, considerado el Estado paradigma de la democracia directa, la propia Constitución solo plantea como límites a aquellas materias que pueden ser consultadas el que se contravenga normas de obligatorio cumplimiento en el Derecho Internacional o de “*ius cogens*” (artículo 139 numeral 3⁷⁴).

A nivel de recomendaciones y antes de ingresar a lo planteado en la región, la Comisión de Venecia también incluye exigencias vinculadas con no contravenir las normas de jerarquía superior, el derecho internacional, los principios estatutarios del Consejo de Europa (democracia, derechos humanos y Estado de derecho) ni las condiciones de pertenencia al Consejo de Europa, sin perjuicio de otras limitaciones que puedan incluir los Estados (2020, p. 14).

Resulta interesante analizar cómo se aborda este tema en la región, a efectos de identificar posibles alternativas de regulación. Esta información se resume en el presente cuadro:

Cuadro N° 7: Temas en que no procede referéndum en los países de la región

	Temas	Base normativa
Colombia	Leyes aprobatorias de tratados Ley de Presupuesto Leyes de materias fiscales o tributarias	Constitución: 170
Costa Rica	Proyectos relativos a materia presupuestaria, tributaria,	Constitución: 105

⁷⁴ “Art. 139 Initiative populaire tendant à la révision partielle de la Constitution
3 Lorsqu’une initiative populaire ne respecte pas le principe de l’unité de la forme, celui de l’unité de la matière ou les règles impératives du droit international, l’Assemblée fédérale la déclare totalement ou partiellement nulle” (Transcripción en uno de los idiomas oficiales del país: francés).

	fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa	
Ecuador	No asuntos relativos a tributos No asuntos relativos a la organización político administrativa del país, salvo lo dispuesto en la Constitución	Constitución: 104
Perú	Normas de carácter tributario y presupuestal Tratados internacionales en vigor Supresión o disminución de derechos fundamentales de la persona	Constitución: 32
Uruguay	Leyes sobre tributos Casos en que Poder Ejecutivo tenga competencia exclusiva (“iniciativa sea privativa del Poder Ejecutivo”)	Constitución: 79

Fuente: Normas de cada país - Elaboración propia

En caso se hiciera una clasificación por temas, se podría resumir como sigue:

Cuadro N° 8: Clasificación temática sobre los temas en que no procede referéndum en los países de la región

	Colombia	Costa Rica	Ecuador	Perú	Uruguay
Tratados	X			X	
Presupuesto	X	X		X	

Tributario Fiscal	X	X	X	X	X
Monetaria		X			
Crediticia		X			
Pensiones		X			
Seguridad		X			
Préstamos		X			
Contratos o actos de naturaleza administrativa		X			
Organización político-administrativa (salvo excepción en Constitución)			X		
Supresión o disminución de derechos fundamentales de la persona		*75		X	
Temas de competencia exclusiva de Poder Ejecutivo					X

Fuente: Normas de cada país - Elaboración propia

La mayor parte de países genera limitaciones en lo relativo a temas tributarios y fiscales, seguidos de materia presupuestal (ambas limitaciones también existentes en el Perú), mientras que otros temas, solo tienen incidencia en alguno de los países (entre los que destaca lo relativo a derechos fundamentales).

⁷⁵ Se ha habilitado por interpretación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, pese a falta de regulación constitucional (ver apartado II, 2, 2.3).

Respecto al posible control constitucional, solo se identifica habilitación expresa en tres países de la región: Chile, Colombia y Ecuador⁷⁶.

Cuadro N° 9: Control constitucional en países de la región

País	Alcance de control	Base normativa
Chile	Tribunal Constitucional tiene entre sus competencias “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad en relación a la convocatoria a un plebiscito”, sin desconocer las competencias del organismo encargado de la justicia electoral: El Tribunal Calificador de Elecciones.	Constitución: 93-5
Colombia	Se establece como atribución de la Corte Constitucional decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, aunque solo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.	Constitución: 241-3
Ecuador	Se requerirá dictamen previo de la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad de las preguntas propuestas.	Constitución: 104, 438-2

Fuente: Normas de cada país - Elaboración propia

⁷⁶ Aunque se ha realizado el control constitucional en Costa Rica, no hay una norma expresa que lo habilite o que establezca el momento en que puede producirse. De hecho, como se explicará en el apartado respectivo, la Sala Constitucional ha cambiado de criterio sobre el particular (Raventós, 2020, p. 191).

No obstante, resulta interesante que exista experiencia comparada respecto a la posibilidad de un control previo de la constitucionalidad de las materias consultadas, y a cargo de los tribunales encargados de la justicia constitucional, práctica importante que puede abonar a nuestro planteamiento.

En el próximo apartado, se analizará brevemente algunos casos destacados sobre este tema, como son Chile, Colombia, Costa Rica y Ecuador.

2. Experiencias destacadas de la región en control de constitucionalidad del objeto del referéndum

De lo anteriormente analizado, consideramos particularmente destacable en lo relativo al modo y los alcances del control de constitucionalidad del objeto del referéndum a lo regulado en cuatro países: Chile, Colombia, Costa Rica⁷⁷ y Ecuador.

2.1 Chile: Control constitucional de convocatoria a plebiscitos

Como se ha señalado, en este caso es la propia Constitución la que habilita al control constitucional de convocatoria a los plebiscitos, en el artículo que enumera las funciones del Tribunal Constitucional (artículo 93 numeral 5⁷⁸).

Por tanto, otorga las competencia de control constitucional en los casos de plebiscitos, que son reconocidos como un mecanismo para ejercicio de soberanía por el pueblo (artículo 5) y que se pueden realizar para una reforma constitucional

⁷⁷ Pese a no contar con regulación expresa, se incluye también por haber sido citado su caso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011) y haber identificado al menos un pronunciamiento importante vinculado con el control constitucional del objeto del referéndum, como se desarrollará en el apartado respectivo.

⁷⁸ "Artículo 93. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

(...) 5° Resolver las cuestiones que se susciten sobre constitucionalidad con relación a la convocatoria a un plebiscito, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

(...) En el caso del número 5°, la cuestión podrá promoverse a requerimiento del Senado o de la Cámara de Diputados, dentro de diez días contados desde la fecha de publicación del decreto que fije el día de la consulta plebiscitaria.

El Tribunal establecerá en su resolución el texto definitivo de la consulta plebiscitaria, cuando ésta fuera procedente.

Si al tiempo de dictarse la sentencia faltaran menos de treinta días para la realización del plebiscito, el Tribunal fijará en ella una nueva fecha comprendida entre los treinta y los sesenta días siguientes al fallo (...)"

parcial (artículo 129), así como de manera específica para el procedimiento para elaborar una Nueva Constitución Política de la República (artículos 130-143)⁷⁹.

Una controversia de carácter constitucional, aunque no estrictamente sobre los temas en consulta, fue la que se suscitó en 1988, en el plebiscito nacional. El debate fue respecto a quien debía ejercer el control electoral (no constitucional o jurisdiccional) durante la consulta, ya que la Constitución solo había ampliado su vigencia para la transferencia de poder (sobre si se aceptaba o no el candidato propuesto por las Fuerzas Armadas) y la regulación del organismo electoral; en ese sentido, se entendía que el organismo electoral, el Tribunal Calificador de Elecciones, correspondía a la Constitución permanente (no al texto transitorio) que solo tendría vigencia luego de la elección de los parlamentarios (en el marco de la transición).

Al tener esa interpretación, el gobierno presentó un proyecto de ley orgánica del Tribunal Calificador de Elecciones que incluía entre su regulación (disposición décimo primera transitoria):

El artículo 84 de la Constitución relativo al Tribunal Calificador de Elecciones, comenzará a regir en la fecha que corresponda de acuerdo con la ley respectiva, con ocasión de la primera elección de senadores y diputados, y sus miembros deberán estar designados con treinta días de anticipación a esa fecha; (...)

Esta disposición, en el marco del control preventivo habilitado por la Constitución (entonces en el artículo 82 inciso 1⁸⁰, hoy reproducido en el artículo 93 inciso 1) fue considerada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (*Rol N° 33 - Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones, 1985*).

⁷⁹ Artículo único, número 3, de la Ley N° 21200, publicada en el Diario Oficial el 24 de diciembre de 2019.

⁸⁰ "Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

1º) Ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución;"

2.2 Colombia: Control por “vicios de procedimiento”

Frente al posible control de las consultas promovidas -aunque no necesariamente con éxito- en Colombia (intento de referéndum constitucional durante el gobierno de Álvaro Uribe, intento de tercera reelección consecutiva de Álvaro Uribe de 2009, el intento de referéndum para la paz en 2014 y el efectivamente realizado plebiscito por la paz en 2016) (Londoño, 2020), se constata que, al analizar la Constitución de Colombia, una interpretación textual sobre las competencias de la Corte Constitucional en esta materia, denotaría que el control de constitucionalidad de los referendos sobre las leyes y de las consultas populares y plebiscitos de orden nacional solo puede efectuarse “por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización” (artículo 241⁸¹).

Inicialmente, el entonces Presidente de la República, que buscaba convocar a una consulta para modificar la Constitución, remitió el proyecto normativo para que su constitucionalidad sea revisada por la Corte Constitucional; sin embargo, se le requirió que fuera previamente sancionada para luego efectuar dicho control constitucional. Con ello, en enero de 2003, se aprobó la Ley 796 de 2003, por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional.

Al efectuar su análisis, la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C-551/03 de 2003) declaró inconstitucionales las notas introductorias a las preguntas, determinó que no procedía el voto en bloque ni que se permitiera el voto en blanco, y también declaró inexecutable (inconstitucionales) ciertos artículos de la ley.

⁸¹ “Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:
(...) 2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.
3. Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización (...)”

Como se puede constatar, se trata de un pronunciamiento que ingresa a analizar incluso el contenido de las preguntas, por lo que la Corte Constitucional debió justificar la posibilidad de efectuar este control dentro del marco constitucional. En ese sentido, determina que cuando se le otorga el control de vicios de procedimiento, no implica únicamente el trámite, sino “confiere competencia para que examine si el Constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia” (FJ 23) y que este análisis implica evaluar los vicios de competencia en la formación de la ley, pero también en el ejercicio del poder de reforma, además de que determina que toda Constitución democrática, aunque no tenga cláusulas pétreas, presenta límites materiales al poder de reforma por tratarse de un constituyente derivado y, por tanto, de un poder constituido (FJ 27).

Tal vez una de sus consideraciones más importantes es cuando, luego de presentar la evolución del referendo y su regulación, descarta que los mecanismos de democracia directa regulados en la Constitución puedan estar exentos de control judicial y no tuvieran relación con las instituciones representativas. En tal sentido, concluye (FJ 44):

Estas breves consideraciones son suficientes para concluir que la Carta, al establecer el referendo como mecanismo de reforma constitucional, **no pretendió consagrar un procedimiento de democracia directa pura, sin controles judiciales, y que estuviera totalmente desvinculado de las instancias de representación.** Por el contrario, el artículo 378 superior busca una **articulación entre la democracia representativa, la participación directa del pueblo y la garantía judicial de la supremacía de la Carta,** y por ello el referendo constitucional de iniciativa gubernamental no puede ser convocado directamente por el Gobierno, ya que no sólo requiere que el proyecto sea debatido y aprobado por el Congreso, que es el órgano por excelencia de la representación política (CP art. 133), sino que además esta Corte controla en forma automática la regularidad del procedimiento de formación de esa ley (CP art. 241). La Constitución busca entonces “*democratizar la democracia*”, estableciendo una democracia participativa que articula las formas representativas con los mecanismos propios de la democracia directa (...) (énfasis agregado).

Se precisa que lo busca esta evaluación constitucional es proteger la supremacía de la Constitución y la libertad del elector, así como favorecer y potenciar el principio democrático y la soberanía popular (FJ 49). Lo que hace, entonces, para evaluar si se

consagra la libertad del elector es si existe “unidad de materia” (FFJJ 86 y ss.) que, en su sentido más compatible con el respeto a la “función de órgano político y deliberativo en el proceso de formación de las leyes”, se entiende como que “...sólo esté prohibido introducir regulaciones que no conserven un mínimo de conexidad objetiva y razonable con el tema objeto de la ley y de la deliberación del Congreso” (FJ 88), con lo que determina que esta ley solo puede referirse a una consulta para la reforma constitucional, y no a otras materias (FFJJ 96-97), y justamente hacerlo podría configurar también el vicio de competencia que puede ser objeto de su control.

Posteriormente, mediante Ley 1354 de 2009, el gobierno convocó también a un referendo constitucional referido básicamente a modificar el artículo 197 constitucional para permitir que “quien haya sido elegido a la Presidencia de la República por dos periodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro periodo”. Esta norma fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional (C-141/10). En dicha decisión, se resalta la importancia de la democracia más allá de la voluntad de mayorías manifestada en el voto y con un complemento en la democracia participativa:

(...) la vieja identificación del pueblo con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático que, actualmente, también se funda en el respeto de las minorías.

(...) **la democracia representativa se complementa con mecanismos de democracia directa**, ya que la complementariedad de los dos modelos aprovecha “**las virtudes del sistema representativo**” e incorpora “**las ventajas de la participación ciudadana**”.

(...) **La institucionalización del pueblo impide que la soberanía que en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite jurídico y desvinculado de toda modalidad de control.** El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, **requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo e incorporen a las minorías en el proceso político**, (...)

(...) enuncia los mecanismos de participación del pueblo “en ejercicio de su soberanía” y (...) tal “**fortalecimiento de la democracia en el plano político**” tiene varios objetivos, de entre los cuales se destacan la realización del estado democrático de derecho que consiste en “**permitir el acceso de todo ciudadano a los procesos de toma de decisiones políticas**” y el hacer “**posible la construcción de un sistema**

político abierto y libre, donde el ciudadano tenga canales efectivos de expresión, que no excedan los límites de lo razonable”(...) (apartados 6.2.1.2.1 y 6.2.1.2.2) (énfasis agregado).

Lo más interesante para nuestros efectos es que, pese a la restricción constitucional, la Corte Constitucional ingresa a efectuar un análisis sobre el fondo de las preguntas, y no solo se limita a supuestos vicios procedimentales, incluso efectuando una interpretación extensiva del texto expreso de la Constitución.

Sin embargo, otro tema interesante es que justifica su control en el marco de los mecanismos de democracia directa para generar un equilibrio con la democracia representativa y la protección de la Constitución; en suma, para compatibilizar democracia (participativa y representativa) con constitucionalismo, como se reflexionó anteriormente.

2.3 Costa Rica: Control preventivo para proteger derechos humanos más allá de lo previsto en la Constitución

Al analizar el caso de Costa Rica, respecto del control constitucional, se puede constatar que no existe una norma que establezca una regulación de este control o su oportunidad.

En tal sentido, ello ha generado tensiones entre el organismo electoral de ese país (el Tribunal Supremo de Elecciones) y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En el caso de la única consulta realizada hasta la fecha en dicho país, respecto del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (2007), la Sala Constitucional señaló que no procedía definir la constitucionalidad del tratado antes de someterlo a consulta. Sin embargo, posteriormente, en el caso suscitado para un referéndum sobre las uniones civiles entre personas del mismo sexo, analizó el tema objeto de consulta antes de su realización y determinó que era inconstitucional efectuar la consulta, luego de que el Tribunal Supremo de Elecciones había

autorizado la recolección de firmas y los proponentes tenían la cantidad suficiente para su convocatoria (Raventós, 2020, p. 191).

Es justamente este segundo caso el que cita la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Caso Gelman vs. Uruguay*, 2011) para destacar que se establece que el referéndum no puede ser empleado “para decidir cuestiones de derechos humanos garantizados en tratados internacionales” (nota al pie 299, literal a).

Al revisar la decisión, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica afirma que:

Una interpretación meramente gramatical o literal de la Constitución Política, puede llevar a concluir que el referéndum tiene como únicos límites los proyectos de ley en “materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa” que enuncia el artículo 105, párrafo 3°, de la Constitución. Empero, una **hermenéutica sistemática y finalista de las normas constitucionales**, conduce, irremisiblemente, a concluir que **los límites a la potestad legislativa impuestos por el párrafo 1° del numeral 105, resultan, igualmente, aplicables, por identidad de razón, a los procesos de referéndum para aprobar una ley**. En efecto, ese párrafo establece que la potestad legislativa está sujeta a los límites dispuestos “por los tratados, conforme a los principios del Derecho Internacional”. Es así como **los derechos humanos establecidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público -Declaraciones y Convenciones sobre la materia-, resultan un valladar sustancial a la libertad de configuración del legislador, tanto ordinario como, eminentemente, popular a través del referéndum**. Este Tribunal Constitucional ha indicado que los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales tienen, incluso, y a tenor de lo establecido en el artículo 48 constitucional, un rango supra constitucional cuando ofrecen una mayor protección a las personas. De otra parte, este Tribunal Constitucional (...) estimó que, incluso, **el poder reformador o constituyente derivado -en cuanto poder constituido- está limitado por el contenido esencial de los derechos fundamentales y humanos**, de modo que, por vía de reforma parcial a la constitución, no puede reducirse o cercenarse el contenido esencial de aquellos. Cabe añadir, que **un límite implícito a la libertad de configuración del legislador ordinario o soberano, lo constituye el propio Derecho de la Constitución o bloque de constitucionalidad conformado por los principios, valores, preceptos y jurisprudencia constitucionales**. Es menester agregar que **los derechos de las minorías, por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de las mayorías proclives a su negación** (énfasis agregado) (*Sentencia 13313 Expediente: 10-008331-0007-CO*, 2010, considerando VI).

Por tanto, se trata de una habilitación por vía jurisprudencial de la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la materia consultada en referéndum. Ahora bien, pese a ser citado por la Corte Interamericana para apoyar su planteamiento, debe tenerse presente que no corresponde, en estricto, al mismo supuesto que entonces analizaba la Corte. En el caso sometido a dicho tribunal internacional, la vigencia de la norma se había convalidado por no obtener la mayoría suficiente para derogarla a través de una consulta popular; en cambio, en este caso, lo que se ha producido es un control previo a que la consulta se realice en la línea de lo que sucede en el caso peruano, y que nosotros consideramos también se debe confiar a una Corte o Tribunal Constitucional. Al respecto, un dato interesante es que este control se realiza luego de haber permitido la recolección de firmas, debido a que se trata de organismos diferenciados y con competencias distintas (el Tribunal Supremo Electoral y la Sala Constitucional) los que hacen la valoración, problema similar al que, como se verá, se presenta en el caso peruano.

2.4 Ecuador: Control preventivo de constitucionalidad y “dictamen ficto”

En el caso de Ecuador, la Constitución establece que es necesario un control de constitucionalidad previo a que se produzca la consulta popular o el referéndum (artículo 438⁸²), según el procedimiento que determine aplicable la propia Corte Constitucional (artículo 443⁸³), y que ha diferenciado también según provenga del Presidente de la República o la ciudadanía (Dictamen 001-13-DCP-CC).

Estas distinciones han derivado en confusión respecto al trámite aplicable, en mayor medida, al haber diferenciado la oportunidad del control constitucional. Ello ha generado que, en el caso de las iniciativas ciudadanas, este control no se produzca inmediatamente tras la presentación de la solicitud, sino más bien antes de la convocatoria, y así derivado en controles de constitucionalidad posteriores al recojo

⁸² “Art. 438.- La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley:

(...) 2. Convocatorias a consultas populares de carácter nacional o a nivel de los gobiernos autónomos descentralizados”.

⁸³ “Art. 443.- La Corte Constitucional calificará cuál de los procedimientos previstos en este capítulo corresponde en cada caso”.

de firmas o a que asuma estas funciones de interpretación y control de constitucionalidad el organismo electoral -Consejo Nacional Electoral (al decidir bien si entrega o no formularios o bien si exige o no el control previo de constitucionalidad en esa instancia), todo lo cual ha dificultado que las iniciativas prosperen, especialmente debido a que el porcentaje de firmas requerido varía según se trate de materia de reforma constitucional (referéndum) o de interés público (consulta popular) (Pozo, 2020, pp. 216-218). Afortunadamente, este tema ya ha sido corregido por la Corte Constitucional y se ha establecido expresamente que el dictamen previo de constitucionalidad debe ser emitido antes de la recolección de firmas o “respaldos ciudadanos” (Dictamen 1-19-DCP-CC de 16 de abril de 2019) (Pozo, 2020, p. 233).

Ahora bien, otro problema que se ha suscitado es que si bien se establece la emisión del pronunciamiento previo como una cuestión obligatoria para “preservar la supremacía constitucional, la vigencia de los derechos ciudadanos, la existencia del sistema democrático y la seguridad jurídica” (Pozo, 2020, p. 226), al desarrollar este artículo constitucional, se optó por la posibilidad de liberar a la Corte Constitucional de una decisión expresa. La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional habilita a la posibilidad de la emisión de un “dictamen ficto” (artículo 105⁸⁴), es decir, considerar convalidada la constitucionalidad del texto para la consulta popular o referéndum, en caso no se emita ningún pronunciamiento durante el plazo previsto. Ello de hecho ocurrió en el año 2018, en que se discutía como principal tema la prohibición general de reelección en cargos públicos, y previamente en el año 2012. Esta posibilidad de que no se emita la decisión sobre la

⁸⁴ “Art. 105.- Control constitucional del cuestionario.-

Para garantizar la libertad del elector o electora, la Corte Constitucional verificará que el cuestionario sometido a votación cumpla, entre otros, con los siguientes parámetros:

1. La formulación de una sola cuestión por cada pregunta, salvo que exista una interrelación e interdependencia entre los distintos componentes normativos;
2. La posibilidad de aceptar o negar varios temas individualmente en la misma consulta. Se prohíbe la aprobación o rechazo en bloque;
3. La propuesta normativa no esté encaminada a establecer excepciones puntuales que beneficien un proyecto político específico; y,

La propuesta normativa tenga efectos jurídicos y modificaciones al sistema jurídico.

Si la Corte Constitucional no resuelve sobre la convocatoria, los considerandos y el cuestionario del referendo, dentro del término de veinte días siguientes a haber iniciado el respectivo control previo, se entenderá que ha emitido dictamen favorable. Esta omisión dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan” (énfasis agregado).

constitucionalidad puede generar controversias entre quienes apoyan y quienes se oponen a realizar la consulta, especialmente si proviene del gobierno (como sucedió en el año 2018); además, se trata de una exigencia que proviene del texto expreso de la Constitución, lo que puede mermar la legitimidad de una consulta cuya compatibilidad con la Constitución se base en un “dictamen ficto” de la Corte Constitucional. El problema era aún mayor pues anteriormente se encontraba vigente el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, que, en su artículo 9, habilitaba a suspender el plazo perentorio de veinte días establecido en la ley para emitir el dictamen, lo que llevó a que la Corte Constitucional demore mucho tiempo en pronunciarse o que simplemente deje de hacerlo (como sucedió en 2012 y 2018); este artículo ya ha sido derogado (Pozo, 2020, pp. 221-222, 228, 231). Con ello, esta habilitación de suspender plazos ya fue derogada, aunque la posibilidad del “dictamen ficto” se mantiene.

Tras analizar la experiencia del control constitucional de democracia directa en la región, pasaremos a detenernos en el caso que motivó el inicio de las reflexiones para el presente trabajo.

3. Caso Fonavi y los problemas jurídicos identificados sobre el control de constitucionalidad del objeto del referéndum en el Perú

3.1 Caso Fonavi y su contexto

Ahora bien, luego del análisis del marco normativo y la experiencia comparada, resulta central volver al caso que motiva el presente trabajo y centrarnos en aquello que se requiere para mejorar lo ocurrido en dicha consulta popular referida a la devolución de los aportes del Fondo Nacional de Vivienda (Fonavi).

Primero, es importante poner el tema en contexto: El Fondo Nacional de Vivienda (Fonavi) fue creado en 1979 (Decreto Ley N° 22591) con el objetivo de brindar vivienda a los trabajadores que contribuyeran con sus aportes; probablemente por

no haber cumplido con esta finalidad, fue derogado en el año 1998, y se creó el Impuesto Extraordinario de Solidaridad (por Ley N° 26969).

Los aportantes buscaron conseguir la devolución por diversas modalidades, pero, ante sus intentos fallidos, optaron por recolectar firmas para presentar una iniciativa legislativa ante el Congreso de la República, lo que finalmente lograron realizar el 29 de marzo de 2001. Casi un año después, el 2 de marzo de 2002, se promulgó la Ley N° 27677, “Ley de Uso de los Recursos de la Liquidación del FONAVI”.

Para los proponentes, este dispositivo legal no guardaba correlación con su proyecto, sino que se había producido una “modificación sustancial” por el Congreso, por lo que, en aplicación con los ya antes citados artículos 16 y 41 de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, deciden adquirir un kit electoral a fin de completar las firmas requeridas para la convocatoria a un referéndum (no menos del 10% del electorado nacional).

Con ello, en el año 2002, los promotores decidieron solicitar el inicio del referéndum. Para ello, compraron el formato o kit electoral y procedieron a recolectar las firmas requeridas. Luego de terminada esa etapa del proceso, acudieron al Jurado Nacional de Elecciones para solicitar que pueda convocar a referéndum.

Sin embargo, esta petición fue negada. En el año 2006, el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones declaró improcedente su solicitud y les indicó que su objeto de consulta era contrario a la Constitución; en específico, en su artículo 32, por tratarse de materia tributaria (JNE, 2006a). Desde la valoración efectuada por dicho organismo electoral, el Fonavi tenía carácter de contribución (una especie de tributo), ya que fue creado con una finalidad específica, la de satisfacer la necesidad de vivienda de los trabajadores que aportaban al fondo. Sustenta ello, además, en que la Ley N° 25520 amplía de manera expresa los fines de este aporte para incluir que sus fondos también se destinarán a ejecutar obras de infraestructura sanitaria; electrificación de asentamientos humanos; la construcción, ampliación y refacción

de centros comunales y recreativos en zonas rurales y urbano marginales, entre otros. Y que la creación del Impuesto Extraordinario de Solidaridad modifica el tipo de tributo (ahora impuesto), pero no hace que el aporte pierda su naturaleza tributaria.

Al hacer esta valoración es que el máximo organismo electoral considera que esta iniciativa está dentro de las restricciones o exclusiones del ámbito material de aplicación del referéndum, conforme establece el ya citado artículo 32 de la Constitución, al cual también remite el artículo 40 de la Ley N° 26300 y lo establece el artículo 126 de la Ley Orgánica de Elecciones⁸⁵. Para ello, además, se contaba con una comunicación en el mismo sentido de la Presidencia del Consejo de Ministros (Oficio N° 095-2006-PCM/DM).

Ahora, por lo que se opta también en dicha resolución es en tratar de que se produzca una solución independientemente de la imposibilidad jurídica de consulta “en aras de coadyuvar a la protección de la participación ciudadana, y al tratarse de una iniciativa de connotación social”, por lo que pone el tema en conocimiento del Congreso de la República, a fin de que evalúe el petitorio de manera coordinada con el Poder Ejecutivo, en caso lo consideren pertinente.

En ese momento, existía aún ante el Pleno del Jurado Nacional de Elecciones un recurso para impugnar las decisiones adoptadas, el cual era de competencia del mismo órgano. Así, los promotores presentaron recurso extraordinario por afectación al debido proceso y la tutela procesal efectiva⁸⁶, por el cual se confirmó la decisión previamente adoptada (JNE, 2006b).

Ante la respuesta negativa del Jurado Nacional de Elecciones, sus resoluciones fueron cuestionadas a través de demandas de amparo interpuestas en el mismo año

⁸⁵ Ley 26859, Ley Orgánica de Elecciones, artículo 126:

“Artículo 126.- No pueden ser sujeto de consulta popular:

(...) b) Normas de carácter tributario o presupuestal. (...)”.

⁸⁶ Este recurso existía entonces. Se creó mediante Resolución N° 306-2005-JNE y fue dejado sin efecto a través de la Resolución N° 0061-2018-JNE.

(octubre 2006) en diferentes distritos judiciales del país, las que fueron rechazadas en las dos primeras instancias judiciales competentes.

Sin embargo, contra ellas se interpuso recurso de agravio constitucional y llegaron a ser de conocimiento del Tribunal Constitucional, cuyas decisiones generaron un enfrentamiento entre los órganos jurisdiccionales electoral y constitucional.

Ello debido a que el supremo intérprete de la Constitución, en el año 2007 (TC, 2007a; TC, 2007b) e inicios de 2008 (TC, 2008), señaló que resultaba constitucionalmente admisible convocar a referéndum para consultar respecto de la devolución de aportes de Fonavi.

En ese caso, reafirmó su ya consolidada jurisprudencia de que puede revisar las decisiones del tribunal electoral siempre que se vulneren derechos fundamentales, por lo que determinó que las resoluciones del JNE podían ser sometidas a un “escrutinio de validez constitucional” mediante el proceso de amparo (TC, 2007a; TC, 2007b). Además, evaluó si consultar sobre esta devolución constituía o no contravenir el ya citado artículo 32 de la Constitución, por tratarse de materia tributaria, lo que finalmente rechaza, por tanto, considera que es posible convocar a la consulta.

El Tribunal Constitucional, en sus dos primeras decisiones (2007a; 2007b), consideró que no se trataba de un tributo, por lo que se declararon nulas las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (JNE, 2016a; JNE, 2016b), que se negaban a convocar a un referéndum y se dispuso que el tribunal electoral emita un nuevo pronunciamiento.

Por su parte, el voto singular de los magistrados Landa y Mesía en estas dos sentencias resaltó que existía un antecedente en su jurisprudencia (STC 001-1999-AI/TC), en la que el supremo intérprete de la Constitución había considerado que sí se trataba de un tributo; por ello, por este carácter tributario, no podía ser objeto

de referéndum, de conformidad con el artículo 32 de la Constitución. Ello derivaba, según este voto en minoría, en que se desestime la demanda, por no haberse configurado una vulneración del derecho a participar, en forma individual o colectiva en la vida política, económica, social y cultural de la Nación, derecho reconocido en el artículo 2 inciso 17 de la Constitución. Sin embargo, pese a desestimar la demanda, se precisó también que ello no implicaba “necesariamente que se desconozca las legítimas expectativas de las personas a las cuales representa el demandante y que aportaron durante varios años al FONAVI”; pero que, por la naturaleza de la petición, no podía ser sometida a referéndum. No obstante, destacan que no puede omitir su “deber fundamental de promover el bienestar general de las personas con criterios de justicia”, según el artículo 44 de la Constitución. Resalta, además, que el referéndum no es el único mecanismo para tener las “vías jurídicas pertinentes” para resolver las controversias jurídicas. Precisa que los demandantes no pueden “viabilizar sus legítimas expectativas por cualquier medio” y tampoco el Estado “puede hacer caso omiso o ignorar la situación social que motiva la presente demanda”, ya que debe realizar todos los actos que correspondan para no vulnerar derechos fundamentales del demandante y de quienes representa.

En estas decisiones del supremo intérprete de la Constitución resalta la aplicación práctica del artículo 32 de la Constitución y los límites concretos que plantea para que un tema sea objeto de referéndum. La sentencia, más que detenerse en disquisiciones teóricas sobre esta materia, evalúa la naturaleza del referéndum y descarta que se trate de temas tributarios.

Desde nuestra perspectiva, discrepamos de la decisión mayoritaria del Tribunal Constitucional, ya que se considera que el Fonavi sí tiene naturaleza tributaria, pero, incluso si esto se cuestionara, tiene indiscutiblemente carácter presupuestal, materia que tampoco puede someterse a referéndum según el artículo 32 de la Constitución. No coincidimos con el argumento de que no hay tributo porque no hay una norma legal que lo denomine expresamente como tal, o que descarta que es tasa porque no

hay servicio individualizado, o contribución debido a que no hay obras públicas o actividades estatales derivados del pago (en aplicación del criterio de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario). Incluso, al haberse ofrecido inicialmente la entrega de una vivienda, podría calificar justamente como “contribución”. Ello en mayor medida cuando, como destaca el voto en minoría, existía un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional que sí le había otorgado naturaleza tributaria y, por ende, lo había sustraído del ámbito de un posible referéndum.

Adicionalmente a lo anterior, en este caso nos parece que de manera irrefutable se trata de un tema presupuestal, que, vía aplicación del artículo 32 de la Constitución, no debió motivar la consulta. Ello debido a que implica un desembolso directo de dinero como un gasto para el erario público para lograr la devolución, lo que debería requerir valoraciones técnico-económicas más que de apoyo por mayorías. Lo que se busca evitar con dicho artículo, desde nuestro parecer, es afectar la responsabilidad en el diseño y ejecución presupuestaria, ya que es el Poder Ejecutivo el que tiene a cargo esta potestad. Si bien también consideramos que no debería interpretarse esta exclusión de consulta de “materia presupuestal” de manera extensiva, ya que prácticamente toda medida tiene impacto en el presupuesto público.

Con lo expuesto, además, nos parece importante hacer notar que nuestra propuesta de que no sea el Jurado Nacional de Elecciones el organismo encargado de efectuar el control de constitucionalidad en estos casos no está vinculado con que se coincida o se discrepe con su criterio en este caso (o en otros), sino con la especialización que consideramos tiene esta tarea, lo que debería derivar a que la efectúe el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el enfrentamiento se produjo debido a la inicial resistencia del Jurado Nacional de Elecciones para ejecutar lo decidido por el Tribunal Constitucional. En ese sentido, emite una nueva decisión (JNE, 2007) con la que considera cumple con

la sentencia del Tribunal (que ordenaba un nuevo pronunciamiento) y reitera el carácter tributario del Fonavi. Agrega además un argumento que no había incorporado en sus resoluciones previas. Y es que indica que se trataría también de materia presupuestal, lo que “determina jurídicamente la improcedencia del referéndum como vía legal idónea para canalizar la pretensión de los peticionantes”, con lo que considera que las dos decisiones emitidas hasta entonces por el Tribunal Constitucional (TC, 2007a; TC 2007b) resultaban inaplicables, ya que sus decisiones no son susceptibles de ser revisadas por otro organismo jurisdiccional. Agrega también que deja a salvo el derecho de los peticionantes para hacerlo valer en la vía pertinente, que no sería el referéndum por ser prohibida y con sugerencia incluida al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo a fin de evaluar el caso y poder brindar una solución al problema presentado.

Ello derivó en un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional (2008), en que incide en que sus sentencias previas deben ser acatadas, aunque este caso difiere de los dos anteriores en el sentido en que se formulan “precisiones” que el Congreso y el Ejecutivo podrían tomar en cuenta, referidas a modalidades de devolución de los aportes distintas a la entrega de dinero para permitir la compensación (FFJJ 7-8). A ella se adjunta un fundamento de voto de los magistrados antes discrepantes en que indican que “carece de objeto emitir nuevamente un voto singular”, ya que existía “cosa juzgada constitucional” y se debía respetar la decisión adoptada por mayoría por este Alto Tribunal, ya que las decisiones se adoptan por el “principio de colegialidad” (por unanimidad o por mayoría, sin perjuicio de votos particulares de otros magistrados).

Cuadro N° 10: Resumen de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del referéndum en el caso Fonavi

Sentencias	Fecha	Detalle
STC 1078-2007-PA/TC	03/09/2007	Habilitan un referéndum para consultar respecto de la devolución de aportes al Fondo Nacional de Vivienda (Fonavi). Descarta que se trate de materia tributaria (tema que no puede ser
STC 3283-2007-PA/TC	03/09/2007	

		sometido a referéndum según el artículo 32 de la Constitución).
RTC 5180-2007-PA/TC	07/01/2008	Similar a casos anteriores, pero se incluyen “algunas precisiones” que el Congreso y el Poder Ejecutivo pueden tomar en cuenta para la devolución. En ese sentido, brinda alternativas de devolución a través de bonos, materiales de construcción. También indica que se puede deducir el importe de construcción de vivienda ya efectuada y, de igual modo, los servicios públicos vinculados a la necesidad de vivienda (saneamiento y titulación, electrificación, instalación de agua, desagüe, pistas y veredas).

Fuente: Sentencias del Tribunal Constitucional - Elaboración propia

Tras estas decisiones enfrentadas, aunque esto terminó siendo algo olvidado con el paso del tiempo, se planteó la posibilidad de imponer medidas coercitivas contra los integrantes del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones, por el incumplimiento de sentencia, en aplicación del entonces vigente artículo 22 del Código Procesal Constitucional (tema hoy regulado en términos ligeramente distintos por el artículo 27 del “nuevo” Código Procesal Constitucional). La entonces titular del Séptimo Juzgado en lo Civil de Lima, en fase de ejecución, ordenó al organismo electoral que convoque a referéndum en un plazo perentorio de setenta y dos horas, el cual venció el 02 de abril de 2008. Tras ello, el nuevo juez a cargo del despacho ordenó la imposición de multas coercitivas para obligar a cumplir los fallos del Tribunal Constitucional e incluso los promotores de la consulta, en aplicación del antes citado artículo del código adjetivo constitucional, consideraban que debía aplicarse la destitución contra los magistrados electorales por el incumplimiento de la decisión.

Posteriormente, aunque no quede plenamente dilucidado si por las posibles medidas coercitivas o por otras consideraciones, el organismo electoral terminó por ejecutar las decisiones del supremo intérprete de la Constitución, por lo que, solo tras su emisión, fue que se llegó a convocar a la consulta y todavía tras algunos años.

Con ello, el referéndum finalmente se realizó el 3 de octubre de 2010, conjuntamente con las elecciones regionales y municipales de dicho año.

Ahora, partiendo desde una definición de referéndum que incide en la “ratificación normativa”, y no de posibilidad de consulta previamente a la norma (Wieland, 2011)⁸⁷, se considera que, en estricto, no se trata de un referéndum, ya que “la intervención del cuerpo electoral no es para ratificar una decisión previa del órgano legislativo, sino más bien, para aprobar directamente lo que dicho órgano optó por rechazar o no aprobar en su redacción original, en ambos casos, la votación popular es simplemente el acto material mediante el cual se ejerce esta modalidad de derecho de iniciativa popular”. Sin embargo, la aprobación de una norma mediante el “ejercicio combinado de los derechos de iniciativa popular y referéndum constituye un acto de legislación directa por la ciudadanía, es decir, un incuestionable acto de democracia directa” (Wieland, 2011, p. 142).

Desde nuestra perspectiva, no es intrínseco al referéndum esta naturaleza ratificatoria de normas, por lo que sí consideramos que nos encontramos ante dicho tipo de consulta en la medida en que finalmente la ciudadanía determinó la aprobación de una norma, aunque no su ratificación (“referéndum aprobatorio”, en los términos de la clasificación descrita en un apartado anterior). Pero no debe perderse de vista que de la secuencia descrita se puede constatar que este referéndum presentó inconvenientes y dificultades para los promotores, los que creemos que pueden ser un desincentivo para impulsar este tipo de iniciativas ciudadanas, lo que finalmente es la manifestación de un derecho y de la propia democracia, razón por la cual resulta importante detenernos en su valoración.

⁸⁷ Se define así el referéndum como “el derecho del pueblo soberano a participar de manera directa en la legislación de un Estado mediante votaciones populares, cuyo objeto es la ratificación o rechazo o rechazo de proyectos normativos aprobados previamente por el órgano legislativo respectivo y que solo podrán entrar en vigor en caso de obtener una mayoría de sufragios favorables” (Wieland, 2011, p. 137).

3.2 Los problemas detectados y cómo solucionarlos

Del caso descrito, consideramos que se presentan dos grandes problemas en la tramitación de esta consulta: la oportunidad o momento del control de constitucionalidad y quién debe efectuar este control.

3.2.1 ¿Cuándo debe realizarse el control constitucional del objeto del referéndum?

Como se ha señalado, un primer problema detectado es cuándo se puede realizar el control constitucional. En el caso bajo análisis, los promotores empezaron con una iniciativa legislativa en el año 2001 y solo en el año 2006 tuvieron una valoración respecto de la constitucionalidad de la iniciativa por el Jurado Nacional de Elecciones, que la consideró fuera del ámbito de un posible referéndum, por aplicación del artículo 32 de la Constitución, al tratarse de materia tributaria⁸⁸. Esta decisión obligó a los promotores a acudir posteriormente a la justicia constitucional, que solo les permitió tener decisiones favorables y definitivas para la convocatoria a la consulta tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Entonces, no parece ser idóneo que solo luego de que una iniciativa completó las firmas requeridas (con las dificultades y los costos que derivan de esa actividad) se les indique a los promotores que el objeto que buscan consultar sería inconstitucional.

El procedimiento para la recolección de firmas de referéndum inicia con la compra del kit o formato electoral ante la Oficina Nacional de Procesos Electorales, luego se procede a la recolección de firmas, las cuales se presentan ante el Jurado Nacional de Elecciones, quien las remite al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil para su verificación.

⁸⁸ Al rechazo por tratarse de materia tributaria, el JNE, posteriormente a los fallos del Tribunal Constitucional, agregó que constituía también materia presupuestal (JNE, 2007).

El o la ciudadano/a promotor/a debe acudir al menos a los dos primeros organismos para lograr que prospere su iniciativa, además de la tarea de conseguir las firmas propiamente dicha. Y luego de haber concluido con la recolección es posible (como sucedió en el caso del Fonavi) que se le indique que su iniciativa no es compatible con la Constitución, por encontrarse dentro de las materias reguladas en el reiteradamente citado artículo 32.

Al respecto, debe además indicarse que si se analiza más detalladamente el artículo 32 de la Constitución no es plenamente claro si lo que se busca consultar está dentro de los temas que no pueden ser objeto de referéndum. Nótese que dos temas que aparentemente no generarían incertidumbre alguna (como si algo es materia tributaria o genera una afectación presupuestaria) derivaron en debate en el caso bajo análisis. Ello podría también producirse con los tratados internacionales en vigor, ya que hay una pluralidad de instrumentos internacionales con diverso nivel de relevancia -con los derechos humanos en la mayor importancia⁸⁹- pero igual obligatoriedad⁹⁰. Sin embargo, la situación se agrava con la “disminución o supresión de derechos fundamentales”. Estos derechos no tienen alcances perfectamente delimitados o de cumplimiento total o ninguno (como sucede con las “reglas”), sino que justamente por la naturaleza abierta de su regulación y su carácter de principios, como “mandatos de optimización”, que establecen obligatoriedad de cumplimiento “dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, en grado diferente, según los elementos fácticos y también los principios y reglas opuestos (Alexy, 2007b, pp. 67 y 68) requieren una interpretación y aplicación en los casos concretos, para establecer la delimitación de sus alcances. Ello puede derivar en que se debata o no si una medida es o no una afectación a los derechos y, con ello, si puede o no ser consultada vía referéndum.

⁸⁹ Pese a la falta de regulación expresa del rango de tratados de derechos humanos en la Constitución, sí se establecen como un parámetro de interpretación de derechos (Cuarta Disposición Final y Transitoria) y ya el Tribunal Constitucional ha establecido que tienen rango constitucional (TC, 2006b, FJ 61).

⁹⁰ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que no puede invocarse derecho interno (al margen de su jerarquía) para incumplir un tratado (artículo 27).

Entonces, un/a ciudadano/a no puede razonablemente prever que su esfuerzo de recolección de firmas será aceptado o en vano, máxime cuando en algunos temas esta interpretación puede admitir respuestas disímiles, y, según la regulación actual, solo tendrá una respuesta definitiva luego de concluido el proceso de recolección, tal vez tras algunos años de trabajo en promover y difundir la iniciativa.

Desde nuestro parecer, la corrección que se hizo recientemente en Ecuador por la Corte Constitucional (incluso sin una reforma normativa de por medio) para que la verificación de constitucionalidad se efectúe antes de la verificación de firmas es importante como factor para revalorar este tipo de iniciativas y no reforzar el desinterés de la ciudadanía.

Una persona que pase por todo este proceso y, pese a todo el esfuerzo, tenga solo luego una respuesta negativa podría verse claramente desanimada de volver a emprender este tipo de ejercicios ciudadanos en el futuro, lo que va en desmedro de los intentos de evitar el desinterés en lo público y buscar recuperar el compromiso ciudadano.

Con ello, nuestro planteamiento es que el control de constitucionalidad, que proponemos encargar al Tribunal Constitucional, se realice antes de la verificación de firmas, y no tras que ello se haya producido.

Consideraríamos que ello debe producirse luego de la venta del formato de recolección, pero con algunas atinencias. Entendemos la preocupación, que seguro algunos nos advertirán, que podría resultar una carga excesiva si todo intento de promover un referéndum debe pasar por un control de constitucionalidad. Aunque las cifras de estas iniciativas son bastante bajas (solo 9 en lo que va del año, 1 en 2020, 4 en 2019, 5 en 2018, 1 en 2017, 2 en 2016, 5 en 2015, 3 en 2014, 4 en 2013, 2 en 2012, 0 en 2011, 1 en 2010, 2 en 2009, 0 en 2008, 1 en 2007, 0 en 2006, 2 en 2005, 1 en 2004, 1 en 2003 y 1 en 2002) (ONPE, 2021), un posible recaudo es que las iniciativas deban iniciar con el recojo de firmas y si logran tener una cantidad igual o superior a cinco

mil (el mismo número que hoy se exige para presentar una demanda de inconstitucionalidad⁹¹) puedan ser sometidas a control constitucional. Esto sin perjuicio de que, dado el número bajo históricamente presentado, podría evaluarse, tal vez en una siguiente etapa, que este mecanismo permita acciones públicas o de legitimación abierta a todo ciudadano/a, como sucede con las demandas de inconstitucionalidad en Colombia⁹². Probablemente también algunos consideren que estas firmas deben ser previamente verificadas por Reniec (como también sucede con las presentadas conjuntamente con las demandas de inconstitucionalidad), lo que podría admitirse, pero no debería ser un trámite engorroso o que genere demoras injustificadas, ya que ello podría generar obstáculos o abierta afectación a la posibilidad de participación ciudadana.

Ahora bien, debe decidirse también si el inicio del control constitucional suspende o no la posibilidad de continuar con la recolección de firmas. A nuestro parecer, no tendría que suspenderse obligatoriamente dicha tarea; sin embargo, ya es quien promueve la consulta quien asume -con conocimiento de causa- que su iniciativa podría ser rechazada por incluir alguna materia que no puede ser consultada.

Adicionalmente, a fin de evitar una posible afectación o ampliación irrazonable del procedimiento de recojo de firmas, se debería procurar un procedimiento relativamente célere y brindar prioridad en el trámite a estas iniciativas. Como se ha visto a lo largo de este trabajo, no es poco lo que está en juego, ya que se trata del ejercicio de un derecho, de una manifestación de democracia, y de la potencialidad de involucrar a todo el electorado para que, de manera directa, decida sobre un asunto de interés público. En tal sentido, se propone el mismo plazo que para resolver demandas de inconstitucionalidad: treinta (30) días desde la vista de

⁹¹ “Artículo 203.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

(...) 5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado; (...).”

⁹² Constitución Política de Colombia

“Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

(...) 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”.

causa⁹³. Es posible que se alegue que no se requiere una audiencia pública por tratarse de un asunto de puro Derecho, pero también lo son los temas que se conocen vía proceso de inconstitucionalidad e igual existe una vista de causa para defender los argumentos por los que considera que la norma cuestionada es o no compatible con la Constitución.

Gráfico N° 1: Oportunidad del control de constitucional del objeto del referéndum



La disposición sobre la oportunidad para la verificación de firmas con estos alcances podría incluirse en la Ley N° 26300, bien en un artículo independiente (38-A) o bien como párrafos adicionales al ya vigente artículo 40 (sin perjuicio de otras modificaciones a la Constitución que posteriormente se precisarán). Nuestra propuesta sería que el tenor sea similar a lo siguiente:

Artículo 40.- No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 32° de la Constitución.

Para verificar que el tema que se busca consultar no se encuentre en los alcances de este artículo, los promotores deben acudir ante el Tribunal Constitucional para que efectúe la evaluación de constitucionalidad respectiva una vez que tengan un número igual o mayor a cinco mil firmas.

La verificación de las firmas está a cargo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, a quien el Tribunal Constitucional remite el pedido de control de constitucionalidad, previo a la evaluación sobre el asunto de fondo.

⁹³ “Artículo 107. Plazo para dictar sentencia
El Tribunal dicta sentencia dentro de los treinta días posteriores de producida la vista de la causa...”.

Cumplido el número mínimo requerido de firmas, el Tribunal Constitucional evalúa el tema objeto de consulta, dándole prioridad en su trámite. Dicta sentencia dentro de los treinta (30) días posteriores de producida la vista de la causa.

3.2.2 ¿Quién debe ser competente para el control constitucional del objeto del referéndum en el Perú?

Como ya hemos adelantado en el apartado anterior al presentar nuestra propuesta de regulación, desde nuestro parecer, la entidad que debe efectuar el control constitucional en estos casos es el Tribunal Constitucional, y no el Jurado Nacional de Elecciones.

Partimos de la experiencia comparada para efectuar este análisis. Como se ha constatado al analizar los casos de Chile, Colombia, Costa Rica y Ecuador, las entidades encargadas de efectuar el control constitucional son las salas, tribunales o cortes constitucionales, no los organismos o tribunales electorales. Ello responde probablemente a que también identifican la especialidad de sus funciones. Los análisis de compatibilidad con la Constitución deben confiarse a quienes tienen la función normativa atribuida expresamente y ya la ejercen para la mayor cantidad de casos (tanto vía procesos de control abstracto como concreto de control de constitucionalidad). Esto no quiere decir que la interpretación constitucional sea una prerrogativa únicamente de los tribunales, salas o cortes constitucionales, pero sí que debe haber un decisor prioritariamente encargado de estas tareas y con carácter vinculante y definitivo, y que este debería ser quien tiene la competencia para estos asuntos, especialmente cuando está en juego el ejercicio de la democracia directa.

Adicionalmente, no debe perderse de vista que, en la práctica, los tribunales, salas o cortes constitucionales, por ley o por demandas o solicitudes presentadas, suelen habilitar sus competencias para revisar la constitucionalidad de las consultas solo que lo hacen originaria y exclusivamente, o lo hacen con carácter derivado y conjuntamente con otro organismo. Este segundo escenario es el que ocurrió en el Perú (primero, el Jurado Nacional de Elecciones; y luego, el Tribunal Constitucional)

y derivó no solo en una demora por las idas y vueltas entre las decisiones sobre si el tema podía o no consultarse, sino que también generó tensión y hasta, como algunos señalaban en su oportunidad, enfrentamiento entre quienes tuvieron a cargo el análisis de constitucionalidad del objeto del referéndum en diferentes momentos.

Una mejor solución, desde nuestra consideración, es que se encargue esta tarea a quien ya ejerce control de constitucionalidad en una serie de casos y controversias, para garantizar la supremacía de la Constitución y la tutela de derechos fundamentales.

Ahora bien, no negamos que esta sería una competencia nueva para el Tribunal Constitucional y que, además, sería una de carácter preventivo (antes de la vigencia de una norma), lo que no está regulado actualmente en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, no solo respondemos a ello con que los cambios normativos son posibles y que hay experiencia en ese sentido en el Derecho Comparado, sino al señalar que las funciones de los tribunales o cortes constitucionales se han ampliado indefectiblemente y no sería una competencia incompatible con la labor que generalmente realizan, que hoy los hace salir del rol de “legislador negativo” inicialmente asignado y les permite conocer casos concretos vinculados con la protección de derechos, pese a su inicial rol circunscrito a casos en abstracto vía los procesos de inconstitucionalidad (Kelsen, 2001); es más muchos los han concebido como una garantía de respeto a los derechos y al Estado de Derecho, frente a las dificultades de arriba a consensos y de verdadera representación por las entidades electas por mayoría (como son los Parlamentos) (Barroso, 2019, p. 8). Incluso hay quienes los califican como “legislador positivo por razones estructurales”, lo que se refiere a sus nuevas competencias, producto de la consolidación del Estado democrático de derecho, que deriva en cambios en la justicia constitucional (con el crecimiento de la legislación también se ha multiplicado la anulación de leyes y vuelto un acto más cotidiano; y también en el rol central de los derechos y libertades, con un mayor rol de los Tribunales Constitucionales en esta materia). De igual modo, con los cambios en el contenido de las sentencias, con un control

constitucional que ha ampliado su objeto y sus parámetros de control, y que también tiene un mayor espectro posible de decisiones (que no solo involucran al mismo órgano, sino que pueden implicar la colaboración con otras entidades o dar un plazo previo a que dichas decisiones surtan plenos efectos) (Aja y González, 1998, pp. 258-261).

En un contexto en que, parafraseando a Manuel Aragón, Constitución y control están intrínsecamente ligados, los jueces han devenido en quienes "(...) aportan al desarrollo y creación jurisprudencial de los derechos, a la vigencia de la Constitución e, incluso, inciden en el diseño y ejecución de políticas públicas, por ejemplo, a través de las llamadas "sentencias estructurales"" (Abad, 2019, p. 23), las que, como se sabe, son las que detectan situaciones existentes en la sociedad que vulneran derechos más allá de casos concretos y pueden generar, en las sentencias, que se ordene al Poder Ejecutivo el diseño e implementación de determinadas políticas públicas.

En ese marco de la justicia constitucional, nos parece compatible con sus funciones de controlar la constitucionalidad vía procesos de control abstracto y concreto (de tutela de derechos), que sea esta justicia, y no la electoral, la que asuma la tarea de verificar si un tema que se busca consultar es o no compatible con la Constitución y, según ello, puede ser o no sometida ante la ciudadanía.

Un organismo electoral con competencias jurisdiccionales de lo que se encarga es de resolver las controversias en el marco de los procesos electorales, en las que subyace indudablemente el ejercicio del derecho de participación política (con sus alcances y límites) y emplea como parámetro para ello la Constitución, pero no interpreta con alcances generales la norma constitucional a fin de determinar si determinado acto es o no compatible con ella, esta tarea, en el marco de cómo se concibe hoy el rol de la justicia constitucional, se debería encargar al Tribunal Constitucional.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que no se ha concebido esta revisión de constitucionalidad como una que opera en varias instancias (y, por ello,

potencialmente encargada a jueces), sino que se trata de un control en instancia única, similar al que se efectúa en un proceso de inconstitucionalidad, solo que la diferencia es ahora que el objeto de control no es una norma de rango legal, sino una iniciativa ciudadana encaminada a la convocatoria a un referéndum.

Además, debe precisarse que si descartamos asignar esta tarea a un organismo electoral con competencias jurisdiccionales, como es el Jurado Nacional de Elecciones, con mayor razón consideramos que no podría encargarse esta competencia de control constitucional a la Oficina Nacional de Procesos Electorales, organismo con competencias administrativas (especialmente de organización del proceso⁹⁴). En ese sentido, desde nuestro parecer, la venta del formato de recolección de firmas no debería implicar más valoración que el cumplimiento de requisitos de un trámite administrativo (tasa, identificación de promotores/as, entre otros), y no que se pueda pretender hacer una evaluación de fondo -y menos de índole constitucional- previamente a brindar el referido formato a quienes buscan promover una iniciativa de referéndum.

No hay que perder de vista que cuando se analizaba los casos de posibles consultas de referéndum para una reforma total de la Constitución, se pudo identificar dos casos (en 2003 y 2012), en los cuales la Oficina Nacional de Procesos Electorales se negó a efectuar la venta del kit electoral, al haber realizado un análisis de fondo sobre la viabilidad constitucional de dicho pedido. En esas oportunidades, el Jurado Nacional de Elecciones revirtió estos pronunciamientos y se procedió a la venta del formato en el primer caso y a un requerimiento de precisión (sin presumir la inviabilidad jurídica) en el segundo.

Consideramos entonces que por tratarse de un control de constitucionalidad de una iniciativa, esta entonces debería recaer en el Tribunal Constitucional, como además, según se ha visto, es la práctica en los países de la región que habilitan -constitucional o jurisprudencialmente- este control. Se descarta así que esta

⁹⁴ Artículo 182 de la Constitución.

competencia pueda recaer en otros actores involucrados como son la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Jurado Nacional de Elecciones. En este último caso, el rol del tribunal electoral se limitaría, en el marco de la consulta, a efectuar su convocatoria (tras la declaración de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional) y resolver controversias que se susciten al interior de la consulta, que es finalmente también un proceso electoral y, con ello, puede suscitar debates jurídicos en su realización, en el modo cómo se lleva a cabo el proceso, en la propia formulación de la pregunta para consulta, la actuación de los promotores, entre otros.

Para que sea posible que el Tribunal Constitucional asuma esta competencia, estimamos que sí se requeriría efectuar una reforma constitucional, ya que implicaría otorgar una nueva función al supremo intérprete de la Constitución. En ese sentido, sin perjuicio de otros dispositivos que deberían modificarse para dar concordancia a la regulación, creemos que el punto de partida sería la reforma del artículo relativo a las funciones del Tribunal Constitucional, lo que, como hemos visto, también es la manera en que está regulada esta competencia en países como Chile, Colombia y de algún modo también Ecuador (al regular los supuestos en que la Corte debe emitir dictamen previo).

Con ello, nuestra propuesta sería agregar el numeral 4 al artículo 202 de la Constitución como sigue:

Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.
4. **Decidir, con anterioridad a la consulta de referéndum, sobre la constitucionalidad de las iniciativas, siempre que consigan un mínimo de cinco mil (5000) firmas, conforme a ley⁹⁵.**

⁹⁵ Ello implicaría su compatibilidad con el nuevo artículo o artículo modificado de la Ley N° 26300, que también se ha propuesto.

Con ello, a nuestro parecer, se logra dar solución también al problema de quién debe controlar la constitucionalidad del objeto del referéndum.

Gráfico N° 2: Organismo encargado del control de constitucional del objeto del referéndum

ONPE	TC	JNE
<ul style="list-style-type: none">• Venta de kit electoral• Verificación de trámite• No control constitucional	<ul style="list-style-type: none">• CONTROL CONSTITUCIONAL	<ul style="list-style-type: none">• Controversias en referéndum como proceso electoral• No control constitucional

Elaboración propia

En suma, el planteamiento final es reformar la Constitución (artículo 202) para otorgar una nueva función al Tribunal Constitucional por la que deba decidir sobre la constitucionalidad del objeto de consulta del referéndum y que este se realice una vez que se obtenga al menos 5000 firmas ciudadanas (modificación de la Ley N° 26300 o incorporación de un nuevo artículo en dicha ley); la revisión se haría vía un proceso célere (que no suspende el procedimiento de recojo de firmas), para evitar afectar al referéndum como manifestación del derecho de participación política y una vía para materializar la democracia directa.

Conclusiones

Del análisis efectuado en el presente trabajo, se pueden formular las siguientes conclusiones:

1. Al analizar en contexto el referéndum, es posible notar que existen muchos elementos comunes en su regulación en la región y también en su reconocimiento a nivel internacional y parece haber consolidado su rol como un elemento de reforzamiento de la democracia y, bajo determinadas condiciones (entre las que destacan la genuina participación y deliberación, la claridad y ausencia de manipulación de las preguntas, así como evitar la cooptación por gobiernos y élites), de mecanismo de canalización de conflictos y de demandas ciudadanas, y ya no como de una contraposición intrínseca a la democracia participativa.
2. Al analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, es posible detenerse en una serie de materias de debate sobre el referéndum que han derivado, en lo principal, en que se considere que es una manifestación del derecho de participación política, que se estime que existe un mecanismo para un referéndum directo que busque la reforma total de la Constitución y que el constitucionalismo no se opone a la democracia (tampoco a la participativa), siempre y cuando se encuentren mecanismos para brindar legitimidad democrática a la justicia constitucional, así como que se generen algunas salvaguardas (plazos especialmente) respecto del control constitucional de las normas aprobadas producto de un referéndum.
3. En la región, el control de constitucionalidad del referéndum suele ceñirse a las materias que pueden o no ser objeto de esta consulta (que son de carácter variado), aunque existen salas y cortes constitucionales (como en Colombia y Costa Rica) que van más allá incluso de su competencia expresa, a fin de garantizar la compatibilidad de los temas en consulta con la Constitución. Por su parte, otros tribunales (como Ecuador) han desistido de su rol de efectuar este

control de constitucionalidad previamente, pese a que ello es mandatorio según el texto constitucional.

4. En el Perú, el caso Fonavi ha denotado que se presentan problemas en el actual diseño del control de constitucionalidad del objeto del referéndum, debido a la oportunidad en que se hace este control, que es tras la verificación de firmas (con el esfuerzo y costo que esta labor acarrea y la falta de una certera evaluación sobre si la iniciativa es o no compatible con la Constitución), y a quien se le encarga, que en ese caso derivó en un control en dos organismos: el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional, que revirtió las decisiones del primero y finalmente estimó la convocatoria al referéndum, pero ello derivó en demoras e imprevisibilidad del resultado, lo que puede ser un desincentivo para el empleo de este mecanismo de democracia directa.
5. Producto de lo anterior, resulta necesario modificar la oportunidad para controlar la constitucionalidad del objeto de las consultas de referéndum, al momento posterior a la verificación de firmas, con trámite prioritario y un procedimiento célere, y para evitar sobrecarga procesal (pese al bajo número de iniciativas que se presentan), resulta posible exigir un recojo mínimo de cinco mil firmas (como el proceso de inconstitucionalidad) previamente a efectuar este control.
6. También, el control de constitucionalidad del objeto del referéndum debe encargarse al Tribunal Constitucional, y no a otros organismos, no solo siguiendo la experiencia comparada en la región, sino sobre todo atendiendo a la especialidad de la tarea frente a las funciones que hoy se asigna a este organismo, las cuales además se han incrementado desde su original creación como “legislador negativo” y derivan en un organismo que asume un rol activo en la defensa de la Constitución y la protección de derechos. Ello especialmente aunque hoy este control ya está disponible, solo que de manera posterior, lo que puede generar demoras y desincentivos para la promoción de consultas de

referéndum, lo que finalmente afecta también una manifestación de la participación política y de la democracia.

7. En ese contexto, el trabajo plantea una modificación del artículo 202 de la Constitución para incorporar dicha competencia de control de constitucionalidad del objeto de consulta del referéndum al Tribunal Constitucional, así como una eventual modificación al artículo 40 de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (que también podría ser un nuevo artículo), que establezca su oportunidad, la cual se plantea para el momento en que ya se ha iniciado la recolección de firmas, pero, como salvaguarda ante eventual carga procesal para el supremo intérprete de la Constitución, luego de conseguir cinco mil (5000) firmas, tal como se exige para presentar una demanda de inconstitucionalidad por la ciudadanía.

Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.
2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.
3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.
4. **Decidir, con anterioridad a la consulta de referéndum, sobre la constitucionalidad de las iniciativas, siempre que consigan un mínimo de cinco mil (5000) firmas, conforme a ley.**

Artículo 40.- No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 32° de la Constitución.

Para verificar que el tema que se busca consultar no se encuentre en los alcances de este artículo, los promotores deben acudir ante el Tribunal Constitucional para que efectúe la evaluación de constitucionalidad respectiva una vez que tengan un número igual o mayor a cinco mil firmas.

La verificación de las firmas está a cargo del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, a quien el Tribunal Constitucional remite el pedido de control de constitucionalidad, previo a la evaluación sobre el asunto de fondo.

Cumplido el número mínimo requerido de firmas, el Tribunal Constitucional evalúa el tema objeto de consulta, dándole prioridad en su trámite. Dicta sentencia dentro de los treinta (30) días posteriores de producida la vista de la causa.

Referencias bibliográficas

Libros, textos y otras publicaciones (impresas y de acceso digital)

- Abad, S. (2019). *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. Palestra Editores.
- Aja, E., y González, M. (1998). Conclusiones Generales. En E. Aja & M. González (Eds.), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual* (pp. 257-291). Ariel.
- Alexy, R. (2007a). *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra Editores.
- Alexy, R. (2007b). *Teoría de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- Altman, D. (2005). Democracia directa en el continente americano: ¿autolegitimación gubernamental o censura ciudadana? *Política y Gobierno*, XII(2), 203-232. <https://www.redalyc.org/pdf/603/60312201.pdf>
- Applebaum, A. (2021). *El ocaso de la democracia. La seducción del autoritarismo*. Debate.
- Barroso, L. R. (2019). Contramayoritario, representativo e iluminista: Las funciones de los tribunales supremos y los tribunales constitucionales en las democracias contemporáneas. En R. Niembro y S. Verdugo (Coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio* (pp. 1-76).
- Bayón, J. C. (2010). Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. In M. Carbonell & L. García Jaramillo (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 411-476). Universidad Externado de Colombia.
- Blancas, C. (2004). El referéndum en la Constitución peruana. *Elecciones* (3), 1993 (pp. 193-221).
- Blancas, C. (2016). *Derecho Electoral Peruano*. Palestra Editores.
- Bulmer, E. (2017). *Direct Democracy International IDEA Constitution-Building Primer 3*.
- Cairo, O. (2005). El Poder Constituyente y la Democracia Constitucional. *Derecho & Sociedad*, 25, pp. 138-143. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17015%0A>
- Cairo, O. (2010). *El poder constituyente y la reforma de la Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (No. 17). <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/46737/>

cuaderno 17.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Cairo, O. (2021). *Omar Cairo: "El Congreso no está habilitado para convocar a una Asamblea Constituyente"* [entrevista]. Radio Programas del Perú. <https://rpp.pe/politica/elecciones/omar-cairo-el-congreso-no-esta-habilitado-para-convocar-a-una-asamblea-constituyente-noticia-1345499>
- Cajaleón, E. y Pomareda, D. (2021). *Derechos políticos y de participación. Sufragio, referéndum, revocatoria, iniciativa legislativa y otras formas participativas*. Palestra Editores y PUCP.
- Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional. (2001). Informe Final de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional. *Pensamiento Constitucional*, VIII(8), 731-829. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3357/3206>
- Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia). (2020). *Directrices revisadas sobre la celebración de referendos*. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)031-spa](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)031-spa)
- Eguiguren, F. (2021). *Las relaciones entre el Gobierno y el Congreso en el régimen político peruano*. Palestra Editores.
- Foa, R. S., & Mounk, Y. (2016). The Danger of Deconsolidation. *Journal of Democracy*, 27(3), 5-17.
- Gargarella, R. (2019). La revisión judicial para las democracias Latinoamericanas. En R. Niembro y S. Verdugo (Coords.), *La justicia constitucional en tiempos de cambio* (pp. 371-400).
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano en Miguel Carbonell. En M. Carbonell (Ed.), *Neoconstitucionalismo* (Trotta).
- Harari, Y. N. (2016). *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Debate.
- International Idea. (2008). *Direct Democracy The International IDEA Handbook*. <https://www.idea.int/publications/catalogue/direct-democracy-international-idea-handbook>
- Kelsen, H. (2001). La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional), *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (Vol. 10). UNAM.

- Latinobarómetro (2021). <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>
- Levitsky, S., y Ziblatt, D. (2018). *Cómo mueren las democracias*. Ariel.
- Linares, S. (2015). El control de constitucionalidad: La democracia deliberativa epistémica y la dificultad contramayoritaria. *Enciclopedia de Filosofía y Teoría Del Derecho*, 3, 1959–1990.
- Lissidini, A. (2010). *Democracia directa en Latinoamérica. Entre la delegación y la participación*. (C. L. de C. S. (Clacso) (Ed.).
- López, L. (2019). *Cuestión de (des)confianza. Respuestas al Parlamento y la Convención Nacional de Reforma Constitucional*.
- Londoño, J. F. (2020). El referéndum en Colombia: un amor no correspondido. En F. Tuesta y Y. Welp (coords.), *El Diablo está en los detalles. Referéndum y poder político en América Latina* (pp. 61–91). PUCP.
- Novak, F. (2011). Mecanismos de participación directa y fortalecimiento de la democracia representativa. *Agenda Internacional*, XVIII(29), 67–90.
- Oficina Nacional de Procesos Electorales. (2021). *Registro de venta de kit electoral para referéndum*. <https://www.onpe.gob.pe/modVenta-Kits/kitREFERENDUM.pdf>
- Organización de los Estados Americanos. (2018). *Informe Final de la Misión de Expertos de la OEA en el Perú*.
- Palacios, R. M. (2021). *¿Cómo se cambia la Constitución? La República*. https://www.youtube.com/watch?v=jXQ0r6Y7my8&list=PL2Th6SP9ZqWEGKXKM8smiA_AkvQrRLDg_&index=110
- Planas, P. (1999). La Constitución peruana de 1993 ¿Es una Constitución de consenso? *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung.
- Pozo, J. (2020). Ecuador: La consulta popular, entre lo ciudadano y lo político. En F. Tuesta y Y. Welp (coords.), *El Diablo está en los detalles. Referéndum y poder político en América Latina* (pp. 207–235). PUCP.
- Qvortrup, M. (2018). *Government by referendum*. Manchester University Press.
- Raventós, C. (2020). Democracia directa en Costa Rica: El diablo está donde se definen y aplican la reglas. En F. Tuesta y Y. Welp (coords.), *El Diablo está en los detalles. Referéndum y poder político en América Latina* (pp. 187–206).

- Roa, J. (2020). *El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano*.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3571507
- Ruiz Miguel, A. (2004). Constitucionalismo y democracia. *Isonomía*, 21, 51–84.
- Sáenz Royo, E. (2016). La regulación del referendo en el derecho comparado: Aportaciones para el debate en España. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, 123–153. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.108.04>
- Sosa Sacio, J. M. (2017). *Activismo judicial de los tribunales constitucionales y su posible legitimación a través de mecanismos vinculados a la democracia deliberativa*. <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Juan-Manuel-Sosa-Sacio-Peru.pdf>
- Soto Barrientos, F. (2013). El referéndum en Latinoamérica: Un análisis desde el Derecho Comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(136), 317–346. [https://doi.org/10.1016/s0041-8633\(13\)71129-3](https://doi.org/10.1016/s0041-8633(13)71129-3)
- Thibaut, B. (1998). Instituciones de democracia directa. En D. Nohlen, D. Zovatto, y S. Picado (Eds.), *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina* (pp. 51–70).
- Tierney, S. (2018). *Reflections on referendums - International IDEA Discussion Paper 5/2018*. <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/reflections-on-referendums.pdf>
- Waldron, J. (2018). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Dikaion*, 27(1), 7–28. <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.1.1>
- Welp, Y. (2010). El referendo en América Latina. Diseños institucionales y equilibrios de poder. *Revista Nueva Sociedad*, 228.
- Welp, Y. (2019). El referéndum ha muerto, viva el referéndum. *Revista Nueva Sociedad*. <https://nuso.org/articulo/el-referendum-ha-muerto-viva-el-referendum/>
- Welp, Y., y Ordoñez, V. (2017). La democracia directa a debate: procesos y mecanismos de participación ciudadana. *Recerca, Revista de Pensament i Anàlisi*, 21. https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/143012/1/Welp_2668-10274-1-PB.pdf
- Wieland, H. (2011). *El referéndum en el Perú: Doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional*. Palestra Editores.
- Zovatto, D. (2010). Las instituciones de la democracia directa a nivel nacional en

América Latina. Balance comparado: 1978-2010. *Revista de Sociología*, 24(24), 87-124. <https://doi.org/10.5354/0719-529x.2010.14408>

Zovatto, D. (2014). Las instituciones de la democracia directa. En A. Lissidini, Y. Welp, y D. Zovatto (Eds.), *Democracias en Movimiento. Mecanismos de democracia directa y participativa en América Latina* (pp. 13-70).

Constitución y legislación

Constituciones

Chile: Constitución Política de la República de Chile (1980), modificada, entre otras, por Ley N° 21200 (2019)

Colombia: Constitución Política de Colombia (1991)

Costa Rica: Constitución Política de la República de Costa Rica (1949), modificada, entre otras, por Ley N° 8281 (2002)

Bolivia: Constitución Política de la República de Bolivia (1967), modificada en 1994 y, entre otras, por Ley N° 2631 (2004) (no vigente). Constitución Política de la República de Bolivia (2009) (vigente).

Ecuador: Constitución de la República del Ecuador (2008)

Perú: Constitución Política del Perú (1993)

Uruguay: Constitución de la República (1967)

Legislación (Perú)

Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, y sus modificatorias (especialmente la Ley N° 26592 y Ley N° 27706)

Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (derogada)

Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones

Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional (derogado)

Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (vigente)

Ley N° 31307, "nuevo" Código Procesal Constitucional (vigente)

Resoluciones y sentencias

Perú

Jurado Nacional de Elecciones (2003), Resolución 109-2003-JNE.

Jurado Nacional de Elecciones (2007), Resolución 260-2007-JNE.

Jurado Nacional de Elecciones (2012), Resolución 157-2012-JNE.

Jurado Nacional de Elecciones (2016a). Resolución 1215-2016-JNE.

Jurado Nacional de Elecciones (2016b). Resolución 1278-2016-JNE.

Jurado Nacional de Elecciones (2018). Resolución 3264-2018-JNE.

Tribunal Constitucional de Perú (1996). Sentencia Exp. 0003-1996-AI/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1996/00003-1996-AI.html>

Tribunal Constitucional de Perú (1997). Sentencia Exp. 012-96-I/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00012-1996-AI.html>

Tribunal Constitucional de Perú (2003). Sentencia Exp. 014-2002-AI/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00014-2002-AI.html>

Tribunal Constitucional de Perú (2004). Sentencia Exp. 0012-2003-AI/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00012-2003-AI.pdf>

Tribunal Constitucional de Perú (2005a). Sentencia Exps. 00050-2005-AI/TC y otros (acumulados).
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>

Tribunal Constitucional de Perú (2005b). Sentencia Exp. 5854-2005-PA/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>

Tribunal Constitucional de Perú (2005c). Sentencia Exp. 4677-2004-PA/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04677-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional de Perú (2006a). Sentencia Exp. 0030-2005-PI/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00030-2005-AI.pdf>

Tribunal Constitucional de Perú (2006b). Sentencia Exp. 047-2004-AI/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

Tribunal Constitucional de Perú (2006c). Sentencia Exp. 0028-2005-PI/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00028-2005-AI.pdf>

Tribunal Constitucional de Perú (2007a). Sentencia Exp. 1078-2007-PA/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01078-2007-AA.pdf>

Tribunal Constitucional de Perú (2007b). Sentencia Exp. 3283-2007-PA/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03283-2007-AA.html>

Tribunal Constitucional de Perú (2008). Resolución Exp. 5180-2007-PA/TC.
[https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05180-2007-AA Resolución.pdf](https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05180-2007-AA%20Resolucion.pdf)

Tribunal Constitucional de Perú (2012). Sentencia Exp. 0007-2012-PI/TC.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00007-2012-AI.html>

Tribunal Constitucional de Perú (2021a). Auto 1 - calificación - Exp. 00013-2020-PI/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00013-2020-AI%20Admisibilidad.pdf>

Tribunal Constitucional de Perú (2021b). Sentencia 890/2021 - Exp. 00013-2020-PI/TC.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/00013-2020-AI.pdf>

Sistema interamericano

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso Yatama vs. Nicaragua, serie C-127, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008). Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Serie C-184, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de agosto de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). Caso Gelman vs. Uruguay, Serie C-221, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011.

Otros países

Corte Constitucional de Colombia (2003). Sentencia C-551/03.

Corte Constitucional de Colombia (2010). Sentencia C-141/10.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentencia 13313 Expediente: 10-008331-0007-CO, (2010). <http://biblioteca.fdi.cr/wp-content/uploads/2018/02/80-Sala-Constitucional-Res.-13313-2010-Rec.->

Amparo-contra-TSE-referendum-contra-ley-de-uni3n-civil-de-personas-del-mismo-sexo.pdf

Tribunal Constitucional de Chile (1985). Rol N° 33 - Proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Tribunal Calificador de Elecciones.

