

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y
Constitucionalismo en América Latina

El derecho fundamental al referéndum en el Perú: algunas
reflexiones en torno a la sentencia del Expediente N° 00001-2022-
PI/TC

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en
Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina

Autor:

Alejandra Del Carmen Aquije Cornejo

Asesor:

Erick Giancarlo Beyá Gonzáles

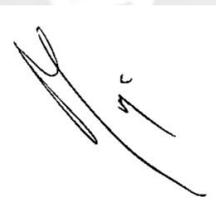
Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, BEYÁ GONZALEZ, ERICK GIANCARLO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “**El derecho fundamental al referéndum en el Perú: Algunas reflexiones en torno a la sentencia del Expediente N° 00001-2022-PI/TC**”, de la autora ALEJANDRA DEL CARMEN AQUIJE CORNEJO, de constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05/12/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 09 de diciembre del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> BEYÁ GONZALEZ, ERICK GIANCARLO	
DNI: 71395794	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9958-6264	

RESUMEN

El presente artículo analiza críticamente el fallo dado por el Tribunal Constitucional en el marco del Expediente N° 00001-2022-AI/TC. En ese sentido, se realiza un desarrollo del reconocimiento del referéndum como un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico peruano y, posteriormente, se centra de manera específica en la existencia del derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa. Asimismo, el artículo aborda los métodos de interpretación más favorables para el reconocimiento efectivo de este derecho fundamental: la interpretación sistemática por comparación con otras normas, la interpretación ratio legis y el principio de interpretación pro homine o pro persona. Posteriormente, se expone el contenido del derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa y se desarrollan sus cuatro características principales: facultativo, decisorio o vinculante, directo o innovativo y, por último, colectivo. Además, se realiza un análisis de la constitucionalidad de la Ley N° 31399 para concluir que, en efecto, incurre en vicios de inconstitucionalidad total, directa, material y formal, por lo que el Tribunal Constitucional debió haber declarado fundada la demanda y, en consecuencia, dicha norma debió haber sido expulsada definitivamente del ordenamiento. Finalmente, se realiza una breve reflexión en torno al sistema representativo en contraposición al participativo en el Perú.

Palabras clave

Referéndum, participación política, soberanía popular, democracia directa.

ABSTRACT

This article critically analyzes the ruling given by the Constitutional Court within the framework of File No. 00001-2022-AI/TC. In this sense, a development of the recognition of the referendum as a fundamental right in the Peruvian legal system is carried out and, subsequently, it focuses specifically on the existence of the fundamental right to the referendum of direct citizen initiative. Likewise, the article addresses the most favorable interpretation methods for the effective recognition of this fundamental right: systematic interpretation by comparison with other norms, ratio legis interpretation, and the principle of pro homine or pro person interpretation. Subsequently, the content of the fundamental right to a direct citizen initiative referendum is explained and its four main characteristics are developed: optional, decisive or binding, direct or innovative, and, finally, collective. Furthermore, an analysis of the constitutionality of Law No. 31399 is carried out to conclude that, in effect, it incurs defects of total, direct, material, and formal unconstitutionality, for which the Constitutional Court should have declared the claim founded and, consequently, said rule should have been definitively expelled from the system. Finally, a brief reflection is made about the representative system as opposed to the participatory system in Peru.

Keywords

Referendum, political participation, popular sovereignty, direct democracy.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
- CUADRO DE ELABORACIÓN PROPIA	4
2. EL RECONOCIMIENTO DEL REFERÉNDUM COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO	6
2.1. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL REFERÉNDUM DE INICIATIVA CIUDADANA DIRECTA PARA LA REFORMA TOTAL O PARCIAL DE LA CONSTITUCIÓN	8
2.1.1. <i>Interpretación sistemática por comparación con otras normas</i>	10
2.1.2. <i>Interpretación ratio legis</i>	11
2.1.3. <i>Principio pro homine o pro persona</i>	12
2.1.4. <i>Interpretación del artículo 39 de la Ley 26300</i>	14
2.2. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL REFERÉNDUM DE INICIATIVA CIUDADANA DIRECTA	15
2.2.1. <i>Facultativo</i>	15
2.2.2. <i>Decisorio o vinculante</i>	16
2.2.3. <i>Directo o innovativo</i>	17
2.2.4. <i>Colectivo</i>	18
3. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 31399 Y LA SENTENCIA DEL EXPEDIENTE N° 00001-2022- AI/TC19.....	19
3.1. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD FORMAL	20
3.2. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD MATERIAL	22
4. EL SISTEMA DEMOCRÁTICO REPRESENTATIVO FRENTE AL PARTICIPATIVO EN EL PERÚ	24
5. CONCLUSIONES.....	28
6. BIBLIOGRAFÍA	30

1. Introducción

El 30 de enero del año 2022 fue publicada en el Diario Oficial El Peruano la Ley 31399, la cual modificó los artículos 40 y 44 de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (en adelante, la Ley 26300). Dichos artículos corresponden al apartado sobre el referéndum y las consultas populares de la norma modificada, en específico, el 40 versa sobre la improcedencia del referéndum y el 44, sobre la autoridad competente para su convocatoria.

Ley 26300 (antes)	Ley 31399 (modificatoria)
Art. 40.- No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución. -	Art. 40.- No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, ni aquellas que no se tramiten según el procedimiento establecido en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución Política.
Art. 44.- La convocatoria a referéndum corresponde efectuarla a la autoridad electoral en plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas. -	Art. 44.- La convocatoria a referéndum corresponde efectuarla a la autoridad electoral en plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas, salvo que se trate de una reforma constitucional, en cuyo caso es convocado por 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.

- Cuadro de elaboración propia.

Tal y como se observa, el artículo 40 original afirmaba que el referéndum no procede cuando se consulten aspectos contenidos en el segundo párrafo del artículo 32 de la Constitución, es decir, la reducción de derechos fundamentales, normas tributarias/presupuestales o tratados internacionales vigentes. Sin embargo, con la modificatoria del artículo 40, se añadió un supuesto adicional: el referéndum también es improcedente cuando no se tramite de acuerdo a lo establecido por el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución¹ (Congreso de la República 2022).

¹ Dicha disposición constitucional establece que “toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificada mediante referéndum [...]”.

Por otro lado, el texto original del artículo 44 determinaba que la autoridad competente para la convocatoria del referéndum era la electoral dentro de los cuatro meses posteriores a la acreditación de la iniciativa. No obstante, la modificatoria incluyó que, en materia de reforma constitucional, el presidente será el llamado a convocar el referéndum cuando sea solicitado por el Congreso, en concordancia con el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución (Congreso de la República 2022).

En respuesta a ello, el Poder Ejecutivo presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley 31399 ya que, desde su postura, afirmaba que contravenía los artículos 2.17, 31, 32, 43, 45, 102.1, 103, 118.3 y 206 de la Constitución peruana, así como el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) y el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP). Por su parte, el apoderado especial del Congreso contestó la demanda y la contradijo y negó en todos sus extremos. Finalmente, el 24 de noviembre de 2022, el Pleno del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) votó en mayoría por declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Ejecutivo², es decir, al no reunir los cinco votos conformes exigidos para declarar su inconstitucionalidad, se confirmó la validez de la norma impugnada³.

Desde mi perspectiva, mediante dicha decisión el TC ha vaciado de contenido el derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa, ya que, necesariamente, el Congreso deberá intervenir y conducir el proceso y con ello, además, ha vulnerado el principio democrático y el de soberanía popular que sustentan dicha institución. Por todo ello, a continuación, explicaré por qué en nuestro ordenamiento jurídico sí se ampara el referéndum de iniciativa ciudadana directa, con lo cual queda claro que la sentencia del Pleno del TC ha

² Con los votos concurrentes de los magistrados Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y de la magistrada Pacheco Zerga.

³ De acuerdo al artículo 107 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

significado, en la práctica, un retroceso en el reconocimiento de derechos fundamentales de participación política ciudadana. Asimismo, desarrollaré las características esenciales del derecho al referéndum de iniciativa ciudadana directa y, por último, cuestionaré la constitucionalidad material y formal de la - aún vigente- Ley 31399.

2. El reconocimiento del referéndum como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico peruano

En la Constitución peruana el derecho fundamental al referéndum se encuentra amparado en el Capítulo I sobre los “Derechos fundamentales de la persona”, en el cual, de manera expresa, se señala en el inciso 17 del artículo 2 que toda persona tiene derecho “[...] 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**” (énfasis agregado). Esta disposición es complementada con el artículo 31 del mismo cuerpo normativo que regula el derecho ciudadano a la participación política en asuntos de índole pública mediante el referéndum y, además, establece que serán nulos y sancionables los actos que priven a las personas de ejercer sus derechos.

A nivel legal, es la Ley 26300 la encargada de regular el ejercicio de los derechos de participación política de la ciudadanía y, de manera específica, esta establece el procedimiento para llevar a cabo el referéndum y las consultas populares. Siendo esto así, en el artículo 37 de dicha norma se establece que este es un “derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consultan”. Para ello, se exige que este deba ser solicitado por un número de ciudadanos de, por lo menos, el 10% del electorado a nivel nacional.

Finalmente, de acuerdo al artículo 48 de la Ley 26300, los procesos de consulta contenidos en dicha norma serán regulados, de manera supletoria, por la Ley

Orgánica de Elecciones (en adelante, Ley 26859). En ese sentido, de acuerdo a los artículos 3 y 6 de esta última, la palabra “elecciones” incluir a los procesos de referéndum en lo que resulte aplicable, siendo que, además, los procesos electorales que regula podrán realizarse por mandato del Estado o por iniciativa popular.

Ahora bien, en nuestro ordenamiento jurídico existen diversos tipos de referéndum, como el que puede ser convocado por el Congreso (cuando se ejecute de acuerdo al proceso de reforma constitucional amparado en el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución) o por el Ejecutivo (para la conformación de regiones, de acuerdo al artículo 190 de la Constitución y donde también aplica la Ley de Bases de Descentralización y la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones) (Wieland 2008: 282-284 y 304). Sin embargo, en ambos casos, la ciudadanía no es quien tiene la iniciativa primaria, sino que esta proviene de las instituciones políticas, con lo cual el reconocimiento normativo de un referéndum de iniciativa ciudadana directa cobra especial relevancia, para cuando esta -como actor político primario y titular del poder constituyente- desee participar en los asuntos públicos, así como controlar y/o fiscalizar al poder estatal.

Entonces, queda claro que en Perú el derecho fundamental al referéndum ha sido reconocido de manera autónoma y expresa en el texto constitucional, cuyo ejercicio ha sido regulado por la propia Constitución y, a nivel legislativo, mediante la Ley 26300 y, supletoriamente, la Ley 26859. No obstante, existe un fuerte debate en relación a la existencia de un derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa. A nivel personal, defiendo que en nuestro ordenamiento sí ha sido amparado y debe ser reconocido como tal, en base a los argumentos que desarrollaré a continuación.

2.1.El derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa para la reforma total o parcial de la Constitución

En el apartado 6 sobre “El referéndum en la Constitución de 1993” de la reciente sentencia del Exp. 00001-2022-PI/TC, el Pleno del TC realizó un breve recuento normativo de la institución del referéndum en nuestro ordenamiento constitucional actual. A primera vista pareciera estar de acuerdo con la tesis planteada en este artículo, ya que lo reconoce como un derecho fundamental, cita a la sentencia del Exp. 00003-1996-PI/TC (en cuanto reconoce el derecho a la auto convocatoria al referéndum), afirma que, de acuerdo a la Ley 26859 el referéndum puede ser convocado por iniciativa popular y señala que debe tenerse presente el inciso 1 del artículo 32 de la Constitución. No obstante, al finalizar su argumentación agrega que el constituyente ha señalado expresamente que el referéndum debe ser únicamente ratificatorio cuando verse sobre la reforma de la Constitución (en base al artículo 206 de la misma). Tras ello, el Pleno concluye que todo referéndum en materia de reforma constitucional deberá ser llevado a cabo conforme a lo señalado por el artículo 206 de la Constitución, ya que dicha institución tiene un rol de legitimación del accionar del Legislativo, en tanto poder constituido (FJ. 90-101).

Al respecto, considero curiosa -e intencional- la forma en la que se realizó dicho recuento en materia de referéndum en la Constitución actual, ya que, si bien el Pleno enumera diversas normas y jurisprudencia constitucional, la conclusión llega sin un análisis en conjunto de lo desarrollado. Dicho de otra manera, la sentencia no lo señala así, pero realiza -en los hechos- una interpretación aislada y formalista del primer párrafo del artículo 206 de la Constitución y, de ninguna manera, hace un esfuerzo mínimo por entablar un diálogo normativo que desemboque en una interpretación orgánica o sistemática.

Sobre ello, es relevante recordar que, siguiendo a Marcial Rubio, el método de interpretación literal es el primer acercamiento a una disposición normativa, mas no puede ser el único utilizado para dotarla de significado, sino que debe ser

complementado con otros métodos de interpretación jurídica. En esa línea lo ha desarrollado la sentencia del Exp. 1941-2022-AA/TC, pues, cuando se trate de derechos fundamentales, las decisiones jurisdiccionales no pueden basarse exclusivamente en una interpretación literal, ya que por sí sola resulta insuficiente (2009: 238-240).

A pesar de todo ello, en la sentencia analizada en este apartado, el Pleno optó por una interpretación aislada del primer párrafo del artículo 206 de la Constitución y, en consecuencia, concluyó que no existe posibilidad de que un referéndum de iniciativa ciudadana directa se lleve a cabo cuando verse sobre materia de reforma constitucional.

En la postura contraria se ha manifestado Gorki Gonzales, para quien existe una diferencia clara entre lo desarrollado por el inciso 1 del artículo 32 y el primer párrafo del artículo 206 de la Constitución. De esta forma, el autor argumenta que en el primero se ampara “un referéndum para requerir a la ciudadanía a la aprobación de una decisión, no para confirmar lo discutido y aprobado previamente en el Parlamento, tal como ocurre en los supuestos del artículo 206” (2022: 27). En ese sentido, es erróneo aplicar de manera general el primer párrafo del artículo 206 para todos los supuestos de referéndum incorporados a nuestro ordenamiento jurídico. Siendo esto así, el inciso 1 del artículo 32 ampara, en efecto, el referéndum de iniciativa ciudadana directa, el cual se caracteriza por constituirse en la expresión del pueblo como agente político y actor de la democracia, dentro de la cual él -y nadie más que él- (en el ejercicio de su soberanía popular) estará en la posibilidad de invocar las facultades del poder constituyente.

Igualmente ha opinado César Landa, según el cual, en nuestro ordenamiento constitucional, el artículo 206 de la Constitución únicamente se refiere a la creación de leyes de reforma constitucional parcial, mas no implica este la regulación del cambio de Constitución. Siendo que, si por un lado en el mencionado artículo se regula la reforma parcial, es en el artículo 32 de la norma

fundamental en donde se ha concebido la posibilidad de la realización de un proceso de reforma total mediante referéndum a la ciudadanía (2018: 119-120).

A nivel personal, comparto la posición del profesor Gorki Gonzales, quien defiende la existencia de un referéndum de iniciativa ciudadana directa en nuestro ordenamiento, con lo cual, se entiende la necesaria diferencia entre el inciso 1 del artículo 32 frente a lo desarrollado por el primer párrafo del artículo 206 en relación a la reforma constitucional con la participación del Congreso. Al respecto, una interpretación literal y aislada del primer párrafo de dicho artículo en este caso es, por decir lo menos, peligrosa e insuficiente, por lo que urge recurrir a herramientas interpretativas adicionales que permitan la lectura más garantista posible en este caso.

2.1.1. Interpretación sistemática por comparación con otras normas

La interpretación sistemática por comparación con otras normas es aquella que amplía “a la norma bajo interpretación los principios o conceptos que fluyen claramente del contenido de otras normas y que, en la interpretada no son ostensibles” (Rubio 2009: 245). Es decir, se logra esclarecer el sentido de la norma interpretada tras haberla contrastado con una adicional. De igual manera lo ha desarrollado el TC frente a aparentes contradicciones entre mandatos constitucionales, ya que, en el Exp. 5854-2005-PA/TC, afirmó que estos nunca deben ser leídos de manera aislada unos de otros, ya que esto sería ilegítimo y tendría resultados inconsistentes (Rubio 2009: 244).

Así pues, en un primer momento se podría asumir que el artículo 32, inciso 1, y el primer párrafo del artículo 206 serían contradictorios. Por su parte, en la sentencia del Exp. 00001-2022, el TC optó por asumir que la exigencia de aprobación de toda reforma constitucional por parte del Congreso aplicaba también al referéndum de iniciativa ciudadana con el objetivo de reformar total o parcialmente la constitución (a consecuencia de una interpretación textual del artículo 206).

A nivel personal, si bien considero que, en efecto, no existe una contradicción entre ambos artículos, discrepo en la opción interpretativa restrictiva adoptada. En ese sentido, a fin de determinar idóneamente los alcances del referéndum en nuestro país, es fundamental una interpretación sistemática de los mandatos constitucionales. En consecuencia, desde la sistematicidad del ordenamiento se deberían analizar los preceptos de los artículos 32, inciso 1, y primer párrafo del 206, con el objetivo de interpretar en la forma más beneficiosa y que permita cumplir los fines constitucionales, así como garantizar la efectiva vigencia de los derechos políticos fundamentales de la ciudadanía (Eguiguren 2021: 234-235).

2.1.2. Interpretación *ratio legis*

El método de interpretación *ratio legis* se puede entender como la búsqueda de la razón de ser de la norma en relación a la protección constitucional de los principios, derechos y valores constitucionales, el cual, además, exige un entendimiento más amplio que una mera lectura literal de la norma: es la comprensión del contenido o sentido de un derecho establecido en favor de la protección de las personas (Rubio 2009: 241-242).

De esta manera, en la búsqueda de la interpretación más idónea del amparo del derecho al referéndum de iniciativa ciudadana directa, se debe tomar en cuenta que esta institución tiene el objetivo de maximizar la participación política de la ciudadanía en términos de democracia directa y en la contribución en la toma de decisiones sobre asuntos públicos, sin estar subordinados a las decisiones del Congreso o, incluso, del Ejecutivo. En ese sentido, el referéndum de iniciativa ciudadana directa se constituye en una alternativa a los acuerdos que puedan adoptar los órganos públicos del Estado (Eguiguren 2021: 235).

2.1.3. Principio pro homine o pro persona

El principio pro homine es el mandato de preferir la interpretación que resulte más favorable para la optimización de los derechos fundamentales de la persona” (Landa 2018: 42), tras lo cual, concluyo que a nivel constitucional se ampara la posibilidad de llevar a cabo un referéndum de iniciativa ciudadana directa en materia de reforma constitucional (total o parcial).

Al respecto, el TC ha señalado que este es un principio amparado en la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴ el cual, además, exige al juez que, ante la posibilidad de la aplicación de diversas normas jurídicas, siempre elija aquella que efectivice y extienda en mayor medida los derechos fundamentales de la persona. En ese sentido, este es un mandato de optimización que ordena el reconocimiento de una posición preferente de los derechos y su efectividad. De igual manera, el principio pro homine actúa en forma contraria, pues cuando se trate de restricciones o limitaciones al ejercicio de un derecho, se debe buscar la interpretación menos restrictiva para afectarlo en la menor medida posible -lo cual es aplicable aún en supuestos de duda- (Exp. 02005-2009-PA/TC. FJ. 33).

Por último, es relevante resaltar que en el Título Preliminar de la Ley 26859 se enumeran diversos principios con los que debe actuar el Estado en materia electoral y en favor de los derechos de participación política ciudadana. Uno de los más relevantes es el principio de participación e igualdad (contenido en el artículo V), el cual exige la garantía de participación en los procesos electorales en condiciones de igualdad y no discriminación. De igual forma, y a manera de desarrollo evidente del principio pro homine, es importante el principio de

⁴ Por ejemplo, el principio pro homine se encuentra en el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 5 del PIDCP y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC), en el artículo 23 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otros. Todas estas normas internacionales son incorporadas al ordenamiento peruano mediante la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución sobre la interpretación de los derechos fundamentales.

conservación del voto y en pro de la participación (contenido en el artículo X), ya que impone la obligación de preferir siempre la interpretación de la norma en materia electoral que permita la tutela más garante del derecho de participación política, siendo que deberá evitarse las interpretaciones restrictivas, formalistas o limitativas del mismo.

En el caso materia de análisis, se podría llegar a conclusiones completamente diferentes en la medida en que se opte por un método interpretativo u otro. Siendo que, por un lado, desde una interpretación restrictiva, literal o textual y aislada del artículo 206 de la Constitución, se puede concluir que un proceso de referéndum únicamente estará legitimado siempre que el Congreso sea quien lo convoque. Por otro lado, desde una interpretación *ratio legis* y sistemática se puede leer de forma conjunta a los artículos 32, inciso 1, y 206 de la Constitución para afirmar que, en efecto, el referéndum de iniciativa ciudadana directa es una alternativa y complementaria al procedimiento de reforma comandado por el Congreso (Eguiguren 2021: 236). Entonces, en aplicación del principio pro homine -ante la presencia de interpretaciones contrarias- se deberá escoger aquella que resulte más garantista, menos restrictiva y tenga como objetivo la efectivización de los derechos políticos de la ciudadanía. O, en palabras de Francisco Eguiguren, se deberá elegir aquella interpretación que favorezca un ejercicio en autonomía y amplitud de la participación política del pueblo como titular del poder constituyente (2021: 236).

Por lo tanto, el sentido interpretativo de los artículos 206 y 31, inciso 1, más acorde con el bien jurídico protegido mediante el derecho fundamental al referéndum -en su manifestación de iniciativa ciudadana directa para la reforma total o parcial de la Constitución- es aquel en el que la ciudadanía puede manifestarse sin la previa aprobación del Congreso o el Ejecutivo, luego de cumplir con la recolección de, por lo menos, el 10% de firmas del electorado a nivel nacional.

2.1.4. Interpretación del artículo 39 de la Ley 26300

Es cierto que se podría considerar que, incluso de manera previa a la expedición de la sentencia del Exp. 0001-2022-AI/TC, el inciso a) del artículo 39 de la Ley 26300 ya determinaba que el referéndum para la reforma total o parcial de la Constitución solamente procede a “de acuerdo al artículo 206 de la misma”⁵. No obstante, discrepo de dicha lectura ya que, cabe señalar que (a diferencia de la modificatoria realizada por la Ley 31399) en el texto de la Ley 26300 no se especifica a qué párrafo del artículo 206 hace referencia en específico el inciso a). Por ello, continuando con la aplicación de la interpretación sistemática y pro homine de estas normas, sostengo que en este supuesto se hace referencia al segundo párrafo del artículo 206 (sobre la iniciativa de reforma constitucional correspondiente al presidente) y, de ninguna manera al primero.

Se observa, entonces, que no se puede sostener una voluntad consistente proveniente únicamente de la legislación, ya que a diferencia de la Ley 26300, la Ley 26859 no hace referencia alguna al artículo 206 de la Constitución cuando desarrolla las materias factibles de ser sometidas a referéndum en su artículo 125. Finalmente, es importante recordar que el reconocimiento constitucional del derecho fundamental al referéndum es expreso y directo, al igual que el mandato contenido en el inciso 1 del artículo 32. Por lo que las normas de rango legal deben ser interpretadas de forma en que no desnaturalicen los mandatos constitucionales y en la que favorezcan el ejercicio de los derechos de las personas, especialmente si guardan una estrecha relación con la vigencia de un régimen democrático y participativo.

⁵ Ley 26300

Artículo 39.- Procede el referéndum en los siguientes casos:

a) La reforma total o parcial de la Constitución, de acuerdo al Artículo 206 de la misma.

2.2. El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa

Si bien diversos autores defienden la existencia del derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa, ninguno ha establecido cuál es su contenido y características específicas de forma sistematizada. Por ello, en el presente artículo propongo cuatro características distintivas de este derecho fundamental, a manera de aporte al debate público y con esperanzas en que -tal vez en un futuro- este pueda ser reconocido explícitamente y garantizado por una nueva conformación del TC.

Así pues, las cuatro características distintivas del derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa son: i) facultativo; ii) decisorio o vinculante; iii) directo o innovativo y iv) colectivo.

2.2.1. Facultativo

Siguiendo a Hubert Wieland, el referéndum de iniciativa ciudadana directa desarrollado en nuestro ordenamiento es de carácter facultativo, en la medida en que su convocatoria exige el cumplimiento de requisitos formales previos (2010: 54- 55). De manera específica, el artículo 38 de la Ley 26300 ordena la recolección de las firmas de, por lo menos, el 10% del electorado nacional como requisito para la convocatoria del referéndum de iniciativa ciudadana directa.

Entonces, de acuerdo a la Resolución 303-2020-JNE, publicada el 10 de setiembre de 2020 en el Diario Oficial El Peruano, el padrón electoral contenía 25 287 954 personas habilitadas para el sufragio en las Elecciones Generales de 2021. Siendo esto así, el 10% del electorado a nivel nacional exigiría la participación de -al menos- 2 528 795 personas para la convocatoria de un referéndum de iniciativa ciudadana directa.

2.2.2. Decisorio o vinculante

En la decisión mayoritaria del Exp. 00003-1996-AI/TC⁶, el Pleno del TC determinó que el ejercicio del referéndum debe ser para decidir de manera definitiva sobre la materia consultada (ya sea legislativa, administrativa o, incluso, constitucional). En otras palabras, señaló que este debe tener carácter de decisorio y no meramente aprobatorio o, incluso, ratificatorio. Asimismo, y en relación a lo anterior, se le atribuye la característica de ser un “acto decisorio autónomo” que no está supeditado a decisiones preestablecidas y el cual se vuelve válido en la medida en que sea votado por el pueblo (1996: p. 3).

Entonces, en la medida en que -en el marco de un proceso de referéndum convocado por la ciudadanía para la reforma total o parcial de la Constitución- es esencial que las decisiones gestadas popularmente puedan tener carácter decisorio. Además, es necesario que estas tengan carácter vinculante para poder garantizar su efectividad como derecho fundamental y, en consecuencia, oponibilidad frente al poder estatal. Si esto no fuera así, la participación política mediante el referéndum y su dimensión de derecho fundamental quedarían reducidos meramente a la exigencia de cumplir con un procedimiento de convocatoria y ejecución del referéndum, sin que esto implique que, posteriormente, la decisión adoptada por la ciudadanía sea respetada desde la institucionalidad y sea incorporada en la toma de decisiones en materias de interés público.

Se podría interpretar -de mala fe- que tan solo bastaría cumplir con la formalidad exigida por las normas, mas sería posible pasar por alto los acuerdos tomados junto a la ciudadanía. Por ello, para que el pueblo tenga la capacidad de decidir

⁶ Es relevante desarrollar que, en esta sentencia, de fecha 20 de diciembre de 1996, el TC resolvió una demanda de inconstitucionalidad en relación a una norma que exigía como requisito adicional al 10% de firmas del electorado nacional, la aprobación del referéndum por parte del Congreso con, por lo menos, 48 votos a favor. En dicha oportunidad, a pesar de que cinco de siete magistrados votaron por declarar fundada la demanda; debido a que el artículo 4 de la Ley 26435 obligaba al Tribunal a contar con seis votos conformes, la demanda tuvo que ser declarada infundada y la norma no fue expulsada del ordenamiento en aquella ocasión. A pesar de ello, cabe enfatizar en que, en la actualidad, el artículo 107 del NCPCConst únicamente exige cinco votos conformes para declarar fundada una demanda de inconstitucionalidad.

mediante el referéndum, se debe efectivizar su carácter vinculante para que, en consecuencia, se instituya como un límite frente al poder público.

2.2.3. Directo o innovativo

Así, de manera específica, el referéndum que puede ser de iniciativa ciudadana directa hace referencia al denominado “referéndum innovativo”, el cual es previo a la toma de una decisión en materia legislativa, incluso sin la intervención del Congreso (Eguiguren 2021: 240).

De acuerdo al TC, el ejercicio de este derecho debe ser directo y darse “sin la intermediación de otras instituciones” distintas a la ciudadanía, ya que el referéndum es un mecanismo de la democracia directa cuyo legítimo titular es el pueblo (1996: 3-4). En el caso específico del Exp. 00003-1996-AI/TC, la Ley 26592 había añadido el requisito de contar con el voto favorable de -por lo menos- cuarenta y ocho congresistas. Ante ello, el Pleno afirmó que la convocatoria al referéndum no puede estar supeditada a la intervención del Congreso (1996: 3-4).

Además, en nuestro ordenamiento el referéndum es un derecho fundamental del ciudadano, el cual, de acuerdo al Tribunal, no es factible de restricciones, limitaciones y/o impedimentos por parte de cualquier otra institución del orden estatal (1996: 3-4). Como se observa, esta afirmación es acorde con el mandato final del artículo 31 de la Constitución, en tanto serán nulos todos los actos que pretendan prohibir o limitar el ejercicio de estos derechos.

En este punto me interesa enfatizar en la diferencia existente entre la regulación dada por la Ley 26300 para la iniciativa legislativa (artículo 11) y de reforma constitucional (artículo 17), en tanto ambos derechos exigen la adhesión de, mínimo, el 0.3% de la población electoral nacional para su ejercicio. Entonces, es relevante preguntarse ¿por qué existe esta diferencia de requisitos frente al 10% exigido para la convocatoria directa del referéndum? Porque en el caso de la iniciativa legislativa o la de reforma constitucional se entiende que esta tendrá

que ser vista obligatoriamente por el Congreso, institución que podrá aceptar o rechazar dicha iniciativa. Por el contrario, en el caso del referéndum de iniciativa ciudadana directa no tendrá que pasar por el Congreso y tampoco dependerá de su aprobación, sino que únicamente se presentará ante el órgano electoral que corresponda (Eguiguren 2021: 241-242).

2.2.4. Colectivo

Siguiendo a Hubert Wieland, en la Constitución de 1993 el referéndum fue amparado como un derecho fundamental y político, pero también como un derecho colectivo de la ciudadanía (2008: 276). Esto se traduce en que su ejercicio no se da de manera individual, sino que este presupone a un grupo, pueblo o comunidad que lo ejercerá en su conjunto. De esta manera, la colectividad como sujeto de derecho se relaciona al concepto de la libre determinación de los pueblos, desarrollado a nivel internacional por el artículo 1 del PIDESC y el PIDCP, en tanto acuñan que todos los pueblos tienen el derecho de instaurar su organización política en base a su opción de desarrollo, sea social, cultural, económica o de otra índole.

Para poder hablar de un derecho de naturaleza colectiva como tal se requiere, primero, la presencia de un interés por parte de los individuos que justifique la existencia de un deber en relación a este. En segundo lugar, que el derecho colectivo a ejercerse se dé en razón de un bien público que sirva a sus intereses como miembros de un grupo o comunidad. Por último, cuando el ejercicio de manera independiente por parte de un individuo no baste por sí solo para fundamentar la existencia de un deber en contraposición (Raz 1986: 208).

Entonces, el derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa es uno que se ejerce de manera colectiva a nombre del pueblo, el cual implica una concretización de un sujeto político nacional con la potestad de autogobierno y autodeterminación, el cual, a su vez, exige ser garantizado y respetado por las instituciones estatales. Asimismo, el bien público preservado en este caso sería, principalmente, la participación política ciudadana a través del referéndum y su

consagración como derecho fundamental autónomo en nuestra normativa interna. Así pues, en el ejercicio de este derecho colectivo, el pueblo se construye y consolida a través de la política, cuando esta lo evoque en el momento en el que surja la necesidad de tomar una decisión revestida de convicción, soberanía y legitimidad popular.

3. La inconstitucionalidad de la Ley 31399 y la sentencia del Expediente N° 00001-2022-AI/TC⁷

De acuerdo al artículo 74 del Nuevo Código Procesal Constitucional (en adelante, NCPConst), las infracciones constitucionales pueden ser de naturaleza directa o indirecta, total o parcial y material y/o formal.

Al respecto, la Ley 31399 incurre en una **infracción directa**, debido a que su artículo único modifica los artículos 40 y 44 de la Ley 26300 y, en consecuencia, la inconstitucionalidad generada no es en relación a la Ley 26300 como “norma mediadora” -con el mandato constitucional de delimitar la forma de creación o el contenido de fuentes adicionales- (Landa 2018: 350-353). Por el contrario, la Ley 31399 incurre en una infracción directa a la Constitución, dado que el parámetro de constitucionalidad se reduce a una transgresión inmediata de los artículos 32, inciso 1, y primer párrafo del 206 de la Carta Fundamental.

Asimismo, la Ley 31399 incurre en una **infracción total**, siendo que, en mi opinión, la constitucionalidad de la norma ni siquiera podría haber sido subsanada mediante una sentencia manipulativa (la cual puede ser utilizada por el TC con el fin de compatibilizar, vía interpretación, la dimensión normativa de un precepto legal con el ordenamiento constitucional), pues el vicio se encuentra

⁷ Este análisis proviene del “Informe jurídico sobre la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00001-2022-PI/TC, caso de la regulación del referéndum”, trabajo de suficiencia profesional de mi autoría para obtener el título de abogada en el marco del Programa de Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en Latinoamérica.

en la integralidad del texto del artículo único de la Ley 31399 y, por tanto, esta norma resulta enteramente insalvable (Hakansson 2014: 201).

Teniendo en cuenta que, ni la inconstitucionalidad directa ni la total son aspectos discutidos por las partes en el Exp. 00001-2022 y tampoco son desarrollados por el propio TC en la sentencia, considero de mayor relevancia centrarme en el análisis de la inconstitucionalidad de fondo y forma. Por lo que, a continuación, desarrollaré los argumentos por los que sostengo que la norma impugnada padece de ambos vicios de inconstitucionalidad.

3.1. Análisis de la constitucionalidad formal

Para desarrollar apropiadamente los motivos por los que la Ley 31399 padece de un vicio de inconstitucionalidad formal, es imprescindible hacer referencia a que aquella norma no constituye una ley de desarrollo constitucional, en contraposición a lo ha argumentado por el Congreso en la contestación de la demanda y a lo que el TC ha sostenido en su sentencia.

En ese sentido, en la sentencia en minoría del Exp. 00002-1996 (caso de la reelección presidencial de Alberto Fujimori) el TC determinó que esta clase de normas de desarrollo únicamente esclarecen un mandato constitucional para prevenir desaciertos en su utilización, pero -en ningún caso- pueden alterarlo o transgredirlo (TC 1997: 6-7). Es decir, las leyes o normas de desarrollo constitucional están habilitadas para realizar precisiones o ajustes en favor de la materialización de un mandato constitucional en la realidad nacional, siempre y cuando esto no desemboque en la desnaturalización de los mismos preceptos constitucionales que pretende desarrollar o, lo que es peor, en una lesión al contenido constitucionalmente protegido de los derechos objeto de regulación legal.

Así pues, la competencia legislativa que posee el Congreso⁸ no es irrestricta, ya que este no debe vaciar de contenido un derecho fundamental, limitarlo de manera irrazonable y/o desproporcionada, vulnerar un principio constitucional de manera explícita o implícita u omitir las obligaciones derivadas del bloque de constitucionalidad (2022: FJ. 129). Es por ello que la expedición de la Ley 31399 constituye, además, un ejercicio extralimitado de la potestad legislativa del Congreso pues, en efecto, si bien este tiene la competencia de desarrollar y legislar en materia de participación ciudadana directa, en este caso se ha eliminado la posibilidad del ejercicio del derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa.

En añadidura, resulta inadmisibles que bajo la apariencia de “leyes de desarrollo” se incorporen al ordenamiento normas que, en la práctica, funjan de vías indirectas para la modificación de la Constitución, cuando lo que corresponde en realidad es seguir el procedimiento de reforma constitucional amparado en el artículo 206 de la Constitución, el cual posee un estándar mayor de requisitos para su aprobación debido a su relevancia (TC 1997).

En esa línea, la Ley 31399 fue expedida mediante el procedimiento legislativo ordinario cuando, en realidad, debió someterse al procedimiento del artículo 206 de la Constitución, dado que los artículos 40 y 44 de la Ley 26300 modificados, poseen una finalidad sustancial: regular y garantizar la participación política ciudadana mediante el referéndum de iniciativa ciudadana directa⁹. Por ello, es falso que tan solo se haya precisado un mandato constitucional con la Ley 31399. Todo lo contrario, pues se ha incorporado una causal de improcedencia del referéndum no prevista por el artículo 32, inciso 1, de la Constitución y, además, estableció que cuando el referéndum verse sobre reformas constitucionales, de

⁸ Artículo 102, inciso 1.- Atribuciones del Congreso. Son atribuciones del Congreso:

1. Dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes.

⁹ El TC ha desarrollado jurisprudencialmente la posibilidad de una inconstitucionalidad por la forma en relación a los objetivos que tutela una norma y a la materia involucrada. Así fue en el caso del Exp. 0006-2018-AI/TC, donde el Pleno concluyó que el requisito de contar con un dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento buscaba garantizar la protección y exigencia de una deliberación adecuada.

manera obligatoria, este deberá ser convocado por el presidente a solicitud del Congreso.

Por tanto, existe una **infracción constitucional formal**, ya que la - erróneamente- denominada ley de desarrollo (Ley 31399) constituye una extralimitación a la competencia legislativa del Congreso y, en todo caso, debió incorporar al ordenamiento mediante el procedimiento exigido para una ley de reforma constitucional (artículo 206 de la Constitución) y no mediante el procedimiento designado para una ley ordinaria. No obstante, en el siguiente apartado desarrollaré los motivos por los que, desde mi perspectiva, ni siquiera mediante el procedimiento de reforma constitucional hubiera sido posible incorporar al ordenamiento las disposiciones de la Ley 31399.

3.2. Análisis de la constitucionalidad material

Como señalé previamente, el derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa posee cuatro características esenciales que lo dotan de contenido: debe ser facultativo, decisorio o vinculante, directo o innovativo y colectivo. Siendo que, en caso se transgreda alguna de estas características, se vulneraría el contenido mismo del derecho, por lo que es necesario que se presenten de manera conjunta. En vista de ello, la Ley 31399 ha vaciado de contenido este derecho fundamental al exigir que toda iniciativa de referéndum ciudadano en materia de reforma constitucional deba contar con la aprobación previa del Congreso, con lo cual ha eliminado la posibilidad de su ejercicio y la ejecución de una consulta popular como manifestación de la democracia directa en el Perú.

Ahora bien, relacionado al contenido del derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa se encuentran dos principios base del ordenamiento constitucional que, de igual manera, se han visto vulnerados en el caso analizado. El primero de ellos es **el principio de soberanía popular** (artículo 45

de la Constitución¹⁰), el cual establece que el poder político del Estado se origina en el pueblo y que, además, ninguna persona, colectivo o institución puede atribuírselo de manera exclusiva. El segundo, es el **principio democrático** (artículo 43 de la Constitución¹¹), el cual se enfoca en los procedimientos y mecanismos necesarios para adoptar decisiones de índole política que sean legítimas, así como en la forma democrática de gobierno y su relación con el principio de separación de poderes. Ambos principios se encuentran estrechamente vinculados y se sirven uno del otro para garantizar el cumplimiento de sus objetivos, ya que, mientras el principio de soberanía popular se preocupa por el **origen** del poder, el principio democrático se centra en la **forma** de ejercer dicho poder.

En el caso peruano, el TC ha señalado que en los debates del Congreso Constituyente Democrático existió un consenso implícito sobre la importancia de la participación popular en una eventual reforma total de la Constitución y, en ese sentido, se pensó en la inclusión de instituciones características de la democracia directa (2002: FJ. 117). De hecho, este sería uno de los aspectos más llamativos luego de la promulgación de la constitución actual, ya que se incorporaron mecanismos como la revocatoria de autoridades, el referéndum, entre otros (Rubio 1994: 5)

Así pues, se ha afirmado que el artículo 45 de la Constitución peruana fue introducido con el objetivo de garantizar que este documento sea susceptible de actualizaciones intergeneracionales, de manera en que sea posible adaptar el texto constitucional a la realidad del momento y de la mano de los mecanismos democráticos idóneos y legitimados para ello (no siendo necesario, de esta

¹⁰ Artículo 45.- Ejercicio del poder del Estado

*El poder del Estado **emana del pueblo**. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición (énfasis agregado).*

¹¹ Artículo 43.- Estado democrático de derecho. Forma de gobierno.

*La República del Perú es **democrática**, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, **representativo** y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes (énfasis agregado).*

forma, el quebrantamiento del orden institucional para llevarlo a cabo) (2002: FJ. 118). En añadidura, en el artículo 32 inciso 1 de la Constitución se habría consagrado, justamente, la vía para que el pueblo se encuentre en capacidad de ejercer su soberanía a plenitud: mediante la convocatoria a un referéndum para la reforma total o parcial de la constitución (TC 2002: FJ. 119).

Por otro lado, el TC ha señalado que existen dos tipos de límites a la reforma constitucional: los límites formales (requisitos positivados en la Constitución que determinan el procedimiento de reforma) y los límites materiales (principios que rigen el ordenamiento jurídico y que no son pasibles de reforma). Por su parte, los límites materiales pueden estar presentes de manera explícita en el ordenamiento constitucional o, en todo caso, pueden encontrarse de manera implícita (2002: FJ. 72 y 76). Así las cosas, incluso si la Constitución no lo establece explícitamente, la modificación de un límite material implícito conllevaría a la disolución de sus propias bases. Ejemplo de ello, es el principio de la dignidad de la persona humana, **la soberanía popular, el régimen democrático** y entre otros (2002: FJ. 76).

En definitiva, si bien es cierto que no correspondía la expedición de la norma impugnada mediante el procedimiento de una ley ordinaria, ni siquiera siguiendo lo establecido por el artículo 206 hubiera sido factible la incorporación de los mandatos de la Ley 31399 en el ordenamiento. Eso es así en la medida en que se ha eliminado el derecho al referéndum de iniciativa ciudadana directa, el cual se interrelaciona con el principio de soberanía popular y el principio democrático, los cuales, efectivamente, constituyen límites materiales implícitos al accionar estatal y, por ende, son aspectos inmodificables del texto constitucional. De este modo, sostengo que el artículo único de la Ley 31399 ha incurrido en **vicios de inconstitucionalidad material** y, por ello, el TC cometió un grave error al declarar infundada la demanda interpuesta por el Ejecutivo.

4. El sistema democrático representativo frente al participativo en el Perú

Uno de los argumentos presentados por el Congreso y adoptados por el Tribunal en la sentencia del Exp. 00001-2022 es que el poder es ejercido de forma representativa en el Perú y que, en todo caso, principios como el de la soberanía popular nos permiten dotar de legitimidad democrática al poder estatal, pero no suplantar a sus manifestaciones institucionales (2022: FJ. 131-151). En consecuencia, tanto el Congreso como el TC, sostienen que la vía idónea para concretizar el principio democrático y de soberanía popular sería siempre a través de canales de representación y que, en dicho contexto, los mecanismos de democracia directa tan solo servirían como un complemento positivo (2022: FJ. 23) .

A nivel personal, discrepo profundamente con dicho argumento, debido a que en nuestro ordenamiento jurídico se han amparado diversas instituciones de democracia directa que han sido desarrolladas a nivel constitucional y legislativo. Tal y como se desarrolló al inicio del presente artículo, en el texto constitucional se ha reconocido expresamente en el artículo 31 el derecho fundamental de la ciudadanía a participar en los asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas y se ha establecido, además, que los actos que prohíban o limiten el ejercicio de estos derechos será nulo y pasible de sanción.

También se encuentran reconocidos a nivel constitucional las materias que pueden ser válidamente sometidas a referéndum y, en contraposición a ello, las excepciones a las consultas populares. Así tenemos que, precisamente, la Ley 26300 regula derechos de participación (iniciativa de reforma constitucional; iniciativa en la formación de leyes, el referéndum, iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y municipales, así como mecanismos similares de participación desarrollados por la legislación vigente) y los derechos de control de los ciudadanos (revocatoria y remoción de autoridades, demanda de rendición de cuentas, así como mecanismos similares establecidos en la legislación para los gobiernos municipales y regionales). En ese sentido, todas esas instituciones tienen una fuerte relación con las bases de la democracia

misma, la fiscalización ciudadana y con la legitimidad popular con la que debe contar el poder ejercido desde el Estado y los límites y contrapesos que debe tener este en su organización interna y de cara a la sociedad.

Ahora bien, tanto el artículo 23 de la CADH, como el artículo 25 del PIDCP, han establecido el derecho ciudadano a participar en los asuntos de índole pública de manera directa o a través de representantes elegidos directamente por la ciudadanía. Al respecto, se podría señalar -acertadamente- que ambos instrumentos internacionales habilitan la posibilidad de que la participación política ciudadana se ejerza a través de los representantes electos para ello. No obstante, es relevante traer a colación también el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, el cual sostiene que la participación política ciudadana es un derecho, una responsabilidad y también una pre condición para la plenitud y efectividad de la democracia, por ello se debe promover y/o fomentar en sus diversas formas para robustecer el sistema democrático.

Para finalizar, es imprescindible resaltar la Opinión Consultiva-28-21 (sobre la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos), ya que ha criticado las concepciones exclusivamente representativas de la democracia, en donde basta la delegación de la toma de decisiones y el gobierno de los Estados a los representantes elegidos por la ciudadanía (2021: FJ.21). Así pues, la Corte Interamericana afirma que la democracia representativa, por sí sola, resulta insuficiente para garantizar la vigencia del principio democrático en América Latina, debido a la diversidad jurídica y cultural presente a lo largo de la región (2021: FJ.21). Por todo ello, los Estados tienen el deber de avanzar hacia una “democracia sustancial participativa, inclusiva, no excluyente, generosa y pródiga en la recepción de transformaciones y cambios, distante de la confrontación y el odio a lo diverso” (2021: FJ. 21).

Tras lo desarrollado en el presente artículo es de mi especial interés realizar una breve reflexión respecto al error grave que constituye el realizar análisis

constitucionales abstraídos de la realidad, en este caso, peruana. Cuando se menciona que nuestro sistema democrático es, primordialmente, representativo en favor de proteger la vigencia de la Constitución actual, no se toma en cuenta, necesariamente, que a lo largo de la historia de nuestro país en ninguna ocasión se ha construido un texto constitucional de manera -verdaderamente- democrática y diversa.

En relación a ello nos podemos preguntar, a manera de ejemplo, ¿cuál ha sido el rol de las mujeres y miembros de pueblos indígenas en los dos últimos procesos de cambio constitucional? ¿cuántas mujeres y cuántos miembros de los pueblos indígenas estuvieron presentes en la Asamblea Constituyente de 1979 o en el Congreso Constituyente Democrático para dar con la Constitución de 1993? ¿acaso existió un proceso deliberativo previo que permitiera garantizar la diversidad democrática? Como podría esperarse, las respuestas a estas preguntas son, por lo menos, desalentadoras, y los problemas ocasionados por la falta de democracia en una Constitución son palpables hasta el día de hoy.

Por todo lo señalado, en nuestro contexto resulta particularmente preocupante que el TC haya validado la constitucionalidad de la Ley 31399 y, con ello, haya eliminado en los hechos el derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa. A mi parecer, la solución nunca provendrá de optar por la incorporación de restricciones a los canales de participación ciudadana o, peor aún, su aniquilación, sino que deberían reforzarse y promoverse nuevas vías para las manifestaciones ciudadanas que logren actualizar el texto constitucional e incorporar en él las demandas sociales.

Tal y como lo desarrolla el propio TC en la sentencia analizada, es importante preservar los canales institucionales para la modificación de la Constitución a manera de prevenir que los cambios se den por fuera de la legalidad o por la vía revolucionaria (2022: FJ. 56 y 57). No obstante, el Tribunal parece contradecir o ignorar su propia argumentación en los hechos al validar la constitucionalidad de

una norma que cercena el derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa.

En definitiva, urge que como país apostemos por la radicalización de la democracia en el Perú como una herramienta para la consolidación efectiva del Estado social y un aumento en el respeto y garantía de los derechos fundamentales (Viciano y Martínez 2017: 8).

Para ello, debemos prestar atención a los procesos de cambio constitucional en curso a lo largo de toda Latinoamérica en el marco de un Nuevo Constitucionalismo Social y que, en ese sentido, resulte incluyente, diverso, innovador y garantice tanto la representación efectiva, como la participación social (en respuesta a ciclos históricos de exclusión de diversos grupos en el ámbito de lo público y político como nación). Actualmente, queda pendiente una “reformulación constitucional” que incluya y garantice instituciones como el referéndum y que, de igual forma, permita innovaciones en las funciones del poder público y su control, e incluso la incorporación de asambleas constituyentes populares y participativas de verdad (2021: FJ. 23).

-

5. Conclusiones

-

- i. En el ordenamiento jurídico peruano se consagra la existencia autónoma del derecho fundamental al referéndum en el inciso 17 del artículo 2 y en el artículo 31 de la Constitución. En ese sentido, el ejercicio de este derecho es regulado por la Ley 26300 y, de manera supletoria, por la Ley 26859.
- ii. El derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa se desprende de una interpretación del artículo 206 y 32, inciso 1, de la Constitución con el método *ratio legis*, sistemático por comparación con otras normas y del principio pro homine, en tanto es el sentido más garantista y optimizador de los derechos políticos involucrados.

- iii. El derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa posee cuatro características desarrolladas normativa, jurisprudencial y doctrinariamente que determinan su contenido. De esta manera, este debe ser:
- a. Facultativo: la ley exige una fracción del electorado nacional para su procedencia. En específico, el 10%.
 - b. Decisorio o vinculante: no solo ratifica o aprueba una propuesta previa, sino que decisión adoptada por la ciudadanía no podrá ser desconocida por los órganos estatales.
 - c. Directo o innovativo: sin la intermediación de un órgano distinto a la ciudadanía.
 - d. Colectivo: es un derecho que se ejerce en forma colectiva y no meramente individual.
- iv. El artículo único de la Ley 31399 padece de vicios de inconstitucionalidad directa, total, material y formal por no haber seguido el procedimiento preestablecido en el artículo 206 de la Constitución para su incorporación al ordenamiento y al haber vulnerado el derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa en relación al principio democrático y de soberanía popular. De esta forma, en la actualidad, la sentencia del Expediente 00001-2022-PI/TC ha eliminado por completo la posibilidad de ejercer el derecho fundamental al referéndum de iniciativa ciudadana directa para la convocatoria de una reforma total o parcial de la Constitución.
- v. A nivel internacional se ha reconocido la necesidad de avanzar hacia un equilibrio entre canales de representación y de participación ciudadana directa. Siendo que, especialmente en el contexto peruano, urge un proceso de radicalización democrática en el que se habiliten mayores canales de participación ciudadana y se garantice la diversidad e inclusión social para poder amparar las demandas de los grupos que estructural e

históricamente han sido apartados de los procesos de construcción de los textos constitucionales.

6. Bibliografía

ABAD YUPANQUI, SAMUEL

2023. “¿Reforma constitucional o asamblea constituyente?: aportes al debate”. En ABAD, Samuel; EGUIGUREN, Francisco; y otros. *Temas para repensar la Constitución de 1993. A treinta años de su vigencia. Libro homenaje al profesor Francisco Eguiguren Praeli*. Lima: Palestra Editores, pp. 319-338.

BLANCAS, CARLOS

2017. *Derecho Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial PUCP.

CAIRO, OMAR

2010. *El Poder Constituyente y la reforma de la constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial PUCP.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2022. *Expediente N° 00001-2022-AI/TC*. Contestación de la demanda de inconstitucionalidad: 07 de junio de 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

2021. *La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-28/21 solicitada por la República de Colombia: 07 de junio de 2021.

DIAZ, JAVIER

2000. *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lex Nova.

EGUIGUREN, FRANCISCO

2021. *Las relaciones entre el gobierno y el congreso en el régimen político peruano*. Lima: Palestra Editores.

GONZALES, GORKI.

2022. "Riforma costituzionale e potere costituente in Perú. In cerca della nuova Costituzione". *Rivista Diritto Comparato ed Europeo*. 2022, v. 52, n.2, pp. 1- 36.

HAKANSSON, CARLOS

2014. *El proceso de inconstitucionalidad. Una aproximación teórica y jurisprudencial*. Lima: Palestra Editores.

RAZ, JOSEPH

1986. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.

LANDA, CÉSAR

- 2018. "Teoría de la Constitución y principios de interpretación constitucional". *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 2008-2018*. Lima: Palestra Editores
- 2018. *Derecho procesal constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

MANILI, PABLO

2009 "La soberanía, constitución y derecho internacional de los derechos humanos". *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Asociación peruana de derecho constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Maestría de Derecho Constitucional-PUCP, IDEMSA.

PODER EJECUTIVO

2022. *Expediente N° 00001-2022-AI/TC*. Demanda de inconstitucionalidad: 22 de febrero de 2022.

RUBIO, MARCIAL

- 1994. "An lisis de un cambio constitucional". Lima: Editorial de la Universidad San Martín de Porres.
- 2009. "El sistema judicial. Introducción al Derecho". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2023. "La asamblea constituyente es constitutiva de la historia constitucional peruana y no es antijudicial". En ABAD, Samuel; EGUIGUREN, Francisco; y otros. *Temas para repensar la Constitución de 1993. A treinta años de su vigencia. Libro homenaje al profesor Francisco Eguiguren Praeli*. Lima: Palestra Editores, pp. 301-318.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

- 1996. *Expediente N° 00003-1996-AI/TC*. Sentencia: 20 de diciembre de 1996.
- 1997. *Expediente N° 00002-1996-AI/TC*. Sentencia: 03 de enero de 1997.
- 2002. *Expediente N° 0014-2002-AI/TC*. Sentencia: 21 de enero de 2002.
- 2003. *Expediente N° 0014-2003-AI/TC*. Sentencia: 10 de diciembre de 2003.
- 2005. *Expediente N° 050-2004-AI/TC*. Sentencia: 03 de junio de 2005.
- 2009. *Expediente N° 02005-2009-PA/TC*. Sentencia: 16 de octubre de 2009.
- 2018. *Expediente N° 00006-2018-PI/TC*. Sentencia: 06 de noviembre de 2018.
- 2022. *Expediente N° 00001-2022-AI/TC*. Auto de admisibilidad: 17 de febrero de 2022.
- 2022. *Expediente N° 00001-2022-AI/TC*. Sentencia: 24 de noviembre de 2022.

VICIANO, ROBERTO y Rubén Martínez.

2017. "Crisis del Estado Social en Europa y dificultades para la generación del Constitucionalismo social en América Latina". *Revista General de Derecho Público Comparado*. 2017, n.21. pp.1-19.

WIELAND, HUBERT.

- 2008. "El referéndum. Concepto general y regulación legal en el Perú". *Revista Derecho PUC*. Lima, 2008, pp. 273- 304.
- 2010. *El referéndum en el Perú: doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional*. Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 2023. *El referéndum en el Perú. Doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional*. 2a ed. Lima: Palestra Editores.

