



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**EL REFERÉNDUM EN EL PERÚ:  
DOCTRINA, REGULACIÓN LEGAL Y JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL**

Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en  
Derecho Constitucional que presenta:

Hubert Wieland Conroy

**Asesor : Carlos Blancas Bustamante**  
**Jurado : Carlos Blancas Bustamante**  
**Samuel Abad Yupanqui**  
**Luis Alberto Huerta Guerrero**

Lima, 2010

## Resumen ejecutivo

El referéndum es una institución de participación directa en los asuntos públicos del Estado que aparece en el Perú recién con la Constitución de 1993, esencialmente como un derecho político ciudadano, si bien puede ser también utilizado en el contexto de la reforma constitucional y del proceso de descentralización.

Sin embargo, se trata aún de una institución poco o mal conocida al extremo que, desde que entró en vigor la Constitución y hasta la fecha, no se ha realizado ningún referéndum salvo las consultas populares que tuvieron lugar en octubre de 2005 en el marco de la descentralización. El primer referéndum a ser celebrado por iniciativa ciudadana será la consulta sobre el FONAVI y tendrá lugar el 3 de octubre próximo, no obstante tener por objeto un proyecto normativo de indudable incidencia presupuestal.

Por otro lado, no existiría en el Perú un estudio completo que dé cuenta exhaustiva del referéndum en tanto institución, incluyendo sus orígenes doctrinarios, su normatividad y la jurisprudencia constitucional que se hubiera generado en torno al ejercicio de dicho derecho.

Por consiguiente, la presente tesis tiene por objeto contribuir a suplir dicha laguna mediante un análisis de los tres elementos citados: doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional.

A modo de gran conclusión, se puede señalar que el término de referéndum es usado en la normatividad peruana con una diversidad de sentidos que corresponden a una diversidad de instituciones de la democracia semi-directa y que no ha sido configurado para ser utilizado de manera real y efectiva por la ciudadanía. Y también que la escasa jurisprudencia constitucional tampoco ha contribuido a que sea mejor comprendido doctrinariamente y utilizado políticamente de manera provechosa.

## ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b><u>Introducción</u></b> .....	1
<b><u>1.- Doctrina</u></b> .....	2
1.1.- <u>Doctrina europea</u> .....	7
1.1.1.- <u>Doctrina inglesa</u> .....	8
1.1.1.1.- Albert Venn Dicey .....	8
1.1.1.2.- James Bryce .....	10
1.1.2.- <u>Doctrina francesa</u> .....	11
1.1.2.1.- Adhémar Esmein .....	11
1.1.2.2.- Maurice Hauriou .....	14
1.1.2.3.- Léon Duguit .....	17
1.1.2.4.- Raymond Carré de Malberg .....	20
1.1.2.5.- Joseph Barthélemy y Paul Duez .....	24
1.1.2.6.- Boris Mirkine-Guetzévitch .....	31
1.1.2.7.- Marcel Prélot .....	35
1.1.2.8.- Maurice Duverger .....	38
1.1.2.9.- Pierre Pactet .....	40
1.1.3.- <u>Doctrina germana</u> .....	43
1.1.3.1.- Georg Jellinek .....	43
1.1.3.2.- Hans Kelsen .....	44
1.1.3.3.- Carl Schmitt .....	46
1.1.3.4.- Karl Loewenstein .....	48
1.1.4.- <u>Doctrina española</u> .....	51
1.1.4.1.- Julián de Reparaz y Astein .....	51
1.1.4.2.- Manuel García Pelayo .....	54
1.1.4.3.- Pedro de Vega .....	56
1.1.5.- <u>Otros autores europeos</u> .....	60
1.1.5.1.- Etienne Grisel .....	60
1.1.5.2.- Paolo Biscaretti di Ruffia .....	62
1.2.- <u>Doctrina peruana</u> .....	65
1.2.1.- Lizardo Alzamora Silva .....	65
1.2.2.- Washington Durán Abarca .....	68
1.2.3.- Francisco Miró Quesada Rada .....	71
1.2.4.- Carlos Blancas Bustamante .....	74
1.3.- <u>Análisis</u> .....	77
1.3.1.- Referéndum y participación .....	77
1.3.2.- Referéndum y soberanía .....	79
1.3.3.- Referéndum y votación popular .....	84
1.3.4.- Referéndum decisorio y consultivo .....	87
1.3.5.- Referéndum obligatorio y facultativo .....	91
1.3.6.- Referéndum y sus clasificaciones .....	96
1.3.7.- Referéndum y veto popular .....	100
1.3.8.- Referéndum e iniciativa popular .....	103
1.3.9.- Referéndum y plebiscito .....	107

	<u>Pág.</u>
<b>2.- Regulación legal</b> .....	110
2.1.- <u>Antecedentes</u> .....	111
2.1.1.- Históricos .....	111
2.1.2.- Constitucionales .....	119
2.1.2.1.- Asamblea Constituyente 1978-1979 .....	119
2.1.2.2.- Congreso Constituyente Democrático 1993 .....	123
2.2.- <u>Disposiciones de carácter general aplicables al referéndum</u> .....	133
2.2.1.- Constitución Política .....	133
2.2.2.- Ley Orgánica de Elecciones .....	137
2.2.2.1.- Definiciones .....	137
2.2.2.2.- Convocatoria .....	142
2.3.- <u>Referéndum por iniciativa ciudadana</u> .....	146
2.3.1.- Constitución Política .....	146
2.3.2.- Ley Orgánica de Elecciones .....	151
2.3.3.- Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos ...	152
2.3.3.1.- Disposiciones generales .....	152
2.3.3.2.- Disposiciones específicas .....	155
2.3.4.- Materias susceptibles de ser sometidas a referéndum .....	157
2.3.4.1.- Reforma de la Constitución .....	157
2.3.4.2.- Aprobación de normas con rango de ley .....	162
2.3.4.3.- Aprobación de ordenanzas municipales .....	168
2.3.4.4.- Proceso de descentralización .....	172
2.4.- <u>Referéndum por iniciativa institucional</u> .....	181
2.4.1.- Reforma de la Constitución .....	182
2.4.2.- Proceso de descentralización .....	185
2.4.3.- Ordenanzas municipales .....	188
<b>3.- Jurisprudencia constitucional</b> .....	190
3.1.- <u>Reforma de la Constitución</u> .....	190
3.2.- <u>Aprobación de normas con rango de ley</u> .....	203
3.2.1.- Sentencia sobre el Expediente N° 003-96-I/TC .....	204
3.2.2.- Sentencias sobre el caso del FONAVI .....	210
3.3.- <u>Proceso de descentralización</u> .....	223
3.4.- <u>Aprobación de ordenanzas municipales</u> .....	232
<b><u>Conclusiones</u></b> .....	233
<b><u>Bibliografía</u></b> .....	254

## Introducción

La institución del referéndum aparece en el constitucionalismo peruano de forma expresa en la Constitución de 1993. En la Constitución de 1979 se estipulaba que las modificaciones en la demarcación regional requerían el pronunciamiento previo y directo de las poblaciones afectadas, pero sin mencionar el concepto de referéndum.

En la Carta vigente, en cambio, el referéndum figura como derecho fundamental de los ciudadanos en el inciso 17 del artículo 2º, como derecho político en el artículo 31º y como mecanismo de participación ciudadana en el artículo 190º, relativo a asuntos de descentralización y demarcación regional.

Por otro lado, aparece también como una facultad del Congreso de la República en el marco de los procedimientos previstos para efectuar reformas constitucionales de conformidad con el artículo 206º de la Constitución.

Sin embargo, el concepto de referéndum tiene en la Constitución vigente dos sentidos distintos. Según el primero, el objeto del referéndum es ratificar un acto normativo, tal como en el caso de reformas constitucionales y de aprobación de normas con rango de ley y ordenanzas municipales. Los órganos competentes aprueban la norma del caso y el pueblo las ratifica, ya sea por iniciativa propia o a instancia del órgano involucrado como es el caso del Congreso de la República en materia de reformas constitucionales.

El segundo sentido del concepto de referéndum tiene un carácter distinto, ya que su objeto no es ratificar un proyecto normativo sino, más bien, auscultar a un

sector de la población a fin de determinar si desea pertenecer a una circunscripción territorial o a otra, lo que le da a dicha consulta un carácter más plebiscitario que referendario.

Hasta donde se ha podido tener conocimiento, no existiría en el Perú un estudio completo que dé cuenta exhaustiva del referéndum en tanto institución, incluyendo sus orígenes doctrinarios, su normatividad y la jurisprudencia constitucional que se hubiera generado en torno al ejercicio de dicho derecho.

Se ha podido identificar ensayos puntuales (Blancas 2004, Maraví 1995, Rubio 1993), así como trabajos sobre el contexto más amplio de la democracia directa, pero siempre sin entrar a fondo en el análisis de sus bases doctrinarias y su regulación legal (Alzamora 1942, Durán 1978 y Miró Quesada 1999).

Por consiguiente, la presente tesis tiene por objeto contribuir a suplir dicha laguna mediante un análisis de los tres elementos citados: doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional.

En el capítulo sobre la doctrina se examina principalmente el pensamiento de aquellos autores europeos cuyas obras son accesibles en el Perú, tanto en versión española como en su lengua original. Estas son de origen predominantemente francés, aunque se ha podido examinar también obras de algunos autores germanos, como también ingleses, suizos, españoles e italianos. También se examina, por cierto, a los autores peruanos que han elaborado una propuesta conceptual sobre la institución en comentario.

El capítulo sobre la regulación legal consta de un análisis del conjunto de normas que regulan las diversas modalidades de referéndum, entre las que destacan la Constitución Política, la Ley Orgánica de Elecciones, la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, y la Ley de Bases de la Descentralización, principalmente.

En el capítulo sobre la jurisprudencia constitucional, se analiza los pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de hacer

sobre normas que guardaban relación con el referéndum y, como se podrá apreciar, la jurisprudencia constitucional sobre este tema es aún poco numerosa.

Al término del trabajo se incluye un conjunto de conclusiones que dan cuenta de los diferentes elementos conceptuales que han ido siendo decantados a lo largo del análisis de los tres componentes de la presente tesis. Al respecto se ha podido determinar que el término de referéndum es usado en la normatividad peruana con una diversidad de sentidos que corresponden a una diversidad de instituciones de la democracia semi-directa y que no ha sido configurado para ser utilizado de manera real y efectiva por la ciudadanía. Y también que la escasa jurisprudencia constitucional tampoco ha contribuido a que sea mejor comprendido doctrinariamente y utilizado políticamente de manera provechosa.



## 1.- Doctrina

El término *referéndum* proviene de la expresión latina “*ad referendum*,” usada según el tratadista francés Jean-Marie Denquin en el ámbito diplomático para designar un acuerdo concluido por un agente bajo reserva de ratificación. *A priori*, subraya Denquin, dicha fórmula no implicaba necesariamente que tal ratificación fuese una decisión tomada por el pueblo. En efecto, la expresión “*ad referendum*” ha sido empleada con frecuencia en casos en que la autoridad competente para efectuar la ratificación *no* era el conjunto de ciudadanos. Tal era el caso en la antigua confederación helvética: los delegados a la Dieta no podían tomar decisiones sino sujetas a la ratificación de quienes los enviaban. Si bien podía tratarse del pueblo mismo, como en el caso de las Asambleas Populares (*Landsgemeinden*), en otros se trataba de las “burguesías” o Consejos soberanos.<sup>1</sup>

Agrega Denquin que, por lo demás, es sólo en dicho contexto que podría entenderse la evolución semántica que dicha expresión sufrió con el paso del tiempo y el desarrollo de procedimientos de democracia semi-directa. Con ello sugiere el citado tratadista galo un puente entre la noción original de reserva de ratificación y aquella, contemporánea, de consulta popular realizada con el fin de aprobar o ratificar una decisión previamente tomada por un órgano representativo.<sup>2</sup>

En sentido similar se expresa el jurista suizo Etienne Grisel. Durante la alta edad media, señala dicho autor, ya se conocía y utilizaba la expresión “*ad referendum*”

---

<sup>1</sup> DENQUIN, Jean-Marie. *Référendum et Plébiscite*. p. 4.

<sup>2</sup> DENQUIN, Jean-Marie. *Op.cit.* p. 4.



en los cantones helvéticos, pero con una acepción particular, de esencia más federativa que democrática. En la Confederación de los XIII Cantones, así como en aquellas de los Grisones o del Valais, las decisiones de las Dietas solían estar subordinadas a la ratificación de las comunidades locales respectivas, es decir “*ad referendum*”. Pero ya en aquel entonces, sugiere Grisel, existía cierto vínculo con la idea de una consulta popular, ya que la aprobación de varias colectividades dependía de un voto de la “*Landsgemeinde*” respectivo, al menos en las regiones rurales.<sup>3</sup>

Las “*Landsgemeinden*,” sin embargo, no se ocupaban de todos los asuntos de una comunidad sino tan sólo de los más importantes y aquellos de menor importancia eran tratados por un órgano de carácter representativo denominado Consejo (*Rath*), tal como lo señala el historiador y jurista suizo Theodor Curti en su estudio sobre la historia de la legislación suiza. Tanto los miembros de la comunidad como el Consejo podían hacer propuestas a la asamblea popular que eran aprobadas o rechazadas por mayoría de votos.<sup>4</sup>

Esta constatación sugiere que aún en los tiempos más remotos de la democracia suiza, y en comunidades con poblaciones que podían reunirse con relativa facilidad en asambleas populares, los asuntos públicos no eran tratados de manera exclusiva en el marco de tales asambleas sino que coexistían al lado de éstas órganos de carácter representativo, tal como lo señalara Georg Jellinek.<sup>5</sup>

Con el paso del tiempo, la expresión “*ad referendum*” se redujo simplemente a referéndum y pasó a significar no sólo el acto mediante el cual se producía la ratificación, sino además cierto tipo de acto: una consulta al cuerpo electoral.

En tal sentido, vale la pena poner en relieve que el concepto de referéndum sugiere de inmediato un régimen político que combina elementos de dos formas ideales de democracia: la directa y la representativa. El elemento de la primera

---

<sup>3</sup> GRISEL, Etienne. *Initiative et référendum populaires, Traité de la Démocratie semi-directe en droit suisse*. p. 38.

<sup>4</sup> CURTI, Theodor. *Le Referendum*. pp. 3 - 4.

<sup>5</sup> JELLINEK, Georg. *L'État moderne et son droit*. Vol. II. p. 480.

está dado, naturalmente, por la participación directa del pueblo para decidir en última instancia sobre algún asunto sometido a su consideración. El elemento de la democracia representativa, en cambio, está dado por el hecho que los asuntos a ser sometidos a referéndum suelen ser objeto de deliberación y aprobación previas por algún órgano competente, de naturaleza representativa.

Así, el referéndum aparece como una figura que no podría ser concebida en un contexto de democracia directa absoluta, puesto que ello implicaría no sólo que *todas* las decisiones deben ser aprobadas por el pueblo sino que todas deben ser objeto de deliberación de parte de éste, lo que resultaría a todas luces impracticable. Aún en la antigua democracia suiza, como se acaba de señalar, las asambleas populares sólo trataban los asuntos de mayor importancia. Y tampoco podría tener cabida en el marco de una democracia exclusivamente representativa toda vez que la soberanía en tal régimen, por definición, tiende a ser considerada como atributo exclusivo de los órganos representativos.

En buena cuenta, la figura del referéndum sólo podría tener cabida en una democracia mixta, caracterizada al decir de Grisel por la existencia de una “relación dialéctica entre los ciudadanos y sus diputados.”<sup>6</sup> Naturalmente, el grado de participación de la ciudadanía en las decisiones públicas de un Estado puede variar según la configuración constitucional de cada país.

Desde una perspectiva conceptual, el hecho que el referéndum sugiera la coexistencia de los elementos señalados de democracia directa y representativa no es gratuito. Como se podrá apreciar a continuación, el desarrollo doctrinario del referéndum desde fines del siglo XIX estará marcado de manera considerable por una pugna entre promotores de una mayor participación directa del pueblo en los asuntos públicos y defensores de la democracia parlamentaria, que constituía una forma de democracia representativa que tendía, más bien, a excluir cualquier forma de participación directa de la ciudadanía, pero que había entrado en crisis durante el cambio de siglo.

---

<sup>6</sup> GRISEL, Etienne. Op.cit. p. 45.

Por otro lado, Bernard Manin nos recuerda que, cuando la democracia representativa hizo su aparición a fines del siglo XVIII, los partidos políticos no existían tal como los conocemos hoy en día, y que, hasta su consolidación como partidos de masa a mediados del siglo XIX, eran considerados de manera crítica como 'facciones'. Si en sus inicios los representantes tomaban sus decisiones en el Parlamento como resultado del debate parlamentario, el desarrollo de las maquinarias partidarias ha producido un cambio en virtud del cual los representantes llevan al Parlamento posiciones acordadas en el seno de sus partidos y la actividad parlamentaria tiende a reducirse a negociaciones entre bancadas.

A consecuencia de tales desarrollos, señala Manin, una brecha entre gobierno y sociedad, entre representantes y representados parecería estar abriéndose, de suerte que los ciudadanos tenderían a sentirse representados cada vez menos por sus representantes electos y no serían sus intereses sino aquellos de los partidos políticos los que estarían primando.<sup>7</sup>

Como se verá más adelante, este divorcio progresivo entre representantes y representados ha sido un problema que varios de los publicistas examinados en el presente trabajo como susceptible de ser resuelto, al menos parcialmente, mediante la introducción de diversas formas de participación directa, entre las que destaca el referéndum.

### 1.1.- Doctrina europea

La gran mayoría de juristas europeos consultados son de origen francés. Algunas de las obras en comentario están disponibles en el Perú y se encuentran en versión castellana, pero hay otras que sólo pueden ser consultadas en francés. Otras, finalmente, han sido obtenidas del exterior y en su lengua original.

Las dos obras consultadas de autores ingleses están disponibles en el Perú mas sólo en lengua inglesa. Aquellas de juristas germanos, en cambio, han sido todas

---

<sup>7</sup> MANIN, Bernard. *The Principles of Representative Government*. pp. 193 – 236.

traducidas al castellano, así como los textos del jurista italiano Biscaretti di Ruffia. Los textos suizos, han sido obtenidos en el exterior y consultados en francés.

En los casos de textos que no se encuentran en versión castellana, las citas correspondientes son traducciones libres del autor del presente trabajo y no figuran entre comillas, pero se indica claramente tanto la obra como la página de las cuales provienen.

### 1.1.1.- Doctrina inglesa

Los dos autores ingleses consultados son Albert Venn Dicey y James Bryce, cuyas obras aparecieron entre fines del siglo XIX y comienzos del XX.

#### 1.1.1.1.- Albert Venn Dicey

En la introducción a la octava edición (1926) de su Introducción al Estudio del Derecho Constitucional (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*), el célebre jurista británico Albert Venn Dicey (1835 – 1922) incluyó un acápite en defensa de la utilización del referéndum en Gran Bretaña, siendo así uno de los primeros en pronunciarse a favor de su uso, no obstante su conservadurismo y su convicción sobre la soberanía del Parlamento británico.<sup>8</sup>

Dicey consideraba que la fe en el gobierno parlamentario había sufrido un desgaste extraordinario o, como se habría dicho también, un eclipse temporal, y atribuía dicha situación al hecho que un gobierno dominado por partidos inevitablemente propicia la proliferación del partidismo (*partisanship*) y produce una maquinaria que puede generar corrupción política e incluso llegar al extremo en que la voluntad permanente de los electores pudiera verse distorsionada por una legislatura legítimamente elegida.<sup>9</sup>

Así planteado el problema, el referéndum aparecía como un procedimiento democrático pero conservador al mismo tiempo que, de ser introducido en

<sup>8</sup> DICEY, Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. p. 37.

<sup>9</sup> DICEY, Albert Venn. Op.cit. pp. xcii – xciv.

Inglaterra, sería lo suficientemente fuerte para *frenar* el absolutismo de un partido que hubiera alcanzado una mayoría parlamentaria. Sería así una institución susceptible de contribuir en Inglaterra a la disminución de los más saltantes defectos del gobierno de un partido.<sup>10</sup>

Dicey entendía el referéndum como el principio según el cual un proyecto de ley, aún cuando hubiese sido aprobado por la Cámara de los Comunes y de los Lores, no debería entrar en vigor hasta no haber sido sometido a los electores y aprobado por la mayoría de éstos. Su intención, sin embargo, no era proponer que todo acto legislativo debiese ser previamente sancionado por el pueblo. Su intención era, más bien, que el referéndum actuase como “veto popular,” cuya función esencial era prevenir que el Parlamento pudiese aprobar legislación importante que no contase con el asentimiento de los electores.<sup>11</sup>

Para Dicey, la fuerza del referéndum radicaba en el hecho de constituir, al mismo tiempo, una institución democrática y, debido a su carácter negativo, esencialmente conservadora. Democrática por tratarse, en realidad, de un llamado al pueblo y conservadora toda vez que aseguraba el mantenimiento de cualquier ley o institución que la mayoría de los electores hubiera deseado conservar.

Finalmente, si bien Dicey pensaba que el referéndum era, en resumidas cuentas, un claro reconocimiento de la soberanía del pueblo, aunque en su forma negativa, nada en su *Introducción* permite inferir un reconocimiento del derecho de la ciudadanía a exigirle a la autoridad electoral competente la celebración de un referéndum. Habida cuenta el carácter conservador de Dicey, se puede presumir que tal derecho debería recaer sólo en los miembros del Parlamento.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Ibid. p. xcvi.

<sup>11</sup> Ibid. pp. xci – xcii.

<sup>12</sup> Ibid. pp. xcvi – xcvi.

### 1.1.1.2.- James Bryce

El jurista británico James Bryce (1838 – 1922), conocido en particular por su célebre distinción entre constituciones rígidas y flexibles, incluye una reflexión sobre el referéndum en el marco de un extenso análisis de la democracia suiza en su libro *Democracias Modernas (Modern Democracies)*, publicado en 1921.<sup>13</sup>

El término referéndum, sostiene Bryce, provendría de los tiempos de la antigua Confederación en la cual los delegados de los cantones a la Dieta tenían el derecho de emitir votos sujetos a la ratificación o rechazo de sus cantones de origen, y significa, según dicho autor, el acto de someter a consulta popular una norma adoptada por la legislatura, a efecto de ser aprobada o rechazada.<sup>14</sup>

En una democracia representativa, afirma Bryce, debería haber algún contrapeso al poder legislativo. En aquellos sistemas en que el ejecutivo carece de poder de veto o que las dos cámaras que componen el parlamento no difieren lo suficiente entre ellas como para contrabalancearse mutuamente, el único contrapeso disponible sería el voto popular directo.

Por otro lado, en todo gobierno debe haber un poder susceptible de tener la última palabra, de tomar una decisión que no pueda ser apelada. En una democracia, sostiene Bryce, sólo el pueblo puede poner fin a una controversia al interior del gobierno.<sup>15</sup>

Bryce incluye también una referencia a la iniciativa popular, que es importante debido a su vinculación con el referéndum. En efecto, Bryce define la iniciativa como el derecho de un número determinado de ciudadanos de proponer que un proyecto normativo sea aprobado por votación popular.<sup>16</sup> Y si el referéndum

---

<sup>13</sup> BRYCE, James. *Modern Democracies*. MacMillan Company. 1921. 2 volúmenes. La edición consultada puede ser accedida en el portal de [www.questia.com](http://www.questia.com)

<sup>14</sup> BRYCE, James. Op.cit. pp. 373 – 374.

<sup>15</sup> Ibid. p. 395.

<sup>16</sup> Ibid. p. 376.

protege al pueblo de los “pecados de comisión” de la legislatura, la iniciativa popular constituye un remedio a las omisiones del órgano legislativo.<sup>17</sup>

Entre las conclusiones a las que llega en su análisis de las instituciones políticas suizas, Bryce sostiene en particular que el perjuicio eventualmente generado por el uso del referéndum debido a su carácter conservador se ve compensado por beneficios tales como la posibilidad de asegurar el consentimiento del pueblo en aquellos casos en que su opinión era incierta, de proveer una válvula de seguridad en casos de descontento, así como de alertar a los órganos legislativos sobre el parecer del pueblo.<sup>18</sup>

No obstante las conclusiones señaladas, Bryce manifiesta ser consciente que el éxito que la figura del referéndum ha tenido en Suiza depende en gran medida de las características propias del pueblo suizo y señala que un éxito similar no podría darse por sentado en países cuyos pueblos no tuvieran características similares.<sup>19</sup>

### **1.1.2.- Doctrina francesa**

La doctrina francesa examinada, sin duda la más accesible, incluye textos de los siguientes autores: Adhémar Esmein, Maurice Hauriou, Léon Duguit, Raymond Carré de Malberg, Joseph Barthélemy, Paul Duez, Boris Mirkine-Guetzévitch, Marcel Prélot, Maurice Duverger y Pierre Pactet.

#### **1.1.2.1.- Adhémar Esmein**

En la octava edición de su obra titulada Elementos de Derecho Constitucional Francés y Comparado (*Éléments de droit constitutionnel français et comparé*), publicada en 1927, el jurista e historiador del derecho francés Adhémar Esmein (1848 – 1913) aborda la idea del referéndum, a la cual se refiere en términos de gobierno directo, en el contexto de su desarrollo sobre los conceptos de

---

<sup>17</sup> Ibid. p. 402. Ver apreciaciones de Joseph Barthélemy y Paul Duez sobre la iniciativa popular en el inciso 1.1.2.5.

<sup>18</sup> Ibid. p. 400.

<sup>19</sup> Ibid. p. 401.

soberanía nacional y de gobierno representativo.<sup>20</sup> Como se verá a continuación, Esmein se manifestó siempre en contra de la utilización del referéndum.

Esmein inicia su desarrollo señalando que es bajo la forma del gobierno representativo, mediante la elección de diputados que forman una Cámara deliberante y legislativa, que la soberanía nacional ha sido concebida y ejercida en los tiempos modernos. Lo que caracteriza la representación, señala, es la atribución recibida del pueblo soberano de poder decidir libre y arbitrariamente en su nombre, de manera tal que la voluntad y la palabra de los representantes deban ser consideradas como la voluntad y la palabra del propio pueblo.<sup>21</sup>

La idea de representación, así definida, se sustenta doctrinariamente en el pensamiento de Montesquieu y del abate Sieyès, en contraposición con las propuestas de Rousseau. Montesquieu, señala Esmein, era favorable a la intervención directa del pueblo soberano en algunos aspectos, pero lo consideraba incompetente tanto para dirigir el poder ejecutivo como para legislar directamente. El pueblo, pensaban tanto Montesquieu como Sieyès, según Esmein, estaba admirablemente dotado para elegir a sus autoridades pero carecía del tiempo y de los conocimientos para manejar directamente los asuntos públicos.<sup>22</sup>

Rousseau, por su parte, sostenía que la obra de las asambleas nunca es definitiva por ella misma y que un texto sólo puede devenir en ley mediante la ratificación directa del pueblo soberano. “La soberanía”, señala Esmein glosando un célebre pasaje del *Contrato Social* de Rousseau (Libro III, capítulo XV), “no puede ser representada por la misma razón que no puede ser alienada. La soberanía consiste en la voluntad general y ésta no se representa: o es ella misma o no es nada, no siendo posible punto intermedio alguno. Los diputados del pueblo no son ni pueden ser sus representantes, sólo son sus comisarios. No

---

<sup>20</sup> ESMEIN, Adhémar. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Tomo primero. pp. 435 – 480.

<sup>21</sup> ESMEIN, Adhémar. Op.cit. p. 435.

<sup>22</sup> Ibid. pp. 438 – 439.



pueden concluir nada de manera definitiva. Toda ley que el pueblo en persona no ha ratificado es nula: no es ley.”<sup>23</sup>

Esmein concluye de estos argumentos, que considera racionalmente decisivos en contra del gobierno directo del pueblo en materia tan delicada e importante que es la legislación, es decir, en contra del referéndum, que la participación directa del pueblo adolece de vicios de fondo como de forma. En cuanto a vicios de fondo, puntualiza que la gran mayoría de los ciudadanos, si bien muy competente para elegir a sus representantes, es incapaz de evaluar las leyes o proyectos de ley que le serían sometidos, por falta de instrucción y de tiempo, como sugería Sieyès.

En cuanto a los vicios de forma, Esmein señala en primer lugar la ausencia de toda discusión seria en relación con el proyecto sobre el cual el pueblo habría de pronunciarse. Si bien ello habría sido posible en las pequeñas repúblicas de la antigüedad, hoy en día resultaría impracticable. Aún la voz de la prensa, sostiene, resulta insuficiente para tal efecto.

Por otro lado, el sistema tiene un defecto adicional por el hecho que lo que somete a la consideración del pueblo es un proyecto de ley en su integridad, en vista de las dificultades inextricables que implicarían una votación artículo por artículo. Por tal motivo, el elector se ve privado de la libertad de seleccionar los artículos sobre los cuales querría pronunciarse. El voto en tales condiciones, puntualiza Esmein, ya no es libre.

Más aún, criticando a Rousseau, señala que no es cierto que la ley sea necesaria y simplemente la expresión inmediata y directa de la voluntad general, tal como es formulada de manera precisa por la mayoría de los ciudadanos. La ley es antes de nada, enfatiza Esmein, una regla de justicia y de interés público. Las probabilidades de obtener una legislación justa, útil y racional son mayores, para el jurista galo, en un gobierno representativo que en un gobierno directo.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Ibid. p. 437.

<sup>24</sup> Ibid. pp. 442 – 444.

Más allá de la intervención del pueblo para ratificar un proyecto de ley, Esmein menciona otra modalidad de consulta popular: el referéndum consultivo. Este consiste en someter al pueblo, durante el debate en el órgano legislativo, el principio de un proyecto de ley a efecto de simplemente auscultar su parecer al respecto, quedando en principio el órgano legislativo en libertad para seguir la indicación del electorado o no. Este proceder, en opinión de Esmein, no es sino una renuncia de las asambleas a la responsabilidad moral que deben necesariamente asumir en un gobierno representativo.<sup>25</sup>

Al mismo tiempo, Esmein considera que, aún cuando se trate de un referéndum consultivo, desprovisto en principio de fuerza vinculante, difícilmente podrían los legisladores distanciarse de una opinión que ha sido expresada nada menos que por el cuerpo de cuya voluntad emanan. En tal sentido, la única diferencia entre referéndum consultivo y un referéndum ratificatorio sería el momento en que es celebrado, toda vez que el efecto práctico sería el mismo. No se puede despojar a los electores, puntualiza Esmein, de su naturaleza política y transformarlos así en simples consejeros: los consejos del pueblo sólo pueden ser órdenes.<sup>26</sup>

#### **1.1.2.2.- Maurice Hauriou**

Contemporáneo de Esmein aunque más joven, el jurista francés Maurice Hauriou (1856 – 1929), decano de la facultad de derecho de la Universidad de Toulouse entre 1906 y 1926, incluye una referencia a la figura del referéndum en el capítulo relativo al poder de sufragio en su Manual de Derecho Constitucional (*Précis de droit constitutionnel*).<sup>27</sup> En contraposición con Esmein, su aproximación es, por cierto, más bien favorable a la figura del referéndum.

Al iniciar su tratamiento del tema, Hauriou define el poder de sufragio como la organización política del consentimiento y señala que éste puede ser utilizado en relación con un gobierno representativo como con un gobierno directo. En un “gobierno directo o semi-directo,” el sufragio tiene los siguientes usos: 1) el

---

<sup>25</sup> Ibid. p. 445.

<sup>26</sup> Ibid. p. 461.

<sup>27</sup> HAURIU, Maurice. *Précis de droit constitutionnel*. pp. 544 – 552.

referéndum de leyes y medidas administrativas, 2) el plebiscito de los Jefes de Estado, y 3) el tribunal penal (*jury criminel*) y el tribunal civil (*jury civil*). De éstos tres, Hauriou elabora sólo sobre el referéndum por tratarse, según él, de la manifestación más importante del gobierno directo.<sup>28</sup>

Hauriou señala luego la existencia de tres formas de referéndum: el referéndum constitucional, el referéndum legislativo y el referéndum administrativo, y precisa que se concentrará en el referéndum legislativo, que se subdivide, a su vez, en referéndum de consulta y referéndum de ratificación. En el caso del primero, el pueblo es consultado por el gobierno sobre el principio de una ley antes de su elaboración, mientras que en el segundo, el pueblo es consultado sobre una ley que ya ha sido elaborada para saber si la acepta o no.<sup>29</sup> Hauriou omite precisar, sin embargo, cuál es el valor de un referéndum de consulta, es decir si el gobierno se verá obligado o no al resultado de la consulta.

Por otro lado, el referéndum de ratificación, que es el más importante según Hauriou, puede ser facultativo u obligatorio. Cuando es obligatorio, la consulta popular sobre un proyecto de ley es convocada por disposición constitucional expresa y dicho proyecto normativo sólo entrará en vigor si el resultado del referéndum es favorable.

El referéndum facultativo, en cambio, se presenta en forma de iniciativa popular simple o compleja. En el caso de la forma simple, el referéndum es convocado con posterioridad a la publicación de un proyecto de ley que hubiera sido aprobado por el órgano legislativo por su propia iniciativa, siempre y cuando un número determinado de ciudadanos lo hubiera solicitado dentro de cierto plazo.

En su forma compleja, la iniciativa misma sobre la norma a ser confeccionada es tomada directamente por los ciudadanos. En este caso los ciudadanos pueden, mediante el ejercicio de derecho de petición y siempre mediante un número mínimo de firmas, solicitar al órgano legislativo que elabore una ley orientada en un sentido determinado para que sea ulteriormente sometida a referéndum o

---

<sup>28</sup> HAURIUO, Maurice. Op.cit. pp. 544 – 547.

<sup>29</sup> Ibid. p. 548.

solicitar que un proyecto de ley elaborado por la propia ciudadanía sea sometido directamente a consulta popular.

Asimismo, el referéndum de ratificación puede ser utilizado, según Hauriou, tanto para leyes constitucionales como para leyes ordinarias.<sup>30</sup>

A diferencia de Esmein, Hauriou considera que el referéndum es una institución en la cual se puede combinar de manera productiva la organización representativa de los Estados modernos y la democracia directa de los Estados de la antigüedad. El referéndum, puntualiza, es la fórmula conciliadora por excelencia del gobierno semi-directo.<sup>31</sup>

Para Hauriou no hay ninguna razón de principio que oponer contra el referéndum por el mismo motivo que tampoco la hay contra la combinación de elementos representativos y de democracia directa en un gobierno semi-directo. El gobierno representativo, por cierto, presenta ventajas sobre la democracia completamente directa, sobre todo en países grandes, pero ello no debería ser óbice para que las deficiencias del primero sean corregidas mediante un poco de sufragio directo, ya que, en su opinión, la soberanía de los Parlamentos no constituye un dogma.<sup>32</sup>

Sin embargo, Hauriou no deja de reconocer que, en realidad, el manejo del referéndum exige de la población una mayor educación cívica que el manejo del régimen electoral. El elector se ve obligado en este caso a hacerse una idea personal de las leyes que son sometidas a su aprobación. Se trata de un asunto muy distinto, aclara Hauriou, que aquel de escoger a un diputado a quien se le delega completamente tal responsabilidad.<sup>33</sup>

Finalmente, no está de más señalar que Hauriou tiende a minimizar la intervención del pueblo mediante un referéndum calificándolo como una mera “participación.” Nuestros Estados modernos, señala Hauriou, son esencialmente representativos y la libertad política, aún bajo el imperio de la soberanía nacional,

---

<sup>30</sup> Ibid. pp. 548 – 549.

<sup>31</sup> Ibid. p. 549.

<sup>32</sup> Ibid. p. 550.

<sup>33</sup> Ibid. p. 550.

no es sino sólo una participación del pueblo en operaciones de instituciones representativas.<sup>34</sup> Este matiz es interesante en la medida que Hauriou parecería estar restándole al pueblo su condición de titular de la soberanía.

### 1.1.2.3.- Léon Duguit

Otro jurista francés de la misma generación que Esmein y Hauriou que incluye un desarrollo sobre el referéndum en su obra es Léon Duguit (1859 – 1928), otrora decano de la facultad de derecho de la Universidad de Burdeos. En la tercera edición de su Tratado de Derecho Constitucional (*Traité de droit constitutionnel*), Duguit aborda el tema en un acápite del capítulo III del tomo segundo, dedicado al gobierno directo.<sup>35</sup>

Duguit señala la existencia de dos sistemas de gobierno: el gobierno directo, en que las diversas funciones del Estado son ejercidas por el cuerpo de ciudadanos, y el gobierno representativo, en que dichas funciones son ejercidas por diversas combinaciones de individuos y grupos de individuos designados por el cuerpo de ciudadanos para actúen en representación suya.<sup>36</sup>

El gobierno directo en su plenitud, precisa Duguit, implica que todas las funciones del Estado son ejercidas por el cuerpo de ciudadanos, la función legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. Pero una de ellas es casi absolutamente imposible de ser ejercida por dicho cuerpo. Se trata de la función administrativa, debido a la multiplicidad de actos que deben ser ejecutados de manera permanente y continua.<sup>37</sup>

En los Estados modernos, por otro lado, la aprobación directa de las leyes por el pueblo reunido, como en algunas ciudades de la antigüedad, resulta materialmente imposible debido a la magnitud del territorio y de la población, lo que según Duguit debe haber contribuido a la adopción del gobierno representativo.

---

<sup>34</sup> Ibid. p. 248.

<sup>35</sup> DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. T.II. pp. 615 – 638.

<sup>36</sup> DUGUIT, Léon. Op.cit. p. 616.

<sup>37</sup> Ibid. p. 617.

Pero si el gobierno directo en su forma más completa no resulta viable actualmente, Duguit señala que existe una forma atenuada que se conoce también como “gobierno semi-representativo” y que consiste esencialmente en el sistema del referéndum. En éste, las leyes son discutidas y votadas por el Parlamento, pero no entran en vigor mientras no hayan sido aprobadas por el cuerpo de ciudadanos mediante consulta directa.

El referéndum, acota Duguit, se distingue con mucha claridad del plebiscito. Mientras que el referéndum es una concesión al gobierno directo, el plebiscito tiende, al contrario, a establecer un gobierno representativo. Es el acto mediante el cual el pueblo delega la soberanía en un hombre y le encarga a veces de hacer una constitución.

El referéndum, asimismo, debe ser distinguido de una institución que se le parece: el veto popular. En el sistema del veto popular, explica Duguit, la ley entra en vigor como consecuencia de su aprobación por el Parlamento. Sin embargo, el pueblo tiene cierto plazo para solicitar, mediante un número determinado de firmas, que se le someta a referéndum. Así, el veto popular equivale a lo que se conoce a veces como referéndum facultativo.

Duguit menciona también la variante denominada a veces referéndum consultivo, en cuyo caso ya no es un proyecto de ley lo que se somete a ratificación popular, sino la idea general que habrá de ser transformada en ley, a fin de esclarecer al Parlamento.<sup>38</sup>

Si bien omite señalar, en este punto preciso, si el Parlamento se verá obligado o no por el resultado de la consulta, Duguit dejará entrever más adelante en su obra, al comentar la declaración de inconstitucionalidad de la propuesta de someter a referéndum, en 1901 en Francia, un proyecto de ley sobre asociaciones, que un referéndum consultivo carece de efecto jurídico vinculante. Según las Leyes Constitucionales de 1875, vigentes en aquel entonces, el Parlamento francés no podía compartir el poder legislativo con el pueblo, pero

---

<sup>38</sup> Ibid. pp. 618 – 619.

nada le impedía convocar a un referéndum consultivo y conservar al mismo tiempo el poder legislativo en toda su plenitud y exclusividad.<sup>39</sup>

Dicho punto de vista difiere de aquel manifestado por Esmein, para quien un referéndum consultivo no es sino un referéndum de ratificación celebrado antes de la elaboración concreta de la ley, puesto que el Parlamento no podría distanciarse del parecer expresado por el pueblo en el referéndum consultivo.<sup>40</sup>

Asimismo, Duguit menciona la iniciativa popular pero no la vincula a una consulta popular como sí lo hace Hauriou. Mientras que para Hauriou el proyecto de ley elaborado por la ciudadanía puede ser sometido directamente a la aprobación del pueblo mediante referéndum o luego de su aprobación previa por el Parlamento, siempre con el respaldo de un número determinado de firmas, para Duguit la iniciativa popular se agota en la presentación al Parlamento de un proyecto de ley elaborado por la ciudadanía.<sup>41</sup>

Por otro lado, Duguit hace un balance de estas instituciones y señala que, en su opinión, presentan ventajas considerables. De hecho, puntualiza, el gobierno directo puro es impracticable en países modernos grandes y un cuerpo legislativo compuesto por personas instruidas está mejor capacitado que el pueblo para discutir y aprobar leyes. Pero si el verdadero gobierno directo resulta imposible, Duguit sostiene que el sistema del referéndum no deja de ser una institución que puede ser provechosamente utilizada.

Al respecto, el propósito a ser alcanzado es, a juicio de Duguit, establecer una concordancia lo más completa y permanente que se posible entre la asamblea que vota las leyes y la voluntad del cuerpo de ciudadanos en el momento que tales leyes son votadas. Y el método más sencillo para alcanzar dicho propósito es sometiendo al cuerpo de ciudadanos todo proyecto de ley en relación con el cual hubiera alguna duda sobre la concordancia señalada.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> Ibid. pp. 636 – 637.

<sup>40</sup> Ver el inciso 1.1.2.1. sobre Adhémar Esmein.

<sup>41</sup> Ibid. pp. 619 – 620. Ver el inciso 1.1.2.2. sobre Maurice Hauriou.

<sup>42</sup> Ibid. p. 620.

Finalmente, Duguit incluye un comentario a una de las objeciones al referéndum expresadas por Esmein en el sentido que, en un referéndum de ratificación, el voto no es libre puesto que lo que se somete a la consideración del pueblo es una ley completa. En efecto, según Esmein el ciudadano se vería impedido de poder pronunciarse a favor de algunos aspectos del proyecto y, eventualmente, en contra de otros. Pero, sostiene Duguit, se trata de una limitación a la que también están sometidos los mismos miembros del Parlamento, motivo por el cual dicho inconveniente le parece insuficiente para descalificar el sistema del referéndum.<sup>43</sup>

#### 1.1.2.4.- Raymond Carré de Malberg

En su monumental obra, titulada *Contribución a la Teoría General del Estado* (*Contribution à la théorie générale de l'État*) y publicada entre 1920 y 1922<sup>44</sup>, el jurista francés Raymond Carré de Malberg (1861 – 1935) no se pronuncia expresamente sobre el problema del referéndum, pero se puede presumir que su posición era, al menos en aquel entonces, más bien contraria a la participación directa del pueblo en la legislación.

En efecto, Carré de Malberg consideraba inicialmente que la soberanía residía esencialmente en la nación, una entidad que no se identificaba necesariamente con la población de un Estado en un momento dado, sino que debía ser concebida como una entidad distinta a los individuos que la componen y superior a éstos. Sólo el Estado tiene la propiedad de ser soberano y no puede haber en el Estado soberanía alguna que sea anterior al Estado. En cuanto a los ciudadanos, la verdad es que encuentran en la Constitución del Estado la fuente originaria de poderes que pueden ser llamados a ejercer a título de participación en la soberanía estatal.<sup>45</sup>

Y dicha participación del pueblo se reducía, según Carré de Malberg, a un simple poder de nombramiento (*pouvoir de nomination*), es decir de elección de sus

---

<sup>43</sup> Ibid. pp. 620 – 621.

<sup>44</sup> CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris: Librairie de la Société de Recueil Sirey. 1920–22. 2 volumes.

<sup>45</sup> CARRÉ DE MALBERG, Raymond. Op.cit. Vol. 2. p. 166.



diputados, lo que excluía, naturalmente, toda posibilidad de someter a la sanción final del pueblo las decisiones tomadas por la asamblea de diputados.<sup>46</sup>

Sin embargo, durante los últimos años de su vida, y ciertamente a la luz de la evolución del parlamentarismo en su país, Carré de Malberg consideró que, después de todo, sí podría resultar conveniente que el cuerpo electoral tuviera una participación más directa en materia de legislación, tal como se puede apreciar de la lectura de un ensayo publicado en 1931 en la Revista de Derecho Público y de Ciencia Política en Francia y en el Extranjero (*Revue de Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger*), bajo el título de Consideraciones Teóricas sobre la Cuestión de la Combinación del Referéndum con el Parlamentarismo (*Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*).<sup>47</sup>

En dicho ensayo, Carré de Malberg señala que el parlamentarismo de su época se funda en dos premisas propias del régimen representativo y que provienen de los tiempos de la Revolución Francesa. En primer lugar, la voluntad general es manifestada por el cuerpo de diputados debido a que, de conformidad con la Declaración de Derechos de 1789, todos los ciudadanos se ven representados en aquel, y, en segundo lugar, el pueblo sólo puede expresarse y actuar a través de sus representantes. En tal sentido, si la voluntad general es la voluntad del pueblo y ésta sólo puede ser expresada por el cuerpo de diputados, quedaría claro por qué la soberanía nacional ha tendido a concentrarse en dicho cuerpo, es decir en el parlamento.<sup>48</sup>

Entre las propuestas doctrinarias hechas en la época para contrarrestar dicha situación, Carré de Malberg menciona el reconocimiento al cuerpo popular de los ciudadanos de facultades de participación directa en la cosa pública. El parlamento ya no sería así soberano, puesto que ya no tendría el monopolio en la formulación de la voluntad general. El cuerpo de ciudadanos ejercería de manera concurrente con el parlamento el ejercicio del poder legislativo a través de la

---

<sup>46</sup> Ibid. p. 230.

<sup>47</sup> CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*. pp. 2 – 24.

<sup>48</sup> CARRÉ DE MALBERG, Raymond. Op.cit. p. 6.

figura de la iniciativa popular. Por otro lado, las decisiones de las cámaras ya no poseerían el carácter de decisión soberana, puesto que sus decisiones sólo adquirirían su fuerza definitiva al ser ratificadas, expresa o tácitamente, por una votación popular o por la ausencia de una solicitud de referéndum.<sup>49</sup>

Más allá de cuestiones de orden práctico, Carré de Malberg considera necesario analizar hasta qué punto la introducción del referéndum sería compatible, desde una perspectiva conceptual y teórica, con el parlamentarismo, para lo cual Carré de Malberg examinará las dos ideas que considera fundamentan el régimen representativo, del cual proviene el parlamentarismo.

En primer lugar, el parlamentarismo fue introducido con el objeto de fortalecer al parlamento frente al poder de la Corona, pero sin olvidar que dicho fortalecimiento estaba sustentado en el origen electivo de sus miembros, es decir en los vínculos que unían a los miembros del parlamento con la comunidad nacional de la cual provenían. Esta idea es reforzada por la Declaración de 1789 al señalar el derecho de los ciudadanos a participar personalmente o por medio de representantes en la formación de la ley.

Esta concepción inicial, que revela la orientación esencial y significación profunda del parlamentarismo, implica también una tendencia natural y lógica al incremento de los derechos del cuerpo de ciudadanos. En tal sentido, Carré de Malberg sostiene que el parlamentarismo es un régimen de transición cuyo destino normal sería necesariamente una mezcla de instituciones democráticas y representativas, cuando no una democracia integral.

Carré de Malberg no deja de reconocer que el pueblo no puede hacerlo todo por sí mismo y que siempre será necesario contar con un cuerpo de funcionarios llamados gobernantes, pero convendría de todas formas que, en virtud de la idea misma de representación, que el pueblo se le reserve la posibilidad de intervenir, eventualmente, para manifestar que, en relación con algún asunto determinado, no está de acuerdo con sus gobernantes.

---

<sup>49</sup> Ibid. p. 8.

En tal sentido, sólo el referéndum aparece como complemento suficiente de la idea de representación, puesto que sólo mediante dicha institución resulta posible satisfacer la condición lógica sobre la cual reposa el régimen representativo, según el cual lo que se manifiesta a través de los elegidos es el sentimiento del cuerpo popular. Y este concepto tiene como consecuencia el reconocimiento del derecho de los ciudadanos de manifestar un sentimiento contrario de aquel que ha sido expresado, sobre un asunto determinado, en su nombre por sus representantes.

En cuanto a la segunda idea sobre la que se sustenta el régimen representativo, Carré de Malberg señala que la ley constituye la expresión de la voluntad general en el sentido que la ley es obra de todos los ciudadanos, puesto que, de conformidad con el artículo 6 de la Declaración de 1789, participan en su formación ya sea de manera personal o a mediante sus representantes.

Y sin embargo, puntualiza Carré de Malberg, resulta contrario a toda lógica partir de la idea de la soberanía de la voluntad general para terminar estableciendo un régimen parlamentario en el cual, mediante la ficción de la representación, se excluya toda participación popular que no sea meramente electoral. Así, la idea de la soberanía de la voluntad general ha sido puesta en contra de aquellos mismos de quienes puede emanar la expresión de tal voluntad con la finalidad de sustituir la soberanía del cuerpo nacional con la soberanía parlamentaria.<sup>50</sup>

Semejante contradicción no escapó a los fundadores del régimen representativo, entre quienes, precisa Carré de Malberg, existía un interés manifiesto en reducir la participación popular a la elección de representantes a fin de asegurar la preponderancia de la burguesía sobre las masas populares y su predominio en el parlamento.

Desde el momento, concluye Carré de Malberg, que se postula que el poder el Estado y de sus órganos se basa sobre la idea de la soberanía de la voluntad general, resulta manifiestamente imposible negarle una voz deliberante, cuando

---

<sup>50</sup> Ibid. pp. 11 – 15.

no decisiva, a aquellos que constituyen la fuente misma de la voluntad general. El parlamento, sin duda, continuaría representando al pueblo en el marco de sus deliberaciones, pero una vez que un proyecto de ley ha sido aprobado por la asamblea, la voluntad general recobraría sus derechos inalienables y la palabra pasaría al pueblo, siempre que quisiera tomarla, en cuyo caso lo haría en calidad de soberano.<sup>51</sup>

#### **1.1.2.5.- Joseph Barthélemy y Paul Duez**

En su Tratado de Derecho Constitucional (*Traité de droit constitutionnel*), los juristas franceses Joseph Barthélemy (1874 – 1945) y Paul Duez (1888 – 1947) desarrollan *in extenso* el tema del referéndum en un capítulo titulado “El gobierno semi-directo, enmienda al gobierno representativo,” en que examina no sólo los conceptos principales de la democracia semi-directa sino también sus principales ventajas y objeciones.<sup>52</sup>

Entre los conceptos principales de la democracia semi-directa, Barthélemy y Duez señalan tres: 1) el referéndum propiamente dicho, 2) el veto popular y 3) la iniciativa popular.

El primero de éstos, el referéndum propiamente dicho, es para Barthélemy y Duez una consulta popular sobre un proyecto de ley que ha sido elaborado por el Parlamento, como en un sistema de gobierno representativo, pero que sólo se volverá jurídicamente perfecto y obligatorio si es aceptado por el pueblo. Para tal efecto, el proyecto aprobado por el Parlamento es sometido al cuerpo de los ciudadanos que votará sí o no en caso de aceptación o rechazo, respectivamente.<sup>53</sup>

Así definido, el referéndum es susceptible de una gran diversidad de aplicaciones que dependen del momento del proceso legislativo en que interviene, de las materias en relación con las cuales se aplica, de la fuerza jurídica reconocida a la

---

<sup>51</sup> Ibid. pp.15 – 19.

<sup>52</sup> BARTHÉLEMY, Joseph y Paul DUEZ. *Traité de droit constitutionnel*. pp. 112 – 137.

<sup>53</sup> BARTHÉLEMY, Joseph y Paul DUEZ. Op.cit. p. 112.

manifestación de la voluntad popular expresada y de la autoridad que toma la decisión de convocarlo.

En cuanto al momento, Barthélemy y Duez distinguen entre el *referéndum post-legislativo*, que tiene lugar después de la aprobación por la asamblea representativa, y el *referéndum anterior*, que se produce con anterioridad a dicha aprobación y con el objeto que el pueblo se pronuncie sobre el principio de la ley. En relación con las materias a las que se aplica, se puede distinguir entre *referéndum constitucional* y *referéndum legislativo*, según se trate del establecimiento de leyes constitucionales o de leyes ordinarias.

En cuanto a la fuerza jurídica de la consulta, se puede distinguir entre *referéndum obligatorio*, que obliga a la asamblea representativa, y el *referéndum consultivo*, que tiene un carácter de simple parecer. Finalmente, se puede diferenciar entre *referéndum obligatorio*, si la consulta se lleva a cabo en cumplimiento de una obligación constitucional, y *referéndum facultativo*, cuya realización depende exclusivamente de la discreción del Parlamento.<sup>54</sup>

Nótese por un lado el parecido entre el referéndum consultivo y el referéndum anterior, pues en ambos casos se trata de una consulta necesariamente previa a la elaboración de la ley con el fin de obtener un simple parecer. Por otro lado, el autor usa la misma terminología – referéndum obligatorio – para referirse a una consulta que produce efectos vinculantes para la asamblea representativa así como en relación con una que es puesta en práctica por obligación constitucional. Se estaría así confundiendo la obligación de llevar a cabo un referéndum con la obligación producida por su resultado.

El segundo de los conceptos principales de la democracia semi-directa, el veto popular, es definido como un referéndum que se produce si cierto número de ciudadanos la solicita dentro de un plazo determinado con posterioridad a la aprobación de una ley por la asamblea representativa. Barthélemy y Duez aclaran que el veto popular se diferencia del referéndum propiamente dicho en que, en

---

<sup>54</sup> Ibid. pp. 112 – 113.

este último caso, el voto del pueblo resulta imprescindible para que la ley sea jurídicamente perfecta, mientras que en el primero, dicho voto no es siempre necesario y, vencido cierto plazo, irrelevante. El veto popular, concluyen ambos juristas, es una forma de gobierno semi-directo menos radical que el referéndum ordinario.

El tercero es la iniciativa popular que, según Barthélemy y Duez, aporta algo más que el referéndum y constituye un elemento de mayor participación del pueblo. Con el referéndum el Parlamento no puede legislar sin la colaboración formal del pueblo, pero no está obligado jurídicamente a legislar. Pero con la iniciativa popular, se puede forzar al Parlamento a legislar sobre una materia determinada. Para ello es suficiente que un proyecto de ley tenga el respaldo de cierto número de adherentes para que la asamblea representativa se vea en la obligación jurídica de tratar el tema.<sup>55</sup>

La iniciativa popular, añaden Barthélemy y Duez, suele completarse con un referéndum. El proyecto emanado de la iniciativa popular es discutido y adoptado por el Parlamento y finalmente es sometido a la consideración del pueblo para lograr su perfección jurídica. Barthélemy y Duez distinguen dos variedades de iniciativa popular: en primer lugar, la *iniciativa “formulada”*, que consiste en presentar al Parlamento un proyecto de ley debidamente redactado con todos sus artículos; y en segundo lugar, la *iniciativa “no formulada”* o simple *moción*. En este caso, el pueblo se limita a solicitar que se legisle sobre un tema determinado.<sup>56</sup>

Barthélemy y Duez coinciden con Hauriou en cuanto a que el concepto de iniciativa popular implica necesariamente la celebración de un referéndum para perfeccionar jurídicamente el proyecto de ley que el Parlamento ha discutido y votado por iniciativa de la ciudadanía. Duguit, por su parte, consideraba que la iniciativa popular se limitaba a la presentación de un proyecto de ley elaborado por la propia ciudadanía.

---

<sup>55</sup> Ver apreciaciones de James Bryce sobre la iniciativa popular en el inciso 1.1.1.2.

<sup>56</sup> Ibid. pp. 112 – 113.

Entre las ventajas que el referéndum ofrece, Barthélemy y Duez señalan, en primer lugar, la indiscutible armonía del referéndum con el principio democrático, pues se trata de una decisión tomada por el mismo pueblo. Al respecto, ambos autores citan un escrito de Émile Ollivier de 1864 en el que dicho estadista francés sostenía que sin el referéndum la soberanía del pueblo no sería sino un “engaña ojos” (*trompe-l'oeil*), que se ejerce sólo un minuto cada cuatro años, al depositar el elector su cédula de votación en la urna. La soberanía se adormece así hasta la próxima elección. El referéndum mantiene al soberano siempre en estado de alerta y en condiciones de contener o rectificar las eventuales diferencias con los representantes.

Agregan también Barthélemy y Duez que el referéndum permite neutralizar la influencia que los partidos políticos podrían ejercer sobre los miembros del electorado. El elector, al encontrarse ante la disyuntiva de votar si acepta o rechaza un proyecto de ley, se encuentra en libertad de decidir por sí mismo si dicho texto le parece o no conveniente. Las habituales etiquetas de radical o socialista, centro derecha o centro izquierda, entre otras, no son realmente suyas sino de los representantes que ha elegido. Mediante el referéndum, sentencian ambos juristas, el elector reconquista su soberanía y el gobierno de todos por todos se ve así restaurado en la medida de lo posible.<sup>57</sup>

En segundo lugar, Barthélemy y Duez sostienen que el referéndum constituye un obstáculo al eventual despotismo de las asambleas. Citan nuevamente a Ollivier, quien afirmaba que el principal vicio del parlamentarismo francés es la exageración de la omnipotencia. Ningún poder debe ser omnipotente. Quien puede todo termina siempre por hacer el mal. El referéndum es el único remedio contra la omnipotencia parlamentaria. No destruye el parlamento, lo contiene.<sup>58</sup>

En tercer lugar, el referéndum suprime cualquier duda posible sobre la concordancia que debe haber entre la mayoría parlamentaria y la mayoría del país, asegurando así un mayor respeto por las leyes. Barthélemy y Duez aluden sin duda al hecho que el número de votos necesarios para elegir a un

---

<sup>57</sup> Ibid. p. 123.

<sup>58</sup> Ibid. p. 123.

representante puede variar considerablemente de circunscripción electoral a otra, de manera que una mayoría mínima mediante la cual se aprueba una ley podría reflejar, en realidad, la opinión de apenas un 25 ó 30 por ciento del electorado inscrito. Con la aprobación por tales minorías, precisan, no se asegura el respeto universal de la ley. Una ley aceptada por la mayoría del país en un referéndum, por el contrario, sería obedecida por todos.<sup>59</sup>

En cuarto y último lugar, el referéndum constituye para Barthélemy y Duez un instrumento de pacificación y estabilidad en la medida que el pueblo puede, mediante el referéndum, no sólo anular actos del órgano legislativo sino también prorrogar el mandato de sus representantes. En este punto, Barthélemy y Duez se inspiran en la experiencia suiza, en particular la del cantón de Appenzell, cuya asamblea popular – *Landesgemeinde* – volvió a elegir, en una oportunidad, a cinco miembros de su gobierno cuyas iniciativas legislativas venían de ser rechazadas. En una democracia semi-representativa, el referéndum permite superar los problemas de conciencia derivados del mandato imperativo y su prohibición: el representante vota según su conciencia y el pueblo juzga en última instancia.<sup>60</sup>

Quizá convenga señalar en relación con esta última ventaja que ambos autores se alejan de su propia definición de referéndum, ya que no se trataría, en este caso, de invocar la participación directa del pueblo para aceptar o rechazar un acto normativo sino para extender el mandato de un representante o, simplemente, para reelegirlo.

Frente a estas ventajas, que Barthélemy y Duez consideran indiscutibles, se debe tener también en cuenta una serie de objeciones que los detractores del referéndum han procurado poner en relieve. En primer lugar, se habría argumentado que el referéndum implicaba hacer recaer la decisión en una autoridad incompetente, tal como lo habrían sugerido en su momento Montesquieu, Sieyès, Dicey y Esmein, entre otros. El pueblo, con muy poca preparación, sería incapaz de trascender sus propios intereses particulares e

---

<sup>59</sup> Ibid. p. 124.

<sup>60</sup> Ibid. p. 124.



inmediatos para discernir adecuadamente la relación entre un proyecto de norma y el interés general del país.

Aún cuando no sea muy instruido, cultivado o inteligente, sostienen Barthélemy y Duez, el elector siempre tendrá la lucidez suficiente para determinar en qué medida una nueva ley incidirá en su existencia particular e, inclusive, en aquella de la nación. Ello no obstante, les queda claro a dichos autores que el pueblo debería ser consultado sólo sobre las grandes líneas de la legislación y no sobre detalles técnicos de ésta. Incompetente en materia de cuestiones técnicas, el pueblo es perfectamente apto para dirimir en relación con cuestiones de sentimiento o de política pura.

Es interesante notar, según señalan Barthélemy y Duez, que si Monstesquieu hubiera conocido las realidades del sufragio universal, no hubiera afirmado tan categóricamente que el pueblo era tan incapaz de juzgar sobre sus propios intereses como capaz de elegir con acierto a sus representantes. El pueblo, afirman, es probablemente más apto para votar a favor de una buena ley que para elegir a un buen representante.<sup>61</sup>

Una segunda objeción tiene que ver con el debate que debe acompañar a toda decisión sobre asuntos públicos. El referéndum se reduciría, según sus detractores, a la introducción de una cédula de voto en la urna, sin que se hubiese producido debate alguno en torno a la norma a ser votada por el pueblo. Pero se trataría, para Barthélemy y Duez, de un argumento considerablemente exagerado. Por un lado porque los proyectos de ley sólo son sometidos a referéndum después de un debate previo en el seno del Parlamento, debate que puede recibir un grado adecuado de publicidad a través de los medios de prensa.

Pero también porque la celebración de un referéndum hace posible que un gran número de ciudadanos que poseen un alto grado de instrucción – juristas, médicos y profesores de distintas ramas del saber, entre otros – pero que están fuera de los círculos políticos y parlamentarios, salgan a la luz y se pronuncien

---

<sup>61</sup> Ibid. pp. 124 – 125.

sobre los diversos temas vinculados a proyectos de ley que pudieran ser sometidos a la consideración del pueblo.<sup>62</sup>

En tercer lugar, sus detractores argumentan que, a fuerza de convocar al pueblo a las urnas, las abstenciones se multiplicarían y el referéndum terminaría por provocar hastío y hartazgo entre los electores. La experiencia, sostienen Barthélemy y Duez, parecería demostrar lo contrario. La crítica atañe más a los abusos de la institución que al principio de ésta. Sin embargo, no sería necesario que todos los proyectos de ley sean sometidos a referéndum, es decir decretar el referéndum obligatorio en todos los casos, sino, más bien, disponer que sea facultativo – a discreción del Parlamento y no necesariamente de la propia ciudadanía – y sólo para las medidas principales que marcan la orientación general de la política.<sup>63</sup>

El referéndum, señalan Barthélemy y Duez como cuarta objeción, implicaría una operación electoral pesada, difícil y costosa. Si bien, esto podría ser cierto, se trataría siempre de una objeción de carácter secundario que, como en el caso anterior, afecta más a los abusos que al principio mismo de la institución. Nada es peor, sentencian, que una legislación deficiente y más vale una buena complicación que una mala simplicidad.<sup>64</sup>

Los detractores del referéndum sostienen, en quinto lugar, que dicha institución de la democracia semi-directa, a fuerza de desautorizar un Parlamento, terminaría por propiciar su eventual descrédito. Eso no es tan exacto, retrucan Barthélemy y Duez, lo único que podría implicar un riesgo de descrédito para una asamblea legislativa representativa sería la ausencia de concordancia entre su obra y las aspiraciones del pueblo, y el objeto del referéndum es, justamente, asegurar la vigencia de tal concordancia.<sup>65</sup>

Por último, se objeta que el referéndum podría ser peligroso para la libertad y para las finanzas públicas. Si el pueblo rechazase un proyecto de ley que hubiera sido

---

<sup>62</sup> Ibid. p. 125.

<sup>63</sup> Ibid. pp. 125 – 126.

<sup>64</sup> Ibid. p. 126.

<sup>65</sup> Ibid. p. 126.

aprobado por el Parlamento, explican Barthélemy y Duez, ¿podría suceder que el jefe del ejecutivo se sienta tentado de intentar un golpe de Estado contra el legislativo so pretexto de hacer triunfar la libertad del pueblo? Este argumento tendría algo de cómico, pues con la excusa de salvaguardar la libertad del pueblo se le estaría privando la primera de las libertades, es decir la de hacer triunfar sus propios puntos de vista sobre las materias más importantes. Por otro lado, los pueblos no se caracterizan por ser proclives al gasto público.<sup>66</sup>

Como se puede apreciar, Barthélemy y Duez se encargan ellos mismos de señalar la debilidad de las objeciones hechas al referéndum, quedando aún más en evidencia su disposición favorable hacia dicha institución de la democracia semi-directa.

#### **1.1.2.6.- Boris Mirkine-Guetzévitch**

En la misma línea que Esmein, en contra del referéndum, se debe citar a Boris Mirkine-Guetzevich (1892 – 1955), jurista de origen ucraniano pero autor de una importante producción sobre derecho constitucional comparado en lengua francesa durante la primera mitad del siglo XX.

Profesor del Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de Paris, Secretario General del Instituto Internacional de Derecho Público y Secretario General del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París, Mirkine-Guetzévich incluye un extenso análisis de la relación del referéndum y el parlamentarismo en su obra titulada *Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional (Les nouvelles tendances du droit constitutionnel)*, escrita con el objeto de hacer un balance de las tendencias en el derecho constitucional europeo que tuvieron su origen al término de la primera guerra mundial y exponer su tesis sobre el problema de la racionalización del poder.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Ibid. p. 126.

<sup>67</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*. pp. 117 – 166.

Mirkine-Guetzévich inicia su análisis señalando que muchos países europeos de la post-guerra de la Primera Guerra Mundial introdujeron en sus ordenamientos constitucionales el referéndum – que él denomina *votación popular*<sup>68</sup> – al mismo tiempo que el parlamentarismo y que dicha combinación constituye uno de los fenómenos más interesantes del derecho constitucional de la citada época.<sup>69</sup>

En efecto, al estar sustentadas las nuevas Constituciones sobre el principio de la supremacía del poder legislativo y al privar aquellas de toda independencia al jefe del Poder Ejecutivo, el referéndum tomó la forma de un procedimiento especial para resolver los conflictos entre el gobierno y el Parlamento, así como entre el Presidente de la República y los representantes del pueblo.

Así, al votar a favor o en contra de un proyecto de ley, señala Mirkine-Guetzévich, el pueblo se pronunciaba al mismo tiempo por la disolución del Parlamento o por la revocación del jefe del ejecutivo, de manera que el referéndum nuevo hacía al mismo tiempo las veces de referéndum legislativo ordinario – para aprobar o rechazar un proyecto de ley – y de plebiscito – al decidir sobre el destino de los representantes y del Jefe de Estado.<sup>70</sup>

En tal sentido, Mirkine-Guetzévich señala cuatro formas nuevas de votación popular – referéndum – en relación con el parlamentarismo. En primer lugar menciona la revocación del Jefe de Estado a iniciativa del Parlamento. Si el voto le es favorable a la asamblea representativa, el Jefe de Estado es revocado. Pero si el pueblo rechaza la revocación, el Parlamento es disuelto de inmediato y el Jefe de Estado es considerado como reelegido.

En segundo lugar menciona la disolución del Parlamento por referéndum a iniciativa del Jefe de Estado. Las consecuencias del voto son similares al primer supuesto y el Jefe de Estado será revocado si la votación le es adversa, pero si le es favorable el Parlamento será disuelto. El tercer caso es la disolución del

---

<sup>68</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. Op.cit. p. 117. Ver la definición de votación popular de Carl Schmitt en el inciso 1.1.3.3. y de Etienne Grisel en el inciso 1.1.5.1.

<sup>69</sup> Alemania (1919), Austria (1920), Checoslovaquia (1920), Dantzig (1922), Estonia (1920), Grecia (1927), Letonia (1922) y Lituania (1928).

<sup>70</sup> Ibid. pp. 117 – 118.

Parlamento a iniciativa del pueblo y el cuarto es la disolución del Parlamento a consecuencia de una votación popular en relación con un proyecto de ley.

Estas cuatro formas de referéndum nuevo, concluye Mirkine-Guetzévich, tienen en común el hecho de tender a adaptar la votación popular a las necesidades del nuevo parlamentarismo desencadenando *automáticamente* la disolución de la asamblea representativa o la revocación del Jefe de Estado.<sup>71</sup>

Desde otra perspectiva, Mirkine-Guetzévich señala que la cuestión del referéndum ha perdido el carácter teórico que pudo haber tenido a fines del siglo XVIII, cuando lo que estaba en juego era la afirmación de la soberanía del pueblo frente a la persona del rey. Pero si en aquel entonces, en tiempos de la Revolución Francesa, el referéndum constituía la consecuencia lógica de la doctrina contractual de la soberanía nacional y, por consiguiente, un asunto doctrinario de la mayor importancia, hoy (en 1935) se trata tan sólo de un problema de técnica política.<sup>72</sup>

Siguiendo a Esmein, con quien comparte una posición radicalmente contraria al uso del referéndum en la legislación, Mirkine-Guetzévich sostiene que el referéndum facultativo y más aún el referéndum consultivo son absolutamente innecesarios en las democracias actuales en las que los ciudadanos están investidos del derecho de petición. Agrega que, tal como lo señalara Esmein, el derecho de petición reemplaza completamente al referéndum facultativo.

Si bien puede ser cierto, como lo señala Mirkine-Guetzévich siguiendo nuevamente a Esmein, que el ejercicio del derecho de petición tendría el mismo efecto de informar al legislador sobre las intenciones y expectativas de los electores como lo tendría un referéndum consultivo, Mirkine-Guetzévich parecería estar confundiendo el valor jurídico del pronunciamiento de un sector determinado del cuerpo electoral al respaldar una petición con la expresión de la voluntad del cuerpo electoral en su conjunto.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Ibid. pp. 139 – 140.

<sup>72</sup> Ibid. pp. 140 – 142.

<sup>73</sup> Ibid. p. 156.

Al respecto, el propio Esmein era de la opinión que un referéndum consultivo resultaba, en la práctica, tan vinculante como un referéndum ratificatorio, al menos en términos políticos, ya que difícilmente podrían los legisladores desentenderse de la voluntad que el pueblo hubiese expresado en la citada consulta popular.<sup>74</sup>

Por otro lado, Mirkine-Guetzévich señala que los autores de las constituciones nuevas, al intentar establecer democracias dotadas de la mayor perfección posible, siguiendo el modelo clásico del parlamentarismo inglés, creyeron posible superar los eventuales conflictos entre el Ejecutivo y el Legislativo mediante una invocación directa al juez supremo, es decir al pueblo, en lugar de confiar en el propio Ejecutivo. El régimen parlamentario puede funcionar, puntualiza Mirkine-Guetzévich, sin derecho a disolución, tal como lo demuestra el hecho ningún gobierno francés nunca tuvo la necesidad de disolver el Parlamento, entre 1877 y 1935, antes de finalizar su mandato.

En tal sentido, la concepción nueva del régimen parlamentario combinado con la votación popular no responde a las exigencias políticas de la vida moderna y está en contradicción con la racionalización del poder que Mirkine-Guetzévich considera como la tendencia principal y fundamental del desarrollo moderno del derecho constitucional.

En las democracias modernas, no hay pugna entre el Legislativo y el Ejecutivo puesto que el Ejecutivo ya no es de origen dinástico y el sentido real de las elecciones es simplemente asegurar una mayoría en el Parlamento que le permita al partido ganador formar un gobierno y llevar adelante su programa político. Por ello, el Ejecutivo no sólo no constituye una fuerza opuesta al Legislativo sino que, además, es la fuerza motriz más importante de la democracia moderna.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup> ESMEIN, Adhémar. Op.cit. p. 461.

<sup>75</sup> MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. Op.cit. pp. 163 – 164.

### 1.1.2.7.- Marcel Prélot

En una línea similar a Hauriou, Duguit, Barthelémy y Duez, el jurista y político francés Marcel Prélot (1898 – 1972) adoptó una posición doctrinaria más bien favorable a una mayor participación del pueblo en la actividad legislativa en su obra *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional (Institutions politiques et droit constitutionnel)*, cuya primera edición apareció en 1957. En su quinta edición, publicada en 1972, Prélot analiza la figura del referéndum desde una perspectiva tanto de la teoría general de las instituciones políticas como del derecho constitucional francés.<sup>76</sup>

Desde una perspectiva de la teoría general, Prélot señala que la democracia puede ser muy efectiva en un régimen semi-directo en que el pueblo ejerce una actividad legislativa y gubernamental importante. Mientras que en el régimen representativo se presume que la voluntad de los representantes constituye indubitablemente la voluntad del cuerpo electoral, en un régimen de democracia semi-directa dicha presunción pierde sentido en tanto que el pueblo no se contenta sólo con elegir representantes sino que puede también estatuir.

Según Prélot, esta intervención popular es denominada genéricamente *referéndum* y puede tomar cuatro formas principales: 1) veto popular; 2) referéndum propiamente dicho; 3) iniciativa popular; y 4) revocación o disolución popular.

El *veto popular* es una institución que le permite al pueblo hacer anular una norma que hubiere sido previamente adoptada por el órgano legislativo pero que no hubiere entrado aún en vigor. Si el pueblo se manifiesta en contra, la norma en cuestión no podrá entrar en vigor.

El *referéndum* propiamente dicho tiene por efecto asociar el pueblo a la elaboración de la ley en el sentido que ésta no puede ser perfeccionada sin el consentimiento de aquel. En buena cuenta, Prélot define el referéndum como una

---

<sup>76</sup> PRÉLOT, Marcel. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Cinquième édition. Dalloz. 1972. 925 p.

decisión del cuerpo electoral estatuyendo sobre una proposición que le es sometida sea por uno de los órganos representativos sea por una fracción de sí mismo. A diferencia del veto popular, en el referéndum propiamente dicho el pueblo interviene como parte constitutiva del proceso legislativo mismo.

La *iniciativa popular* es el derecho del pueblo a proponer una ley, ya sea bajo la forma de una iniciativa no formulada, es decir mediante simple expresión del principio buscado, o formulada, lo que significa la redacción completa del proyecto de ley o, por lo menos, un esquema bastante desarrollado.

La *revocación o disolución popular*, finalmente, es la facultad de poner fin a un mandato electivo antes de su término legal. Si la revocación involucra a una sola persona, se utiliza la denominación inglesa de “*recall*” y consiste en una iniciativa tomada por un número determinado de electores que, insatisfechos con el desempeño de su representante, solicitan que se someta a votación su permanencia en el cargo. Si la votación le es adversa, cesa de inmediato, pero si le es favorable, se considera reelegido para un período nuevo. Pero si la revocación concierne a un colectivo, es decir toda la Asamblea, se utiliza la voz alemana “*Abberufungsrecht*” y un procedimiento similar al usado en el caso del “*recall*”.<sup>77</sup>

En su tratamiento del tema desde una perspectiva del derecho constitucional francés, Prélot pone en relieve la relación intrínseca entre la democracia directa, y por ende el referéndum, y el principio de soberanía popular. En efecto, recordando la doctrina constitucional del jurista francés Paul Coste-Floret, Prélot señala que mientras que la soberanía nacional es puramente representativa, la soberanía popular conduce a la democracia directa.<sup>78</sup>

Esta distinción entre soberanía nacional y soberanía popular resulta fundamental. En cuanto a la primera, la soberanía reside esencialmente en la nación, que Prélot define como una colectividad abstracta, una persona moral trascendente que no se identifica necesariamente con la totalidad de individuos que componen

<sup>77</sup> PRÉLOT, Marcel. Op.cit. pp. 84 – 85 y 650.

<sup>78</sup> Ibid. p. 650.



la población de un Estado en un momento dado. Por tal motivo, la voluntad de la nación sólo puede ser expresada de manera indirecta, es decir por individuos que han sido elegidos para que actúen en representación suya.<sup>79</sup>

En cuanto a la segunda, la soberanía reside, por el contrario, en la totalidad de los individuos concretos que integran la población de un Estado en un momento dado. Esta diferencia tiene consecuencias conceptuales considerables. Siguiendo el pensamiento de Jean-Jacques Rousseau, quien sostuvo en su *Contrato Social* (Libro I, capítulo VIII y Libro III, capítulo I) que el soberano sólo podía estar compuesto por los particulares que lo integran, de manera tal que cada individuo es titular de la fracción correspondiente de la soberanía, el principio de la soberanía popular implica que la voluntad soberana del pueblo sólo puede ser determinada interrogando a la totalidad de los ciudadanos, es decir mediante un referéndum.

De ahí, concluye Prélot, la diferencia capital de orden práctico entre los principios de soberanía nacional y de soberanía popular: mientras que la primera es puramente representativa, la segunda conduce a la democracia directa.<sup>80</sup>

Prélot reflexiona también sobre la naturaleza jurídica del referéndum y señala que si bien constituye un acto colectivo, precisa que no constituiría un “acto-regla” en la medida que el pueblo no participa en la determinación del “contenido” mismo de la ley. Se trataría, más bien, de un “acto condición,” puesto que la vigencia jurídica de la norma dependerá de la aprobación o rechazo del pueblo. Este concepto se inspira de la distinción clásica del jurista germano Paul Laband entre el “contenido” y la “sanción” de la ley.

En tal sentido, si el “contenido” de la ley puede provenir de la intervención de uno o varios órganos, pero la “sanción” de la ley, que le da su fuerza obligatoria, proviene en última instancia del pueblo que decide si la aprueba o rechaza, Prélot concluye que el pueblo deviene así en el órgano legislativo soberano.<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Ver la concepción de soberanía de Raymond Carré de Malberg en el inciso 1.1.2.4.

<sup>80</sup> PRÉLOT, Marcel. Op.cit. pp. 334 – 335.

<sup>81</sup> Ibid. pp. 650 – 651.

#### 1.1.2.8.- Maurice Duverger

En su obra *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional (Institutions politiques et droit constitutionnel)*, cuya primera edición apareció en 1970, el jurista y politólogo francés Maurice Duverger (1917) aborda el tema del referéndum en el contexto de la intervención directa de los ciudadanos en la vida política de un Estado.<sup>82</sup>

Según Duverger, se ha distinguido tradicionalmente entre dos formas de democracia: la democracia directa, en cuyo contexto las decisiones son tomadas por los ciudadanos mismos reunidos en asambleas generales; y la democracia semi-directa, en la que los ciudadanos se pronuncian sobre decisiones tomadas por sus representantes.

Los procedimientos propios de la democracia directa, señala Duverger, son raramente utilizados en la actualidad, ya que, en la práctica, una democracia directa sólo podría funcionar en Estados muy pequeños, en los que el pueblo entero pudiera reunirse. Por otro lado, agrega dicho autor, sería necesario que los problemas públicos a ser resueltos sean lo suficientemente simples para que todos los ciudadanos puedan participar de manera real en la deliberación y en la decisión.

Los procedimientos de la democracia semi-directa, en cambio, son más difundidos y se caracterizan, según Duverger, por una suerte de colaboración entre los ciudadanos y sus representantes. Al respecto, dicho autor distingue entre dos grandes tipos de procedimiento: la iniciativa popular y el referéndum.

Mediante el procedimiento de iniciativa popular, el pueblo puede obligar a sus representantes a considerar y pronunciarse sobre un asunto de su interés. Una iniciativa popular procede si un proyecto de norma es presentado al órgano legislativo con el respaldo de un número determinado de firmas. El proyecto puede ser presentado bajo la forma de una iniciativa “formulada,” es decir

---

<sup>82</sup> DUVERGER, Maurice. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. pp. 93 – 95.

redactada como un proyecto de ley con todas sus formalidades, o de una iniciativa “no formulada.” Esta última consiste en una simple indicación de la idea general que la ciudadanía desearía ver transformada en ley.

En el caso de una iniciativa “formulada,” la colaboración con sus representantes es mayor que en el caso de una iniciativa “no formulada” en la medida que, con la redacción misma del proyecto normativo, el pueblo ha tenido una participación mayor en el *iter* legislativo.

Pero el punto crucial, según Duverger, en relación con la iniciativa popular es que el proyecto de ley debe ser sometido a votación popular en caso que el órgano legislativo se pronuncie en términos negativos. Y esto es crucial porque Duverger no señala que los ciudadanos tengan que recolectar un número mayor de firmas para que la votación popular se produzca, con lo cual estaría sugiriendo que el concepto de iniciativa popular incluye el sometimiento del proyecto normativo en cuestión a votación popular.

El segundo tipo de procedimiento de la democracia semi-directa que Duverger menciona es el referéndum, mediante el cual la intervención de los ciudadanos se produce después de una decisión de los representantes. En efecto, éstos preparan un proyecto de texto normativo y lo someten a la consideración de los ciudadanos para su aprobación o eventual rechazo.

Duverger señala que este sistema puede tener dos variantes. En primer lugar, si el texto sometido a la consideración popular incluye no sólo una propuesta a aceptar o rechazar sino varios propuestas para que los ciudadanos se pronuncien por la que consideren más conveniente. En tal caso, puntualiza Duverger, se trata de un sistema de “opción.”<sup>83</sup>

Y en segundo lugar, si dentro de cierto plazo de haber sido aprobado por el órgano legislativo un número determinado de ciudadanos lo solicita, el texto normativo es sometido a votación popular. En este caso, se trata de un “veto.” En

---

<sup>83</sup> DUVERGER, Maurice. Op.cit. pp. 94 – 95.

caso de vencer el plazo aludido sin que hubiese habido solicitud alguna, el proyecto entra automáticamente en vigor.

Por otro lado, Duverger considera que el referéndum no está exento de críticas, no obstante de ser el procedimiento de la democracia semi-directa de mayor difusión. Las dos críticas principales que señala dicho autor tienen que ver con el plebiscito y con los resultados más bien conservadores que los referendos suelen tener.

En cuanto a la primera, señala Duverger que se ha criticado tradicionalmente al referéndum por su facilidad de transformarse en plebiscito. En Francia, se entiende el plebiscito como un voto de confianza personal a un hombre, mientras que el referéndum consiste en la aprobación o rechazo de un texto normativo. Sin embargo, puntualiza, el riesgo es real, tal como lo ilustra la historia francesa, en particular del Primer y Segundo Imperio, así como de la V República.

Y en cuanto a la segunda, la historia ha ilustrado, sobre todo en Suiza, que la tendencia recurrente del electorado ha sido a pronunciarse a favor de mantener el *status quo* en los diversos temas que han sido sometidos a su consideración.

Finalmente, Duverger concluye que el referéndum presenta la gran ventaja de permitir que el conjunto de la ciudadanía pueda resolver directamente problemas importantes y evitar así que sus “representantes” terminen acaparando todo el poder político.<sup>84</sup>

#### **1.1.2.9.- Pierre Pactet**

El tema del referéndum es tratado por el jurista francés contemporáneo Pierre Pactet en su manual *Instituciones Políticas, Derecho Constitucional (Institutions politiques, Droit constitutionnel)*, cuya décimo primera edición fue publicada en 1992. Pactet, actualmente profesor emérito de la Universidad de París-Sud y Decano Honorario de la Facultad de Derecho Jean-Monnet en Sceaux, aborda el

---

<sup>84</sup> Ibid. p. 95.

tema del referéndum desde una perspectiva ciertamente favorable a una mayor participación ciudadana en el acápite sobre la democracia semi-directa del capítulo consagrado a la democracia.<sup>85</sup>

Según Pactet, la democracia semi-directa implica la coexistencia de órganos representativos y procedimientos de intervención popular directa que constituyen el rasgo específico de dicho tipo de régimen. Entre éstos Pactet señala cuatro: 1) el veto popular, 2) la iniciativa popular, 3) la revocación popular, y 4) el referéndum.

El *veto popular* permite al pueblo de oponerse a la entrada en vigor o, con mayor frecuencia, conseguir la abrogación total o parcial de una ley aprobada por los órganos representativos bajo las condiciones fijadas por la Constitución y, por ello, perfecta y definitiva. El veto popular se produce mediante una petición ante el órgano legislativo acompañada por cierto número de firmas dentro de cierto plazo y sometida a consulta referendaria.

Un segundo procedimiento, similar al *veto popular*, es la *revocación popular*, cuyo objeto es poner fin a un mandato electivo.

La *iniciativa popular* consiste en la facultad de proponer la aprobación de una disposición constitucional o legislativa. El principio de la norma cuya creación se busca es sometido al órgano legislativo por la vía de una petición sustentada por un número determinado de firmas y luego sometido a referéndum consultivo en caso de opinión desfavorable del citado órgano. Aprobado el principio por el pueblo, el órgano legislativo elabora el proyecto normativo y lo somete a ratificación popular.

El cuarto procedimiento, y también el más importante, es el *referéndum*, que Pactet define como consulta al electorado sobre un asunto o un texto legislativo o constitucional que sólo adquirirá la condición de perfecto y definitivo en caso de votación favorable. El referéndum puede ser obligatorio si procede de

---

<sup>85</sup> PACTET, Pierre. *Institutions politiques, Droit constitutionnel*. pp. 87 – 111.

conformidad con una disposición constitucional expresa o facultativo, si su realización queda a discreción del órgano legislativo o ejecutivo.<sup>86</sup>

Finalmente, Pactet concluye con una nota de cautela al señalar que el procedimiento referendario, si degenera en plebiscito, puede devenir en algo muy poco democrático y extremadamente peligroso. En teoría, señala Pactet, la distinción entre ambos es clara en la medida que la respuesta del pueblo en un referéndum se da en función a la pregunta hecha mientras que en un plebiscito, esa respuesta se da, más bien, en función a la personalidad del autor de la pregunta.

Con mucho acierto agrega Pactet que suele ser muy difícil de separar el contenido de una pregunta del autor que la ha preparado, sobre todo si se trata de una pregunta hecha por una personalidad como el propio Presidente de República y no por un órgano colegiado, como sería el caso del Parlamento.

Más aún, hay varios elementos cuya concurrencia podrían propiciar la transformación de un referéndum en plebiscito. El más importante de ellos es el chantaje en la medida que el autor, el Jefe de Estado por lo general, condiciona su permanencia en el poder a un resultado positivo. En una democracia, un plebiscito constituye una presión chocante para el conjunto de ciudadanos. Pero aparte del chantaje, Pactet menciona además como elementos que configuran un plebiscito el hecho de tratarse de una pregunta muy compleja, la exigencia de una respuesta única cuando en realidad la pregunta esconde dos interrogantes, así como la manipulación por la propaganda oficial.<sup>87</sup>

En realidad, el asunto resulta un tanto más complejo de lo que parecería a primera vista, debido a la virtual imposibilidad de separar de manera tajante el contenido de una consulta y el prestigio político del órgano que ha motivado la consulta. En una elección se supone que el objeto de la consulta es la persona

---

<sup>86</sup> PACTET, Pierre. Op.cit. pp. 93 – 95.

<sup>87</sup> Ibid. p. 95. El Presidente Charles de Gaulle transformó en plebiscito el referéndum sobre la reforma regional del Senado de Francia que tuvo lugar el 27 de abril de 1969, al anunciar que dejaría el poder si dicha reforma no era ratificada por el pueblo. El resultado fue adverso y el General de Gaulle renunció al día siguiente.

que ejercerá el poder, mientras que en un referéndum el objeto es una norma a ser ratificada. Sin embargo, la elección de una persona tiene, con frecuencia, mucho que ver con el programa político que se propone realizar, así como un referéndum tiene también mucho que ver con la confianza que la ciudadanía tiene en las instituciones públicas que han elaborado la propuesta que ha sido sometida a consulta popular.

### **1.1.3.- Doctrina germana**

Los autores de lengua germana cuyos textos han podido ser consultados son Georg Jellinek, Hans Kelsen, Carl Schmitt y Karl Loewenstein.

#### **1.1.3.1.- Georg Jellinek**

En su importante contribución a la teoría del Estado publicada en 1900, titulada Teoría General del Estado (*Allgemeine Staatslehre*), el jurista alemán Georg Jellinek (1851 – 1911) sitúa el referéndum en el marco de su análisis de las distintas formas de república democrática moderna en función al rol atribuido al pueblo en su calidad de soberano.<sup>88</sup>

En tal sentido, Jellinek distingue tres formas de república democrática moderna: en primer lugar, aquellas en que la asamblea popular delibera y toma decisiones; en segundo lugar, aquellas que son puramente representativas; y, finalmente, aquellas que, siendo representativas, incluyen instituciones propias a la democracia inmediata.

En relación con las primeras, que Jellinek denomina también “democracias inmediatas,” señala que ya en su tiempo (1913) no quedaba ninguna en el verdadero sentido del término. Aún en los cantones suizos en que las decisiones principales son tomadas por la asamblea popular (*Landsgemeinde*), se puede encontrar al lado de ésta órganos representativos que ejercen funciones legislativas, entre otras.

---

<sup>88</sup> JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica. 2002. 687 p.

Las repúblicas democráticas puramente representativas son aquellas en que el pueblo no tiene ninguna participación en asuntos gubernamentales más allá de elegir a sus representantes al Parlamento.

Las terceras son repúblicas democráticas que combinan elementos representativos y elementos de la democracia inmediata, asemejándose mucho a aquellas de la primera categoría. Sin embargo, ambas categorías se diferencian por el hecho que, en la primera, el pueblo no sólo decide y elige mediante su voto, sino que también se reúne y delibera, mientras que en la tercera categoría no hay ni reunión ni deliberación.

En tal sentido, la particularidad de este tercer tipo de democracia democrática es que la asamblea popular no se reúne nunca de manera visible y actúa sólo mediante el voto. Por otro lado, su participación tiende también a limitarse a casos extraordinarios, como por ejemplo el establecimiento de una Constitución o la modificación de Constituciones existentes.

En materia de legislación ordinaria, el pueblo puede participar bajo diversas modalidades. Jellinek señala el *referéndum facultativo*, que tiene lugar a petición de cierto número de ciudadanos en relación con una ley ya aprobada por el órgano legislativo. En otros casos, ciertos actos legislativos deben ser sometidos a referéndum, como en varios Estados de los Estados Unidos de América. También puede ocurrir que todas las leyes aprobadas por los representantes deban ser ratificadas por el pueblo, como es el caso del *referéndum obligatorio*, que es celebrado por disposición constitucional.<sup>89</sup>

### 1.1.3.2.- Hans Kelsen

El célebre jurista austriaco Hans Kelsen (1881 – 1973) aborda de manera favorable el tema del referéndum en su estudio sobre la democracia titulado

---

<sup>89</sup> JELLINEK, Georg. Op.cit. pp. 629 – 634.



Naturaleza y Valor de la Democracia (*Vom Wesen und Wert der Demokratie*), publicado a fines de la década de los años veinte del siglo pasado.<sup>90</sup>

En el capítulo correspondiente a la reforma del parlamentarismo, Kelsen señala que, si bien no es posible que, por motivos técnicos, el orden estatal sea creado directamente por el pueblo en todos sus aspectos, sí resultaría posible asociarlo con la producción legislativa en una medida mucho mayor que en el marco del parlamentarismo puro, que limita su participación al acto electoral.

Según Kelsen, difícilmente se puede negar que muchos asuntos públicos serían tratados de manera diferente si los electores mismos hubieran sido consultados en lugar de dejar la decisión enteramente en manos del Parlamento, ya que da por sentado que la participación popular redundaría en una mejor producción legislativa.

Ante las críticas formuladas en su época contra el parlamentarismo en el sentido de sintonizar poco con el pueblo, Kelsen sostiene que aún cuando se mantenga el principio parlamentario, la institución del referéndum es susceptible de ser objeto de un mayor desarrollo y, concluye categóricamente, debe serlo.

Sin embargo, Kelsen no era un promotor de la democracia directa o inmediata en desmedro de la democracia representativa, sino que pensaba que los elementos de la última podrían servir para corregir ciertas deficiencias de la primera. En tal sentido, señala que estaría en el mejor interés del principio parlamentario adoptar no sólo el referéndum constitucional sino también el referéndum legislativo, sea obligatorio o por lo menos facultativo.<sup>91</sup>

Años más tarde, Kelsen retomará estas ideas en su obra titulada Teoría General del Derecho y del Estado y publicada en 1945 (*General Theory of Law and State*).<sup>92</sup> En efecto, en el acápite relativo a la democracia, Kelsen pondrá en

---

<sup>90</sup> En el presente trabajo se ha utilizado la versión francesa: KELSEN, Hans. *La démocratie – Sa nature – Sa valeur*. 2<sup>o</sup> édition. Editions Dalloz. 2004. 121 p.

<sup>91</sup> KELSEN, Hans. Op. cit. pp. 48 – 49.

<sup>92</sup> KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Imprenta Universitaria. 1949. 424 p.

relieve la conveniencia de combinar los principios de la democracia directa con aquellos de la democracia indirecta, combinación que resulta en dos instituciones susceptibles de fomentar una mayor participación del pueblo en los asuntos públicos: *iniciativa popular* y *referéndum*.

Mediante la *iniciativa popular*, la ciudadanía tiene el derecho de presentar proyectos legislativos sobre los cuales el Parlamento deberá pronunciarse. Mediante el *referéndum*, en cambio, determinados proyectos de ley que hubieran sido aprobados por el órgano legislativo deberán ser sometidos al voto popular antes de devenir en normas de cumplimiento obligatorio. El referéndum, puntualiza Kelsen, puede ser solicitado por determinado número de ciudadanos.<sup>93</sup>

### 1.1.3.3.- Carl Schmitt

Contemporáneo de Hans Kelsen, con quien mantuvo notables diferencias, el jurista alemán Carl Schmitt (1888 – 1985) incluye una importante reflexión sobre la naturaleza del referéndum en el capítulo sobre las aplicaciones del principio político de la democracia en la legislación en su Teoría de la Constitución (*Verfassungslehre*), publicada en 1928.<sup>94</sup>

En democracia, señala Schmitt, el pueblo es el titular del poder constituyente, que él define como la voluntad política cuyo poder o autoridad tiene la capacidad de tomar una decisión global concreta sobre la manera y la forma de existencia propia de un pueblo, es decir determinar la existencia de la unidad política en su conjunto.<sup>95</sup> En otras palabras, que Schmitt no utiliza pero que no parecen contrarias a su pensamiento, el pueblo sería el titular de la soberanía.

En tanto titular del poder constituyente, el pueblo se sitúa siempre por encima de la Constitución, ya que, para Schmitt, el poder constituyente no desaparece por el mero hecho de haber sido ejercido una vez. La decisión política que representa la Constitución no puede actuar en contra del titular que le dio origen y suprimir su

<sup>93</sup> KELSEN, Hans. Op. cit. p. 314.

<sup>94</sup> En el presente trabajo se ha utilizado la versión francesa: SCHMITT, Carl. *Théorie de la constitution*. Paris: Presses Universitaires de France. 1993. 576 p.

<sup>95</sup> SCHMITT, Carl. Op.cit. pp. 377 y 211.

existencia política. Esta voluntad continúa existiendo al lado de la Constitución y por encima de ella. El pueblo continúa existiendo como poder efectivo inmediatamente presente.<sup>96</sup>

Pero ello no significa que el pueblo no pueda ejercer, en el marco de una Constitución, ciertas competencias reguladas por las leyes constitucionales correspondientes. Tal es el caso de las elecciones, en las que el pueblo interviene para designar a sus representantes, o de las votaciones sobre cuestiones de fondo, denominadas genéricamente votaciones populares.<sup>97</sup>

Entre éstas, Schmitt menciona el referéndum y lo define como una votación popular con el objeto de ratificar o rechazar una decisión del órgano legislativo. Dicho término debe reservarse sólo a aquellos casos en que lo que se somete a la decisión final de los ciudadanos es una decisión previa de la representación popular. Schmitt no recomienda su utilización sin distinción en todos los supuestos de votación popular, como por ejemplo una iniciativa popular o un plebiscito, entre otros. La noción de referéndum implica, más bien, que se trata de una *confirmación* de una decisión previa.<sup>98</sup>

Habida cuenta que la intervención del pueblo tiene por objeto aprobar o rechazar una decisión previa del órgano legislativo, queda claro que la expresión de su voluntad en un referéndum sólo puede ser expresada mediante un “sí” o un “no.” Por tal motivo, la pregunta debe ser, necesariamente, planteada de manera tal que el pueblo pueda responder afirmativa o negativamente y la mayoría de votos emitidos será considerada como la decisión del pueblo entero.<sup>99</sup>

Finalmente, Schmitt señala que el referéndum puede ser obligatorio para todas las leyes, pero que éste es un procedimiento más bien raro por razones prácticas; u obligatorio para cierto tipo de leyes, en particular para las leyes de reforma constitucional, o facultativo para las leyes ordinarias. Un referéndum facultativo,

---

<sup>96</sup> Ibid. p. 212 y 381.

<sup>97</sup> Ver la definición de votación popular de de Boris Mirkin-Guetzévitch en el inciso 1.1.2.6. y de Etienne Grisel en el inciso 1.1.5.1.

<sup>98</sup> SCHMITT, Carl. Op.cit. p. 401.

<sup>99</sup> Ibid. p. 379.

precisa, puede ser promovido por el propio cuerpo legislativo, el gobierno, el Jefe de Estado, una minoría del cuerpo legislativo así como por una fracción de la ciudadanía.<sup>100</sup>

#### 1.1.3.4.- Karl Loewenstein

Contemporáneo de Hans Kelsen y Carl Schmitt, el jurista alemán Karl Loewenstein (1891 – 1973) incluye el referéndum en el marco de su tesis sobre los controles intraórganos e interórganos del poder que figura en su conocida obra titulada Teoría de la Constitución (*Political Power and the Governmental Process*), publicada originalmente en 1957.<sup>101</sup>

Según Loewenstein, “el proceso del poder consiste en el *interjuego* de los cuatro detentadores del poder que participan por igual en él: electorado, parlamento, gobierno y tribunales.”<sup>102</sup> En tal sentido, el control *intraórgano* se da al interior de cada uno de estos actores ya que ninguno de éstos puede actuar sin el concurso de los miembros que lo componen. Así, el parlamento puede actuar en la medida que haya cierto consenso entre sus miembros cuando es unicameral o entre ambas cámaras en un esquema bicameral. Algo similar ocurre en el seno del gobierno entre el Jefe de Gobierno y su gabinete. Entre los tribunales instancias superiores controlan la actividad de las inferiores, etc.

El control *interórgano*, en cambio, no se da *al interior* de cada detentador del poder sino *entre éstos*. Siendo cuatro los detentadores del poder, tal como se acaba de indicar, Loewenstein identifica “cuatro clases de controles interórganos: 1) el control de la asamblea frente al gobierno; 2) el control del gobierno frente a la asamblea; 3) el control de los tribunales frente a la asamblea y el gobierno; y 4) el control del electorado frente a los otros detentadores del poder.”<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Ibid. pp. 401 – 402.

<sup>101</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2da edición en castellano. Barcelona: Editorial Ariel. 1979. 619 p.

<sup>102</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Op.cit. p. 233.

<sup>103</sup> Ibid. p. 253.

Para Loewenstein, la culminación del constitucionalismo en la democracia constitucional, caracterizada por la participación libre y universal del pueblo en el proceso del poder gracias a la progresiva ampliación del derecho de sufragio y del acceso a los cargos públicos, significa que el electorado ha adquirido “la categoría de detentador supremo del poder ejerciendo un control final sobre el gobierno y el parlamento.” La participación del electorado en el proceso político puede ser indirecto, “al elegir personas individuales y partidos para el parlamento y para el gobierno” o directo, “por medio de referéndum y plebiscito.”<sup>104</sup>

En términos generales, señala Loewenstein, “el referéndum sirve como instrumento de control político cuando, por medio de él, se ha confirmado o rechazado una anterior decisión política del gobierno o del parlamento.”<sup>105</sup> En este punto coincide con Schmitt en cuanto al carácter primordialmente ratificatorio de una decisión previamente tomada, pero soslaya la pregunta fundamental sobre el agente facultado para propiciar la celebración de un referéndum. Esto resulta crucial puesto que el referéndum sólo puede constituir un genuino control *interórgano* en la medida que es promovido por iniciativa de un sector del electorado mismo.

Por otro lado, Loewenstein señala que “en los referéndums se deben distinguir – aunque frecuentemente están unidas – tres clases de participación del electorado: 1) la función constituyente; 2) la función legislativa; y 3) el plebiscito.”<sup>106</sup>

En materia constituyente, se debe distinguir “el referéndum sobre la ‘forma de gobierno’ y el referéndum sobre la constitución y sobre la reforma constitucional.” En el primero caso, se trata de una consulta popular antes de la elaboración de una Constitución con el objeto de saber cuál “forma de gobierno” prefería el pueblo. “En la práctica, aclara Loewenstein, eso se manifiesta en la respuesta a la pregunta de si el pueblo prefiere una monarquía o una república.” En el segundo

---

<sup>104</sup> Ibid. p. 326.

<sup>105</sup> Ibid. p. 328.

<sup>106</sup> Ibid. p. 328.

caso, se trata de una consulta popular que tiene lugar en relación con “la aprobación o desaprobación de las reformas constitucionales.”<sup>107</sup>

Nótese que en materia constituyente la consulta popular tiene dos objetos claramente distintos. En el caso del referéndum sobre la “forma de gobierno,” el pueblo no ratifica o rechaza *sensu strictu* una decisión previa del gobierno o del parlamento, sino que manifiesta su voluntad soberana sobre una opción política. En el segundo, el pueblo sí es llamado a ratificar o rechazar un proyecto de reforma constitucional previamente aprobado por el órgano legislativo. La primera consulta responde más bien a la definición de un plebiscito mientras que la segunda constituye un auténtico referéndum.

En materia legislativa, según Loewenstein, el referéndum puede tomar diferentes formas: “bien el referéndum legislativo confirmaba o rechazaba una anterior ley parlamentaria, bien la propuesta de ley se basaba en la iniciativa del electorado necesitando para adquirir validez la subsiguiente aprobación por el Parlamento o, caso de ser rechazada por éste, por una votación popular definitiva.” Sin embargo, Loewenstein no parece particularmente optimista sobre el uso del referéndum en la función legislativa y concluye que “esta institución no se ha integrado en el proceso del poder.”<sup>108</sup>

Y en relación con el plebiscito, Loewenstein es de opinión que esta expresión “debería quedar reservada a votaciones sobre cuestiones no constitucionales y no legislativas.” Más aún, señala asimismo que “en la mayor parte de los casos, el plebiscito significa una votación popular sobre una cuestión territorial – la modificación de las fronteras internas o externas del Estado, o el cambio de soberanía de todo un territorio –.”<sup>109</sup>

Referéndum y plebiscito resultan así, para Loewenstein, votaciones populares que difieren en su objeto: mientras que el primero versa sobre temas normativos, el segundo sobre temas políticos y, en particular, territoriales. El referéndum sobre la

---

<sup>107</sup> Ibid. pp. 328 – 330.

<sup>108</sup> Ibid. pp. 330 – 331. Ver la definición de iniciativa popular compleja de Maurice Hauriou en el inciso 1.1.2.2.

<sup>109</sup> Ibid. p. 331.

“forma de gobierno,” tal como se acaba de ver, tiene más en común con un plebiscito que con un referéndum.

#### **1.1.4.- Doctrina española**

Los autores españoles cuyos textos han sido consultados son Julián de Reparaz y Astein, Manuel García Pelayo y Pedro de Vega.

##### **1.1.4.1.- Julián de Reparaz y Astein**

En España, uno de los primeros autores en tratar el tema del referéndum desde una perspectiva doctrinaria y, en particular, en relación con el deterioro del régimen parlamentario que se hacía sentir en Europa hacia fines del siglo XIX fue Julián de Reparaz y Astein, quien pensaba que dicho instituto de la democracia semi-directa podía constituir un medio eficaz para corregir los defectos del parlamentarismo, tal como lo expuso en el libro que publicó en 1917 con el título *El Referéndum*.<sup>110</sup>

El régimen parlamentario, señala Reparaz y Astein, surgió como una alternativa democrática frente a la monarquía, “quedando la soberanía por entero reservada al pueblo, mas no para ejercerla directamente sino por medio de sus representantes, gracias a lo cual – se decía y aún se dice – todo lo que una nación encierra de ciencia y experiencia, concentrado en las Cámaras electivas, formas las leyes.”<sup>111</sup>

Y sin embargo, dicho tipo de régimen no pudo responder a las aspiraciones de los pueblos en que se implantó y consolidó, debido a una serie de defectos que se fueron haciendo patente con el paso del tiempo. “El primero, el más hondo y trascendental, el que alcanza a todo el sistema representativo – señala Reparaz y Astein – es el vacío que, después de la elección, surge entre el representante y los representados.” Esta brecha, que tiene como consecuencia que se haga cada

---

<sup>110</sup> REPARAZ Y ASTEIN, Julián de. *El Referendum*. Madrid: Hijos de Reus, Editores. 1917. 102 p.

<sup>111</sup> REPARAZ Y ASTEIN, Julián de. Op. cit. p. 8. Ver apreciación de Raymond Carré de Malberg y de Boris Mirkine-Guetzévitch sobre la afirmación democrática del pueblo frente a la monarquía en los incisos 1.1.2.4. y 1.1.2.6., respectivamente.

vez más difícil, por no decir imposible, que el pueblo pueda hacer *valer* su opinión frente a aquella de sus representantes, es “causa del otro gran defecto del parlamentarismo: la omnipotencia de las Cámaras que les conduce a la arbitrariedad.”<sup>112</sup>

Pero lo más grave es que el pueblo, supuesto titular de la soberanía según los postulados fundamentales de la democracia, se vio mediante el sistema representativo, y en particular en el régimen parlamentario, despojado de toda soberanía en beneficio de sus representantes. “Las Cámaras legislativas, los Parlamentos – precisa Reparaz y Astein – vinieron a ser con el sistema representativo, los nuevos detentadores de la soberanía.” Pero, “terminada la elección, ¿qué medios quedan al pueblo para poder imponer esa suprema voluntad de que el sistema le supone investido y en la que encarna la esencia de la soberanía?”<sup>113</sup>

La sustitución del régimen parlamentario por la democracia directa o, inclusive, por un retorno al antiguo régimen, no era una solución adecuada a dicha interrogante. Reparaz y Astein era plenamente conciente de la inconveniencia e imposibilidad de tales alternativas. La única vía razonable era buscar mecanismos que permitiesen mitigar los defectos del parlamentarismo a efecto de darle una mayor viabilidad política.

El mecanismo idóneo, según Reparaz y Astein, era el referéndum, cuya implantación “constituye para los pueblos la reivindicación de su soberanía. Implica la recuperación por parte de éstos del elemento esencial de la misma, la suprema voluntad, que adjudicada por el sistema representativo a los Parlamentos ha sido causa de que el atributo de soberano otorgado a los pueblos, no suponga más que una ficción.”<sup>114</sup>

Según Reparaz y Astein, el referéndum consiste “en someter las leyes previamente votadas por las Cámaras legislativas a la sanción del cuerpo

---

<sup>112</sup> Ibid. pp. 17 – 18.

<sup>113</sup> Ibid. pp. 41 – 42.

<sup>114</sup> Ibid. p. 45.



electoral, para que manifestando su voluntad, como único representante de la nación, las acepte o rechace.” Y agrega que “no constituye la negación sistema representativo; bien al contrario lo confirma, por constituir, más que una rectificación que subsane sus defectos, un complemento que salva sus deficiencias.”<sup>115</sup>

En cuanto a sus formas, señala Reparaz y Astein que el referéndum es obligatorio, “cuando una medida legislativa se somete al voto del pueblo por disposición de la ley”, y facultativo si, por el contrario, “la sumisión o no de una ley a la sanción del cuerpo electoral es potestativa en las Cámaras o depende de que lo soliciten un determinado número de electores.”<sup>116</sup>

Por otro lado, el referéndum también puede ser dividido “en consultivo y de ratificación, según se someta a la apreciación del cuerpo electoral una cuestión sobre la que el Parlamento se proponga legislar – lo que constituye propiamente una consulta – o, por el contrario, una vez aprobada la ley por las Cámaras, se requiera la sanción de los electores. Por último, clasifícase el referéndum en atención a la materia sobre que recae, en constitucional y legal.”<sup>117</sup>

Pero quizá el aporte más importante de Reparaz y Astein en la doctrina sobre el referéndum es su apreciación sobre las distintas formas que dicha institución de la democracia semi-directa puede tomar.

Al respecto, Reparaz y Astein ha señalado que “el referéndum consultivo y el facultativo, cuando su actuación depende de la voluntad de las Cámaras legislativas, no responden a la verdadera naturaleza de la institución. El primero, por el momento no oportuno en que tiene lugar; el fin perseguido por el referéndum es, respetando la libertad de los representantes para proponer, discutir y acordar las leyes que consideren oportunas, confrontar si, en efecto, responde su contenido a la voluntad del cuerpo electoral.”<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> Ibid. pp. 46 – 47. Ver la apreciación de Hans Kelsen sobre los efectos correctivos del referéndum en el inciso 1.1.3.2.

<sup>116</sup> Ibid. p. 61.

<sup>117</sup> Ibid. pp. 61 – 62.

<sup>118</sup> Ibid. p. 62.

En cuanto al segundo, es decir al referéndum facultativo aludido, señala Reparaz y Astein que “tampoco, en buenos principios democráticos, la actuación del referéndum debe ser potestad de las Cámaras legislativas; sería falsear, soslayándolo, el objeto de la institución. Si de las Cámaras depende el que sus acuerdos sean o no sometidos al voto del cuerpo electoral, éste queda a merced de ellas. El pueblo no puede impedir entonces que leyes contrarias a su voluntad prosperen y entren en vigor. Por eso, tanto esta especie del referéndum, como el consultivo, no son más que subterfugios de que las Cámaras se valen para retardar el término de su omnipotencia.”<sup>119</sup>

En conclusión, para Reparaz y Astein “el referéndum obligatorio y el facultativo, a petición de un cierto número de electores, son los que responden, únicamente, a la verdadera naturaleza de la institución.”<sup>120</sup>

Más aún, glosando a Rousseau, quien sostenía que para que un país goce de libertad no era necesario que todos voten pero que todos *puedan* votar, Reparaz y Astein manifestó que “para que un Estado se rija democráticamente no es preciso que todas las leyes se sometan a la sanción del pueblo, sino que todas puedan serlo a petición del cuerpo electoral.”<sup>121</sup>

#### 1.1.4.2.- Manuel García Pelayo

En su conocida obra *Derecho Constitucional Comparado*, el jurista español Manuel García Pelayo (1909 – 1991) alude al referéndum en el capítulo correspondiente a las instituciones que forman parte de la democracia directa.<sup>122</sup>

García Pelayo define el referéndum como “el derecho del cuerpo electoral a aprobar o a rechazar las decisiones de las autoridades legislativas ordinarias” y señala que puede ser clasificado de la siguiente manera:

---

<sup>119</sup> Ibid. p. 62.

<sup>120</sup> Ibid. p. 62.

<sup>121</sup> Ibid. p. 63.

<sup>122</sup> GARCIA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Alianza Editorial. 2000. 636 p.

I. por su fundamento jurídico:

- α) Obligatorio, cuando es impuesto por la constitución como requisito necesario para la validez de determinadas normas legislativas.
- β) Facultativo, cuando su iniciativa depende de una autoridad competente para ello, por ejemplo, de una determinada fracción del cuerpo electoral o de las Cámaras, o del jefe del Estado.

II. Por su eficacia jurídica:

- α) De ratificación o sanción, cuando la norma en cuestión sólo se convierte en ley por la previa aprobación del cuerpo electoral, que viene a sustituir así a la autoridad sancionadora de las leyes (ordinariamente, el jefe del Estado).
- β) Consultivo, cuando el resultado del referéndum no tiene carácter vinculante para las autoridades legislativas ordinarias.<sup>123</sup>

Por otro lado, García Pelayo distingue el referéndum del veto y del plebiscito. El veto es una “atribución a una fracción del cuerpo electoral para exigir, dentro de un determinado plazo, que una ley ya establecida sea sometida a votación popular, haciendo depender del resultado de ésta la validez de la ley. Se diferencia del referéndum facultativo en que allí se trata de un proyecto de ley, mientras que aquí se refiere a una ley ya establecida.”<sup>124</sup>

El plebiscito, en cambio, “es la consulta al cuerpo electoral sobre un acto de naturaleza gubernamental o constitucional, es decir, política, en el genuino sentido de la palabra. No gira en torno a un acto legislativo, sino a una decisión política, aunque susceptible quizá de tomar forma jurídica.”<sup>125</sup>

Nótese que si el efecto de un referéndum es aprobar o rechazar una decisión tomada por el órgano legislativo, de conformidad con la definición general del referéndum que García Pelayo propone, dicha aprobación o rechazo sólo podría ser tal a condición de ser vinculante. En tal sentido, no cabría realmente la posibilidad de un referéndum consultivo. Un referéndum, en cuanto expresión de la voluntad del titular de la soberanía, debiera ser siempre vinculante.<sup>126</sup>

<sup>123</sup> GARCIA PELAYO, Op.cit. p. 183. Ver la definición de Etienne Grisel sobre el referéndum como derecho popular en el inciso 1.1.5.1.

<sup>124</sup> Ibid. p. 184.

<sup>125</sup> Ibid. p. 184. Ver la apreciación de Karl Loewenstein sobre el plebiscito en el inciso 1.1.3.4.

<sup>126</sup> Ver las apreciaciones sobre el carácter vinculante del referéndum de Adhémar Esmein en el inciso 1.1.2.1. y de Etienne Grisel en el inciso 1.1.5.1.

García Pelayo incluye también una referencia a la iniciativa popular, que conviene mencionar debido a su relación con el referéndum. En efecto, dicho autor define la iniciativa como el “derecho de una fracción del cuerpo electoral a exigir la consulta popular sobre una determinada acción legislativa. Cuando se trata simplemente de invitación a la autoridad legislativa ordinaria a legislar sobre una cuestión, se llama iniciativa *simple*; cuando la invitación se expresa en forma de proyecto de ley, se llama iniciativa *formulada*.”<sup>127</sup>

#### 1.1.4.3.- Pedro de Vega

Otro jurista español que incluye el tema del referéndum en su obra es Pedro de Vega (1936), quien le dedica un acápite en el capítulo sobre el procedimiento de la reforma constitucional en su libro *La Reforma Constitucional*.<sup>128</sup>

Si bien el tema del referéndum es abordado por De Vega desde la perspectiva específica de la relación de dicha institución, en particular el referéndum constitucional, con la problemática de la reforma constitucional, el acápite en comentario contiene una serie de reflexiones sobre el referéndum que resulta de interés registrar.

De Vega empieza sus reflexiones haciendo una presentación sucinta de dos formas de pensamiento político que han marcado la historia constitucional de occidente, representadas por las conocidas ideas de Montesquieu y Sieyès por un lado, y de Rousseau por el otro.

Las primeras constituyen el sustento doctrinario de la democracia representativa, en la cual la voluntad del pueblo, titular de la soberanía, se expresa esencialmente a través de sus representantes elegidos. Según las segundas, la soberanía no es susceptible de ser representada y debe ser expresada directamente por su titular, el pueblo.<sup>129</sup>

<sup>127</sup> GARCIA PELAYO, Op.cit. pp. 183 – 184.

<sup>128</sup> DE VEGA, Pedro. *La Reforma Constitucional*. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1985. 309 p.

<sup>129</sup> DE VEGA, Pedro. Op.cit. pp. 99 – 103.

Con esta dicotomía como telón de fondo, De Vega pone de manifiesto su inquietud sobre el papel desempeñado por el referéndum en el contexto de una reforma constitucional. Al respecto, De Vega señala que “forma parte de la lógica del Estado constitucional, la pretensión de racionalizar al máximo toda su estructura, sometiendo incluso a los imperativos de la Ley y del Derecho, a través del procedimiento de reforma, sus propios procesos de transformación y de cambio. Lo que comporta eliminar en lo posible la actuación del poder constituyente originario, como poder soberano independiente y libre de todo condicionamiento normativo. Por el contrario, lo que el referéndum constitucional provoca, con la apelación al pueblo soberano, es la presencia y la actuación de ese poder constituyente cuya omnipotencia absoluta el sistema constitucional pretende silenciar.”<sup>130</sup>

En otras palabras, lo que a De Vega parece preocuparle es que la voluntad que el pueblo expresaría en un referéndum no sea otra que la voluntad del titular mismo de la soberanía, es decir el poder constituyente originario, con lo cual la celebración de un referéndum implicaría la combinación de elementos jurídicos y por ello limitados, con elementos prejurídicos e ilimitados.

De Vega intenta dilucidar dicha preocupación a la luz de lo que denomina la concepción organicista del referéndum, para luego recurrir a la concepción que denomina clásica del referéndum.

En el marco de la primera, De Vega parte de la distinción clásica del derecho público alemán, y consagrada por Jellinek, entre “órganos primarios y órganos secundarios del Estado” y concluye que “los actos sometidos a referéndum serían actos complejos para cuya perfección se requiere, junto a la voluntad de un órgano secundario (las Asambleas electivas), la voluntad del órgano primario (el pueblo).”<sup>131</sup>

En tal sentido, De Vega señala que “cuando se piensa que el referéndum es un instrumento a través del cual se perfecciona un acto, que sin la intervención

---

<sup>130</sup> Ibid. pp. 109 – 110.

<sup>131</sup> Ibid. p. 110.

popular no existiría como acto jurídico, lo que en realidad se está haciendo es integrar la voluntad del pueblo, junto con la de otros órganos constituidos, como voluntad del Estado.” Y agrega en conclusión que, “dicho más claramente, la voluntad del pueblo expresada en referéndum no es la voluntad de un poder soberano y libre, sino la de un órgano estatal más, que, conjuntamente con otros, se incorpora a esa realidad superior que es el Estado.”<sup>132</sup>

Así, De Vega termina por dilucidar su preocupación señalando que “la reforma constitucional puede ser interpretada entonces como un acto del poder constituido, y no del poder constituyente – a pesar de la participación referendaria del pueblo – (...).”<sup>133</sup>

Nótese al respecto que De Vega identifica al pueblo, que difícilmente podría ser calificado como órgano del Estado en tanto no constituye una creación de la Constitución, con el cuerpo electoral, que sí constituye un órgano del Estado. Dicha identificación implica, como él mismo lo señala, “la conversión de la soberanía del pueblo en soberanía estatal,” soslayando así que, mientras el pueblo es anterior al Estado, el Estado no es sino la creación de un pueblo.

Por otro lado, De Vega parecería soslayar también que el poder constituyente es una potestad que se deriva de la soberanía del pueblo y es inherente a él, motivo por el cual no deja de existir ni se aletarga ni oculta en el marco de un Estado constitucional. Lo que ocurre es que, estando en vigor un ordenamiento constitucional determinado, la soberanía del pueblo se expresa *a través* de los órganos creados por dicho ordenamiento constitucional.

Habida cuenta que todos los poderes creados por la Constitución son operados por individuos que ejercen las competencias correspondientes en representación del pueblo, se puede sostener que la soberanía del pueblo se manifiesta en cada acto desempeñado por la administración pública, indistintamente de la manera en que cada uno de sus miembros accedió al cargo. La elección de gobernantes es un acto tan soberano como la aprobación de una Constitución o como también lo

---

<sup>132</sup> Ibid. p. 111.

<sup>133</sup> Ibid. p. 111.

es el ejercicio legítimo por el conjunto gobernantes de las facultades gubernativas que les han sido conferidas en el marco del ordenamiento constitucional respectivo.

En la perspectiva de la concepción clásica del referéndum, esta institución “aparece como un instrumento de ratificación de los actos del representante (Asambleas) por parte del representado (pueblo), y se conecta directamente con la institución del mandato imperativo. (...) Porque el pueblo es soberano tiene el irrenunciable derecho a controlar siempre (confirmando o anulando) los actos de los representantes. Lo que significa que,” agrega De Vega citando a Galeotti, “el acto del referéndum es, ante todo, un acto de control.”<sup>134</sup>

En tal sentido, De Vega argumenta que la contradicción entre el Estado constitucional y el referéndum adquiere un sentido diferente y concluye que, “porque el referéndum constitucional es, ante todo, un acto de control, no cabe interpretar *l'appel au peuple* como un medio a través del cual el poder de revisión – que es siempre un poder constituido – se convierte en un poder constituyente soberano.”<sup>135</sup>

Esta idea del acto de control que ejerce el pueblo en calidad de poder constituido se hace patente con mayor claridad más adelante en el texto, cuando De Vega señala que “el referéndum aparece como institución de garantía y de protección de las minorías, que se inserta en el juego de los *checks and balances*, de los frenos y contrapesos, en que descansa el Estado constitucional representativo.”<sup>136</sup>

Curiosamente, De Vega está dispuesto a aceptar que el pueblo pueda erigirse en protector de lo que él denomina la “voluntad del pueblo,” es decir su propia voluntad, a través de la institución del referéndum, pero que no esté dispuesto a aceptar que el pueblo, en tanto titular de la soberanía, sea también el titular del poder constituyente. “El fundamento y la grandeza de la institución,” sostiene De

---

<sup>134</sup> Ibid. p.p 113 – 114.

<sup>135</sup> Ibid. p. 114.

<sup>136</sup> Ibid. p. 119. Ver la apreciación de Karl Loewenstein sobre la noción de control en el inciso 1.1.3.4.

Vega, “radica en la pretensión de evitar que la voluntad del pueblo, expresada a través de las Asambleas, pueda ser trastocada por éstas y convertida en su única y soberana voluntad.”<sup>137</sup>

### 1.1.5.- Otros autores europeos

Los otros autores europeos cuyos textos han podido ser consultados son el suizo Etienne Grisel y el italiano Paolo Biscaretti di Ruffia.

#### 1.1.5.1.- Etienne Grisel (Suiza)

Entre los autores suizos que han escrito sobre las diversas instituciones de la democracia directa se puede hacer mención a Etienne Grisel, profesor de derecho constitucional de la Universidad de Lausanne y autor de varias obras de derecho constitucional y administrativo, entre las cuales conviene poner en relieve su obra titulada *Iniciativa y Referéndum Populares: Tratado sobre la Democracia Semi-directa en el Derecho Suizo (Initiative et référendum populaires, traité de la démocratie semi-directe en droit suisse)*.<sup>138</sup>

El profesor Grisel empieza su análisis definiendo la democracia semi-directa como un régimen político en el cual las autoridades estatales no son solamente elegidas por el pueblo sino que está subordinadas a sus decisiones. Dicho régimen reúne dos elementos: en primer lugar la elección, mediante el cual los ciudadanos eligen a sus autoridades y que constituye el principal rasgo del sistema representativo de gobierno. Y, en segundo lugar, la votación, mediante la cual al pueblo le es posible pronunciarse sobre algún punto preciso.

Al combinar los dos elementos citados, se establece en una democracia semi-directa lo que Grisel denomina una relación dialéctica entre los ciudadanos y sus diputados. La voluntad del pueblo es dominante y debe ser consultado bajo

---

<sup>137</sup> Ibid. p. 119.

<sup>138</sup> GRISEL, Etienne. *Initiative et référendum populaire, traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*. Lausanne: Institut de droit public de l'Université de Lausanne. 1987. 330 p.



ciertas condiciones. Cuando esto ocurre, su decisión constituye una decisión soberana y es, en consecuencia, obligatoria.<sup>139</sup>

Según Grisel, la democracia semi-directa está caracterizada por la existencia de tres instituciones que no deben ser confundidas: la votación, el referéndum popular y la iniciativa popular.

La primera institución es la votación, que Grisel define como el escrutinio oficial mediante el cual los ciudadanos deciden por mayoría sobre un asunto que les es sometido por vía de iniciativa o de referéndum. Mientras que el referéndum constituye un *derecho popular*, una votación no es sino el *acto material* a través del cual se ejerce el referido derecho. Son dos cosas tan diferentes entre ellas, puntualiza dicho autor, como lo abstracto en relación con lo concreto o la causa en relación con la consecuencia.

La definición de votación comprende cuatro elementos, a saber: en primer lugar, los titulares del derecho de voto. En segundo lugar, el objeto de la votación, que necesariamente es un texto sometido al pueblo por vía de iniciativa popular o de referéndum. Recuérdese que la votación no debe ser confundida con la elección, cuyo objeto es el nombre de un candidato. En tercer lugar, la decisión se toma por mayoría, por lo general absoluta, en vista que sólo hay dos maneras válidas de expresión – sí o no – y, en principio, los votos blancos y nulos no cuentan. Y, finalmente, la votación tiene efecto necesariamente obligatorio. En tal sentido, una votación no podría ser considerada como simplemente consultiva, ya que ello difícilmente sería compatible con la dignidad del órgano supremo.<sup>140</sup>

La segunda institución es el referéndum, que se define como un derecho reconocido por la Constitución al órgano de sufragio de pronunciarse sobre un proyecto que emana del órgano legislativo.

---

<sup>139</sup> GRISEL, Etienne. Op.cit. p. 45

<sup>140</sup> Ibid. pp. 48 – 49. Sobre el concepto de votación, ver la aproximación de Carl Schmitt en el inciso 1.1.3.3. y de Boris Mirkine-Guetzévitch en el inciso 1.1.2.6.

Las cuatro precisiones siguientes son pertinentes. En primer lugar, el referéndum puede tener por objeto la Constitución, una ley o una decisión administrativa. En segundo lugar, el referéndum puede variar de naturaleza. Tiene un carácter *absoluto* (referéndum obligatorio o automático) cuando se trata de textos legales que no podrían entrar en vigor sin el consentimiento del pueblo o *relativo* (referéndum facultativo u ocasional) cuando la consulta depende de que una fracción del electorado la solicite en un plazo determinado. Si dicha solicitud no se produce, el texto legal se reputa aceptado por el pueblo y entra en vigor.

En tercer lugar, la cualidad del referéndum puede depender también del papel desempeñado por el órgano legislativo. Este puede no tener otra atribución que someter sus proyectos normativos a la consideración del pueblo, en cuyo caso se trata de referendos *ordinarios* o bien tiene la libertad de someterlo a su consideración, en cuyo se trataría de un referéndum *extraordinario*. Y, en cuarto lugar, el resultado de una consulta tiene efectos obligatorios, de manera que el proyecto de norma entrará en vigor si fue aceptado pero no así si hubiera sido rechazado.<sup>141</sup>

La tercera institución de la democracia semi-directa es la iniciativa popular, que Grisel define como un derecho reconocido por la Constitución a una fracción de ciudadanos, para someter una propuesta normativa al conjunto del cuerpo electoral. Una iniciativa puede estar formulada tanto de manera completa, de suerte que es sometida tal cual a la consideración del pueblo o simplemente en términos generales, en cuyo caso le corresponderá al órgano legislativo elaborar la propuesta y someterla a votación popular.<sup>142</sup>

#### 1.1.5.2.- Paolo Biscaretti di Ruffia (Italia)

En Italia, el tema del referéndum ha sido tratado por el reconocido constitucionalista turinés Paolo Biscaretti di Ruffia (1912 – 1996) en el capítulo

---

<sup>141</sup> Ibid. p. 47.

<sup>142</sup> Ibid. p. 46.

dedicado a las instituciones legislativas de la democracia directa de su obra titulada Derecho Constitucional (*Diritto Costituzionale*).<sup>143</sup>

Biscaretti di Ruffia define el referéndum como una “manifestación del cuerpo electoral respecto a un acto normativo” y lo distingue claramente del plebiscito en tanto que se trata también de una manifestación del cuerpo electoral, pero “no actuada con relación a un *acto normativo* o *administrativo* (como el referéndum, sino más bien respecto a un simple *hecho* o *suceso* (...), concerniente a la estructura esencial del Estado o de su Gobierno (por ejemplo, una adjudicación de territorio, el mantenimiento o la mutación de una forma de gobierno, la designación de una de determinada persona en un oficio particular, etc.)”<sup>144</sup>

Esa definición, que a primera vista parecería incompleta, tiene que ser interpretada a la luz de la clasificación de las diversas modalidades que el referéndum puede adoptar en función a la materia sobre la que versa, al tiempo en que tiene lugar, a la eficacia de sus resultados, así como a su fundamento jurídico.

En cuanto a la materia, señala Biscaretti di Ruffia que el referéndum puede ser constitucional, legislativo y administrativo, clasificación que no requiere de mayor comentario debido a su claridad.

En orden al tiempo, el referéndum puede ser sucesivo si se produce con posterioridad al “acto estatal” correspondiente, entendiéndose naturalmente un acto de naturaleza normativa, o bien, preventivo si su celebración tiene lugar con anterioridad al citado “acto estatal.” El referéndum sucesivo, puntualiza Biscaretti di Ruffia, es la forma más común de este tipo de manifestación del cuerpo electoral.<sup>145</sup>

---

<sup>143</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. 3<sup>ra</sup> edición en castellano. Madrid: Editorial Tecnos S.A. 1987. 795 p.

<sup>144</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Op.cit. pp. 423 y 432. Ver la definición de Karl Loewenstein sobre el plebiscito en el inciso 1.1.3.4.

<sup>145</sup> Ibid. p. 423.

Es interesante notar que Biscaretti di Ruffia señala como ejemplo de referéndum preventivo la consulta que tuvo lugar en Italia en 1946 para definir la forma de gobierno que Italia habría de adoptar. Si bien la forma finalmente aceptada por el pueblo italiano habría de ser incorporada en la Constitución, lo que implica un acto normativo, no se puede dejar de poner en relieve la naturaleza esencialmente política de una consulta popular sobre la forma de gobierno de mayor preferencia en Italia, lo que permitiría inferir que el referéndum en comentario constituyó, más bien, un plebiscito según la propia definición de Biscaretti di Ruffia.

En cuanto a su eficacia, agrega Biscaretti di Ruffia, el referéndum puede ser consultivo, si su objeto es obtener una orientación de parte del electorado; constitutivo, si su resultado confiere existencia o vigencia a una norma; o abrogativo, si su objeto es la abrogación de una norma.

En relación con su fundamento jurídico, el referéndum puede ser obligatorio, en la medida que su celebración proceda por mandato expreso sea de la Constitución o de la ley, o facultativo, si procede a petición de un porcentaje determinado del cuerpo electoral o por instancia de cierto número de parlamentarios o por el Jefe del Poder Ejecutivo.<sup>146</sup>

Es importante destacar que, no obstante tales variaciones en relación con su naturaleza jurídica, el referéndum constituye siempre, para Biscaretti di Ruffia, una “manifestación de *autogobierno*” de una colectividad determinada, idea que sugiere que el pueblo tiene el poder suficiente, es decir que es soberano, para tomar decisiones determinantes y en última instancia respecto de su propio gobierno.<sup>147</sup>

Finalmente, Biscaretti di Ruffia incluye una nota de cautela, señalando que “es evidente, en realidad, que las instituciones en cuestión no son idóneas para ser empleadas con excesiva frecuencia, pudiendo interferir útilmente, con tareas de

---

<sup>146</sup> Ibid. pp. 423 – 424.

<sup>147</sup> Ibid. p. 424.

estímulos y control, a la normal actividad de los habituales órganos legislativos sólo por motivos excepcionales de orden político-jurídico.”<sup>148</sup>

## 1.2.- Autores peruanos

La doctrina peruana sobre el referéndum es considerablemente escasa. Esto parecería deberse no sólo al hecho de tratarse de una institución aún novedosa en nuestro medio, sino también al carácter predominantemente representativo de la tradición constitucional peruana. Los autores peruanos identificados que han incluido referencias al referéndum en sus escritos son cuatro: Lizardo Alzamora Silva, Washington Durán Abarca, Francisco Miró Quesada Rada y Carlos Blancas Bustamante.

### 1.2.1.- Lizardo Alzamora Silva

El primero de ellos es el jurista Lizardo Alzamora Silva (1900 – 1973), quien abordó el tema del referéndum, entre muchos otros de interés constitucional, en la primera edición de su libro *Estudios Constitucionales*, cuya primera edición fue publicada en 1942.<sup>149</sup> Alzamora Silva fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos entre 1939 y 1945.

Al igual que otros autores, Alzamora Silva constata que el sistema representativo ha venido sufriendo un proceso de desgaste que se ha hecho patente durante la primera mitad del siglo pasado, debido a una tendencia creciente entre los electores a sentir que sus exigencias no eran realmente atendidas por sus representantes.

Por ello, señala Alzamora Silva, se ha considerado necesario propiciar una intervención más directa del pueblo en asuntos gubernamentales, con lo cual el

---

<sup>148</sup> Ibid. p. 422.

<sup>149</sup> ALZAMORA SILVA, Lizardo. *Estudios Constitucionales*. 2da edición. Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL. 2004. 254 p.

sistema representativo de gobierno adquiere un matiz más limitado, denominado semi-representativo.<sup>150</sup>

Esta intervención directa del pueblo, según Alzamora Silva, puede ser expresada en tres formas: la iniciativa popular, el referéndum y el “recall.”

La primera forma de intervención directa del pueblo es la iniciativa popular, que Alzamora Silva define como “el derecho reconocido a los ciudadanos de un país de presentar directamente proyectos de ley al Parlamento, para que éste después de considerarlos, los apruebe con o sin modificaciones, o los rechace.”<sup>151</sup>

Nótese que Alzamora Silva, a diferencia de otros autores, no vincula la iniciativa popular con una eventual votación popular ni precisa si el Parlamento está en la obligación legal de dar trámite o no a una iniciativa popular. Tampoco señala la posibilidad de que no se trate de un proyecto de ley sino tan sólo de una moción redactada en términos generales.

Al respecto, Alzamora Silva precisa puntualmente que “se impone, en estos casos, que la presentación se haga en la forma perfecta de un proyecto de ley y que sea hecha por un número dado de electores, exigiéndose el primer requisito para facilitar la labor del Parlamento y el segundo para acreditar que la propuesta es auspiciada por cierto sector apreciable de ciudadanos.”<sup>152</sup>

El referéndum, que dicho autor señala como la segunda forma de intervención directa del pueblo, “consiste en la consulta popular que se hace de una ley votada por el Parlamento. La ley susceptible de referéndum requiere para su eficacia que, convocado este último, la mayoría de los votos ratifique la ley. En caso contrario, si la mayoría de votos es contraria a la ley, ésta no tiene valor.”<sup>153</sup>

Así, el referéndum es definido expresamente por Alzamora Silva como una consulta popular en materia de ratificación de proyectos normativos aprobados

---

<sup>150</sup> ALZAMORA SILVA, Lizardo. Op. cit. pp. 114 – 5.

<sup>151</sup> Ibid. p. 115.

<sup>152</sup> Ibid. p. 115.

<sup>153</sup> Ibid. p. 115.

previamente por el órgano legislativo. En buena cuenta, define el referéndum como un acto material más que como un derecho y precisa, por otro lado, que se trata de una consulta popular en el ámbito legislativo.

El referéndum, agrega Alzamora Silva, “puede ser facultativo u obligatorio, según que pueda o no ser convocado, o que deba necesariamente convocarse. Para determinadas leyes, el referéndum es facultativo; para otras es obligatorio.”<sup>154</sup>

Conciente de una similitud engañosa con otras formas de consulta popular y en consonancia con otros autores, en particular el francés Léon Duguit, Alzamora Silva procede a distinguir el referéndum del plebiscito y del veto popular.

El plebiscito, señala Alzamora Silva, “es el acto por el cual el pueblo decide delegar la soberanía, con el encargo de hacer una Constitución” y precisa que “referéndum y plebiscito siguen, pues, trayectorias opuestas. En el referéndum, la ley nace del Parlamento y va al pueblo, cuyo voto es necesario para su eficacia. En el plebiscito, el pueblo inviste al representante con el poder necesario para dictar la ley que expresa la voluntad directa del pueblo.”<sup>155</sup>

El veto popular, en cambio, “existe cuando una ley votada por el Parlamento puede ser revocada a iniciativa popular. Como se observa, en el caso del referéndum, la ley está condicionada previamente, para su eficacia, a la decisión popular; en el caso del veto popular, la ley es eficaz desde que es dada por el Parlamento y sólo por un acto posterior del pueblo puede revocarse.”<sup>156</sup>

Alzamora Silva concluye su análisis de esta forma de intervención directa del pueblo señalando la existencia de lo que él denomina “una forma especial de consulta popular: el llamado referéndum consultivo. No se trata” – precisa – “en este caso de una ley que se someta a la ratificación popular, como en el referéndum propiamente dicho, sino de una ley no hecha todavía, de un mero proyecto, que antes de votarse por el Parlamento es sometido a consulta popular,

---

<sup>154</sup> Ibid. p. 115.

<sup>155</sup> Ibid. pp. 115 – 6.

<sup>156</sup> Ibid. p. 116.

únicamente para ilustración del Parlamento. El voto popular dado en un referéndum consultivo” – agrega – “no tiene carácter obligatorio para el Parlamento; no tiene sino una finalidad ilustrativa con respecto a este último.”<sup>157</sup>

La tercera forma de intervención directa del pueblo, finalmente, es el “recall,” que Alzamora Silva define como “el derecho reconocido a los ciudadanos de un país de revocar a los que ejercen una función pública.”<sup>158</sup>

### 1.2.2.- Washington Durán Abarca

Uno de los primeros esfuerzos doctrinarios dedicados específicamente a mecanismos de participación directa de la ciudadanía en asuntos públicos en el Perú, entre los cuales figura el referéndum, parece haber sido el libro titulado *Plebiscito de nuevo tipo y constituyente*, cuya primera edición apareció en 1965 y cuyo autor es el doctor Washington Durán Abarca (1928), profesor de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.<sup>159</sup>

Al igual que otros autores, Durán Abarca considera que el sistema representativo adolece de defectos que obligan a buscar mecanismos, en particular mecanismos provenientes de la democracia directa, que permitan corregirlos. “El plebiscito” – señala el autor en la introducción de su obra – “surge como corrector de abusos, de vicios y de lagunas y superación del régimen de representación.”<sup>160</sup>

Durán Abarca se inspira en el antiguo *plebiscito* de los romanos, que define como “decreto emanado de la masa del pueblo romano constituido por la plebe o de la reunión de tribus en las que estaban agrupadas las gentes que no eran patricias,”<sup>161</sup> y postula una nueva forma de plebiscito.

---

<sup>157</sup> Ibid. p. 116.

<sup>158</sup> Ibid. p. 116.

<sup>159</sup> DURÁN ABARCA, Washington. *Plebiscito de nuevo tipo y constituyente*. 2<sup>da</sup> edición. Lima: Dirección Universitaria de la Biblioteca y Publicaciones de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1978. 135 p.

<sup>160</sup> DURÁN ABARCA, Washington. Op.cit. p. XI.

<sup>161</sup> Ibid. p. 71.



El *plebiscito de nuevo tipo*, tal como lo denomina en su libro, “es la reunión o las asambleas populares para actos de gobierno directo; es un acto o función de revisión, de control, de corrección de los órganos del Estado encargados, por acto electoral, o en acción de facto o también en circunstancias revolucionarias mediante la representación. Se constituye para ejercer funciones legislativas, administrativas y judiciales.”<sup>162</sup>

La diferencia entre ambos tipos de plebiscito, según se desprende del desarrollo doctrinario de Durán Abarca, radicaría en que el propuesto por el citado autor podría tener lugar *también* a iniciativa de la propia ciudadanía. “Lo nuevo de esta institución está en que no debe depender, como tradicionalmente se lo ha practicado, de la sola iniciativa del Ejecutivo, que en su mayoría ha sido voluntad e interés omnímodos de un grupo, sino que debe ser una acción popular.”<sup>163</sup>

Y agrega el autor que “este criterio es distinto al plebiscito tradicional iniciado o accionado por el Ejecutivo, e incluso, si fuera accionado o iniciado exclusivamente por el Legislativo. Una acción gubernamental nacida del seno del pueblo será más perfecta, más real, más objetiva, aunque tal vez menos tecnicada que aquellas emanadas del Parlamento o del Ejecutivo.”<sup>164</sup>

Lo que no queda del todo claro es si este nuevo tipo de plebiscito constituye, en sentido material del término, una asamblea, tal como lo sugiere el autor en su definición, o una consulta popular, tal como se desprendería del proyecto de ley que regularía el plebiscito y que incluye en su libro. Según dicha propuesta legislativa, “para la aprobación de la decisión plebiscitaria *votada* se necesita la misma aprobación que se requiere para ser Presidente de la República si es en ámbito nacional; para Senador si es regional y para Diputado si es departamental o provincial.”<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> Ibid. p. 5.

<sup>163</sup> Ibid. p. 4.

<sup>164</sup> Ibid. p. 5.

<sup>165</sup> Ibid. p. 56. Énfasis agregado.

Podría tratarse, por cierto, de una votación popular convocada a efecto de ratificar las decisiones de una asamblea, pero el proyecto legislativo en comentario no incluye disposición alguna al respecto.

Por otro lado, Durán Abarca desarrolla en el capítulo V de su libro la relación entre el plebiscito y el referéndum, y considera que este último es una desviación del primero. Al respecto, señala que “el plebiscito desde su inauguración por los plebeyos romanos – forma original y prototipo de la institución –, hasta su desviación en el llamado referéndum o simplemente en la denominada iniciativa popular, se ha constituido en una institución necesaria en época contemporánea.”<sup>166</sup>

“El referéndum es considerado” – señala Durán Abarca – “como una forma de gobierno semi-directo, aplicable esporádicamente en ciertos países, en otros ignorado.” Y agrega que, “según la costumbre funciona después de emitida una ley, rara vez antes. Es una medida patrocinada generalmente por la autoridad para que el pueblo rechace o ratifique una medida legislativa, rara vez es de opción o facultativa o sea por iniciativa popular.”<sup>167</sup>

Al comparar ambos conceptos, señala que, “en síntesis, se sostiene que mientras el referéndum es un acto eminentemente jurídico de aprobación o de desaprobación de una ley dada por el gobierno, esto es, una expresión de confianza del cuerpo electoral al gobierno, el plebiscito no es otra cosa que un acto político de confianza del cuerpo electoral. Entre referéndum y plebiscito” – puntualiza sin embargo – “se hace una diferencia formal, no esencial.”<sup>168</sup>

Durán Abarca finaliza su tratamiento del referéndum señalando que “se clasifica por la actitud frente al gobierno, vale decir, depende de la acción de éste. Son clasificados como de carácter constitucional y administrativo. Otra división que no difiere de la anterior – añade – es: a) obligatoria, cuando es impuesta por la Constitución; b) facultativa, cuando su iniciativa depende de una autoridad

---

<sup>166</sup> Ibid. p. 10.

<sup>167</sup> Ibid. p. 59.

<sup>168</sup> Ibid. p. 60.

competente, y c) consultivo, cuando el resultado del referéndum no está vinculado con las autoridades legislativas ordinarias.”<sup>169</sup>

### 1.2.3.- Francisco Miró Quesada Rada

Autor de dos libros relacionados con la democracia directa, el politólogo peruano Francisco Miró Quesada Rada (1948) se ha concentrado en el concepto del referéndum en el capítulo dedicado específicamente a dicha institución en su libro *Democracia Directa y Derecho Constitucional*.<sup>170</sup>

Miró Quesada señala primero que el término referéndum “tiene catorce definiciones, es de origen latino y puede ser etimológicamente considerada como ‘lo que debe ser consultado’.”<sup>171</sup> Y más adelante define el referéndum como “una modalidad de consulta popular que tiene una serie de variantes” y agrega que “por lo general para que adquiera fuerza de ley ha sido incorporada en algunas Constituciones, tanto originarias como derivadas.”<sup>172</sup>

Añade Miró Quesada que “por lo general, el referéndum se aplica para resolver problemas de carácter legislativo, y no necesariamente para remover a las autoridades de sus cargos. Pero esta regla no es absoluta, hay casos en que el referéndum más que jurídico es político” y resalta que “sin importar sus modalidades, siempre el referéndum será consultivo en última instancia.”<sup>173</sup>

Por otro lado, Miró Quesada destaca dos tipos de referéndum: el referéndum obligatorio y el referéndum facultativo. El referéndum “es obligatorio cuando la Constitución, la ley o leyes señalan expresamente los casos en que tiene que realizarse obligatoriamente. Es pues, un referéndum por mandato de la ley.”

Sin embargo, el referéndum “es facultativo cuando la ley le otorga esta modalidad, o cuando nace de una práctica continua aceptada por la sociedad y admitida por

---

<sup>169</sup> Ibid. pp. 67 – 68.

<sup>170</sup> MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. *Democracia Directa y Derecho Constitucional*. Lima: Artes y Ciencias, Editores. 1990. 265 p.

<sup>171</sup> MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. Op.cit. p. 98.

<sup>172</sup> Ibid. p. 104.

<sup>173</sup> Ibid. p. 105.

las autoridades. La ley en este caso deja ‘en libertad’ a las autoridades o a los ciudadanos para que hagan uso del referéndum cuando a su entender es conveniente aplicarlo, no obliga a la realización del mismo. Por regla general, en muchos casos, la mayoría de las consultas facultativas nacen por iniciativa popular de un número de ciudadanos.”<sup>174</sup>

En materia de reglas para convocar a referéndum, Miró Quesada señala que, “por ejemplo, una consulta popular puede realizarse paralelamente durante las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o locales. También se realizan con plena autonomía de estas elecciones. Vale decir que se fija la fecha en que se llevará a cabo la consulta; por otra parte puede suceder que por razones de urgencia sea necesaria una convocatoria especial. Hay referéndum que están reglamentados, precisando la mecánica de su aplicación.”<sup>175</sup>

En cuanto a sus efectos, Miró Quesada sostiene que “si el referéndum es favorable la ley entrará en vigencia o un proyecto de ley se convertirá en ley. En caso contrario, la ley no entrará en vigor, o será derogada, y, tratándose de proyectos de ley, no se convertirán en ley.”<sup>176</sup>

Finalmente, Miró Quesada propone una amplia clasificación de modalidades o “tipos” de referéndum: “1) Referéndum Constituyente: Si se aplica para aprobar o rechazar una Constitución elaborada por la Asamblea Constituyente o por un organismo técnico, según los casos. 2) Referéndum Constitucional: Si tiene por finalidad someter a consulta popular toda o una parte de la Constitución. 3) Referéndum Legislativo: Si se aplica para la aprobación o rechazo de una ley sancionada por el poder Legislativo. 4) Referéndum administrativo: Cuando se aplica para aprobar o rechazar decisiones y resoluciones administrativas. 5) Referéndum por iniciativa: Es una variante de la iniciativa popular y tiene por objeto pedir que un proyecto de ley que está en conocimiento del poder Legislativo sea sometido a consulta popular. 6) Referéndum de veto: Es el resultado de una consulta popular. Procede cuando el pueblo veta una ley o una

---

<sup>174</sup> Ibid. pp. 105 – 106.

<sup>175</sup> Ibid. p. 106.

<sup>176</sup> Ibid. p. 107.

materia consultada. También se le llama referéndum de derogación. 7) Referéndum de ratificación: Procede cuando el pueblo acepta una ley, o proyecto de ley. También una decisión o gestión política es sometida a su veredicto. 8) Referéndum consultivo: Procede si la decisión popular sólo proporciona un criterio o inspiración, como, por ejemplo, la actuación de los órganos competentes. 9) Referéndum de opción: Esta forma de referéndum procede cuando el pueblo debe decidir sobre dos o más alternativas. 10) Referéndum de arbitraje: Cuando el pueblo se pronuncia para decidir sobre conflictos entre los poderes públicos. 11) Referéndum ante legem o anterior: Consiste en el pronunciamiento del pueblo acerca de la conveniencia o inconveniencia de adoptar un proyecto de ley; o pronunciarse sobre una o varias decisiones gubernamentales de acuerdo a ciertas indicaciones previas. Cuando una norma es aceptada en el referéndum anterior, el Parlamento la convertirá en ley. 12) Referéndum post legem o posterior: Por medio de esta modalidad el pueblo se pronunciará sobre una ley aprobada y votada por las Cámaras.”<sup>177</sup>

Miró Quesada agrega a su propuesta de clasificación dos criterios adicionales: según la extensión de las materias a ser sometidas a referéndum y de acuerdo a criterios de territorialidad. Según el primer criterio, el referéndum puede ser 1) Particular: Si sólo algunas de las materias que deben ser sometidas a referéndum, como son los casos de proyectos de reformas o de leyes ordinarias. 2) General: Cuando todas las leyes son sometidas al pueblo. Es decir, en este caso, los proyectos de reforma, otros proyectos de ley, y las leyes ordinarias. Y según el segundo, el referéndum puede ser 1) Nacional: Si en la consulta popular participan todos los ciudadanos con derecho a voto de un país. 2) Regional: Sucede cuando sólo participan en la convocatoria los ciudadanos de una región, con el fin de pronunciarse sobre materias o normas que afectan a una región determinada. 3) Local, llamado también municipal: Se trata de un referéndum en donde los ciudadanos de un municipio participan para decidir sobre materias, normas u ordenanzas municipales.”<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup> Ibid. pp. 109 – 111.

<sup>178</sup> Ibid. p. 111.

#### 1.2.4.- Carlos Blancas Bustamante

La configuración del referéndum en la Constitución peruana ha sido analizado *in extenso* por el jurista Carlos Blancas Bustamante, catedrático de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y ex-Ministro de Justicia, y de Trabajo y Promoción Social, en un ensayo publicado en 2004.<sup>179</sup>

En dicho ensayo, Blancas Bustamante analiza el referéndum en contraposición con el plebiscito, “figura con la que no sólo en el lenguaje común sino, incluso, en la doctrina y hasta en la legislación suele confundirse,” y señala que “resulta obvio que la confusión nace del hecho de que en ambos casos se trata de votaciones populares desprovistas de carácter electivo en las que la ciudadanía adopta, directamente, decisiones que conciernen a la vida del Estado o de una comunidad intraestatal en particular.”

Esta semejanza puede ser fácilmente superada, agrega Blancas Bustamante, “si, en lugar de centrar la observación en el hecho común de la votación popular, la fijamos en el contenido de dicha votación y, más aún, en sus efectos concretos sobre la vida del Estado o comunidad donde tiene lugar. En ese sentido es posible distinguir, al menos dos grandes materias sobre las que puede versar una votación popular no electiva: las normas jurídicas y las decisiones políticas.”<sup>180</sup>

Así, un referéndum podría ser definido, según se desprende fácilmente del análisis de Blancas Bustamante, como una votación popular desprovista de carácter electivo que versa sobre una norma jurídica, en contraposición a un plebiscito, que constituye también una votación popular desprovista de carácter electivo, pero que versa, más bien, sobre una decisión política.

---

<sup>179</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El referéndum en la Constitución peruana*. En Elecciones. ONPE. 2004 N° 3. pp. 193 – 221.

<sup>180</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op. cit. p.195.

Así definido el referéndum, Blancas Bustamante procede a proponer una tipología en base a seis criterios: 1) fundamento jurídico o “necesidad” jurídica, 2) materia, 3) eficacia jurídica, 4) tiempo de realización, 5) origen y 6) ámbito territorial.<sup>181</sup>

Por su fundamento jurídico, el referéndum puede ser obligatorio cuando su realización es requisito o condición para la validez de las normas jurídicas, o facultativo, cuando no lo es.

Por su materia, puede ser constitucional, cuando versa sobre una norma de dicho carácter, o legislativo, cuando versa sobre normas con rango de ley. Los referendos constitucionales pueden ser, a su vez, autónomos, si la consulta es realizada sin la aprobación previa de una asamblea, o integrativos, cuando la consulta se integra a un proceso más amplio que incluye la participación de una asamblea. En este último caso, la consulta puede tener lugar antes o después de las deliberaciones de la asamblea elegida para tal efecto, en cuyo caso se tratará de una consulta programática o deliberativa, respectivamente.

Los referendos legislativos, por otro lado, pueden ser abiertos, cuando cualquier materia puede ser sometida a consulta popular, o restringidos, cuando sólo algunas pueden serlo. En este último caso, se puede distinguir entre circunscritos, cuando la Constitución señala qué materias pueden ser sometidas a consulta, y excluyentes, cuando se señala, por el contrario, qué materias *no* pueden serlo.

Por su eficacia jurídica, el referéndum puede ser vinculante, cuando produce efectos obligatorios, o consultivo, cuando no produce tales efectos y tiene un valor más bien político. En el primer caso, puede ser constitutivo o abrogatorio, dependiendo si su efecto es “otorgar eficacia” a norma jurídica o, más bien, “eliminar del ordenamiento jurídico una norma vigente.” Entre los referendos constitutivos se puede distinguir entre ratificatorios, cuando el objeto de la consulta es “ratificar una norma previamente aprobada por el órgano legislativo” e innovativos, cuando la consulta “se crea una nueva norma con base en la iniciativa popular, sin su previa deliberación o sanción por un cuerpo legislativo.”

---

<sup>181</sup> Ibid. p. 199.

Por el momento u oportunidad de su realización, el referéndum puede ser sucesivo, si tiene lugar “después de la formulación o aprobación de una norma” o previo – o programático – si, por el contrario, tiene lugar “antes de la creación jurídica de la norma.”

Por su origen, puede ser institucional, si la convocatoria a un referéndum es “facultad exclusiva de una autoridad o institución pública,” o popular si aquella se da “por iniciativa popular a petición de una fracción del electorado.”

Finalmente, el referéndum puede ser también clasificado según la extensión del ámbito territorial en el que tiene lugar, pudiendo distinguirse entre nacional, cuando tiene por objeto normas de ámbito nacional, es decir, normas con rango de ley, y subnacional, cuando tales normas tienen alcance menor al nacional (regional y local).<sup>182</sup>

Sobre la base de esta tipología, Blancas Bustamante ha caracterizado al referéndum en el Perú como esencialmente facultativo, pues es tanto un derecho ciudadano como una atribución opcional del Congreso de la República en materia de reforma constitucional, si bien es obligatorio en relación con el proceso de descentralización. En este último caso, los referendos sólo tendrán lugar durante el proceso de creación de las macroregiones y su posibilidad de su convocatoria desaparecerá una vez concluido dicho proceso.

En cuanto a su materia, el referéndum puede ser tanto constitucional como legislativo, siendo sólo integrativo y sucesivo (deliberativo) en el primer caso, y restringido y excluyente en el segundo. En cuanto a su eficacia jurídica, dicha consulta será siempre vinculante, pudiendo ser indistintamente constitutivo o abrogatorio. Los referendos constitutivos pueden ser, a su vez, ratificatorios o innovativos.<sup>183</sup>

---

<sup>182</sup> Ibid. pp. 199 – 208.

<sup>183</sup> Ibid. pp. 208 – 215.



### 1.3.- Análisis

En los acápites precedentes se ha examinado, de manera sucinta, las concepciones sobre el concepto jurídico de referéndum que algunos constitucionalistas europeos y peruanos han incluido en sus obras, publicadas en el lapso que va desde fines del siglo XIX hasta fines del siglo XX.

Si bien este ejercicio no pretende haber sido exhaustivo, ante la evidente imposibilidad material de tener acceso no sólo a todos los autores que se han pronunciado sobre el tema sino a todas las publicaciones de cada uno de éstos, el examen realizado sí permite hacer un esfuerzo de decantación a efecto de poner en relieve una serie de elementos conceptuales recurrentes entre los diversos autores y ensayar la elaboración de un concepto general del referéndum aplicable a su regulación legal en el Perú.

#### 1.3.1.- Referéndum y participación

Un primer elemento que conviene poner en relieve, y sobre el cual todos los autores examinados han coincidido, es que el referéndum es una institución que implica la participación directa de la ciudadanía en los asuntos públicos de un Estado. Esta participación se hace efectiva al acudir los ciudadanos a las urnas a efecto de manifestar su aceptación o rechazo a un proyecto de texto normativo aprobado previamente por el órgano legislativo y que entrará en vigor sólo si obtiene una mayoría de sufragios favorables.

Sin embargo, la participación directa de la ciudadanía es susceptible de un importante matiz en función del procedimiento mediante el cual se produce el referéndum. En efecto, la realización de dicha consulta popular puede tener lugar por disposición constitucional expresa o por iniciativa de uno de los órganos del Estado o a solicitud de una fracción de la ciudadanía.

En el primer caso, se trata del referéndum denominado *obligatorio* o *automático* pues procede por necesidad jurídica y al margen de la voluntad de los órganos o de la ciudadanía.

La participación ciudadana será siempre directa en tanto su pronunciamiento incidirá de manera inmediata y definitiva en el perfeccionamiento del proyecto normativo consultado, pero pasiva en la medida que la realización misma de la consulta no habrá procedido como resultado de la voluntad de los ciudadanos.

En este tipo de referéndum, como ha señalado Prélot, la intervención de la ciudadanía es parte constitutiva del proceso legislativo en tanto está expresamente inscrita y prescrita en la regulación de la producción normativa de un Estado.<sup>184</sup>

Pero en el segundo caso la situación es diametralmente distinta. La realización de una consulta popular no es parte constitutiva del proceso legislativo, es decir no constituye una condición indispensable para el perfeccionamiento de un proyecto normativo que entrará en vigor si, transcurrido cierto plazo, no hubiese habido ninguna iniciativa o solicitud para someterlo a referéndum. Por tal motivo se le denomina referéndum *facultativo* u *ocasional*.

Lo interesante de este segundo caso es que implica un espacio para que la ciudadanía no sólo se pronuncie en instancia final y definitiva sobre un proyecto normativo sino que dicho pronunciamiento se produzca por iniciativa de la propia ciudadanía. Al respecto, Reparaz y Astein sostenía que “para que un Estado se rija democráticamente no es preciso que todas las leyes se sometan a la sanción del pueblo, sino que todas puedan serlo a petición del cuerpo electoral.”<sup>185</sup>

La participación ciudadana será, en dicho supuesto, no sólo directa sino también activa, convirtiéndose así los ciudadanos en actores reales en los asuntos públicos de sus Estados respectivos y capaces de ejercer lo que Loewenstein denominaba un “control interórgano” frente al poder legislativo.<sup>186</sup>

La posibilidad de que una consulta popular sea convocada y realizada por iniciativa ciudadana ha sido aceptada por la gran mayoría de autores consultados,

---

<sup>184</sup> PRÉLOT, Marcel. Op.cit. p. 85.

<sup>185</sup> REPARAZ Y ASTEIN, Julián de. Op. cit. p. 63.

<sup>186</sup> Ver la definición de “control interórgano” de Loewenstein en el inciso 1.1.3.4.

si bien algunos han tendido a vincular el referéndum facultativo con otra institución democrática que implica también una participación directa de la ciudadanía: el veto popular.

Al respecto, se podrá recordar que el veto popular, tal como ha sido definido por autores como Léon Duguit, Joseph Barthélemy y Paul Duez, Marcel Prélot y Pierre Pactet, constituye un mecanismo mediante el cual una fracción de la ciudadanía puede solicitar, dentro de cierto plazo, que una ley debidamente aprobada por la asamblea legislativa sea sometida a votación popular.

Por otro lado, si se tiene en cuenta que no habría razón alguna para que la ciudadanía recurra al referéndum facultativo en aquellos casos en que haya sintonía plena entre su sentir y la actuación del órgano legislativo, quedaría claro que la celebración de un referéndum facultativo tendería a ser solicitado por la ciudadanía esencialmente con el objeto de manifestar su rechazo a una ley con la que no estuviera de acuerdo y eso explicaría la similitud entre el veto popular y el referéndum en su modalidad facultativa.

### **1.3.2.- Referéndum y soberanía**

En segundo lugar, todos los autores examinados han coincidido en definir el referéndum en términos de ratificación o rechazo de proyectos normativos elaborados por los órganos legislativos competentes. Dicho de otro modo, todos comparten, con mayor o menor énfasis, la opinión según la cual la intervención directa del pueblo por vía de referéndum tiene por efecto otorgar a un proyecto de norma legal la fuerza necesaria para que su contenido normativo sea obligatorio para el Estado en su conjunto, o despojar una norma vigente de su vigor legal.

Como se puede apreciar, el pueblo ya no se limita a intervenir para elegir a sus diputados para que legislen en su nombre y representación, y expresen, siguiendo únicamente los dictados de sus conciencias, la voluntad soberana del mismo pueblo que los eligió. En virtud de la introducción del referéndum, la decisión final y definitiva sobre la eventual vigencia de un proyecto de ley ya no dependerá únicamente de la voluntad de los representantes del pueblo, como en los primeros

tiempos del sistema representativo, sino de la voluntad del pueblo mismo, expresada de manera directa en una votación popular.

En esta constatación puede verse reflejado el debate que se produjo entre las doctrinas de Rousseau por un lado y Montesquieu y Sieyès por el otro en el contexto de los trabajos constituyentes franceses en torno a la voluntad general y la representación durante la Revolución de 1789. Rousseau sostenía que la soberanía radicaba en el pueblo y que la voluntad general, expresión de la soberanía, no era susceptible de ser representada. Por ello, consideraba el autor del *Contrato Social* que toda ley que no era aprobada directamente por el pueblo era nula.

Montesquieu y Sieyès, en cambio, afirmaban que la voluntad general sólo podía ser expresada a través de la voz del cuerpo de representantes, elegido para tal efecto por el pueblo. Por tal motivo, la aprobación de los representantes, actuando en representación del pueblo, era suficiente en materia de legislación y la soberanía se veía así, en términos prácticos, transferida del pueblo a la asamblea de representantes mediante la elección de estos últimos.

Lo interesante de este debate es que lo que estaba en discusión no era tanto quién era el titular de la soberanía sino, más bien, en quién recaería la potestad o facultad para expresar la voluntad general. Para Rousseau, dicha potestad sólo podía recaer en el pueblo mismo en vista que, a su juicio, la soberanía no era susceptible de ser ni alienada ni representada. Para Montesquieu y Sieyès, en cambio, la voluntad general debía ser expresada por los representantes esencialmente porque el pueblo carecía de la preparación necesaria para tratar temas legislativos.

Y esto es importante en la medida que, en el fondo, tanto unos como otros coincidían en que el verdadero titular de la soberanía – por oposición a la persona del monarca – era el pueblo. Pero discrepaban en cuanto a la capacidad del pueblo de expresar él mismo su propia voluntad. Mientras que Rousseau le reconocía al pueblo dicha capacidad, Montesquieu y Sieyès consideraban que el

pueblo carecía de los conocimientos necesarios para expresar directamente la voluntad general.

No menos importante es el significado de la elección de los representantes del pueblo en relación con la soberanía reconocida a este último. En efecto, para que puedan legislar en nombre y representación del pueblo soberano, los representantes deben haber recibido, al ser elegidos, no sólo la condición de tales sino también facultades suficientes para que la legislación que produzcan obligue al propio pueblo soberano que los eligió. En otras palabras, resulta inevitable inferir que cierta transferencia de soberanía se produce mediante la elección de representantes.

Sobre este último punto se podría argumentar que el pueblo no hace sino designar a sus representantes, sin por ello transferirles soberanía alguna, ya las facultades de los representantes emanarían, en realidad, de la Constitución. Sin embargo, este argumento tiene el defecto de soslayar que una Constitución no expresa la voluntad de los representantes sino la voluntad del propio pueblo que se materializa *a través de* la voluntad de sus representantes. El contenido material de una Constitución no es sino la expresión de la voluntad de un pueblo, tal como ha sido jurídicamente plasmada en su nombre por sus representantes.

Por consiguiente, si una asamblea representativa está facultada para legislar por haber sido elegida por el pueblo con tal fin y el acto mismo de legislar constituye una manifestación de la voluntad soberana del pueblo en tanto es llevada a cabo en su nombre y representación, se debe concluir que la intervención directa del pueblo para ratificar un acto legislativo previo de una asamblea representativa constituye *a fortiori* una insoslayable manifestación directa de la voluntad soberana de dicho pueblo.

Y si bien todos los autores en comentario han coincidido en reconocer, tal como se ha señalado en párrafos anteriores, que la decisión del pueblo en un referéndum tiene por efecto ratificar o rechazar un proyecto de ley aprobado previamente por el órgano representativo respectivo, pocos han reconocido

explícitamente el significado lógico de dicho reconocimiento en el ámbito de la soberanía.

Uno de los pocos autores examinados que ha manifestado expresamente tal conclusión en la relación del referéndum con la soberanía fue Marcel Prélot, quien sostuvo que si bien el contenido material de la ley podía provenir de la intervención de varios órganos, la sanción que le confiere su valor obligatorio sólo puede emanar de un órgano susceptible de otorgarle fuerza de ley. Y si la Constitución, señala Prélot, prevé la intervención del pueblo, éste deviene así, sin discusión alguna, el “órgano legislativo soberano.”<sup>187</sup>

Por otro lado, el propio Adhémar Esmein, quien se pronunciara otrora expresamente en contra de la utilización del referéndum, señalaba, al comentar la figura del referéndum consultivo, que los legisladores difícilmente podían distanciarse o hacer caso omiso de la opinión popular expresada en tal consulta por tratarse nada menos de la voluntad del cuerpo del cual emanan.<sup>188</sup>

Otros autores franceses que expresaron una opinión similar, aunque no de manera tan directa como Prélot fueron Joseph Barthélemy y Paul Duez, quienes señalaron entre las ventajas del referéndum su indiscutible armonía con el principio democrático. Mediante el referéndum, puntualizaron, el elector reconquistaba su soberanía y el gobierno de todos por todos se veía así restaurado en la medida de lo posible.<sup>189</sup>

En Alemania, Carl Schmitt puso en relieve una conclusión similar al señalar que el pueblo es el titular del poder constituyente, definido éste como la voluntad política cuyo poder o autoridad están en capacidad de tomar una decisión global concreta sobre el modo y la forma de su propia existencia política, es decir determinar la existencia de la unidad política en su conjunto.<sup>190</sup>

---

<sup>187</sup> PRÉLOT, Marcel. Op.cit. p. 651.

<sup>188</sup> ESMEIN, Adhémar. Op.cit. p. 461.

<sup>189</sup> BARTHÉLEMY, Joseph y Paul DUEZ. Op.cit. p. 123.

<sup>190</sup> SCHMITT, Carl. Op.cit. pp. 211 – 212.

Nótese que Schmitt tiende, al menos en su *Teoría de la Constitución*, a no utilizar la noción de soberanía al hacer referencia a la potestad de un pueblo de decidir por su propia cuenta sobre cómo va a organizar su propio modo de convivencia social. Cabría sin embargo preguntarse si un pueblo puede ser titular del poder constituyente, según la definición anotada de Schmitt, y no ser, al mismo tiempo, titular de la soberanía. La respuesta estrictamente lógica sólo podría ser negativa y cabría presumir que para Schmitt la titularidad del poder constituyente supone, lógicamente, la condición de soberano.

Desde una perspectiva esencialmente política, Karl Loewenstein llega a una conclusión semejante al señalar que, gracias a la progresiva ampliación del derecho de sufragio, el pueblo habría adquirido “la categoría de detentador supremo del poder ejerciendo un control final sobre el gobierno y el parlamento,” y precisar que una de las maneras de ejercer dicho control es, precisamente, mediante el derecho de referéndum.<sup>191</sup>

En España, la soberanía del pueblo no era objeto de dudas para Julián Reparaz y Astein, quien consideraba, precisamente, que “la implantación del referéndum constituye para los pueblos la reivindicación de su soberanía.” El defecto del sistema representativo, que podía ser corregido mediante la introducción del referéndum, “radica en no haber reservado al pueblo, que califica de soberano, la suprema voluntad, la última decisión en el gobierno.”<sup>192</sup>

Finalmente, una votación popular debe satisfacer un requisito fundamental para que su resultado sea susceptible de ser interpretado como expresión de la voluntad soberana del pueblo. Y si bien dicho requisito no ha sido mencionado expresamente por ninguno de los autores examinados, se desprende de la definición misma del referéndum en tanto ratificación de un proyecto normativo que habrá de obligar a la Nación y al Estado que la convocatoria a la votación popular correspondiente deberá incluir, necesariamente, a la totalidad del cuerpo electoral.

---

<sup>191</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Op.cit. p. 326.

<sup>192</sup> REPARAZ Y ASTEIN, Julián de. Op. cit. pp. 43 – 45.

Dicho de otro modo, el resultado de un referéndum sólo podría ser interpretado como una expresión de la voluntad soberana del pueblo si es que la totalidad del cuerpo electoral ha sido convocado para participar en dicha votación. Y esto ha de valer indistintamente de tratarse de una norma de rango legal, constitucional o administrativa.<sup>193</sup>

### **1.3.3.- Referéndum y votación popular**

La relación entre el referéndum y la votación popular, términos de aparente equivalencia, no ha sido tratada por virtualmente ninguno de los autores examinados con la sola excepción del jurista suizo Etienne Grisel, quien aborda el tema de manera expresa e iluminadora. Varios autores, sin embargo, utilizan el término *votación popular* en sus respectivas elaboraciones sobre el concepto de referéndum.

La gran mayoría de autores consultados, sin embargo, define el referéndum mediante la utilización de fórmulas como “consulta” popular (Bryce, Pactet, Alzamora Silva, Miró Quesada Rada), “intervención” del pueblo (Esmein, Prélot), “participación” popular (Dicey, Jellinek), “manifestación” del cuerpo electoral (Biscaretti di Ruffia) o “manifestación” del gobierno directo (Hauriou). Otros autores no ofrecen una definición en sí pero explican en qué consiste (Duguit, Duverger).

Para el profesor Grisel, el término “votación” designa el escrutinio oficial mediante el cual la ciudadanía zanja por mayoría un asunto que ha sido sometido a su consideración por vía de iniciativa o de referéndum. La “votación,” cuyo objeto es un texto normativo, debe ser claramente distinguida de la “elección,” cuyo objeto no es un texto normativo sino el nombre de una persona. En una democracia semi-directa, aclara Grisel, la distinción entre “votación” y “elección” se impone de suyo.

---

<sup>193</sup> De los autores examinados, sólo los peruanos – Blancas Bustamante y Miró Quesada Rada – han extendido su definición del referéndum a proyectos normativos de menor alcance territorial: subnacional el primero y regional y local el segundo.



Por otro lado, el término “votación” debe ser igualmente distinguido del concepto de “referéndum,” pues mientras que este último designaría un *derecho popular* el primero aludiría, más bien, al acto material mismo mediante el cual se *ejerce* el citado derecho popular. Según Grisel, se trata de dos cosas tan distintas como lo abstracto y lo concreto o la causa y su consecuencia.

La lengua alemana, en la que está formulada principalmente la legislación helvética, agrega Grisel, refleja dicha distinción con mayor rigor que la francesa o que la española o inglesa, al separar claramente el derecho popular (*Referendum*) del acto material de la votación (*Abstimmung*).<sup>194</sup>

Otro autor de lengua alemana que utiliza esta noción de votación en relación con el concepto de referéndum es Carl Schmitt. En efecto, dicho jurista define el concepto de referéndum como votación popular sobre confirmación o no confirmación de un acuerdo del Cuerpo legislativo. Más aún, Schmitt utiliza el término de “votación popular” (*Volksabstimmung*) como denominación genérica que incluye diversos tipos de consulta popular como el referéndum y el plebiscito, entre otros.<sup>195</sup>

Sin embargo, Schmitt no define el referéndum en términos de un derecho popular, como sí lo hace Grisel, identificando así el referéndum con el acto material mediante el cual el pueblo ejerce su derecho a ratificar o no una decisión del órgano legislativo.

En la doctrina en lengua francesa, los autores Barthélemy y Duez aluden al referéndum como una “forma de votación popular” y el jurista de origen ucraniano Mirkine-Guetzévitch lo denomina “votación popular,” pero ninguno de éstos define el referéndum como un derecho del pueblo.<sup>196</sup>

En el Perú, el jurista Alzamora Silva también ha definido el referéndum más como un acto que como un derecho popular: una consulta popular. Blancas

<sup>194</sup> GRISEL, Etienne. Op.cit. p. 48.

<sup>195</sup> SCHMITT, Carl. Op.cit. p. 379.

<sup>196</sup> BARTHÉLEMY, Joseph y Paul DUEZ. Op.cit. p. 112; MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. Op.cit. pp. 117 – 118.

Bustamante, por su parte, también lo ha definido como un acto: votación popular desprovista de carácter electivo que tiene por objeto normas jurídicas. El politólogo peruano Miró Quesada Rada sigue una línea similar al definir el referéndum como una “modalidad de consulta popular.”<sup>197</sup>

El jurista español García Pelayo, en cambio, es quizá el único de los autores examinados que define el referéndum como un derecho popular, tal como lo hace Grisel. Para García Pelayo, no obstante no utilizar el término “votación popular,” el referéndum se define como “el derecho del cuerpo electoral a aprobar o a rechazar las decisiones de las autoridades legislativas ordinarias.”<sup>198</sup>

Esta distinción entre derecho popular y acto material mediante el cual se ejerce dicho derecho resulta de particular utilidad para distinguir claramente entre referéndum y veto popular, así como entre referéndum e iniciativa popular.

En efecto, tanto el referéndum como el veto popular y la iniciativa popular son instituciones jurídicas cuya materialización tiende a implicar la realización de una votación popular. Tal como ha sido definido por la gran mayoría de autores examinados, la figura del referéndum implica que un proyecto normativo aprobado previamente por el órgano legislativo sólo podrá entrar en vigor en la medida que sea aceptado directamente por el pueblo en una votación popular. Este punto es fundamental: referéndum significa ratificación por el pueblo, mediante una votación, de una decisión previamente tomada por el órgano legislativo.

Por otro lado, el veto popular implica también la ocurrencia de una votación popular sobre un proyecto normativo o, eventualmente, sobre una norma en vigor. Pero la diferencia con el referéndum radica en que una votación en el marco del veto popular tiene lugar, como su nombre lo indica, esencialmente con el objeto de expresar el rechazo a determinada decisión del órgano legislativo, es decir cuya intención es vetarla. Si la votación popular es exitosa, el proyecto normativo no entrará en vigor, pero si no lo es, dicho proyecto sí entrará en vigor, pero en

---

<sup>197</sup> ALZAMORA SILVA, Lizardo. Op.cit. p. 115; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op.cit. pág. 195; MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. Op.cit. p. 104.

<sup>198</sup> GARCIA PELAYO, Op.cit. p. 183.

virtud de la aprobación congresal. En el marco del referéndum, una mayoría determinada de sufragios favorables es indispensable para que un proyecto normativo entre en vigor.

La iniciativa popular, para muchos de los autores consultados, es un acto legislativo que tiene su inicio en una propuesta promovida por una fracción de la ciudadanía y su conclusión en una votación popular mediante la cual dicha propuesta será aprobada o rechazada. El referéndum se configura sólo si la propuesta normativa ciudadana es aprobada en primera instancia por el órgano legislativo y la votación popular se produce con el objeto de ratificar dicha aprobación previa. Una votación popular que tiene lugar sobre un proyecto normativo ciudadano que ha sido rechazado por el órgano legislativo, en cambio, no podría ser interpretado como un referéndum, puesto que en este caso el pueblo no ratifica sino que aprueba directamente un proyecto rechazado por el órgano legislativo.

Como se puede apreciar, en los tres supuestos – referéndum, veto popular e iniciativa popular – se produce una votación popular, pero ésta tiene una razón de ser distinta en cada uno. En un referéndum, la realización de la votación popular constituye una condición lógica sin la cual un proyecto normativo no podría entrar en vigor, siempre que el resultado sea favorable. En un veto popular, el objeto de la votación popular es tan sólo impedir que un proyecto normativo entre en vigor pero no de que entre en vigor. Y, en una iniciativa popular, la votación correspondiente configurará un referéndum sólo si el proyecto normativo ciudadano fue previamente aprobado por el órgano legislativo pero no si este último optó por rechazar dicho proyecto.

#### **1.3.4.- Referéndum decisorio y consultivo**

Tal como se vio al tratar la relación entre el referéndum y la soberanía, todos los autores examinados han coincidido en definir el referéndum en términos de aceptación o rechazo de textos normativos elaborados y aprobados por los órganos representativos competentes. Dichos proyectos normativos sólo podrán

ser jurídicamente perfeccionados y entrar en vigor a condición de haber recibido la mayoría de los sufragios favorables.<sup>199</sup>

En tal sentido, queda en evidencia que el referéndum constituye una figura jurídica que implica un acto material – una votación popular – que se produce con *posterioridad* a la aprobación por el órgano legislativo de un proyecto normativo y con el objeto de otorgarle fuerza legal a dicho proyecto normativo si tal es el parecer de la mayoría del cuerpo electoral.

Esta concepción del referéndum, por lo demás, concuerda plenamente con el sentido primigenio de la expresión latina de la cual proviene el término referéndum: *ad referendum*, que significa sujeto a ratificación. Por consiguiente, un referéndum no podría constituir un acto de ratificación popular de un proyecto normativo y no tener al mismo tiempo un carácter necesariamente decisorio. Una ratificación sin carácter decisorio, en buena cuenta, es una contradicción en los términos.

Y sin embargo algunos autores han utilizado el término referéndum para aludir a votaciones populares carentes de efectos jurídicos que tendrían lugar con *anterioridad* a que el órgano legislativo hubiera tomado decisión alguna en relación con el principio sometido a consulta popular. Votaciones populares de tal naturaleza han sido usualmente denominados referendos de consultación o consultivos cuya finalidad es esencialmente auscultar el parecer del pueblo a simple título de opinión o consejo no vinculantes.

Hauriou ha distinguido entre referéndum de ratificación y de consulta, y señalado que en este último el gobierno simplemente consulta al pueblo sobre el principio de una ley antes de su elaboración. No precisa, sin embargo, cuál es el eventual efecto jurídica de dicha consulta.<sup>200</sup>

En igual sentido, Duguit ha señalado que ya no es una ley hecha lo que se somete a ratificación popular, sino una ley por hacer cuyo principio es sometido al

---

<sup>199</sup> Ver el apartado 1.3.2.

<sup>200</sup> HAURIOU, Maurice. Op.cit. p. 548.

pueblo, a efecto de ilustrar al parlamento y, si el principio de la ley es adoptado, dar más autoridad a la ley que será hecha. Al igual que Hauriou, Duguit omite toda referencia a los efectos jurídicos de dicha consulta, sobre todo en caso que el resultado de la consulta hubiera sido negativo.<sup>201</sup>

A diferencia de aquellos, Barthélemy y Duez sí han hecho referencia a los efectos jurídicos de un referéndum al proponer el concepto de “fuerza jurídica” vinculada a la manifestación de la “voluntad” del pueblo como criterio para distinguir entre referéndum obligatorio y referéndum de consulta. Según dichos autores, la opinión del pueblo en el primer caso vincula jurídicamente a la asamblea elegida, mientras que en el segundo caso, el valor jurídico de la consulta se limita a un “simple consejo”.<sup>202</sup>

Biscaretti di Ruffia, por su parte, ha señalado que el referéndum se puede presentar en diversas formas siguiendo diferentes criterios. Uno de éstos es el criterio de la “eficacia” y permite distinguir entre referendos consultivos, constitutivos y abrogativos. Los primeros son aquellos cuyo objeto es simplemente dar una “opinión preventiva” al legislador y no a conferir ni existencia ni eficacia a una norma.<sup>203</sup>

En sentido similar se ha pronunciado García Pelayo, quien ha utilizado el criterio de “eficacia jurídica” para distinguir entre referéndum de ratificación y consultivo. Un referéndum es consultivo, sostiene, cuando su resultado no tiene carácter vinculatorio para las autoridades legislativas ordinarias.<sup>204</sup>

Reparaz y Astein también ha recogido la distinción entre referéndum de ratificación y referéndum consultivo, pero ha señalado claramente que este último no responde a la verdadera naturaleza de la institución debido al momento no oportuno en que tiene lugar, así como al hecho de constituir, a diferencia del primero, un acto de ratificación. “El fin perseguido por el referéndum es” – señala

<sup>201</sup> DUGUIT, Léon. Op.cit. p. 619.

<sup>202</sup> BARTHÉLEMY, Joseph y Paul DUEZ. Op.cit. p. 112.

<sup>203</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Op.cit. p. 423. El referéndum abrogativo, en cambio, tiene por finalidad abrogar una norma vigente.

<sup>204</sup> GARCIA PELAYO, Op.cit. p. 183.

dicho autor – “respetando la libertad de los representantes para proponer, discutir y acordar las leyes que consideren oportunas, confrontar si, en efecto, responde su contenido a la voluntad del cuerpo electoral.”<sup>205</sup>

En el Perú, Alzamora Silva ha definido el referéndum consultivo como una “forma especial de consulta popular” que no tiene lugar con la finalidad de ratificar una ley aprobada previamente por el órgano legislativo, sino, más bien, con el solo objeto de simplemente ilustrar a dicho órgano antes de la votación correspondiente.<sup>206</sup>

Por otro lado, la posibilidad de un referéndum consultivo ha sido incluida en la extensa tipología propuesta por Miró Quesada Rada, quien ha definido dicho “tipo” de referéndum como aquel que “procede si la decisión popular sólo proporciona un criterio o inspiración, como, por ejemplo, la actuación de los órganos competentes.” Nótese que dicho autor utiliza el término “decisión” popular para calificar el resultado de un referéndum consultivo, cuando se desprende de su propia definición que la opinión expresada por el pueblo *no* tiene valor de decisión.<sup>207</sup>

El referéndum consultivo también ha sido incluido en la tipología del jurista peruano Blancas Bustamante, quien lo ha definido como una consulta popular “cuyo resultado no incide directamente en la creación o supresión de las normas jurídicas ni establece, en sentido jurídico, mandatos y obligaciones concretas a los poderes públicos. Su efecto es principalmente político, pues en una democracia es impensable que dichos poderes puedan obrar en sentido opuesto a lo expresado por el pueblo en el referéndum.”<sup>208</sup>

La reflexión con la que Blancas Bustamante concluye su comentario en relación con el referéndum consultivo es muy ilustrativa de cierta ambigüedad que sería inherente a la calificación de un referéndum como una consulta popular de carácter meramente consultivo. No obliga jurídicamente, pero sí políticamente.

---

<sup>205</sup> REPARAZ Y ASTEIN, Julián de. Op. cit. p. 62.

<sup>206</sup> ALZAMORA SILVA, Lizardo. Op.cit. p. 116.

<sup>207</sup> MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. Op.cit. p. 109.

<sup>208</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op.cit. p. 205.

Esta ambigüedad fue puesta en relieve tempranamente por el propio Adhémar Esmein, un defensor acérrimo del régimen representativo y opositor a la participación directa del pueblo en la legislación. Esmein consideraba que el referéndum consultivo se distinguía del referéndum de ratificación sólo en el hecho de ser “preventivo” en lugar de ser “represivo” y que, aunque encubierto bajo la forma de una “simple consulta,” el veredicto del pueblo se impondría a las asambleas legislativas. No se puede privar así a los electores, a voluntad, de su cualidad política y transformarlos así en simples consejeros. Sus consejos, concluía Esmein, serán órdenes.<sup>209</sup>

Igual parecer ha sido expresado por Grisel, quien ha señalado que la posibilidad de un referéndum consultivo resulta inconcebible en el sistema suizo. Un escrutinio privado de sus consecuencias jurídicas resulta difícilmente compatible con la dignidad del pueblo como órgano supremo y sería, citando a su colega suizo Jean-François Aubert, “casi una contradicción en los términos”.<sup>210</sup>

### **1.3.5.- Referéndum obligatorio y facultativo**

La gran mayoría de autores examinados que se han pronunciado sobre este punto han coincidido en señalar que el referéndum obligatorio es una consulta popular cuya realización está expresamente prescrita por la Constitución sea para todas o sólo para determinado tipo de leyes, de manera que éstas sólo podrán entrar en vigor si la consulta popular, que debe necesariamente tener lugar, arroja un resultado favorable.

Asimismo han coincidido en que el referéndum facultativo, como su nombre lo indica, no se produce de manera automática y puede, por consiguiente, ser convocado a instancia de una variedad de actores: el órgano legislativo, una fracción de los miembros del órgano legislativo, el gobierno, o una fracción de la ciudadanía. En caso de no ser solicitado un referéndum dentro de cierto plazo, el proyecto de norma entra automáticamente en vigor.

<sup>209</sup> ESMEIN, Adhémar. Op.cit. p. 461.

<sup>210</sup> GRISEL, Etienne. Op.cit. p. 49. La cita de Aubert proviene de AUBERT, Jean-François. *Le referéndum populaire*. Revue de droit suisse. 1972.

Al comentar las diversas instituciones de la democracia semi-directa del ordenamiento jurídico suizo, Esmein ha señalado que el referéndum es obligatorio cuando interviene de manera necesaria para determinadas normas que no podrán adquirir fuerza definitiva sin la ratificación expresa del pueblo. Y es facultativo cuando, dentro de cierto plazo, el referéndum es convocado a solicitud de un número de ciudadanos fijado por la Constitución. Expirado dicho plazo, el proyecto de norma entra en vigor de pleno derecho.<sup>211</sup>

Hauriou, por su parte, ha sostenido una concepción similar en cuanto al referéndum obligatorio, pero difiere en su definición del referéndum facultativo en la medida que lo vincula a la iniciativa popular. En tal sentido, el referéndum facultativo puede ser distinguido en forma simple o compleja de iniciativa popular. La forma simple coincide con el referéndum facultativo tal como ha sido definido por Esmein, pero la forma compleja se caracteriza por ser un proyecto de ley elaborado a petición de una fracción de la ciudadanía. Dicho proyecto puede ser elaborado sea por la legislatura o por la propia ciudadanía y, finalmente, sometido a votación popular.<sup>212</sup>

En la misma línea que Esmein, Barthélemy y Duez han señalado que el referéndum obligatorio supone que la Constitución misma obliga al parlamento a someter su obra al asentimiento popular, mientras que el referéndum facultativo supone que el parlamento queda dueño de decidir si recurre o no al referéndum sin que ello implique obligación constitucional alguna. Dichos autores no mencionan la posibilidad de un referéndum facultativo por iniciativa de una fracción de la ciudadanía.<sup>213</sup>

El referéndum, según Pactet, puede ser obligatorio si su realización constituye una imposición constitucional o facultativo si queda a discreción del órgano ejecutivo o legislativo.<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> ESMEIN, Adhémar. Op.cit. pp. 467 – 468.

<sup>212</sup> HAURIOU, Maurice. Op.cit. pp. 548 – 549.

<sup>213</sup> BARTHÉLEMY, Joseph y Paul DUEZ. Op.cit. p. 113.

<sup>214</sup> PACTET, Pierre. Op.cit. p. 95. El ordenamiento jurídico francés no prevé la posibilidad de que una fracción de la ciudadanía solicite la celebración de un referéndum.



En la doctrina en lengua alemana destaca el aporte de Schmitt, quien propuso la siguiente distinción tripartita: referéndum general obligatorio, referéndum obligatorio para determinadas leyes, y referéndum facultativo.

El primer procedimiento, aclara Schmitt, es raro por razones prácticas, pues consiste en que todas las leyes sean sometidas a ratificación popular. El segundo procedimiento consiste en que sólo determinadas leyes, en particular las revisiones constitucionales, sean sometidas a votación popular. Y en relación con el tercero, el problema que se suscita es la cuestión de la iniciativa del referéndum, es decir qué agente o entidad tienen la facultad de requerir la realización de un referéndum. Schmitt ha señalado el cuerpo legislativo o una minoría de éste, el ejecutivo o una fracción de la ciudadanía.<sup>215</sup>

El español Reparaz y Astein también incluye la distinción en comentario en su propuesta de clasificación, pero considera que sólo el referéndum obligatorio, así como el referéndum facultativo celebrado a petición de la ciudadanía, “son los que responden, únicamente, a la verdadera naturaleza de la institución.”<sup>216</sup>

En el Perú, el jurista Alzamora Silva señala que el referéndum puede ser facultativo u obligatorio, según que pueda o no ser convocado, o que deba necesariamente convocarse, dependiendo del tipo de ley en cuestión.<sup>217</sup>

De manera similar, el politólogo Miró Quesada Rada sostiene que el referéndum es obligatorio “cuando la Constitución, la ley o leyes señalan expresamente los casos en que tiene que realizarse obligatoriamente. Es pues, un referéndum por mandato de la ley. Es facultativo” – en cambio – “cuando la ley le otorga esta modalidad, o cuando nace de una práctica continua aceptada por la sociedad y admitida por las autoridades. La ley en este caso deja ‘en libertad’ a las autoridades o a los ciudadanos para que hagan uso del referéndum cuando a su entender es conveniente aplicarlo; no obliga a la realización del mismo. Por regla

---

<sup>215</sup> SCHMITT, Carl. Op.cit. pp. 401– 402.

<sup>216</sup> REPARAZ Y ASTEIN, Julián de. Op. cit. p. 62.

<sup>217</sup> ALZAMORA SILVA, Lizardo. Op.cit. p. 115.

general, en muchos casos, la mayoría de las consultas facultativas nacen por iniciativa popular de un número de ciudadanos.”<sup>218</sup>

Por su parte, el jurista peruano Blancas Bustamante señala que el referéndum obligatorio “es aquel cuya realización es requisito o condición para la validez de las normas jurídicas. En este caso” – precisa – “forma parte del proceso de creación de las normas jurídicas, constituyendo el eslabón final de la cadena de pasos exigibles para que dichas normas formen parte del ordenamiento jurídico del Estado.”<sup>219</sup>

El referéndum facultativo, en cambio, “no constituye requisito de validez de la norma pero puede ser convocado a iniciativa de un órgano o autoridad estatal, de una fracción de un cuerpo representativo o, incluso, de una fracción del cuerpo electoral, en cuyo caso la validez o vigencia de la norma – si ésta ya se promulgó – depende del resultado del referéndum.”<sup>220</sup>

Como se puede apreciar, la diferencia esencial entre estos dos tipos de referéndum, obligatorio y facultativo, radica en que el primero se produce por disposición constitucional o legal expresas mientras que el segundo sólo si dentro de cierto plazo alguno de los agentes facultados para ello lo requiere. Sin embargo, ésta no es necesariamente la diferencia esencial entre ambas modalidades de consulta popular. La diferencia esencial es aquella sugerida por Prélôt en la doctrina francesa y Blancas Bustamante en el Perú.

En efecto, Prélôt ha señalado que el referéndum propiamente dicho asocia al pueblo a la elaboración de la ley, que sólo puede ser perfeccionada con su decisión. El referéndum no opera como simple condición resolutoria, como en el caso del veto popular. Lo que se produce es una intervención del pueblo en el procedimiento legislativo mismo.<sup>221</sup>

---

<sup>218</sup> MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. Op.cit. pp. 105 – 106.

<sup>219</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op.cit. p. 199.

<sup>220</sup> Ibid. pp. 199 – 200.

<sup>221</sup> PRÉLOT, Marcel. Op.cit. p. 85.

Y si bien es cierto que Prélot no hace distinción alguna entre referéndum obligatorio y facultativo, se puede presumir con toda legitimidad que se refiere esencialmente al primero en la medida que la distinción que sí hace es entre referéndum y veto popular, siendo este último una forma virtualmente idéntica al referéndum facultativo, tal como lo señalara en su momento Duguit.

Al respecto, conviene recordar que, tal como se viera al tratar la relación entre referéndum y participación, la ciudadanía tiende a solicitar la convocatoria de una votación popular para pronunciarse sobre un proyecto de ley elaborado y aprobado por el órgano legislativo cuando se trata de un texto que no cuenta con su simpatía. Y difícilmente podría ser de otro modo, puesto que no tendría mucho sentido que la ciudadanía solicite que se someta a votación un proyecto legislativo con el que estaría de acuerdo y que entraría en vigor con la sola aprobación del órgano legislativo.<sup>222</sup>

Blancas Bustamante, por su parte, llega a igual conclusión que Prélot al hacer hincapié en que el referéndum obligatorio “forma parte del proceso de creación de las normas jurídicas, constituyendo el eslabón final de la cadena de pasos exigibles para que dichas normas formen parte del ordenamiento jurídico del Estado.”<sup>223</sup>

Esto significa que la regulación del referéndum en general, y el referéndum obligatorio en particular, tiene que estar inserta en la misma normatividad que regula la producción de normas jurídicas de un Estado, normatividad de rango necesariamente constitucional.

Pero no sólo la regulación del referéndum obligatorio debe estar inscrita en la Constitución sino también aquella relativa al referéndum facultativo, pues ambas modalidades de referéndum tienen una evidente e insoslayable incidencia en la formación de leyes en un Estado. El referéndum obligatorio, tal como su nombre lo indica, por necesidad jurídica y el referéndum facultativo por opción política, es

---

<sup>222</sup> Ver el apartado 1.3.1.

<sup>223</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op.cit. p. 199.

decir condicional, si alguno de los agentes facultados para ello requiere su convocatoria.

### **1.3.6.- Referéndum y sus clasificaciones**

Tal como se ha señalado anteriormente, todos los autores han coincidido en definir el referéndum en términos de aceptación o rechazo de proyectos normativos previamente aprobados por el órgano legislativo respectivo, si bien han admitido la posibilidad de un referéndum sin efectos vinculantes. Todos, también, han coincidido en que el referéndum puede ser convocado por disposición constitucional expresa – es decir, obligatorio – o por iniciativa de una variedad de agentes, incluyendo una fracción de la ciudadanía – es decir, facultativo.

Pero algunos autores han examinado la figura del referéndum con mayor detenimiento y han propuesto clasificaciones de diverso grado de especificidad en función de una variedad de criterios que conviene detenerse a examinar.

Hauriou propone una primera clasificación en base al tipo de norma a ser sometida a votación popular: constitucional, legislativo o administrativo. A su vez, el referéndum legislativo, que es el único en relación con el cual se explyea por considerarlo de mayor importancia, puede ser clasificado en referéndum de consulta o de ratificación. Y este último puede ser clasificado como obligatorio o facultativo.<sup>224</sup>

Un segundo esfuerzo de clasificación es hecho por Barthelémy y Duez, quienes proponen cuatro criterios: momento, materia, fuerza jurídica y fundamento. Según el primero, el referéndum puede ser *post legem* o anterior; según la materia, puede ser constitucional o legislativo; según su fuerza jurídica, puede ser obligatorio o consultivo; y finalmente, según su fundamento, puede ser obligatorio o facultativo.<sup>225</sup>

---

<sup>224</sup> Ver el inciso 1.1.2.2.

<sup>225</sup> Ver el inciso 1.1.2.5.

Una clasificación similar es propuesta por Biscaretti di Ruffia, aunque con muy ligeras variaciones. Los criterios que propone son los siguientes: materia, tiempo, eficacia y fundamento. La variación radica en que introduce, por un lado, las normas administrativas entre las materias susceptibles de ser sometidas a referéndum. Y por el otro, introduce la posibilidad de un referéndum abrogativo en relación con el criterio de la eficacia, lo que implicaría un referéndum dirigido explícitamente contra normas en vigor, es decir con el objeto de obtener su eliminación del ordenamiento jurídico del Estado.<sup>226</sup>

En el Perú, Miró Quesada ha propuesto una enumeración y una clasificación de diversas modalidades o “tipos” de referéndum. En su enumeración menciona el referéndum constituyente, el referéndum constitucional, el referéndum legislativo, el referéndum administrativo, el referéndum por iniciativa, el referéndum de veto, el referéndum de ratificación, el referéndum consultivo, el referéndum de opción, el referéndum de arbitraje, el referéndum *ante legem* o anterior, y el referéndum *post legem* o posterior.

Adicionalmente, Miró Quesada sugiere que el referéndum puede ser clasificado también en torno a los dos criterios siguientes: extensión de materias a ser sometidas a referéndum, por un lado, territorialidad por el otro. Según el primero, el referéndum puede ser particular o general y, según el segundo, nacional, regional o local.<sup>227</sup>

Por su parte, el jurista peruano Blancas Bustamante ha propuesto una clasificación articulada en torno a seis criterios a saber: fundamento jurídico, materia, eficacia jurídica, momento, origen y extensión. Por su fundamento jurídico, el referéndum puede ser obligatorio o facultativo. Según la materia a ser consultada, el referéndum puede ser constitucional o legislativo. El referéndum constitucional puede ser autónomo o integrativo y este último puede ser, a su vez, programático o deliberativo. El referéndum legislativo, en cambio, puede ser abierto o restringido y este último puede ser, a su vez, circunscrito o excluyente.

---

<sup>226</sup> Ver el inciso 1.1.5.2.

<sup>227</sup> Ver apartado 1.2.3.

Por su eficacia jurídica, el referéndum puede ser vinculante o consultivo. El referéndum vinculante puede ser, a su vez constitutivo o abrogativo, y el referéndum constitutivo puede ser, finalmente ratificatorio o innovativo. Según el momento en que interviene, el referéndum puede ser sucesivo o programático y según su origen puede ser institucional o popular. Según el criterio del ámbito territorial, finalmente, el referéndum puede ser nacional o subnacional, pudiendo ser este último regional o local.<sup>228</sup>

Ahora bien, habida cuenta que cada autor formula su clasificación a la luz de su propia concepción de lo que constituye un referéndum, convendría contrastar estas clasificaciones con la definición de referéndum que se ha venido decantando del análisis doctrinario que antecede a efecto de determinar de qué manera contribuyen a una mejor comprensión del referéndum.

Al respecto, conviene recordar que el referéndum ha sido definido, en el marco del presente trabajo, como un derecho popular de participación directa en la legislación del Estado mediante votaciones populares cuyo objeto es la ratificación o rechazo de proyectos normativos aprobados previamente por el órgano legislativo y que sólo podrán entrar en vigor si el resultado de la votación correspondiente es favorable.

A la luz de esta definición, el criterio basado en el fundamento jurídico resulta acertado en tanto el referéndum bien puede ser obligatorio, si procede por disposición constitucional expresa, o facultativo si la Constitución autoriza que proceda por iniciativa ciudadana o institucional.

El criterio basado en el origen resulta también acertado en tanto un referéndum puede ser clasificado como institucional si es convocado por iniciativa de un órgano público habilitado para tal efecto o popular o ciudadano si es convocado por una fracción de la ciudadanía.

---

<sup>228</sup> Ver el apartado 1.2.4.

Igualmente acertado resulta el criterio basado en la materia, ya que un referéndum bien puede ser constitucional si tiene por objeto un proyecto de reforma de la Constitución o legislativo si su objeto es un proyecto de ley ordinaria. En ambos supuestos, la votación popular interviene con la finalidad de ratificar una decisión previa del órgano legislativo.

Por otro lado, se puede sostener en relación con este mismo criterio que un referéndum también puede tener por objeto normas de rango administrativo, tal como lo han sugerido algunos autores – Hauriou, Biscaretti di Ruffia y Miró Quesada – al incluirlas en sus definiciones y clasificaciones respectivas. Y si bien nada impide que sean susceptibles de ser sometidas a votación popular, se debe hacer notar que la mayor parte de la doctrina examinada ha reservado el concepto de referéndum al derecho popular a ratificar o rechazar normas producidas por el órgano legislativo y no por órganos ejecutivos o administrativos.

El criterio basado en la eficacia jurídica, por otro lado, no resulta acertado en tanto que un referéndum no podría tener, en ningún caso, un carácter meramente consultivo, por tratarse de un acto de ratificación popular.

Tampoco parecería acertado el criterio relativo al momento en que se produce la votación popular correspondiente, puesto que un acto ratificatorio debe ser, por necesidad lógica, un acto posterior a la decisión sujeta a ratificación. El concepto de ratificación implica, necesariamente, tanto una decisión previa a ser ratificada como un acto ratificatorio posterior a aquella.

El criterio relativo al ámbito territorial, adicionalmente, tampoco parecería acertado, en tanto que, como se acaba de señalar, el concepto de referéndum ha sido reservado principalmente para normas producidas por el órgano legislativo, que actúa en representación de la totalidad del pueblo, lo que implica necesariamente la participación de la totalidad del cuerpo electoral. Y una votación popular que involucra a la totalidad del cuerpo electoral implica, necesariamente, una cobertura nacional.

Nada impide, sin embargo, que una votación popular sea celebrada para ratificar o rechazar normas que no son obligatorias para la totalidad del cuerpo electoral, como es el caso de las normas regionales y municipales, que sólo obligan a las poblaciones pertenecientes a las circunscripciones territoriales mencionadas. En dicho supuesto, por consiguiente, el ámbito territorial de la consulta sí aparecería como un criterio adecuado de clasificación.

### **1.3.7.- Referéndum y veto popular**

Un sexto elemento que debe ser puesto en relieve es la distinción entre el referéndum y el veto popular, una institución muy parecida y, en cierto sentido, antecesora del referéndum. Como su nombre lo sugiere, el veto popular era convocado con el objeto que la ciudadanía pueda manifestar expresamente su rechazo a una decisión del órgano legislativo. Su convocatoria no era, por consiguiente, solicitada para aprobar un proyecto normativo sino, por el contrario, para vetarlo o, dicho de otro modo, desaprobalo.

Esmein señala que los orígenes doctrinarios del veto popular provendrían del famoso informe que Condorcet presentó en 1793 a la Convención Nacional en Francia, compuesta por una mayoría de partidarios de la doctrina de Rousseau, si bien dicho tipo de consulta popular nunca llegó a ser utilizado en el citado país. En realidad, el veto popular hizo su aparición por vez primera en el cantón suizo de Saint-Gall, como fórmula de compromiso entre partidarios del sistema representativo y de la democracia directa en 1831. Ganó terreno en diversos cantones helvéticos como Basilea en 1832, Valais en 1839 y Lucerna en 1841, antes de ser reemplazado por el referéndum.<sup>229</sup>

A diferencia de los anteriores, este importante tema no ha sido tratado por la gran mayoría de autores examinados, sino tan sólo por algunos, entre los cuales destaca un número importante número de juristas franceses: Barthélemy, Duez, Duguit, Duverger, Esmein, Pactet y Prélot. El tema es igualmente tratado por

---

<sup>229</sup> ESMEIN, Adhémar. Op.cit. pp. 450 – 451 y 465 – 467.



autores como el británico Dicey, el suizo Grisel, el español García Pelayo, y el peruano Miró Quesada Rada.

En términos generales, todos los autores que se han pronunciado al respecto coinciden en que el veto popular consiste en el derecho de los ciudadanos de solicitar, dentro de cierto plazo, que un proyecto de ley, ya aprobado por el órgano legislativo, sea sometido a votación popular. Para la mayoría, sin embargo, el veto se produce *antes* que el proyecto de ley entre en vigor, mientras que, para algunos, dicha consulta popular podía tener lugar con posterioridad a la entrada en vigor del proyecto normativo.

Duguit, para quien el referéndum debía ser distinguido del veto popular, no obstante cierto parecido entre ambos, era de opinión que el proyecto de ley adquiriría fuerza de ley por decisión del propio órgano legislativo, pero la ciudadanía tenía cierto plazo para solicitar una consulta a efecto de determinar si dicha ley habría de ser aplicada o no. Según dicho autor, el veto popular equivalía a lo que se denomina a veces referéndum facultativo.<sup>230</sup>

Esta comparación del veto popular con el referéndum facultativo también fue hecha por García Pelayo, quien precisó que el veto popular “se diferencia del referéndum facultativo en que allí se trata de un proyecto de ley, mientras que aquí se refiere a una ley ya establecida.”<sup>231</sup>

Desde otra perspectiva, Barthélemy y Duez señalaron que la diferencia entre ambas instituciones radicaba en que la aprobación popular constituye siempre, en un supuesto de referéndum, una condición *sine que non* para el perfeccionamiento jurídico de la ley, mientras que en aquel de veto popular la aprobación del pueblo sólo es necesaria dentro de cierto plazo, vencido el cual resulta irrelevante.<sup>232</sup>

<sup>230</sup> DUGUIT, Léon. Op.cit. p. 619.

<sup>231</sup> GARCIA PELAYO, Op.cit. p. 184.

<sup>232</sup> BARTHÉLEMY, Joseph y Paul DUEZ. Op.cit. p. 113.

En la misma línea de pensamiento, Prélot señala que el veto popular, que denomina como una de las cuatro formas principales del referéndum, le permite al pueblo manifestar su rechazo a un proyecto de ley adoptada y jurídicamente perfecta *antes* de que entre en vigor. El referéndum, en cambio, asocia al pueblo al proceso mismo de elaboración de la ley, la que sólo puede ser perfeccionada con su consentimiento expreso.<sup>233</sup>

Pactet, coincidiendo en términos generales con las opiniones de los autores mencionados, extiende su definición del veto popular a leyes que ya han entrado en vigor y señala que el veto popular permite a la ciudadanía obtener – con frecuencia debido a los plazos para la recolección de firmas – la abrogación total o parcial de una ley que ha sido adoptada de conformidad con los procedimientos prescritos por la Constitución.<sup>234</sup>

En el Perú, Alzamora Silva ha distinguido el veto popular del referéndum al señalar que aquel puede ser solicitado por la ciudadanía en el caso de leyes que ya han entrado en vigor por decisión del órgano legislativo, obviamente con el objeto de conseguir su revocación. “En el caso del referéndum,” puntualiza dicho autor, “la ley está condicionada previamente, para su eficacia, a la decisión popular; en el caso del veto popular; la ley es eficaz desde que es dada por el Parlamento y sólo por un acto posterior del pueblo puede revocarse.”<sup>235</sup>

Por su parte, Miró Quesada Rada incluye el veto popular en una extensa relación de “modalidades” o “tipos” de referéndum y lo denomina “referéndum de veto.” Procede, señala, cuando el pueblo veta una ley o una materia consultada.” El hecho que agregue que se le conoce también como “referéndum de derogación” sugiere que el veto popular se aplica también a leyes en vigor. Sin embargo, omite mencionar si existe un plazo determinado para que una fracción de la ciudadanía solicite la convocatoria a dicho tipo de referéndum.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> PRÉLOT, Marcel. Op.cit. p. 85. Las otras tres formas de referéndum son el referéndum propiamente dicho, la iniciativa popular y la revocación o disolución popular.

<sup>234</sup> PACTET, Pierre. Op.cit. p. 93.

<sup>235</sup> ALZAMORA SILVA, Lizardo. Op.cit. p. 116.

<sup>236</sup> MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. Op.cit. p. 109.

### 1.3.8.- Referéndum e iniciativa popular

Un sétimo elemento que ha sido mencionado en muchas de las obras examinadas y que conviene analizar debido a su vinculación con el referéndum es la iniciativa popular. Como se verá a continuación, la doctrina no es uniforme al respecto y las definiciones propuestas oscilan entre el derecho de la ciudadanía a obtener simplemente que el órgano representativo legisle sobre una materia determinada y aquel a ser consultada de manera directa sobre un proyecto normativo elaborado por ella misma.

En un extremo de la doctrina, se debe mencionar a Duguit, quien define la iniciativa popular como simple facultad de someter al órgano legislativo una propuesta de ley, respaldada por un número determinado de firmas, que debía ser objeto de deliberación por dicho órgano representativo.<sup>237</sup>

La iniciativa popular, según este autor, se agotaría en la presentación de la propuesta normativa promovida por una fracción de la ciudadanía y no parecería incluir una consulta popular de ningún tipo. El órgano legislativo parecería también quedar en libertad de aceptar o no la propuesta de los ciudadanos.

En el Perú, una línea de pensamiento similar ha sido seguida por el jurista Alzamora Silva, que no vincula la iniciativa popular con la posibilidad de un referéndum.<sup>238</sup>

Un punto de vista similar es expresado por Prélot, quien agrega que la propuesta ciudadana puede ser presentada de manera “no formulada,” limitándose a expresar un principio o idea general, “formulada,” es decir incluyendo un proyecto de texto normativo completo.<sup>239</sup>

Ampliando la participación ciudadana, Hauriou introduce el referéndum como paso final de un procedimiento iniciado por iniciativa popular. Curiosamente, en

<sup>237</sup> DUGUIT, Léon. Op.cit. pp. 619 – 620.

<sup>238</sup> ALZAMORA SILVA, Lizardo. Op.cit. p. 115.

<sup>239</sup> PRÉLOT, Marcel. Op.cit. p. 85.

lugar de asociar el referéndum a la iniciativa, lo que hace es definir la iniciativa como una forma de referéndum: el referéndum facultativo. En efecto, este último puede presentarse en forma simple o compleja de iniciativa popular y se produce cuando la iniciativa no proviene de la legislatura sino de los propios ciudadanos, mediante una petición sustentada en un número determinado de firmas.

Una vez elaborado por el órgano legislativo, explica Hauriou, el proyecto normativo es sometido a la consideración del pueblo, pero también puede ocurrir que los ciudadanos interesados presenten un proyecto normativo debidamente articulado y lo que se someta a consulta popular no sea sólo dicho proyecto sino también una contrapropuesta elaborada por el órgano legislativo.<sup>240</sup>

Nótese que, desde el punto de vista de Hauriou, la ciudadanía no interviene en la elaboración mismo del proyecto normativo sino sólo al comienzo, al iniciarlo, y al final, para ratificar lo que el órgano legislativo hubiera aprobado.

En una perspectiva similar, Pactet ha definido la iniciativa popular como la facultad del pueblo de proponer, mediante petición sustentada por un número determinado de firmas, la aprobación de una disposición constitucional o legislativa. Sin embargo, lo que el pueblo somete al órgano legislativo no es un proyecto normativo en sí sino simplemente el principio de éste, que dicho órgano puede aceptar o no. En caso negativo, el principio en cuestión es sometido a votación popular en lo que dicho autor denomina referéndum consultivo. Si el resultado de dicha consulta es favorable, el órgano legislativo deberá proceder a la elaboración del proyecto normativo respectivo para luego someterlo a consideración del pueblo.<sup>241</sup>

Nótese que, en la definición de Pactet, el pueblo tampoco interviene en la elaboración misma del proyecto normativo sino que simplemente impone el principio o idea general y es el órgano representativo, que rechazara inicialmente la idea, el que se encarga de la redacción misma del proyecto normativo deseado por el pueblo. Lo que no señala Pactet es lo que sucedería en caso que el órgano

---

<sup>240</sup> HAURIOU, Maurice. Op.cit. pp. 548 – 549.

<sup>241</sup> PACTET, Pierre. Op.cit. p. 93.

legislativo hubiese aceptado el principio desde un inicio, pero se puede presumir que, tratándose tan sólo de una idea general, la decisión final del pueblo sea siempre necesaria. Esto último ante la imposibilidad de descartar que el proyecto normativo finalmente aprobado por el órgano representativo no se ajuste con exactitud con lo que el pueblo tenía originalmente en mente.

Igualmente importante es notar que las dos votaciones populares, la primera sobre el principio de la materia sobre la cual legislar y el segundo sobre la ratificación final del proyecto elaborado por el órgano representativo, proceden sin la necesidad de efectuar una nueva recolección de firmas. El procedimiento se inicia y concluye con base a una sola recolección de firmas.

Finalmente, conviene notar que el primer referéndum que se celebra a efecto de determinar si el conjunto de la ciudadanía estaría de acuerdo con el planteamiento hecho por una fracción de ella y que el órgano representativo ha rechazado es un referéndum consultivo, carente de efectos vinculantes según la gran mayoría de autores. Y sin embargo, es precisamente a consecuencia de dicho referéndum de consulta – que por lo demás Pactet no define – que el órgano representativo se verá en la obligación de actuar en contra de su propio parecer.

Duverger coincide con Pactet al señalar que la consulta popular procede si el órgano legislativo rechaza el proyecto ciudadano, y si bien no lo señala expresamente, es legítimo presumir que dicha consulta procedería de manera automática, es decir, sin que la ciudadanía tenga que recolectar nuevamente firmas.<sup>242</sup>

Por su parte, Barthélemy y Duez señalan que la iniciativa popular aporta algo más que el referéndum en términos de una mayor participación ciudadana. Con el referéndum, señalan, el órgano legislativo no puede actuar sin la colaboración formal del pueblo, pero no está obligado jurídicamente a legislar. Con la iniciativa popular, en cambio, el parlamento sí se vería jurídicamente obligado a legislar,

---

<sup>242</sup> DUVERGER, Maurice. Op.cit. p. 94.

cuando menos a dar trámite al proyecto ciudadano. Más aún, ambos autores precisan que la iniciativa popular, que puede estar redactada como simple moción o como un proyecto con todo su articulado, suele completarse con un referéndum, poniendo en evidencia una relación estrecha entre las dos instituciones.<sup>243</sup>

Una idea similar es expresada por Bryce, quien sostiene que si el referéndum protege al pueblo de los “pecados de comisión” de la legislatura, la iniciativa popular constituye un remedio a las omisiones del órgano legislativo.<sup>244</sup>

Kelsen señala que la iniciativa popular consiste en un proyecto legislativo firmado por cierto número de ciudadanos sobre el que el Parlamento tiene que decidir y añade que la iniciativa popular puede ser combinada con el referéndum de diversas formas. Una de ellas es que “la iniciativa popular pueda proponer a la vez un proyecto y exigir que sea sometido a referéndum.”<sup>245</sup>

En el otro extremo de la doctrina, el jurista suizo Grisel define la iniciativa popular como un derecho reconocido por la Constitución a una fracción de ciudadanos, para someter una propuesta normativa al conjunto del cuerpo electoral. Nótese que, a diferencia de otros autores, la iniciativa popular no es tanto el derecho de presentar un proyecto normativo al órgano legislativo sino, más bien, a presentarlo directamente a la consideración del pueblo.

Una iniciativa, precisa dicho autor, puede estar formulada tanto de manera completa, de suerte que es sometida tal cual a la consideración del pueblo y entra vigor tal cual si el resultado de la consulta es positivo. O es elaborada, más bien, en términos generales, en cuyo caso suele haber dos consultas: la primera para aprobar el concepto, correspondiéndole al órgano legislativo elaborar en todos sus detalles el proyecto si el pueblo se pronuncia favorablemente en esta primera instancia. Y la segunda para ratificar el texto legal producido y aprobado previamente por el órgano legislativo.<sup>246</sup>

---

<sup>243</sup> BARTHÉLEMY, Joseph y Paul DUEZ. Op.cit. p. 113.

<sup>244</sup> BRYCE, James Op. cit. p. 402.

<sup>245</sup> KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. p. 314.

<sup>246</sup> GRISEL, Etienne. Op.cit. p. 46.

### 1.3.9.- Referéndum y plebiscito

Un último elemento sobre el cual han coincidido expresamente todos los autores examinados – aún aquellos que se han pronunciado en contra de su utilización – es que el objeto del pronunciamiento de la ciudadanía en un referéndum es un *proyecto de texto normativo* producido por el órgano legislativo, es decir un proyecto de ley o de reforma constitucional.<sup>247</sup>

Esta coincidencia es importante en tanto permite poner en evidencia la diferencia fundamental que existiría entre el referéndum y un tipo de votación similar cuya denominación ha sido utilizada con alguna frecuencia como si fueran sinónimos sin realmente serlo. Se trata de la diferencia entre referéndum y plebiscito.

Si bien sólo algunos de dichos autores analizan de manera específica la relación entre ambas formas de votación popular y puesto en relieve las diferencias que los separa, el solo hecho que ninguno haya utilizado indistintamente los términos de referéndum y plebiscito para denominar la ratificación popular de un acto normativo del órgano legislativo sugiere que el objeto de un plebiscito no podría ser el mismo de un referéndum y por consiguiente tampoco su naturaleza.

Duguit distingue claramente ambos conceptos señalando que el referéndum tiene que ver esencialmente con la democracia en la medida que un proyecto de ley elaborado por el órgano legislativo sólo adquiere su autoridad como tal luego de haber sido aprobado directamente por el pueblo, mientras que el plebiscito tiende, más bien, a establecer un gobierno representativo. Mediante el plebiscito, según Duguit, el pueblo delega en una persona su soberanía y le encarga, en algunos casos, la elaboración de una constitución.<sup>248</sup>

Así definido, el plebiscito se presenta claramente como una decisión tomada por el pueblo en el ámbito político más que como una decisión popular destinada a ratificar un texto normativo elaborado por el órgano legislativo, de conformidad

---

<sup>247</sup> Biscaretti di Ruffia, Hauriou y Miró Quesada incluyen entre las materias propias de un referéndum, además, las normas administrativas.

<sup>248</sup> DUGUIT, Léon. Op.cit. p. 619.

con la definición de referéndum generalmente aceptada por la doctrina examinada.

Pactet, por su parte, considera también que la diferencia entre referéndum y plebiscito, al menos en términos teóricos, es clara en la medida que la respuesta del pueblo en el primer tipo de consulta popular se da en función a una pregunta – relativa a un texto normativo – mientras que en el segundo la respuesta está, más bien, en función de la persona que formula la pregunta.

No obstante dicha claridad conceptual, Pactet señala que puede resultar difícil, en la práctica, separar claramente la pregunta en sí del agente u órgano que la formula, sobre todo si este último es un individuo – el Jefe de Estado o de Gobierno – y no un órgano colegiado o una asamblea. Esta nota de cautela de Pactet tiene asidero en tanto toda propuesta normativa, al igual que cualquier propuesta en general, lleva inevitablemente el sello de la personalidad o agrupación de personalidades que la efectúan.<sup>249</sup>

Esta vinculación tan estrecha entre una propuesta y su autor, en realidad, se hace también patente en los diversos procesos de elecciones en los cuales los electores no necesariamente deciden por quién o quiénes votar en función sólo de las personalidades o de sus propuestas, sino en función de una apreciación que suele combinar ambos elementos.

La dificultad de separar completamente referéndum y plebiscito podría ser una de las causas por la cuales, según Duverger, se ha criticado al referéndum de ser susceptible de transformarse en un plebiscito, si bien el plebiscito es un voto de confianza personal a un hombre mientras que el referéndum constituye la aprobación o rechazo por el pueblo de un texto.<sup>250</sup>

---

<sup>249</sup> PACTET, Pierre. Op.cit. p. 95.

<sup>250</sup> DUVERGER, Maurice. Op.cit. p. 95.



Schmitt señala que el término *referéndum* debe reservarse para aquellas votaciones populares cuyo objeto es ratificar una decisión del órgano legislativo y recomendaba expresamente evitar su utilización en cualquier otro supuesto.<sup>251</sup>

Loewenstein es más específico que Schmitt al señalar que el término *plebiscito* “debería quedar reservado a votaciones sobre cuestiones no constitucionales y no legislativas,” cuestiones que con frecuencia estaban vinculadas a modificaciones de fronteras internas y externas de un Estado.<sup>252</sup>

Similar apreciación fue hecha por Biscaretti di Ruffia, para quien el uso del término *plebiscito* debe estar circunscrito a manifestaciones del cuerpo electoral en materia de simples hechos o sucesos relativos a la “estructura esencial del Estado o de su Gobierno,” es decir políticos.<sup>253</sup>

Igual claridad se percibe, finalmente, en la obra de García Pelayo, quien sustenta la distinción en comentario al definir el plebiscito como una consulta al cuerpo electoral sobre un acto de naturaleza gubernamental o constitucional, es decir, política, en el genuino sentido de la palabra. Más aún, García Pelayo precisa que el plebiscito “no gira en torno a un acto legislativo sino a una decisión política, aunque susceptible quizá de tomar forma jurídica.”<sup>254</sup>

En el Perú, el jurista Alzamora Silva distingue también el plebiscito del referéndum, señalando que ambos tipos de consulta popular siguen trayectorias opuestas. Mientras que en el referéndum la ley nace del órgano legislativo para ser luego sometida a la ratificación del pueblo, señala dicho autor en coincidencia con Duguit, en el plebiscito el pueblo delega la soberanía en sus representantes con el encargo de hacer una Constitución.<sup>255</sup>

<sup>251</sup> SCHMITT, Carl. Op.cit. p. 401.

<sup>252</sup> LOEWENSTEIN, Karl. Op.cit. p. 331.

<sup>253</sup> BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. Op.cit. p. 432.

<sup>254</sup> GARCIA PELAYO, Op.cit. p. 184.

<sup>255</sup> ALZAMORA SILVA, Lizardo. Op.cit. p. 115 – 116 .

## 2.- Regulación legal

En el Perú, el referéndum está configurado constitucionalmente como un derecho político de la ciudadanía así como una facultad del Congreso de la República en el marco de una reforma constitucional. Constituye también un mecanismo de participación ciudadana mediante el cual la población interviene conjuntamente con órganos del Estado en el proceso de descentralización.

Sin embargo, este último supuesto no es comparable a los dos primeros, puesto que no se trata de una atribución permanente ni del Estado ni de la ciudadanía sino de una simple función temporal que desaparecerá una vez concluida la conformación de regiones.

En términos generales, la regulación legal del referéndum comprende dos tipos de normas. El primer tipo está conformado por las normas de carácter general que regulan los procesos electorales y que son aplicables al referéndum, indistintamente de ser convocado a iniciativa ciudadana o institucional. Estas se encuentran tanto en la Constitución Política como en la Ley Orgánica de Elecciones.<sup>256</sup>

Las normas del segundo tipo, en cambio, son aquellas que regulan de manera específica el referéndum dependiendo si es convocado a iniciativa de la ciudadanía o de una entidad del Estado, es decir a iniciativa institucional. Las normas relativas al referéndum por iniciativa ciudadana se encuentran en la

---

<sup>256</sup> Ley N° 26859, publicada el 01 de octubre de 1997.

Constitución Política, la Ley Orgánica de Elecciones y en la Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos.<sup>257</sup>

Las normas relativas al referéndum por iniciativa institucional, en cambio, se encuentran en la Constitución Política y el Reglamento del Congreso de la República cuando se trata de las facultades del Poder Legislativo; y en la Constitución Política, la Ley Orgánica de Municipalidades,<sup>258</sup> la Ley de Bases de la Descentralización<sup>259</sup> y la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones<sup>260</sup> cuando se trata de la intervención conjunta del Poder Ejecutivo y la ciudadanía en materia de descentralización.

## **2.1.- Antecedentes**

A efecto de brindar al análisis de la regulación legal del referéndum en el Perú un adecuado sentido de perspectiva temporal, resulta conveniente introducir previamente una breve reseña a título de antecedentes de los principales hechos relacionados de una manera u otra con consultas populares a lo largo de nuestra historia. Dicha reseña incluye un recuento de los debates constitucionales producidos en relación tanto con la Constitución de 1993, actualmente en vigor, como también con aquella de 1979.

### **2.1.1.- Históricos**

El referéndum es una forma de votación popular que ha adquirido cierta popularidad en el Perú desde algunos años. Si bien hizo su aparición con nombre propio recién con la Constitución actual, nuestra historia registra antecedentes que remontan a las postrimerías del siglo XIX.

Al término de la Guerra del Pacífico, el Perú y Chile acordaron al suscribir el Tratado de Ancón, el 20 de octubre de 1883, que las provincias de Tacna y Arica

---

<sup>257</sup> Ley N° 26300, publicada el 02 de mayo de 1994. Las modificaciones hechas por las leyes N° 26592 y N° 26670 fueron anuladas por la Ley N° 27520, que derogó ambas normas.

<sup>258</sup> Ley 27972, publicada el 27 de mayo de 2003.

<sup>259</sup> Ley 27783, publicada el 20 de julio de 2002.

<sup>260</sup> Ley 28274, publicada el 09 de julio de 2004 y modificatorias.

habrían de continuar bajo la jurisdicción de Chile durante un plazo diez años y que, vencido dicho plazo, el destino final de ambas provincias habría de ser decidido mediante plebiscito – otra forma de votación popular – es decir por sus propios habitantes.

Dicho plebiscito nunca tuvo lugar y la cuestión de Tacna y Arica fue resuelta mediante la división de dichos territorios, quedando Tacna en el Perú y Arica en Chile, de conformidad con los términos del artículo 2º del Tratado suscrito en la ciudad de Lima el 3 de junio de 1929.

Durante el año 1913, el presidente Guillermo E. Billinghurst concibió el proyecto de recurrir a la celebración de un plebiscito para reformar la Constitución de 1860, vigente en aquel entonces, con miras a que el pueblo pudiese dirimir en casos de conflicto entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. En vista de sus malas relaciones con el Congreso, Billinghurst consideró que la única manera de llevar a cabo dichas reformas era sometiéndolas directamente a la consideración del pueblo. Una de ellas consistía, casualmente, en la implantación en el Perú del sistema de referéndum o plebiscito nacional.

Más allá del recurso a una consulta popular, lo que podría ser considerado como un acto de fuerza en la medida que dicha figura no estaba contemplada en la Constitución de la época, se trató de un primer intento de institucionalizar, a través de la reforma constitucional respectiva, una mayor participación popular en las decisiones políticas del país.

Esta propuesta precursora ponía en relieve no sólo la confianza de Billinghurst en una eventual consulta popular como único medio de resolver situaciones de entrapamiento entre los diversos Poderes del Estado, como aquella en que él mismo se hallaba, sino también su fe en el pueblo en tanto titular de la soberanía. De ahí la necesidad que él veía de institucionalizar una participación más activa y directa del pueblo en la conducción de los destinos de la patria.

Billinghurst, quien gozaba de un apreciable arraigo popular, tal como quedó demostrado con las “jornadas cívicas” que decidieron su llegada a la más alta

magistratura nacional, fue depuesto por el entonces Coronel Oscar R. Benavides el 4 de febrero de 1914, antes de que propuestas de reforma pudieran ser sometidas efectivamente a votación popular.

Apenas un lustro más tarde, Augusto B. Leguía tuvo más suerte que Billinghamurst y consiguió hacer aprobar, mediante la celebración de un plebiscito, los criterios que habrían de guiar la reforma constitucional que terminaría con la elaboración y promulgación de la Constitución de 1920. La iniciativa plebiscitaria de Leguía tuvo en común con la de Billinghamurst en que su objeto era reforzar el Poder Ejecutivo frente al Legislativo, pero se diferenció de aquella en que no contemplaba en modo alguno la introducción de la participación directa del pueblo en la Constitución.

Al respecto, resulta interesante recordar las palabras de Basadre: “Una de las grandes ironías de la historia peruana del siglo XX ha sido que la tentativa frustrada de Billinghamurst para eliminar al Congreso en funciones, crear uno nuevo y dar al país una nueva Carta política, la realizó con éxito Leguía en 1919 después del golpe de Estado consumado... (...) Más sencillo resultó así en 1919 destruir desde abajo al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo juntos, con el apoyo del ejército y de algunos grupos políticos organizados y con la aureola de la oposición, que eliminar en 1914 desde arriba a las Cámaras, casi a mediados de un período presidencial.”

Pero quizá más irónico aún resulta el hecho que “la segunda y última vez que ha funcionado en el Perú un plebiscito ha sido en 1939 por obra de otro de los grandes enemigos que encontraron en 1914 los planes de Billinghamurst, nada menos que quien lo derrocó, el General Benavides.”<sup>261</sup>

Por otro lado, no está de más mencionar también que, al término los debates sobre las reformas de Leguía y de los cuales emergió la Constitución de 1920, hubo un intento solitario por conseguir que el nuevo texto constitucional fuese sometido a votación popular. Así, la Asamblea Nacional rechazó una “moción del

---

<sup>261</sup> BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú 1822-1933*. sexta edición. Lima: Editorial Universitaria. 1970. Tomo XIII. p. 300.

Diputado por Lima, Juan Manuel Torres Balcázar, pidiendo que la Asamblea sometiera al pueblo las reformas que introdujera.”<sup>262</sup>

Dicho diputado no sólo insistió en su moción, pero siempre sin éxito, sino que, al momento de firmar el nuevo texto constitucional, dejó constancia que la Asamblea, para ser lógica y respetuosa de la opinión pública, debió ratificar la Constitución por el voto plebiscitario. Esta reserva fue secundada por un solo Diputado, el señor Mármol, en representación de Chincha.<sup>263</sup>

En 1939, siendo Presidente de la República el General Oscar R. Benavides – el mismo oficial que, siendo coronel, derrocara a Billinghurst en 1914 – consiguió hacer aprobar mediante plebiscito una serie de reformas a la Constitución de 1933.

Habida cuenta que el Congreso se había disuelto a fines de 1936, lo que imposibilitaba la introducción de reformas por la vía constitucional, no se puede descartar que Benavides hubiese optado por el plebiscito como única manera de introducirlas. La convocatoria correspondiente fue hecha mediante la Ley N° 8875 de fecha 18 de abril de 1939.

Los conceptos vertidos en el preámbulo de la Ley N° 8875 son elocuentes por sí mismos y vale la pena reproducir a continuación tres de ellos: “[q]ue algunas disposiciones de la Constitución promulgada el 9 de abril de 1933 introducen una tendencia opuesta al vigor del régimen presidencial que, de acuerdo con las necesidades y la tradición política del país, ha inspirado substancialmente el espíritu de la Ley Fundamental; [q]ue otros preceptos constitucionales ocasionan interferencias en la acción administrativa propia del Gobierno, que para su eficacia, requieren una celeridad y una oportunidad incompatibles con esas interferencias; (...) [q]ue las reformas enumeradas no pueden ser postergadas sin grave daño general y que ellas quedarían desvirtuadas o provocarían insalvables implicancias si fueran sometidas para su sanción a un método distinto del de la

---

<sup>262</sup> PAREJA PAZ-SOLDAN, José. Derecho Constitucional Peruano. 3ra edición. Lima. Ediciones El Sol. 1963. p. 122.

<sup>263</sup> PAREJA PAZ SOLDAN, José. Op.cit. p. 135.

consulta plebiscitaria, de práctica constante en países de arraigada organización representativa y que es la expresión más autorizada y efectiva de la voluntad de los pueblos en ejercicio de su soberanía.” (...)

La consulta plebiscitaria tuvo lugar sin mayores dificultades el 18 de junio de 1939 y, según los cómputos oficiales, 368,813 ciudadanos se habrían manifestado a favor, es decir una mayoría de 87.83% y tan sólo 51,132 en contra. Al respecto, Basadre señaló que “[a]unque se trata, insistimos, de una técnica que no puede menos que ser rechazada; y, sin duda, no faltaron irregularidades en el sufragio, *algunas de las reformas eran sanas* porque cortaban excesos en las atribuciones parlamentarias y tendían a la eficacia administrativa.”<sup>264</sup>

Las reformas plebiscitarias del general Benavides fueron posteriormente anuladas, sin perjuicio de la validez de sus consecuencias jurídicas, mediante la Ley N° 10334 de fecha 29 de diciembre de 1945, durante el período presidencial de José Luis Bustamante y Rivero. El argumento esgrimido fue que el plebiscito había sido realizado fuera del régimen constitucional.

Más allá del hecho que las consultas populares reseñadas fueran un recurso político que se llevó – o se trató de llevar – a la práctica en circunstancias determinadas, como se acaba de ver, conviene mencionar que hubo intentos de introducir legalmente la figura de la consulta popular en la constitucionalidad peruana en los dos ejercicios constituyentes anteriores a la Constitución actual.

Los hubo en el seno del Congreso Constituyente que confeccionó la Carta de 1933, pero sin éxito.<sup>265</sup> Ello parece haberse debido a que habría primado el criterio según el cual “no se halla nuestra ciudadanía en aquel grado de adelanto político que permite a más experimentadas y antiguas naciones la práctica de

---

<sup>264</sup> BASADRE, Jorge. *La Vida y la Historia: ensayos sobre personas, lugares y problemas*. 2da edición. Lima: 1981. p. 664. (énfasis agregado)

<sup>265</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *La discusión pendiente sobre el referéndum*. En: *Ius et Veritas*. Lima. Año 4, N° 7, nov. 1993. p. 175.

formas de democracia directa, como el referéndum, la iniciativa de las leyes y la revocación del mando representativo.”<sup>266</sup>

También los hubo durante los debates en la Asamblea Constituyente de 1978, esta vez con más éxito, aunque extremadamente modesto, ya que ni siquiera se obtuvo que el término “referéndum” en sí figurara en el texto constitucional. Se consiguió apenas que la aprobación de las modificaciones en la demarcación regional tuviera como requisito el pronunciamiento previo y directo de las poblaciones afectadas, como se verá más adelante.<sup>267</sup>

En la Constitución de 1993, la situación es diametralmente opuesta, aunque no necesariamente debido a una vocación genuinamente democrática del régimen imperante en aquel entonces.

En realidad, la aparición del referéndum en el horizonte constitucional peruano surgió del contexto de los acuerdos tomados por los ministros de relaciones exteriores de la Organización de Estados Americanos (OEA), durante la reunión de emergencia que tuvo lugar en Nassau, Bahamas, en mayo de 1992, con el objeto de examinar la situación política del Perú como consecuencia de la ruptura de la institucionalidad constitucional un mes antes.

En dicha reunión, el gobierno peruano se comprometió a convocar a elecciones para un congreso constituyente, como medida para superar la crisis constitucional aludida, y a someter a referéndum la nueva Constitución. La introducción misma del referéndum en el nuevo texto constitucional, sin embargo, no fue objeto de tales acuerdos y parece haber sido, más bien, una decisión tomada por el propio gobierno con el objeto de intentar convencer a la comunidad internacional sobre la autenticidad de sus intenciones democráticas.

En tal contexto, el referéndum aparece en la Constitución de 1993 no sólo con todas sus letras sino que pasa a constituir, al mismo tiempo, un derecho

---

<sup>266</sup> VILLARÁN, Manuel Vicente. Ante-Proyecto de Constitución de 1931, por la Comisión que él presidiera: Exposición de Motivos. Lima: P.L. Villanueva. 1962. p. 24.

<sup>267</sup> Ver el inciso 2.1.2.1.



fundamental, un derecho político, así como una facultad del Congreso de la República en materia de reformas constitucionales y un mecanismo de participación ciudadana mediante la cual la población interviene conjuntamente con órganos del Estado en el proceso de descentralización.

No obstante estos importantes cambios, el referéndum no ha sido utilizado hasta la fecha en relación con ninguna reforma constitucional, ninguna norma con rango de ley y ninguna ordenanza municipal. Ni siquiera el referéndum de ratificación de dicha Constitución fue convocado al amparo de sus propias disposiciones, ya que éstas, como es obvio, entraron en vigor recién *después* del referéndum.<sup>268</sup>

El 4 de octubre de 2004, la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso de la República recomendó al Pleno la aprobación del proyecto de Resolución Legislativa N° 813-2001-CR, mediante la cual se autorizaba la adhesión del Perú a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, pero supeditada a la realización de un referéndum durante las elecciones generales del 2006. Dicha consulta nunca tuvo lugar.

Las primeras votaciones populares denominadas referendos en la historia peruana que fueron realizadas en un régimen constitucional fueron aquellas que tuvieron lugar el 30 de octubre de 2005 con el objeto de conocer la voluntad política de las poblaciones involucradas en relación con la creación y conformación de regiones en el contexto del proceso de descentralización. Dichas votaciones populares fueron un éxito en tanto procesos electorales, ya que se contó con una participación masiva de parte de la población, pero un fracaso en tanto escalón en el citado proceso de descentralización pues, por diversos motivos, no llegó a verificarse la creación de ninguna región.

---

<sup>268</sup> Si bien una Asamblea Constituyente tiene, en principio, la potestad de decidir de qué manera hará entrar en vigor el texto constitucional que elabore, lo cierto es que el referéndum se llevó a cabo de conformidad con el artículo 147° del Decreto Ley 25684 de fecha 20 de agosto de 1992, que reguló el proceso electoral mediante el cual se eligió a los miembros del Congreso Constituyente Democrático. Miró Quesada Rada, sin embargo, ha señalado que “este referéndum se realizó en estricta aplicación de la Décimo Cuarta Disposición Transitoria” de la Carta aludida. Ver MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. *Democracia directa: Práctica y normatividad*. Lima: Editorial San Marcos. 1999. p. 155.

Pero por iniciativa de la ciudadanía no se ha celebrado aún ningún referéndum. Hubo dos iniciativas frustradas por intervención del Congreso de la República en la década de los noventa del siglo pasado: la primera a cargo de un grupo de trabajadores de Petroperú a efecto de someter a referéndum la privatización de dicha compañía y la segunda destinada a someter a consulta popular la ley de reelección presidencial.

La primera iniciativa se vio frustrada debido a que la Ley N° 26300 – Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos fue modificada dos veces, mediante las Leyes N° 26592 y N° 26670, de abril y octubre de 1996, respectivamente, cuando ya se había iniciado el proceso de recolección de firmas correspondiente. Dichas modificaciones condicionaban la realización de un referéndum a la desaprobación previa por el Congreso de una iniciativa legislativa sobre la materia en cuestión, pero siempre y cuando hubiera contado con el voto favorable de por lo menos 48 Congresistas.<sup>269</sup>

La segunda iniciativa, promovida por el Foro Democrático, fue rechazada por el Congreso de la República en agosto de 1998 por 67 votos y no pudo ser sometida a votación popular debido a que no se alcanzó los 48 votos favorables necesarios para que proceda la convocatoria a referéndum, de conformidad con la Ley 26592. Esta iniciativa frustrada revistió una importancia particular no sólo en razón de tener por objeto la aprobación directa de un proyecto de ley elaborado por la ciudadanía sino sobre todo por la insoslayable dimensión política de dicho proyecto normativo.

El 3 de octubre de 2010 deberá tener lugar el referéndum sobre el proyecto de ley titulado “Ley de devolución de dinero de los aportes al FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo,” proyecto que fuera presentado inicialmente al Congreso de la República la Asociación Nacional de Fonavistas (ANF), al amparo del derecho de iniciativa popular. Al haber sido aprobado por el citado órgano

---

<sup>269</sup> Para un análisis de ambas normas modificatorias, ver Delgado Silva, Angel.- Proceso al referéndum: entre el Congreso y el Jurado Nacional de Elecciones. En Otárola Peñaranda, Alberto (coord.).- *Reelección Presidencial y Derecho de Referéndum*. Foro Democrático. Lima. 1997. 318 p.

legislativo con modificaciones considerables, sus promotores solicitaron que se someta a referéndum para lo cual completaron el número de firmas requerido.

Y hasta donde se tiene conocimiento, un proceso de recolección de firmas para someter a consulta popular la posibilidad de convocar a una Asamblea Constituyente estaría aún en curso.

### **2.1.2.- Constitucionales**

El referéndum ha sido incorporado de manera plena en la Constitución Política aprobada por el Congreso Constituyente Democrático en 1993. Sin embargo, dicha Carta fue producto de un proceso de reforma de la Constitución de 1979, convocado con el objeto de superar la crisis generada por la ruptura del orden constitucional en abril de 1992.

Teniendo en consideración que hubo importantes esfuerzos para introducir la figura del referéndum en el Perú durante los trabajos de la Asamblea Constituyente 1978-1979, como se apreciará a continuación, resulta muy ilustrativo incluir una breve reseña de los debates constitucionales correspondientes.

#### **2.1.2.1.- Asamblea Constituyente 1978–1979**<sup>270</sup>

En el contexto de los debates de la Asamblea Constituyente 1978–1979, el tema del referéndum aparece por primera vez, al debatirse la Ponencia de la Comisión de Descentralización<sup>271</sup>, durante la 24ª Sesión de la Comisión Principal de

---

<sup>270</sup> Partidos políticos representados y citados en el presente trabajo: Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos (FNTC); Frente Obrero Campesino Estudiantil y Popular (FOCEP); Partido Aprista Peruano (PAP); Partido Comunista Peruano (PCP); Partido Demócrata Cristiano (PDC); Partido Movimiento Democrático Peruano (MDP); Partido Popular Cristiano (PPC); y Unidad Democrático-Popular (UDP).

<sup>271</sup> La Comisión de Descentralización estuvo presidida por Ramiro Prialé Prialé (PAP) y la Ponencia respectiva fue elevada a la Comisión Principal mediante Oficio N° 042-78-CDGD de fecha 13 de diciembre de 1978. Ver Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978–1979. Anexos y Ponencias. Tomo II. pp. 203 – 216.

Constitución de dicha Asamblea, celebrada los días 26 de febrero y 2 de marzo de 1979.<sup>272</sup>

En dicha Ponencia se proponía expresamente que “[l]as regiones pueden crearse, igualmente, a iniciativa del Presidente de la República, oyendo a las Corporaciones Departamentales respectivas. La iniciativa requiere de referéndum del electorado comprendido dentro de los límites territoriales de la proyectada Región, antes de su presentación al Congreso para la dación del Estatuto correspondiente.”<sup>273</sup>

Sin embargo, se optó durante el debate no propiciar la participación directa de la ciudadanía en la creación de las regiones y eliminar la referencia expresa al referéndum del proyecto, tal como consta en el texto sustitutorio que fuera aprobado días más tarde:

Las regiones se constituyen por ley para promover el bienestar y desarrollo mediante la descentralización económica y administrativa de departamentos y provincias vinculadas entre sí. Toda iniciativa legal para crear una región debe contar con el voto favorable de las corporaciones departamentales respectivas y con la aprobación previa de las dos terceras partes de las Asambleas Provinciales de Alcaldes.<sup>274</sup>

En un proyecto presentado en minoría por representantes de izquierda, junto con la citada Ponencia de la Comisión de Descentralización, se proponía que “[l]as circunscripciones territoriales podrán ser modificadas. Para ello se requiere la aprobación, por referéndum, de la población que se vería afectada por tal iniciativa.”<sup>275</sup>

La idea de una participación directa de la ciudadanía en materia de modificación de circunscripciones tuvo mejor suerte que aquella relativa a la creación de las

---

<sup>272</sup> Ver Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978–1979. Diario de los Debates. Publicación Oficial. Tomo IV. pp. 85 – 122 y 233 – 246.

<sup>273</sup> Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978–1979. Anexos y Ponencias, Tomo II, p. 208.

<sup>274</sup> Texto aprobado durante la continuación de la 24ª Sesión, celebrada el 2 de marzo de 1979.

<sup>275</sup> Proyecto suscrito por César Augusto Mateu (FOCEP) y Javier Diez Canseco (UDP). Ver Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979. Anexos y Ponencias, Tomo II, p. 212.

regiones, toda vez que se optó por incluirla, presumiblemente por influencia de la citada propuesta de los representantes de izquierda, aunque sin mencionar expresamente el término “referéndum,” en el texto aprobado en la 28ª Sesión de la Comisión Principal de Constitución, celebrada el 26 de marzo de 1979.<sup>276</sup>

El tema del referéndum volvió a hacer su aparición durante el debate en torno al capítulo de los derechos ciudadanos. En efecto, en la 36ª Sesión de la Comisión Principal de Constitución, celebrada el 24 de abril de 1979, Carlos Malpica (UDP) propuso como adición el siguiente texto:

Los ciudadanos tienen el derecho de revocar el mandato de sus representantes en la condiciones que establece la ley” y “Los ciudadanos tienen derecho de ser consultados por asuntos trascendentes, mediante referéndum y plebiscitos en la forma que determine la ley.

Esta propuesta fue apoyada por Héctor Cornejo Chávez (PDC) y Jorge del Prado (PCP, quienes manifestaron que sus respectivas agrupaciones también habían planteado la introducción de dicho concepto. Cornejo Chávez sugirió que el tema se trate al momento de debatir el capítulo sobre el Poder Legislativo, propuesta con la que Malpica manifestó no tener inconveniente.<sup>277</sup>

En efecto, en la exposición que hiciera sobre la posición general de su partido en la 24ª Sesión del Pleno de la Asamblea Constituyente, celebrada el 30 de enero de 1979, Héctor Cornejo Chávez (PDC) señaló que “creemos en la necesidad de un Poder Ejecutivo vigoroso, (...) y que pueda apelar directamente al pueblo por vía de referéndum en los casos graves.”<sup>278</sup>

El referéndum hizo una tercera aparición en el contexto del debate en torno al artículo que regulaba la ratificación de los tratados, en la 39ª Sesión de la Comisión Principal de Constitución, celebrada el 2 de mayo de 1979. En dicha ocasión, Saturnino Paredes (FOCEP) propuso el siguiente texto: “Todo tratado

<sup>276</sup> Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978–1979. Diario de los Debates. Publicación Oficial. Tomo V. pp. 193 – 197.

<sup>277</sup> Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978–1979. Diario de los Debates. Publicación Oficial. Tomo VI. pp. 67 – 69.

<sup>278</sup> Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978. Publicación Oficial. Tomo IV. p. 288.

internacional debe ser aprobado por el Congreso y cuando afecte la soberanía nacional debe ser sometido a plebiscito.” Y de manera más específica, Carlos Malpica (UDP) propuso la siguiente adición: “[c]uando un tratado se refiera a límites, colaboración militar e integración política, requiere ser aprobado mediante referéndum.”

Estas propuestas recibieron manifestaciones de apoyo de Héctor Cornejo Chávez (PDC) y Róger Cáceres Velásquez (FNTC), mientras que Mario Polar (PPC) se opuso a su tratamiento en relación con los tratados. Javier Ortiz de Zevallos (MDP) manifestó parecerle “factible y procedente” la utilización del referéndum en materia de límites e integración política. Enrique Chirinos Soto (PAP) sugirió, más bien, retomar el tema al debatir el capítulo sobre el Poder Legislativo y propone su colaboración. El punto concluyó al acordarse de que ambos – Malpica y Chirinos Soto – trabajarían una propuesta de redacción para ser examinada en el contexto del Poder Legislativo.<sup>279</sup>

El capítulo sobre el Poder Legislativo se debatió durante la 52ª Sesión de la Comisión Principal de Constitución, celebrada el 23 de mayo de 1979, sin que se hiciera mención alguna al tema del referéndum, tal como lo hiciera notar Carlos Malpica (UDP). A pesar de ello, manifestó no dejar de estar dispuesto a encontrar otra ubicación para dicho tema en el proyecto de texto constitucional. Róger Cáceres Velásquez (FNTC) reiteró sus puntos de vista favorables al referéndum y Chirinos Soto le propuso que trabajara con Carlos Malpica y con él un proyecto de redacción.<sup>280</sup>

El proyecto de articulado elaborado conjuntamente por Enrique Chirinos Soto (PAP), Carlos Malpica (UDP) y Róger Cáceres Velásquez (FNTC) ese mismo día fue el siguiente:

El Presidente de la República puede llamar a referéndum para que el pueblo se pronuncie sobre:

---

<sup>279</sup> Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978–1979. Diario de los Debates. Publicación Oficial. Tomo VI. pp. 186 – 191.

<sup>280</sup> Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978–1979. Diario de los Debates. Publicación Oficial. Tomo VII. pp. 142 – 145.

1. Los proyectos de ley del Ejecutivo que el Congreso ha rechazado o modificado sustancialmente.
2. Los proyectos de ley observados por el Ejecutivo, en los que el Congreso ha insistido.
3. Las modificaciones en la demarcación territorial. En este caso el referéndum se circunscribe a las zonas afectadas.
4. Los tratados internacionales cuya importancia lo justifique.

Este proyecto fue finalmente debatido, sometido a votación y rechazado durante la 66ª Sesión de la Comisión Principal de constitución, celebrada el 13 de junio de 1979. Carlos Enrique Melgar (PAP), Javier Ortiz de Zevallos (MDP), Roberto Ramírez del Villar (PPC) y Celso Sotomarino (PPC) se pronunciaron en contra del proyecto.<sup>281</sup>

En su Sesión de Clausura, celebrada el 13 de julio de 1979, el Pleno de la Asamblea Constitución se abocó al examen de las observaciones que el gobierno militar le había hecho llegar sobre la nueva Constitución. En respuesta a dichas observaciones, los representantes de los partidos de izquierda que habían participado en el ejercicio constituyente propusieron, como “única solución democrática,” que “todo el texto constitucional aprobado sea sometido, en forma inmediata, a referéndum, votando en él todos los ciudadanos mayores de 18 años de edad.” Consultada sobre su admisión a debate, la moción fue “desechada.”<sup>282</sup>

#### **2.1.2.2.- Congreso Constituyente Democrático 1993**<sup>283</sup>

A diferencia de la Asamblea Constituyente 1978–1979, en la que el debate sobre el referéndum se agotó en la Comisión Principal de Constitución y no llegó al Pleno, el mismo debate en el Congreso Constituyente Democrático (CCD) no sólo llegó al Pleno sino que fue inclusive más extenso y rico que en la Comisión de Constitución y Reglamento.

<sup>281</sup> Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978–1979. Diario de los Debates. Publicación Oficial. Tomo VIII. pp. 107 – 111.

<sup>282</sup> Diario de los Debates de la Asamblea Constituyente 1978. Publicación Oficial. Tomo VIII. pp. 630 – 631.

<sup>283</sup> Partidos políticos representados y citados en el presente trabajo: Alianza Nueva Mayoría-Cambio 90 (NM-C90); Coordinadora Democrática (CODE); Frente Independiente Moralizador (FIM); Frente Nacional de Trabajadores y Campesinos (FNTC); Movimiento Democrático de Izquierda (MDI); Partido Popular Cristiano (PPC); Solidaridad y Democracia (SODE); y Renovación (R).

No sólo se debatió sobre el referéndum en torno a los capítulos sobre descentralización y derechos políticos, al igual que en 1978–1979, sino también en relación con aquel sobre derechos fundamentales, lo que significó un cambio de aproximación substancial hacia las instituciones de la democracia directa.

### Derechos Fundamentales

El primero de los capítulos señalados en ser abordado fue, justamente, aquel sobre derechos fundamentales. En la 10ª Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento, celebrada el 3 de febrero de 1993, Carlos Torres y Torres Lara (NM-C90) presentó la propuesta de la mayoría sobre lo que habría de ser el actual numeral 17 del artículo 2º de la Constitución, cuyos elementos principales eran el referéndum, la iniciativa y la revocatoria. Argumentó que lo que se buscaba era propiciar un mayor acercamiento del pueblo a sus autoridades, debido al alejamiento producido por las insuficiencias de la democracia representativa. La idea era complementar la democracia representativa con una activa participación popular, es decir promover una democracia participativa en la que el pueblo sea consultado sobre los dispositivos más importantes.

La reacción principal de la oposición – en particular de parte de Lourdes Flores Nano (PPC) y de Róger Cáceres Velásquez (FNTC) – fue señalar que el referéndum no constituía un derecho fundamental sino, más bien, un derecho político, motivo por el cual era más conveniente tratarlo en dicho capítulo. La representante del PPC enfatizó, adicionalmente, que su partido prefería promover el fortalecimiento de la democracia representativa, ya que consideraba que una relación directa entre la autoridad y el pueblo podía tender a suprimir las instituciones intermedias. Henry Pease (MDI) insistió mucho en la necesidad de hacer mayor énfasis en la participación directa a nivel local.

Desde una perspectiva más conceptual, Enrique Chirinos Soto (R) señaló preferir el término “referéndum” a “consulta popular,” pues este último, sostuvo, abría el camino hacia el plebiscito, lo que consideraba un verdadero peligro. La diferencia



entre el plebiscito y el referéndum, sostuvo, dependía tanto de la técnica de la pregunta como de quien proponía el referéndum.<sup>284</sup>

Al tratarse el tema en el Pleno, durante su 10ª Sesión, celebrada el 22 de febrero de 1993, Carlos Torres y Torres Lara (NM-C90) reiteró que la intención de su agrupación no era “cambiar una democracia representativa indirecta por una democracia directa” sino “complementar la democracia representativa con elementos de la democracia directa” a efecto que la población pueda ser consultada sobre los “temas centrales y más importantes.”

Agregó, sin embargo, que “no se trata de instrumentos de utilización de la población, sino de la necesidad vital y real de vincular a la clase política con clases populares,” con lo cual dejaba entrever el poco interés de la mayoría en configurar el referéndum como un auténtico derecho del pueblo sino, más bien, como un instrumento para ser utilizado desde el Estado hacia las clases populares.

La idea del referéndum como un derecho del pueblo, precisamente, fue claramente expresada por Henry Pease (MDI) quien señaló que “lo esencial del derecho de referéndum es que el ciudadano lo use por su propia iniciativa en la mayor parte de los casos; y quizás, en algunos casos puntualmente regulados, a través de iniciativas de los órganos de gobierno,” y reiteró su interés en promover la participación directa a nivel local.

Lourdes Flores Nano (PPC) reiteró la preferencia de su agrupación por fortalecer los mecanismos de la democracia representativa y puso renovado énfasis en que la introducción del referéndum implicaba un riesgo en tanto “buscaba que el establecimiento de una relación directa entre el gobernante y el conjunto de los ciudadanos, debilitando las instituciones intermedias,” aunque, concedió, “la consulta popular es necesaria para algunas definiciones territoriales.”

---

<sup>284</sup> Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional – 1993. Comisión de Constitución y Reglamento. Tomo I. pp. 338 – 352.

En coincidencia con las expresiones de la representante del PPC a favor de la democracia representativa, Carlos Ferrero Costa (NM-C90) manifestó cándidamente que “obviamente, las grandes decisiones en el país vienen siendo tomadas por la democracia representativa,” con lo cual ponía en evidencia que el pueblo no sería consultado sobre las “grandes decisiones.”<sup>285</sup>

Al término del debate, el proyecto de numeral 17 del artículo 2º fue aprobado esencialmente con la misma redacción actual de la Carta Magna en vigor.

### Reforma Constitucional

Al iniciarse el tratamiento del artículo relativo a la reforma de la Constitución, durante la 56ª Sesión de la Comisión de Constitución y Reglamento, celebrada el 10 de mayo de 1993, la discusión se centró principalmente en el número de legislaturas necesarias para aprobar reformas de dicha naturaleza y en la facultad del Presidente de la República para observar una ley de reforma constitucional. La utilización del referéndum en este contexto no había sido contemplada en el texto que la mayoría había propuesto y sometido a debate.

Sin embargo, dicha omisión fue puesta en evidencia por Juan Carrión Ruiz (R), quien sugirió que algunos aspectos de la Constitución deberían ser modificados mediante referéndum: organización del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo y del régimen electoral. No todo proyecto de reforma, sino sólo aquellos que tengan que ver con esos tres aspectos.

Un punto de vista similar fue expresado por Henry Pease (MDI), al manifestar su sorpresa ante el hecho que la mayoría hubiese planteado desde el inicio la aprobación de la Constitución por referéndum pero que hubiese omitido el referéndum como parte del mecanismo de reforma.

Carlos Ferrero (NM-C90) intervino a nombre de la mayoría y sostuvo que la idea había sido tratar el referéndum sólo como derecho fundamental y derecho político,

---

<sup>285</sup> Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional Pleno – 1993. Tomo I. pp. 138 – 158.

pero que su agrupación estaba dispuesta a escuchar razones para un tratamiento distinto sobre ese punto, es decir que aceptaba tratar el referéndum en relación con la reforma constitucional.<sup>286</sup>

El debate sobre este importante asunto fue retomado en la 29ª L-1 Sesión del Pleno, celebrada el 12 de agosto de 1993, y se inició con un texto que, recogiendo el debate en la Comisión Principal de Constitución, contemplaba como mecanismo de reforma constitucional la aprobación en un legislatura ordinaria y ratificación mediante referéndum. Carlos Torres y Torres Lara (NM-C90) señaló que la mayoría consideraba razonable que cualquier modificación a la Constitución se haga mediante referéndum.

Roger Cáceres Velásquez (FNTC) insistió en que no se le podía privar al Presidente de la República de la facultad de observar una ley de reforma constitucional y sugirió que sólo las “modificaciones integrales” de la Constitución deberían ser consultadas por referéndum. En casos de cambios que “no signifiquen una transformación integral” de la Constitución, debería permitirse que sólo opere el mecanismo de la aprobación por el Congreso.

Por otro lado, mientras que Antero Flores-Araoz (PPC) proponía que, en vista de la desaparición de una cámara revisora al haberse optado por un sistema unicameral, las reformas constitucionales fuesen aprobadas en dos legislaturas, Julio Castro Gómez (MDI) sugería la combinación de la doble legislatura con el referéndum. La solución fue propuesta por Róger Amurúz (NM-C90), quien sugirió que “haya dos caminos: uno, que la Constitución se reforme mediante dos legislaturas ordinarias, por mayoría absoluta; y otro, que se reforme mediante la aprobación de una legislatura ordinaria, para después someter la reforma a referéndum.”

Fernando Olivera (FIM) intervino para señalar que la introducción del referéndum en el mecanismo de reforma constitucional no hacía sino “confirmar lo que expresamente se consignó en el decreto de convocatoria al Congreso

---

<sup>286</sup> Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional – 1993. Comisión de Constitución y Reglamento. Tomo IV. pp. 2345 – 2359.

Constituyente, es decir que todo el texto de Constitución deberá ser sometido a referéndum,” expresando así un sentir compartido por muchos en la oposición sobre la posibilidad de que el gobierno no cumpla con su compromiso de someter todo el nuevo texto constitucional a referéndum.

Agregó Olivera que “no vale, pues, en la lógica de la mayoría oficialista decir: Hay reformas constitucionales que sí se someten a pronunciamiento de la población mediante referéndum; y hay otras que no, que solamente el Congreso Constituyente las dispone, y que están listas para su promulgamiento y puesta en vigencia inmediata por cuenta del Poder Ejecutivo.”

Había entre algunos miembros de la oposición, al parecer, cierta confusión entre la discusión sobre los mecanismos para reformar la Constitución a futuro y el debate sobre el mecanismo para aprobar la reforma constitucional que el CCD estaba llevando a cabo.

Agotado el debate, la propuesta de Amurúz fue ligeramente modificada al agregar que las dos legislaturas ordinarias debían ser también sucesivas y que la mayoría calificada no sería absoluta sino superior a los dos tercios. Así, el procedimiento que incluye la ratificación mediante referéndum quedó plasmado como el procedimiento principal mientras que aquel mediante dos legislaturas ordinarias sucesivas como un procedimiento alternativo en defecto del otro.<sup>287</sup>

### Derechos Políticos

Los aspectos más medulares en relación con el concepto del referéndum fueron, sin duda, debatidos en el contexto del capítulo de los derechos políticos, tanto en la Comisión Principal de Constitución como sobre todo en el Pleno del CCD.

Al ser abordado el proyecto de artículo que consagraba el derecho ciudadano a participar en los asuntos públicos mediante referéndum, durante la 60ª Sesión de la Comisión Principal de Constitución, celebrada el 17 de mayo de 1993, destaca

---

<sup>287</sup> Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional Pleno – 1993. Tomo III. pp. 2010 – 2019.

la intervención de Henry Pease (MDI), quien criticó nuevamente el hecho que no se decía quién convocaba a referéndum, pues, señaló, “no es lo mismo sostener que el referéndum es un derecho del pueblo – que con tal porcentaje del electorado se decide un referéndum – que entender que el referéndum es un derecho del Presidente de la República o del Parlamento o del Poder Judicial.”

En relación con el proyecto de artículo sobre las materias susceptibles de ser sometidas a referéndum, Henry Pease (MDI) insistió en que el referéndum debe ser una decisión popular y que habría que señalar que los ciudadanos “pueden solicitar” que se someta a referéndum tales o cuales temas. Habría que establecer, agregó, un porcentaje de firmas para tal efecto. Por último, refirió también que el referéndum no debería limitarse a las normas jurídicas sino que debería incluir también políticas gubernamentales.

Por su parte, Carlos Ferrero Costa (NM-C90) puso de manifiesto, respondiendo a nombre de la mayoría, que sería un error que sólo el pueblo pudiera solicitar la convocatoria a referéndum y propuso resolver eso al momento de hacer la ley. El artículo fue finalmente aprobado con un solo voto en contra.<sup>288</sup>

Este debate, caracterizado por una combinación de elementos conceptuales y políticos, se reprodujo con mayor intensidad al tratarse el tema en el Pleno del CCD, durante las sesiones 29ª G y 29ª H, celebradas el 12 de julio de 1993.<sup>289</sup>

En un extremo del espectro, Henry Pease (MDI) insistió en que el referéndum debía ser un derecho del pueblo ya que consideraba que la única manera en que los mecanismos de la democracia directa podían contribuir a fortalecer la democracia representativa era reconociendo que tales mecanismos constituían derechos del pueblo y no de los gobernantes. De manera puntual planteó introducir, además del referéndum, el “veto popular de leyes,” mediante el cual el pueblo podría rechazar leyes y ejercer un control sobre el Congreso.

---

<sup>288</sup> Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional – 1993. Comisión de Constitución y Reglamento. Tomo IV. pp. 2551 – 2556.

<sup>289</sup> Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional Pleno – 1993. Tomo I. pp. 558 – 596 y 606 – 618.

Por otro lado, Pease abordó también el problema de la aprobación final mediante referéndum del proyecto constitucional en debate y preguntó “¿por qué no se quiere definir hasta ahora el problema del referéndum de esta misma Constitución?” y agregó más adelante que “tenemos que comenzar dando el ejemplo y señalando la pauta, diciendo que una reforma constitucional, por definición, se lleva a referéndum, que la Constitución no puede modificarse mediante una ley ordinaria, y esto nos debiera llevar a definir también cómo pensamos que esta Constitución se da y se promulga; sólo puede ser promulgada tal como fue ofrecido al pueblo: tras un referéndum que lo apruebe o la rechace.”

En una línea similar, Lourdes Flores Nano (PPC) sostuvo que “es indispensable señalar – y el proyecto en mayoría no lo hace – que la consulta sólo puede nacer de la iniciativa popular o del Parlamento y nunca del gobernante, a efectos de eliminar el riesgo de una democracia plebiscitaria.” Asimismo, sin dejar de defender la democracia representativa, propuso que el referéndum no estuviese limitado a las materias del actual artículo 32º de la Constitución sino que se ampliase para servir de arbitraje entre poderes, para revocar al Presidente la República y para definir ciertos asuntos territoriales. Abogó también por la introducción del veto popular como correlato lógico de la iniciativa legislativa.

Jorge Luis Donayre (CD) introdujo la dicotomía entre referéndum obligatorio y referéndum facultativo pero sin lograr interesar a los demás representantes sobre un aspecto conceptual tan importante sobre la figura que se intentaba introducir en la Constitución. Impugnó también las materias que se pretendía excluir del alcance del referéndum, en particular la supresión o disminución de tributos, argumentando que se trataba de temas de importancia que ameritaban la atención del pueblo.

Dicha posición fue apoyada por Fernando Olivera Vega (FIM), quien señaló que prácticamente no había asunto público de trascendencia que no tuviera implicaciones presupuestarias, motivo por el cual se estaba eliminando la posibilidad de una consulta sobre los grandes problemas de fondo. Sugirió también la existencia de dudas conceptuales entre los miembros de la mayoría oficialista en relación con el referéndum al señalar que “ya sabemos que inclusive

al interior de la mayoría oficialista hay un gran debate que, como no lo han podido resolver, pretenden remitirlo a la ley. El debate es: ¿convoca el Presidente de la República o el pueblo tiene derecho a autoconvocar un referéndum y, por lo tanto, el Presidente de la República solamente tiene que obedecer lo que el pueblo dispone?”

En el otro extremo, Carlos Ferrero Costa (NM-C90) insistió también en que no era justo que sólo el pueblo estuviese facultado para solicitar la celebración de un referéndum y no el Poder Ejecutivo, ya que ello implicaba una ruptura del balance.

En una posición intermedia, Francisco Tudela van Breugel-Douglas (R) puso de manifiesto sus “serios reparos” a la idea de la democracia directa como conjunto y se pronunció a favor del referéndum sólo como mecanismo para determinar la división política de los departamentos, pero en contra de la posibilidad de modificar las leyes mediante referéndum pues consideraba que la función legislativa era exclusiva del Congreso. Aclaró también que, con acierto, el pueblo no aprueba tal reforma constitucional de manera directa sino que se limita a ratificar la aprobación previa del Congreso.

Manuel Moreyra Loredo (SODE) hizo una intervención importante en relación con las materias susceptibles de ser sometidas a referéndum y propuso que, en lugar de distinguir entre reforma total y parcial, se dijera simplemente que “puede ser sometida a referéndum cualquier reforma constitucional y está prohibido someter a voto sólo partes de las reformas aprobadas”, con lo cual traducía el sentir de toda la oposición. Mayor debate sobre el alcance del concepto de “reforma total,” en realidad no hubo, ya que muchos pensaban que dicho concepto tenía que ver con el trabajo al cual se hallaba abocado el CCD.

Finalmente, el oficialismo acogió la propuesta de incluir el tema de la descentralización entre las materias susceptibles de ser sometidas a referéndum pero rechazó la propuesta del veto popular argumentando que dicha figura ya estaba incluida en el derecho de iniciativa legislativa, con lo cual puso de manifiesto cierta confusión conceptual puesto que el veto implica una consulta popular mientras que no así necesariamente la iniciativa legislativa.

## Descentralización

El capítulo sobre la descentralización fue tratado en la en la 60ª Sesión de la Comisión Principal de Constitución, celebrada el 17 de mayo de 1993, en que se debatió y aprobó una disposición complementaria sobre la fusión de departamentos colindantes y los cambios de circunscripción, ambos mediante referéndum, pero sin que hubiera habido mayor discusión sobre el concepto del referéndum en sí. La mayor preocupación durante el debate fue la eventual recurrencia de solicitudes de cambio de circunscripción territorial.<sup>290</sup>

Al llegar al Pleno, el debate sobre la descentralización se extendió a lo largo de tres sesiones y se centró principalmente en los aspectos históricos y políticos de la descentralización.<sup>291</sup> Pero, al igual que en la Comisión Principal de Constitución, el debate se desarrolló sin que la atención se hubiese dirigido a la utilización del referéndum en el contexto de la descentralización. Se puso en relieve que el mayor problema de la regionalización había sido la forma “vertical e impositiva” en que había sido llevada a cabo y que el referéndum era útil para corregir dichos errores.<sup>292</sup>

Como comentario final, conviene señalar que, por un lado, hubo un gran interés político de parte de la minoría opositora en que la totalidad de la reforma sea sometida a referéndum, sin darse cuenta que de haber sido así, la Carta actual no sería sino una versión reformada de la Constitución de 1979 y no un texto constitucional completamente nuevo que sustituyó a aquella.

Y por el otro, no obstante el marcado interés de la mayoría oficialista en el CCD por asegurar que el Poder Ejecutivo tuviese facultades para propiciar, a su iniciativa, la convocatoria a un referéndum, los artículos relevantes de la Constitución en vigor han sido redactados de tal manera que, en realidad, el referéndum ha sido configurado como un derecho esencialmente popular y el

---

<sup>290</sup> Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional – 1993. Comisión de Constitución y Reglamento. Tomo IV. pp. 2540 – 2542.

<sup>291</sup> Sesiones 29ª H-1, 29ª I-1 y 29ª J-1, celebradas los días 10 y 11 de agosto de 1993.

<sup>292</sup> Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional Pleno – 1993. Tomo III. p. 1854.



Presidente de la República no tiene, finalmente, ninguna capacidad de iniciativa en materia de referéndum.

## **2.2.- Disposiciones de carácter general aplicables al referéndum**

Las disposiciones de carácter general aplicables al referéndum, indistintamente de haber sido convocado por iniciativa ciudadana o institucional, figuran tanto en la Constitución Política como en la Ley Orgánica de Elecciones<sup>293</sup>, tal como se señaló al inicio del presente capítulo.

### **2.2.1.- Constitución Política**

La Constitución Política contiene disposiciones referidas a los referendos convocados por iniciativa de la ciudadanía, del Congreso de la República en el contexto de una reforma constitucional, y de la Presidencia del Consejo de Ministros en el marco del proceso de descentralización.

Al mismo tiempo, existen otras disposiciones constitucionales que, aunque no tienen por objeto regular de manera directa el referéndum sino el sistema electoral del Estado, resulta conveniente que sean incluidas en el presente trabajo debido a su incidencia directa en todo proceso electoral, incluyendo el referéndum, o que contienen una mención expresa a dicha institución de participación popular, y contribuyen así a su configuración legal.

Se trata de algunas de las disposiciones que se encuentran en el Capítulo III del Título I, dedicado a la persona y la sociedad, así como en el Capítulo XIII del Título IV, dedicado a la estructura del Estado.

En relación con el Capítulo III del Título I de la Constitución, resulta de la mayor relevancia citar el artículo 31<sup>o</sup>, que define el voto en términos tanto de derecho como de deber u obligación:

---

<sup>293</sup> Ley N° 26859, publicada el 01 de octubre de 1997.

**Artículo 31<sup>o</sup>.**- 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.

(...)

Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil.

El voto es personal, igual, libre, secreto y obligatorio hasta los setenta años. Es facultativo después de esa edad. (...)

Este precepto es fundamental, pues no sólo describe sucintamente todo el espectro de formas de participación ciudadana en los asuntos públicos del Estado sino que sugiere claramente que el voto es el instrumento mediante el cual tales formas de participación, incluyendo por cierto el referéndum, son materializadas por los ciudadanos.

Más aún, este mismo precepto constitucional dispone, en los dos últimos párrafos glosados y sin hacer distinción alguna, que el voto es libre pero obligatorio, lo que implica libertad en cuanto al contenido pero obligación en tanto uno no puede optar por abstenerse de votar. En tal sentido, se debe inferir que el voto, en un referéndum, constituye al mismo tiempo una expresión libre de la voluntad popular como una obligación para cada ciudadano, tal como en el caso de las otras formas de participación política señaladas.

En cuanto a las disposiciones del Capítulo XIII del Título IV, relativo a la estructura del Estado, la primera que conviene citar es el artículo 176<sup>o</sup>, que incluye al referéndum entre los procesos electorales que el sistema electoral tiene por función planear, organizar y ejecutar.

Según el artículo constitucional 176<sup>o</sup>, el sistema electoral

[t]iene por funciones básicas el planeamiento, la organización y la ejecución de los procesos electorales o de *referéndum* u otras consultas populares; (...)<sup>294</sup>

---

<sup>294</sup> Salvo indicación en contrario, todos los subrayados y énfasis son agregados.

Esta redacción es importante en la medida que distingue acertadamente entre “procesos electorales,” cuyo objeto es la elección de autoridades públicas, y “procesos de referéndum,” cuyo objeto es, más bien, un pronunciamiento ciudadano sobre decisiones tomadas previamente por órganos del Estado. Se trataría, según esta redacción, de procesos de naturaleza distinta.

Por otro lado, se menciona también en este artículo constitucional la existencia de “otras consultas populares,” expresión que será reproducida en los diversos artículos del presente capítulo de la Constitución cada vez que se haga alusión al referéndum y que, como se verá más adelante, carece de una configuración legal determinada.<sup>295</sup>

En segundo lugar, conviene citar el artículo 178<sup>o</sup>, que señala las competencias del Jurado Nacional de Elecciones en relación con el referéndum:

**Artículo 178<sup>o</sup>.**- Compete al Jurado Nacional de Elecciones:

1. Fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales, del *referéndum* y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales.

(...)

5. Proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del *referéndum* o el de otros tipos de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes. (...)

Nótese que la idea de “proceso de referéndum” que aparecía en el artículo 176<sup>o</sup> desaparece en ambos numerales del presente artículo y es sustituida por el término “referéndum” a secas. La diferencia de naturaleza entre ambos parece haberse acentuado. El concepto vago de “consulta popular”, por otro lado, se mantiene.

---

<sup>295</sup> La expresión “consultas populares” aparece en los artículos constitucionales 176, 178.1, 178.5, 181, 182, 184 y 185. Ver además el inciso 2.2.2.1.

Por otro lado, le corresponde al Jurado Nacional de Elecciones, según el citado precepto constitucional fiscalizar la legalidad de los referendos así como proclamar sus resultados.

En tercer lugar, cabe hacer mención del artículo 181º, que señala la competencia exclusiva del Jurado Nacional de Elecciones en el ámbito de la administración de justicia en materia electoral y, en particular, en relación con el referéndum:

**Artículo 181º.**- El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones aprecia los hechos con criterio de conciencia. Resuelve con arreglo a ley y a los principios generales de derecho. En materias electorales, de *referéndum* o de otro tipo de consultas populares, sus resoluciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno.

Al respecto, conviene señalar que el Tribunal Constitucional ha interpretado de manera matizada el carácter exclusivo de la competencia del Jurado en materia electoral y sentenciado, con carácter de precedente vinculante para todos los poderes públicos, que las resoluciones del Jurado son susceptibles de ser sometidas a control constitucional en tanto y en cuanto se alegue una supuesta vulneración de derechos fundamentales.<sup>296</sup>

Asimismo, cabe notar que en esta redacción se mantiene, al igual que en el caso del numeral primero del artículo 178º, la diferenciación entre “materias electorales” y el “referéndum,” así como el concepto de “consulta popular.”

En cuarto lugar, conviene señalar el artículo 184º, que define la relación entre los votos nulos y en blanco con el cómputo de votos en un referéndum. En efecto, los votos nulos o en blanco son computados a efecto de determinar si, sumados o separadamente, superan los dos tercios del número de votos emitidos, en cuyo caso el referéndum será declarado nulo. La redacción de dicho artículo constitucional es el siguiente:

**Artículo 184º.**- El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones declara la nulidad de un proceso electoral, de un *referéndum* o de otro tipo de

---

<sup>296</sup> STC Exp. N° 5854-2005-PA/TC, publicada el 08 de noviembre de 2005. Fundamento 35.

consulta popular cuando los votos nulos o en blanco, sumados o separadamente, superan los dos tercios del número de votos emitidos.  
(...)

El último artículo del capítulo constitucional que regula el sistema electoral y en que se hace mención expresa al referéndum lleva el número 185º. Su objeto es estipular que el escrutinio en todos los supuestos de acto electoral constituyen un “acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio.” Su tenor literal es el siguiente:

**Artículo 185º.**- El escrutinio de los votos en toda clase de elecciones, de *referéndum* o de otro tipo de consulta popular se realiza en acto público e ininterrumpido sobre la mesa de sufragio. Sólo es revisable en los casos de error material o de impugnación, los cuales se resuelven conforme a ley.

### **2.2.2.- Ley Orgánica de Elecciones**

Las disposiciones de carácter general del referéndum que figuran en la Ley Orgánica de Elecciones (LOE) no se encuentran reunidas, como en el caso de la Constitución Política, en un solo título de dicho cuerpo normativo, sino que están diseminadas en varios títulos de éste: 1) Título I – Disposiciones generales; 2) Título II - Del sistema electoral; 3) Título IV – De la convocatoria; y 4) Título V – De las inscripciones y candidatos.

Sin embargo, para efectos de una exposición más clara, dichas disposiciones son susceptibles de ser agrupadas con criterio temático de la siguiente manera: definiciones y convocatoria.

#### **2.2.2.1.- Definiciones**

La primera disposición de la LOE a tener en cuenta es el artículo 3º, que figura en el Título I, Capítulo 1 de dicho cuerpo normativo y que define el significado del término “elecciones” para efectos de los actos que regula:

**Artículo 3º.**- El término elecciones a que se refiere la presente ley y las demás vinculadas al sistema electoral comprende, en lo aplicable, los procesos de *referéndum* y otros tipos de consulta popular.

Este artículo es importante en la medida que, al señalar que el término “elecciones” engloba también *mutatis mutandi* a los “procesos de referéndum y otros tipos de consulta popular,” parece estar introduciendo un término genérico para referirse a los distintos procesos que estarán regulados en el resto de la LOE. Dicho de otro modo, un referéndum podría ser denominado también una “elección,” según esta formulación.

Al respecto conviene recordar la distinción precisa que se desprende de la redacción del artículo 176º de la Constitución entre “proceso de elección” y “proceso de referéndum,” distinción que se mantiene, aunque con ciertas variaciones, en la redacción de los artículos constitucionales 178º, 181º y 184º.<sup>297</sup>

La segunda disposición de la LOE que conviene citar es el artículo 6º), del mismo capítulo del Título I, que define el referéndum como uno de los procesos electorales regulados por dicho cuerpo legal:

### **Tipos de Elecciones**

**Artículo 6º.**- La presente Ley comprende los siguientes Procesos Electorales: (...)

d) *Referéndum* y Revocatoria de Autoridades

Para convalidar o rechazar determinados actos de gobierno a través del proceso de consulta popular.

Tienen carácter mandatorio. Pueden ser requeridos por el Estado o por iniciativa popular, de acuerdo con las normas y los principios de Participación Ciudadana.

Lo primero que debe ser puesto en relieve es que esta disposición parece apartarse de lo establecido por el artículo 3º que se acaba de citar en la medida que introduce de manera expresa un nuevo término genérico para referirse a los procesos regulados por la LOE. Por un lado se menciona “tipos de elecciones,” en

---

<sup>297</sup> Ver el apartado 2.2.1.

clara alusión al citado artículo 3º, pero acto seguido se usa la expresión “procesos electorales.”

Un segundo elemento a ser puesto en relieve es la ambigüedad que se deriva del hecho de haber incluido en un mismo inciso dos instituciones tan distintas como el referéndum y la revocatoria de autoridades. Dicha ambigüedad queda en evidencia al intentar predicar de ambas las tres proposiciones que siguen al inciso.

En efecto, una lectura atenta permite inferir que las tres proposiciones son perfectamente aplicables al referéndum, mientras que dos de ellas resultan manifiestamente imposibles de aplicar a la revocatoria de autoridades y que sólo aquella relativa al carácter mandatorio sería susceptible de ser aplicada a esta última institución.

Por otro lado, el concepto “consulta popular” es usado también con cierta ambigüedad en la presente ley. Mientras que en este artículo el término “consulta popular” parece constituir un concepto que comprende tanto al referéndum como a la revocatoria, en otro capítulo de la LOE – Título V, Capítulo V, denominado “De las consultas populares” – se utiliza “consulta popular” y “referéndum” como sinónimos. Dicho capítulo consta sólo de dos artículos: 125º y 126º.<sup>298</sup>

Finalmente, conviene señalar que la ambigüedad en comentario también se hace patente en comparación con el uso de la expresión “consulta popular” en la Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos (LDPCC), a la que se refiere expresamente el inciso d) del artículo 6º de la LOE.

Las disposiciones específicas relativas al referéndum en la LDPCC se encuentran en el Capítulo V del Título II, que se denomina “Del referéndum y las consultas populares” y que no contiene ninguna referencia a la revocatoria de autoridades. Las disposiciones aplicables a dicha revocatoria se encuentran en un capítulo

---

<sup>298</sup> Ver el texto de ambos artículos en el apartado 2.3.2.

aparte, en el Capítulo III del mismo Título, que se denomina “De la revocatoria y remoción de autoridades.”

Un tercer elemento a ser puesto en relieve es que el referéndum es definido como una consulta popular cuyo objeto es “convalidar o rechazar determinados actos de gobierno” y que tiene “carácter mandatorio.” Esto significa, por un lado, que los “actos de gobierno” que serán sometidos a referéndum constituyen decisiones tomadas por órganos gubernamentales que sólo podrán surtir sus efectos dependiendo del resultado del referéndum.

Nótese también que no se especifica cuál es la naturaleza de los “actos de gobierno” que estarían comprendidos en esta disposición, ya que se podría tratar de actos gubernamentales de carácter político, legislativo o administrativo.

Por otro lado, la referencia al “carácter mandatorio” significa que el resultado del referéndum tendrá efectos obligatorios para los poderes públicos involucrados en los “actos de gobierno” en relación con los cuales se celebra una consulta popular. Y no podría ser de otra manera, puesto que, de conformidad con el artículo 45° de la Constitución Política, “el poder del Estado emana del pueblo.”

Finalmente, queda definido que un referéndum es susceptible de ser convocado a instancia de los órganos del Estado, es decir por iniciativa institucional, así como a solicitud de la propia ciudadanía, es decir por iniciativa ciudadana o popular. En este último caso, agrega dicha disposición, la iniciativa procede de acuerdo con las normas y los principios de Participación Ciudadana, en alusión inequívoca a la Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos.

Las dos disposiciones siguientes de la LOE que conviene citar del Capítulo 1 del Título I son los artículos 7° y 9° que, en concordancia con el artículo 31° de la Constitución<sup>299</sup>, definen la naturaleza del voto. La redacción de los extremos relevantes de ambas disposiciones es como sigue:

---

<sup>299</sup> Ver el apartado 2.2.1.



## Ejercicio del derecho al voto

**Artículo 7º.**- El voto es personal, libre igual y secreto. (...)

**Artículo 9º.**- Los ciudadanos peruanos con derechos civiles vigentes, están obligados a votar. Para los mayores de setenta (70) años el voto es facultativo. (...)

La quinta disposición de la LOE a mencionar es el artículo 27º, que tiene que ver con la magnitud del cuerpo electoral susceptible de participar en un referéndum. Está ubicada en el Título II, Capítulo 4:

**Artículo 27º.**- Cada *referéndum* y cada revocatoria pueden ser de cobertura nacional o limitados a determinadas circunscripciones electorales. Cada una de éstas constituye un Distrito Electoral.

En efecto, el referéndum puede abarcar la totalidad del cuerpo electoral, en cuyo caso el resultado correspondiente surtiría efectos en el ámbito del Estado en su conjunto y habría de ser considerado como expresión de la voluntad del pueblo soberano. O podría abarcar sólo un número determinado de circunscripciones electorales, de manera que sólo surtiría efectos en el ámbito de las circunscripciones consultadas. En ambos casos, sin embargo, el referéndum tendría carácter mandatorio.

La sexta disposición de la LOE a tener en consideración es el artículo 28º, que tiene que ver con la naturaleza de la respuesta que la ciudadanía puede dar en un referéndum. Está ubicada en el mismo capítulo que el artículo anteriormente citado:

**Artículo 28º.**- El elector vota marcando “APRUEBO” o “SI”, cuando está a favor de la propuesta hecha o “DESAPRUEBO” o “NO” si está en contra.

Esta disposición es importante en la medida que, al restringir la respuesta que el elector podría dar, restringe también el tipo de pregunta que se le puede hacer en el marco de un referéndum. Así, al electorado no se le podría presentar varias opciones sobre una misma materia y preguntarle cuál de ellas prefiere. Sólo se le

podría presentar una alternativa en relación con un “acto de gobierno” determinado para que la convalide o la rechace.

Nada impide, sin embargo, que la consulta verse sobre más de una materia, sobre las cuales el elector será requerido a pronunciarse afirmativa o negativamente en cada caso.

Por otro lado, sin embargo, la manera cómo se formula la pregunta que se somete a la consideración popular reviste una importancia especial ya que de ello puede depender el resultado de un referéndum. Si al elector se le pregunta si desaprueba una norma y su voluntad es realmente desaprobada, la respuesta adecuada deberá ser *sí* y si desea que siga en vigor o que no sea derogada, la respuesta correcta deberá ser *no*, lo que podría inducir a confusiones a más de un elector.

Por ello resulta vital no sólo que la pregunta esté formulada de manera sencilla y en términos afirmativos a efecto que la respuesta sea susceptible de reflejar la inclinación del elector hacia el proyecto normativo y no hacia la acción que resultará como consecuencia del desenlace de la votación.

En tal sentido, si el elector está a favor del proyecto normativo o de la norma en consideración, lo recomendable es que pueda votar *sí* o *apruebo*, y si está en contra que pueda votar *no* o *desapruebo*. Pero en ningún caso se le debe poner en la disyuntiva de votar *sí* si está a favor de la desaprobación de un proyecto normativo y *no* si está a favor de que una norma siga en vigor.

#### **2.2.2.2.- Convocatoria**

Las cuatro disposiciones de la LOE que regulan el acto formal mediante el cual la autoridad pública competente convoca a referéndum, así como a los otros procesos electorales enunciados en el artículo 6º de dicha ley orgánica, son los artículos 80º, 81º, 82º y 83º, ubicados en su Título IV, Capítulo 2. El primero de ellos es el artículo 80º, cuya redacción es como sigue:

**Artículo 80º.**- 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.

Al respecto, una lectura concordada con el artículo 3º de esta misma ley, que dispone expresamente que el referéndum está comprendido en el término “elecciones,” así como con su artículo 6º, que incluye al referéndum entre los procesos electorales regulados por la LOE, permite inferir que el referéndum también tendría que ser convocado, en principio, por el Presidente de la República, a excepción de lo dispuesto por la Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos (LDPCC).

La excepción aludida, en efecto, estaría referida puntualmente a dos artículos de la LDPCC: los artículos 39º inciso d) y 44º.

El artículo 39º inciso d), en primer lugar, dispone que el referéndum procede “en las materias a que se refiere el Artículo 190º de la Constitución, *según ley especial,*” es decir en marco del proceso de descentralización (énfasis agregado). En tal sentido, las convocatorias a referéndum en dicho marco estarían también a cargo del Jurado Nacional de Elecciones de conformidad con el artículo 29.2 de la Ley de Bases de la Descentralización y el artículo 20º de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones.<sup>300</sup>

El artículo 44º, por otro lado, dispone expresamente que “la convocatoria a Referéndum corresponde efectuarla a la autoridad electoral en plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas,” lo que significa que los referendos a ser celebrados por iniciativa ciudadana habrían de ser convocados por el Jurado Nacional de Elecciones.

Por ello, una lectura concordada de los artículos 3º, 6º y 80º de la LOE, así como del artículo 39º y 44º de la LDPCC y de los artículos citados de la legislación sobre descentralización, sugeriría que al Presidente de la República sólo le correspondería convocar a referéndum siempre y cuando *no* se trate de un

---

<sup>300</sup> Ver el inciso 2.3.4.4. y el apartado 2.4.2.

referéndum por iniciativa ciudadana ni en el marco del proceso de descentralización.

En consecuencia, los únicos referendos que el Presidente de la República parecería estar facultado a convocar mediante Decreto Supremo, de conformidad con las disposiciones señaladas, serían aquellos que procederían por iniciativa del Congreso de la República en el marco de una reforma constitucional, es decir con arreglo al artículo 206º de la Constitución Política. Sin embargo, menester es notar que ni dicha Carta ni el Reglamento del Congreso de la República contienen ninguna disposición respecto a esto último.

La interpretación que se acaba de hacer con base en una lectura concordada de los artículos 3º, 6º y 80º de la LOE se ve confirmada por el tenor de los artículos 81º y 83º del mismo cuerpo legal, que hacen referencia a la información que debe ser incluida en el Decreto Supremo de convocatoria señalado en el artículo 80º. El primero es el siguiente:

**Artículo 81º.-** El decreto establece el objetivo, la fecha de las elecciones y el tipo de elección o consulta popular.

Y el segundo, que reitera esencialmente los mismos conceptos que el artículo 81º pero con mayor detalle, es como sigue:

### **Decreto que rige un Proceso Electoral, Referéndum o Consulta Popular**

**Artículo 83º.-** Todo Decreto de Convocatoria a Elecciones debe especificar:

- a) Objeto de las Elecciones.
- b) Fecha de las Elecciones y, de requerirse, fecha de la segunda elección o de las elecciones complementarias.
- c) Cargos por cubrir o temas por consultar.
- d) Circunscripciones electorales en que se realizan.
- e) Autorización del Presupuesto. La habilitación en entrega del presupuesto se efectúa en un plazo máximo de siete (7) días calendario a partir de la convocatoria. Excepcionalmente, los organismos electorales quedan autorizados para realizar sus contrataciones y adquisiciones mediante procesos de adjudicación de menor cuantía.

(Texto conforme al artículo 1º de la Ley N° 28581, publicada el 20 de julio de 2005)

Pero el citado artículo 83<sup>o</sup> merece un comentario adicional. Al respecto, no deja de llamar la atención que se haya hecho una distinción entre los conceptos de “proceso electoral” por un lado, y “referéndum o consulta popular” por el otro, ya que, en virtud de lo dispuesto por los artículos 3<sup>o</sup> y 6<sup>o</sup> de la LOE, que acaban de ser examinados, el referéndum ha sido definido como uno de los procesos electorales regulados por ella. Hubiese bastado estipular “Decreto que rige los Procesos Electorales.” No menos curioso resulta que se señale “referéndum o consulta popular” como si se tratase de términos sinónimos.<sup>301</sup>

En cuanto a los plazos dentro de los cuales deben tener lugar las convocatorias en comentario, la disposición aplicable de la LOE es el artículo 82<sup>o</sup> y su redacción es la siguiente:

**Artículo 82<sup>o</sup>.**- (...) La convocatoria a *Referéndum* o Consultas Populares se hace con una anticipación no mayor de 90 (noventa) días naturales ni menor de sesenta (60).

Según este artículo, cuya redacción no prevé excepción expresa alguna, todo referéndum debería ser convocado dentro del plazo señalado. Sin embargo, cabría interpretar que el plazo para la convocatoria a un referéndum por iniciativa ciudadana caería también en la excepción prevista en el artículo 80<sup>o</sup> de la LOE, a efecto de asegurar que todo lo concerniente a la convocatoria esté regulado por la misma norma.

En tal sentido, el plazo de convocatoria a tales referendos estaría fijado por el artículo 44<sup>o</sup> de la LDPC, es decir “en un plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas,” tal como dicha disposición lo señala textualmente.

Otra excepción a dicha norma estaría dada por la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, cuyo artículo 20<sup>o</sup> dispone que un referéndum en el marco del proceso de descentralización no podría ser celebrado

---

<sup>301</sup> Ver el inciso 2.2.2.1.

en un plazo menor de ciento ochenta (180) días posteriores a la convocatoria, es decir a partir del séptimo mes después de su convocatoria.<sup>302</sup>

Nótese sin embargo que tanto la LOE como la Ley de Incentivos fijan el plazo de convocatoria en función a la fecha de celebración del referéndum, aunque de manera distinta. Mientras que el artículo 82º de la LOE permite inferir que el referéndum deberá tener lugar durante el tercer mes con posterioridad a la convocatoria, el artículo 20º de la Ley de Incentivos sugiere simplemente que el referéndum no tendrá lugar antes de los seis meses posteriores a la convocatoria.

La LDPCC, en cambio, fija el plazo de la convocatoria en función al momento en que la iniciativa correspondiente ha sido acreditada, lo que implica que ley ha dejado a discreción de la autoridad electoral decidir en qué momento se habrá de celebrar un referéndum.

### **2.3.- Referéndum por iniciativa ciudadana**

Tal como se señaló al inicio de este capítulo, el referéndum ha sido configurado constitucionalmente como un derecho político de la ciudadanía, si bien constituye también una facultad del Congreso de la República en materia de reforma constitucional y un mecanismo de participación ciudadana mediante el cual la población interviene conjuntamente con órganos del Estado en el proceso de descentralización.

#### **2.3.1. Constitución Política**

Las disposiciones constitucionales aplicables a los referendos por iniciativa ciudadana están ubicadas en dos capítulos del Título I, denominado “De la Persona y de la Sociedad.” El primero es el Capítulo I, denominado “Derechos fundamentales de la persona” y el segundo es el Capítulo III, denominado “De los derechos políticos y deberes.”

---

<sup>302</sup> Ver el inciso 2.3.4.4.

El punto de partida del derecho de referéndum de los ciudadanos es el numeral diecisiete del artículo 2º, ubicado en el Capítulo I – Derechos fundamentales de la persona – según el cual:

**Artículo 2º.-** 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*. (...)

Mediante esta disposición, no sólo se incorpora en la constitucionalidad peruana varios mecanismos de participación directa de la ciudadanía – remoción o revocación de autoridades, iniciativa legislativa y referéndum – sino que se les incorpora con el rango de derechos fundamentales, rango que ha sido confirmado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.<sup>303</sup>

Por otro lado, la misma disposición constitucional que les reconoce la cualidad de derechos fundamentales señala también que se trata de instituciones sujetas a desarrollo legislativo. En tal sentido, el derecho de referéndum, al igual que los derechos de remoción o revocación de autoridades y de iniciativa legislativa están regulados por la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos<sup>304</sup> y por la Ley Orgánica de Elecciones.<sup>305</sup>

Estos derechos fundamentales aparecen nuevamente en el Capítulo III del mismo Título, denominado “De los derechos políticos y deberes,” cuyo objeto es hacer referencia específica a los derechos políticos y deberes de la ciudadanía:

**Artículo 31º.-** 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. (...)

<sup>303</sup> Exp. N° 003-1996-I/TC, Fundamento jurídico 4.

<sup>304</sup> Ley N° 26300, publicada el 03 de mayo de 1994.

<sup>305</sup> Ley N° 26859, publicada el 01 de octubre de 1997.

Nótese que la denominación de este capítulo se limita a consignar “De los derechos políticos y deberes” pero sin precisar quiénes serían los titulares de tales derechos y deberes. Sin embargo, la ubicación de este capítulo dentro del título relativo a la persona y la sociedad sugiere *ab initio* que sólo podría tratarse de los derechos políticos y deberes *de los ciudadanos*.

Asimismo, conviene notar que el derecho de referéndum está formulado en términos de un medio para canalizar la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos de la sociedad. Esta formulación resulta de la mayor importancia, ya que no se trata del derecho de los ciudadanos a participar *en un referéndum* sino a participar en los asuntos públicos *mediante* el referéndum.

Esta distinción no es formal sino sustantiva. En el primer caso se trataría de un derecho de carácter pasivo: si se convoca a un referéndum, los ciudadanos estarían facultados para participar en él, lo que constituye una interpretación más bien carente de sentido en un país en el que el voto es obligatorio. Pero en el segundo, se trataría más bien de un derecho de carácter activo: pues implica que los ciudadanos están investidos del derecho a solicitar la convocatoria a un referéndum con el objeto de hacer sentir su parecer en el ámbito de los asuntos públicos.

Este razonamiento se ve confirmado por la naturaleza de los otros derechos consignados en este mismo artículo, derechos cuyo ejercicio no sería posible sin una iniciativa activa de parte de los propios ciudadanos: iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas, lo que concuerda plenamente con el numeral 17 del artículo 2º de la Constitución.<sup>306</sup>

En buena cuenta, el *derecho* de referéndum no es tanto el derecho de participar en un referéndum como el derecho fundamental de toda persona a participar en forma colectiva en la vida política de la Nación *mediante* el referéndum, tal como se desprende claramente de una lectura concordada de ambos preceptos

---

<sup>306</sup> Con la excepción del derecho de demanda de rendición de cuentas, que no figura en el numeral 17 del artículo 2º de la Constitución.



constitucionales. Dicho de otro modo, el derecho de referéndum incluye el derecho a solicitar la convocatoria de un referéndum.

Al respecto, conviene hacer notar que un referéndum celebrado a solicitud de la ciudadanía, es decir cuya celebración tendrá lugar *sólo* si una fracción de la ciudadanía lo solicita, constituye un referéndum definido por la doctrina como un referéndum facultativo, por oposición a un referéndum obligatorio, que tendrá lugar por disposición constitucional y, por consiguiente, sin que una fracción de la ciudadanía tenga que solicitarlo.<sup>307</sup>

Más aún, no obstante que el legislador ha recibido el mandato de regular legalmente el ejercicio del derecho de referéndum, tal como consta en el numeral 17 del artículo constitucional 2º, el constituyente ha considerado conveniente orientar la labor de aquel fijando en el propio texto constitucional las materias susceptibles de ser sometidas a referéndum así como aquellas que no podrían serlo. Este es el sentido del artículo 32º:

**Artículo 32º.-** Pueden ser sometidas a *referéndum*:

1. La reforma total o parcial de la Constitución;
2. La aprobación de normas con rango de ley;
3. Las ordenanzas municipales; y
4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

No pueden someterse a *referéndum* la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor.

La orientación señalada constituye al mismo tiempo una garantía constitucional ante eventuales intentos excesivamente restrictivos de parte del legislador, al momento de regular del derecho de referéndum de la ciudadanía, quien no podría proceder sin tener en cuenta este artículo constitucional. Sin embargo, esta garantía no habría sido suficiente para impedir intentos de obstaculizar el ejercicio

---

<sup>307</sup> Ver el análisis sobre referéndum obligatorio y facultativo en el apartado 1.3.5.

del derecho de referéndum, mediante cambios de distinta naturaleza en la legislación en comentario, tal como ha sido sugerido.<sup>308</sup>

Por otro lado, conviene poner en relieve que, de conformidad con el criterio expuesto al inicio del presente acápite, las disposiciones de este artículo estarían dirigidas exclusivamente a los ciudadanos y no tendrían por objeto, consecuentemente, constituir preceptos de orden general y abstracto en relación con las materias que serían susceptibles o no de ser sometidas a referéndum.

Este punto es importante en la medida que se ha tendido a pensar que el objeto de este artículo constitucional es enumerar las materias susceptibles de ser sometidas a referéndum, indistintamente del agente en quien recaiga la iniciativa de solicitar la convocatoria correspondiente, así como enumerar aquellas que no podrían serlo en ningún caso.<sup>309</sup>

Sin embargo, si se admite la validez del razonamiento según el cual el objeto de los diversos artículos que componen el Capítulo III del primer Título de la Constitución es la regulación de los derechos políticos y deberes *de los ciudadanos*, se deberá admitir también que las habilitaciones y prohibiciones señaladas en el artículo 32º sólo son aplicables a los ciudadanos.<sup>310</sup>

Finalmente, conviene hacer un breve comentario sobre unas de las materias que no pueden ser sometidas a referéndum, pero que sí podrían serlo dependiendo de qué etapa se encuentren en su proceso de perfeccionamiento: los tratados. En efecto, según la redacción actual del citado artículo 32º los tratados que no son

---

<sup>308</sup> Cfr. MARAVI SUMAR, Milagros. *Instituciones de democracia directa en Perú* en KRAUSE, Martín y Margarita MOLTENI (Coordinadores). *Democracia Directa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1997. p. 134.

<sup>309</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique, con la colaboración de Alberto OTAROLA, *La Constitución de 1993, Análisis Comparado*. 5ª edición. Lima: Editora Rao. 1999. pp. 275 – 276; CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco CHIRINOS SOTO. *Constitución de 1993: Lectura y Comentario*. Lima: Antonella Chirinos Montalbetti. 1997. p. 67; y HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. *El derecho fundamental a la participación política*. En: *La Constitución de 1993: análisis y comentarios III*. Lima. Comisión Andina de Juristas. 1996. pp. 77 – 78.

<sup>310</sup> Es curioso constatar que el mismo artículo 32º faculte a los ciudadanos a someter, aunque no directamente, un proyecto de reforma total de la Constitución, pero les prohíba al mismo tiempo someter a referéndum temas puntuales como derechos humanos, asuntos tributarios y tratados internacionales. Esto parecería ser una contradicción puesto que una reforma total, por definición, debería poder abarcar *todos* los aspectos de la Constitución.

susceptibles de ser sometidos a referéndum son sólo aquellos cuyo perfeccionamiento ya ha concluido y que se encuentran, por tal motivo, en vigor.

Pero no se dice nada sobre tratados cuyo perfeccionamiento se encontraría aún en curso y que, por ello, no han entrado aún en vigor. En tal supuesto, se ha sugerido que, mientras que no entren en vigor, los tratados sí serían susceptibles de ser sometidos a referéndum.<sup>311</sup>

### **2.3.2.- Ley Orgánica de Elecciones**

Las dos únicas disposiciones de la Ley Orgánica de Elecciones (LOE) que resultan aplicables al referéndum por iniciativa ciudadana son los artículos 125º y 126º, que figuran en el Título V, Capítulo 5 de dicha ley orgánica:

#### **De las Consultas Populares**

**Artículo 125º.-** Pueden ser sometidos a *referéndum*:

- a) La reforma total o parcial de la Constitución;
- b) La aprobación de normas con rango de ley;
- c) Las ordenanzas municipales; y
- d) Las materias relativas al proceso de descentralización.

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

- a) Los temas relacionados con la supresión o disminución de los derechos fundamentales de la persona.
- b) Normas de carácter tributario o presupuestal.
- c) Tratados internacionales en vigor.

Al respecto, cabe recordar que estos artículos deben ser leídos en estricta concordancia con el citado artículo constitucional 32º, ya en este último caso no queda duda alguna, en razón de su ubicación en el texto constitucional, que sus disposiciones se refieren exclusivamente a los derechos de los ciudadanos, mientras que, en el caso de la presente ley orgánica, se podría pensar inadvertidamente que se trata de disposiciones de orden general sobre el referéndum y no referidas sólo a los derechos de la ciudadanía.<sup>312</sup>

<sup>311</sup> CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco CHIRINOS SOTO. Op. cit. pp. 67 – 68; HUERTA GUERRERO, Luis Alberto. Op.cit. p. 80; y MARAVI SUMAR, Milagos. Op. cit. p. 132.

<sup>312</sup> Ver el apartado 2.3.1.

Por otro lado, conviene poner en relieve que ambas disposiciones forman parte de un Título de la LOE que tiene por objeto regular todo lo relativo a las inscripciones y candidatos, motivo por el cual no parecería haber sido el lugar más apropiado para ubicar los temas susceptibles de ser sometidos a consulta popular.

### **2.3.3.- Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos**

La Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (LDPCC) contiene dos tipos de disposiciones aplicables al referéndum: generales y específicas.

Las disposiciones generales se encuentran principalmente en el Capítulo I – “De los Derechos de Participación y Control Ciudadanos” del Título I – “Disposiciones Generales,” así como también en el Capítulo VI del Título II – “Disposiciones Finales.”

Las disposiciones específicas, en cambio, se ubican en el Capítulo V – “Del Referéndum y de las Consultas Populares” del Título II – “De las Disposiciones Específicas.”

#### **2.3.3.1.- Disposiciones generales**

Las primeras dos disposiciones generales a señalar son los artículos 2º y 3º de la LDPCC, que dividen los derechos de la democracia semi-directa consagrados en los artículos constitucionales 2º numeral 17 y 31º en dos grupos distintos: los derechos de participación y los derechos de control ciudadanos:

**Artículo 2º.-** Son derechos de participación ciudadana los siguientes:

- a) Iniciativa de reforma constitucional;
- b) Iniciativa en la formación de leyes;
- c) *Referéndum*;
- d) Iniciativa en la formación de ordenanzas regionales y ordenanzas municipales; y,
- e) otros mecanismos de participación establecidos en la legislación vigente.

(Texto conforme al artículo 1º de la Ley 29313, publicada el 07 de enero de 2009)

**Artículo 3º.-** Son derechos de control de los ciudadanos los siguientes:

- a) Revocatoria de Autoridades;
- b) Remoción de Autoridades;
- c) Demanda de Rendición de Cuentas; y,
- d) Otros mecanismos de control establecidos por la presente ley para el ámbito de los gobiernos municipales y regionales.

Esta distinción es importante porque define expresamente el referéndum como un derecho de participación y no como un derecho de control ciudadano. Sin embargo, el inciso c) del artículo 39º de esta misma ley le reconoce a la ciudadanía el derecho no sólo de aprobar proyectos de ley sino también de desaprobar leyes en vigor, lo que difícilmente podría no ser interpretado sino como un auténtico derecho de control ciudadano.<sup>313</sup>

Las disposiciones generales que convendría citar en segundo lugar son los artículos 4º, 5º y 6º, que tienen que ver con los pasos que los ciudadanos deben seguir para poner en marcha el procedimiento para materializar su iniciativa de convocatoria a referéndum:

**Artículo 4º.-** 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.

**Artículo 5º.-** La autoridad electoral establecerá la forma como el ciudadano que tenga impedimento físico para firmar o que sea analfabeto, ejercerá sus derechos de participación.

**Artículo 6º.-** Recibida la solicitud de iniciación del procedimiento, la autoridad electoral verifica la autenticidad de las firmas y expide las constancias a que haya lugar.

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.\*

\* Párrafo agregado por el artículo 4º de la Ley N° 27706, publicada el 25 de abril de 2002.

---

<sup>313</sup> Ver el texto completo del artículo 39º en el inciso 2.3.3.2.

El artículo 7º, que cabe comentar en tercer lugar, es importante en la medida que exceptúa de los alcances de la presente ley a los referendos que fuesen convocados en los contextos local y regional:

**Artículo 7º-** Los Derechos de Participación y Control Ciudadano que se refieren los incisos d) y e) del Artículo 2º y d) del Artículo 3º de la presente ley; así como el *referéndum* sobre normas municipales y regionales serán regulados por las leyes orgánicas que reglamenten lo referente a los Gobiernos Locales y Regionales

Como se puede apreciar, los referendos celebrados a nivel local y regional serán regulados por las leyes orgánicas respectivas, es decir por la Ley Orgánica de Municipalidades<sup>314</sup> y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales<sup>315</sup>, respectivamente.

En cuarto lugar, conviene tener presente el artículo 8º, que señala cuál es la autoridad pública que admite la iniciativa ciudadana y qué debe acompañar a la resolución de admisión correspondiente:

**Artículo 8º.-** 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, (...) la materia normativa sujeta a *Referéndum*.

La autoridad electoral en este caso es la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), de conformidad con el inciso a) del artículo 5º de su ley orgánica.<sup>316</sup>

En último término, conviene consignar las tres disposiciones finales, que regulan los supuestos de eventuales postergaciones de procesos electorales – entre los cuales el referéndum – así como de acumulaciones de iniciativas y el reembolso de gastos efectuados por los promotores de la iniciativa:

<sup>314</sup> Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades, publicada el 27 de mayo de 2003.

<sup>315</sup> Ley N° 27867 – Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, publicada el 18 de noviembre de 2002.

<sup>316</sup> Ley N° 26487, publicada el 21 de junio de 1995. Artículo 5º.- Son funciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales: a) Organizar todos los procesos electorales, del referéndum y otras consultas populares. (...)

**Artículo 45º.-** La convocatoria a procesos electorales, para el ejercicio de los derechos políticos estipulados en la presente ley pueden ser postergados por la autoridad electoral en caso de proximidad de elecciones políticas generales, regionales o municipales. En tal caso el proceso podrá realizarse simultáneamente o dentro de los siguientes cuatro meses.

**Artículo 46º.-** La autoridad electoral podrá acumular las iniciativas que se acrediten y someterlas a consulta de los ciudadanos en forma conjunta o con otros procesos electorales.

**Artículo 47º.-** (...) [l]as iniciativas de referéndum que culminen desaprobando la norma legal expedida o aprobando la iniciativa rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, otorgan derecho a los promotores de la iniciativa para solicitar reembolso de los gastos efectuados ante la autoridad electoral, así como para su difusión, conforme a las posibilidades presupuestales de los recursos del Jurado Nacional de Elecciones y en la forma éste lo decida.

### **2.3.3.2.- Disposiciones específicas**

La primera disposición específica a tener en cuenta es el artículo 37º, que define el referéndum como “el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consultan.”

Al respecto, resulta interesante notar que esta disposición permite precisar la definición consignada en el artículo 6º de la LOE, según la cual el objeto de dicha consulta popular era “convalidar o rechazar determinados actos de gobierno.” Así, se debe entender que los “actos de gobierno” susceptibles de ser sometidos a referéndum por los ciudadanos son sólo aquellos referidos a “temas normativos.”

La segunda disposición específica es el artículo 38º, que señala que “el referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10 por ciento del electorado nacional.”

Este artículo es de crucial importancia en la medida que el porcentaje de firmas requerido para solicitar la convocatoria a un referéndum puede determinar un mayor o menor uso de esta institución. Comparado con el porcentaje de firmas requerido para presentar una iniciativa legislativa, fijado en 0.3% del electorado por el artículo 11º de esta ley, se puede afirmar que 10% es un mínimo

considerablemente alto, por no decir excesivo, tal como ha sido sugerido por varios tratadistas nacionales sobre esta materia.<sup>317</sup>

Por otro lado, conviene recordar que, de conformidad con el artículo 7º de la presente ley, los referendos a ser convocados a nivel local y regional serán regulados por las leyes orgánicas respectivas. En tal sentido, el porcentaje mínimo de “10 por ciento del electorado nacional” no es aplicable al nivel local, de conformidad con el artículo 115º de la Ley Orgánica de Municipalidades.<sup>318</sup> La Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, no está de más señalar, no contiene ninguna disposición en relación con el referéndum.<sup>319</sup>

Las dos disposiciones específicas siguientes que conviene mencionar son los artículos 39º y 40º que recogen, al igual que la LOE, las mismas habilitaciones y restricciones al referéndum por iniciativa ciudadana que aquellas consignadas en el artículo 32º de la Constitución:

**Artículo 39º.**- Procede el *Referéndum* en los siguientes casos:

- a) La reforma total o parcial de la Constitución, de acuerdo al Artículo 206º de la misma.
- 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.
- d) En las materias a que se refiere el artículo 190o. de la Constitución, según ley especial.

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

No obstante el parecido con el artículo 32º de la Constitución, el artículo 39º se diferencia de su modelo constitucional al incluir una distinción entre *aprobación* y *desaprobación* de normas con rango de ley, que será examinada con mayor detenimiento más adelante.<sup>320</sup>

<sup>317</sup> Ver BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Op.cit. p. 215; MARAVI SUMAR, Milagros. Op.cit. p. 138; y MIRÓ QUESADA RADA, Francisco. Op.cit. p. 158.

<sup>318</sup> Ver el inciso 2.3.4.3.

<sup>319</sup> Ver el inciso 2.3.4.3.

<sup>320</sup> Ver el inciso 2.3.4.2.



Por otro lado, no está de más señalar cierta incongruencia entre este artículo y el artículo 37º, toda vez que las “materias a que se refiere el artículo 190º de la Constitución,” es decir materias relativas al proceso de descentralización, no constituyen *strictu sensu* temas “normativos” como tampoco “actos de gobierno,” tal como figura en el artículo 6º de la Ley Orgánica de Elecciones.<sup>321</sup>

La última disposición del Capítulo V que conviene mencionar es el artículo 44º, que dispone que la autoridad electoral deberá efectuar la convocatoria en un “plazo no mayor de cuatro meses después de acreditadas las iniciativas respectivas.” Este plazo difiere, tal como se ha señalado, con aquel estipulado tanto en la Ley Orgánica de Elecciones como en la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones.<sup>322</sup>

#### **2.3.4.- Materias susceptibles de ser sometidas a referéndum**

Las materias susceptibles de ser sometidas a referéndum por iniciativa ciudadana son las cuatro que figuran en el artículo 39º de la LDPCC, de conformidad con el artículo 32º de la Constitución Política: reforma de la Constitución, aprobación de normas con rango de ley, aprobación de ordenanzas municipales y proceso de descentralización.

##### **2.3.4.1.- Reforma de la Constitución**

La reforma de la Constitución está específicamente regulada por las disposiciones del Título VI de la Carta, denominado precisamente “De la reforma de la Constitución.” Este Título está integrado por un solo artículo, el artículo 206º, que contiene los dos procedimientos alternativos principales mediante los cuales la Constitución en vigor puede ser modificada. Su texto es el siguiente:

**Artículo 206º.-** Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante *referéndum*. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias

---

<sup>321</sup> Ver el inciso 2.2.2.1.

<sup>322</sup> Ver el inciso 2.2.2.2.

sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. (...)

En virtud del primer procedimiento, la reforma debe ser aprobada por el Congreso por mayoría absoluta del número legal de sus miembros y luego ratificada por el pueblo mediante referéndum. Y en cuanto al segundo, el referéndum puede ser omitido si el acuerdo del Congreso se obtiene con una votación superior a los dos tercios del número legal de sus miembros en dos legislaturas ordinarias sucesivas.

Como se puede apreciar, el referéndum procede, de conformidad con este artículo constitucional, si el Congreso de la República opta por el primer procedimiento. En tal caso se trataría de un referéndum constitucional en cuanto a su materia y obligatorio en cuanto a su fundamento jurídico, puesto que así lo dispone el texto constitucional, si bien queda a discreción de los señores congresistas optar por uno u otro procedimiento.

Sin embargo, la Constitución también ha previsto que un proyecto de reforma de la Constitución pueda ser sometido a iniciativa de la propia ciudadanía, pero no en base al artículo 206º aludido, sino al artículo 32º del Título I de la Constitución:

**Artículo 32º-** Pueden ser sometidas a *referéndum*:

1. La reforma total o parcial de la Constitución. (...)

Al respecto, conviene recordar que, tal como expuso en el apartado sobre la Constitución en el presente subcapítulo, las disposiciones contenidas en los artículos que integran el Capítulo III del primer Título de la Constitución están referidos exclusivamente a los ciudadanos, lo que permitió precisar que la proposición “pueden ser sometidas a referéndum” al inicio de este artículo debe ser entendida como “*los ciudadanos pueden someter a referéndum.*”<sup>323</sup>

---

<sup>323</sup> Ver el apartado 2.3.1.

Este derecho constitucional está regulado por la Ley N° 26300 – Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (LDPCC), en particular por sus artículos 38° y 39°.

El artículo 38° de la LDPCC, conviene recordar, dispone que “el referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10 por ciento del electorado nacional,” número de firmas considerablemente elevado tal como se ha señalado en el inciso sobre disposiciones específicas de la LDPCC.<sup>324</sup>

El artículo 39° de la LDPCC, en cambio, resulta de singular importancia en la medida que su inciso a) dispone expresamente que el referéndum procede para “la reforma total o parcial de la Constitución, *de acuerdo al Artículo 206° de la misma.*”

La importancia de esta disposición es doble: en primer lugar porque pone en evidencia que la norma principal en materia de reforma constitucional es el artículo 206° de la Constitución, motivo por el cual el artículo constitucional 32° no puede ser leído ni interpretado de manera aislada, debiendo serlo, por el contrario, *de acuerdo* con el citado artículo 206° aludido.

Y en segundo lugar, porque confirma también lo que se desprende de la lectura misma del artículo 206° de la Constitución: ninguna reforma constitucional podría sin efectuada *sin* contar con la aprobación del Congreso de la República. El correlato lógico de esta afirmación es que la ciudadanía sólo puede solicitar que se someta a referéndum un proyecto de reforma de la Constitución que hubiera sido *previamente* aprobado por el Congreso de la República.

La pregunta que sigue es, naturalmente, en qué supuestos de reforma constitucional pueden los ciudadanos ejercer el derecho a solicitar un referéndum, de conformidad con el derecho previsto en el inciso primero del artículo constitucional 32° y regulado por los artículos 38° y 39° de la LDPCC.

---

<sup>324</sup> Ver el inciso 2.3.3.2.

Habida cuenta que el referéndum es obligatorio en el supuesto del primer procedimiento del artículo 206º, es decir luego de una aprobación por el Congreso por mayoría absoluta, la única circunstancia en la que dicho derecho parecería poder ser ejercido por la ciudadanía es en el supuesto de aprobación de una reforma constitucional mediante el procedimiento del artículo 206º que permite, curiosamente, la omisión del referéndum.

Nótese que la Constitución no prohíbe la realización del referéndum si la reforma obtuvo la votación indicada en las dos legislaturas ordinarias sucesivas. Simplemente se limita a señalar que “*puede omitirse*” dicha consulta, motivo por el cual no habría impedimento jurídico alguno para que los señores congresistas opten por someter a referéndum un proyecto de reforma al cabo de la aprobación aludida en dos legislaturas ordinarias sucesivas. O que una fracción de la ciudadanía solicite, al amparo del artículo constitucional 32º y siempre *de acuerdo* con el artículo 206º, que una reforma aprobada en los términos aludidos sea sometida a referéndum.

En tal sentido, el referéndum en los supuestos señalados constituiría así una opción abierta: tanto para el Congreso en virtud del propio artículo 206º como para los ciudadanos, pero en virtud del artículo 32º.<sup>325</sup>

Por otro lado, resulta interesante resaltar que, si bien los ciudadanos no están facultados para aprobar de manera *directa* una reforma constitucional, en la medida en que ésta debe ser siempre aprobada *previamente* por el Congreso, por lo menos tendrían, en este supuesto preciso, la facultad de desaprobala en un caso de falta de sintonía flagrante entre dicho órgano legislativo y la ciudadanía.

Sin embargo, existiría otro supuesto – hipotético, por cierto, aunque no menos real – en que la ciudadanía podría solicitar que un proyecto de reforma

---

<sup>325</sup> El Tribunal Constitucional ha admitido en su sentencia Exp. N° 014-2002-AI/TC que la participación del pueblo mediante referéndum “es facultativa cuando, pese a haberse alcanzado el número de votos necesarios a los que se hace referencia en el artículo 206º de la Constitución, el Congreso decide que ella también debe ser aprobada mediante referéndum.” (Fundamento 86) Sin embargo, inexplicablemente el Tribunal sustenta dicha opción del Congreso en el artículo 32º de la Constitución y no en el artículo 206º. Ver al respecto el análisis de dicha sentencia en el subcapítulo 3.1.

constitucional sea sometido a referéndum. En efecto, nada impediría que, al amparo siempre del artículo 32º, una fracción de la ciudadanía solicite que un proyecto de reforma que ha sido aprobado por una mayoría superior a los dos tercios del número legal de congresistas, en una primera legislatura ordinaria, sea sometido a referéndum *antes* que el Congreso someta dicho proyecto a votación durante la legislatura ordinaria siguiente.

Una reforma constitucional aprobada por la ciudadanía en el marco de este supuesto estaría siempre conforme a lo dispuesto por el artículo 206º en la medida que dicha reforma habría sido aprobada en primera instancia por el Congreso por una mayoría superior a la absoluta y luego ratificada mediante referéndum celebrado a instancia de la ciudadanía al amparo del artículo 32º aludido.

En tal sentido, un referéndum sobre un proyecto de reforma constitucional celebrado a instancia de una fracción de la ciudadanía en el marco del artículo 32º, y siempre *de acuerdo* con el artículo 206º, constituirá un referéndum constitucional en cuanto a su materia pero facultativo en cuanto a su fundamento jurídico.

No menos interesante resulta el hecho que la aplicación del artículo constitucional 32º a los procedimientos de reforma constitucional señalados en el artículo 206º genera la existencia de dos variantes adicionales para llevar a cabo modificaciones en la Constitución: la primera, aprobación por el Congreso en *dos* legislaturas ordinarias sucesivas con una votación superior a los dos tercios del número legal de congresistas y ratificación – o rechazo – por referéndum a solicitud de la ciudadanía en aplicación del artículo constitucional 32º. Y la segunda, aprobación por el Congreso en *una* primera legislatura ordinaria con una votación superior a los dos tercios y ratificación – o rechazo – por referéndum a solicitud de la ciudadanía *antes* de una eventual votación en el Congreso durante la legislatura ordinaria siguiente, también a solicitud de la ciudadanía y en aplicación del mismo artículo 32º de la Constitución.

Queda así en evidencia que el derecho de referéndum constituye, en el contexto de un proceso de reforma constitucional, no sólo un mecanismo de participación política directa sino además un auténtico instrumento de control ciudadano.

#### **2.3.4.2.- Aprobación de normas con rango de ley**

El derecho de los ciudadanos a someter a referéndum la aprobación de normas con rango de ley es otro de los instrumentos de control político que han aparecido en el horizonte constitucional peruano a partir de la Constitución de 1993.

Este importante derecho no emana directamente del inciso 17 del artículo 2º de la Constitución, que se limita a consagrar, entre otros, el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante el referéndum. Tampoco emana del artículo constitucional 31º, ya que éste reproduce los derechos enunciados en el artículo segundo aludido, además de incluir el derecho de demanda de rendición de cuentas. Emanaría, más bien, del artículo 32º de la Carta, que desarrolla los preceptos constitucionales señalados y según el cual,

**Artículo 32º-** Pueden ser sometidas a *referéndum*: (...)

2. La aprobación de normas con rango de ley. (...)

Al igual que el derecho a someter a referéndum la reforma total o parcial de la Constitución, este derecho constitucional está desarrollado en la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, mediante los incisos b) y c) de su artículo 39º:

**Artículo 39º.-** 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.

Este desarrollo legislativo merece un análisis detenido. En primer lugar, porque el legislador ha optado por hacer una distinción entre referendos para aprobar y

aquellos para desaprobar normas con rango de ley, distinción que el precepto constitucional desarrollado no parece haber hecho. Si bien es cierto que una norma podría ser aprobada o desaprobadada en función del resultado de un referéndum, no se debe confundir la celebración de un referéndum con el objeto de aprobar una norma con uno cuya finalidad es, por el contrario, desaprobarla.

En efecto, mientras que la *aprobación* de una norma sugiere que no se trata de una norma en vigor sino, más bien, de una norma que se encuentra aún en trámite de perfeccionamiento, la *desaprobación*, por el contrario, podría ser interpretada como si se tratase de una norma ya perfeccionada y en plena vigencia. El propio artículo 42º, que será examinado más adelante, sustenta dicha interpretación al hacer referencia a la “entrada en vigencia de las normas aprobadas” y a “la derogación de las desaprobadadas.”

Por otro lado, si un referéndum convocado para *aprobar* un proyecto de norma no alcanza la mayoría necesaria de votos favorables, dicho proyecto no entrará en vigor. Pero si un referéndum convocado para *desaprobar* una norma no alcanza la mayoría requerida, la norma en cuestión continuará en vigor. Y si un referéndum en este último supuesto sí alcanza la mayoría requerida, la norma sometida a dicha consulta popular quedará derogada, de conformidad con el artículo 42º aludido. En buena cuenta, un referéndum así definido correspondería, más bien, a un veto popular.<sup>326</sup>

En segundo lugar, porque estas normas no indican en qué etapa de la tramitación de una norma con rango de ley podría intervenir un referéndum por iniciativa ciudadana, aunque se podría presumir que el momento más adecuado sería entre la aprobación por el Congreso de la República y su promulgación por el Jefe de Estado. La posibilidad de tal intervención, sin embargo, no ha sido prevista ni en las disposiciones constitucionales que regulan el procedimiento relativo a la formación y promulgación de las leyes, ni en las disposiciones correspondientes en el Reglamento del Congreso de la República.

---

<sup>326</sup> Ver el apartado 1.3.7. sobre la distinción entre referéndum y veto popular.

Y en tercer lugar, porque se trata de un derecho con muy pocas probabilidades de ser ejercido por la ciudadanía si se tiene en cuenta el número considerablemente alto de firmas – 10% del electorado, es decir casi un millón novecientos mil<sup>327</sup> – que deben respaldar una iniciativa de dicha naturaleza y el tiempo que tomaría reunirlos.

No se puede descartar, en efecto, que el tiempo necesario para conseguir la totalidad de firmas requeridas sea tan largo que el proyecto de ley que hubiese motivado a una fracción de la ciudadanía a iniciar la recolección de firmas ya se hubiese convertido en ley antes de haber terminado dicho proceso de recolección. Por consiguiente, dicho referéndum, tal como se acaba de sugerir, respondería más a la definición del veto popular que a la del referéndum propiamente dicho.

Si la intención del constituyente fue facultar a la ciudadanía para que participe de manera directa en la producción legislativa, debió indicar claramente en el texto constitucional en qué supuestos y en qué condiciones debe o puede intervenir la ciudadanía mediante un referéndum, sea como acto ratificatorio, como acto aprobatorio en el caso de un referéndum para aprobar un proyecto de ley proveniente de la ciudadanía o como un veto.

En materia de plazos, el hecho de no haberse estipulado ninguno parecería sugerir que la ciudadanía quedaría, en principio, facultada para solicitar, en cualquier momento, la celebración de un referéndum para desaprobación de una ley vigente, en aplicación del inciso c) del artículo 39º de la LDPPC.

Por otro lado, existe un supuesto en que la intervención de la ciudadanía sí resulta esencial para el perfeccionamiento de una norma. Se trata del supuesto señalado en el artículo 41º que conviene citar a continuación:

**Artículo 41º.-** Si la iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, conforme a esta ley se podrá solicitar

---

<sup>327</sup> Según informaciones del Jurado Nacional de Elecciones, la población electoral del Perú ascendía, al 21 de febrero de 2010, a 19,398,029 electores. Por consiguiente, el 10% equivaldría a 1,939,802 electores.



iniciación del procedimiento de *Referéndum*, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley.

Este artículo es importante en tanto establece un vínculo muy particular entre el derecho de referéndum y el derecho de iniciativa legislativa, sancionando así, de manera real y efectiva, el derecho de la ciudadanía a legislar directamente, aunque en plazos considerablemente dilatados en el tiempo.

En efecto, si se recuerda que la ciudadanía tiene derecho a iniciativa en la formación de leyes, de conformidad con los artículos constitucionales 2º, inciso 17 y 31º, así como con el artículo 2º inciso c) de la LDPCC, el proyecto de ley que la ciudadanía hubiese presentado al Congreso de la República podría ser sometido a referéndum en caso de haber sido rechazado o modificado sustancialmente por el citado órgano legislativo en virtud del artículo 41º en comentario.

Este artículo, por cierto, concuerda perfectamente con el artículo 16º del Capítulo I – De la Iniciativa Legislativa de la LDPCC, que dispone que “el proyecto de ley rechazado en el Congreso puede ser sometido a referéndum conforme a esta ley.”<sup>328</sup>

La única condición estipulada para someter tal proyecto de ley a referéndum es agregar el número de firmas necesario para completar el 10 por ciento del electorado a que se refiere el artículo 38º de la LDPCC y que ya ha sido examinado. No se menciona, sin embargo, plazo alguno para conseguir las firmas restantes.

Éste sería, muy probablemente, el único supuesto de referéndum convocado a solicitud de la ciudadanía con el objeto de aprobar un proyecto de norma, puesto que tendría muy poco sentido solicitar un referéndum para aprobar un proyecto normativo generado por el propio Congreso y percibido favorablemente por la ciudadanía.

---

<sup>328</sup> Art. 16º.- 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.

Debe hacerse notar, sin embargo, que un referéndum convocado a instancia de la ciudadanía para aprobar un proyecto de ley rechazado o modificado sustancialmente por el Congreso de la República no se ajustaría a la naturaleza del referéndum, puesto que la votación popular correspondiente no tendría por objeto *ratificar* una decisión previa del órgano legislativo sino, más bien, aprobar de manera directa un proyecto legislativo presentado por la ciudadanía.

Así, la votación popular en comentario no constituiría el acto material mediante el cual se ejerce el derecho de referéndum sino, más bien, el acto material mediante el cual se ejerce el derecho de iniciativa popular, definido como el derecho de una fracción de la ciudadanía a someter un proyecto normativo *directamente* a la totalidad de la ciudadanía.<sup>329</sup>

Otra disposición de la LDPCC que tiene que ver específicamente con la aprobación de normas con rango de ley y que conviene examinar es el artículo 42º, relativo al número de votos necesarios para determinar el resultado de un referéndum:

**Artículo 42º.-** El resultado de un *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.

En virtud de esta disposición, el resultado de un referéndum está sujeto a dos condiciones. En primer lugar, que el número de votos favorables se eleve a no menos de la mitad más uno de los votos emitidos y sin contar ni los votos nulos ni en blanco. Y en segundo lugar, si la mayoría alcanzada de votos favorables supera el 30 por ciento del número total de votantes. Esta segunda condición tiene por objeto asegurar que una votación popular que haya sido objeto de un número considerablemente alto de votos nulos o en blanco no sea considerada como una expresión válida de la voluntad del pueblo.

---

<sup>329</sup> Ver el apartado 1.3.8. sobre la distinción entre referéndum e iniciativa popular.

Al respecto, conviene poner en relieve que ésta es la única disposición de Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos que contiene un criterio para determinar cuál es el porcentaje de votos favorables necesario para que un referéndum surta sus efectos jurídicos. Pero este criterio, huelga señalar, sólo sería aplicable *strictu sensu* a los referendos celebrados en relación con los incisos b) y c) del artículo 39° de la LDPCC. Estos últimos se refieren a la aprobación y desaprobación de normas con rango de ley.

Una interpretación más lata del artículo 39° de la LDPCC permitiría incluir en los alcances del artículo 42° en comentario a las leyes de reforma constitucional a que se refiere en el inciso del primero. De ser éste el caso, cabría precisar que esta interpretación sólo podría ser aplicable a los referendos sobre reformas constitucionales que hubieran sido convocados a instancia ciudadana.

Por otro lado, se debe mencionar que, según el artículo 43° de la LDPCC, “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.”

Nótese que este artículo se refiere a una norma “aprobada” y no “ratificada” mediante referéndum, lo que sugiere que se trataría de una disposición aplicable únicamente a las normas presentadas por la ciudadanía, rechazadas por el Congreso y ulteriormente *aprobadas* mediante referéndum con arreglo al artículo 41° de la LDPCC.

Más aún, el hecho que un proyecto de norma aprobado mediante referéndum sólo pueda ser modificado mediante otro referéndum o – y esto es lo interesante – recurriendo al mismo mecanismo de reforma constitucional que permite la omisión del referéndum parecería sugerir que un proyecto normativo ratificado por el pueblo tendría el mismo valor jurídico que una ley de reforma constitucional.

Finalmente, tampoco se señala si una norma con rango de ley que ha sido aprobada por referéndum sería o no susceptible de ser sometida al control de

constitucionalidad del Tribunal Constitucional, habida cuenta que el pronunciamiento del cuerpo electoral en un referéndum debe ser interpretado como expresión de la voluntad del pueblo soberano.<sup>330</sup>

#### **2.3.4.3.- Aprobación de ordenanzas municipales**

El derecho de los ciudadanos a someter a referéndum la aprobación de ordenanzas municipales emana directamente del artículo 32º de la Constitución que, como en el caso, de la aprobación de normas con rango de ley, desarrolla con mayor detalle el derecho de referéndum que es enunciado de manera general en los artículos constitucionales 31º y 2º inciso 17. Según el extremo pertinente del citado artículo 32º:

**Artículo 32º-** Pueden ser sometidas a *referéndum*: (...)

3. Las ordenanzas municipales; y (...)

En efecto, las ordenanzas municipales han sido definidas como normas con rango de ley de conformidad con el numeral 4 del artículo 200º de la Constitución, que incluye a dichas ordenanzas entre las “normas que tienen rango de ley” contra las cuales procede la acción de inconstitucionalidad.

Por ello, las ordenanzas municipales deben ser incluidas entre las “normas con rango de ley” a que se refiere el numeral 2. del mismo artículo 32º de la Constitución y no habría sido necesario mencionarlas en un numeral aparte de dicho precepto constitucional para que los ciudadanos estén facultados para someter su aprobación a referéndum.

Sin embargo, el constituyente parece haber preferido poner en relieve que la participación directa de la ciudadanía no se limitaba a los asuntos públicos a nivel nacional sino también a nivel local, a efecto de darle un mayor énfasis en su opción por la descentralización del país.

---

<sup>330</sup> Ver el apartado 1.3.2. sobre referéndum y soberanía.

En tal sentido, el numeral tercero aludido del artículo constitucional 32º está regulado por dos artículos de la LDPCC. Se trata, en primer término, del artículo 39º, que señala en qué casos procede el referéndum por iniciativa ciudadana:

- Artículo 39º.-** 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. (...)

Y, en segundo término, del artículo 7º de la misma LDPCC, que refiere a su vez a la normatividad que reglamenta lo relativo a los Gobiernos Locales y Regionales:

**Artículo 7º.-** Los Derechos de Participación y Control Ciudadano a que se refieren los incisos d) y e) del artículo 2º y d) del artículo 3º de la presente ley; así como el *referéndum* sobre normas municipales y regionales serán regulados por leyes orgánicas que reglamenten lo referente a los Gobiernos Locales y Regionales.

La ley orgánica que reglamenta lo referente a los Gobiernos Regionales es la Ley N° 27867, modificada por la Ley N° 27902. Ninguna contiene disposición alguna sobre el referéndum.<sup>331</sup>

La ley orgánica que reglamenta lo relativo a los Gobiernos Locales es la Ley 27972<sup>332</sup>, que no sólo consagra el derecho de referéndum en tanto derecho de participación vecinal sino que dedica un extenso artículo a su desarrollo.

El derecho de referéndum en tanto derecho de participación vecinal figura en el numeral tercero del artículo 113º, cuyo tenor es el siguiente:

**Artículo 113º- Ejercicio del Derecho de Participación**

El vecino de una jurisdicción municipal puede ejercer su derecho de participación vecinal en la municipalidad de su distrito y su provincia, mediante o más de los mecanismos siguientes: (...)

3. Derecho de *referéndum*. (...)

<sup>331</sup> La Ley N° 27867 – Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, publicada el 18 de noviembre de 2002, y Ley N° 27902, publicada el 01 de enero de 2003.

<sup>332</sup> Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades, publicada el 27 de mayo de 2003.

El artículo 115<sup>o</sup>, que desarrolla *in extenso* el derecho de referéndum en el ámbito municipal, es el siguiente:

**Artículo 115<sup>o</sup>- Derecho de Referéndum**

El *referéndum* municipal es un instrumento de participación directa del pueblo sobre asuntos de competencia municipal, mediante el cual se pronuncia con carácter decisorio, respecto a la aprobación o desaprobación de las ordenanzas municipales, excepto aquellas de naturaleza tributaria que estén de acuerdo a ley.

El *referéndum* municipal es convocado por el Jurado Nacional de Elecciones a través de su instancia local o regional, a pedido del concejo municipal o de vecinos que representen no menos del 20% (veinte por ciento) del número total de electores de la provincia o el distrito, según corresponda.

El *referéndum* municipal se realiza dentro de los 120 días (ciento veinte) días siguientes al pedido formulado por el Concejo Municipal o por los vecinos. El Jurado Electoral fija la fecha y las autoridades políticas, militares, policiales, y las demás que sean requeridas, prestan las facilidades y su concurrencia para la realización del referéndum en condiciones de normalidad.

Para que los resultados del *referéndum* municipal surtan efectos legales, se requiere que hayan votado válidamente por lo menos el 35% (treinta y cinco por ciento) del total de electores de la circunscripción consultada.

El *referéndum* municipal obliga a concejo municipal a someterse a sus resultados y, en consecuencia, a dictar las normas necesarias para su cumplimiento. Pasados los tres años un mismo tema puede someterse a referéndum municipal por segunda vez.

Esta norma es elocuente de por sí. El referéndum tendrá efectos obligatorios, tanto para la aprobación como para la desaprobación de las ordenanzas; podrá ser convocado a pedido del concejo municipal o de los vecinos siempre que éstos representen a no menos del 20% del total de los electores a ser consultados; tendrá lugar dentro del período de 120 días posteriores a la solicitud de convocatoria; y deberá contar con la participación de no menos de 35% de los vecinos para que sus resultados surtan efectos legales.

Varios puntos, sin embargo, merecen ser puestos en relieve. En primer lugar, que un referéndum municipal puede ser convocado, en el marco de esta ley, no sólo a

pedido directo de los vecinos, sino también a pedido del propio concejo municipal, lo que sugiere una iniciativa de carácter más institucional que ciudadana.

Esto es interesante en la medida que esta atribución del concejo municipal ha sido consignada en el Título relativo a los derechos de participación y control vecinal, con lo cual se estaría mezclando atribuciones del concejo municipal con derechos políticos de los ciudadanos. En buena cuenta, el artículo 115º le estaría otorgando una función de control de ordenanzas al propio órgano competente para emitir las y, por ello, objeto de dicho control.

En segundo lugar, las observaciones relativas a la distinción entre *aprobación* y *desaprobación* de normas con rango de ley serían igualmente pertinentes en relación con la *aprobación* y *desaprobación* de ordenanzas municipales. Ello implicaría la posibilidad de someter a referéndum no sólo proyectos de ordenanzas municipales sino también ordenanzas municipales que ya hubiesen entrado en vigor.<sup>333</sup>

En tercer lugar, conviene recordar que, de conformidad con el artículo 7º de la LDPCC, el porcentaje de firmas necesarias para que la ciudadanía de una municipalidad determinada pueda solicitar que una ordenanza sea sometida a referéndum es fijado directamente por la Ley Orgánica de Municipalidades. Por consiguiente no se aplica el diez por ciento del electorado nacional a que alude el artículo 38º de la LDPCC.<sup>334</sup>

En cuarto lugar, este artículo señala que los resultados de un referéndum surtirán sus efectos legales siempre y cuando hayan votado por lo menos 35 por ciento del total de electores inscritos. Aunque no se indica expresamente en este artículo cuál es la mayoría necesaria para determinar el sentido del resultado, se puede presumir que se trata de mayoría simple, criterio que resulta plenamente compatible con el requisito en comentario. Este último carecería de sentido si se exigiese una mayoría absoluta.

---

<sup>333</sup> Ver el inciso 2.3.4.2.

<sup>334</sup> Ver el inciso 2.3.3.2.

Finalmente, cabe notar que el último párrafo del artículo 115° dispone que el concejo municipal se verá en la obligación de dictar normas para el cumplimiento de los resultados de un referéndum, lo que tendría poco sentido en la medida en que los efectos de una consulta popular a nivel municipal debieran ser directos e inmediatos: aprobación o desaprobación de la norma consultada. Así, la redacción de este párrafo sugiere que, en caso de haber sido una ordenanza desaprobada en un referéndum, se hará necesaria una ordenanza adicional que la derogue.

#### **2.3.4.4.- Proceso de descentralización**

El derecho de los ciudadanos a someter a referéndum asuntos relativos al proceso de descentralización en el país emana del artículo 32° de la Constitución:

**Artículo 32°-** Pueden ser sometidas a *referéndum*: (...)

4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

Este derecho, al igual que en el caso de los otros tres que figuran en este precepto constitucional, está regulado principalmente por el artículo 39° de la LDPCC:

**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 efecto, el referido artículo 190° es el otro precepto constitucional que alude a la participación directa de la ciudadanía en materia de descentralización y forma parte del capítulo relativo al proceso de descentralización de la estructura del Estado:

**Artículo 190°-** (...) 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. (...) <sup>335</sup>

Al respecto, conviene notar que si bien coinciden en disponer la participación directa de la ciudadanía en materia de descentralización, ambas disposiciones constitucionales difieren en que mientras la segunda simplemente enuncia que la conformación de regiones se producirá *mediante* referéndum, sin mencionar si se trata de un referéndum por iniciativa ciudadana o institucional, la primera – el artículo 32º – consagra el derecho de la ciudadanía a solicitar la convocatoria a referéndum en tal ámbito.

El artículo 32º de la Constitución, conviene recordar, señala las distintas materias que son susceptibles de ser sometidas a referéndum por iniciativa de los ciudadanos, lo que implica que el ejercicio de dicho derecho depende única y exclusivamente de la voluntad de un número determinado de ciudadanos. En otras palabras, implica que la convocatoria a referéndum será efectuada por la autoridad competente *a sola solicitud* de los ciudadanos.

Por otro lado, ambas disposiciones – el artículo 190º de la Constitución y el inciso d) del artículo 39º de la LDPCC – estipulan que la participación ciudadana mediante referéndum estará regulada por una ley especial.

Dicha ley especial es la Ley de Bases de la Descentralización <sup>336</sup>, tal como lo dispone expresamente su artículo primero:

**Artículo 1º.- Objeto**

La presente ley orgánica desarrolla el Capítulo de la Constitución Política sobre Descentralización, (...)

A su vez, la Ley de Bases de la Descentralización fue complementada, de conformidad con una de sus propias disposiciones, por la Ley de Incentivos para

---

<sup>335</sup> La formulación vigente fue producto de una reforma constitucional aprobada mediante la Ley N° 27680, publicada el 7 de marzo de 2002. La redacción original de este precepto constitucional era el siguiente: “Las regiones se constituyen por iniciativa y mandato de las poblaciones pertenecientes a uno o más departamentos colindantes. Las provincias y los distritos contiguos pueden asimismo integrarse o cambiar de circunscripción. En ambos casos procede el referéndum, conforme a ley.”

<sup>336</sup> Ley N° 27783, publicada el 20 de julio de 2002.

la Integración y Conformación de Regiones<sup>337</sup>, cuyo reglamento fue aprobado por el Decreto Supremo N° 063-2004-PCM de fecha el 27 de agosto de 2004.

De conformidad con los artículos 16° y 17° de la citada Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, los ciudadanos están facultados para presentar propuestas para ser aprobadas mediante referéndum, tanto en materia de conformación de regiones como de cambios de jurisdicción.

El artículo 16° tiene que ver con la conformación misma de una región mediante la fusión de uno o más departamentos, mientras que el artículo 17° se refiere a aquellos casos en que ciudadanos de provincias y distritos contiguos a una región que ha sido creada deseen que sus circunscripciones territoriales pasen a formar parte de la nueva región:

#### **Artículo 16°.- Iniciativas para la conformación de Regiones**

16.1 Podrán presentar propuestas de conformación de Regiones para ser aprobadas mediante *referéndum* por las poblaciones involucradas:  
(...)

b) Los partidos políticos nacionales o movimientos regionales debidamente inscritos, respaldados por el diez por ciento (10%) de los ciudadanos de cada uno de los departamentos a integrarse, mediante firmas debidamente verificadas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE).

c) El diez por ciento (10%) de los ciudadanos de cada uno de los departamentos a integrarse, mediante firmas debidamente verificadas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE).  
(...)

#### **Artículo 17°.- Iniciativas para la integración de provincias y distritos**

17.1 El *referéndum* correspondiente a las provincias y distritos contiguos a una región podrá ser solicitado por: (...)

b) Los partidos políticos nacionales o movimientos regionales debidamente inscritos, respaldados por el diez por ciento (10%) de los ciudadanos de las provincias o distritos cuyo cambio de jurisdicción se plantea, mediante firmas debidamente verificadas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE).

---

<sup>337</sup> Ley N° 28274, publicada el 09 de julio de 2004 y modificatorias. Artículo 30.3 de la Ley de Bases de la Descentralización: "Por ley especial se fijan los incentivos especiales para la integración y conformación de regiones."

c) El quince por ciento (15%) de los ciudadanos de las provincias o distritos que deseen cambiar de jurisdicción, mediante firmas debidamente verificadas por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE).

Como se puede apreciar de la lectura de ambos dispositivos, la ciudadanía está facultada únicamente para presentar, con el solo respaldo de un número determinado de firmas, propuestas de conformación de regiones pero no necesariamente para solicitar la convocatoria del referéndum respectivo. Y si bien la ciudadanía sí parecería estar habilitada para solicitar la convocatoria de un referéndum en relación con un cambio de circunscripción territorial, la realidad parece ser otra.

Esto se debe a que, de conformidad con el artículo 15<sup>o</sup> de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, los referendos en ambos supuestos – conformación misma de una región y cambio de jurisdicción – están condicionados a la aprobación previa de un expediente técnico:

#### **Artículo 15<sup>o</sup>.- Etapas de la conformación de regiones**

La conformación y creación de regiones se realiza mediante *referéndum*, de conformidad con el artículo 190<sup>o</sup> de la Constitución Política del Perú, en dos (2) etapas consecutivas:

a) Primera etapa: creación de región:

Se integran o fusionan dos (2) o más circunscripciones departamentales contiguas aprobadas mediante *referéndum* por las poblaciones involucradas. El *referéndum* se realiza luego de la aprobación del expediente técnico de la propuesta de creación de región que regula el artículo 18 de la presente Ley, dentro de los trescientos sesenta (360) días calendario siguientes a la fecha de dicha aprobación.

b) Segunda etapa: cambio de circunscripción regional de provincias y distritos

Las provincias y distritos contiguos a otra región, por única vez, pueden cambiar de circunscripción regional mediante *referéndum* de las poblaciones involucradas. Este *referéndum* se realiza en virtud de la aprobación del expediente técnico de la propuesta de cambio de circunscripción regional que regula el artículo 18 de la presente Ley, dentro de los trescientos sesenta (360) días calendario siguientes a la fecha de dicha aprobación. El contenido y el trámite que debe cumplir

este expediente técnico se regulan en el reglamento de la presente Ley.<sup>338</sup>

El artículo 18º aludido de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones define las características técnicas de los expedientes y debe ser leído junto con los artículos 19º y 20º de dicha ley:

#### **Artículo 18º.- Expediente Técnico**

Las propuestas para la conformación de Regiones requieren de la presentación de un Expediente Técnico que contendrá la fundamentación de la viabilidad de la Región que se propone, sustentado, como mínimo, en los siguientes criterios:  
(...)

#### **Artículo 19º.- Resolución sobre el Expediente Técnico (...)**

19.2 El Consejo Nacional de Descentralización emitirá Informe aprobatorio o desaprobatario del Expediente Técnico dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a su presentación. En caso de que del Expediente Técnico se adviertan requisitos no cumplidos, éstos deben ser señalados expresamente por el Consejo Nacional de Descentralización, teniéndose un plazo adicional de quince (15) días naturales para ser subsanados y resueltos.

19.3 La Presidencia del Consejo de Ministros emitirá las Resoluciones aprobatorias, por mérito de los Informes del Consejo Nacional de Descentralización, y los remitirá, acompañados de los respectivos Expedientes Técnicos, al Jurado Nacional de Elecciones.

#### **Artículo 20º.- Convocatoria**

El Jurado Nacional de Elecciones convoca a *referéndum* en un plazo no menos a ciento ochenta (180) días naturales anteriores a la fecha de dicho *referéndum*. La Oficina Nacional de Procesos Electorales organiza y conduce la consulta correspondiente.<sup>339</sup>

Como se puede apreciar, el expediente técnico en ambos casos está sujeto a la aprobación previa de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), la que emitirá la Resolución aprobatoria y correrá traslado al JNE para que efectúe la convocatoria a referéndum. No es la ciudadanía ni los partidos políticos ni los

<sup>338</sup> Versión actual del artículo 15º, de conformidad con las modificaciones efectuadas por el artículo 3º de la Ley N° 29379, publicada el 13 de junio de 2009.

<sup>339</sup> Ver el inciso 2.2.2.2. sobre convocatoria.

movimientos regionales los que solicitan la convocatoria al JNE, sino la propia PCM, es decir el Poder Ejecutivo.<sup>340</sup>

Sin embargo, el hecho que le corresponda a la PCM correr traslado de la Resolución aprobatoria al JNE para que el referéndum respectivo sea convocado no debe ser interpretado, necesariamente, como si dicha decisión dependiese del libre arbitrio de la PCM. Una vez aprobado el expediente técnico, la PCM *debe* cumplir con remitir la Resolución aprobatoria al JNE, tal como se desprende de los numerales dos y tres del artículo 19º de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones.

Al mismo tiempo, no se puede dejar de mencionar que la decisión final de proceder o no a la realización del referéndum tanto para la creación de una región como para un cambio de circunscripción territorial recaerá siempre, en la práctica, en el Poder Ejecutivo, debido a que el expediente técnico está sujeto a su aprobación. Y si bien la aprobación de un expediente técnico, como su nombre lo indica, debiera tener lugar con criterios esencialmente técnicos, no se puede descartar *a priori* que motivaciones de carácter político pudieran interferir en la evaluación a cargo de la PCM de dichos expedientes técnicos.

Finalmente, el artículo 22º de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones señala los criterios para determinar los resultados del referéndum así como los efectos jurídicos de dicha consulta:

**Artículo 22º.- Resultados del referéndum**

Es aprobada la propuesta de conformación de Regiones cuando mediante el *referéndum* alcanza un resultado favorable de cincuenta por ciento (50%) más uno de los votantes que efectivamente acudieron a votar en la consulta, de cada circunscripción. El Jurado Nacional de Elecciones comunica los resultados oficiales al Poder Ejecutivo a efectos de que proponga las iniciativas legislativas correspondientes, de conformidad con el inciso 7 del artículo 102º de la Constitución Política.

Al respecto, conviene notar que mientras este artículo dispone que basta que se alcance “un resultado favorable de cincuenta por ciento (50%) más uno de los

---

<sup>340</sup> El Consejo Nacional de Descentralización fue absorbido por la Presidencia del Consejo de Ministros mediante Decreto Supremo N° 007-2007-PCM, publicado el 25 de enero de 2007.

votantes que efectivamente acudieron a votar en la consulta, de cada circunscripción,” es decir mayoría simple, para que un referéndum surta efecto, el artículo 29.3 de la Ley de Bases de la Descentralización estipula que los referendos “surten efecto cuando alcanzan un resultado favorable de cincuenta por ciento (50%) más uno (1) de los electores de la circunscripción consultada,” es decir mayoría absoluta.<sup>341</sup>

Más allá de esta insoslayable discrepancia de criterios entre la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, el artículo 22° en comentario es importante en relación con los efectos jurídicos del referéndum.

En efecto, de conformidad con el tenor del artículo 29° de la Ley de Bases de la Descentralización, las propuestas tanto de conformación de regiones como de cambios de circunscripción son aprobadas mediante referéndum, lo que concuerda con aquel del artículo 190° de la Constitución en relación con el efecto aprobatorio de tal consulta popular.

Sin embargo, el mismo artículo 29° de la Ley de Bases de la Descentralización señala en su numeral cuarto que:

**Artículo 29°.- Conformación de regiones (...)**

29.4 Aprobada la creación de la región, el Poder Ejecutivo remite el proyecto de ley correspondiente al Congreso de la República para su aprobación en un plazo no mayor de treinta (30) días.

Lo que llama la atención en esta redacción es que la voluntad de las poblaciones consultadas mediante referéndum con el objeto de *aprobar* la conformación de una región o el cambio de una circunscripción regional sea, a su vez, objeto de una votación ulterior en el Congreso de la República. Toda votación en dicho órgano legislativo es susceptible, por definición, de alcanzar o no la mayoría de votos favorables requerida para que surta sus efectos legales.

---

<sup>341</sup> La redacción glosada del artículo 29.3 corresponde a la última modificación a la Ley de Bases de la Descentralización, efectuada por la Ley N° 29379, publicada el 13 de junio de 2009, y se encuentra, por ello, actualmente en vigencia. Ver la referencia a la Sentencia Exp. N° 028-2005-PI/TC del Tribunal Constitución en el subcapítulo 3.3.

En tal sentido, el Congreso de la República podría aparecer como pronunciándose sobre una decisión emitida por el pueblo con carácter mandatorio, de conformidad con el artículo 190° de la Constitución así como con la definición de referéndum consignada en el artículo 6° de la Ley Orgánica de Elecciones.

Quizá el espíritu del legislador pueda ser aprehendido con mayor claridad si se contrasta la redacción del artículo 22° de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones con el artículo 19° de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 063-2004-PCM, publicado el 27 de agosto de 2004.

La citada disposición reglamentaria señala lo siguiente:

**Artículo 19°.- Conformación y creación de regiones (...)**

Conforme a lo dispuesto por el numeral 29.5 del artículo 29° de la Ley de Bases, una vez aprobada su conformación mediante *referéndum*, la Región se crea por Ley y sus autoridades son elegidas en la siguiente elección regional que se realizará según el procedimiento que disponga la Ley de Elecciones Regionales.

Tal como se puede apreciar de una lectura concordada de ambos dispositivos, el proyecto de ley aludido en el artículo 29.4 de la Ley de Bases de la Descentralización no tendría por objeto ni aprobar ni ratificar la creación misma de una región sino tan sólo expedir el dispositivo legal que sanciona formalmente dicha creación. Lo que llama la atención es que dicho acto legislativo requiera de una votación en el seno del Congreso de la República, votación que parecería no ser estrictamente necesaria debido a su carácter esencialmente formal.

Y si bien este extremo del artículo 19° del reglamento aludido resulta útil para dilucidar cuál pudiera haber sido la voluntad del legislador, la ambigüedad mencionada se reproduce en otro extremo del mismo artículo reglamentario al consignarse que “de igual manera el cambio de circunscripción de las provincias y distritos a otra Región es *aprobado por ley*.”

Por otro lado, no está de más señalar que el artículo 29.5 de la Ley de Bases de la Descentralización se refiere únicamente a la elección de autoridades regionales y no, como reza en el artículo reglamentario 19°, a la creación por Ley de la nueva

Región. El artículo correcto en este caso sería el 29.4 de la Ley de Bases de la Descentralización.

En buena cuenta, no se puede afirmar que la ciudadanía esté legalmente facultada, en la práctica, a someter directamente a referéndum una propuesta de conformación de región o de cambio de circunscripción, tal como parecería desprenderse de la redacción del numeral cuarto del artículo 32º de la Constitución. Sus facultades se limitan a presentar tales propuestas, con el sustento técnico necesario, pero la decisión final recae en el Poder Ejecutivo al aprobar las propuestas y correr traslado al JNE para que proceda a efectuar la convocatoria a referéndum correspondiente.

En tal sentido, el derecho de los ciudadanos de someter a referéndum materias relativas al proceso de descentralización estipulado en el numeral cuarto del citado artículo constitucional, no es equiparable al derecho de los ciudadanos de someter a referéndum la reforma total o parcial de la Constitución, la aprobación de normas con rango de ley, así como las ordenanzas municipales.

Y no sólo porque la normatividad vigente no lo permite, sino también porque el referéndum en los tres primeros supuestos del artículo 32º de la Constitución constituye una consulta popular cuyo objeto es ratificar o rechazar decisiones tomadas *previamente* por órganos representativos, mientras que en el cuarto y último supuesto de dicho precepto constitucional, el objeto de la consulta popular no es ratificar o rechazar una *decisión previa* sino determinar, de manera directa, si la población involucrada aprueba o no la conformación de una nueva región o el cambio de circunscripción regional.

En tal sentido, las votaciones populares que tuvieron lugar el 30 de octubre de 2005 en el marco del proceso de descentralización no pueden ser calificadas como referendos, puesto que no tuvieron por objeto ratificar un proyecto normativo aprobado previamente por el órgano legislativo, sino expresar una opción política en relación con una propuesta de demarcación territorial. En buena



cuenta, tales votaciones populares responden más a la definición de un plebiscito que a la de un referéndum propiamente dicho.<sup>342</sup>

Finalmente, conviene recordar que, a diferencia del caso de la conformación de regiones, los referendos para aprobar eventuales cambios de circunscripción regional podrán ser convocados una sola vez, de conformidad con el artículo 29.6 de la Ley de Bases de la Descentralización y el artículo 15.b) de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones.

Ello se debe a que, según el artículo 188º de la Constitución, la descentralización “constituye una política permanente del Estado” y tiene “carácter permanente,” motivo por el cual se puede presumir que las propuestas de conformación de regiones y los referendos correspondientes continuarán teniendo lugar hasta que la descentralización abarque efectivamente la totalidad del territorio peruano. Los cambios de circunscripción regional, en cambio, sólo pueden ser intentados una vez. Si son rechazados por las poblaciones involucradas, las provincias y distritos que plantearon el cambio permanecerán en su circunscripción regional de origen.

#### **2.4.- Referéndum por iniciativa institucional**

Tal como se señaló al inicio del presente capítulo, el referéndum ha sido configurado constitucionalmente de manera tal a poder ser convocado no sólo por iniciativa ciudadana, sino también por iniciativa institucional: por el Congreso de la República en el marco de un proceso de reforma de la Constitución y por el Poder Ejecutivo en el proceso de conformación de regiones en el contexto de la descentralización.

Sin embargo, la redacción de la Ley Orgánica de Municipalidades parecería ampliar el espectro de referendos por iniciativa institucional al permitir que un referéndum sea convocado también a requerimiento de un concejo municipal. Estos son los supuestos que serán examinados a continuación.

---

<sup>342</sup> Ver el análisis sobre la relación entre el referéndum y el plebiscito en el apartado 1.3.9.

#### 2.4.1.- Reforma de la Constitución

El procedimiento para reformar la Constitución Política vigente está expresamente estipulado en su Título VI, denominado precisamente “De la reforma de la Constitución.” Este Título está conformado por un solo artículo, cuyo tenor es el siguiente:

**Artículo 206<sup>o</sup>.**- Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante referéndum. Puede omitirse el referéndum cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. (...)

Conviene precisar de inmediato que tanto el nombre del Título como la redacción de su única disposición no dejan lugar a dudas sobre la supremacía jurídica que el artículo 206<sup>o</sup> debe tener en cualquier hipótesis de modificación constitucional.

Y no podría ser de otro modo, puesto que se trata de un Título de la Constitución dedicado específicamente para tal efecto, motivo por el cual toda otra norma constitucional que pudiera estar relacionada con el proceso de modificación de la Constitución debe estar, necesariamente, subordinada a lo dispuesto por aquel.

Este razonamiento no se sustenta sólo en la denominación del Título sino también en la propia redacción del artículo 206<sup>o</sup>, que dispone expresamente que “toda reforma constitucional” debe ceñirse, lo que implica que *todas* las iniciativas de reforma constitucional, indistintamente de su objeto o alcance, deben ser reguladas por sus disposiciones.<sup>343</sup>

En lo que al referéndum se refiere, se puede apreciar que el Congreso de la República ha sido habilitado para modificar la Constitución mediante dos procedimientos alternativos: en primer lugar, sometiendo a ratificación del pueblo mediante referéndum un proyecto de reforma que hubiera sido previamente

---

<sup>343</sup> No obstante la claridad del artículo 206<sup>o</sup> de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha opinado en su sentencia Exp. N° 0014-2002-AI que “si el artículo 206<sup>o</sup> de la Carta esencialmente alude a la competencia de la reforma parcial de la Constitución, su artículo 32<sup>o</sup> constitucionaliza que la reforma pueda ser total.” (FJ N° 88)

aprobado por la mayoría absoluta del número legal de sus miembros. En caso de optar el Congreso por este procedimiento, el referéndum vendría a ser constitucional en cuanto a su materia y obligatorio en cuanto a su fundamento jurídico.

En cuanto al segundo procedimiento, el referéndum puede ser omitido si el proyecto de reforma hubiese sido aprobado en dos legislaturas sucesivas con una votación superior, en ambos casos, a los dos tercios del número legal de congresistas.

Al respecto, conviene notar que lo que el artículo 206<sup>o</sup> dispone expresamente es que el referéndum “*puede ser omitido*” y no que “*debe*” serlo, con lo cual quedan en evidencia cuatro ideas: en primer lugar, que el procedimiento principal para efectuar una reforma constitucional es el que figura en la primera proposición de dicho artículo, es decir aquel que incluye la ratificación por referéndum.

En segundo lugar, que la segunda proposición del artículo 206<sup>o</sup> constituye un procedimiento alternativo, motivo por el cual el Congreso no tiene obligación alguna a optar por uno u otro procedimiento, quedando así dicha elección a la discrecionalidad de los señores congresistas y a la correlación de fuerzas políticas al momento de llevar a cabo la modificación.

En tercer lugar, que el Congreso tampoco está impedido de someter a referéndum un proyecto de reforma constitucional aún cuando lo hubiese aprobado mediante el procedimiento que permite la omisión de dicha consulta popular.

Y, en cuarto y último lugar, que nada en la redacción del artículo 206<sup>o</sup> de la Constitución permite inferir que el primer procedimiento pudiera estar destinado a un tipo de reforma – la total – y el segundo al otro – la parcial.

Por otro lado, cabe señalar que las disposiciones constitucionales en comentario han sido recogidas casi *ad litteram* por el inciso a) del artículo 81<sup>o</sup> del Reglamento del Congreso:

**Artículo 81°.**- Para el debate y aprobación de proposiciones de ley que no se refieran a materia común, se observarán las siguientes reglas:

a) Leyes de reforma de la Constitución; se aprobarán con el voto favorable de por lo menos la mitad más uno del número legal de Congresistas, para luego ser sometida a referéndum o, en su defecto, será aprobada en dos períodos anuales de sesiones sucesivos con el voto aprobatorio de un número superior a los dos tercios del número legal de Congresistas. (...)

Al respecto, no se puede dejar de advertir que esta redacción introduce cierto matiz que confirmaría que el procedimiento principal de reforma constitucional estipulado en el artículo 206° de la Constitución es aquel que incluye el referéndum. En efecto, mientras que el citado precepto constitucional señala en qué supuesto de reforma “puede omitirse” el referéndum, el artículo 81° del Reglamento del Congreso estipula que se puede recurrir al segundo procedimiento del artículo 206° “*en defecto*” del primero.

Por otro lado, se debe mencionar que, por los motivos que se acaba de consignar, nada impediría que los señores congresistas opten por someter a votación popular un proyecto de reforma constitucional aprobado mediante el procedimiento que permite su omisión, es decir mediante aprobación en dos legislaturas ordinarias sucesivas. En tal caso, se trataría siempre de un referéndum constitucional en cuanto a su materia pero facultativo en cuanto a su fundamento jurídico.

Tampoco se puede dejar de mencionar que el citado Reglamento no contiene disposición alguna en cuanto al procedimiento a seguir en caso que el Congreso hubiera tomado la decisión de someter un proyecto de reforma constitucional a referéndum, aunque se puede presumir, tal como se desprendió del análisis de los artículos 3°, 6° y 80° de la LOE, así como del artículo 39° y 44° de la LDPCC, que la convocatoria de tal referéndum recaería en el Presidente de la República.<sup>344</sup>

---

<sup>344</sup> Ver el inciso 2.2.2.2.

En cuanto al número de votos necesarios para que el referéndum convocado a instancia del Congreso de la República sea considerado exitoso y surta sus efectos jurídicos, se debe hacer notar que ni el artículo 206º del texto constitucional ni el artículo 81º del Reglamento de dicho órgano legislativo, cuyo inciso a) regula el procedimiento correspondiente, como tampoco la Ley Orgánica de Elecciones, contienen alusión alguna al tipo de mayoría necesaria para tal efecto.

#### **2.4.2.- Proceso de descentralización**

De conformidad con el artículo 190º del capítulo XIV de la Constitución, relativo a la descentralización, tanto la conformación de regiones como la integración de provincias y distritos a una región colindante serán efectuadas mediante referéndum:

**Artículo 190º-** (...) 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 especial, tal como se vio en el subcapítulo relativo al referéndum por iniciativa ciudadana de asuntos relativos al proceso de descentralización, es la Ley de Bases de la Descentralización, que estableció el marco jurídico general de dicho proceso.<sup>345</sup>

Posteriormente se complementó dicho cuerpo legal mediante la aprobación de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, que desarrolló el procedimiento a seguir para la conformación de regiones y eventuales cambios de circunscripción regional por vía de referéndum.<sup>346</sup> Su reglamento fue aprobado por el Decreto Supremo N° 063-2004-PCM, publicado el 27 de agosto de 2004.

El procedimiento en comentario está estipulado, en sus elementos esenciales, en el artículo 29º de la Ley de Bases de la Descentralización y desarrollado

<sup>345</sup> Ley N° 27783, publicada el 20 de julio de 2002.

<sup>346</sup> Ley N° 28274, publicada el 09 de julio de 2004 y modificatorias.

puntualmente en el capítulo I del título III de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones (artículos 15º a 22º).

En materia de conformación de regiones, conviene citar el inciso a) del numeral primero del artículo 16º de la Ley de Incentivos aludida:

**Artículo 16º.- Iniciativas para la conformación de Regiones**

16.1 Podrán presentar propuestas de conformación de Regiones para ser aprobadas mediante *referéndum* por las poblaciones involucradas:

a) Los Presidentes de los Gobiernos Regionales involucrados, con el acuerdo de los respectivos Consejos Regionales y concertados en el Consejo de Coordinación Regional. (...)

En relación con eventuales cambios de circunscripción regional, el artículo pertinente es el siguiente:

**Artículo 17º.- Iniciativas para la integración de provincias y distritos**

17.1 El *referéndum* correspondiente a las provincias y distritos contiguos a una región podrá ser solicitado por:

a) Los Alcaldes provinciales o distritales, según corresponda, con el acuerdo de los respectivos Concejos Municipales y concertados en el Consejo de Coordinación Local. (...)

Al igual que en el caso de las iniciativas tomadas por iniciativa ciudadana, las propuestas planteadas por los órganos señalados deben estar también sustentadas en el Expediente Técnico referido en el artículo 18º de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones:

**Artículo 18º.- Expediente Técnico**

Las propuestas para la conformación de Regiones requieren de la presentación de un Expediente Técnico que contendrá la fundamentación de la viabilidad de la Región que se propone, sustentado, como mínimo, en los siguientes criterios: (...)

Asimismo, los referendos correspondientes serán convocados por el Jurado Nacional de Elecciones una vez que la propuesta del caso hubiera sido aprobada

por la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), de conformidad con los artículos 19º y 20º de la citada Ley de Incentivos.

**Artículo 19º.- Resolución sobre el Expediente Técnico (...)**

19.2. El Consejo Nacional de Descentralización emitirá informe aprobatorio o desaprobatario del Expediente Técnico dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a su presentación. En caso de que del Expediente Técnico se adviertan requisitos no cumplidos, éstos deben ser señalados expresamente por el Consejo Nacional de Descentralización, teniéndose un plazo adicional de quince (15) días naturales para ser subsanados y resueltos.

19.3 La Presidencia del Consejo de Ministros emitirá las Resoluciones aprobatorias, por mérito de los Informes del Consejo Nacional de Descentralización, y los remitirá, acompañados de los respectivos Expedientes Técnicos, al Jurado Nacional de Elecciones. (...)

**Artículo 20º.- Convocatoria**

El Jurado Nacional de Elecciones convoca a *referéndum* en un plazo no menos a ciento ochenta (180) días naturales anteriores a la fecha de dicho referéndum. La Oficina Nacional de Procesos Electorales organiza y conduce la consulta correspondiente.<sup>347</sup>

Como se puede apreciar, los referendos para aprobar la conformación de regiones o eventuales cambios de circunscripción regional promovidos por iniciativa institucional tienen en común con aquellos promovidos por iniciativa ciudadana que la decisión final de solicitar al JNE la convocatoria a referéndum no recaer en los propios promotores de la iniciativa – aún en casos de iniciativa institucional – sino en la PCM, es decir el propio Poder Ejecutivo.

Al mismo tiempo conviene poner en relieve que la aprobación del expediente técnico debe estar guiada, en principio, por criterios de orden exclusivamente técnicos, y que, una vez producida dicha aprobación, la PCM debe emitir la Resolución aprobatoria y cumplir con remitirla al JNE para que proceda a la convocatoria del referéndum respectivo.

La remisión de la Resolución aprobatoria al JNE procede, en consecuencia, por obligación legal y no por iniciativa discrecional de la PCM, si bien resulta

---

<sup>347</sup> Ver el inciso 2.2.2.2.

imposible descartar *a priori* que motivaciones de carácter político pudieran interferir en la evaluación de los expedientes técnicos a cargo de la PCM.

#### **2.4.3.- Ordenanzas municipales**

El referéndum está definido en la Constitución esencialmente como un derecho de participación ciudadana directa en asuntos públicos, así como una facultad del Congreso de la República en materia de reforma constitucional. Constituye también un mecanismo de participación ciudadana mediante el cual la población interviene conjuntamente con órganos del Estado en el proceso de descentralización.

Pero no se puede afirmar que la Constitución incluya disposición alguna que sustente la atribución de los Concejos Municipales a someter sus propias ordenanzas a consulta popular.

Sin embargo, el artículo 115º de la Ley 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades dispone expresamente que “el referéndum municipal es convocado por el Jurado Nacional de Elecciones a través de su instancia local o regional, *a pedido del concejo municipal o por los vecinos*”. Más aún, dicha norma ni siquiera ha sido incluida en el Título II, que consigna las atribuciones de los Concejos Municipales, sino en aquel que regula los derechos de participación y control vecinal.

En efecto, la aprobación, modificación y derogación de las ordenanzas figura en el inciso octavo del artículo 9º de la citada Ley Orgánica como atribución de los Concejos Municipales, sin que se señale en modo alguno que tales facultades podrán ser ejercidas mediante el recurso al referéndum y a discreción de dichos Concejos.

Se podría argumentar, en defensa de tales disposiciones, que su objeto fue permitir que los concejos municipales puedan someter a consulta popular ordenanzas que, en opinión discrecional de dichas instancias ediles, pudieran versar sobre materias consideradas delicadas o trascendentales. Sin embargo, la norma no contiene ninguna disposición que permita sustentar tal argumento.



Por consiguiente, la ausencia del debido sustento constitucional así como su ubicación en la estructura normativa de la Ley Orgánica de Municipalidades permiten inferir que se trataría de una atribución que emana únicamente de una redacción defectuosa del artículo 115º de la Ley Orgánica señalada.



### **3.- Jurisprudencia constitucional**

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se examina a continuación cubre todos los pronunciamientos que dicho órgano jurisdiccional ha tenido la oportunidad de hacer sobre las diversas materias que son susceptibles de ser sometidas a referéndum: reforma de la Constitución, aprobación y desaprobación de normas con rango de ley, y proceso de descentralización. Como se podrá notar, no ha habido hasta la fecha ningún pronunciamiento sobre referéndum y ordenanzas municipales.

#### **3.1.- Reforma de la Constitución**

Un referéndum, como se ha visto, puede ser convocado en el contexto de un proceso de reforma de la Constitución a instancia tanto del Congreso de la República como de la ciudadanía, tal como ha sido expresamente estipulado en los artículos constitucionales 206º y 32º, respectivamente.<sup>348</sup>

Si bien hasta la fecha la Constitución ha sido objeto de once reformas, ninguna de éstas ha sido sometida a referéndum, ni por el Congreso de la República ni por la ciudadanía.<sup>349</sup>

A fines de 2001, sin embargo, el Congreso de la República hizo el intento de iniciar un proceso de reforma total de la Constitución con el objeto de abrogar la Carta vigente y sustituirla por una nueva, previa aprobación por referéndum del

---

<sup>348</sup> Ver el inciso 2.3.4.1. y el apartado 2.4.1.

<sup>349</sup> Leyes de Reforma Constitucional N°s 26470, 26472, 27365, 27680, 28389, 28390, 28480, 28484, 28607, 29401 y 29402.

proyecto de texto constitucional que la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales del Poder Legislativo había sido encargada de elaborar.

Se trata de la Ley N° 27600, publicada el 16 de diciembre de 2001, cuyo artículo 2° estipulaba que

[l]a Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, propondrá un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú y en particular el texto de la Constitución de 1979. Tras su aprobación por el Congreso será sometida a *referéndum*. De ser aprobado quedará *abrogada* la Constitución de 1993.<sup>350</sup>

A inicios de noviembre de 2002, el Ilustre Colegio de Abogados del Cusco interpuso una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, argumentando entre otros que el Congreso de la República no tenía facultades para llevar a cabo, *motu proprio*, una reforma total de la Constitución vigente que concluyese con su abrogación y su sustitución por el texto nuevo. El Tribunal Constitucional la declaró infundada mediante su sentencia N° 014-2002-AI/TC, publicada el 25 de enero de 2003.

Si bien el tema de fondo de esta acción de inconstitucionalidad no era el referéndum *per se* sino la procedencia de una reforma constitucional que equivaliese, en la práctica, a la liquidación de la Constitución de 1993, el referéndum terminó constituyendo un elemento fundamental en la argumentación en base a la cual el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda y respaldó así la decisión del Congreso de la República de intentar instaurar un nuevo orden constitucional por la vía de una reforma total de la Constitución en vigor.<sup>351</sup>

---

<sup>350</sup> Salvo indicación en contrario, todos los subrayados y énfasis son agregados.

<sup>351</sup> Para un tratamiento más amplio de este asunto, ver BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El referéndum en la Constitución peruana*. En *Elecciones*. ONPE 2004. N°3. pp. 216 – 220; LANDA ARROYO, César. *Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. 2ª edición. Lima: Palestra Editores. pp. 304 – 321; RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP Fondo Editorial 2005. pp. 388 – 399; y WIELAND CONROY, Hubert, *La supresión de una firma y el inicio de una reforma constitucional: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley N° 27600*. Copenhague, marzo 2003. Página Internet de la Comisión Andina de Juristas.

En síntesis, el argumento del Tribunal Constitucional era el siguiente: el artículo 206º de la Constitución regula sólo las reformas constitucionales parciales, que pueden ser aprobadas directamente por el Congreso de la República con o sin la participación del pueblo mediante referéndum. En tal caso, el pueblo interviene en calidad de poder constituido. El artículo 32º, en cambio, admite la posibilidad de una reforma total de la Constitución al disponer que ésta *puede* ser sometida a referéndum. Una reforma total de la Constitución, por consiguiente, sólo puede ser aprobada mediante un referéndum en que el pueblo actúa en calidad de titular del poder constituyente. En este caso, el Congreso debe aprobar previamente el proyecto de reforma total en dos legislaturas ordinarias sucesivas y por mayoría superior a los dos tercios.

#### Sentencia sobre el Expediente N° 014-2002-AI/TC

El desarrollo conceptual sobre el referéndum que el Tribunal Constitucional elabora en relación con el tema de la reforma constitucional se concentra en los Fundamentos VII y VIII de la Sentencia, titulados “La reforma constitucional en la Constitución de 1993” y “Los alcances de la ‘constitucionalización’ de la reforma total de la Constitución,” respectivamente.

En dichos Fundamentos, el Tribunal Constitucional se refiere primero al referéndum en relación con la reforma parcial de la Constitución, regulada supuestamente por el artículo constitucional 206º y, luego, al referéndum en relación con la reforma total de la Carta, regulada, según dicho Colegiado, por el artículo 32º de la Constitución.

El punto de partida de la argumentación del Tribunal Constitucional es, obviamente, el artículo constitucional 206º, artículo único del Título VI – De la reforma de la Constitución, que regula *todas* las hipótesis de reforma constitucional, tal como se infiere de su propia redacción, y establece los supuestos en los cuales el Congreso de la República está expresamente facultado para someter a referéndum todo proyecto de reforma constitucional.

Al respecto, la redacción de la parte pertinente del citado artículo 206<sup>o</sup> es inequívocamente clara:

Toda reforma constitucional debe ser aprobada por el Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros, y ratificada mediante *referéndum*. Puede omitirse el *referéndum* cuando el acuerdo del Congreso se obtiene en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. (...)

Como se puede apreciar, el referéndum procede si el proyecto ha sido aprobado por el Congreso de la República por mayoría absoluta y *puede* ser omitido si el Congreso aprueba el proyecto de reforma por mayoría superior a los tercios del número legal de congresistas en dos legislaturas ordinarias sucesivas.

Nótese que este artículo no dispone que el referéndum deba ser *necesariamente* omitido si la aprobación por mayoría superior a los tercios del número legal de congresistas se produce en dos legislaturas ordinarias sucesivas. Señala simplemente que dicha consulta popular *puede* ser omitida, quedando así a discreción del Congreso proceder o no a su realización.<sup>352</sup>

Más aún, tanto la redacción como el orden de los procedimientos consignados en el artículo 206<sup>o</sup> sugieren que la opción principal del constituyente fue la que incluía el referéndum y no aquella que permitía su omisión. En buena cuenta, el primer procedimiento que incluye el referéndum constituiría la regla principal, mientras que la segunda enunciaría una regla alternativa en virtud de la cual dicha consulta popular *podría* ser omitida.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional habría optado por distanciarse del texto escrito e interpretado este artículo constitucional de manera muy distinta, como si la primera opción del constituyente hubiese sido, más bien, el procedimiento que permite omitir la ratificación mediante referéndum.<sup>353</sup>

<sup>352</sup> Ver el inciso 2.3.4.1. y el apartado 2.4.1.

<sup>353</sup> Durante el debate constitucional en 1993, la propuesta original presentada por la mayoría no contemplaba la posibilidad de un referéndum en materia de reforma constitucional, ya que su intención parecía limitarse a reproducir el texto de la Constitución de 1979, cuyo artículo 306<sup>o</sup> disponía simplemente que “toda reforma constitucional debe ser aprobada en una primera

En efecto, tal como señala el Tribunal Constitucional,

[I]a Constitución de 1993 regula la participación del pueblo en el proceso de reforma constitucional, para aquellos casos en los que el Congreso no haya logrado la aprobación de la reforma parcial de la Constitución con el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas. Adicionalmente, su participación es facultativa cuando, pese a haberse alcanzado el número de votos necesarios a los que se hace referencia en el artículo 206° de la Constitución, el Congreso decide que ella debe también ser aprobada mediante referéndum [artículo 32°, inciso 1) de la Constitución].<sup>354</sup>

En buena cuenta, el referéndum procedería, en la interpretación del Tribunal Constitucional, si en la primera votación no se obtiene los dos tercios pero sí la mayoría absoluta, sin tener en cuenta que el Congreso bien podría haber decidido *ab initio* llevar a cabo un proyecto de reforma constitucional por la vía del procedimiento que incluye la ratificación por referéndum. Huelga señalar que nada en la Constitución ni en su Reglamento le impide al Congreso decidirse de antemano por dicha opción.

Pero lo que más llama la atención en este punto es que el Tribunal Constitucional sostenga que, “pese a haberse alcanzado el número de votos necesarios a los que se hace referencia en el artículo 206° de la Constitución,” el Congreso pueda decidir, según su libre albedrío, someter a referéndum su proyecto de reforma constitucional, pero en virtud del artículo 32°, inciso 1) de la Constitución.

Al respecto, conviene poner en relieve que el artículo 206° es muy claro en cuanto a que el referéndum *puede* ser omitido si la aprobación se obtiene “en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas.” Por lo tanto la facultad del Congreso de someter a referéndum un proyecto de reforma constitucional en este supuesto estaría plenamente sustentado en el propio

---

legislatura ordinaria y ratificada en otra primera legislatura ordinaria consecutiva.” La figura de una ratificación mediante referéndum como procedimiento principal surgió del debate mismo, en vista que la nueva Constitución habría de ser ratificada también por referéndum. Ver el recuento de dicho debate en el inciso 2.1.2.2.

<sup>354</sup> STC Exp. N° 014-2002-AI/TC. Fundamento 86.

artículo 206° de la Constitución y no en el artículo 32° como pretende el Tribunal Constitucional.

El artículo constitucional 32°, conviene recordar, no está referido a las facultades del Congreso de la República sino a los derechos políticos de los ciudadanos, tal como se infiere claramente de la ubicación del citado artículo 32° en el Capítulo III – De los derechos políticos y de los deberes – que, a su vez, forma parte del Título I, denominado “De la persona y de la sociedad.” Su objeto no es enunciar de manera general qué materias pueden ser sometidas a referéndum, indistintamente del agente facultado para solicitar su convocatoria, sino enunciar, más bien, qué materias pueden los ciudadanos solicitar que sean sometidas a referéndum.<sup>355</sup>

En buena cuenta, mientras que el artículo constitucional 206° enuncia las facultades del Congreso de la República en tanto órgano legitimado para llevar a cabo *todas* las reformas constitucionales que estime necesarias, el artículo 32° se limita a enunciar las materias en relación con las cuales la ciudadanía puede solicitar la convocatoria de un referéndum, así como aquellas sobre las cuales la ciudadanía carece de tal facultad.

No está de más recordar, por otro lado, que la Constitución vigente no autoriza a la ciudadanía a aprobar de manera directa una reforma constitucional, es decir sin la participación del Congreso de la República e indistintamente de sus alcances.

Un referéndum por iniciativa ciudadana sobre una reforma constitucional sólo podría tener lugar, necesariamente, luego de la aprobación respectiva por el Congreso de la República, puesto que su finalidad es, precisamente, ratificar lo aprobado por dicho órgano legislativo. Este razonamiento es corroborado por el tenor del artículo 39° de la Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos (LDPCC), según el cual el referéndum en casos de reforma total o parcial de la Constitución procede “*de acuerdo* al Artículo 206° de la misma,” es decir luego de la aprobación correspondiente del Congreso.<sup>356</sup>

---

<sup>355</sup> Ver el inciso 2.3.4.1.

<sup>356</sup> Ley N° 26300, publicada el 03 de mayo de 1994.

Prosiguiendo con su análisis, el Tribunal Constitucional introduce una distinción en los efectos jurídicos de un referéndum según se conciba al pueblo como verdadero soberano y, en consecuencia, titular del poder constituyente, o se le conciba como mero poder constituido.

Según dicho Colegiado,

[e]l artículo 206° de la Constitución ha encargado la competencia (jurídica) de reformar la Constitución a dos poderes constituidos: Por un lado, en calidad de sujeto titular de la competencia, al Congreso de la República, quien la podrá llevar adelante por sí solo en la medida que la reforma se apruebe en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; y, de otro, el pueblo, quien se expresa mediante referéndum.<sup>357</sup>

Como cuestión previa convendría recordar que si los poderes constituidos, tal como lo señala el Tribunal Constitucional en esta misma sentencia, “deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la obra del poder constituyente, esto es, a la Constitución,”<sup>358</sup> no quedaría sino concluir que el pueblo sería una creación más de la Constitución, como lo es el propio Tribunal Constitucional o cualquiera de los otros órganos del Estado. Habida cuenta que el pueblo no es, ostensiblemente, una creación de la Constitución, difícilmente se le podría definir como un poder constituido.<sup>359</sup>

Al respecto, no está de más recordar las palabras de Schmitt, quien sostuvo que “el pueblo, como titular del poder constituyente, no es una instancia firme, organizada. Perdería su naturaleza de pueblo si se erigiera para un normal y diario funcionamiento y para el despacho ordinario de asuntos. Pueblo no es, por su esencia, magistratura, ni nunca – tampoco en una Democracia – autoridad permanente.”<sup>360</sup>

<sup>357</sup> STC Exp. N° 014-2002-AI/TC. Fundamento 85.

<sup>358</sup> STC Exp. N° 014-2002-AI/TC. Fundamento 61.

<sup>359</sup> Cfr. STC Exp. 030-2005-PI/TC, Fundamento 20: “El pueblo, como Poder Constituyente, deposita su voluntad en la Constitución, se inserta en el Estado social y democrático de derecho, y deja de ser tal para convertirse en un poder constituido.”

<sup>360</sup> Schmitt, Carl. Op.cit. p. 99.



De acuerdo con la distinción en comentario del Tribunal Constitucional, el pueblo se pronunciaría como poder constituido en el supuesto de una reforma parcial de la Constitución, es decir de conformidad con el artículo constitucional 206º, pero como titular del poder constituyente en aquel de una reforma total, supuesto admitido por el artículo 32º de la Constitución:

Y es que cuando mediante referéndum se aprueba sólo una reforma parcial de la Constitución, en tal caso la intervención del pueblo se presenta como un elemento que incide exclusivamente sobre la eficacia. Lo que no sucede, por cierto, cuando el pueblo actúa en calidad de Poder Constituyente, en cuyo caso la aprobación de la Constitución la realiza él mismo y su decisión es un elemento constitutivo de su elaboración.

Detrás de esta afirmación está implícita la distinción entre pueblo como poder constituido y el pueblo en cuanto titular del Poder Constituyente.<sup>361</sup>

Este argumento no es del todo claro, ya que un proyecto de reforma parcial que ha sido sometido a referéndum sólo podría ser considerado como final y definitivamente aprobado – es decir ratificado – si el resultado de dicha consulta popular fuese favorable. Y viceversa, si el resultado del referéndum fuese adverso, dicho proyecto de reforma parcial simplemente no sería aprobado y, por lo tanto, tampoco entraría en vigor.

En ambos casos, la intervención del pueblo termina siendo un elemento constitutivo de la aprobación o desaprobación finales de un proyecto de reforma parcial de la Constitución, de manera idéntica como ocurre en el caso de una reforma total de la Constitución.

Al respecto, el jurista Marcial Rubio Correa ha señalado, en su comentario a esta misma sentencia del Tribunal Constitucional, que “el pueblo que vota siempre es soberano y, por consiguiente, ejerce el poder constituyente.” Y en el contexto preciso de una reforma constitucional, puntualiza que “cada vez que hay un pronunciamiento del pueblo para modificar la Constitución mediante referéndum,

---

<sup>361</sup> STC Exp. N° 014-2002-AI/TC. Fundamento 115.

se produce el ejercicio del poder constituyente con todas las características dadas por el propio Tribunal: único, extraordinario e ilimitado.”<sup>362</sup>

Por otro lado, resulta de interés recordar la Decisión N° 62-20 DC de fecha 6 de noviembre de 1962, mediante la cual el Consejo Constitucional de Francia señaló no tener competencia para pronunciarse sobre una ley relativa a la elección del Presidente de la República por sufragio directo, adoptada por referéndum el 28 de octubre de 1962, debido a que las leyes adoptadas por el pueblo como resultado de un referéndum constituían, a su juicio, la “expresión directa de la soberanía nacional.”

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha sustentado la afirmación señalada con el argumento que,

como señala el artículo 1° de la Ley de Participación y Control Ciudadanos, 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.”

Y agrega que

el pueblo actúa en calidad de poder constituido, pues si actuara como poder constituyente, no podría ser objeto de limitaciones jurídicas más allá de las que él mismo pudiera autoimponerse.<sup>363</sup>

Este argumento tiene un defecto doble: si bien es rigurosamente cierto que la LDPCC dispone en su artículo 1° que los derechos de participación serán regulados por dicha ley “de conformidad con la Constitución,” no lo es menos que esa misma ley, en su artículo 39°, regula la procedencia del referéndum en los casos de “reforma total o parcial de la Constitución.”

En tal sentido, si el pueblo ha de ser considerado como un poder constituido al intervenir en el supuesto de una reforma parcial de la Constitución por el hecho de participar en un referéndum regulado por la LDPCC, entonces en un supuesto de

<sup>362</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Op.cit. p. 398.

<sup>363</sup> STC Exp. N° 014-2002-AI/TC. Fundamento 116.

reforma total el pueblo deberá ser considerado *también* como un poder constituido, y *no* como titular del poder constituyente, ya que el referéndum correspondiente habría de estar regulado por el mismo artículo de la LDPCC.

Resultaría poco razonable sostener que un referéndum en un supuesto de reforma total pueda tener un valor jurídico distinto que en un supuesto de una reforma parcial cuando ambos supuestos están mencionados en la misma norma y sin que esta última haga distinción alguna entre ambos supuestos.

Y este razonamiento, dicho sea de paso, resulta igualmente aplicable al propio artículo 32º de la Constitución, cuyo tenor es reproducido en términos idénticos por el citado artículo 39º de la LDPCC. El valor jurídico de un referéndum celebrado en relación con una reforma constitucional total de conformidad con el artículo 32º de la Constitución debe ser idéntico que en el caso de un referéndum celebrado en relación con una reforma constitucional parcial.

El otro defecto del argumento del Tribunal Constitucional en comentario es que el citado artículo 1º de la LDPCC se refiere únicamente a los supuestos en que un referéndum es convocado a solicitud de la ciudadanía y no es aplicable, por consiguiente, a un referéndum convocado a instancia del Congreso de la República en aplicación del artículo 206º de la Constitución.

Dicho de otro modo, el pronunciamiento del pueblo en un referéndum, indistintamente de que se trate de una reforma total o parcial de la Constitución, siempre tendrá lugar de conformidad con la Constitución y la Ley, tanto si es convocado a instancia de la ciudadanía – artículo 32º – o del Congreso de la República – artículo 206º – y su valor jurídico deberá ser siempre, en principio, el mismo.

No obstante, convendría matizar los supuestos en que el pueblo interviene mediante referéndum, ya que no es lo mismo su intervención en el contexto de la aprobación de una norma con rango de ley o de una ordenanza municipal o de normas relativas al proceso de descentralización, que en un contexto de reforma constitucional.

En efecto, mientras que los tres primeros tipos de norma tienen un carácter claramente infraconstitucional, el último – una ley de reforma constitucional – tiene, más bien, una naturaleza constitucional. Y esto responde al principio de paralelismo de las formas. Una ley de reforma constitucional sólo puede modificar una disposición constitucional a condición de tener ella misma rango constitucional.

En tal sentido, el efecto jurídico de un referéndum celebrado en relación con leyes de reforma constitucional, es decir de rango constitucional, no podría ser comparable a aquel producido por una consulta popular llevada a cabo en relación con normas infraconstitucionales. En ambos casos el pronunciamiento del pueblo soberano es definitivo, pero en el primero el efecto jurídico producido es de naturaleza constitucional, mientras que en el segundo sólo es de naturaleza legal e infraconstitucional.

Por otro lado, conviene recordar que el referéndum en el contexto de una reforma constitucional supone siempre la aprobación previa del proyecto en cuestión por el Congreso de la República, tal como lo reconoce el propio Tribunal Constitucional, al señalar que

considera constitucional que la propuesta del Congreso de la República se venga aprobando con las exigencias agravadas que prevé el artículo 206° de la Constitución, esto es, con el voto conforme de más de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso; pues, una cosa es que el procedimiento de reforma total de la Constitución no lo pueda aprobar el Congreso de la República, y otra, muy distinta, es que al elaborarse un Proyecto de nueva Constitución, este no se realice conforme a las reglas constitucionales y reglamentarias que regulan su actuación.

Y es que para que dicho proyecto sea una obra del Congreso como órgano, y no de una facción o parte de él, es preciso que se tenga que observar el procedimiento señalado en el artículo 206° de la Constitución.<sup>364</sup>

Nótese de inmediato que, no obstante señalar que la reforma total de la Constitución está regulada por el artículo 32°, por el hecho de mencionar la

---

<sup>364</sup> STC Exp. N° 014-2002-AI/TC. Fundamento 120.

posibilidad de someter a referéndum una reforma de tal naturaleza, el Tribunal Constitucional sostenga en dicho Fundamento que resulta imperativo ceñirse no sólo a las exigencias del artículo 206º, supuestamente válido sólo para las reformas parciales, sino inclusive a las exigencias “agravadas” de dicho artículo: “esto es, con el voto conforme de más de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso.”

El artículo 206º, conviene recordar, dispone expresamente que basta la aprobación por mayoría absoluta del número legal de los congresistas para que proceda someter a referéndum un proyecto de reforma constitucional.

Más aún, el Tribunal Constitucional ha señalado que “al elaborarse un Proyecto de nueva Constitución, este no se realice conforme a las reglas constitucionales y reglamentarias que regulan su actuación,” con lo cual estaría sugiriendo la existencia de “reglas constitucionales y reglamentarias” que regularían la elaboración de un “Proyecto de nueva Constitución.” La posibilidad de elaborar una “nueva Constitución” no estaría prevista, hasta donde se tiene conocimiento, ni en la Constitución ni en el Reglamento del Congreso de la República.

Pero más insólito aún resulta sostener que es necesario “observar el procedimiento señalado en el artículo 206º de la Constitución” como requisito para que un proyecto de reforma total de la Constitución “sea una obra del Congreso como órgano, y no de una facción o parte de él.”

En efecto, aún en el supuesto de una reforma total de la Constitución, al Congreso de la República no le quedaría más remedio que “observar el procedimiento señalado en el artículo 206º de la Constitución” por la sencilla razón que se trata del único procedimiento previsto por la Constitución para llevar a cabo cualquier hipótesis de reforma constitucional. Con esta afirmación, el Tribunal Constitucional no hace sino confirmar que, en realidad, el artículo 32º *no* constituye procedimiento autónomo alguno para llevar a cabo una reforma constitucional.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha advertido que

la elaboración del proyecto de la nueva Constitución en sede parlamentaria, necesaria e inexorablemente deba concluir con su sometimiento a referéndum, so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso.<sup>365</sup>

En este punto, el Tribunal Constitucional se ha vuelto a alejar del texto escrito de la Constitución ya que no hay disposición constitucional alguna según la cual un proyecto de reforma de la Constitución, total o parcial, deba ser, *necesaria y obligatoriamente*, sometido a referéndum.

El hecho que el artículo 206º autorice al Congreso de la República a aprobar directamente una reforma constitucional sin tener que someterla a referéndum implica que, como bien lo señaló el Magistrado Aguirre Roca en su Voto Singular sobre la sentencia en comentario, “el artículo 206º de la Constitución sólo permite reformas constitucionales que no exijan la participación ni la aprobación del pueblo (...).”<sup>366</sup>

Por otro lado, resulta algo contradictorio que el Tribunal Constitucional sostenga en un extremo de su sentencia que la participación del pueblo mediante referéndum es *facultativa* en los casos de aprobación de un proyecto de reforma constitucional en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable superior a los dos tercios del número legal de congresistas (Fundamento 86), y en otro que si se trata de un proyecto de reforma total, dicha participación sea obligatoria, “so pena de declararse la inconstitucionalidad de dicho proceso” (Fundamento 115).

En realidad, mientras el Congreso de la República se ciña escrupulosamente a los procedimientos expresamente estipulados por el Título VI de la Constitución para realizar reformas constitucionales, no habrá motivo jurídico alguno que sustente una eventual declaración de inconstitucionalidad.

---

<sup>365</sup> STC Exp. Nº 014-2002-AI/TC. Fundamento 115.

<sup>366</sup> STC Exp. Nº 014-2002-AI/TC. Voto Singular, párrafo 3.

Finalmente cabe mencionar que, habida cuenta que el pronunciamiento del cuerpo electoral en un referéndum convocado para ratificar una reforma constitucional equivale a una manifestación del pueblo soberano, queda en evidencia que una reforma constitucional perfeccionada con la intervención final del pueblo no sería susceptible de ser sometida a control constitucional, salvo por razones estrictamente formales.

### **3.2.- Aprobación y desaprobación de normas con rango de ley**

En materia de aprobación y desaprobación de normas con rango de ley mediante referéndum por iniciativa ciudadana, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sólo en dos ocasiones.

La primera fue a fines de 1996, en el contexto de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por treinta y seis miembros del Congreso de la República contra una ley que modificaba la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (LDPCC)<sup>367</sup>, precisamente en relación con la regulación del referéndum.

En aquel entonces, el Tribunal Constitucional no se pronunció de manera directa sobre una iniciativa concreta para someter una norma con rango de ley a referéndum, sino, más bien, de manera indirecta, al resolver una acción de inconstitucionalidad destinada a corregir una ley que afectaba adversamente el ejercicio del derecho de referéndum por parte de la ciudadanía.

La segunda ocasión está marcada por cuatro pronunciamientos hechos por el Tribunal Constitucional entre mayo de 2001 y enero de 2008, en relación con una iniciativa popular sobre el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI). El primero fue sobre una acción de inconstitucionalidad y los tres restantes sobre procesos de amparo, interpuestos todos por los promotores de la citada iniciativa.

---

<sup>367</sup> Ley N° 26300, publicada el 02 de mayo de 1994. Las modificaciones hechas por las leyes N° 26592 y N° 26670 fueron anuladas por la Ley N° 27520, que derogó ambas normas.

### **3.2.1.- Sentencia sobre el Expediente N° 003-96-I/TC**

El Congreso de la República aprobó el 10 de abril de 1996 la Ley N° 26592, mediante la cual se modificó los artículos 13º, 15º y 16º de la LDPCC, alterándose así la regulación del derecho ciudadano a presentar iniciativas legislativas y a someterlas a referéndum en caso de ser eventualmente rechazadas por el citado órgano legislativo.

De los tres artículos que fueron modificados, el más importante a efectos del presente análisis fue el artículo 16º, que disponía en su versión original que “el proyecto de ley rechazado en el Congreso puede ser sometido a referéndum conforme a esta ley.” Su versión modificada por la Ley N° 26592 era como sigue:

Artículo 16o.- 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.

Como se puede apreciar, el ejercicio del derecho de los ciudadanos a someter una norma con rango de ley a referéndum se vio así limitado con la introducción de un requisito que es totalmente ajeno a la voluntad de los ciudadanos: que por lo menos cuarenta y ocho congresistas hubiesen votado a favor del proyecto rechazado. Esta modificación, tal como será expuesto en la sentencia en comentario, implicaba una insoslayable desnaturalización del derecho ciudadano a participar en los asuntos públicos mediante referéndum.

El 10 de setiembre de 1996, treinta y seis congresistas interpusieron, de conformidad con el numeral cuarto del artículo 203º de la Constitución vigente, una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26592, argumentando esencialmente que dicha norma violaba los artículos 31º y 32º de la Constitución y constituía, en términos prácticos, una modificación de la Constitución sin observar el procedimiento constitucional de reforma, con lo cual violaba también el artículo 206º de la Carta Magna.



El apoderado del Congreso de la República, al contestar la demanda, argumentó que la norma impugnada “no desnaturaliza la institución del referéndum ni la deroga, sino que precisa los requisitos para que se pueda promover un referéndum, en el cual la ciudadanía vote por las opciones que se le consulten; los demandantes confunden los requisitos para que se pueda promover y lograr la convocatoria a un referéndum que son actos previos en la consulta popular misma en la que el electorado expresa su voluntad sobre un tema específico.”<sup>368</sup>

Señaló también dicho apoderado que “no se puede alegar que existe una mezcla ilegal de dos sujetos legitimados, por cuanto el artículo treinta y uno de la Constitución establece que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum, pero es la ley la que debe establecer las condiciones y requisitos para su ejercicio, tal como lo dispone el inciso diecisiete del artículo segundo de la Constitución.”<sup>369</sup>

Finalizó poniendo en relieve que la norma impugnada “no modifica la Constitución sino que establece el procedimiento para el ejercicio del derecho al referéndum conforme lo establece el inciso diecisiete del artículo segundo de la Constitución; tampoco crea otra materia normativa no sujeta a referéndum, sino que establece requisitos que garanticen que la iniciativa del referéndum reúna condiciones mínimas que justifiquen su consulta a la ciudadanía.”<sup>370</sup>

Tal como fluye de los argumentos de su apoderado, el Congreso de la República se habría limitado simplemente a introducir en la LDPCC requisitos que fueron considerados necesarios para regular el ejercicio del derecho de los ciudadanos al referéndum.

En los Fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional, se reconoce “al referéndum como el sistema de democracia directa, cuya iniciativa para realizarlo debe partir de un porcentaje del electorado o de los ciudadanos y el cumplimiento de los requisitos para llevarlo a cabo debe ser función propia de los ciudadanos

---

<sup>368</sup> STC Exp. N° 003-96-I/TC, publicada el 25 de diciembre de 1996. Antecedentes.

<sup>369</sup> STC Exp. N° 003-96-I/TC. Antecedentes.

<sup>370</sup> STC Exp. N° 003-96-I/TC. Antecedentes.

interesados en su realización,<sup>371</sup> con lo cual se ponía en evidencia que el derecho de referéndum debía ser ejercido por la ciudadanía sin intervención alguna de otros órganos del Estado.

En cuanto a la regulación legal del derecho de referéndum, se consigna en dicha sentencia que “los derechos de participación, y control ciudadanos han sido reglamentados por la ley 26300, que establece en su artículo 37 que el referéndum es el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consulte. Por su parte el artículo 38 establece que el referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10% del electorado nacional. Agrega dicha ley que si una iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada substancialmente por el Congreso, se podrá solicitar la iniciación del procedimiento de referéndum, adicionando las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley.”<sup>372</sup>

Por otro lado, se consigna también que “la exigencia establecida en la Ley 26592 significa una manifiesta restricción, que puede, constituirse en impedimento para la realización del referéndum por lo que contraviene la disposición del artículo 31 de la Constitución, que como ya se ha indicado establece que es nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano en el ejercicio de sus derechos, puntualizándose que si en el Congreso no se obtuviera los 48 votos en contra de la iniciativa legislativa el referéndum ya no puede realizarse.”<sup>373</sup>

Finalmente, se señala en esta sentencia que “tiene que llegarse a la conclusión que la modificación contenida en la ley 26592 desnaturaliza ampliamente las características del referéndum al condicionarlo a la intervención del Congreso, que aunque exige una votación minoritaria de todas maneras puede impedir su realización, contrariando la voluntad del pueblo, legítimo titular de este derecho, desvirtuando así el hecho de ser un sistema de democracia directa.”<sup>374</sup>

---

<sup>371</sup> STC Exp. N° 003-96-I/TC. Fundamentos.

<sup>372</sup> STC Exp. N° 003-96-I/TC. Fundamentos.

<sup>373</sup> STC Exp. N° 003-96-I/TC. Fundamentos.

<sup>374</sup> STC Exp. N° 003-96-I/TC. Fundamentos.

Y concluye la sentencia señalando enfáticamente que “es imperativo declarar inconstitucional la Ley 26592, de fecha dieciocho de abril de mil novecientos noventa y seis.”<sup>375</sup>

Sin embargo, no obstante la claridad y la contundencia de sus fundamentos, esta demanda fue finalmente declarada infundada en estricto cumplimiento del artículo 4º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, vigente en aquel entonces,<sup>376</sup> según la cual una demanda de inconstitucionalidad debía ser declarada infundada si no se contaba con el voto favorable de seis Magistrados.

La sentencia declarando la inconstitucionalidad de la Ley N° 26592 sólo contó los votos favorables de cuatro Magistrados: Ricardo Nugent, Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano. Los Magistrados Francisco Acosta Sánchez y José García Marcelo votaron en contra.

El fallo, suscrito por los siete Magistrados que integraban en aquel entonces el Tribunal Constitucional, es elocuente por sí solo:

El Tribunal Constitucional

FALLA:

Que al no haberse obtenido 6 votos conformes para declarar inconstitucional la Ley 26592 exigidos por el artículo 4º de la Ley 26435 este Tribunal se ve obligado, contra la expresa voluntad de la mayoría de sus Miembros, a declarar infundada la demanda.<sup>377</sup>

En sus respectivos votos singulares, los Magistrados Acosta Sánchez y García Canelo argumentaron que, al no existir mayor configuración del derecho de referéndum en el texto constitucional, el constituyente habría optado por delegar en el legislador ordinario la responsabilidad de delinear el contenido, las características y los alcances del derecho de referéndum “con el único límite de

<sup>375</sup> STC Exp. N° 003-96-I/TC. Fundamentos.

<sup>376</sup> Ley N° 26435, publicada el 6 de enero de 1995.

<sup>377</sup> STC Exp. N° 003-96-I/TC. Fallo.

que éste respetase, al desarrollarla, su contenido esencial, su núcleo intangible que permitiese identificarla.”<sup>378</sup>

Señalaron ambos Magistrados que “al mismo tiempo, que, una vez regulada dicha institución, el mismo legislador que le había dotado de unas características particulares, pudiese modificar éstas, sin que ello signifique, que producida dicha modificación, ésta pueda reputarse de inconstitucional, pues tal variación de la naturaleza del referéndum, en puridad, dejó de ser un problema legal que pueda ser planteado en términos de derecho constitucional positivo, para pasar a ser un problema de estrictos términos de conveniencia política; en los que, dicho sea de paso, no corresponde entrar a evaluar o juzgar a este Colegiado.”<sup>379</sup>

Si bien es cierto que, a tenor del inciso 17º del artículo 2º de la Constitución, la regulación del derecho de referéndum fue delegada al legislador ordinario y que éste tiene la potestad de modificar dicha regulación con el objeto de garantizar un mejor ejercicio del derecho en cuestión, no lo es menos que la modificación impugnada sí era susceptible de imposibilitar, o por lo menos dificultar, que la ciudadanía ejerza su derecho a someter a referéndum un proyecto de ley que, habiendo sido rechazado por el Congreso, no hubiera obtenido los 48 votos favorables exigidos.

En efecto, dicha exigencia implica la introducción de un requisito que resulta ajeno no sólo a la voluntad de los ciudadanos sino sobre todo a las limitaciones que la propia Constitución ha establecido en su artículo 32º para el ejercicio del derecho de referéndum.

Si se tiene en consideración que el espíritu de la Constitución es, precisamente, facultar a la ciudadanía para que participe en los asuntos públicos de la Nación mediante diversos derechos provenientes de la democracia semi-directa, entre los cuales destaca el derecho de referéndum, resultaría difícil sostener que la

---

<sup>378</sup> STC Exp. N° 003-96-I/TC. Voto Singular de los Magistrados Acosta Sánchez y García Canelo. Fundamento 8, párrafo 2.

<sup>379</sup> STC Exp. N° 003-96-I/TC. Voto Singular de los Magistrados Acosta Sánchez y García Canelo. Fundamento 8, párrafo 3.

introducción del requisito en comentario tuvo por finalidad facilitar el ejercicio ciudadano de dicho derecho y, en tal sentido, regularlo mejor.

Esta intención parece haber sido, por el contrario, evitar que la ciudadanía pudiese contradecir los designios de la mayoría parlamentaria en aquel entonces, intención que se haría más palpable aún con la aprobación posterior de la Ley N° 26670, mediante la cual se derogaba el inciso c) del artículo 39° de la Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos, que preveía el derecho ciudadano a derogar mediante referéndum una norma con rango de ley.

Por otro lado, señalaron los Magistrados Acosta Sánchez y García Canelo que “la propia Constitución, en el único aspecto en que refiriéndose a esta institución ha previsto una configuración concreta, ya vislumbró la idea de la participación del Congreso, estableciendo una votación calificada, como sucede efectivamente con el caso de la reforma constitucional, que se detalla en el artículo 206° de la Carta.”<sup>380</sup>

En este punto, ambos Magistrados confundieron la introducción del referéndum como acto ratificatorio expresamente previsto por la Constitución para efecto de la modificación de sus disposiciones con el referéndum como expresión del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos mediante el ejercicio del control político respectivo.<sup>381</sup>

Mientras que el primer supuesto implica necesariamente la validación previa por el Congreso de un proyecto de norma antes de ser sometido a la convalidación del pueblo mediante referéndum, lo que obviamente supone una votación favorable determinada, el segundo implica simplemente que el referéndum procede ante un rechazo del órgano legislativo, indistintamente del número de votos emitidos a favor o en contra del citado proyecto.

---

<sup>380</sup> STC Exp. N° 003-96-I/TC. Voto Singular de los Magistrados Acosta Sánchez y García Canelo. Fundamento 10, párrafo 3.

<sup>381</sup> Ver el apartado 2.3.1.

A pesar que no pudo concluir declarando la inconstitucionalidad de la Ley N° 26592, que desnaturalizaba efectivamente el ejercicio del derecho de referéndum, la sentencia en comentario no deja de constituir un hito en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la medida que constituye la primera expresión de dicho colegiado en relación con una institución política que sigue siendo novedosa y apenas conocida en nuestro país.

La Ley N° 26592, dicho sea de paso, así como la Ley N° 26670, cuya finalidad fue recortar el ejercicio del derecho de referéndum, fueron finalmente derogadas por la Ley N° 27520, publicada el 26 de setiembre de 2001, recuperando así plena vigencia en su versión original la Ley N° 26300 – Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos.

### **3.2.2.- Sentencias sobre el caso del FONAVI**

El 29 de marzo de 2001, la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFP) inició las gestiones legales correspondientes con miras a conseguir que su iniciativa legislativa, titulada “Proyecto de Ley de devolución de dinero de FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo,” sea dictaminada y aprobada por el Congreso de la República, de conformidad con el artículo 31° de la Constitución vigente. El Congreso de la República la admitió el 27 de setiembre del mismo año con el número 864/2001-CR.

El artículo 1° de esta iniciativa es elocuente por sí solo sobre la finalidad perseguida por sus promotores:

Art.1°.- Devuélvase a todos los trabajadores que contribuyeron al FONAVI el total actualizado de sus aportes que fueron descontados de sus remuneraciones. Así mismo abónese a favor de cada trabajador beneficiario los aportes de sus respectivos empleadores, el Estado y otros en la proporción que les corresponda debidamente actualizados.

El Congreso de la República, sin embargo, aprobó la Ley N° 27677 – Ley de Uso de los Recursos de la Liquidación del FONAVI, publicada el 01 de marzo de 2002,

que se alejaba sustancialmente de la propuesta consignada en la iniciativa legislativa N° 864/2001-CR.

En efecto, en lugar de disponer la devolución individualizada de los aportes al FONAVI, la ley aprobada disponía la realización de obras de interés social:

Artículo 1º.- Los recursos provenientes de la liquidación del Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) establecido mediante Ley N° 26969 serán intangibles y serán utilizados por el Ministerio de Economía y Finanzas para financiar la construcción de viviendas de interés social, remodelación de viviendas y préstamos para ampliación de casa única, con la participación de las instituciones financieras intermediarias bajo el ámbito de la Superintendencia de Banca y Seguros. También los fondos del FONAVI podrán ser utilizados para financiar la adquisición de terrenos de interés social y materiales de construcción. (...)

Ante este desenlace, la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú procedió a recolectar el número necesario de firmas (10% del electorado) para someter a referéndum su iniciativa legislativa, de conformidad con los artículos 16º y 41º de la Ley N° 26300 – Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos.

Según estas disposiciones, se recordará, una iniciativa legislativa ciudadana podía ser sometida a referéndum si es que hubiese sido rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso y siempre y cuando se adicionara las firmas necesarias para completar el porcentaje de ley señalado. Recuérdese también que una iniciativa legislativa debe ser respaldada por un número de firmas equivalente al 0.3% del electorado, tal como lo dispone el artículo 11º de la LDPPC.

#### Resolución N° 1215-2006-JNE

Sin embargo, una vez completado el proceso de recolección de firmas y solicitada la iniciación del procedimiento de referéndum, el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) emitió el 7 de julio de 2006 la Resolución N° 1215-2006-JNE, mediante la cual declaraba su improcedencia y señalaba que,

(...) aclarada la naturaleza tributaria de los aportes del FONAVI conforme se advierte de los considerandos precedentes, la presente iniciativa ciudadana que busca la devolución de dichos aportes que se recaudaron como contribución, tiene evidentemente contenido de naturaleza tributaria; encontrándose en consecuencia incurso en las restricciones o exclusiones del ámbito material de aplicación del Referéndum dispuesto por la Constitución; por lo que, deviene inviable al no haberse acreditado la procedencia de la citada consulta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32º de la Constitución Política, 40º de la Ley 26300 y 126º de la Ley Orgánica de Elecciones;<sup>382</sup>

Los promotores del referéndum reaccionaron interponiendo un recurso extraordinario contra la citada resolución y argumentando afectación al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Sostuvieron, entre otros, que la Resolución 686-2006-JNE de fecha 27 de setiembre de 2001, mediante la cual el Jurado remitió originalmente la iniciativa legislativa al Congreso de la República, no consignaba restricción alguna en materia tributaria o presupuestal. Por tal motivo consideraban que dicha resolución tenía calidad de “cosa decidida.”<sup>383</sup>

#### Resolución N° 1278-2006-JNE

El 20 de julio de 2006, el Jurado declaró infundado el recurso aludido por medio de la Resolución N° 1278-2006-JNE y puso en relieve que sus responsabilidades en materia de remisión de iniciativa legislativa ciudadana al Congreso de la República eran muy distintas de aquellas en relación con la tramitación de una solicitud de convocatoria a referéndum.

Al respecto argumentó que

(...) debe precisarse que en el caso de la iniciativa legislativa, el Jurado Nacional de Elecciones, luego de verificar los requisitos formales, remite la iniciativa al Congreso de la República, para que éste, como órgano resolutor, le dé el trámite correspondiente, debiendo ser vista, en primer término en la comisión dictaminadora, para luego, de ser el caso, ser debatida en el pleno, con arreglo a lo previsto en los artículos 11º y 13º de la Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos N° 26300 y los artículos 77º y 78º del Reglamento del Congreso de la República; cosa distinta al trámite que se da a la solicitud de convocatoria a

<sup>382</sup> Resolución N° 1215-2006-JNE de fecha 07 de julio de 2006. Considerando décimo primero.

<sup>383</sup> Resolución N° 1278-2006-JNE de fecha 20 de julio de 2006. Considerando cuarto.



referéndum, en que corresponde al Jurado Nacional de Elecciones hacer no sólo la calificación de cuestiones formales, sino también de fondo, por ser este organismo al que compete convocar a consulta popular de referéndum, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44° de la Ley N° 26300; y es por lo antes expuesto, que el Jurado Nacional de Elecciones no emitió juicio respecto de la materia sobre la (que) versaba la iniciativa legislativa “Proyecto de Ley de Devolución de Dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo”, al momento de remitirla al Congreso de la República mediante Resolución N° 686-2001-JNE, la que, en efecto tiene la calidad de cosa decidida en lo que se refiere a dicha iniciativa,<sup>384</sup>

Posteriormente, los promotores recurrieron a la vía judicial interponiendo el 26 de octubre de 2006 una acción de amparo contra el JNE ante el Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, recurso que fue rechazado liminarmente el 3 de noviembre del mismo año por motivos de falta de legitimidad para actuar. Esta decisión fue apelada y declarada improcedente por la Corte Superior de Justicia de Lambayeque el 22 de enero de 2007. Esta última, a su vez, fue impugnada mediante un recurso de agravio constitucional el 12 de febrero de 2007 y el expediente fue remitido al Tribunal Constitucional.

#### Sentencia sobre el Expediente N° 1078-2007-PA/TC

En su acción de amparo contra el JNE del 26 de octubre de 2006, los promotores de la convocatoria a referéndum en comentario, representados por don José Miguel Ángel Cortez Vigo, solicitaban que se declare la nulidad de las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones N° 1215-2006-JNE y N° 1278-2006-JNE de fechas 07 y 20 de julio de 2006, respectivamente, y que se disponga la convocatoria a referéndum.<sup>385</sup>

Adujeron los accionantes que su demanda se sustentaba en una supuesta vulneración de sus derechos constitucionales a la participación en los asuntos

<sup>384</sup> Resolución N° 1278-2006-JNE de fecha 20 de julio de 2006. Considerando quinto.

<sup>385</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC de fecha 03 de setiembre de 2007. Una sentencia idéntica – Exp. N° 3283-2007-PA/TC – fue emitida el mismo día en relación con una demanda presentada en términos idénticos por don Máximo Tomás Salcedo Meza, presidente de la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFPP). Hubo una tercera acción de amparo presentada por la ANFPP que llegó al Tribunal Constitucional por la vía de recurso de agravio constitucional – STC Exp. N° 5180-2007-PA/TC – pero fue declarada improcedente a la luz de las dos sentencias aludidas.

públicos mediante referéndum así como de sus derechos al debido proceso y a la tutela procesal efectiva.

En relación con la supuesta vulneración de sus derechos políticos, argumentaron los citados demandantes que

(...) el JNE se ha arrogado funciones que no le competen en la medida que pretende verificar requisitos exigidos por la Constitución y la Ley, lo cual es atribución de la ONPE; que el JNE pretende interpretar la naturaleza de la norma, cuando ello le compete al Congreso de la República, que ya lo hizo puesto que ya definió la naturaleza del proyecto de ley (cuando se presentó la iniciativa legislativa) y no le atribuyó carácter tributario.<sup>386</sup>

Y, en relación con la supuesta afectación del derecho al debido proceso y tutela procesal efectiva, argumentaron que

(...) la decisión del JNE, al basarse en el Oficio N.º 095-2006-PCM/DM, ha sido notoriamente influenciada por el Poder Ejecutivo, pues, al darle participación al Presidente del Consejo de Ministros, ha convertido en los hechos a este procedimiento en uno trilateral administrativo de carácter contencioso, rompiendo con ello la autonomía de esta entidad y desobedeciendo el artículo 31º de la Constitución, el cual garantiza la neutralidad del Estado en los procesos electorales.<sup>387</sup>

Asimismo, negaron los demandantes que el desembolso efectuado al FONAVI constituyera materia tributaria, argumentando que dicho Fondo

(...) en realidad constituye un recurso financiero de carácter privado, por cuanto es propiedad absoluta de los trabajadores aportantes; que nació como participación financiera de los trabajadores con la finalidad de ser destinada exclusivamente a la construcción y refacción de viviendas de los aportantes; que, respecto a la modificación de la norma (a través de la Ley 25520), que establecía que los recursos se utilicen para la electrificación de asentamientos humanos, ello se otorgaba en calidad de crédito, lo que evidencia que los fondos del FONAVI no son de libre disposición del Estado, al contrario de lo que sucede con los tributos. Asimismo, reseña las características de las diferentes clases de tributos

<sup>386</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC. Antecedentes. Demanda.

<sup>387</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC. Antecedentes. Demanda. En dicho Oficio, la Presidencia de Consejo de Ministros señala que “atendiendo a que los recursos financieros del FONAVI era contribuciones obligatorias de los trabajadores cualquiera sea su régimen o estatuto laboral, estas tenían carácter tributario (...)”

(impuestos, contribuciones y tasas), las mismas que no corresponden a la realidad fáctica y legal del FONAVI.<sup>388</sup>

A la luz de estos argumentos, el Tribunal Constitucional procedió a examinar si era procedente pronunciarse sobre una demanda de amparo contra Resoluciones del JNE; si las contribuciones de los trabajadores al FONAVI tenían, en efecto, naturaleza tributaria; y, por último, si las Resoluciones del JNE que habían sido impugnadas habían sido emitidas de conformidad con los cánones constitucionales respectivos. En vista de los fines del presente trabajo, sólo se examinará las consideraciones del Tribunal Constitucional en relación con el segundo punto señalado, es decir, para dilucidar si los aportes al FONAVI tenían o no un carácter tributario.

Al respecto, el Tribunal Constitucional centró su análisis esencialmente en el marco del artículo 74º de la Constitución vigente, según el cual “los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo (...).”

En tal sentido señaló que

[e]stos aportes, para ser considerados como tributo, deben cumplir con el principio de legalidad y reserva de ley que ordena el artículo 74 de la Constitución, así como reunir los elementos esenciales del tributo, es decir que: a) su creación debe ser por ley, b) la obligación pecuniaria debe estar basada en el *ius imperium* del Estado, y c) deben estar respaldados por su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito.<sup>389</sup>

Asimismo, el Tribunal Constitucional sometió a análisis el Decreto Ley N° 22591, mediante el cual se creó el FONAVI, y llegó a la conclusión que dicho Fondo

(...) no cumplía con los principios constitucionales tributarios, en especial con el de reserva de ley, pues, en tal razón, si se hubiera tratado de un tributo, tenía que haberse definido expresamente como tal, ya que el artículo 74 de la Constitución reserva al legislador la facultad

<sup>388</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC. Antecedentes.

<sup>389</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC. Fundamento 2: Carácter tributario de las contribuciones de los trabajadores al FONAVI.

para crear tributos y esa facultad no puede ser materia de interpretación, antes bien, debe manifestarse explícitamente, lo que no sucede con la norma que se analiza; tampoco puede considerarse como una contribución, pues, como se observa, el FONAVI es administrado por una persona jurídica (el Banco de la Vivienda) diferente al Estado y no está destinado a la realización de obras públicas o de actividades estatales, más bien se trataba de un fondo para viviendas de los trabajadores, actividades y obras de carácter privado; mucho menos puede decirse que se trataba de una tasa, pues, ella supone el pago por una prestación de un servicio directo al contribuyente, actividad o prestación que no se realiza en el marco del Decreto Ley 22591. Finalmente, la ley en examen no cumple con el principio de legalidad, pues no contiene en forma expresa la voluntad del legislador de crear un tributo. Conforme se sostiene, las contribuciones de los trabajadores al FONAVI no son impuestos desde el 30 [de junio] de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998.<sup>390</sup>

Por consiguiente, el Tribunal Constitución emitió su sentencia mediante cuatro votos a favor y tres en contra, resolviendo

1. Declarar **FUNDADA** la demanda.
2. Declarar nulas las Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones N.º 1215-2006-JNE y N.º 1278-2006-JNE, debiendo esta entidad emitir nuevo pronunciamiento en cumplimiento del artículo 32.2 de la Constitución Política del Estado.<sup>391</sup>

### Votos Singulares

Este parecer, como se ha señalado, no fue compartido por tres Magistrados aunque por motivos distintos. Dos de ellos coincidieron en que, si bien resultaba decisivo para la resolución de la presente demanda, es decir para estimarla o desestimarla, determinar la naturaleza jurídica de los aportes al Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI), no era en realidad la primera vez que dicho asunto era ventilado en sede constitucional.<sup>392</sup>

---

<sup>390</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC. Fundamento 2: Carácter tributario de las contribuciones de los trabajadores al FONAVI.

<sup>391</sup> El mismo día, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia Exp. N° 3283-2007-PA/TC, en relación con una demanda de amparo presentada en idénticos términos por la ANFPP ante la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Ambas sentencias son *mutatis mutandi* de idéntico tenor.

<sup>392</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC. Voto singular de los Magistrados Landa Arroyo y Mesía Ramírez. Fundamento 7.

En efecto, ambos Magistrados consignaron en el Fundamento 8 de su Voto Singular el Fundamento Jurídico 4.1. de la sentencia del Tribunal recaída en el expediente N° 001-1999-AI/TC, publicada el 18 de enero de 2002, y según el cual

“(…) **[s]iendo el FONAVI un tributo** destinado a fines predeterminados, el Estado no sólo debió disponer que las recuperaciones que se deriven de la aplicación de las normas cuestionadas, así como la recaudación de los montos pendientes de pago del mismo, constituirán recursos del Fondo MIVIVIENDA o del Banco de Materiales, sino, además, debió establecer que el fondo **del referido tributo**, que ya estaba en poder de la UTE-FONAVI al momento de la vigencia de las normas cuestionadas, también pase a formar parte del Fondo MIVIVIENDA o del Banco de Materiales, y no disponer en el inciso 6.2) del artículo 6° de la Ley N.° 26969, que, al concluir el proceso de liquidación del FONAVI, el Ministerio de Economía y Finanzas asuma la totalidad de activos y pasivos resultantes de dicha liquidación.<sup>393</sup>

Por consiguiente, concluyeron ambos Magistrados en el Fundamento siguiente de su Voto Singular que

[en] ese sentido y considerando lo decidido en jurisprudencia anterior de este Tribunal, la solicitud de devolución de los aportes al FONAVI, debido a su carácter tributario, no puede ser objeto de referéndum, puesto que, como ya se señaló, el artículo 32° de la Constitución ha excluido a las normas de naturaleza tributaria de la posibilidad de ser sometidas a referéndum. En consecuencia, la demanda debe ser desestimada al no advertirse una vulneración del derecho a participar, en forma individual o colectiva en la vida política, económica, social y cultural de la Nación; derecho que está reconocido en el artículo 2° inciso 17 de la Constitución del Estado.<sup>394</sup>

Al respecto, se debe señalar que el Fundamento Jurídico de la STC N° 001-1999-AI/TC sí fue objeto de consideración en el análisis efectuado en la sentencia en comentario pero fue rechazado por considerarse que no tenía relevancia en este caso. Según se consigna en dicha sentencia,

[e]l JNE indica en sus resoluciones que el Tribunal Constitucional, mediante STC 001-1999-AI/TC, declaró inconstitucional el artículo 2.1. de la Ley 26969, los artículos 3 y 4 de la Ley 27044, y el artículo 2 de

<sup>393</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC. Voto singular de los Magistrados Landa Arroyo y Mesía Ramírez. Fundamento 8 (énfasis en el original).

<sup>394</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC. Voto singular de los Magistrados Landa Arroyo y Mesía Ramírez. Fundamento 9.

la Ley 27045, en el extremo que permite que el Estado se apropie, por concepto de “contribuciones reembolsables”, de ingresos superiores al monto prestado por la UTE del FONAVI y, asimismo, que declaró inconstitucional el inciso 6.2. del artículo 6 de la Ley 26969, que permitía que el Estado haga uso libre del saldo que resulte de la liquidación del FONAVI, dándole carácter tributario a los aportes al Fondo Nacional de Vivienda. Sin embargo, debe precisarse que dicho argumento carece de validez ya que las normas y períodos reclamados por los asociados son anteriores a la fecha de la sentencia emitida por este Colegiado. (...) <sup>395</sup>

Al mismo tiempo, no está de más agregar que el Fundamento de la sentencia recaída en el Expediente N° 001-1999-AI/TC no constituye un análisis de la naturaleza jurídica de los aportes al FONAVI sino, más bien, un análisis del comportamiento del Estado en relación con dichos aportes, cuya naturaleza tributaria parecía darse por descontada.

El punto de vista del tercer Magistrado que se pronunció en contra del parecer mayoritario en esta sentencia se sustentó en razones de carácter más bien procesal. Dicho Magistrado consideraba, en efecto, que no correspondía un pronunciamiento sobre el fondo del asunto sino, más bien, que “se revoque el auto cuestionado de rechazo liminar y se ordene al juez de la primera instancia admitir a trámite la demanda,” debido a que la acción de amparo había sido rechazada en primera instancia. <sup>396</sup>

El 18 de octubre de 2007, el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas se dirigió al Tribunal Constitucional solicitando que declare la nulidad de la sentencia en comentario. El 29 de octubre de 2007, el Tribunal Constitucional declaró la improcedencia de la citada solicitud de nulidad, argumentando que el Procurador Público aludido no había intervenido, ni como parte ni como litisconsorte, en ninguna etapa del proceso. <sup>397</sup>

---

<sup>395</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC. Fundamento 3.b): Referencia a la jurisprudencia emitida por este Tribunal sobre el FONAVI.

<sup>396</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC. Voto singular del Magistrado Vergara Gotelli.

<sup>397</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC. Resolución de fecha 29 de octubre de 2007.

Resolución N° 260-2007-JNE

De conformidad con lo dispuesto en el punto segundo de la sentencia N° 1078-2007-PA/TC que acaba de ser comentada, el Jurado Nacional de Elecciones cumplió con emitir un nuevo pronunciamiento a través de su Resolución N° 260-2007-JNE de fecha 21 de diciembre de 2007.

En su nuevo pronunciamiento, el JNE notó que, si bien el ejercicio del derecho a referéndum ha sido vedado a “las normas de carácter tributario y presupuestal,” de conformidad con el párrafo segundo del artículo 32° de la Constitución vigente, el análisis del Tribunal Constitucional se había centrado en determinar *sólo* la supuesta naturaleza tributaria del proyecto de ley de la ANFPP, omitiendo así examinar también su dimensión presupuestal.

En tal sentido, el JNE señaló que,

[d]e otro lado, el contenido y formas de devolución de los aportes previstos en el proyecto de norma de la ANFPP, denotan que las mismas no podrían ejecutarse sin que ello incida en el Presupuesto Nacional de la República, por requerir la afectación de fondos públicos. *El mencionado análisis presupuestal, no ha sido efectuado por el TC; omitiendo realizar una aplicación integral del artículo 32° de la Constitución Política, aspecto que junto con el tributario resulta esencial y determinante para evaluar la procedencia de la solicitud de referéndum.*<sup>398</sup>

Al mismo tiempo, el JNE explicó también las razones por las cuales optó por no incluir referencia alguna, en su propio análisis sobre el proyecto de ley de la ANFPP, a los aspectos presupuestales de este último. Entre dichas razones, mencionó la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

En materia jurisdiccional, cuando se detecta una causal de improcedencia manifiesta, constituye una prerrogativa del órgano jurisdiccional, exonerarse de la carga de analizar si se configuran o no, en simultáneo, otras causales de improcedencia, por resultar ello inoficioso, considerando que el efecto jurídico o resultado de cualquiera de ellas, sería el mismo, es decir, la desestimación de la pretensión

---

<sup>398</sup> Resolución N° 260-2007-JNE de fecha 21 de diciembre de 2006. Párrafo 11.I. (énfasis agregado)

concreta con un pronunciamiento no de fondo, sino inhibitorio.

Por ello, estando al criterio prácticamente unánime de la doctrina especializada, del Tribunal Fiscal e incluso del propio TC (como fluye de la citada Sentencia N° 001-1999-AI/TC); respecto a que el FONAVI constituía un tributo, fue que se consideró inoficioso, en su momento, evaluar otros aspectos del mencionado proyecto de Ley que también pudiesen conllevar a la improcedencia de lo solicitado, pues los argumentos vertidos en relación a la causal ya detectada, basada en razones de índole tributario, fueron más que suficientes para motivar debidamente la denegatoria de la solicitud de referéndum.<sup>399</sup>

Al respecto, no está de más notar que el carácter presupuestal del proyecto de ley en comentario es aún más patente que el carácter tributario, toda vez que, en puridad, el objeto del citado proyecto no incidía sobre la contribución misma al fondo sino sobre el destino del fondo creado con los aportes de los trabajadores.

Recuérdese además que la obligación misma de efectuar tales aportes ya había quedado sin efecto al sustituirse el FONAVI por el Impuesto Extraordinario de Solidaridad (IES) en virtud del artículo 3.1° de la Ley N° 26969 – Ley de Extinción de Deudas de Electrificación y de Sustitución de la Contribución al FONAVI por el Impuesto Extraordinario de Solidaridad.

Si podía haber duda alguna sobre la naturaleza tributaria de los aportes al FONAVI, resultaba evidente que la eventual devolución de dichos aportes no podía no tener implicaciones de carácter presupuestal, lo que hubiera justificado una aproximación más matizada al problema de parte del Tribunal Constitucional. A la luz de este elemento de juicio, que no había sido tomado en consideración anteriormente, el JNE resolvió ratificar, en este nuevo pronunciamiento, su posición de considerar improcedente la solicitud de someter a referéndum el proyecto de ley de la ANFPP:

Proveyendo la petición, declararon que el proyecto de texto legal de 13 artículos presentado por la ANFPP, es de manifiesto contenido presupuestario, extremo sobre el cual no ha habido pronunciamiento, pero que conforme al citado artículo 32 in fine, de la Constitución Política, también determina jurídicamente la improcedencia del

---

<sup>399</sup> Resolución N° 260-2007-JNE de fecha 21 de diciembre de 2006. Párrafo 38.



referéndum, como vía legal idónea para canalizar la pretensión de los peticionantes.<sup>400</sup>

### Resolución sobre el Expediente N° 5180-2007-PA/TC

Al mismo tiempo que el Tribunal Constitucional resolvía las dos acciones de amparos mediante sendas sentencias emitidas el mismo día, el 3 de setiembre de 2007 – expedientes 1078-2007-PA/TC y 3283-2007-PA/TC –, otra filial de la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFPP), con base en Tarma, presentaba a su vez una acción de amparo contra el JNE en términos idénticos: declaración de nulidad de las Resoluciones 1215-2006-JNE y 1278-2006-JNE y convocatoria a referéndum.

A la luz de los dos antecedentes citados, el Tribunal Constitucional emitió la Resolución N° 5180-2007-PA/TC el día 7 de enero de 2008, señalando que ya se había pronunciado sobre el fondo de la materia en las dos sentencias aludidas y ratificando su punto de vista sobre la naturaleza jurídica del FONAVI:

En efecto, el anterior pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional resolvió, por mayoría, declarar fundadas las demandas interpuestas sosteniendo con absoluta claridad que las contribuciones de los trabajadores al FONAVI no constituyen tributos desde el 30 de junio de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley N° 26969 de fecha 21 de agosto de 1998; puesto que no se cumplía con el principio de legalidad y reserva de ley, que establece el artículo 74° de la Constitución para que sea considerado como tal.<sup>401</sup>

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional declaró improcedente esta demanda en aplicación de lo dispuesto por el inciso 6) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional y por el artículo 6° de dicho cuerpo normativo.<sup>402</sup>

Pero lo más importante de esta resolución, en el contexto del presente trabajo, es que el Tribunal Constitucional optó también por declarar la nulidad de la

<sup>400</sup> Resolución N° 260-2007-JNE de fecha 21 de diciembre de 2006. Resolución segunda.

<sup>401</sup> RTC Exp. N° 5180-2007-PA/TC. Resolución. Párrafo 5.

<sup>402</sup> Ley 28237 – Código Procesal Constitucional. Artículo 5° inciso 6): No proceden los procesos constitucionales cuando: se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia; y artículo 6°: En los procesos constitucionales sólo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.

Resolución N° 260-2007-JNE, mediante la cual el Jurado Nacional de Elecciones había cumplido con emitir un nuevo pronunciamiento con fecha 21 de diciembre de 2007, acatando así lo dispuesto por el propio Tribunal en sus dos sentencias de fecha 3 de setiembre de 2007.<sup>403</sup>

En ambas sentencias, conviene recordar, el Tribunal Constitucional se había limitado a declarar la nulidad de las dos Resoluciones del JNE que habían sido impugnadas por la ANFPP – 1215-2006-JNE y 1278-2006-JNE – y a exigir del Jurado “un nuevo pronunciamiento en cumplimiento del artículo 32.2 de la Constitución Política del Estado,” pero sin señalar expresamente en qué sentido debía ser hecho dicho “nuevo pronunciamiento” ni, menos aún, disponer que el referéndum solicitado debiese ser convocado.<sup>404</sup>

Este punto es importante en la medida que el Tribunal Constitucional parece haber optado por no examinar los nuevos argumentos expuestos por el Jurado Nacional de Elecciones en relación con la dimensión presupuestal de la iniciativa legislativa cuyo sometimiento a referéndum exigían los fonavistas y haber decidido, en cambio, declarar la referida Resolución del JNE “nula de pleno derecho.”<sup>405</sup>

Más aún, el Tribunal Constitucional optó también por señalar expresamente en esta oportunidad cuál era el curso a seguir en este asunto:

En consecuencia corresponde al juez executor requerir al JNE para que dicte la respectiva resolución conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional y, de ser el caso, este último admita la iniciativa legislativa para su sometimiento a referéndum y, sea luego, el órgano competente el que lo convoque en el tiempo, condición y modo necesarios de acuerdo a lo señalado por el artículo 44° de la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, modificado por el artículo 2° de la Ley N° 27520. Además se debe señalar que el Congreso de la República dictó la Ley N° 27677, Ley de uso de los recursos de la liquidación del FONAVI, la que modificó sustancialmente la iniciativa legislativa propuesta, por lo que da lugar a la solicitud de

<sup>403</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC y N° 3283-2007-PA/TC.

<sup>404</sup> STC Exp. N° 1078-2007-PA/TC y 3283-2007-PA/TC. Fallo.

<sup>405</sup> RTC Exp. N° 5180-2007-PA/TC. Resolución. Párrafo 7.

referéndum, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16<sup>o</sup> de la Ley N<sup>o</sup> 26300 antes citada.<sup>406</sup>

Finalmente, el Tribunal Constitucional consideró oportuno incluir “algunas precisiones que el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo podrían tomar en cuenta,” mediante las cuales sugería que “los mecanismos para la devolución puedan tener un carácter colectivo” y que “el Estado tiene la posibilidad de excluir a los supuestos ‘beneficiarios’” en los casos de fonavistas que “hubieran accedido parcial o totalmente a dicho Fondo o a aquellos que, dadas las circunstancias, hubiesen concretado su derecho a la vivienda digna.”<sup>407</sup>

Estas “precisiones” podrían generar algunas confusiones al momento de poner en práctica las disposiciones de la iniciativa legislativa de la ANFPP, debido al carácter esencialmente individual de la devolución que propone, en caso de ser ésta aprobada mediante el referéndum que ha sido finalmente convocado por el JNE mediante su Resolución N<sup>o</sup> 331-2008-JNE de fecha 7 de octubre de 2008.

La realización de la consulta popular fue prevista inicialmente para el 3 de mayo de 2009 pero fue postergada hasta el 21 de noviembre de 2010 en virtud de la Resolución N<sup>o</sup> 312-2009-JNE de fecha 07 de mayo de 2009. Mediante acuerdo del Pleno de fecha 15 de diciembre de 2009, el JNE ha determinado que el referéndum tenga lugar el día domingo 3 de octubre de 2010.

### **3.3.- Proceso de descentralización**

La jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de emitir sobre el referéndum en materia de descentralización está desarrollada, principalmente, en su sentencia sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 22<sup>o</sup> de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones<sup>408</sup>, presentada por el Consejo Regional del Gobierno Regional de Lambayeque el 28 de octubre de 2005.<sup>409</sup>

<sup>406</sup> RTC Exp. N<sup>o</sup> 5180-2007PA/TC. Resolución. Párrafo 7.

<sup>407</sup> RTC Exp. N<sup>o</sup> 5180-2007PA/TC. Resolución. Párrafo 8.

<sup>408</sup> Ley N<sup>o</sup> 28274, publicada el 09 de julio de 2004.

<sup>409</sup> STC Exp. N<sup>o</sup> 028-2005-PI/TC, publicada el 21 de abril de 2006.

Ello no significa, sin embargo, que dicha demanda haya sido la única en materia de descentralización y referéndum que fuera sometida a la consideración del Tribunal Constitucional.

El 31 de julio de 1998, la Ley N° 26922 – Ley Marco de Descentralización fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad presentada por el Alcalde Metropolitano de Lima, pero el Tribunal Constitucional optó por no pronunciarse debido a que, al momento de la vista de la causa, el Capítulo XIV del Título IV sobre descentralización había sido modificado por la Ley de Reforma Constitucional N° 27680 y la propia norma impugnada, la Ley N° 26922, había sido derogada por la Ley N° 27783 – Ley de Bases de la Descentralización, produciéndose así la sustracción de la materia justiciable.<sup>410</sup>

Posteriormente, el Gobierno Regional de Pasco interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 26458, mediante la cual se creó a provincia de Lauricocha en departamento de Huanuco. En esta oportunidad, el Tribunal Constitucional declaró infundada dicha demanda señalando que

el artículo 190 de la Constitución, tanto en su redacción original como en su contenido actual, no resulta aplicable al caso de autos, puesto que la norma cuestionada, no es una que crea una región o que cambie la conformación de alguna de ellas, en la medida que el proceso de regionalización – en el esquema de la Constitución de 1993 –, aún no había comenzado cuando se creó la Provincia de Lauricocha.<sup>411</sup>

#### Sentencia sobre el Expediente N° 028-2005-PI/TC

La norma impugnada por el Gobierno Regional de Lambayeque fue el artículo 22° de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, relativo a los resultados de los referendos para conformar regiones. Según dicha norma,

[e]s aprobada la propuesta de conformación de Regiones cuando mediante el referéndum alcanza un resultado favorable de cincuenta por ciento (50%) más uno de los votantes que efectivamente acudieron a votar en la consulta, de cada circunscripción. El Jurado Nacional de

<sup>410</sup> STC Exp. N° 004-98-AI/TC, publicada el 26 de noviembre de 2002.

<sup>411</sup> STC Exp. N° 0033-2005-PI/TC, publicada el 19 de setiembre de 2006. Fundamento 3.

Elecciones comunica los resultados oficiales al Poder Ejecutivo a efectos de que proponga las iniciativas legislativas correspondientes, de conformidad con el inciso 7) del artículo 102º de la Constitución Política.

En su demanda, el citado Gobierno Regional señaló que la norma impugnada “constituye un serio retroceso al proceso de descentralización en que está inmerso nuestro país” por tratarse de una disposición

restrictiva de los derechos de los ciudadanos y colectividades del Perú, pues su aplicación colisiona con el marco constitucional dispuesto por el tercer párrafo del artículo 190º de la Constitución, modificado por la Ley N° 27680, marco que está desarrollado en el artículo 29º de la Ley N° 27783, Ley de Bases de la Descentralización.<sup>412</sup>

Agregó el demandante que

la cuestionada disposición legal no se subordina al principio original de la creación de la región, que es el mandato taxativo de que son las poblaciones de dos circunscripciones departamentales quienes pueden formar una región, siendo adjetivo si otras circunscripciones consideradas en los antecedentes de la propuesta final, se pronuncien desfavorablemente.<sup>413</sup>

En buena cuenta, el demandante sostenía que, en el caso de una propuesta de conformación de regiones que incluía a más de dos circunscripciones colindantes, bastaba que el referéndum hubiese sido favorable en dos de éstas para que una región hubiese sido constituida.

Por otro lado, señaló el demandante que

el artículo 22º de la Ley N.º 28274 contendría una manera específica de regular el tema del cómputo de los votos para el caso del referéndum para la conformación de regiones, toda vez que dicha interpretación afectaría las disposiciones de la Ley N.º 26859, Ley Orgánica de Elecciones, y de la Ley N.º 26300, Ley de Derechos de Participación y Control Ciudadanos (norma especial en materia de referéndum, por lo que es la norma más apropiada para regular el artículo 31º de la Constitución), las cuales excluyen del cómputo a los votos nulos y blancos.<sup>414</sup>

<sup>412</sup> STC Exp. N° 028-2005-PI/TC. Antecedentes.

<sup>413</sup> STC Exp. N° 028-2005-PI/TC. Antecedentes.

<sup>414</sup> STC Exp. N° 028-2005-PI/TC. Antecedentes.

En este punto, la posición del demandante era que los votos nulos y blancos no debían ser computados de conformidad con lo dispuesto tanto por la Ley Orgánica de Elecciones y la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos y que, por ello, el cómputo debía ser efectuado según dichas normas y no según lo dispuesto por el artículo 22º de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional distinguió claramente estos dos elementos del petitorio y los abordó de manera separada: en primer lugar, conformación de regiones; y, en segundo lugar, contabilización de votos nulos y blancos.

### Conformación de regiones

El argumento del Tribunal Constitucional en relación con este primer punto es muy sencillo y se sustenta en la siguiente definición de referéndum:

Un 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. Es una votación oficial para asuntos especiales, donde la opinión del electorado es solicitada para un tema específico.<sup>415</sup>

En tal sentido, a la población se le somete una “propuesta” de conformación de región que puede estar constituida por la fusión de dos o más circunscripciones departamentales y la población se pronuncia sobre dicha “propuesta”, que puede ser aceptada si el resultado del referéndum es favorable en todas las circunscripciones departamentales involucradas o rechazada en caso contrario.

Es por ello que el Tribunal Constitucional ha señalado que

[I]o que intenta el recurrente es la conformación de una región partiendo de las expectativas de los ciudadanos, pero no en cuanto a la conformación de una *propuesta en conjunto*, sino respecto a una conformación distinta a la planteada, con lo cual se estaría yendo en

---

<sup>415</sup> STC Exp. N° 028-2005-PI/TC. Fundamento 4.

contra de la expresión popular para conformar una región por la cual nunca se votó.<sup>416</sup>

Más adelante el Tribunal Constitucional recalcará esta idea al señalar que “si el ciudadano vota para conformar una determinada región, no debería conformarse otra, con lo cual no habría un sufragio transparente.”<sup>417</sup>

Y concluirá poniendo en relieve que “la proposición sometida a escrutinio popular es única, indisoluble, singular e indivisible. Tan sólo se podrá aceptar o rechazar la propuesta total presentada a los electores,…”<sup>418</sup>

Hay, sin embargo, otro punto que merece comentario. El Tribunal Constitucional define el referéndum, a inicio de este acápite, como “una forma de encuesta general,” definición que induce a relativizar la naturaleza de la voluntad expresada en una votación popular y no contribuye, por ello, a esclarecer el sentido del concepto de referéndum.

Una encuesta no es sino un simple sondeo de opinión utilizado por lo general para determinar en términos aproximados alguna tendencia en el sentir de los individuos encuestados, sin que el resultado de tal ejercicio produzca efecto jurídico alguno.

Una votación popular celebrada en el marco de un referéndum es algo muy distinto. Según el profesor Grisel, una votación popular constituye un escrutinio oficial mediante el cual la ciudadanía convocada zanja por mayoría un asunto que ha sido sometido a su consideración. Esta idea es recogida claramente en la Ley Orgánica de Elecciones, cuyo artículo 6º señala expresamente que las consultas “tienen carácter mandatario.”<sup>419</sup>

---

<sup>416</sup> STC Exp. Nº 028-2005-PI/TC. Fundamento 3. (énfasis agregado)

<sup>417</sup> STC Exp. Nº 028-2005-PI/TC. Fundamento 5.

<sup>418</sup> STC Exp. Nº 028-2005-PI/TC. Fundamento 6.

<sup>419</sup> Ver el apartado 1.3.3. y el inciso 2.2.2.1.

### Cómputo de votos nulos y blancos

Para resolver este segundo punto, en relación con lo dispuesto sobre el cómputo de votos por la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones<sup>420</sup>, el Tribunal Constitucional recurre al artículo 39º de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, según el cual el referéndum procede en “las materias a que se refiere el artículo 190º de la Constitución, según ley especial” y concluye que dicha ley especial es, precisamente, la norma impugnada:

Es decir, que si bien la Ley N° 26300 es la que expone con mayor claridad la forma en que debe realizarse un referéndum (sobre todo en su artículo 42º, según el cual no se toma en cuenta para el escrutinio, los votos nulos y en blanco), queda claro que ha remitido el tema de descentralización a una ley especial. Esta ley es la N° 28274.<sup>421</sup>

En buena cuenta, lo que el Tribunal Constitucional parece haber entendido es que la “ley especial” a que se refiere el citado artículo 39º de la LDPCC es, efectivamente, la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones.<sup>422</sup> Así lo señala expresamente en el Fundamento glosado pero sin dar explicación alguna sobre el razonamiento utilizado para llegar a dicha conclusión.

La Ley de Bases de la Descentralización, conviene recordar, constituye la ley orgánica que desarrolla el capítulo de la Constitución sobre la descentralización, tal como lo estipula expresamente su artículo primero. Y la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, por otro lado, constituye la “ley especial” que tiene por objeto fijar los “incentivos” referidos en el artículo 30.3 de la Ley de Bases de la Descentralización.<sup>423</sup>

En tal sentido, se debe entender que la Ley de Bases de la Descentralización tiene por objeto fijar el gran marco jurídico que habrá de regir todo el proceso de

<sup>420</sup> Ley N° 28274, publicada el 09 de julio de 2004.

<sup>421</sup> STC Exp. N° 028-2005-PI/TC. Fundamento 8.

<sup>422</sup> Artículo 39º de la LDPCC: “Procede el Referéndum en los siguientes casos: d) En las materias a que se refiere el artículo 190º de la Constitución, según ley especial.”

<sup>423</sup> Artículo 30.3 de la Ley de Bases de la Descentralización: “Por ley especial se fijan los incentivos especiales para la integración y conformación de regiones.”



descentralización, es decir establecer “la finalidad, principios, objetivos y criterios generales” de dicho proceso, de conformidad con el artículo 2º de la citada ley orgánica. Y la definición de la mayoría necesaria para que los referendos celebrados en dicho proceso surtan efecto puede ser razonablemente incluida entre tales “criterios generales.”

La Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, por otro lado, debe ser entendida como una norma destinada a crear incentivos cuyo objeto es estimular y facilitar el citado proceso de descentralización, es decir referidos “a políticas de Estados orientadas a que los Gobiernos Regionales ejecuten acciones encaminadas a la integración física, económica, fiscal, cultural social y política para la conformación de Regiones,” de conformidad con el artículo 2º de dicha “ley especial.”

Como se puede apreciar, difícilmente se podría sostener que la definición de la mayoría necesaria en materia de referendos constituya un “incentivo” para la integración y conformación de regiones, máxime cuando dicha mayoría ya había sido definida previamente en la Ley de Bases de la Descentralización, por tratarse de una norma más adecuada para dicho tipo de definición.

Por otro lado, si la voluntad del legislador hubiese sido sustituir el criterio señalado en el artículo 29.4 de la Ley de Bases de la Descentralización por aquel del artículo 22º de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, hubiese bastado señalarlo entre las disposiciones modificatorias de esta última, que incidieron expresamente sobre los numerales 29.1, 29.2 y 29.3 de la primera, pero no se hizo referencia alguna al numeral 29.4.

Más aún, tampoco podría argumentarse la procedencia de la derogatoria tácita en aplicación del principio según el cual una norma posterior deroga a la anterior. En efecto, tal como se ha visto, si bien se trata en ambos casos de normas en materia de descentralización, ambas tienen un objeto distinto: mientras que la primera tiene por objeto sentar las bases del proceso de descentralización, el objeto de la segunda es tan sólo fijar los incentivos para estimular dicho proceso. El alcance de esta última estaba limitado por su propia especificidad. Una

eventual derogatoria en este caso debió ser expresa, pero, como se acaba de ver, no la hubo.

Por tales motivos, al momento de ser emitida y publicada la sentencia del Tribunal Constitucional en comentario, el 18 de noviembre de 2005 y el 21 de abril de 2006, respectivamente, estaban plenamente vigentes tanto el artículo 29.4 de la Ley de Bases de la Descentralización como el artículo 22º de la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, que contenían, como se ha señalado, criterios contradictorios en relación con el cómputo de votos.

En efecto, mientras que el artículo 29.4 de la Ley de Bases de la Descentralización disponía que el referéndum surtiría efecto cuando los votos favorables alcancen el cincuenta por ciento más uno *de los electores de la circunscripción consultada*, lo que sugiere una mayoría absoluta, el artículo 22º de la norma impugnada – Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones – hace referencia al cincuenta por ciento más uno *de los votantes que efectivamente acudieron a votar*, es decir mayoría relativa.<sup>424</sup>

Nótese también que, por otro lado, ninguna de las dos normas – ni la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones – hace referencia alguna a los votos nulos y en blanco, lo que obligaría a recurrir a otras normas que pudieran resultar aplicables a efecto de evaluar la posición adoptada por el Tribunal Constitucional en este punto. Tratándose de un concepto esencialmente electoral – el referéndum – la norma aplicable pareciera ser, como fuera señalado en la demanda, la Ley Orgánica de Elecciones (LOE).<sup>425</sup>

En efecto, el artículo 314º de la citada Ley Orgánica de Elecciones señala expresamente en el capítulo relativo al cómputo del sufragio del Título XII – Del

---

<sup>424</sup> El criterio de la mayoría absoluta será ulteriormente ratificado mediante la modificación efectuada por la Ley N° 29379, publicada el 13 de junio de 2009, y según la cual el nuevo artículo 29.3 de la Ley de Bases de la Descentralización estipula que los referendos “surten efecto cuando alcanzan un resultado favorable de cincuenta por ciento (50%) más uno (1) de los electores de la circunscripción consultada.”

<sup>425</sup> Ley N° 26859, publicada el 01 de octubre de 1997.

Cómputo y Proclamación, “para el cómputo del sufragio no se toman en cuenta los votos nulos ni los votos en blanco.”

Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha optado por minimizar los alcances de la citada norma al señalar que

[I]a mencionada ley solamente expone criterios generales respecto al escrutinio de los votos, con una clara incidencia, antes que en un referéndum, en las elecciones generales, regionales y municipales.

Y concluye que

[p]or eso, el desarrollo especial de la Ley N° 28274 no puede ser desconocido sobre la base de lo expuesto en la aludida Ley N° 26859.<sup>426</sup>

Si bien puede tratarse de *criterios generales*, como lo menciona el Tribunal Constitucional, difícilmente se podría interpretar, como lo ha hecho el citado Colegiado, que la disposición del artículo 314° sólo sería aplicable al cómputo de los votos en *elecciones generales, regionales y municipales*, ya que se trataría de una distinción que la LOE no hace.

En efecto, una lectura sistemática de los artículos 3°, 5° y 6° de la Ley Orgánica de Elecciones permite inferir con insoslayable claridad que el término elecciones abarca también al referéndum (Art. 3°); que el objeto de dicha Ley Orgánica es regular los procesos electorales que menciona (Art. 5°); y que el referéndum es uno de los Procesos Electorales comprendidos en los alcances de sus disposiciones (Art. 6°).<sup>427</sup>

Por consiguiente, resulta inevitable inferir que las disposiciones del artículo 314° aludido deben ser igualmente aplicables a todos los Procesos Electorales regulados por la presente Ley Orgánica de Elecciones, es decir también al

<sup>426</sup> STC Exp. N° 028-2005-PI/TC. Fundamento 9.

<sup>427</sup> Ley N° 26859 – Ley Orgánica de Elecciones.

Artículo 3°.- El término elecciones a que se refiere la presente ley y las demás vinculadas al sistema comprende, en lo aplicable, los procesos de referéndum y otros tipos de consulta popular.

Artículo 5°.- Los Procesos Electorales se rigen por las normas contenidas en la presente Ley y por sus respectivas normas de convocatoria de acuerdo con el Título IV de esta Ley.

Artículo 6°.- La presente Ley comprende los siguientes Procesos Electorales: (...) d) Referéndum (...).

referéndum, y no sólo a las *elecciones generales, regionales y municipales*, como ha sostenido el Tribunal Constitucional.<sup>428</sup>

### **3.4.- Aprobación de ordenanzas municipales**

Hasta la fecha no ha habido oportunidad para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la aplicación del derecho político de la ciudadanía a someter una ordenanza municipal a referéndum.



---

<sup>428</sup> Nótese que las elecciones municipales son reguladas por la Ley N° 26864 – Ley de Elecciones Municipales y las regionales por la Ley N° 27683 – Ley de Elecciones Regionales. En ambos casos, la regulación correspondiente procede en concordancia no sólo con la Constitución Política del Perú sino también con la Ley Orgánica de Elecciones.

## Conclusiones

1. El referéndum es 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 de proyectos normativos aprobados previamente por el órgano legislativo respectivo y que sólo podrán entrar en vigor en caso de obtener una mayoría de sufragios favorables.
2. Esta participación es directa en la medida que un proyecto normativo sólo entrará en vigor como resultado inmediato de una decisión tomada en instancia final y definitiva por el propio pueblo en una votación popular. En un contexto de participación indirecta, en cambio, las decisiones no son tomadas por el pueblo directamente sino por sus representantes, aunque en su nombre y representación.
3. La introducción de la participación directa del pueblo mediante el referéndum, sin embargo, no implica un menoscabo del sistema representativo sino, por el contrario, un mecanismo de equilibrio susceptible de corregir los defectos de dicho sistema y garantizar su viabilidad política. Al contribuir a mantener una imprescindible sintonía entre el pueblo – el soberano representado – y sus representantes, el referéndum viene a constituir una suerte de “válvula de seguridad” del sistema representativo, como lo sugiriera James Bryce.
4. El referéndum, definido como el *derecho* popular de ratificar o no un proyecto normativo previamente aprobado por el órgano legislativo, no debe ser confundido con la *votación* popular, que constituye el acto

material mediante el cual el pueblo acude a las urnas para ejercer el citado derecho.

5. Si bien la distinción es clara, se puede apreciar cierta tendencia a identificar el derecho popular con el acto material y, por consiguiente, a denominar *referéndum* a la votación popular mediante la cual dicho derecho es ejercido. Una votación popular puede responder a diversos derechos populares dependiendo del objeto de la proposición sometida a la consideración del pueblo.
6. En el caso de un referéndum, el objeto específico de la votación es manifestar aceptación o rechazo a un proyecto normativo que ha sido previamente aprobado por el órgano legislativo y que requiere de la decisión final del pueblo para poder entrar en vigor. En tal sentido, la votación popular constituye el acto material mediante el cual el pueblo ejerce su derecho a participar de manera directa en la legislación.
7. Sin embargo, la expresión *referéndum* a secas podría ser usada *siempre y cuando* se refiera *únicamente* a votaciones populares celebradas con el objeto de ratificar o rechazar proyectos normativos aprobados previamente por el órgano legislativo y que sólo podrán entrar en vigor en caso de obtener una mayoría de sufragios favorables.
8. La manera como se formula la pregunta que se somete a la consideración popular reviste una importancia especial ya que de ello puede depender el resultado de un referéndum. Para evitar confusiones y propiciar respuestas que reflejen la inclinación real del elector hacia el proyecto normativo, la pregunta deberá estar siempre formulada en términos afirmativos.
9. La voluntad expresada en una votación popular a la cual ha sido convocada la totalidad del cuerpo electoral constituye, necesariamente, una expresión de la voluntad soberana del pueblo. De no ser así, la voluntad popular no sería susceptible de otorgar a un proyecto normativo

con rango de ley ordinaria o constitucional, por vía de ratificación, la fuerza legal necesaria para vincular al conjunto del Estado y la Nación.

10. En efecto, si una asamblea representativa está facultada para legislar por el hecho de haber sido elegida por el pueblo con tal fin y el acto mismo de legislar constituye una manifestación de la voluntad soberana del pueblo en tanto es llevada a cabo en su nombre y representación, queda en evidencia que la intervención directa del pueblo para ratificar un acto legislativo previo de una asamblea representativa constituye *a fortiori* una insoslayable manifestación directa de la voluntad soberana de dicho pueblo.
11. Sin embargo, una votación popular podría también tener por objeto tan sólo expresar el rechazo del pueblo a un proyecto normativo, como en el caso del veto popular, o aprobar directamente un proyecto normativo que no ha sido aprobado previamente por el órgano legislativo, como en el caso de la iniciativa popular. En este último caso, el pueblo no ratifica sino aprueba directamente un proyecto normativo que una fracción de aquel ha elaborado.
12. Una votación popular también podría tener por objeto expresar una opción política, como por ejemplo manifestar una preferencia por un sistema político u otro, o por pertenecer a una u otra circunscripción territorial. En este supuesto, la votación popular es el acto mediante el cual se materializa un plebiscito, es decir el derecho del pueblo a pronunciarse sobre una opción política.
13. Habida cuenta que el referéndum supone, por un lado, una decisión previamente tomada por el órgano legislativo sobre un proyecto normativo y, por el otro, una votación popular mediante la cual dicha decisión será ratificada, queda en evidencia que un referéndum sólo puede ser de naturaleza decisoria en cuanto a su eficacia jurídica y que, por ello, debe tener lugar siempre con posterioridad a la decisión del órgano legislativo que es sujeta a ratificación.

14. En tal sentido, queda también en evidencia por qué la idea de un referéndum consultivo, es decir de una votación popular no vinculante y previa a la decisión del órgano legislativo, constituye una contradicción en los términos. No sólo porque la votación popular correspondiente sólo podría tener lugar con posterioridad a la decisión sujeta a ratificación sino también porque el pronunciamiento formal del cuerpo electoral, es decir del titular mismo de la soberanía, no podría ser interpretado como una opinión simple y no vinculante para la Nación y los poderes públicos.
15. En cuanto a su fundamento jurídico, el derecho del pueblo a ser consultado puede estar expresamente dispuesto por la Constitución, en cuyo caso se trata de un referéndum obligatorio o automático, o puede depender de una iniciativa de una fracción de la ciudadanía o de uno de los órganos del Estado, en cuyo caso se trata de un referéndum facultativo u opcional.
16. En el caso de un referéndum obligatorio o automático, la participación ciudadana es parte constitutiva del proceso legislativo mismo en la medida que el proyecto de norma sólo podrá entrar en vigor en función al resultado de una votación popular que necesariamente deberá tener lugar. La participación ciudadana en este caso se produce por necesidad jurídica.
17. En el caso de un referéndum facultativo u opcional, en cambio, la participación ciudadana constituye un elemento accesorio al proceso legislativo en la medida que un proyecto normativo *sólo* será sometido a votación popular si ello es solicitado expresamente dentro de un plazo determinado y entrará en vigor en función al resultado de la votación. Vencido dicho plazo sin que hubiera habido solicitud alguna, el proyecto normativo entrará en vigor en virtud de la sola aprobación del órgano legislativo.
18. En un referéndum facultativo u opcional, a diferencia del referéndum obligatorio o automático, la participación ciudadana se produce por opción política en la medida que la votación popular puede ser convocada por iniciativa tanto de un órgano del Estado como de una fracción de la



ciudadanía. En el primer supuesto, la intervención del pueblo es siempre directa y decisiva aunque pasiva, mientras que en el segundo, la intervención ciudadana por iniciativa propia implica el ejercicio activo de un verdadero derecho de participación política.

19. Toda vez que un proyecto normativo es aprobado por el órgano legislativo sin que por ello una fracción de la ciudadanía hubiera solicitado que sea sometido a votación popular, se debe presumir que la actuación de dicho órgano se ha producido en plena consonancia con el parecer de la ciudadanía.
20. El veto popular, otra forma de participación ciudadana directa, es el derecho del pueblo a solicitar que un proyecto de ley, que ya ha sido aprobado por el órgano legislativo, sea sometido a votación popular con el objeto de rechazarlo. En tal sentido, es un derecho político que se ejerce mediante votación popular. Para algunos autores, el veto popular resultaría aplicable a leyes en vigor, mientras que para otros, sin embargo, dicha solicitud debe producirse dentro de cierto plazo, durante el cual el texto normativo en cuestión no entrará en vigor.
21. El veto popular constituye, por su propia naturaleza, una institución de control político a disposición de la ciudadanía en la medida que su objeto primordial es permitirle expresar su rechazo a proyectos normativos que el órgano legislativo hubiese aprobado y con los cuales aquella no estuviese de acuerdo.
22. El veto popular se diferencia del referéndum facultativo por iniciativa ciudadana en la medida que un referéndum, por definición, tiene por objeto la ratificación o rechazo de un proyecto normativo que sólo podrá entrar en vigor dependiendo del resultado de la votación correspondiente. El veto popular, en cambio, tiene por objeto únicamente el rechazo del proyecto normativo, de manera que si en la votación correspondiente se verifica una mayoría a favor del veto, el proyecto no será perfeccionado, pero si dicha

mayoría no es alcanzada, el proyecto sí entrará en vigor pero en virtud de la aprobación previa del órgano legislativo.

23. Por otro lado, ambas instituciones tienen en común la intención con la cual una fracción de la ciudadanía solicita la votación correspondiente: el rechazo del proyecto normativo en cuestión. Esto es obvio en el caso del veto, como su nombre lo indica. Pero en el caso del referéndum facultativo por iniciativa ciudadana, la intención de rechazo se explica por el hecho que carecería de sentido que una fracción de ciudadanía solicite que se someta a votación un proyecto con el cual está de acuerdo y que entrará en vigor con la sola decisión del órgano legislativo.
24. La iniciativa popular, que suele incluir una votación popular, es el derecho del pueblo a participar de manera directa en la legislación mediante la presentación de propuestas normativas – bajo la forma de simples mociones o de proyectos legislativos debidamente formulados – que el órgano legislativo está en la obligación de tramitar y, eventualmente, de someter a la consideración del cuerpo electoral.
25. Si bien la doctrina examinada es unánime en cuanto al derecho de la ciudadanía a presentar tales proyectos normativos ante el órgano legislativo, no lo es en cuanto a la obligación de éste de someterlos a la aprobación final del cuerpo electoral.
26. En un extremo de la doctrina, algunos autores sostienen que el derecho de iniciativa popular se agota en la presentación de propuestas normativas ante el órgano legislativo. En el otro extremo, en cambio, la iniciativa popular incluye necesariamente la intervención del cuerpo electoral en una votación popular. En una posición intermedia, finalmente, una propuesta normativa ciudadana puede ser sometida a votación popular si es rechazada por el órgano legislativo o modificada sustancialmente por éste (caso peruano).
27. La intervención del cuerpo electoral en una votación popular convocada en el marco de una iniciativa popular, sin embargo, no siempre constituye un

- referéndum. En efecto, este último se configura únicamente en aquellos casos en que el proyecto normativo propuesto por la ciudadanía y sometido a votación popular ha sido aprobado *previamente* por el órgano legislativo, lo que tiende a ocurrir en el supuesto de una iniciativa popular no formulada.
28. La votación producida en aquellos casos en que el órgano legislativo ha rechazado el proyecto normativo ciudadano o lo ha modificado sustancialmente, en cambio, no constituye un referéndum ya que, en este supuesto, 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.
29. El procedimiento de iniciativa popular se inicia mediante la presentación ante el órgano legislativo de una propuesta normativa – formulada o no formulada – acompañada de un número determinado de firmas. En los casos que la votación popular forma parte de la configuración de la iniciativa popular, no se considera necesario que la ciudadanía tenga que recolectar un número adicional de firmas.
30. El plebiscito, finalmente, es el derecho del pueblo a participar directamente en los asuntos públicos mediante votaciones populares con el objeto de manifestar su aprobación o rechazo sobre temas de naturaleza esencialmente política, sin perjuicio de que tales pronunciamientos puedan requerir una sanción jurídica ulterior.
31. La distinción entre referéndum y plebiscito es clara: mientras que el objeto de una votación popular en el marco de un referéndum es la *ratificación* de una propuesta normativa, el objeto de una votación popular en el marco de un plebiscito es la *aprobación* de una propuesta política.

32. En materia de regulación legal, las disposiciones relativas al referéndum en la legislación peruana no están concentradas en un solo cuerpo normativo sino que están dispersas en diversos textos legales. Algunas de dichas disposiciones adolecen de cierta ambigüedad y no siempre concuerdan entre ellas.
33. El referéndum ha sido definido en la Constitución Política al mismo tiempo como un derecho político de la ciudadanía, como una facultad del Congreso de la República en el marco de una reforma constitucional, así como un mecanismo de participación ciudadana mediante el cual la población interviene conjuntamente con órganos del Estado en el proceso de descentralización.
34. No obstante los esfuerzos desplegados por la mayoría política que predominó durante los trabajos constituyentes en el marco del Congreso Constituyente Democrático con el objeto de asegurar que el Presidente de la República tuviera capacidad de iniciativa en materia de referéndum, lo cierto es que la redacción final de la Constitución Política vigente no le reconoce al Jefe de Estado ninguna capacidad de iniciativa en esta materia.
35. En tanto derecho político ciudadano, el referéndum está regulado por la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, y configurado como un referéndum facultativo en cuanto a su fundamento jurídico, y constitucional o legislativo en cuanto a su materia si versa sobre una norma con rango de ley o sobre un proyecto de reforma constitucional, respectivamente. El referéndum es obligatorio en el marco específico del proceso de descentralización.
36. Habida cuenta el alto número de firmas requeridas y el hecho que la normatividad vigente no prevé un plazo suspensivo para la solicitud de la votación popular correspondiente, un referéndum por iniciativa ciudadana en relación con un proyecto de ley o de reforma constitucional ya no

- vendría a tener, en la práctica, el efecto de un referéndum propiamente dicho sino de un veto popular.
37. Cuando una fracción de la ciudadanía ha solicitado que se someta a votación popular un proyecto normativo ciudadano que ha sido rechazado o modificado sustancialmente por el Congreso de la República, dicha votación no puede ser calificada como un referéndum puesto que no ha habido aprobación previa por dicho órgano legislativo.
38. En tanto facultad del Congreso de la República en el marco de una reforma constitucional, el referéndum está regulado por la propia Constitución Política así como por el Reglamento de dicho órgano legislativo. Si es convocado en el marco del primer supuesto de reforma contemplado en el artículo 206º de la Constitución, constituirá un referéndum obligatorio en cuanto a su fundamento jurídico y constitucional en cuanto a su materia.
39. Pero si es convocado, en cambio, por el Congreso de la República en el marco del segundo supuesto de reforma contemplado en el artículo 206º de la Constitución constituirá siempre un referéndum constitucional, pero facultativo en cuanto a su fundamento jurídico e institucional en cuanto a su origen.
40. Más aún, el primero es el único supuesto de referéndum en la Constitución Política peruana que satisface plenamente la definición de referéndum que ha sido decantada del análisis doctrinario efectuado en la primera parte del presente trabajo: ratificación mediante votación popular de un texto normativo aprobado previamente por el órgano legislativo y que sólo entrará en vigor en caso de obtener una mayoría determinada de sufragios favorables.
41. En tanto mecanismo de participación ciudadana en el proceso de descentralización, el referéndum está regulado por la Ley de Bases de la Descentralización así como por la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, y configurado como un referéndum obligatorio.

42. En este supuesto, sin embargo, la intervención de la ciudadanía involucrada no tiene por objeto ratificar un proyecto normativo aprobado previamente por el Congreso de la República, sino aprobar una propuesta técnica de demarcación territorial. En tal sentido, dicha intervención popular correspondería más a la definición de un plebiscito, figura no reconocida en la Constitución Política vigente, que a la de un auténtico referéndum.
43. La Ley Orgánica de Elecciones incluye al referéndum como uno de los procesos electorales que regula y lo define como una consulta popular cuyo objeto es convalidar o rechazar, con carácter mandatorio, determinados “actos de gobierno.” Puede ser requerido por el Estado o por iniciativa ciudadana, de acuerdo con las normas de Participación Ciudadana (Art. 6º).
44. La Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, por su parte, define al referéndum en primer término como un derecho de participación ciudadana por oposición a un derecho de control ciudadano (Art. 2º inciso c). Sin embargo, esta misma ley le reconoce a la ciudadanía no sólo el derecho a aprobar proyectos de ley sino también de desaprobación de leyes en vigor (Art. 39º inciso c), lo que constituye en la práctica un típico derecho de control ciudadano.
45. En segundo término, la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos define al referéndum como el derecho de los ciudadanos a pronunciarse en los temas normativos que se le consultan, lo que permite inferir que los “actos de gobierno” que menciona la Ley Orgánica de Elecciones son los “temas normativos” que señala la citada Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (Art. 37º).
46. Y sin embargo, por contradictorio que parezca, la utilización del referéndum no ha sido prevista ni en las disposiciones constitucionales que regulan el procedimiento relativo a la formación y promulgación de las leyes, ni en las disposiciones correspondientes en el Reglamento del Congreso de la República.

47. Al mismo tiempo, mientras que Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos define el referéndum como un “derecho,” en concordancia con la Constitución, la Ley Orgánica de Elecciones lo define como una “consulta popular,” con lo cual se estaría confundiendo el derecho político de los ciudadanos con el acto material mediante el cual la ciudadanía ejerce dicho derecho.
48. Por otro lado, no todas las “consultas populares” tienen por objeto convalidar o rechazar actos de gobierno, como lo estipula la Ley Orgánica de Elecciones, o constituir un pronunciamiento ciudadano sobre “temas normativos,” como lo dispone la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. La finalidad de una consulta popular en el marco del proceso de descentralización no es ni convalidar ni rechazar un “acto de gobierno” previamente efectuado ni pronunciarse sobre un “tema normativo,” sino aprobar directamente una propuesta de configuración regional, es decir optar por pertenecer a una circunscripción regional nueva o no.
49. Más aún, el concepto de “consulta popular” es usado con cierta ambigüedad en la Ley Orgánica de Elecciones. Mientras que el artículo 6º del Título relativo al Sistema Electoral está redactado de manera a sugerir que dicho concepto incluye tanto al referéndum como a la revocatoria de autoridades, los dos artículos del Capítulo V del Título V, denominado “De las Consultas Populares,” aluden sólo al referéndum.
50. En la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, en cambio, el Capítulo V del Título II, denominado “Del referéndum y las consultas populares,” no contiene referencia alguna al derecho de revocatoria de autoridades, derecho que es objeto de un capítulo propio en el mismo Título II: De la revocatoria y remoción de autoridades.
51. En cuanto a las materias susceptibles de ser sometidas a referéndum, la Ley Orgánica de Elecciones reproduce las mismas habilitaciones y restricciones señaladas en el artículo 32º de la Constitución, pero incurre

en la ambigüedad de formularlas como habilitaciones y restricciones aplicables tanto a ciudadanos como órganos estatales cuando el precepto constitucional citado las sitúa claramente en el marco de los derechos de los ciudadanos.

52. Dicha ambigüedad se ve acentuada si se tiene en cuenta que tales habilitaciones y restricciones no se encuentran en el capítulo relativo a las consultas populares del Título II, denominado “Del Sistema Electoral” y que contiene disposiciones de carácter general en relación con los diversos procesos electorales regulados por dicha Ley Orgánica, sino en el Título V, denominado “De las inscripciones y candidatos,” cuyo objeto es regular aspectos procesales de los procesos electorales destinados a elegir representantes a diversos órganos del Estado.
53. La relación de materias que pueden ser sometidas a referéndum que figura en la Constitución (Art. 32º) tiene el defecto de mezclar textos normativos susceptibles de ser convalidados o rechazados mediante votación popular, es decir aprobados previamente por el órgano estatal competente, con textos de naturaleza no normativa sino política: propuestas de conformación de regiones o de cambio de circunscripción regional, que no han de ser ratificadas por la ciudadanía sino aprobadas *directamente* por ésta.
54. En materia de cómputo de votos, no hay disposición alguna de carácter general ni en la Constitución Política ni en la Ley Orgánica de Elecciones que estipule con qué mayoría de votos un referéndum ha de surtir sus efectos jurídicos.
55. La única referencia de carácter general en relación con el cómputo de votos en la Ley Orgánica de Elecciones, aplicable en principio a todos los procesos electorales que regula – lo que incluye el referéndum – tiene que ver con la prohibición de tomar en cuenta los votos nulos y en blanco (Art. 314º).



56. La Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos tampoco señala un criterio general aplicable a todos los supuestos de referéndum. Sólo señala un criterio en el supuesto específico de la aprobación y desaprobación de normas con rango de ley: “mitad más uno de los votantes, es decir mayoría simple, y siempre y cuando si dicha mayoría supere el 30 por ciento del número total de votantes (Art. 42º).
57. Las dos normas que regulan el proceso de descentralización, la Ley de Bases de la Descentralización y la Ley de Incentivos para Integración y Conformación de Regiones, contienen disposiciones contradictorias en relación con el cómputo de votos de los referendos que regulan. Mientras la primera estipula la mitad más uno “de los electores de la circunscripción consultada,” es decir mayoría absoluta, la segunda dispone la mitad más uno “de los votantes que efectivamente acudieron a votar,” vale decir mayoría simple.
58. Ni la Constitución Política ni el Reglamento del Congreso de la República contienen disposición alguna sobre cómo computar los votos en un referéndum celebrado a instancia de dicho órgano legislativo en el contexto de una reforma constitucional, de conformidad con el artículo 206º de la Carta.
59. Ni la Constitución Política ni la Ley de los Derechos de Participación y de Control Político Ciudadanos contienen disposición alguna sobre cómo computar los votos en un referéndum celebrado a instancia ciudadana en el contexto de una reforma constitucional, de conformidad con el artículo 32º de la Carta.
60. La Ley Orgánica de Elecciones no contiene ninguna disposición de carácter general en relación con el órgano competente para convocar a referéndum en todos los supuestos. La disposición contenida en el artículo 80º dicha ley orgánica, según la cual le correspondería al Presidente de la República convocar a referéndum mediante Decreto Supremo, no resulta

aplicable ni a los referendos por iniciativa ciudadana ni a aquellos en el marco del proceso de descentralización.

61. Los referendos por iniciativa ciudadana son convocados por la “autoridad electoral,” es decir el Jurado Nacional de Elecciones, de conformidad con la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (Art. 44º), así como aquellos a ser celebrados en el marco del proceso de descentralización, según la Ley de Bases de la Descentralización (Art. 29.3) y la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones (Art. 22º).
62. Por consiguiente, el artículo 80º de la Ley Orgánica de Elecciones sólo parecería aplicable a los referendos a ser celebrados en el marco de una reforma constitucional de conformidad con el artículo 206º de la Constitución Política, si bien no hay ninguna disposición legal específica al respecto en el Reglamento del citado órgano legislativo.
63. En relación con el plazo de celebración de un referéndum a partir de la convocatoria, la Ley Orgánica de Elecciones dispone de manera general que no deben transcurrir más de noventa días naturales ni menos de sesenta entre convocatoria y celebración del referéndum (Art. 82º).
64. Sin embargo, la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, en contradicción con la Ley Orgánica de Elecciones, dispone que un referéndum en el marco del proceso de descentralización debe tener lugar en un plazo no menor a ciento ochenta días naturales (Art. 20º).
65. La Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos no señala plazo alguno dentro del cual deba tener lugar un referéndum por iniciativa ciudadana en todos los supuestos que regula con excepción de aquel relativo al proceso de descentralización, motivo por el cual se debe presumir que rige el plazo establecido por la Ley Orgánica de Elecciones (Art. 82º).

66. El número de firmas requeridas para que los ciudadanos puedan ejercer su derecho de referéndum y presentar a la autoridad competente la iniciativa correspondiente equivale a un porcentaje no menor al diez por ciento del electorado nacional, de conformidad con la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (Art. 38°).
67. Dicho porcentaje es considerablemente alto y no contribuye a incentivar el ejercicio del derecho de referéndum. Más aún, no constituye un requisito constitucional sino legal, a diferencia del porcentaje de firmas necesarias para presentar una iniciativa de reforma constitucional que sí figura en dicho texto constitucional y es considerablemente menor: 0.3 por ciento del electorado (Art. 206°).
68. Según cifras del Jurado Nacional de Elecciones al 21 de febrero de 2010, el número de electores asciende a 19'398,029 de manera que el diez por ciento correspondiente equivale a nada menos que 1'938,802 electores. Esta cifra contrasta con el 0.3 por ciento aludido que equivale a un número considerablemente más accesible: 58,194 electores.
69. Si bien el equivalente de 0.3 por ciento del electorado podría ser considerado un porcentaje razonable para una iniciativa legislativa ciudadana en materia de reforma constitucional, pero excesivamente bajo para efectos de solicitar la celebración de un referéndum, el Congreso de la República podría considerar la conveniencia de bajar dicho requisito a un tres por ciento del electorado, lo que en la actualidad equivaldría aproximadamente a medio millón de electores.
70. Huelga señalar que la recolección de firmas es un procedimiento abierto exclusivamente a los ciudadanos que consideren conveniente solicitar la convocatoria a referéndum en relación con algunos de los asuntos autorizados expresamente por la Constitución Política y no a entidades del Estado. Dicho de otro modo, la recolección de firmas sólo procede en el supuesto de una iniciativa exclusivamente ciudadana y no por iniciativa institucional o gubernamental.

71. En cuanto a la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Constitucional sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con las siguientes materias: referéndum y reforma de la Constitución, referéndum y aprobación y desaprobación de normas con rango de ley, y referéndum y proceso de descentralización. En relación con el referéndum y la aprobación de ordenanzas municipales no ha habido hasta la fecha, tal como ha sido señalado, pronunciamiento alguno por el supremo intérprete de la constitucionalidad.
72. En su sentencia sobre el Expediente N° 014-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional optó por apartarse del texto escrito de la Constitución Política del Perú al sostener que existen dos mecanismos para su reforma: el primero en el artículo 206°, cuyo objeto es su reforma parcial, y el segundo en el artículo 32°, que prevé la posibilidad de una reforma total. Sostuvo asimismo que el referéndum en este segundo supuesto resultaba obligatorio e indispensable. Este cambio en el sentido de los artículos 32° y 206° podría ser interpretado como una mutación constitucional por efecto de la citada sentencia.
73. La Constitución Política del Perú contiene un solo mecanismo para su reforma: el Título VI que se denomina “De la reforma de la Constitución” y que contiene un solo artículo, el artículo 206°, que estipula expresamente dos procedimientos susceptibles de ser seguidos por el Congreso de la República a efecto de materializar cualquier supuesto de reforma constitucional: el primero con la intervención de la ciudadanía y el segundo sin que ésta tenga que necesariamente intervenir. El artículo 206° es aplicable a *todos* los supuestos de reforma constitucional.
74. Por otro lado, la redacción del artículo 206° no permite inferir que el primer procedimiento constituya una alternativa al segundo sino, más bien, todo lo contrario. La regla principal en materia de reforma constitucional es aquella que figura en primer lugar y que incluye la ratificación por referéndum. El segundo procedimiento no es sino un procedimiento alternativo cuyo único

objeto es permitirle al Congreso de la República la eventual omisión de la ratificación por la ciudadanía mediante referéndum.

75. La ciudadanía está plenamente facultada a participar directamente en un proceso de reforma constitucional y a solicitar que se someta a referéndum una “reforma parcial o total de la Constitución,” de conformidad con el artículo constitucional 32º y siempre en concordancia con el artículo 206º, que regula *todos* los supuestos de reforma constitucional. Esta concordancia está reflejada en la propia Ley de los Derechos de Participación y de Control Ciudadanos (Art. 39º inciso a).
76. Sin embargo, la Constitución Política no autoriza que ningún proyecto de reforma constitucional sea aprobado *directamente* por la ciudadanía mediante votación popular, es decir sin la aprobación previa por el Congreso de la República. En tal sentido, el citado artículo 32º no puede ser interpretado como un procedimiento autónomo de reforma constitucional.
77. Así, la ciudadanía podría solicitar que se someta a referéndum un proyecto de reforma constitucional en dos supuestos: en primer lugar, una vez que un proyecto hubiera sido aprobado por el Congreso mediante el procedimiento que permite su omisión, es decir luego de dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación superior a los dos tercios del número legal de congresistas en ambas votaciones. Y, en segundo lugar, en el marco de ese mismo procedimiento pero *entre* las dos votaciones.
78. En ambos casos la intervención del cuerpo electoral, a instancia de una fracción de la ciudadanía, tendría por objeto, esencialmente, expresar un rechazo a un proyecto de reforma constitucional que no sintonizara con la opinión pública en general. Sin embargo, sólo en el primer supuesto el referéndum tendría el efecto de un veto popular debido a que la intervención popular se haría sobre un proyecto que ya ha sido debidamente perfeccionado por el Congreso de la República.

79. En el segundo supuesto, por el contrario, la votación popular tendría el efecto de un auténtico referéndum puesto que el proyecto de reforma en cuestión no puede ser considerado como debidamente perfeccionado luego de la primera votación congresal. Si la votación popular es favorable, el proyecto entrará en vigor, pero no así en caso contrario.
80. Más aún, un proyecto de reforma total de la Constitución, con arreglo al artículo 32º, estaría sujeto a las mismas limitaciones que un proyecto de reforma parcial, puesto que ambos supuestos están consignados en el mismo artículo constitucional, así como en el mismo artículo de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos (39º inciso a).
81. El pronunciamiento del cuerpo electoral en un referéndum convocado para ratificar una reforma constitucional equivale, necesariamente, a una manifestación de la soberanía del pueblo, soberanía que incluye necesariamente la potestad constituyente. Por consiguiente, no cabe sostener que el pueblo es susceptible de pronunciarse alternativamente como poder constituido o como poder constituyente.
82. Una reforma constitucional que hubiera sido ratificada por el pueblo mediante referéndum, es decir por ratificación del propio soberano, e indistintamente de sus alcances, no sería susceptible de ser sometida a control constitucional, salvo por razones de orden estrictamente formal.
83. El referéndum convocado en el marco del primer procedimiento de reforma constitucional previsto expresamente en el artículo 206º de la Constitución Política, conviene señalar, corresponde al referéndum obligatorio o automático, puesto que su realización procede de manera necesaria por disposición expresa del citado texto constitucional.
84. La facultad de someter a votación popular un proyecto de ley que ha sido presentado por una fracción de la ciudadanía y rechazado por el Congreso de la República constituye no sólo un derecho político de la ciudadanía en

materia de legislación directa sino también un auténtico instrumento de control ciudadano.

85. En su sentencia sobre el expediente N° 003-96-I/TC, el Tribunal Constitucional aclaró que la facultad ciudadana de solicitar que se convoque a referéndum un proyecto de ley presentado por una fracción de la ciudadanía y rechazado por el Congreso de la República no podía estar condicionado, como lo pretendió dicho órgano legislativo en 1996, a que el citado proyecto haya contado con un mínimo de cuarenta y ocho (48) votos favorables, es decir condicionado a la participación del mismo órgano cuya decisión se buscaba someter a control mediante referéndum.
86. Dicho derecho ciudadano depende únicamente del número de ciudadanos que respaldaban la solicitud correspondiente y siempre cuando no se trate de un proyecto normativo sobre materias no susceptibles de ser sometidas a referéndum por la ciudadanía de conformidad con el artículo 32° de la Constitución.
87. En su sentencia sobre el Expediente N° 1078-2007-PA/TC sobre el caso del FONAVI, el Tribunal Constitucional autorizó que se someta a referéndum el Proyecto de Ley de los fonavistas, apartándose de la jurisprudencia establecida en su sentencia sobre el expediente 001-1999-AI/TC, y no obstante las insoslayables implicaciones presupuestales del citado proyecto normativo.
88. Si bien pudo haber alguna duda sobre la naturaleza tributaria de las contribuciones al FONAVI, no podía caber duda alguna en cuanto a la naturaleza presupuestal de la devolución solicitada en dicho proyecto, tal como lo sugirió el Jurado Nacional de Elecciones en el segundo pronunciamiento que emitió en cumplimiento de la Sentencia N° 1078-2007-PA/TC de dicho órgano constitucional.
89. El primer referéndum convocado por iniciativa ciudadana que tendrá lugar en la historia constitucional del Perú será, sin duda, la consulta aludida

sobre el Proyecto de Ley de devolución de dinero de FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo,” proyecto de ley cuyo sometimiento a referéndum está expresamente prohibido por la Constitución Política en razón de su insoslayable dimensión presupuestal.

90. Más aún, dicho “primer referéndum” no constituye, en realidad, un auténtico referéndum, puesto que, desde una perspectiva estrictamente doctrinaria, se trata de una votación popular sobre un proyecto normativo que manifiestamente *no* ha sido aprobado previamente por el Congreso de la República.
91. En relación con los referendos celebrados con el objeto de recabar el parecer de la población interesada en la conformación de regiones, el Tribunal Constitucional señaló con acierto en su Sentencia N° 028-2005-PI/TC que si la propuesta involucraba a más de dos departamentos, la región sólo podía ser considerada como creada a condición que el referéndum en todos y cada uno de éstos haya sido favorable.
92. En su sentencia N° 028-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional resolvió la cuestión sobre la contabilización de votos nulos y blanco interpretando que la ley especial a que se refiere el artículo 39° inciso d) de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos era la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones, lo que no se ajusta necesariamente a la realidad normativa.
93. La Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones constituye la “ley especial” a que se refiere la Ley de Bases de la Descentralización en su artículo 30° numeral 3. Su objeto es específicamente fijar los incentivos especiales para propiciar la integración y conformación aludidas. A su vez, la Ley de Bases de la Descentralización constituye la norma que desarrolla el Capítulo XIV de la Constitución, relativo al proceso de descentralización, tal como figura en el artículo 1° de aquella.



94. Tanto la Ley de Bases de la Descentralización como la Ley de Incentivos para la Integración y Conformación de Regiones contienen disposiciones contradictorias en materia de cómputo de votos – la primera estipula una mayoría absoluta mientras la segunda una mayoría simple – y ninguna contiene criterio alguno en relación con la eventual contabilización de los votos nulos y blancos.
95. En relación puntual con los votos nulos y blancos, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el criterio establecido en el artículo 314<sup>o</sup> de la Ley Orgánica de Elecciones no sería aplicable a los referendos en materia de descentralización sino tan sólo a procesos electorales de elección, lo que implica no sólo hacer una distinción que dicha norma no hace sino también desconocer que la referencia a “procesos electorales” en dicha ley orgánica incluye también al referéndum.
96. Finalmente, podría señalarse como gran conclusión de la presente tesis que el derecho constitucional de participación directa mediante referéndum no ha sido configurado en la normatividad peruana para que constituya un derecho político susceptible de ser utilizado de manera real y efectiva por la ciudadanía y que la escasa jurisprudencia constitucional tampoco ha contribuido a que sea mejor comprendido doctrinariamente y utilizado políticamente de manera provechosa.

## Bibliografía

### Publicaciones

- AGUIAR DE LUQUE, Luis  
*Democracia Directa y Derecho Constitucional*  
Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1977. 335 p.
- ALARCÓN QUINTANA, Luis  
*Origen y Proceso de la Constitución de 1933*  
Lima: 1978. 575 p.
- ALAYZA PAZ SOLDAN, Toribio  
*Derecho Constitucional General y Comparado*  
Lima: Empresa Periodística SA. 1935. 295 p.
- ALZAMORA SILVA, Lizardo  
*Estudios Constitucionales. 2<sup>da</sup> edición revisada por Domingo García Belaunde.*  
Lima: Editora Jurídica Grijley EIRL. 2004. 254 p.
- ARAÚJO RENTERIA, Jaime  
*El referendo en Colombia.*  
Bogotá: Ecoe Ediciones. 2000. 151 p.
- BARTHÉLEMY, Joseph y Paul DUEZ  
*Traité de droit constitutionnel.*  
Paris: Librairie Dalloz. 1933. 956 p.
- BASADRE GROHMANN, Jorge  
*Elecciones y Centralismo en el Perú*  
Lima: Universidad del Pacífico. 1980. 173 p.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique, con la colaboración de Alberto OTAROLA,  
*La Constitución de 1993, Análisis Comparado. 5<sup>ta</sup> edición.*  
Lima: Editora Rao. 1999. 924 p.

- BERNALES BALLESTEROS, Enrique y Marcial RUBIO CORREA  
*Constitución: Fuentes e Interpretación: Teoría y documentación del Proceso Constitucional y la Constitución de 1979*  
 Lima: Mesa Redonda Editores S.A. 1988. 354 p.
- BIDART CAMPOS, Germán José  
*Lecciones Elementales de Política (Sociedad, Estado y Derecho)*  
 Lima: Editora Jurídica Grijley. 2002. 474 p.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo  
*Derecho Constitucional*. 3<sup>ra</sup> edición.  
 Madrid: Editorial Tecnos. 1987. 795 p.
- BUTLER, David y Austin RANNEY (Editores)  
*Referendums around the World: The Growing Use of Direct Democracy*.  
 The Macmillan Press Ltd. 1994. 304 p.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond  
*Contribution à la théorie générale de l'État*.  
 Paris: Librairie de la Société de Recueil Sirey. 1920-22. 2 volumes.
- CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco CHIRINOS SOTO  
*Constitución de 1993: Lectura y Comentario*. 4<sup>ta</sup> edición.  
 Lima: Antonella Chirinos Montalbetti. 1997. 545 p.
- CRONIN, Thomas E.  
*Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*.  
 Harvard University Press. 1999. 289 p.
- CURTI, Theodor  
*Le Referendum*. Traducción al francés de Jules Ronjat.  
 Paris: V. Giard & E. Brière, Libraires-Éditeurs. 1905. 372 p.
- DENQUIN, Jean-Marie  
*Référendum et Plébiscite: Essai de théorie générale*  
 Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1976. 353 p.
- DE VEGA, Pedro  
*La Reforma Constitucional*  
 Madrid: Editorial Tecnos. 1999. 309 p.
- DICEY, Albert Venn  
*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*.  
 Florida: Gaunt, 1915 (reimpr. 1996). 577 p.
- DUGUIT, Léon  
*Traité de droit constitutionnel*. Troisième édition. 3 tomes.  
 Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C<sup>ie</sup>, Éditeurs. 1928.

- DURAN ABARCA, Washington  
*Plebiscito de Nuevo Tipo y Constituyente*. 2<sup>da</sup> edición.  
Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1978. 135 p.
- ESMEIN, Adhémar  
*Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Huitième édition. 2 volumes. Paris: Société Anonyme du Recueil Sirey, 1927.
- FARLEY, Lawrence T.  
*Plebiscites and Sovereignty: The Crisis of Political Illegitimacy*.  
London: Mansell Publishing Limited. 1986. 179 p.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo, con la colaboración de Walter GUTIERREZ CAMACHO  
*Las Constituciones del Perú*  
Lima: Ministerio de Justicia. 1993. 622 p.
- GARCIA-PELAYO, Manuel  
*Derecho constitucional comparado*  
Madrid: Alianza Editorial. 2000. 636 p.
- GRISEL, Etienne  
*Initiative et référendum populaires, Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*. Lausanne: Institut de droit public de l'Université de Lausanne. 1987. 330 p.
- HAURIOU, Maurice  
*Précis de droit constitutionnel*.  
Paris: Librairie du Recueil Sirey. Deuxième édition. 1929. 759 p.
- JELLINEK, Georg  
*Teoría general del Estado*  
México: Fondo de Cultura Económica. 2002. 687 p.
- KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*  
México: Imprenta Universitaria. 1949. 424 p.
- La démocratie: sa nature, sa valeur*. Deuxième édition.  
Paris: Dalloz. 2004. 121 p.
- KRAUSE, Martín y Margarita MOLTENI (Coord.)  
*Democracia directa*  
Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1997. 220 p.
- LANDA ARROYO, César  
*Tribunal Constitucional y Estado Democrático*. 2<sup>a</sup> edición.  
Lima: Palestra Editores. 869 p.

- LOEWENSTEIN, Karl.  
*Teoría de la Constitución*. 2<sup>da</sup> edición.  
Barcelona: Editorial Ariel. 1979. 619 p.
- MANIN, Bernard  
*Principes du gouvernement représentatif*  
Éditions Flammarion. 1996. 319 p.
- MIRO QUESADA RADA, Francisco  
*Democracia Directa y Derecho Constitucional*  
Lima: Artes y Ciencias. 1990. 265 p.
- Democracia Directa: práctica y normatividad*  
Lima: Editorial San Marcos. 1999. 234 p.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris  
*Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*. Deuxième édition.  
Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence. 1936. 218 p.
- Modernas Tendencias del Derecho Constitucional*  
Madrid: Reus. 1934. 255 p.
- OTAROLA PEÑARANDA, Alberto (coord.)  
*Reelección Presidencial y Derecho de Referéndum*  
Lima: Foro Democrático. 1997. 318 p.
- PACTET, Pierre  
*Institutions politiques, Droit constitutionnel*. 11<sup>e</sup> édition (2<sup>e</sup> tirage).  
Paris: Masson. 1992. 567 p.
- PAREJA PAZ SOLDAN, José  
*Derecho Constitucional Peruano*. 3<sup>da</sup> edición.  
Lima: Ediciones del Sol. 1963. 508 p.
- PEASE GARCÍA, Henry, Marcial RUBIO CORREA y Laura DE MADELENGOITIA  
*Mitos de la Democracia*  
Lima: DESCO. 1978. 189 p.
- PRÉLOT, Marcel  
*Institutions politiques et droit constitutionnel*. 5<sup>ème</sup> édition.  
Dalloz. 1972. 925 p.
- QVORTRUP, Matt  
*A Comparative Study of Referendums: Government by the People*. 2<sup>nd</sup>  
edition. Manchester University Press. 2005. 198 p.
- REPARAZ Y ASTEIN, Julián de  
*El Referéndum*.  
Madrid: Hijos de Reus, Editores. 1917. 102 p.

- RUBIO CORREA, Marcial  
*La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional.*  
Lima: PUCP Fondo Editorial 2005. 455 p.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos  
*El Poder Constituyente: origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*  
Buenos Aires. 1957. 606 p.
- SCHMITT, Carl  
*Théorie de la constitution.*  
Paris: Presses Universitaires de France. 1993. 576 p.
- TORRES Y TORRES LARA, Carlos  
*La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, fundamentos e historia documentada*  
Lima: Desarrollo y Paz. 1993. 480 p.
- URIBE VARGAS, Diego  
*El Referéndum: Ensayo sobre la Democracia Semidirecta.*  
Bogotá: Ediciones Tercer Mundo. 1967. 313 p.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo A.  
*Teoría Constitucional.*  
Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1975. 2 tomos.

### Artículos

- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos  
*El referéndum en la Constitución peruana*  
En: Elecciones. ONPE. 2004. N° 3. p. 195 – 221.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond  
*Considérations théoriques sur la question de la combinaison du referendum avec le parlementarisme*  
En: Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'Étranger. Paris. Avril-Mai-Juin 1931, p. 225 – 244.
- ENNIS, Huberto María  
*Referendum.*  
En: Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXIV. Buenos Aires. 1954. p. 190 – 196.
- GARCIA BELAUNDE, Domingo  
*Sistema electoral y representación política en el Perú actual*  
En: Revista Derecho. Lima N° 42. 1988. p. 215 – 235.

HUERTA GUERRERO, Luis Alberto

*El derecho fundamental a la participación política.*

En: La Constitución de 1993: análisis y comentarios III. Lima. Comisión Andina de Juristas. 1996. p. 59 – 89.

MARAVI SUMAR, Milagros.

*Instituciones de democracia directa en Perú*

En: Democracia Directa. KRAUSE, Martín y Margarita MOLTENI (Coordinadores).

Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1997. p. 127 – 147.

OSORIO Y FLORIT, Manuel

*Plebiscito.*

En: Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXII. Buenos Aires. 1954. p. 372 – 375.

RUBIO CORREA, Marcial

*La discusión pendiente sobre el referéndum*

En: Ius et Veritas. Lima. Año 4, N° 7, nov. 1993. p. 175 – 179.

