

# LA DEMOCRACIA DIRECTA EN EL PERÚ: ASPECTOS CONSTITUCIONALES Y PROCESALES DEL REFERÉNDUM DURANTE EL RÉGIMEN DICTATORIAL DE ALBERTO FUJIMORI

Francisco MIRÓ QUESADA RADA

SUMARIO: I. *El referéndum y la democracia directa en el Perú.* II. *El referéndum en la Constitución y en la Ley 26300.* III. *Inconstitucionalidad de las leyes 26592 y 26670.* IV. *El fallo del Tribunal Constitucional.* V. *El fallo controvertido del Jurado Nacional de Elecciones.* VI. *Colofón.* VII. *Bibliografía.*

## I. EL REFERÉNDUM Y LA DEMOCRACIA DIRECTA EN EL PERÚ

La institución de la democracia directa, que denominamos referéndum, adquiere vigencia plena en la Constitución de 1993, junto con otras instituciones de participación popular directa, como la iniciativa popular en la formación de las leyes, la revocatoria de autoridades, la remoción de funcionarios públicos y el rendimiento de cuentas. La revocación se aplica a los alcaldes, regidores, presidentes regionales, jueces de paz y, presumiblemente si es que la ley lo establece, a los jueces de primera instancia, pero no afecta a los congresistas. Asimismo, existen leyes que regulan esta institución, la 26300, Ley de Participación y Control Ciudadanos, que en el capítulo V trata del referéndum y las consultas populares; la Ley 26592, Modificatoria de la Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, y la Ley 26670, que modifica el inciso *c* del artículo 39 de la Ley 26300. Estas dos últimas leyes fueron inconstitucionales.

A nivel de participación vecinal, en los gobiernos locales, rigen las ordenanzas 065, que norma la participación de los vecinos en los asuntos

comunales ante los municipios, y la 084, que reglamenta la participación vecinal en las sesiones extraordinarias del Concejo.

El ejercicio del derecho de referéndum se aplicó por primera vez para la aprobación de la Constitución vigente. Este referéndum se realizó en estricta aplicación de la decimocuarta disposición transitoria. Esta disposición establece que una vez aprobada la Constitución por el Congreso Constituyente Democrático entra en vigencia, conforme al resultado del referéndum regulado por ley constitucional.

Luego se produjeron dos importantes intentos de convocatoria a referéndum. El primero relativo a la privatización de la empresa estatal Petro-Perú, y el otro a la ley de “interpretación auténtica”, relacionada con la reelección presidencial. Estos intentos de referéndum, que nacieron por iniciativa del pueblo peruano, fueron materia de arduo debate y motivaron que la mayoría del Congreso elaborara dos leyes conducentes a limitar la participación directa del pueblo en temas de suma importancia, como son la privatización y la reelección. Ambas normas violan artículos de la Constitución y son por eso inconstitucionales.

## II. EL REFERÉNDUM EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LA LEY 26300

La Constitución incorpora el referéndum en diversos artículos, pero para efectos de analizar la inconstitucionalidad de las leyes 26592 y 26670 previamente vamos explicar los artículos 31 y 32 de la carta magna y el título quinto de la Ley 26300.

El artículo 31 establece que “los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, mediante referéndum, iniciativa legislativa, remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas”. Es decir, en lo que atañe al referéndum, en esta primera parte del artículo, se trata de un derecho de participación directa. Siendo el referéndum una institución de la democracia directa, significa que los ciudadanos tienen el derecho a participar directamente en los asuntos públicos a través de esta institución. Si la participación es directa entonces no puede haber intermediación alguna por parte de otro organismo del Estado, no puede existir un intermediario entre el gobierno y la ciudadanía. En todo referéndum el ciudadano, al pedir que una norma o decisión política le sea consultada, establece una relación directa con el organismo público, en nuestro caso el Jurado Nacional de Elecciones

(JNE), para que luego de cumplir con los requisitos de ley autorice la realización del referéndum, que será convocado por la autoridad correspondiente. El artículo que comentamos señala, en su parte final, que “es nulo o punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos”. Ello significa que si por cualquier medio, como el caso del referéndum, éste es limitado o prohibido en su naturaleza, vale decir, en la consulta directa de dispositivos legales, el acto en sí mismo es nulo, y quienes decidieron su prohibición o limitación deberán ser sancionados.

El artículo 32 señala las normas que pueden ser sometidas a referéndum: la reforma total o parcial de la Constitución, la aprobación de normas con rango de ley, ordenanzas municipales y las materias relativas al proceso de descentralización. También indica que la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de las personas, las normas con carácter tributario y presupuestal y los tratados internacionales en vigor no pueden someterse a referéndum.

Igualmente, como se ha visto, existe el derecho a la iniciativa legislativa popular en la formación de las leyes y para la reforma de la Constitución, que puede ser planteada por un mínimo de ciudadanos equivalente al 0.3%.

La Ley 26300 recoge el derecho de referéndum establecido en la Constitución y lo distingue de la iniciativa legislativa. Cabe precisar que esta distinción es correcta de acuerdo con la doctrina, porque una cosa es la iniciativa de referéndum, cuando los ciudadanos piden que una norma sea consultada, y otra es la iniciativa legislativa, cuando los ciudadanos presentan un proyecto de reforma constitucional o un proyecto de ley.

En diversos artículos, 37-43, del título V de la Ley 26300 se norma el referéndum. Mantiene dicho título el carácter *post legem* del referéndum. Señala que puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor del 10% del electorado nacional e indica los casos en que procede: *a)* para la reforma total o parcial de la Constitución; *b)* para la aprobación de leyes, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales; *c)* para la desaprobación de las leyes, decretos de urgencia y de las normas a que se refiere el inciso anterior, es decir, además de las leyes, normas regionales y ordenanzas municipales; *d)* en las materias a que se refiere el artículo 190 de la Constitución, o sea, para la cons-

titución de regiones y para la integración o cambio de circunscripción de los distritos y las provincias.

Un caso de sumo interés es el señalado en el artículo 41 de la ley que comentamos. De acuerdo a este artículo, si una iniciativa legislativa fuera rechazada o modificada sustancialmente por el Congreso, los interesados podrán iniciar una proceso de referéndum. En este caso se tendrán que adicionar las firmas necesarias. En este artículo se precisa la opción que tienen los ciudadanos de pedir que una iniciativa de ley sea sometida a referéndum, si ella fuera rechazada o sustancialmente modificada por el Congreso, pero no indica que todo referéndum requiere de una iniciativa legislativa. Este artículo guarda relación con el artículo 16 de la Ley 26300, que ha sido modificado por la Ley 26592.

El artículo derogado forma parte del capítulo sobre la iniciativa legislativa de la ley mencionada. Con justo criterio se establece en este artículo que si el proyecto de ley es rechazado por el Congreso puede ser sometido a referéndum, e igualmente se puede solicitar referéndum cuando se han introducido modificaciones sustanciales que desvirtúan la finalidad primigenia del proyecto de ley. Este artículo, como es obvio, se refiere a la iniciativa de ley, es decir, al proyecto de ley que los ciudadanos presentan al Congreso, siempre y cuando hayan cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 4o. de la Ley 26300. Y sólo si el proyecto de ley es rechazado o radicalmente enmendado por el Congreso los ciudadanos tienen la opción de pedir que se consulte en un referéndum.

De esta manera, la Ley 26300 en muchos aspectos favorece al ciudadano, sin embargo el porcentaje fijado del 10% de las firmas del total del electorado nacional, a nuestro entender, es sumamente elevado. La Ley 26300 no limita el derecho de referéndum, al contrario, lo estimula y amplía, en concordancia con los artículos 2o., inciso 17; 31 y 32 de la Constitución. Igualmente esta ley distingue entre iniciativa popular y referéndum.

Entonces, si existe una ley y los ciudadanos piden que ella sea consultada, debe hacerse la consulta directa, y sólo en el caso de que no haya ley los solicitantes deben presentar un proyecto de ley. Lo que significa que los ciudadanos no están obligados a presentar un proyecto cuando piden que una norma sea sometida a referéndum, de acuerdo con la Ley 26300. Además, y esto es lógico, si la ley existe y ha sido

promulgada, ¿para qué presentar un proyecto alternativo cuando la voluntad ciudadana es que dicha ley sea sometida a referéndum?

Puede darse el caso que, existiendo una ley, los ciudadanos presenten un proyecto de ley alternativo. En esta situación deben someterse a consulta popular el texto legal y el texto del proyecto. Pero esta situación no es una obligación, es opcional, deja al libre criterio de los peticionarios ambas posibilidades.

### III. INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES 26592 Y 26670

Ambas leyes aprobadas por el Congreso son respuestas a dos situaciones jurídicas y políticas distintas y tienden a limitar el derecho ciudadano reconocido por la Constitución. La Ley 26592 se promulgó a raíz de que un grupo de trabajadores de la empresa petrolera nacional Petro-Perú, que constituyen la Federación Nacional de Trabajadores Petroleros y afines (FENPETROL), solicitó al JNE planillones con la finalidad de recolectar firmas para que la ciudadanía se pronuncie a través de un referéndum sobre la privatización de esta empresa pública. Estos planillones fueron distribuidos a nivel nacional por los interesados y se inició la recolección de firmas. En este contexto, sectores del oficialismo dijeron que no podía realizarse el referéndum porque no existía una ley específica de privatización y que este proceso se llevaría a cabo de todas maneras. Sostuvieron que no se había presentado una iniciativa de referéndum, la cual era necesaria para este caso. Indicaron también que la pregunta que debería acompañar a los planillones, sobre la privatización de Petro-Perú, no era pertinente. Ante este planteamiento, los dirigentes de FENPETROL, a instancia y recomendación del JNE, elaboraron un proyecto de ley, que fue adjuntado al expediente de los peticionarios. Ellos se ampararon en el artículo 4o. de la Ley 26300, que establece el procedimiento de la iniciativa, pues, como es lógico, al no haber ley, era necesario el proyecto de ley que, de cumplirse con la recolección de firmas, debería ser sometido a consulta popular. Fue en este contexto que el Congreso aprobó la Ley 26592, modificatoria de los artículos 13, 15 y 16 de la Ley 26300. Precisamente el artículo 16 somete el referéndum a la iniciativa, al establecer que: "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". El carácter totalizador de la norma en su primera parte deroga cualquier posibilidad de referéndum que no esté previamente acompañado de una iniciativa, aun en el caso de que existiera una ley.

Entonces las leyes ya no podrán ser sometidas a referéndum si previamente no se presenta un proyecto de ley por iniciativa popular. Además, este proyecto de ley tiene que ser desaprobado por el Congreso para que haya referéndum, pero, además, el referéndum debe ser autorizado por medio del voto aprobatorio de dos quintos de los congresistas, que son 48 legisladores. De todo esto se deduce que de aprobarse el proyecto de ley por el Congreso se convierte en ley, pero sino no se aprueba, para que haya referéndum se requiere que 48 congresistas voten en favor de su realización. En este caso el referéndum queda encadenado a la iniciativa de ley y a la decisión de un número de parlamentarios. Este hecho desnaturaliza la esencia del referéndum como mecanismo de consulta popular directa, porque limita la participación popular directa a la decisión de un grupo de congresistas. En otros términos, tergiversa la esencia del referéndum al establecer un mecanismo de intermediación entre la ciudadanía y la autoridad. Se tiene que pasar primero por el filtro del Congreso; de esta manera, al haber intermediación del Congreso, la naturaleza directa de la consulta popular pierde su esencia y su razón de ser. No hay una prohibición, pero si hay una limitación a la voluntad popular. Por el contrario, en la Ley 26300 se establecía que el referéndum se lleva a cabo cuando se cumplen los requisitos establecidos por la ley, el que es convocado por el JNE. Es decir, a la autoridad electoral correspondiente en un plazo no mayor a cuatro meses después de acreditadas las respectivas iniciativas. Esta última frase es viable para los casos en que se requiera necesariamente de una iniciativa, que como hemos visto sólo es posible cuando no hay ley o cuando a criterio de los solicitantes se decida presentar un proyecto de ley alternativo a la ley vigente.

Es evidente que el artículo 16 de la Ley 26592 es inconstitucional, porque viola el artículo 31 de la Constitución al limitar el derecho de referéndum no sólo a la iniciativa de ley previa, sino a la aprobación de un porcentaje de congresistas.

Contra esta ley, un grupo de congresistas de la minoría interpuso una acción de inconstitucionalidad, que se sustenta en los fundamentos de derecho que insertamos posteriormente. A continuación expondremos las razones por las cuales consideramos imprescindible la declaración de inconstitucionalidad de la Ley núm. 26592.

1. *La Ley núm. 26592 desnaturaliza la institución del referéndum derogándola indirectamente*

La Ley núm. 26592 desnaturaliza la institución del referéndum al condicionar y supeditar inconstitucionalmente la validez de la expresión de la voluntad de millones de ciudadanos, gruesos sectores de la población —vía referéndum—, al marco normativo propuesto en la mencionada ley: “siempre que haya contado con el voto favorable de menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso”. Es decir, la expresión de voluntad del electorado dependerá del ánimo y de la contingencia de los congresistas y de la capacidad de conformación de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso. Este requisito confunde y mezcla ilegalmente dos sujetos legitimados: los ciudadanos y los congresistas.

La mencionada ley, más allá de adecuar los plazos y procedimientos para una supuesta aplicación de la consulta popular, lo que en realidad hace es recortar y limitar la realización de los procesos de referéndum.

De acuerdo al derecho constitucional, el referéndum es un medio para que se produzca la expresión *directa* de la voluntad de la ciudadanía. Es una consulta al pueblo para que éste genere, ratifique o modifique una decisión jurídica y/o política mediante voto popular obligatorio. Es un instituto de democracia directa mediante el cual puede expresarse directa y validamente la voluntad del cuerpo electoral sobre un asunto sometido a su consulta. Como lo señala el profesor Marcial Rubio, el referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción o revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas son mecanismos de democracia directa porque a través de ellos el pueblo participa directamente, *sin intermediarios*, en el ejercicio del poder.

El referéndum, como otras instituciones de la democracia directa, se ha constituido para ampliar la democracia y permitir que los ciudadanos directamente puedan aprobar y desaprobar leyes. Se trata de recurrir directamente a la voluntad popular, fuente de toda la legitimidad política,

para consultarle de manera inmediata sobre un tema de interés público. Dado que se alude a la fuente del poder político, directamente a la propia voluntad popular, ésta puede expresarse en contra de lo que deciden los parlamentarios o el Ejecutivo. El referéndum apela a una fuente de decisión superior a las propias instituciones, porque apela a “una manifestación directa de la voluntad popular”.

Como puede apreciarse entonces, el referéndum es un mecanismo que tiene por objeto que el pueblo directamente y “sin intermediarios” exprese su voluntad. Su propia razón de ser está precisamente en que es *una alternativa al proceso de adopción de la toma de decisiones clásicas por medio del Congreso* —procedimiento legislativo—, alternativa que en ningún momento pretende reemplazar o sustituir los diferentes mecanismos de la democracia representativa sino, por el contrario, complementarlos. Justamente por ser una de las fuentes de legislación alternativa es tan importante la separación entre representantes y ciudadanos en el aspecto de quién es el sujeto legitimado para proponer el referéndum. Y esto porque eventualmente el referéndum podría realizarse para rectificar la propia función parlamentaria, reduciendo el plazo de elección o reduciendo las facultades parlamentarias, e incluso acabando con prerrogativas parlamentarias o corrigiendo una decisión legislativa.

Los sujetos titulares que solicitan el referéndum son, de acuerdo a los diferentes sistemas, diversos. En algunos casos son sólo un número pre establecido de ciudadanos, en otros, además de ellos, un número pre establecido de legisladores. Sin embargo, en la diversidad, siempre la iniciativa popular directa de un grupo de ciudadanos tiene la condición de sujeto titular para reclamar la necesidad del referéndum; ha sido la opción de la Constitución y de la ley peruana que ha exigido la existencia de un número de firmas no menor al 10% del número de votantes para que se realice el referéndum. Lo cierto es que no existe en el derecho comparado la posibilidad planteada por la Ley 26592 de exigir, además de la decisión ciudadana expresada en un número de firmas, un número determinado de representantes al Congreso.

Por esta razón, pretender establecer restricciones como las que exige el artículo 1o. de la Ley 26592, referido a la modificación del artículo 16 de la Ley 26300, no sólo entraña un desconocimiento de dicha institución fundamental de las democracias modernas, sino que implica su desnaturalización y, en la práctica, su derogación como posibilidad de

expresión y ejercicio del derecho a la participación política del electorado, del pueblo peruano, consagrado en nuestra Constitución Política. En este caso los intermediarios serían los congresistas, quienes en contra de la exigencia popular del referéndum podrían negar el ejercicio de ese derecho aun frente a las exigencias de más de un millón de ciudadanos.

## 2. *La Ley núm. 26592 modifica la Constitución Política sin observar el procedimiento constitucional de reforma*

La Constitución de 1993, en su artículo 32, señala las materias que pueden ser sometidas a referéndum: la reforma total o parcial de la Constitución; la aprobación de normas con rango de ley; las ordenanzas municipales y las materias relativas al proceso de descentralización.

Y la misma Constitución establece, en su artículo 32 *in fine*, los casos en los que una materia puede o no ser sometida a referéndum: “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”. Ésta es una enumeración taxativa. Fuera de estos casos todas las otras materias pueden ser sometidas a control ciudadano, mediante referéndum. El proyecto, sin embargo, crea otra categoría prohibida: las leyes que no hubieran obtenido dos quintos de los votos de los congresistas de la República (48 congresistas). Se trata pues de una ilegal modificación de la carta política a través de una ley.

El artículo 206 de la Constitución establece las formas específicas de reforma constitucional que, en el presente caso, no se han respetado.

## IV. EL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ante la acción de inconstitucionalidad, el tribunal falló “que de no haberse obtenido 6 votos conformes para declarar la inconstitucionalidad de 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”.

El fallo del Tribunal Constitucional es inapelable, porque dos magistrados consideran que la Ley 26592, que a mi entender encadena el referéndum y es inconstitucional, no viola los principios constitucionales

que constituyen el fundamento de derecho de quienes interpusieron la acción de inconstitucionalidad. El voto singular en minoría tiene una extensa fundamentación, pero de ella se pueden sustraer tres argumentos esgrimidos que constituyen la base de esta fundamentación y someterla a un análisis. Estos argumentos son: *a) la tesis de la configuración; b) el planteamiento relativo a las facultades legislativas del legislador y a la desnaturalización del referéndum, y c) el argumento de la democracia semidirecta.*

### *1. La configuración*

En este caso, los dos magistrados sostienen que tanto en el inciso 17 del artículo 2o. como en el artículo 31 de la carta magna no existe mayor configuración del referéndum. No hay una configuración “real y concreta” del referéndum. Esta falta de configuración es lo que ha permitido que el legislador, por medio de una ley, le fije a esta institución de la democracia directa “los justos contornos”. En otros términos, el legislador define y le otorga forma al referéndum.

Configurar viene del latín *configurare* y quiere decir dar determinada figura a una cosa. El voto en minoría confunde el fondo normativo con su estructura formal. En la Constitución hay un conjunto de normas que se refieren al referéndum; entre las cuales son tres las más importantes: el inciso 17 del artículo 2o.; el artículo 31 y el artículo 32. Estas normas tienen un valor intrínseco, que consiste en el valor normativo del referéndum y expresa la voluntad del legislador, quien desea que haya referéndum.

El primer párrafo del artículo 31 de la Constitución dice que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum..., lo que significa que ese derecho está reconocido por la Constitución. El mismo derecho también es reconocido explícitamente en el artículo 32, cuando se refiere a las normas que pueden ser sometidas a consulta popular.

Desde el momento en que aparece en la Constitución la figura del referéndum, éste normativamente adquiere valor jurídico, independientemente de una posterior configuración, porque no es la forma lo que define la norma ni tampoco es la forma lo que le da un valor normativo al referéndum, porque ese valor está claramente explicitado en la Constitución.

El referéndum es un mecanismo democrático de participación directa del pueblo. Si el legislador lo incorpora en la Constitución es porque quiere que el pueblo participe directamente. En tal sentido, si partimos del hecho real y concreto (*juris tantum*) de que el referéndum es un mecanismo de participación directa, cualquier intromisión de persona o institución que se interponga entre la voluntad ciudadana que quiere que haya referéndum y la autoridad, altera la característica básica de una consulta popular directa. Si hay cualquier forma de intermediación el acto ya no es directo, sino indirecto.

Como vemos, la tesis de la configuración no resuelve el problema latente sobre la intermediación. Cuando se legisla sobre una institución democrática, lo primero que debe hacer el legislador es elaborar normas que protejan, encauzen y permitan el adecuado funcionamiento de esta institución. Definirla en su real sentido e incluso precisar su contenido procesal no constituye una facultad que desvirtúe el sentido de la norma.

El valor normativo del referéndum no está sólo en la ley, sino en la Constitución. La ley es una consecuencia lógica que se deriva de la norma constitucional, entonces, por eso mismo, debe ajustarse al mandato de la Constitución. El valor normativo otorgado por la Constitución es implícito, es decir, vale por sí mismo. La ley va a explicitar lo que está implícito en la Constitución. Que se fijen números o porcentajes para las firmas e incluso la modalidad de la consulta no significa que estas formalidades establecidas por la ley primen sobre el valor normativo que le otorga la Constitución al referéndum. De acuerdo con la doctrina, la forma debe adecuarse al fondo, si ésta adecuación desvirtúa la esencia de una institución, que como la del referéndum es la consulta popular directa, la formalidad no solamente es inconstitucional sino que queda totalmente vacía de contenido. Es absolutamente irrelevante. Pero el fallo de los dos magistrados, respecto a que al referéndum le falta “configuración”, también carece de fundamento porque la formalidad y el procedimiento están establecidos en la Ley 26300 de Participación y Control Ciudadanos.

## 2. *Facultad del legislador y desnaturalización del referéndum*

Es obvio que la facultad del legislador es dar leyes, modificarlas y derogarlas, pero éste no es el caso específico en lo que atañe al referéndum. La Ley 26592, como hemos visto, no prohíbe el referéndum,

lo limita al obligar al ciudadano a que necesariamente presente una iniciativa de ley, cuando en la Ley primigenia 26300 esta iniciativa de ley no era una obligación sino una facultad, o una necesidad cuando no existiera ley. En este último caso, está claro que los ciudadanos deberán presentar un proyecto de ley, pero no es justo ni legítimo que existiendo una ley y existiendo también la voluntad ciudadana de que esa ley sea sometida a referéndum, se le exija presentar un proyecto de ley alternativo. En este caso el legislador está obstaculizando la libertad del ciudadano para decidir. A esta obligación de presentar necesariamente una iniciativa se le agrega otra exigencia: que en el caso de no ser aprobado el proyecto de ley, para que sea sometido a referéndum debe contar con el voto favorable de no menos de dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso. Aquí hay una clara intermediación de una minoría de congresistas. Por consiguiente, a consecuencia de esta intermediación se impide al ciudadano decidir directamente.

Los dos magistrados que emitieron su voto en minoría argumentan que esta limitación no es una desnaturalización del referéndum. Pareciera que no se dan cuenta, o no han querido darse cuenta, que el objetivo de la Ley 26592 es precisamente limitar el referéndum, y que al limitarlo se desnaturaliza el derecho ciudadano a participar directamente en los asuntos públicos mediante referéndum, acto que es nulo y punible. La facultad que tiene el legislador para dar, modificar o derogar leyes no significa que también esté facultado para “desconfigurar” lo que está definido normativamente en la Constitución.

### *3. La democracia semidirecta*

Los magistrados dicen que el modelo de las instituciones que canalizan la participación popular en los asuntos públicos, que ha previsto la Constitución, no corresponde estrictamente a la democracia representativa ni a la democracia directa, sino a la combinación de ambas. Por consiguiente, lo que en el fondo hay en nuestra Constitución es una democracia semidirecta, “modelo dentro del cual es perfectamente legítimo e incuestionable, la opción interpretativa escogida por la norma cuya constitucionalidad injustamente se ha pretendido cuestionar”. Que haya democracia semidirecta no significa en lo que atañe a la participación directa del pueblo, es decir a ese espacio de democracia en donde el ciudadano actúa libremente sin intermediación, que tenga que introdu-

cirse una institución de la democracia representativa como parte del proceso de referéndum. De acuerdo con la doctrina, la democracia es una sola y puede expresarse a través de los representantes del pueblo o a través del mismo pueblo en persona, como dice Rousseau. Para que este sistema funcione en estricta puridad no puede haber interferencia de una institución o de una práctica democrática en otra. Por eso se cuestiona el presidencialismo plebiscitario, que es una expresión autoritaria del uso del referéndum, pues se “salta a la garrocha”, los canales intermediadores entre el pueblo y sus representantes. De igual forma, se cuestiona que sean los representantes quienes se interpongan a las decisiones directas del pueblo. Cada una de estas instituciones son autónomas y deben convivir en armonía respetando su independencia y procedimientos, pero en ningún caso interferirse.

#### *4. Aplicación al referéndum del modelo jurídico matemático de Chávez Molina*

El doctor Juan Chávez Molina, destacado jurista y ex parlamentario, en un artículo titulado “La inaplicable resolución del Tribunal Constitucional” (*El Comercio*, 7 de enero de 1997), al analizar la sentencia que resuelve infundada la demanda interpuesta por 36 congresistas para que se declare inconstitucional el artículo 4o. de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 26435, en la parte que existen seis votos conforme a los siete que lo integran, explica que

...para que haya resolución se requiere una mayoría calificada de 85.71%; seis votos conformes de los siete que integran el Tribunal. La mayoría calificada de 85.71% seis de siete votos, funciona tanto para declarar la inconstitucionalidad, como para establecer, recíprocamente, la constitucionalidad de una norma con rango de ley.

Si nosotros aplicamos este tercero criterio a la sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley 26592, en donde de siete miembros cinco han votado por la inconstitucionalidad de esta ley, los niveles de porcentaje a favor del referéndum son mayores. Siguiendo el modelo propuesto por Chávez Molina, podemos afirmar que ni los cinco votos en mayoría que declaran fundada la demanda ni el voto singular conjunto de dos ma-

gistrados en contra del voto en mayoría alcanzan el 85.71%, es decir, seis de siete votos establecidos en la ley; en consecuencia, como dice Chávez Molina, “no hay acuerdo ni a favor ni en contra. No alcanzan, en ambos casos, la mayoría exigida por ley”. Dos votos de siete que declaran infundada la demanda representan el 28.57%, y los cinco votos a favor de la demanda el 71.43%, que sumados dan el 100%. Esto quiere decir que en el caso concreto de la Ley 26592 que encadena el referéndum a una iniciativa obligatoria y a la intermediación de un número determinado de congresistas, “no se cumple la mayoría requerida por ley. No hay resolución”. Entonces, si se pretende aplicar el voto en minoría de dos magistrados, “para hacer valer que la demanda es infundada y que la ley impugnada es constitucional, sería incurrir en nulidad *ipso jure*, de manera que no se puede convalidar, porque estaría contra el mandato expreso de la ley”, como indica el jurista peruano. Todo este embrollo, gestado por las leyes 26592 y 26670, esta segunda norma tragicómica, que ratifica el referéndum y modifica artículos de la Ley 26300, constituye una compleja y engorrosa madeja tendente a obstaculizar que el pueblo, cuando lo juzgue necesario, ejerza directamente el poder a través del referéndum. Tal situación ya no es un problema jurídico, es un problema político, al que bien se pueden aplicar las palabras del filósofo italiano de la política Paolo Flores D'Arcais: “Toda zona de sombra e impermeabilidad sustraída al ciudadano, restringe la democracia y dispone su ocaso. Debilita la democracia, favorece la crisis, en forma mucho más peligrosa que cualquier crisis de sobrecarga, regrese a la nada”.

## V. EL FALLO CONTROVERTIDO DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES

Con anterioridad a la presentación de la acción de inconstitucionalidad que se ha analizado, un grupo de ciudadanos, los señores Javier Díez Canseco Cisneros, Lourdes Flores Nano (en ese momento eran congresistas), Alberto Borea Odría y Mauricio Mulder Bedoya, apoyados por la asociación cívico-política denominada “Foro democrático”, cuya finalidad es defender y divulgar la democracia y la constitucionalidad en el país, se dirigen a la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), solicitando que se les otorguen planillones con la finalidad de recolectar

firmas para someter a referéndum la Ley 26657, que interpreta el artículo 112 de la Constitución, referido a la reelección presidencial. Esta solicitud es denegada, por la resolución jefatural número 069-96-ONPE. Frente a esta situación los solicitantes apelan ante el JNE que, por resolución número 491-96-JNE, revoca la resolución jefatural de la ONPE y dispone que la referida oficina proporcione a los peticionarios el material solicitado. En los considerandos de la resolución emitida por el JNE se precisa que

...la ley 26300, al regular los derechos reconocidos en los artículos 31 y 32 de la Constitución Política, señala en el artículo 39, los cuatro casos en que procede el referéndum, de los cuales, los expresados en los incisos *a*, *b* y *c* referente a la reforma constitucional, aprobación de normas legales y demarcación política, respectivamente, requieren de iniciativa legislativa rechazada; en tanto que el mencionado en el inciso *c*, destinado a la desaprobación de leyes, por su naturaleza, no está condicionado a dicho requisito; pues, como facultad el voto popular para rechazar una norma, no está expuesto a deliberaciones que son necesarias para la aprobación de leyes.

A partir de esta interpretación previa, el JNE deduce que, como es intención de los recurrentes no presentar una iniciativa legislativa para derogar la ley de interpretación del artículo 112 sino la desaprobación de esta norma interpretativa, no proceden los requisitos precisados en los artículos 1o. y 2o. de la Ley 26592.

Al mes siguiente, en octubre de 1996, el JNE emite la Resolución número 630-96-JNE, que ratifica la resolución 491-96 del 25 de septiembre y resuelve declarar que la ley 26670 no es aplicable al expediente promovido por los ciudadanos Lourdes Flores Nano, Alberto Borea Odría, Javier Díez Canseco Cisneros y Mauricio Mulder Bedoya.

Esta resolución se amparó en los siguientes considerandos:

- a) Que la resolución jefatural 069-96-ONPE viola el artículo 181 de la Constitución, porque de acuerdo a dicho dispositivo las resoluciones del Pleno del JNE, en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, son dictadas en instancia final, no son revisables y contra ellas no procede recurso alguno.
- b) Que de acuerdo al artículo 31 de la Constitución, los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante re-

feréndum, iniciativa legislativa, remoción y revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas, siendo nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

- c) Que según lo prescrito en el artículo 138 de la carta magna, de existir incompatibilidad entre una norma Constitucional y otra legal, en concordancia con el artículo 51 del mismo texto legal, la Constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre normas de inferior jerarquía y así sucesivamente.
- d) Que conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 139 de la carta magna vigente, ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones; tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada ni cortar procedimientos en trámite.
- e) Finalmente, que de acuerdo al artículo 103 de la Constitución peruana ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.

Es decir, que apelando a importantes preceptos legales y doctrinarios, como son: *a)* la inapelabilidad de una resolución que proviene de una instancia superior y definitiva; *b)* el derecho que la Constitución otorga a los ciudadanos de ejercer el referéndum y otras instituciones de la democracia directa; *c)* el principio de jerarquías de las normas; *d)* el principio normativo de que ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante órgano superior o interferir en el ejercicio de sus funciones; *e)* la ratificación del principio de cosa juzgada, y *f)* la ratificación del principio de retroactividad de la ley, el JNE da solución a esta controversia.

Igualmente, el JNE se ampara en la doctrina referente a la intencionalidad, es decir, al ánimo de los recurrentes. Aquí el ánimo, la intención de los recurrentes, no es presentar una iniciativa legislativa, sino que haya referéndum para desaprobar una ley. Existe, pues, el *animus referendi*. Esta puntual fundamentación del JNE distingue, de acuerdo a la doctrina y a los principios generales del derecho, lo que es el mandato de la ley positiva y la intencionalidad del recurrente, en cuanto que también esta intencionalidad tiene un amparo legal en el inciso *c* del artículo

39 de la Ley 26300. De esta manera dio una solución doctrinaria y legal al problema que generó la Ley 26592, la misma que establece en su primera parte que “todo referéndum necesita una iniciativa legislativa aprobada por el Congreso”.

De acuerdo al artículo 181, tal como se ha indicado, las resoluciones del JNE son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno. Ante esta situación, la mayoría del Congreso insiste en que el artículo 16, modificado por la ley 26592, obliga necesariamente a que todo referéndum requiere de una iniciativa legislativa desaprobada por el Congreso. Al no poder oponerse a la resolución del JNE, decide elaborar la Ley 26670, que tiene tres artículos y tres disposiciones transitorias. En esta ley se ratifica el referéndum y se deroga el inciso *c* del artículo 39 de la ley 26300. Este inciso establece que el referéndum procede para la desaprobación de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia... Asimismo ratifica la condicionante del referéndum a la iniciativa, que debe ser desaprobada por el Congreso, y condiciona esta desaprobación al voto favorable de no menos de los dos quintos de los votos del número legal de los miembros del Congreso.

De esta manera, no sólo se deroga un elemento esencial de todo referéndum, cual es la desaprobación de una ley, sino que se reincide en la limitación de un derecho ciudadano establecido en el artículo 31 de la Constitución. Más aún, con la intención de que no haya referéndum en torno a la ley de interpretación de la reelección presidencial, se dispone que la ONPE, de oficio y bajo su responsabilidad, resolverá los casos de quienes vienen recogiendo firmas para iniciar posteriormente algún referéndum, y notificará a los promotores de los mismos para que se adecuen a lo dispuesto por esta ley.

Amparado de la Ley 26670, el ciudadano Manuel Antonio la Torre Bardales interpuso recurso de oposición, alegando que previamente lo actuado deben pasar al Congreso de la República para la aprobación de la instancia. Violando todos los principios que el JNE había apelado para promulgar la resolución 491-96-JNE, que revoca la resolución expedida por la ONPE y la Resolución 639-96-JNE, que declara nula la resolución jefatural 111-96-ONPE e inaplicable la Ley 26670, para el expediente promovido por los ciudadanos antes mencionados que reclamaban que dicha ley no es de aplicación a la solicitud de recolección de firmas, se pronuncia confirmando una segunda resolución de la ONPE,

092-98, y dispone que lo actuado, es decir el pedido de realización del referéndum, pase al Congreso de la República. De esta manera el JNE bloqueó la consulta popular para que el pueblo se pronuncie en referéndum sobre la viabilidad o inviabilidad de la Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112 de la Constitución.

Pero esta vez la resolución que comentamos no fue aprobada por unanimidad, pues se produjo el voto singular del magistrado Ramiro de Valdivia Cano. Dicho magistrado fundamentó su voto amparándose en el principio de inapelabilidad de resoluciones dictadas en instancia final y definitiva, que no son revisables y contra ellas no procede recurso alguno. Es decir, el magistrado se amparó en el principio de cosa juzgada, insistiendo que dado este caso, no se pueden cortar procedimientos en trámite ni modificar sentencias y retardar su ejecución, como pretendió hacer la ONPE.

También sostiene este magistrado que se ha violado el principio de jerarquía de las normas, y en tal sentido se pronunció, resolviendo declarar nula la resolución jefatural ONPE, materia de la nueva controversia, y ordenando se reanude el trámite de revisión de las firmas para que luego de este acto se proceda a referéndum.

Más allá de los argumentos de este magistrado, a través de su voto singular, que estaba de acuerdo con la ley, el hecho es que el JNE había sido penetrado y corrompido por el fujimorismo, y ahora también denominado fujimontesinismo, pues como se comprobó luego del análisis de los cassettes que había grabado el asesor presidencial Vladimiro Montesinos, el presidente del JNE consultaba con el asesor presidencial, y uno de sus miembros no sólo trató con este asesor las formas de impedir la realización del referéndum, sino que recibió dinero para fallar en contra de esta consulta popular.

La corrupción también se había posesionado del JNE, que no sólo en este caso, sino durante el proceso electoral presidencial y congresal de 2000, fue pieza fundamental del fraude.

## VI. COLOFÓN

Al restablecerse la democracia en el Perú, el 25 de septiembre de 2001, el Congreso de la República aprobó la ley 27520 que deroga las leyes 26592 y 26670 y restituye la plena vigencia de la Ley 26300,

denominada Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. Esta ley reivindicativa del referéndum en su verdadera esencia. Se debió a la iniciativa de los congresistas Javier Díez Canseco Cisneros y Daniel Estrada.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

Acción de inconstitucionalidad contra las leyes 26592 y 26670 presentada por un grupo de congresistas.

CHÁVEZ MOLINA, Juan, “La inaplicable resolución del Tribunal Constitucional”, *El Comercio*, 7 de enero de 1997.

Constitución de la República del Perú.

Fallo del Tribunal Constitucional en contra de la acción de inconstitucionalidad.

Ley de Participación y Control Ciudadanos, 26300.

Ley 26670.

Ley 26592.

MIRÓ QUESADA RADA, Francisco, *Democracia directa: práctica y normatividad*, Editorial San Marcos, 1998.

\_\_\_\_\_, *Democracia directa y derecho constitucional*, Artes y Ciencias Editores, 1990.

Resolución 630-96-JNE.

Resolución 631-96-JNE.

Resolución 553-98-JNE.

Voto singular del doctor Ramiro de Valdivia Cano, miembro del Jurado Nacional de Elecciones.