

# Reforma constitucional y referéndum constitucional

## Constitutional reform and constitutional referéndum

Humberto Henríquez Franco<sup>1</sup>

### Sumario:

1. Introducción
2. La reforma constitucional:
  - 2.1 Aproximación conceptual.
  - 2.2 Naturaleza.
  - 2.3 Límites.
  - 2.4 El procedimiento de reforma constitucional.
  - 2.5 Necesidad de la reforma constitucional.
3. El referéndum constitucional:
  - 3.1 Conceptualización.
  - 3.2 Naturaleza.
4. La reforma y el referéndum constitucional en la Constitución de 1993.
5. La experiencia del referéndum en el Perú.
6. Conclusiones.

---

1 Profesor principal ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada "Antenor Orrego" – Trujillo en la cátedra de Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Abogado, magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional y doctor en Derecho.

## 1. INTRODUCCIÓN

Una de las instituciones de mayor relevancia dentro del constitucionalismo es la reforma constitucional. Esto debido a que los textos constitucionales no pueden ser considerados documentos pétreos o eternos y, por tanto, requieren actualizarse a través de procedimientos previamente establecidos que tienen por finalidad dar respuesta a las exigencias de una realidad en permanente cambio.

Su importancia queda evidenciada en la unánime aceptación de la doctrina y el derecho comparado que se traduce en su incorporación, aunque con matices respecto al grado de dificultad para llevarla a cabo, en los diferentes textos constitucionales del mundo democrático.

Siendo la Constitución un documento de consenso que traduce en fórmulas jurídicas las decisiones políticas de la ciudadanía, el referéndum deviene en una institución complementaria, no siempre indispensable, para aprobar las reformas o cambios que la Constitución requiere para evitar la ruptura del orden constitucional.

Siendo una institución tan importante, como acabamos de ver, recurrir a ella no debe ser fruto de un capricho o de una grave crisis política que prioriza la pasión sobre la razón. Ella debe ser invocada en última instancia, cuando la realidad lo haga necesario y no haya otra salida que resuelva los impases que siempre se van a producir en una sociedad heterogénea y con intereses en conflicto. El fácil recurso a la reforma constitucional contribuye al fenómeno de la desconstitucionalización, que no es otra cosa que la pérdida de respeto a la Constitución que resume la soberanía de la nación.

El presente trabajo tiene por objeto, de un lado, explicar la naturaleza de la reforma constitucional y el referéndum constitucional y, de otro, analizar las reformas llevadas a cabo en nuestro país, aprobadas abrumadoramente por el Congreso de la República en octubre del 2018 y refrendadas en diciembre del mismo año mediante referéndum constitucional.

## 2. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

### 2.1 Aproximación conceptual.-

Una de las más grandes conquistas de la humanidad en su lucha por limitar el poder político es haber consagrado a la Constitución como una norma suprema, la que una vez aprobada por el poder constituyente, expresión de la soberanía popular que luego desaparece para permanecer latente en la voluntad popular, adquiere una auténtica soberanía jurídica, que hasta el mismo pueblo está obligado a respetar.

La idea de que exista algo que limite el poder de los gobernantes y evite su abuso siempre ha estado presente en el pensamiento político histórico. Durante la Edad Media, etapa en la que la Iglesia impuso el teocentrismo como ideología dominante, se sostuvo que los gobernantes al ser nombrados por la gracia de Dios tendrían como límite a la ley divina consagrada en las santas escrituras. En la Edad Moderna, época en la que el pueblo empieza a tomar protagonismo político, se estableció como límite las leyes naturales, lo que quedó evidenciado por escrito en la famosa Carta Magna que consagró como un principio del derecho natural "que no hay impuesto sin representación". Precisamente, fue este principio que sirvió de justificación a las colonias inglesas para su triunfante revolución por la independencia proclamada el 4 de julio de 1776, al considerar que el Parlamento inglés, al exigirles pagar impuestos sin que ellos hayan estado representados, violó una ley del derecho natural, lo que otorgaba el derecho a la insurgencia contra un gobierno usurpador.

La desconfianza en que los gobernantes controlen su abusivo poder por sí mismos, llevó a los norteamericanos a redactar la Constitución Federal de 1787, en la que consagraron por escrito las normas del derecho natural que nadie puede vulnerar. Esta misma noción fue establecida por los revolucionarios franceses en su célebre Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, en cuyo preámbulo declaran que "han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta Declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en

beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos".

Previendo que este documento fundacional, que en los Estados Unidos adquiere un carácter sacrosanto, podría verse desbordado por la realidad es que el constitucionalismo dio origen a la reforma constitucional que tiene por finalidad introducir los cambios indispensables para darle viabilidad al orden constitucional y evitar su ruptura. Son, pues, los cambios que la realidad impone los que hacen que las normas constitucionales pierdan su eficacia y que, como afirma Loewenstein, "tengan que ser, por tanto, completadas, eliminadas o acopladas de alguna manera a las nuevas exigencias en interés de un desarrollo sin fricciones del proceso político".<sup>2</sup>

Este importante rol ha sido asignado a la reforma constitucional, cuya eficacia justifica su unánime aceptación en el Derecho Comparado, aun cuando el procedimiento para llevarla a cabo difiera de un país a otro, lo que en opinión de Lucas Verdú se debe a la "íntima dependencia que existe entre los sistemas de reforma y las formas políticas"<sup>3</sup>. Esta opinión es corroborada por Loewenstein al afirmar que "el material de Derecho Comparado permite sacar la conclusión de que a partir de la técnica de la reforma constitucional aplicada en los diversos casos, se puede deducir el carácter político del régimen"<sup>4</sup>. Es, pues, el procedimiento de reforma el que pone a prueba el sistema constitucional de los estados al valorar el contenido y alcance de su propia conceptualización.

Desde este punto de vista, la reforma constitucional debe ser entendida como una institución destinada a actualizar el texto constitucional a través de un procedimiento que la doctrina denomina "agravado", cuya finalidad es darle viabilidad al modelo político consagrado por el poder constituyente, lo que lo define como un poder limitado e intermedio entre el poder constituyente y los poderes constituidos, sujeto al cumplimiento de un procedimiento especial que la propia Constitución consagra.

## 2.2 Naturaleza.-

La doctrina constitucional mayoritariamente entiende que la reforma constitucional tiene una naturaleza de poder constituido, cuyo procedimiento, si bien es extraordinario, no puede sobrepasar los límites que la propia Constitución establece. Carl Schmitt, al respecto, afirma que reconocer a la reforma constitucional una facultad extraordinaria no significa que ésta sea ilimitada, pues "al seguir siendo una facultad atribuida en la ley constitucional, es, como toda facultad legal constitucional, limitada"<sup>5</sup>.

En efecto, aun cuando algunos ordenamientos constitucionales facultan en sus textos la posibilidad de reformar totalmente la Constitución, en la práctica en ningún país el cambio total ha sucedido a través de esta vía. Esto en razón a que en el marco de un Estado constitucional no pueden darse facultades ilimitadas a los órganos constituidos. El cambio total es una facultad reservada exclusivamente al poder constituyente, como titular de la soberanía popular, explicada en términos políticos, pero no jurídicos.

Aceptar a la reforma constitucional como un poder constituido y, por tanto, limitado, explicable en términos jurídicos, es mantener la coherencia del Estado constitucional, puesto que así ningún poder organizado y regulado por la Constitución aparecerá por encima de ella, lo que garantiza su carácter de norma fundamental, quedando así sus posibilidades formales de actuación circunscritas a las facultades que la Constitución les confiere, con lo que se deja a salvo los dos principios que cimientan el Estado constitucional: el de la soberanía popular encarnado por el poder constituyente y el de la soberanía jurídica que eleva a la Constitución al carácter de norma suprema. De manera que el poder constituyente, como una fuerza externa al sistema, quedará siempre en la posibilidad de cambiar la Constitución, y la reforma constitucional, como un poder constituido, contará con atribuciones para adecuar la Constitución a la realidad social, respetando los límites en ella establecidos. Con ello se legalizan los cambios pero no la revolución.

2 LOEWENSTEIN, Karl. (1979) Teoría de la Constitución. Ariel, Barcelona, p. 170.

3 LUCAS VERDÚ, Pablo. (1986) Curso de Derecho Político, Tecnos, Madrid, p. 658.

4 LOEWENSTEIN, Karl. (1979) Teoría de la Constitución, citado por Pedro de Vega en La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente. Tecnos, Madrid, p. 81.

5 SCHMITT, Carl. (1982) Teoría de la Constitución. Alianza Universidad, Madrid, p. 118.

### 2.3 Límites.

En la actualidad, pocos son los que discuten la conveniencia de que esta institución sea vista con carácter limitado, incluso podríamos afirmar que existe consenso en la doctrina en considerarla como una facultad extraordinaria "sin embargo no ilimitada", como lo define Schmitt<sup>6</sup>. El límite natural de la reforma está en la misma Constitución, bien sea de manera explícita o implícita.

Los límites explícitos son aquellos que aparecen expresamente formulados en el texto constitucional, como barreras que se levantan por acción y decisión de los propios constituyentes, que procuran hacer prevalecer ciertos principios o valores, laboriosamente alcanzados, frente a circunstanciales o contingencias que nunca faltan, pero que, en muchos casos, son el fruto de la improvisación, de las pasiones o caprichos de sectores políticos que transitoriamente logran copar mayoritariamente los parlamentos. Estos límites han sido agrupados por Biscaretti Di Ruffia en los siguientes rubros: a) Límites que prohíben la reforma total o parcial sin indicación de tiempo; b) Límites que permiten tales reformas solo tras un término preestablecido desde la entrada en vigor de la Constitución y c) Límites que prohíben las reformas en periodos particularmente delicados en la vida del Estado. Respecto a los primeros, por lo general, están circunscritos a su objeto constituido, ya sea para la forma de gobierno (artículo 139 de la Constitución Italiana de 1947 que prohíbe expresamente la revisión constitucional de la forma republicana de gobierno) o para diversos principios político - jurídicos fundamentales (Art. 79 de la Ley Fundamental de Bonn que prohíbe su modificación si no es por medio de una ley del mismo carácter, aprobada por los dos tercios de los miembros del Bunderstag y los dos tercios de los votos del Bundersrat). Respecto a los segundos, éstos han sido mucho más frecuentes en la redacción de las primeras constituciones, como es el caso de la Constitución de Cádiz de 1812 que en su artículo 375 prohibía la alteración hasta pasados 8 años de vigencia o el artículo 3 de la Constitución francesa de 1791 que prohibía la reforma durante los primeros 4 años a partir de su aprobación. Respecto a los terceros, estas prohibiciones resultan mucho más importantes pues al prohibir realizar reformas a la Constitución durante graves circunstancias de alteración,

política, social, económica, etc., lo que se busca es evitar que por determinadas circunstancias y por razones emocionales se modifique la Constitución. Los cambios constitucionales por su carácter de permanencia en el tiempo responden a situaciones racionales y de extrema necesidad. Este tipo de limitaciones lo encontramos, por ejemplo, en el artículo 60, inciso 3), numeral 1 que a la letra dice: "La Constitución no podrá ser enmendada bajo la vigencia de intervención federal, del estado de defensa o del estado de sitio".

Por límites implícitos se entienden a aquellos que sin estar expresamente escritos se deducen del carácter de los principios que sustentan el Estado constitucional. Pedro de Vega, al respecto, afirma que "es del concepto de supremacía constitucional de donde se derivan los llamados límites implícitos formales y es del principio político de soberanía popular de donde emanan los límites implícitos materiales<sup>7</sup>". Por límites implícitos formales hay que entender la prohibición de modificar el procedimiento de reforma constitucional, debido a que ésta adquiere el carácter de cláusula de intangibilidad. "Representaría un contrasentido política y jurídicamente inadmisibles, dice De Vega, que el poder de reforma que basa su competencia en la Constitución, tuviera la capacidad, a través de la modificación de las normas que regulan el procedimiento de reforma, de convertir una constitución rígida en flexible<sup>8</sup>". En efecto, aceptar que el procedimiento de reforma puede también ser reformado, significaría vaciar de contenido el principio de supremacía constitucional. Los límites implícitos materiales derivados del principio de soberanía popular se explican debido a que las constituciones se identifican con ciertos valores que actúan como presupuestos de su legitimación, los cuales no pueden ser susceptibles de reforma constitucional. Destacan, entre otros, la división de poderes y la garantía de derechos fundamentales de la persona, razón por la que aceptar su modificación por la vía de la reforma significaría caer en el fraude constitucional. Como dice Pedro de Vega, "reconocer la existencia de límites implícitos materiales supone impedir que la legalidad del Estado constitucional democrático pueda emplearse como arma arrojada contra él mismo, hasta el punto de convertirla en un instrumento legitimador del golpe de Estado<sup>9</sup>".

6 SCHMITT, Carl. Op. Cit. p. 119.

7 DE VEGA, Pedro. (1985) La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente. Tecnos, Madrid, p. 273.

8 DE VEGA Pedro. Op. Cit. P. 277.

9 DE VEGA Pedro. Op. Cit. P. 294

No cabe duda, pues, que dentro de la lógica del Estado constitucional, la institución de la reforma desarrolla sus funciones dentro de determinadas limitaciones sean estas formales o materiales que, aun cuando no estén explícitamente establecidos en el texto, constituyen verdaderas barreras infranqueables al poder constituido. La vulneración de estos límites da paso al fraude constitucional o a la presencia del poder constituyente revolucionario.

## 2.4 El procedimiento de reforma constitucional.-

La reforma, por su propia naturaleza, tiene un procedimiento especial, extraordinario, respecto del procedimiento ordinario de aprobación de leyes, que la doctrina denomina como agravado. Este procedimiento se agrava fundamentalmente en la medida que eleva las exigencias para la presentación de un proyecto de reforma constitucional, así como para su aprobación, pues exige votación calificada, y requiere de una doble aprobación que se conoce como ratificación.

Si bien es cierto que en el derecho comparado no existe unanimidad en cuanto a la organización de los procedimientos, la verdad es que en doctrina pueden identificarse, por lo menos, tres etapas: iniciativa, aprobación y ratificación.

La iniciativa es la primera etapa en la que se discute la conveniencia o no de las modificaciones constitucionales. Cuentan con esta facultad, por lo general, el poder legislativo, el poder ejecutivo y el pueblo.

La segunda etapa es la aprobación, la que se produce luego del debate en el poder legislativo o en una asamblea constituyente. Teniendo en cuenta que lo que se modifica es una norma constitucional, que es la norma suprema, la exigencia va desde una mayoría absoluta del número legal de sus integrantes hasta una votación calificada superior a los 2/3 del número legal.

La tercera etapa es la ratificación, que en algunos casos es una doble votación con las mismas exigencias que la aprobación en otra legislatura ordinaria, y, en otros casos, esta atribución está reservada a la población a través de un referéndum.

El procedimiento agravado de la reforma constitucional encuentra fundamento en la naturaleza de la norma que modifica, que no es otra que la Constitución del Estado, la primera de todo el restante ordenamiento jurídico y fuente de fuentes en la que sustentan su validez las demás normas. Es esta la razón por la que los órganos legitimados para presentar proyectos de modificación constitucional deberán ser prudentes y cautelosos

para no contribuir a la desconstitucionalización del texto, restándole el sentimiento constitucional del que habla Loewenstein.

## 2.5 Necesidad de la reforma constitucional.-

Después de la Segunda Guerra Mundial, casi todos los países del mundo procedieron a aprobar nuevas constituciones con carácter de norma suprema, a las que debían supeditarse las demás para su validez. Estas constituciones con este carácter dieron nacimiento al Estado constitucional de derecho que representaba la superación del viejo Estado legal o legislativo que tenía a la ley como la norma por excelencia debido a que una vez aprobada la Constitución y organizados los poderes del Estado, la soberanía se trasladaba al Parlamento considerado como el primer poder del Estado.

Como se sabe, en el Estado legal o legislativo la ley era válida si contaba con la aprobación de una simple mayoría de parlamentarios, que utilizaron una mayoría circunstancial para hacer uso y abuso de los derechos fundamentales de las minorías. Esto es lo que cambia con el nuevo paradigma de Estado constitucional de derecho en donde una ley para su validez no solo debería contar con una mayoría de votos, sino, además, no transgredir la Constitución. Era pues la fórmula ideal para garantizar la libertad y los derechos humanos de todos, pero fundamentalmente de las minorías.

Como es lógico, el nuevo paradigma de Estado representa una barrera para la actuación de los gobernantes que, no en pocas veces, ven en la Constitución el mayor obstáculo para imponer sus caprichos e intereses personales y partidarios. Consecuentemente, para ocultar su incapacidad y sus fracasos terminan por pedir una nueva Constitución o formulan reformas al texto de manera indiscriminada, contribuyendo al desprestigio de la Carta fundamental y vaciando de contenido el principio de supremacía constitucional.

La experiencia demuestra que los países que menos modifican o cambian de Constitución son, precisamente, los que más rápido han alcanzado el desarrollo. Es el caso de los Estados Unidos, con una Constitución vigente por más de dos siglos, Japón, Alemania, Suiza, etc. Por el contrario, los países que introducen permanentes modificaciones lo único que generan son desconfianza en las instituciones que ponen en riesgo la estabilidad política y la gobernabilidad. Hesse, al respecto afirma que "peligrosa siempre para la fuerza normativa de la Constitución es la tendencia a su reforma frecuente, so pretexto de necesidades políticas aparentemente ineluctables. Toda reforma constitucional pone de manifiesto cómo



unas medidas objetivas, reales o supuestamente inevitables, se valoran más que la regulación normativa vigente..... si tales modificaciones se acumulan en poco tiempo, la consecuencia inevitable será el resquebrajamiento de la confianza en la inviolabilidad de la Constitución y el debilitamiento de su fuerza normativa. Condición básica de la eficacia de la Constitución es que resulte modificada en la menor medida posible<sup>10</sup>.

Lo que deberían entender los que fungen de políticos es que toda reforma encierra riesgos para el prestigio y eficacia de la Constitución, lo que no implica, de manera alguna, que las reformas deban ser dejadas de lado cuando sean necesarias. Lo que pasa es que la reforma no debe ser interpretada como un capricho político sino como una necesidad jurídica determinada. Esto lo entienden mejor los estudiosos y expertos del constitucionalismo. Aunque no siempre la mayoría de ellos estén exentos de intereses que pueden ser políticos o económicos al terminar por justificar la aprobación de reformas improductivas e innecesarias.

En estas condiciones la reforma aparece como una institución básica, un remedio adecuado e indispensable, destinado a dotar a los estados de un procedimiento jurídico ordenado y pacífico para introducir los cambios cuando éstos, en última instancia, demuestren su necesidad. García Pelayo<sup>11</sup>, al respecto, afirma que "La reforma es el orden para el cambio que hace posible un cambio en orden". Como ha dicho Hauriou, "la revisión regular de la Constitución no es más que un medio para evitar la ruptura, y no debe emplearse más que en último extremo cuando una crisis política demuestre la urgencia de la enmienda<sup>12</sup>".

Consecuentemente, una reforma solo puede ser considerada necesaria cuando las normas constitucionales ya no respondan a las nuevas exigencias sociales, políticas y económicas de un Estado y mantenerlas signifiquen abrir el camino al fraude o a la revolución, como acertadamente lo señala De Vega cuando afirma que "En toda situación límite no cabe otro dilema que el falsear la Constitución o reformarla, lo cual equivale a indicar que la necesidad jurídica de la reforma es, a la postre, quien determina su conveniencia política<sup>13</sup>".

### 3. EL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL

#### 3.1 Conceptualización.-

Dentro del proceso político democrático, con el triunfo de la democracia representativa sobre la democracia directa, el referéndum aparece como una de las instituciones correctivas a los defectos de la primera que, como se sabe, en las últimas décadas ha entrado en crisis en casi todo el mundo, debido a la desconfianza y falta de credibilidad en la clase política y los partidos políticos.

El referéndum tiene como fundamento el principio de soberanía popular que otorga a la ciudadanía el derecho a tomar decisiones, en última instancia, respecto de asuntos que son propios de su incumbencia cuando las asambleas legislativas, por razones particulares o partidarias, aprueban normas en sentido contrario a sus intereses. De manera que teóricamente resulta incuestionable su incorporación en los diferentes ordenamientos constitucionales de una buena cantidad de países democráticos, a partir de la experiencia suiza; aunque en la práctica su funcionamiento requiere contar con personas responsables, con una adecuada formación cívica y política, para no desnaturalizarla y convertirla en un plebiscito, que es el arma de los dictadores. Domingo Faustino Sarmiento, a propósito, acuñó su célebre frase: "si el pueblo es el soberano, hay que educar al soberano".

El referéndum es pues una institución compleja y no exenta de duras críticas debido a que se presta a confusión con el plebiscito, razón por la que su delimitación conceptual es realmente problemática. Ambos términos, en opinión de Biscaretti Di Ruffia, son usados indistintamente por la doctrina y la legislación y, a pesar de los esfuerzos realizados para distinguirlos, asignando al referéndum el carácter normativo y al plebiscito el carácter político, no tienen aún consenso. La intromisión de los gobernantes en procesos de referéndum, a través de profusa propaganda pagada en los medios de comunicación solicitando adhesión a sus propuestas, le restan credibilidad y desprestigio.

Teniendo en cuenta su naturaleza jurídica, el referéndum puede ser definido como una

10 HESSE, Conrad. (1983) Escritos de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 74.

11 GARCIA PELAYO, Manuel. (1961) Derecho Constitucional Comparado. Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, p. 121.

12 HAURIOU, Maurice. (1921) Principios de Derecho Político y Constitucional. Librairie, París, p. 323.

13 DE VEGA, Pedro. Op. Cit. p. 93.

institución de democracia directa mediante la cual el pueblo en su calidad de soberano ratifica o no las normas jurídicas que aprueban las asambleas legislativas. García Pelayo, al respecto, lo define como un "derecho del cuerpo electoral a aprobar o a rechazar las decisiones de las autoridades legislativas ordinarias"<sup>14</sup>.

### 3.2 Naturaleza.-

Técnicamente, el referéndum tiene una naturaleza jurídica o normativa, lo que significa que utilizarla para justificar actos de políticas de gobierno es desnaturalizarlo y reducirlo a un mero plebiscito. En consecuencia, dentro del plano de la legitimidad el referéndum se mide en términos de legalidad, lo que implica que esté admitido dentro del texto constitucional y regulado o desarrollado por la legislación infraconstitucional. Desde el plano de los valores, su legitimidad depende del cumplimiento efectivo de ciertos requisitos como ser convocado a petición del pueblo, que su preparación sea lo más limpia y transparente, que se asegure un adecuado marco de libertad para la discusión de los temas, que se realice dentro de un plazo razonable, que las preguntas sean formuladas sin ambigüedad, y que los resultados electorales sean confiables y sin alteraciones o fraudes.

Por su naturaleza, el referéndum se clasifica en legislativo, si lo que se pone en consulta es una norma legal o infraconstitucional; y constitucional, si lo que se busca aprobar es la Constitución o una reforma constitucional.

Dentro de la democracia representativa el referéndum no debe ser entendido como un poder soberano, sino como una institución que busca evitar que dentro del Estado constitucional emerjan falsos poderes soberanos que expresan su propia voluntad en contra de la voluntad de los representados. Su importancia radica en evitar que la representación se arrogue un poder que, en última instancia, solo corresponde al pueblo.

Es en este sentido que la doctrina constitucional entiende la integración del referéndum en la mecánica de la organización de la democracia representativa, no como un poder externo con facultad de destruir el orden constitucional, sino

como una garantía de protección de la actuación de falsos poderes soberanos. Pedro de Vega<sup>15</sup>, al respecto, afirma que el referéndum constitucional "se inserta en el juego de los checks and balances, de los frenos y contrapesos, en que descansa el Estado constitucional representativo".

No obstante que en la teoría constitucional el referéndum aparece como un planteamiento impecable, en la práctica su aplicación ha sido vista con desconfianza debido a la evidente manipulación de la que ha sido objeto por parte de gobernantes con tendencias autoritarias que tienden a utilizarlos para justificar intereses personales o como pretexto para legitimar actos de fuerza que socavan el orden constitucional. A pesar de ello, son cada vez más las constituciones que lo han incorporado en sus textos constitucionales, como un mecanismo destinado a afirmar el carácter democrático y legitimador de la reforma constitucional.

Consecuentemente, la legalidad del referéndum depende de que su ejercicio sea un acto subordinado a la Constitución, por lo que aunque su fundamento radique en la soberanía popular no deberá considerársele como un acto de soberanía equiparable al Poder constituyente originario sino, más bien, como un instrumento de control y de respeto de la voluntad constituyente. Su rol, dice Pedro de Vega<sup>16</sup>, es evitar "que del seno mismo del Estado constitucional emerjan falsos y subrepticios poderes soberanos". Esta opinión es compartida por Carré de Malberg, quien sostiene que "incluso si se pusiera teóricamente un acuerdo unánime de todos los ciudadanos respecto de un punto determinado, este acuerdo no formaría jurídicamente una voluntad estatal si no se ha realizado y manifestado en la forma y condiciones previstas por la Constitución"<sup>17</sup>.

14 GARCÍA PELAYO, Manuel. (1961) Derecho Constitucional Comparado. Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, p. 265

15 DE VEGA, Pedro. Op Cit. p. 119

16 DE VEGA, Pedro. Op. Cit. p. 181

17 CARRE DE MALBERG. (1948) Teoría General del Estado. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, p. 1115

## 4. REFORMA Y REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La vigente Constitución de 1993, según lo estipulado en el artículo 206, establece el procedimiento de reforma constitucional y, eventualmente, el referéndum como un instrumento de ratificación. Según esto existen dos modalidades para la ratificación de una norma constitucional. En efecto, la iniciativa está atribuida al Presidente de la República, con aprobación del Consejo de Ministros; a los congresistas y a un número de ciudadanos equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral, con firmas comprobadas por la autoridad electoral; mientras que la aprobación corre a cargo del Congreso con mayoría absoluta del número legal de sus miembros. Es respecto a la ratificación que existen dos posibilidades: la primera es que toda reforma aprobada por el Congreso con la mayoría absoluta de sus miembros debe ser ratificada mediante referéndum. La segunda modalidad está referida a la posibilidad de omitir el referéndum cuando el Congreso lo aprueba con una votación superior a los dos tercios del número legal de congresistas a condición de ratificarla con una segunda votación con las mismas exigencias en una sucesiva legislatura ordinaria.

La reforma constitucional cumple con los estándares internacionales que, en síntesis, requieren pasar por un procedimiento agravado que comprende al menos tres etapas: iniciativa, aprobación y ratificación.

El referéndum, como mecanismo de ratificación de la aprobación de la reforma constitucional, está dentro de los fundamentos establecidos por la doctrina constitucional. Vale decir, como un poder destinado a evitar que dentro del Estado constitucional emerjan falsos poderes soberanos, pero no como un poder soberano externo a la Constitución con facultades para destruir el modelo político establecido por el poder constituyente.

Los constituyentes que elaboraron la Constitución de 1993 entendieron que alcanzar una votación calificada superior a los dos tercios de los miembros del Congreso era sumamente difícil, requería de un acuerdo casi unánime, razón por la cual el referéndum aparece como una alternativa, a condición de que su aprobación cuente con la mayoría del número legal de sus miembros.

En consecuencia, acuden al sufragio para que sea la ciudadanía la que le otorgue legitimidad. Sin embargo, considerando que entregar este poder

al pueblo ofrecía riesgos debido a la manipulación que los gobernantes han hecho de esta institución, al punto de convertirla en un plebiscito, propio de los dictadores, dejaron abierta la posibilidad de que si el proyecto de reforma alcanza una votación superior a los dos tercios de los miembros del Congreso, entonces el referéndum podía omitirse para ser refrendado por una segunda votación calificada superior a los dos tercios de congresistas en una sucesiva legislatura ordinaria.

Esta última ha sido la modalidad que los congresistas han utilizado para llevar a cabo la totalidad de las reformas constitucionales que han actualizado la Constitución desde 1993, fecha en que fue puesta en vigencia. El nivel de consenso logrado en el Congreso, en teoría, ha sido una respuesta a la necesidad que la realidad exige. No siempre ha sido así, por supuesto, pero la lógica que explica este recurso ha sido mucho más pacífico al haber evitado la polarización de la población. Después de todo, la conjunción de las diversas fuerzas políticas representadas en el Congreso asegura un elevado consenso y el respeto a los derechos humanos de todos, especialmente los de las minorías..

## 5. LA EXPERIENCIA DEL REFERÉNDUM EN EL PERÚ

El referéndum como instrumento de ratificación de la reforma constitucional ha sido recién incorporado en nuestro ordenamiento constitucional de 1993. Las constituciones de 1920, 1933 y 1979 lo descartaron.

Como hemos señalado, a pesar de que algunas constituciones no son claras respecto a su naturaleza, la moderna doctrina constitucional mayoritariamente conviene en aceptar que el referéndum constitucional tiene una naturaleza normativa y no política. Sin embargo, las dos únicas veces que la ciudadanía ha acudido a las urnas a refrendar la Constitución o las reformas constitucionales han terminado por distorsionar su esencia jurídica para convertirla en un mecanismo político propio de un plebiscito, proscrito por nuestra vigente Carta constitucional, con el aval de notables constitucionalistas que en consultas pagadas por los gobernantes de turno terminan por avalar tamaña aberración.



La primera vez que la ciudadanía fue convocada a un referéndum constitucional fue precisamente a propósito de la ratificación de la Constitución de 1993. Recordemos que esta fue una de las promesas hechas por el expresidente Alberto Fujimori que, en ese momento, gozaba de una elevada popularidad. Con ello el dictador pretendía otorgarle mayor legitimidad a la Constitución, elaborada a su medida, respecto de la Carta de 1979 que fue aprobada y refrendada por la propia Asamblea Constituyente al concluir sus funciones.

Durante el tiempo que duró la aprobación de la Constitución por el Congreso Constituyente Democrático (CCD) la popularidad de Fujimori se fue diluyendo, razón por la que apoyado en encuestas manipuladas desde palacio de gobierno trató de evitar que el texto aprobado saliera a referéndum para su ratificación, aduciendo la elevada aceptación ciudadana. Las críticas de una creciente oposición que recordaba al gobernante el cumplimiento de su promesa explícitamente establecida en el decreto de la convocatoria a elecciones de los integrantes del futuro Congreso Constituyente Democrático (CCD) lo hicieron retroceder y sacar el texto constitucional a referéndum programado para el 31 de octubre de 1993. Durante los escasos dos meses que mediaron entre la convocatoria y los comicios, el país asistió a un debate nacional más político que normativo entre el oficialismo y la oposición. Faltando un mes para la consulta popular, las encuestas revelaban que un 60% de los electores estaban dispuestos a ratificar la Constitución, mientras que un 40% la rechazaría. Esto exasperó al gobierno que inició una millonaria campaña a favor del "SI" para asegurar la ratificación del proyecto autoritario que haría viable la reelección presidencial inmediata.

A escasos quince días del proceso electoral, fecha en que conforme a ley se publica la última encuesta de opinión, las preferencias se acortaron a un 55% por el SI y un 45% por el NO, con tendencia a un crecimiento a favor de la desaprobación. En este contexto, el ex presidente Fujimori se presentó a un programa político televisivo a notificar al país que si no aprobaban la Constitución se alejaría del gobierno con el riesgo de que los terroristas de Sendero Luminoso, encabezados por Abimael Guzmán, salgan en libertad y el caos se vuelva a apoderar del Perú. Este hecho confirmó el carácter plebiscitario de las elecciones, desvirtuando la naturaleza normativa del referéndum.

Producidas las elecciones el 31 de octubre, los resultados extraoficiales a boca de urna dados

por las encuestadoras fueron 52% por el SI y 48% por el NO. Oficialmente no hubo pronunciamiento del Jurado Nacional de Elecciones, hasta que renovados sus integrantes, con personas proclives al régimen, confirmaron los resultados propalados por las encuestadoras, en un hecho inusual que terminó por deslegitimar a la Constitución. Uno de los integrantes salientes del JNE, el doctor Chávez Molina declaró que era imposible determinar cuál de las dos opciones resultó triunfadora. En el supuesto que el triunfo hubiese favorecido al SI, lo que el plebiscito disfrazado de referéndum dejó como consecuencia fue un país polarizado y dividido en dos grandes bloques.

El segundo referéndum se produjo a finales del año 2018 a instancia del presidente Vizcarra, reemplazante de Pedro Pablo Kuczynski, quien renunció al cargo acusado de graves delitos de corrupción. Con evidente propósito de legitimarse en el poder, Vizcarra presionó al Congreso, de mayoría fujimorista, para que apruebe sin "desnaturalizar" cuatro de sus iniciativas redactadas por un grupo de "personas notables", en las que no podían faltar renombrados constitucionalistas, designados a dedo, las mismas que luego saldrían a referéndum para su ratificación. Dichas iniciativas de reforma, presentadas con evidente propósito populista y con evidente falta de técnica legislativa, fueron las siguientes: creación de la Junta Nacional de Justicia (JNJ), en reemplazo del Consejo Nacional de la Magistratura (CNM); la no reelección de congresistas, la regulación de los aportes de campaña electoral y la bicameralidad.

En realidad, Vizcarra aprovechó la oportunidad, a propósito del escándalo producido por los audios "de la vergüenza" que habían destapado una corrupción generalizada en el sistema de justicia: Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura y Poder Judicial, para enfrentarse a la oposición que fue acusada de obstruccionismo. Utilizando indebidamente una atribución que la Constitución otorga en el artículo 133 al presidente del Consejo de Ministros para plantear una cuestión de confianza que de ser rehusada en dos oportunidades daría al presidente de la República la facultad de disolver el Congreso, puso fecha para que el Parlamento las aprobara sin "desnaturalizar" su contenido, lo cual constituyó una flagrante violación a la Constitución que en el artículo 43° establece el principio de separación de poderes. No fue la única transgresión a la Carta fundamental, pues violó igualmente el artículo 206 de la Constitución que faculta únicamente al Congreso al debate, aprobación y ratificación de las reformas

constitucionales. El presidente, aprovechando el humor de la ciudadanía, vulneró la Constitución y quebró el orden constitucional.

Temerosos por la amenaza de que cierren el Congreso, los congresistas sumisamente cumplieron con aprobar las reformas en el plazo fijado por el Ejecutivo. Pudo el Congreso, conforme lo autoriza la Constitución, ratificarlas en una sucesiva legislatura ordinaria debido a que las reformas fueron aprobadas por una votación superior a los dos tercios de los congresistas. Sin embargo, el presidente, sin tener atribuciones para ello, decidió sacarlas a referéndum para el 9 de diciembre del año 2018, supuestamente para darle legitimidad a sus propuestas. Era nuevamente el capricho de un ensoberbecido presidente de claro tinte autoritario, al que no le importó poner en jaque el orden constitucional, destruir los partidos políticos y perseguir a la oposición. Una reedición de lo que hizo Fujimori de 1992, que igualmente gozaba de gran popularidad.

El referéndum, siendo una institución interesante, en nuestro país ha mostrado un lado peligroso al ser puesto al servicio de gobernantes autoritarios que desnaturalizan su esencia, convirtiéndolo en un plebiscito, no amparado por la Constitución.

## 6. CONCLUSIONES

- **Primera.-** La reforma constitucional es una institución definitoria del constitucionalismo. Su importancia radica en hacer posible los cambios que la realidad exige para evitar rupturas innecesarias del orden constitucional.
- **Segunda.-** La naturaleza de la reforma constitucional es jurídica y no política. Es un poder limitado a los términos que la propia Constitución establece y que se ubica como una institución intermedia entre el poder constituyente y los poderes constituidos.
- **Tercera.-** Toda reforma constitucional encuentra su justificación cuando las normas constitucionales ya no responden a las nuevas exigencias de la realidad y mantenerlas significaría abrir el camino al fraude o a la revolución. Es, sin embargo, la última instancia a recurrir, cuando la necesidad jurídica determine su conveniencia política. Su uso indiscriminado produce como efecto un proceso de desconstitucionalización que no es otra cosa que la pérdida de respeto o la falta de un sentimiento constitucional.
- **Cuarta.-** La doctrina constitucional aconseja

que durante graves situaciones de alteración política, social o económica o incluso durante la declaratoria de los estados de excepción no deben llevarse a cabo reformas constitucionales, debido a que en estas circunstancias afloran las pasiones y no la razón. Una reforma debe ser debidamente meditada y pensada para la durabilidad. De ahí la exigencia que entre la aprobación y la ratificación exista un considerable período de enfriamiento que oscile entre tres y seis meses para asegurar la toma de decisiones correctas.

- **Quinta.-** El referéndum constitucional es una institución correctiva de la democracia representativa que tiene por objeto evitar que dentro del Estado constitucional emerjan falsos poderes soberanos que sobreponen sus intereses particulares a los de la ciudadanía en general. Es un poder constituido que actúa dentro del orden constitucional que, por lo tanto, no puede ser considerado como poder soberano externo a la Constitución con facultades para destruir el modelo político establecido por el poder constituyente.
- **Sexta.-** La naturaleza del referéndum constitucional es jurídica o normativa, lo que lo diferencia del plebiscito que tiene un carácter político. Su aplicación requiere de la existencia de una ciudadanía responsable exenta de manipulaciones de parte de los gobernantes.
- **Octava.-** Las cuatro últimas reformas constitucionales interpuestas por el presidente de la República, aprobadas por el Congreso bajo amenaza de cesar en sus funciones y ratificadas por un plebiscito disfrazado de referéndum, han significado la ruptura del orden constitucional al vulnerar el principio de separación de poderes. Ellas responden a una necesidad política, pero no jurídica, razón por la que el presidente tendrá que responder al culminar su mandato constitucional. Lo lamentable es que todo esto se ha hecho con el aval de notables constitucionalistas, el silencio de las facultades de derecho y de los colegios de abogados del Perú, además de una prensa abyecta a los dictados de un gobernante autoritario.



## BIBLIOGRAFÍA

1. CARRE DE MALBERG. (1948). *Teoría General del Estado*. México: Editorial Fondo de Cultura Económica.
2. DE VEGA, Pedro. (1985). *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*. Madrid: Tecnos.
3. GARCIA PELAYO, Manuel. (1961) *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente.
4. HAURIOU, Maurice (1921). *Principios de Derecho Político y Constitucional*. París: Librairie.
5. HESSE, Conrad (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
6. LOEWENSTEIN, Karl (1979). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
7. LUCAS VERDU, Pablo (1986). *Curso de Derecho Político*, Madrid: Tecnos.
8. SCHMITT, Carl (1982). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad.