

Tribunal  
Constitucional



REVISTA PERUANA DE  
**DERECHO**  
**CONSTITUCIONAL**

Democracia Representativa  
y Derecho Electoral

**3** | NUEVA ÉPOCA | 2010  
julio / diciembre |

---

# SUMARIO

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

N.º 3, NUEVA ÉPOCA  
JULIO - DICIEMBRE 2010

*Democracia Representativa y Derecho Electoral*

---

**PRESENTACIÓN** ..... 13

## ESTUDIOS

**Dieter Nohlen**

*El desarrollo internacional de los sistemas electorales y de su evaluación*..... 17

**Jorge Carpizo**

*México: Poder Ejecutivo y derechos humanos, 1975-2005*..... 37

**Luis Castillo Córdova**

*La democracia como bien humano esencial*..... 71

**Ernesto Álvarez Miranda y Carolina Canales Cama**

*Representación política para el Estado constitucional* ..... 91

**Milagros Campos Ramos**

*¿Son nuestros representantes el reflejo de la sociedad a la que representan o el resultado de las reglas electorales?*..... 105

**Carlos Hakansson Nieto**

*La unificación de los organismos electorales: JNE, ONPE y RENIEC como parte de la reforma del Estado*..... 123

**José Francisco Gálvez**

*El espéculo electoral 2010*..... 141

**Samuel Abad Yupanqui**

*El primer referéndum promovido por la ciudadanía. Aproximaciones para un balance* ..... 157

**Óscar Urviola Hani**

*Tribunal Constitucional y democracia: algunas breves reflexiones* ..... 177

<b>Omar Sar Suárez</b>	
<i>El amparo electoral frente a la Constitución de 1993</i> .....	189
<b>Giancarlo Cresci Vasallo</b>	
<i>Control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones según la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú</i> .....	215
<b>Janeyri Boyer Carrera</b>	
<i>“Yatama vs. Nicaragua y el derecho de participación política de los indígenas”</i> .....	231

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

### 10 SENTENCIAS FUNDAMENTALES COMENTADAS (2007-2010)

1) <i>STC 00025-2007-PI, de 19 de setiembre de 2008. Criterios sobre la carrera magisterial. Por Javier Adrián Coripuna</i> .....	249
2) <i>STC 00031-2008-PI, de 19 de enero de 2009. Homologación de los sueldos de los profesores de universidades públicas. Por Vladimir Aráoz Tarco</i> .....	253
3) <i>STC 00001-2009-PI, de 4 de diciembre de 2009. Demanda de Inconstitucionalidad contra la Ley de Organización y Funciones del Fuero Militar Policial, Ley N.º 29182. Por Alberto Che-Piú Carpio</i> .....	257
4) <i>STC 00013-2009-PI, de 4 de enero de 2010. Sobre los congresistas accesitarios. Por Roger Rodríguez Santander</i> .....	263
5) <i>STC 00002-2009-PI, de 8 de febrero de 2010. Tratado de Libre Comercio con Chile. Por Jorge León Vásquez</i> .....	269
6) <i>STC 00006-2009-PI, de 22 de marzo de 2010. Constitucionalidad de la Ley de Carrera Judicial. Por Giancarlo E. Cresci Vassallo</i> .....	275
7) <i>STC 00018-2009-PI, de 23 de marzo de 2010. Plazo de prescripción en el control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Por Jaime de la Puente Parodi</i> .....	279
8) <i>STC 00017-2008-PI, de 15 de junio de 2010. Filiales universitarias y Ley Universitaria. Por Roger Rodríguez Santander</i> .....	285
9) <i>STC 00022-2009-PI, de 17 de junio de 2010. Consulta previa y Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales. Por Alvaro Córdova Flores</i> .....	291
10) <i>STC 00002-2010-PI, de 31 de agosto de 2010. Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N.º 1057, que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios. Por Alberto Che-Piú Carpio</i> .....	295

## JURISPRUDENCIA COMPARADA

<b>Francisco Javier Matia Portilla</b> <i>El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el Derecho español</i> .....	303
<b>Jorge León Vásquez y Nicolaus Weil von der Ahe</b> <i>Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios: el examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales en Alemania</i> .....	321
<b>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</b> <i>Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad (A la luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México)</i> .....	337

## RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

### NOTICIAS DE LIBROS

<b>Domingo García Belaunde</b> <i>Diritto costituzionale comparato</i> .....	385
<b>Luis Castillo Córdova</b> <i>Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas</i> .....	393
<b>Kristina Georgieva Nikleva</b> <i>La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?</i> .....	401

### REVISTA DE REVISTAS

<i>Cuestiones Constitucionales</i> .....	413
<i>Revista de Derechos Humanos de la Universidad de Piura</i> .....	415
<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i> .....	417

# EL PRIMER REFERÉNDUM PROMOVIDO POR LA CIUDADANÍA. APROXIMACIONES PARA UN BALANCE

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI\*

**SUMARIO: I.** *Introducción.* **II.** *¿En qué consistía el FONAVI? La progresiva ampliación de sus fines.* **III.** *Una iniciativa ciudadana: el “Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo”.* **IV.** *Solicitud de referéndum y negativa del Jurado Nacional de Elecciones a convocarlo.* **V.** *El Tribunal Constitucional abre la puerta al referéndum.* **VI.** *La polémica sentencia del Tribunal Constitucional: naturaleza tributaria y presupuestal del FONAVI.* **VII.** *El procedimiento de referéndum: vacíos y temas pendientes.* **VIII.** *Resultados electorales y efectos jurídicos del “sí”.* **IX.** *Luego del referéndum se abre una etapa de implementación donde lo resuelto por el Tribunal Constitucional será determinante.* **X.** *Reflexiones finales.*

## I. INTRODUCCIÓN

El 03 de octubre del año 2010 se llevó a cabo el primer referéndum promovido en el Perú por un importante número de ciudadanos. Más de nueve millones de personas, es decir, el 66.47 % del total de votos válidos, decidieron aprobar el proyecto de ley sometido a referéndum. En virtud de dicha votación “*el pueblo se convirtió en legislador directo*”<sup>[1]</sup>.

Si bien la posibilidad de ejercer este derecho había sido prevista por la Constitución desde 1993, por diversas razones nunca pudo realizarse. De ahí la relevancia de examinar lo sucedido con un procedimiento iniciado el 2001 a

---

\* Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico. Socio del Estudio Echeopar Abogados.

[1] DE VERGOTTINI Giuseppe, “Derecho Constitucional comparado”, Traducción de Claudia Herrera, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2005, p. 272.

través de una iniciativa legislativa ciudadana que no prosperó, y que luego, con la ayuda de polémicas decisiones del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), finalmente se pudo concretar.

El desarrollo de este referéndum “*facultativo*”<sup>[2]</sup> en el cual la ciudadanía se pronunció a favor de un proyecto de ley, cuyo contenido mayoritariamente desconocía, nos deja algunas lecciones. Es bueno rescatarlas para encaminar y fortalecer esta importante herramienta que fomenta la participación ciudadana. Es evidente, además, que el resultado del referéndum tendrá un indudable impacto económico y su implementación vinculará no sólo al actual gobierno sino a aquellos que lo sucedan, pues el proyecto aprobado contempla un cronograma para la devolución de los aportes a los fonavistas que puede durar hasta ocho años. A ello se agrega que, probablemente, sus resultados contribuyan a fomentar el número de pedidos de esta naturaleza cuyo impacto posiblemente lo veremos en los próximos años<sup>[3]</sup>.

De ahí, nuestro interés por evaluar lo sucedido y examinar los temas pendientes en la mira de aproximarnos a un balance, necesariamente preliminar, de una institución clave para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en el país.

## II. ¿EN QUÉ CONSISTÍA EL FONAVI? LA PROGRESIVA AMPLIACIÓN DE SUS FINES

El Decreto Ley N° 22591, publicado el 01 de julio de 1979, creó la denominada contribución al FONAVI, que estuvo vigente desde el 1 de julio de 1979<sup>[4]</sup>, con diversas modificaciones, hasta el 31 de agosto de 1998, es decir, aproximadamente 19 años. Según la versión original del citado decreto el FONAVI tenía “*la finalidad de satisfacer, en forma progresiva, la necesidad de vivienda de los*

[2] Suele diferenciarse el referéndum “obligatorio” del “facultativo”. El primero, como señala Carlos Blancas, es aquel “*cuya realización es requisito o condición para la validez de las normas jurídicas*”. En cambio, el segundo, “*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*”. BLANCAS BUSTAMANTE Carlos, “El referéndum en la Constitución peruana”, en Elecciones, N° 3, Lima: ONPE, julio, 2004, p. 199-200.

[3] En la actualidad, el Partido Nacionalista Peruano viene recolectando firmas para someter a referéndum el “*Proyecto de ley que deroga la modificación del artículo 4 literal a) de la Ley N° 27173, a fin de garantizar el consumo interno del gas de Camisea de los peruanos*”.

[4] “*Artículo 38.- El presente D.L. entrará en vigencia el 1 de julio de 1979, con excepción del artículo 3° que regirá a partir del 1 de enero de 1980*”.

trabajadores en función de sus ingresos y del grado de desarrollo económico y social del país.” (Artículo 1).

Sin embargo, con el transcurso del tiempo dicha finalidad fue cambiando. En este sentido, el Decreto Ley N° 25520, publicado el 29 de mayo de 1992, señaló:

*“Artículo 1.- Créase en el Ministerio de la Presidencia el Fondo Nacional de Vivienda, denominado FONAVI, para satisfacer en forma progresiva las necesidades habitacionales de los trabajadores, mediante el financiamiento de obras de infraestructura sanitaria; la electrificación de asentamientos humanos; la construcción, ampliación y refacción de centros comunales y recreativos en zonas rurales y urbano marginales; el desarrollo de proyectos de destugurización de viviendas; y, la pavimentación y/o acondicionamiento de vías locales e interdistritales”.*

Posteriormente, el Decreto Supremo Extraordinario N° 043-PCM-93 –antecedente de los actuales decretos de urgencia-, publicado el 27 de abril de 1993, dispuso:

*“Artículo 1.- Créase en el Ministerio de la Presidencia el Fondo Nacional de Vivienda, denominado FONAVI, para satisfacer en forma progresiva las necesidades habitacionales de los trabajadores, mediante el financiamiento de obras de infraestructura sanitaria y electrificación; la construcción, ampliación y refacción de centros educativos, de salud, comunales y recreativos en zonas rurales y urbanas; el desarrollo de proyectos de destugurización de viviendas; y, la construcción, pavimentación y/o acondicionamiento de vías nacionales y locales”.*

Como puede apreciarse, la finalidad del FONAVI fue ampliándose a través de diversas modificaciones normativas. Inicialmente pretendía satisfacer la necesidad de vivienda de los trabajadores, pero cambios posteriores hicieron que su finalidad comprenda la construcción de centros educativos, de salud, vías nacionales, etc., alejándose claramente de su objetivo inicial. Ello también puede inferirse a partir del análisis de las diversas reformas efectuadas al artículo 17 del Decreto Ley N° 22591 que regulaba el destino de los recursos del FONAVI.

El FONAVI fue reemplazado por el Impuesto Extraordinario de Solidaridad, creado por la Ley N° 26969, publicada el 24 de agosto de 1998. El artículo 3 de dicha ley sustituyó, a partir del 1 de setiembre de 1998, la contribución al FONAVI por el referido impuesto que tenía carácter temporal. Inicialmente se dispuso que tendría vigencia hasta el 31 de diciembre de 1999; sin embargo, la norma fue prorrogada en diversas oportunidades, manteniendo su vigencia

hasta el 1 de diciembre de 2004. Así lo dispuso la Cuarta Disposición Final de la Ley N° 28129, publicada el 19 de diciembre de 2003.

### III. UNA INICIATIVA CIUDADANA: EL “PROYECTO DE LEY DE DEVOLUCIÓN DE DINERO DEL FONAVI A LOS TRABAJADORES QUE CONTRIBUYERON AL MISMO”

En este contexto, el 29 de marzo de 2001, la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFPP) presentó la iniciativa legislativa denominada “*Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo*”, la cual fue declarada expedita por la Resolución Jefatural N° 500-2001-J-ONPE, de fecha 21 de setiembre de 2001, pues reunía el número necesario de firmas exigido por la Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos<sup>[5]</sup>.

Posteriormente, a través de la Resolución N° 686-2001-JNE de 27 de setiembre de 2001, el Jurado Nacional de Elecciones (en adelante “JNE”) acordó remitir al Congreso de la República la referida iniciativa legislativa, lo cual se formalizó mediante Oficio N° 4327-2001-SG/JNE de 27 de setiembre, dándose inicio al procedimiento legislativo del Proyecto N° 0864/2001-CR.

El citado proyecto, publicado en el diario oficial el 19 de octubre de 2001, afirmaba en su parte considerativa:

*“Que, las contribuciones realizadas al FONAVI desde junio de 1979 hasta agosto de 1998, por su origen, finalidad, fuente y naturaleza tributaria han generado derechos al trabajador contribuyente y obligaciones al fondo.*

*(...)*

*Que, dado su origen, fuente y naturaleza, el FONAVI expresa un derecho económico, social, de propiedad individualizada de sus aportantes en tanto que es parte de su remuneración, (...). El FONAVI a la vez expresa un derecho de propiedad colectiva por constituir un fondo cuya finalidad era para viviendas de interés social en beneficio de los trabajadores originalmente señalados”*

Es decir, el propio proyecto de ley reconocía que las contribuciones efectuadas tenían “*naturaleza tributaria*”. Pese a ello, su objetivo central era obtener la devolución de los aportes efectuados. Por tal razón, proponía en su primer artículo:

---

[5] “Artículo 11.- La iniciativa legislativa de uno o más proyectos de ley, acompañada por las firmas comprobadas de no menos del cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral nacional recibe preferencia en el trámite del Congreso. El Congreso ordena su publicación en el diario oficial”.

*“Artículo 1º- 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”.*

A fin de cumplir con tales objetivos establecía que:

- Debería elaborarse una Cuenta Individual por cada fonavista, que comprenda el valor actualizado de sus aportes, incluyendo los de sus empleadores, aplicando la tasa de interés legal efectiva vigente desde junio de 1979 hasta el día de la liquidación.
- Se debería elaborar un Certificado de Reconocimiento de Aportaciones y Derechos del Fonavista, que acreditaría el valor actualizado de los aportes y derechos a devolverse.
- Creaba una Comisión Ad Hoc, integrada por diez personas, encargada de realizar los procedimientos necesarios para elaborar la Cuenta Individual y el Certificado de Reconocimiento de Aportaciones y Derechos del Fonavista. La citada Comisión elaboraría el Reglamento de la ley, que sería aprobado por Decreto Supremo.
- Se elaboraría un Cronograma de Entrega para proceder a la devolución de los aportes efectuados durante un periodo de ocho años.

De acuerdo con lo dispuesto por la Ley N° 26300 la única consecuencia de una iniciativa legislativa ciudadana es que el Congreso dictamine y vote el proyecto presentado en el plazo de 90 días calendarios (artículo 13). Obviamente, una iniciativa de tal naturaleza no obliga al Congreso a su aprobación. Durante su trámite parlamentario, el proyecto contó con dictamen sustitutorio, en mayoría, de la Comisión de Economía (22 de enero de 2002), el cual posteriormente fue aprobado por la Comisión Permanente el 12 de febrero del mismo año, dando origen a la Ley N° 27677, Ley de uso de los recursos de la liquidación del FONAVI, publicada el 02 de marzo de 2002. La referida ley aprobó un texto distinto a la iniciativa legislativa presentada que ciertamente no fue de agrado de sus promotores.

#### IV. SOLICITUD DE REFERÉNDUM Y NEGATIVA DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES A CONVOCARLO

Ante esta situación, la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú (ANFPP) presentó una solicitud para dar inicio al procedimiento de referéndum a fin de consultar a la ciudadanía la aprobación de la *“Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al*

*mismo*”. Sustentó su pedido en lo dispuesto por los artículos 16 y 41 de la Ley N° 26300 según los cuales:

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

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

Los citados dispositivos regulan una modalidad que no corresponde a la noción “*estricta*” de referéndum, pues según ella aquel procede para aprobar o desaprobar un texto normativo elaborado por el Congreso. En el presente caso el resultado del referéndum ha permitido que la ciudadanía actúe como un “*legislador directo*”; por ello, en una importante tesis recientemente sustentada, se ha afirmado 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<sup>[6]</sup>”*

El pedido formulado fue rechazado por el JNE, a través de la Resolución N° 1215-2006-JNE, publicada el 8 de julio de 2006. Aquel declaró improcedente la solicitud presentada, pues consideró que el FONAVI tenía carácter tributario y, por tanto, no procedía el referéndum al amparo del artículo 32 de la Constitución, según el cual “*No pueden someterse a referéndum (...) las normas de carácter tributario y presupuestal, (...)*”

Dicha prohibición fue introducida por la Constitución de 1993 por obvias razones. Así lo manifestó durante el debate constitucional el congresista Róger Amurúz Gallegos de la entonces agrupación oficialista Nueva Mayoría-Cambio 90:

---

[6] WIELAND CONROY Hubert, “El referéndum en el Perú: doctrina, regulación legal y jurisprudencia constitucional”. Tesis para optar el grado académico de Magister en Derecho Constitucional, Lima: PUCP, Maestría en Derecho Constitucional, 2010, p. 166.

*“Imagínese, señor Presidente, que se lleve a consulta popular la materia tributaria. No habría tributos, porque ¿quién votaría a favor de tributar más? En este caso hay que ser conscientes de que hay temas que no se pueden someter a referéndum.”*<sup>[7]</sup>

Además, el JNE sustentó su decisión en la sentencia del TC recaída en el Exp. N° 001-1999-AI/TC, Fundamento Jurídico 4.1, publicada en el diario oficial el 18 de enero de 2002, que reconoció el carácter tributario del FONAVI. Dicha sentencia había señalado que aquel era *“un tributo destinado a fines pre-determinados”*.

Posteriormente, la Resolución N° 1278-2006-JNE publicada el 26 de julio de 2006 declaró infundado el recurso extraordinario interpuesto contra la Resolución N° 1215-2006-JNE. El Jurado reiteró que la materia objeto del pedido formulado era de naturaleza tributaria y, por tanto, no resultaba susceptible de referéndum.

## V. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ABRE LA PUERTA AL REFERÉNDUM

Ante la negativa del JNE de convocar a un referéndum, se presentaron diversas demandas de amparo que fueron rechazadas por el Poder Judicial y que llegaron a conocimiento del TC. La primera fue la demanda presentada por José Miguel Cortéz Vigo, promotor de la convocatoria a referéndum, resuelta el 03 de setiembre de 2007, cuya sentencia fue publicada en la web del TC el 03 de octubre (Exp. N° 1078-2007-PA/TC)<sup>[8]</sup>.

Dicha demanda se presentó contra la Resolución N° 1215-2006-JNE, que declaró improcedente el pedido de referéndum y la Resolución N° 1278-2006-JNE que ratificó dicha resolución. Como se indicó, el JNE consideró que la materia objeto de la consulta popular era de naturaleza tributaria y, por ello, no procedía el referéndum. Sin embargo, el TC declaró fundada la demanda pues consideró que no se trataba de materia tributaria y que las resoluciones del JNE no fueron debidamente motivadas. En ese sentido, sostuvo:

[7] CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, “Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno - 1993”, Tomo I, Lima, 29° H Sesión (Vespertina), Lunes, 12 de julio de 1993, p. 607.

[8] SALCEDO CUADROS Carlo Magno, “La ejecución de las sentencias de los jueces constitucionales. A propósito de la sentencia del TC respecto al referéndum sobre el FONAVI”, en Gaceta Constitucional, N° 2, Febrero, Lima, 2008, p. 76. Del mismo autor “Últimas decisiones sobre la ejecución de la STC respecto al referéndum sobre el FONAVI”, en Gaceta Constitucional, N° 4, Abril, Lima, 2008, pp. 101 y ss.

*“En mérito a que el Tribunal Constitucional ha considerado, (...), que los aportes de los trabajadores al FONAVI dispuesto por el Decreto Ley 22591 no cumplen con los principios constitucionales tributarios, no constituyen un tributo y no son tampoco impuestos desde el 30 de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, conforme a la Ley 26969 de fecha 21 de agosto de 1998; en consecuencia, la solicitud de los demandantes se encuentra amparada por el artículo 32.2 de la Constitución”.*

Por ello, en una decisión dividida –cuatro votos a favor y tres en contra-, declaró nulas las Resoluciones N° 1215-2006-JNE y N° 1278-2006-JNE, disponiendo que dicho órgano emita nuevo pronunciamiento en cumplimiento del artículo 32 de la Constitución. Votaron a favor los magistrados Magdiel González Ojeda, Javier Alva Orlandini, Juan Bautista Bardelli y Ricardo Beaumont. Dos magistrados –César Landa y Carlos Mesía- consideraron que la demanda era infundada, pues en su opinión el FONAVI si tenía naturaleza tributaria tal como lo había advertido el TC en una sentencia anterior (Exp. N° 001-1999-AI/TC). El magistrado Juan Vergara Gotelli no ingresó al fondo de la controversia, pues estimó que la resolución impugnada debía ser revocada y ordenarse que el juzgado admita a trámite la demanda.

Posteriormente, el 15 de octubre de 2007, se publicó en su página web la STC N° 3283-2007-PA/TC, de 03 de setiembre, recaída en el proceso de amparo iniciado por Máximo Tomás Salcedo Meza, Presidente de la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú y promotor de la iniciativa legislativa la cual, reiterando los mismos argumentos y con la misma votación, declaró fundada la demanda interpuesta<sup>[9]</sup>.

La última resolución del TC recayó en la demanda de amparo presentada por la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú – Base Tarma. El Tribunal, con una nueva conformación de magistrados –tres de los cuatro que dictaron sentencia ya habían dejado el cargo por el vencimiento del plazo de su designación-, declaró improcedente la demanda interpuesta pues consideró que ya se había pronunciado sobre el fondo en las STC N° 1078-2007-PA/TC y N° 3283-2007-PA/TC. Sin embargo, estimó oportuno efectuar algunas precisiones al Congreso y al Poder Ejecutivo (Exp. N° 5180-2007-PA/TC). Esta resolución fue suscrita por los magistrados Fernando Calle Hayen, Gerardo Eto Cruz, Ernesto Álvarez Miranda, contando con los fundamentos de voto de los magistrados César Landa, Carlos Mesía y Juan Vergara.

---

[9] También se iniciaron otros procesos de amparo en los cuales los demandantes presentaron sendos escritos de desistimiento que fueron acogidos por el Tribunal Constitucional (Exp N° 2890-2007-PA/TC y Exp. N° 4186-2007-PA/TC).

De esta manera, se dio inicio al procedimiento de referéndum. El JNE después de su negativa inicial expuesta en la Resolución N° 260-2007-JNE de 21 de diciembre de 2007, dictó la Resolución N° **331-2008-JNE de 07 de octubre de 2008 convocando a referéndum. Más adelante, a través de la Resolución N° 312-2009-JNE, de 07 de mayo de 2009**, fijó fecha para que aquel se realice, la cual luego tuvo que ser precisada, señalándose finalmente el 03 de octubre del año 2010. Ese día, además, se realizaron las Elecciones Regionales y Municipales a nivel nacional.

## VI. LA POLÉMICA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: NATURALEZA TRIBUTARIA Y PRESUPUESTAL DEL FONAVI

El TC para permitir la realización del referéndum consideró que el FONAVI no tenía naturaleza tributaria, contradiciendo su criterio anterior expuesto en una sentencia de inconstitucionalidad (Exp. N° 001-1999-AI/TC) así como lo resuelto por el JNE. Se trató de una decisión equivocada, pues como lo han destacado diversos especialistas el FONAVI tenía naturaleza tributaria.

Así, luego de examinar los elementos que caracterizan a un tributo, se ha sostenido que *“existen más elementos para afirmar que sí hubo tributo en la contribución al FONAVI a cargo de los trabajadores”*<sup>[10]</sup>. Aquel reúne todos los elementos para serlo, pues se trata de una obligación, de carácter pecuniario, creada por una norma con rango de ley, y que era exigible coactivamente. El FONAVI tiene carácter tributario pues reúne los requisitos esenciales como son *“1º su carácter coactivo; y 2º su finalidad de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas”*<sup>[11]</sup>.

Al principio el FONAVI pudo ser calificado como una contribución *“pues el beneficio potencial por la realización de obras de carácter social derivadas de la actividad estatal sí califica como supuesto de hecho de esa especie tributaria”*<sup>[12]</sup>. Sin embargo, con la modificación y ampliación de sus fines quedó caracterizado como un impuesto.

[10] SOTELO CASTAÑEDA Eduardo, “El caso FONAVI”, en Palestra del Tribunal Constitucional, Revista de doctrina y jurisprudencia, Lima: Palestra, enero, 2008, p. 25.

[11] GAMBA VALEGA César, “Sobre la (errónea) calificación de las aportaciones al FONAVI como una prestación de carácter extratributario. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional N°s. 01078 y 03283-2007-PA/TC”, en Diálogo con la Jurisprudencia, N° 110, noviembre 2007, Lima: Gaceta Jurídica, p. 30.

[12] FERNÁNDEZ CARTAGENA Julio A., “La contribución al Fondo Nacional de Vivienda es un tributo. Comentarios a las últimas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional sobre la materia”, en Gaceta Constitucional, Lima: Gaceta Constitucional, N° 1, enero, 2008, pp. 406-412.

El propio Tribunal Fiscal en una Resolución de 16 de mayo de 1997, calificada como jurisprudencia de observancia obligatoria, consideró que la contribución al FONAVI en rigor era un impuesto “*habida cuenta que su pago no genera ninguna contraprestación del Estado ni beneficio para el empleador*” (Resolución N° 523-4-97).

No obstante, el TC afirmó –reiteramos, en forma equivocada– que no se trataba de un tributo y, por tanto, permitió que el proyecto sea sometido a referéndum. Lo hizo pese a que la propia parte considerativa del Proyecto N° 0864/2001-CR reconocía expresamente su naturaleza tributaria.

Con independencia de lo antes mencionado, otro posible cuestionamiento que hubiera impedido que se lleve a cabo el referéndum pudo basarse en que la referida ley aborda materia presupuestaria, pues involucra la disposición de recursos del Estado. Y es que el Derecho Presupuestario y, por tanto, las normas relativas a dicha materia comprenden “*(...) los gastos públicos, su elaboración (programación), aprobación, ejecución y control*”<sup>[13]</sup>. El presupuesto “*no es más que la expresión contable del plan económico del sector público en un año determinado*”<sup>[14]</sup>.

En efecto, la decisión de someter a referéndum un proyecto que dispone la devolución por el Estado de aportes efectuados desde su creación en 1979 hasta el año 1998, en forma actualizada y con una tasa de interés legal efectiva, tiene un indudable impacto en los recursos del Estado. El propio Presidente de la República advirtió que en caso que el proyecto de ley sea aprobado, habría que incrementar la tasa del impuesto a las ventas de 19% al 21% ó 23% para financiar las posibles devoluciones que el Estado tendría que hacer<sup>[15]</sup>.

De acuerdo al artículo 78 de la Constitución el Proyecto de Ley del Presupuesto lo elabora el Poder Ejecutivo y lo aprueba el Congreso de la República. En consecuencia, al admitirse un referéndum en tales circunstancias se está permitiendo que la ciudadanía decida directamente la forma de distribuir los recursos del Estado, afectando el diseño presupuestal previsto por la Constitución. Por ello, se ha afirmado con razón que se trató de una materia “*(...) cuyo sometimiento a referéndum está expresamente prohibido por la Constitución Política en razón de su insoslayable dimensión presupuestal*”<sup>[16]</sup>.

[13] GARCÍA BELAUNDE SALDÍAS Domingo, “El Derecho Presupuestario en el Perú”, Lima: Luis Alfredo Ediciones S.R.L., 1998, p.41.

[14] DE JUAN ASENJO Oscar, “La Constitución económica española”, Madrid: CEC, 1984, pp. 245-246.

[15] “*Es un engaño muchachos (y se tendría) que aumentar el IGV de 19% a 21%, a 23%, y que paguen en 4 años los 20 mil millones. ¿Quién termina pagando?, (...) Supongamos que se diga devuélvase 20 mil millones de soles. De dónde se sacan los 20 mil millones, del presupuesto nacional*” y de los impuestos, comentó.” Diario Perú 21, 25 de agosto de 2010.

[16] WIELAND CONROY Hubert, Ob. Cit., p. 252.

## VII. EL PROCEDIMIENTO DE REFERÉNDUM: VACÍOS Y TEMAS PENDIENTES

El procedimiento para realizar un referéndum cuenta con determinadas fases o etapas: a) solicitud para el inicio del procedimiento, b) verificación de las firmas de adherentes por parte del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil y admisión de la iniciativa presentada, c) convocatoria a cargo del JNE, d) votación y determinación de los resultados, y e) producción de efectos jurídicos<sup>[17]</sup>.

### 7.1 *Los alcances de la pregunta formulada*

Uno de los debates iniciales se suscitó en torno a la naturaleza de la pregunta formulada a la ciudadanía en la cédula de sufragio. A juicio de algunos representantes del Poder Ejecutivo, ella ya orientaba un determinado tipo de respuesta. Para la ONPE, en cambio, la pregunta “*se elaboró en base a la convocatoria que hizo el JNE y al nombre del proyecto de ley (...) sometido a votación*”<sup>[18]</sup>. En efecto, la Resolución N° 331-2008-JNE de 07 de octubre de 2008 dispuso “*CONVOCAR a Referéndum Nacional para la aprobación o desaprobación del Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo ingresado al Congreso con el número 864/2001- CR, publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de octubre del 2001*”. Por ello, no resultó extraño que la redacción de la pregunta se haya formulado de la siguiente manera:



[17] Seguimos, con adaptaciones, las fases desarrolladas por SAIZ ARNAIZ Alejandro, “El referéndum derogatorio en el ordenamiento italiano”, en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 36, 1992, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 203.

[18] “El Comercio”, Lima, 27 de agosto de 201, p. A 2.

No hay duda que toda pregunta en un referéndum debe ser formulada de la manera más clara y sencilla posible a efectos que la ciudadanía pueda emitir su voto sin mayores complicaciones. En la experiencia comparada suele decirse que:

*“(…) la pregunta debe estar formulada de tal modo que garantice a los electores la expresión de un voto libre y consciente entre dos alternativas (el sí y el no), sin posibles soluciones intermedias que puedan hacerse derivar de un incorrecto planteamiento de aquella que terminaría por desvirtuar la esencia de la consulta referendaria.”<sup>[19]</sup>”*

En el Perú, no ha habido mayor desarrollo teórico sobre el tema. Sin embargo, en una importante tesis se ha afirmado que:

*“(…) 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 (…)”<sup>[20]</sup>.*

Tampoco la legislación nacional ha sido lo suficientemente exhaustiva. Al respecto, el artículo 28 de la Ley N° 26859, Ley Orgánica de Elecciones, se limita a señalar que:

*“Artículo 28.- El elector vota marcando “APRUEBO” o “SI”, cuando está a favor de la propuesta hecha o “DESAPRUEBO” o “NO” si está en contra”*

De esta manera, si se examina la pregunta planteada desde un plano exclusivamente normativo puede concluirse que ella respetó lo establecido por la ley y se sustentó en la convocatoria efectuada por el JNE. Sin embargo, uno podría preguntarse si fue lo suficientemente explícita como para que la ciudadanía a partir de su sola lectura pudiera formarse un criterio que le permita escoger entre una u otra alternativa. A nuestro juicio, ello era muy difícil, pues un proyecto de ley de trece artículos y de especial complejidad no puede sintetizarse en una pregunta de solo dos líneas. Sin duda, la pregunta pudo haberse redactado de mejor manera, pero igualmente a partir de su sola lectura no hubiera sido factible que la ciudadanía se forme una convicción integral y suficiente sobre los alcances del proyecto de ley.

---

[19] SAIZ ARNAIZ Alejandro, Ob. Cit., p. 235.

[20] WIELAND CONROY Hubert, p. 142.

### 7.2 *La necesidad de un voto informado. Los riesgos de afectar el principio de neutralidad*

En la línea de lo antes mencionado, consideramos que un tema central consistía en que los organismos electorales brinden una mayor información a la ciudadanía sobre el contenido del proyecto de ley. Si bien el texto se publicó en el diario oficial, pese a los esfuerzos efectuados por la ONPE y el JNE, faltó una mayor difusión sobre el contenido del proyecto. Si hubiera sucedido ello, la ciudadanía habría contado con información suficiente para formarse un criterio adecuado al momento de tomar una decisión.

¿Podía el gobierno explicar los alcances del proyecto? En principio consideramos que sí, pero respetando el principio de neutralidad. Es decir, el Gobierno no podría hacer campaña a favor o en contra de determinada opción, pues ello hubiera permitido afirmar que había tomado una posición desconociendo el principio de neutralidad, que exige que en un proceso electoral las autoridades no tomen partido a favor o en contra de un candidato o de una determinada opción, tal como lo dispone el artículo 346 inciso b) de la Ley Orgánica de Elecciones<sup>[21]</sup>. Salvando las distancias, en el Perú hemos vivido la experiencia de la aprobación por referéndum de la Constitución de 1993, proceso en el cual el entonces Presidente de la República desarrolló una activa campaña a favor del “sí”, desconociendo el principio de neutralidad.

La falta de información suficiente condujo a que un número mayoritario de personas hayan aprobado a través del referéndum un proyecto de ley cuyos alcances en la práctica desconocían.

### 7.3 *¿Existe algún mecanismo de revisión del contenido de un proyecto sometido a referéndum antes de su aprobación ciudadana?*

La Constitución señala que pueden someterse a referéndum la aprobación de normas con rango de ley, pero que no procede si se trata de la supresión o disminución de los derechos fundamentales, normas de carácter tributario y presupuestal o los tratados en vigor (artículo 32). Así también lo dispone el artículo 40 de la Ley N° 26300.

Sin embargo, ¿qué sucede si el proyecto sometido a referéndum no se encuentra dentro de los supuestos prohibidos pero presenta otros vicios de

[21] “Artículo 346.- Está prohibido a toda autoridad política o pública:  
(...)

b) Practicar actos de cualquier naturaleza que favorezcan o perjudiquen a determinado partido o candidato”.

inconstitucionalidad? Así por ejemplo, si un proyecto le atribuye una competencia a un gobierno regional que constitucionalmente no le corresponde, ¿podría la ONPE y finalmente el JNE hacer algo? O en todo caso, ¿qué ocurriría si el proyecto presenta manifiestos problemas de técnica legislativa, por ejemplo, es contradictorio o se refiere a una ley derogada?

Ni la Constitución ni la Ley, otorgan competencia expresa a los organismos electorales, especialmente al JNE, para desarrollar una labor de control o revisión que le permita negarse a convocar a referéndum si estima que el proyecto a aprobar resulta inconstitucional, o si requiere ser actualizado o modificado. Ciertamente la Constitución no contempla un mecanismo de control preventivo de constitucionalidad de los proyectos de ley. El control siempre es posterior, es decir, cuando la ley ya fue aprobada. Por ello, en este supuesto lo único que quedaría en caso que el proyecto fuera aprobado es presentar una acción de inconstitucionalidad ante el TC.

Lo sucedido el pasado 03 de octubre evidencia que ha sido posible aprobar a través de un referéndum un proyecto de ley que crea una Comisión integrada por un representante de un Ministerio que no existe. En efecto, según la ley aprobada, la referida Comisión estaría conformada por un representante del Ministerio de la Presidencia, entidad pública que dejó de existir el año 2002. Por ello, estimamos que sería importante reconocerle mayores atribuciones de control a la ONPE y, en instancia de revisión, al JNE, para evaluar este tipo de supuestos y evitar que se aprueben proyectos que pudieran presentar problemas similares.

En la actualidad, la ONPE efectúa una primera calificación de los pedidos formulados limitada a la observancia de los requisitos formales –por ejemplo, el cumplimiento del número de firmas necesarios- y materiales pero circunscritos a determinar si se trata de temas sobre los cuales no procede un referéndum, v.g. materia tributaria o presupuestal. A veces ello podría no resultar suficiente.

## VIII. RESULTADOS ELECTORALES Y EFECTOS JURÍDICOS DEL “SÍ”

Se ha tratado de un proceso electoral cuyos resultados definitivos han tardado demasiado en producirse lo cual ha generado severas críticas contra los organismos electorales. Según datos oficiales de la ONPE, al 19 de noviembre de 2010 a las 09:33:09 horas, se habían contabilizado el 100% de actas y los resultados eran:

**Consulta**  
**¿Aprueba el “Proyecto de Ley Devolución de dinero del FONAVI a los Trabajadores que contribuyeron al mismo”?**

Opciones	Votos	% de Votos Válidos
Votos SI	9,116,020	66.473
Votos No	4,597,828	33.527
<b>Total de Votos Válidos</b>	<b>13,713,848</b>	<b>100%</b>
Votos Blancos	1,741,382	
Votos Nulos	912,949	
Votos Impugnados	0	
<b>Total de Votos Emitidos</b>	<b>16,368,179</b>	

Total de Electores Hábiles de las actas contabilizadas: 19,595,277

Como puede apreciarse el 66.473% de los votos válidos acogieron la opción del “sí”. Cabe indicar que los votos en blanco (10.63%) y nulos (5.57%) no fueron sustancialmente elevados; sólo se trató del 16.2% del total de votos emitidos. Además, el ausentismo llegó al 13.92 % en el país, mientras que en el extranjero alcanzó porcentajes mayores pues llegó al 83.46%.

La Ley N° 26300 precisa los efectos jurídicos en caso que el referéndum haya tenido un resultado favorable. Señala al respecto que:

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

De esta manera, para determinar el triunfo del sí se deberá: a) contar con la mitad más uno de los votantes, excluyendo los votos nulos y en blanco, y b) contar con no menos del 30% del número total de votantes. Como puede apreciarse del cuadro anterior, los resultados obtenidos cumplen con tales requisitos.

Asimismo, el artículo 43 de la Ley N° 26300 precisa que:

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

La citada norma pretende evitar que el Congreso pueda fácilmente derogar una norma aprobada por referéndum, pues ello terminaría vaciando de contenido dicha institución de democracia directa.

De acuerdo con la Ley Orgánica de Elecciones, Ley N° 26859, la ONPE comunica al JNE los resultados del cómputo nacional efectuado (artículo 329). Agrega que el Presidente del JNE proclama los resultados del referéndum indicando la opción que obtuvo la mayoría (artículo 330). Asimismo, la Ley N° 26300 señala que el referéndum surtirá efectos a partir del día siguiente de la publicación de los resultados oficiales por el JNE, omitiendo toda referencia al acto de promulgación que, de acuerdo con el artículo 108 de la Constitución<sup>[22]</sup>, le corresponde al Presidente de la República. ¿Ello significa que estaríamos ante el supuesto de una norma con rango de ley que no requiere ser promulgada por el Ejecutivo? No lo consideramos así.

La aprobación de una ley a través del referéndum implica que la ciudadanía se pronunció a favor de ella disponiendo su entrada en vigencia. El ejercicio de esta modalidad de democracia directa complementa el régimen representativo sin desconocer el procedimiento legislativo previsto por la Constitución. Por tanto, si bien ante un pronunciamiento ciudadano favorable no se requiere una ratificación del Congreso, las etapas de promulgación y publicación de las leyes no quedan canceladas. De lo contrario, se estaría desconociendo la atribución presidencial de promulgar las leyes.

En la experiencia comparada sucede algo similar; así por ejemplo, en Italia:

*“Si el resultado es favorable, corresponde al Presidente de la República mediante decreto declarar la derogación producida (avvenuta) en la ley, acto*

---

[22] *“Artículo 108.- La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.*

*Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.*

*con fuerza de ley o disposiciones concretas (art. 37). Tal decreto debe publicarse inmediatamente en la Gazzeta Ufficial e incorporarse en la Colección oficial de las leyes y decretos de la República italiana<sup>[23]</sup>.”*

En el Perú, no existen antecedentes similares pues se trata del primer referéndum realizado por iniciativa de la ciudadanía que ha contado con un resultado favorable. Aunque existen diferencias pues fue un referéndum convocado por el Gobierno luego de un golpe de Estado, podemos recordar que la Constitución de 1993 aprobada por referéndum fue promulgada por el entonces Presidente de la República, pues así lo dispuso el artículo 147 del Decreto Ley N° 25684, Ley de Elecciones para el Congreso Constituyente Democrático<sup>[24]</sup>. En todo caso, si nos parece evidente que el Presidente de la República no puede observar una ley aprobada por referéndum, pues de hacerlo estaría desconociendo el mandato popular fruto de una consulta ciudadana.

En consecuencia, luego de la proclamación de los resultados oficiales por el JNE corresponderá al Presidente de la República promulgar la respectiva ley y disponer su publicación en el diario oficial, conforme lo dispone el artículo 108 de la Constitución. A esa conclusión podemos arribar a partir de una interpretación de las normas constitucionales y legales que regulan el procedimiento legislativo así como los efectos jurídicos del referéndum.

#### IX. LUEGO DEL REFERÉNDUM SE ABRE UNA ETAPA DE IMPLEMENTACIÓN DONDE LO RESUELTO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SERÁ DETERMINANTE

Como hemos indicado, el Fundamento Jurídico 8 de la Resolución N° 5180-2007-PA/TC efectuó algunas precisiones dirigidas al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo. El TC en dicha resolución les sugirió:

*“a. Señalar quiénes son los presuntos beneficiarios puesto que cabe a este Colegiado señalar que no es inconstitucional que se pueda recurrir a las devoluciones a través de bonos, materiales de construcción, programas sociales de vivienda a favor de los aportantes que no hayan satisfecho su legítima expectativa*

[23] SAIZ ARNAIZ Alejandro, Ob. Cit., p. 208.

[24] *“Artículo 147.- El texto de la nueva Constitución Política que apruebe el Congreso Constituyente Democrático, será sometido a referéndum para su ratificación, según el procedimiento que se fije por ley expresa. La promulgación de la Constitución Política la realiza el Presidente Constitucional de la República, luego que el Jurado Nacional de Elecciones publique los resultados del referéndum.”*

*de vivienda, pudiendo deducirse del monto aportado, los programas ejecutados por el Estado con cargo al Fondo, en procura de la concesión progresiva del derecho a una vivienda digna como se desprende de lo señalado por el artículo 1° de la Constitución.*

*b. Señalar, por otro lado, que el FONAVI no se consideró un aporte a un fondo individual. Es por ello que, de ser el caso, los mecanismos para la devolución puedan tener un carácter colectivo; distinguiéndose además entre aquellas personas que no tuvieron la posibilidad de acceder a ningún beneficio proveniente del FONAVI, de aquellos otros que, entre otros supuestos, hubieran accedido parcial o totalmente a dicho Fondo o a aquellos que, dadas las circunstancias, hubieran concretado su derecho a la vivienda digna. En estos casos, el Estado tiene la posibilidad de excluir a los supuestos “beneficiarios”, o de deducir no sólo el importe de construcción de la vivienda ya efectuada, sino también de los servicios públicos indisolublemente vinculados a la satisfacción de esta necesidad, como saneamiento y titulación, electrificación, instalación de agua y desagüe, pistas y veredas. De otro lado, el Decreto Ley N° 22591 creó, en su artículo 1°, el Fondo Nacional de Vivienda (FONAVI) para satisfacer en forma progresiva las necesidades de vivienda de los trabajadores y en ningún caso de sus empleadores, quienes contribuían con dicho fondo en forma obligatoria en virtud de lo dispuesto por el literal c) del artículo 2° del Decreto Supremo Extraordinario N° 043-PCM-93, el mismo que fue dejado sin efecto a partir del 1-01-1993, por el artículo 3° del Decreto Ley N° 25981.”*

En consecuencia, para el TC: **(i)** la devolución a los beneficiarios no necesariamente debía ser en efectivo, también podía realizarse mediante bonos, materiales de construcción y programas sociales de vivienda; y **(ii)** el FONAVI no era un aporte a un fondo individual, por ello la devolución podría tener un carácter colectivo. La Comisión Ad Hoc, creada por la ley aprobada por la ciudadanía el 03 de octubre, deberá definir la manera como se implementa lo resuelto por el TC. Es decir, todavía queda mucho camino por recorrer.

## X. REFLEXIONES FINALES.

**a)** El Decreto Ley N° 22591, publicado el 01 de julio de 1979, creó la denominada contribución al FONAVI, que estuvo vigente desde el 1 de julio de 1979, hasta el 31 de agosto de 1998. La finalidad del FONAVI fue paulatinamente ampliándose a través de diversas reformas legislativas. Inicialmente pretendía satisfacer la necesidad de vivienda de los trabajadores, pero modificaciones posteriores hicieron que su finalidad comprenda hasta la construcción de vías nacionales, alejándose claramente de su objetivo inicial. Dicha contribución

fue reemplazada por el Impuesto Extraordinario de Solidaridad, creado por la Ley N° 26969, a partir del 1 de setiembre de 1998.

**b)** La Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú presentó una solicitud para dar inicio al procedimiento de referéndum a fin de consultar a la ciudadanía la aprobación del *“Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo”*. Lo hizo luego que la iniciativa legislativa presentada no fuera acogida en sus propios términos por el Congreso de la República. El Tribunal Constitucional dejó sin efecto las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones que rechazaron la procedencia del referéndum por abordar una materia tributaria. Dictó dos sentencias polémicas (Exps. N° 1078-2007-PA/TC y N° 3283-2007-PA/TC) y una resolución (Exp. N° 5180-2007-PA/TC). Esta última formuló al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo algunas precisiones. Finalmente, el 03 de octubre de 2010 más de ocho millones de personas aprobaron el *“Proyecto de Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo”* que había sido presentado como iniciativa legislativa el 29 de marzo de 2001 por la Asociación Nacional de Fonavistas de los Pueblos del Perú.

**c)** Lo sucedido con el primer referéndum fruto de una iniciativa ciudadana nos deja varias lecciones. Por un lado, el largo camino que se ha tenido que recorrer para llegar a un resultado exitoso, pues el procedimiento de iniciativa legislativa se inició el 2001 y el referéndum recién se pudo concretar el 2010. Un procedimiento tan extenso no sólo puede desalentar a las personas interesadas en promoverlo sino, además, evidencia que no sería eficaz en aquellos casos en que sea necesario contar con medidas normativas urgentes. De otro lado, la necesidad que los organismos competentes interpreten correctamente los alcances de los supuestos en los cuales está prohibido el inicio de un referéndum. El Tribunal Constitucional al considerar que el FONAVI podía ser sometido a referéndum, abrió la puerta para una consulta ciudadana que en estricto no debió prosperar, por la evidente carga tributaria y presupuestal con que el proyecto contaba. Dicha apertura trató de ser *“modulada”* por el propio Tribunal en una resolución posterior que permite efectuar devoluciones colectivas a los fonavistas, así como deducciones y exclusiones, con la aparente finalidad de reducir el impacto económico causado por sus primeras decisiones.

**d)** Finalmente, el procedimiento para llevar a cabo un referéndum y la gestión de los organismos electorales requieren de algunos ajustes. Por un lado, reiterar que la pregunta debe ser lo más clara y precisa posible tratando de sintetizar la idea central que subyace al proyecto de ley sometido a referéndum. De otro lado, garantizar un voto informado y que los organismos electorales cumplan una labor de difusión más activa respecto al contenido del Proyecto de Ley. El propio Gobierno podría contribuir a ello respetando, obviamente, el principio de neutralidad. Por lo demás, es preciso reconocer un control de

legalidad a cargo de los organismos electorales para evitar que se tramiten solicitudes de referéndum que no reúnan las condiciones legales establecidas. Incluso, para permitirle corregir vicios manifiestos de los proyectos presentados para evitar, por ejemplo, que hagan referencia a instituciones creadas por leyes derogadas tal como sucedió con el proyecto del FONAVI que alude a una Comisión integrada, entre otros, por el representante de un Ministerio que no existe. En definitiva esta primera experiencia, algo opacada por las elecciones regionales y municipales, nos deja lecciones que es preciso evaluar para garantizar un mejor ejercicio del referéndum en el Perú.

\* \* \* \* \*