

Referéndum y Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Perú: Un problema de constitucionalidad y de legitimidad

Comisión de Investigaciones de la Asociación Civil Foro Académico

Karina Amaya Sánchez
Regina Pajares Carrillo
Cecilia Portilla Franco
Manuel Mendoza Velásquez¹⁾

SUMARIO: I. Introducción. II. Del Estado Democrático de Derecho. 1 El Poder Constituyente y los Poderes Constituidos. 2. El principio político democrático: El pueblo como legítimo soberano. Alcances de la legitimidad en un Estado de Derecho. 3. Democracia representativa. 4. Los mecanismos de participación ciudadana en la vida política del Estado: Concepto de referéndum o consulta popular. III. La Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos. 1. Del desarrollo legal del referéndum. 2. Del desarrollo constitucional y legal de la iniciativa legislativa. IV. Naturaleza jurídica de los Tratados de Libre Comercio. 1. Definición. 2. Antecedentes de los Tratados de Libre Comercio entre E. E. U. U y los Países Andinos. 3. Compatibilidad del TLC con el actual régimen económico de la Constitución de 1993. V. La suscripción, aprobación y ratificación de los Tratados en la Constitución de 1993. 1. La formación de los Tratados, el procedimiento para su aprobación y su puesta en vigencia en el Perú. 2. TLC: Tratado en materia legislativa que corresponde ser aprobado por el Congreso y ratificado por el Presidente de la República. VI. Los problemas de constitucionalidad y de legitimidad para la procedencia de someter el TLC con EEUU a referéndum. 1. Del problema de constitucionalidad para la procedencia de someter un TLC a referéndum. 2. Del problema de legitimidad para la procedencia de someter un TLC a referéndum. 3. Dos proyectos de ley evaluados en el Congreso de la República. 3.1. Proyecto de Ley N° 14008/2005-CR: "Proyecto de ley que establece el referéndum para la aprobación de acuerdos de integración económica y los Tratados de Libre Comercio", presentado por los Congresistas Michael Martínez y Javier Diez Canseco. 3.1.1. Análisis del proyecto de ley. 3.2. Aspectos relevantes de la iniciativa legislativa ciudadana Proyecto N° 14555/2005-IC: "Ley que establece la obligatoriedad de someter a referéndum la aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica y Acuerdo de Libre Comercio de la Américas", promovida por el ciudadano Juan Washington Mendoza Aguirre y otros ciudadanos, del 10 de abril de 2006. 3.2.1. Análisis del proyecto de ley. 3.3. Conclusiones respecto de los proyectos reseñados. VII. Comentarios finales.

I. Introducción

A fines del mes de junio el Congreso de la República, tras una abrupta sesión, tomo la decisión de aprobar el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos, denominado Tratado de Libre Comercio (en adelante, TLC). Posteriormente, con una impresionante celeridad (menos de 24 horas), el Presidente de la República ratificó el aludido tratado. Los citados actos del Estado no parecen corresponder al interés de algunos sectores de la ciudadanía consistente en ejercitar el derecho de someter a referéndum el TLC con EEUU; lo anterior con la finalidad de conferir legitimidad social a la actuación del Estado en el proceso de negociación, suscripción, aprobación y ratificación del citado tratado. El referéndum, uno de los más importantes mecanismos de participación ciudadana, recogido de la Democracia Directa -como veremos- tiene un rol particular en un contexto político-social en el que se pone muchas veces en tela de juicio la efectividad y legitimidad de nuestra actual democracia representativa, toda vez que a través del ejercicio de este derecho fundamental se materializa el *poder real, directo e inherente del pueblo*, quien expresa su voluntad sobre determinadas normas que sean sometidas a su consideración.

En el actual proceso de globalización y ante la necesidad

de aperturar los mercados nacionales, el TLC, acuerdo internacional bilateral de gran diversidad temática y de elevado nivel técnico en su contenido tiene como objeto, básicamente, el establecer un área de libre comercio entre los Estados partes del acuerdo, dinamizando el intercambio internacional de bienes y servicios, garantizando condiciones leales de competencia, promoviendo el aumento de las inversiones y la protección de la propiedad industrial e intelectual. Para lograr tales objetivos, en los tratados de libre comercio se regula un tratamiento arancelario especial respecto de los bienes y servicios sobre los que se proyecta, esto con la finalidad de incentivar la actividad comercial de los agentes del mercado.

Tanto el referéndum como el proceso de aprobación y ratificación de tratados internacionales se encuentran regulados en la Constitución Política; de ahí que el objetivo del presente artículo es definir la naturaleza de cada una de estas instituciones jurídicas, su fundamento desde la perspectiva del Estado Constitucional de Derecho, así como sus alcances y límites, determinando la factibilidad de someter a referéndum el TLC con EEUU. Para tal efecto, revisaremos el Proyecto de Ley presentado por los entonces congresistas Michael Martínez González y Javier Diez Canseco Cisneros, quienes propusieron la "*Ley que establece el referéndum para la Aprobación de Acuerdos de Integración Económica o Tratados de Libre Comercio*", así como la iniciativa

¹⁾ Agradeciendo a la Dra. Emilia Bustamante Oyague, por su gentil participación.

legislativa ciudadana “Ley que establece la obligatoriedad de someter a Referéndum la Aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica y el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)”, presentada por el señor Juan Washington Mendoza Aguirre, ambas rechazadas por el Congreso de la República.

II. Del Estado Democrático de Derecho

Conforme a lo dispuesto en el Artículo 53º de la Constitución Política del Estado, el Perú es una república democrática con un gobierno de tipo representativo, el mismo que se encuentra inspirado en el principio de la separación de poderes.

De una revisión del aludido precepto constitucional, encontramos tres temas que merecen ser analizados con la finalidad de determinar la verdadera naturaleza del Estado, su relación con el pueblo peruano y los niveles de participación de éste en los asuntos de carácter público, a saber: Los conceptos de poder constituyente y poderes constituidos, la definición de democracia representativa, los alcances de la legitimidad social y los mecanismos de participación ciudadana en la vida política del Estado, prestando en este extremo mayor énfasis en el concepto de referéndum e iniciativa legislativa.

1. El Poder Constituyente y los Poderes Constituidos

Uno de los temas más interesantes de la ciencia política es el estudio de las técnicas que tienen potencialidad de ser utilizadas para ejercer el poder en la sociedad. Ahora bien, en este extremo, resulta necesario formularnos la siguiente pregunta: *¿Qué es el poder?*. La definición que sobre el particular nos brinda Karls Loewenstein¹ es la siguiente: *“El poder es una relación sociopsicológica basada en un recíproco efecto entre los que detentan y ejercen el poder (...) denominados los detentadores del poder y aquellos a los que va dirigido (...) designados como los destinatarios del poder (...) el poder político aparece como el ejercicio de un efectivo control social de los detentadores del poder sobre los destinatarios del poder. Por control social, en el estricto sentido de la ciencia contemporánea, se debe entender la función de tomar o determinar una decisión, así como la capacidad de los detentadores del poder de obligar a los destinatarios del poder a obedecer a dicha decisión”*.

De lo anterior indicado, se tiene que el poder es una relación que refiere a dos grupos de sujetos en sociedad, los detentadores y los destinatarios del poder, a efectos de hacer efectivo el *control social*, entendido como la función de decidir y hacer cumplir lo decidido.

En el marco del actual Estado Constitucional de

Derecho, resulta interesante conocer cómo este se ha venido configurando. Para tal efecto, debemos remontarnos a 1789, año en el que estalló la Revolución Francesa, hecho de gran relevancia, ya que de acuerdo a lo señalado por Elías Díaz² “(...) sociológicamente significa el paso de una sociedad estamental a una sociedad clasista. Desde un punto de vista institucional-jurídico, con ella se generaliza la fórmula de lo que después se llamaría Estado de Derecho (...)”. Fueron, pues, los pensadores del siglo XVIII, quienes formularon de mejor manera la idea consistente en que el pueblo (el que desde una perspectiva sociológica se encuentra dividido en clases sociales) es el soberano y titular del poder, por lo que éste debe obedecerse sólo a sí mismo. Así, Rousseau³ afirmó que: *“(...) no siendo la soberanía más que el ejercicio de la voluntad general, jamás deberá alienarse, y que el soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo (...)”*.

La vigencia del Estado de Derecho se nutrió de las ideas políticas expuestas en el párrafo precedente y se sustentó en cuatro caracteres: Imperio de la ley; división de los poderes; legalidad de la Administración y respeto a los Derechos Fundamentales. El concepto de Estado de Derecho, con el transcurrir del tiempo, fue perfeccionado con la posterior formación del Estado Constitucional de Derecho, modelo en el que la Constitución, antes entendida como una simple “Carta Política”, pasa a tener fuerza normativa del primer nivel es decir, como la rectora del ordenamiento jurídico nacional.

Comparando al primigenio Estado de Derecho con el Nuevo Estado Constitucional de Derecho, éste último supera al primero, básicamente porque encuentra su estabilidad en la sujeción de las leyes y normas reglamentarias a la Constitución Política; la que en su calidad de norma suprema no sólo regula el procedimiento formal de emisión de aquellas, sino también sus condiciones de validez y de legitimidad.

La Constitución Política es capital para el Estado Constitucional de Derecho, debido a que, además de las materias descritas en el párrafo anterior, versa básicamente sobre dos materias capitales: 1) La organización del poder estatal y 2) El reconocimiento y mecanismos de defensa de los Derechos Fundamentales de la persona. Así, para Vladimiro Naranjo Mesa⁴ *“(...) una Constitución debe constar, básicamente de dos tipos de normas: normas de carácter orgánico y normas de carácter dogmático. Las primeras son todas aquellas que se refieren directamente al primero de los objetivos señalados: la organización del poder en el Estado. Las segundas consagran los derechos, libertades y responsabilidades de los asociados y establecen los principios filosóficos que deben inspirar la acción de los gobernantes”*.

¹ LOEWENSTEIN, KARL. Teoría de la Constitución. Editoria: Ariel. 1976. Pág. 25-26.

² DIAZ ELÍAS. Estado de Derecho y Sociedad Democrática. Madrid. Taurus. 1983. Pág. 27.

³ ROSSEAU, JUAN JACOBO. El Contrato Social. Editoria: EDAF S.A. Madrid. 1989. Pág. 67-68.

⁴ NARANJO MESA VLADIMIRO. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Sta. Fe de Bogotá. Editoria: Temis. Octava Edición. 2000. Pág. 335.

Una pregunta que nos formulamos a continuación es la siguiente: “¿Quién establece o impone una Constitución?” Se debe precisar que, conforme a la definición de poder descrita en líneas previas, tiene que existir una entidad que haya decidido elaborar una Constitución y, correlativamente a ello, haber organizado los mecanismos adecuados para hacerla cumplir. Es en este punto que cobra relevancia la Teoría del Poder Constituyente y de los Poderes Constituidos.

Tomando en consideración el limitado espacio en este artículo para estudiar con detenimiento cada una de las teorías que tratan de explicar la naturaleza del Poder Constituyente y sin ánimo de entrar a polemizar acerca de la rigurosidad del concepto, creemos conveniente adoptar una noción generalmente aceptada del mismo. Así, empezaremos por señalar que el Poder Constituyente es absoluto y soberano, condicionado por sí mismo; por lo que, viene a ser la energía que constituye al Estado, prescribiendo su estructura jurídico-política y, para tal efecto, da una Constitución Política. Jorge Vanossi⁵, explicando la teoría de Maurice Hauriou, señala que el Poder Constituyente es una operación fundacional la misma que consiste en la actividad conjunta de un poder fundador y de un procedimiento de fundación, conceptos estos últimos que refieren a la operación mediante la cual se dictan normas constitucionales con la opción de apelar al legítimo derecho revolucionario de romper con la continuidad del derecho del Estado; en consecuencia, para Hauriou, existen dos derechos: un derecho propio del Estado y un derecho propio del titular del Poder Constituyente.

Respecto de a quién corresponde la titularidad del Poder Constituyente, ésta es atribuible a la nación y respecto de esto último, Emmanuel Sieyès⁶ señalaba ya en el siglo XVIII que: “(...) la nación se forma por el solo derecho natural (...). La nación es todo lo que puede ser por el solo hecho de que es (...). Ante todo, una nación no puede ni alienar ni prohibirse el derecho de querer; y cualquiera que sea su voluntad, no puede perder el derecho a cambiarla en el momento en que su interés lo exija.” Es por ello que el mismo Sieyès, citado por Pedro de Vega⁷, afirmó ante el Comité Constitucional de la Asamblea Francesa, el 20 de julio de 1789, que: “El Poder Constituyente todo lo puede (...). No se encuentra de antemano sometido a ninguna Constitución... Por ello, para ejercer su función, ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le pudiera adoptar.”

Por lo anterior expuesto, para nosotros, el Poder Constituyente es el ejercicio de un derecho inherente al pueblo; se desenvuelve dentro del campo material del derecho natural y se proyecta a crear derecho positivo, el

mismo que se concretiza en la Constitución Política del Estado. Asimismo, queda claro que semejante poder es expresión legítima de la soberanía popular.

En relación a la definición de los Poderes Constituidos, debemos señalar estos son los que devienen del contenido de la Constitución, la que regula todas sus competencias. Los Poderes Constituidos, así entendidos, se encuentran limitados por la propia Constitución y protegidos por la supremacía de ésta en el ordenamiento jurídico nacional, configurándose como los titulares de lo que el citado profesor Maurice Hauriou, denominaba “derecho del Estado”. Así, Emmanuel Sieyès, citado por Carlos Sánchez Viamonte⁸ afirmaba que: “(...) los poderes comprendidos en el establecimiento público están todos sometidos a leyes, reglas, formas, que ellos no son dueños de cambiar (...). Así como no han podido constituirse por sí mismos, tampoco pueden cambiar su constitución: del mismo modo, los unos nada pueden sobre la constitución de los otros. El Poder Constituyente lo puede todo en esta materia(...)”.

Un problema propio del Estado Constitucional de Derecho, consiste en la colisión entre el Poder Constituyente y los Poderes Constituidos en la atención de determinados asuntos públicos de la nación. En este punto, el constitucionalista Pedro de Vega⁹ formulaba que: “La no distinción, a nivel político entre poder constituyente y poder constituido, se traduciría, jurídicamente, en la paralela indiferenciación entre Constitución y ley ordinaria”.

Nosotros consideramos que el aludido problema bien puede ser resuelto apelando a la supremacía de la Constitución, a su rigidez y vocación de permanencia en el tiempo. Nos explicamos, cuando el Poder Constituyente da una Constitución, acontece un fenómeno a nivel teórico muy importante: La potencial convivencia de dos poderes, el que deviene de la Constitución y el Poder Constituyente. Como quiera que no resulta objetivamente justificado una intromisión arbitraria que atente contra la estabilidad del Estado Constitucional de Derecho, consideramos que el Poder Constituyente, una vez aprobada la Constitución debe canalizar el ejercicio de su derecho revolucionario de cambiar o romper con la continuidad del derecho del Estado, a través del procedimiento de reforma constitucional que la propia Constitución debe reconocer y regular. Por eso, respondiendo a la pregunta que nos formuláramos en líneas previas, consistente en saber quién establece o impone una Constitución, debemos concluir en que es el pueblo a través del Poder Constituyente quien la elabora e impone; sin embargo, a diferencia de las ideas de Sieyès, consideramos que a través del Poder Constituyente, el

⁵VANOSI, JORGE REINA, LDO. Teoría Constitucional. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1975. Pág. 30-37.

⁶SIEYÉS EMMANUEL. ¿Qué es el Tercer Estado?. Editorial Americana. Buenos Aires. 1943. Pág. 113.

⁷DE VEGA, PEDRO. La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente. Madrid. Editorial Tecnos S.A. 1985. Pág. 28.

⁸SÁNCHEZ VIAMONTE, CARLOS. Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa. U.N.A.M. 1656. Pág. 121

⁹DE VEGA, PEDRO. Op. Cit. Pág. 45.

pueblo incluye en el texto constitucional adecuados procedimientos de reforma constitucional y de participación ciudadana, con el objetivo de manifestar su posición originaria respecto de determinados supuestos de interés público, garantizándose al mismo tiempo la estabilidad del Estado en el tiempo.

Así, pues, con la finalidad de garantizar la estabilidad del Estado Constitucional, el pueblo a través de su Poder Constituyente elabora su propia Carta Política, regulando en ésta el ejercicio de su derecho revolucionario a cambiar o romper con la continuidad del derecho existente, a través del procedimiento de reforma constitucional y canalizando mecanismos de participación ciudadana a través de los cuales dará a conocer su posición sobre determinados asuntos de interés público. Asimismo, buscando cristalizar la aludida finalidad, por el Poder Constituyente, el pueblo en su Constitución decide las particularidades del Estado que se funda, una de éstas es la conformación de la Democracia.

De lo expuesto en éste punto, se tiene que el actual Estado Constitucional de Derecho encuentra su sustento en dos pilares conceptuales: En primer lugar, en la aplicación de un principio político-democrático, según el cual corresponde al pueblo como titular de la soberanía el ejercicio legítimo y originario del Poder Constituyente. Y, en segundo lugar, el principio de supremacía constitucional, por el que se tiene a la Constitución Política del Estado como la norma suprema, la misma que resulta ser vinculante tanto para los detentadores como para los destinatarios del poder y que regula los mecanismos mediante los cuales el pueblo da a conocer su posición sobre determinados asuntos políticos y normativos de interés público.

En las líneas que vienen a continuación revisaremos los alcances de los principios político democrático y de supremacía constitucional, esto con la finalidad de determinar el campo material sobre el que se proyecta la legitimidad.

2. El principio político democrático: El pueblo como legítimo soberano. La legitimidad en un Estado de Derecho

Todo derecho pretende presentarse como justo ante la sociedad sobre la que se va a proyectar, ¿Qué es justicia? La conceptualización de este término responde a las expectativas concretas de cada sociedad, sin embargo, consideramos que en líneas generales la justicia bien puede ser conceptualizada como el valor consistente en dar a cada quien lo que corresponde.

Por otro lado, la Legitimidad es la cualidad de algo o de

quien es legítimo, palabra ésta última que significa "(...) es conforme a las leyes. Cierto, verdadero y genuino"¹⁰. Como se podrá apreciar, pareciera que ley justa y legitimidad mantienen vínculos de interdependencia, en tal sentido, lo que es justo tiene que ser legítimo y, viceversa.

Sobre el particular, Elías Díaz señalaba lo siguiente: "(...) todo sistema de legalidad (Derecho) es expresión de un determinado sistema de legitimidad (justicia) y que, a su vez, todo sistema de legitimidad intenta expresarse a través de un determinado sistema de legalidad"¹¹.

El sistema de legitimidad al que hace referencia el autor consiste en "un sistema de valores, que lo es a su vez de intereses, puede expresarse (...) a través de muy diferentes procedimientos. Y entre ellos, principalmente, los siguientes: o bien a través de un derecho positivo, cuando ha logrado encontrar los medios (la fuerza) para institucionalizarse coactivamente; o bien a través de las vivencias o aspiraciones de una determinada sociedad, es decir, de los diferentes sectores o clases de ella; o bien, finalmente y como mínimo, pero indispensable e insustituible, a través de un determinado nivel crítico individual"¹².

Nosotros somos de la opinión consistente en que los tres niveles por el que se expresa el sistema de legitimidad conviven, ya que nos resulta claro que si bien las normas jurídicas pueden formalmente gozar de una legitimidad legal o positiva plasmada en el papel como consecuencia de su aceptación social en algún momento, nada obsta para que ante determinados contextos la actual realidad social recoja otros valores, no reconocidos en las normas jurídicas y que pueden o no ir en contra de éstas.

¿Qué hacer ante conflictos entre la legitimidad proveniente de un derecho positivo y la legitimidad proveniente de la realidad social actual? Somos conscientes de que por aplicación del Principio político-democrático, el pueblo es el depositario del poder constituyente y, además, es soberano, por lo que puede romper con el derecho existente. Sin embargo, como anotáramos líneas más arriba, el actual Estado Constitucional de Derecho se funda no sólo en el principio político-democrático, sino también en el principio de supremacía constitucional, por el que se tiene a la Constitución Política del Estado como la norma suprema. En este punto resulta muy importante precisar que pregonar la supremacía de la Constitución no significa considerarla válida en tanto sólo sea favorable a determinados intereses o contextos, sino que implica considerarla como suprema en razón de que su dación fue consecuencia de un consenso popular; por lo que cualquier modificación de sus estipulaciones o derogación total debe canalizarse a través de los procedimientos de reforma constitucional o de un nuevo consenso popular integral y ordenado para la

¹⁰ Ramón Sopena S.A. Enciclopedia Sopena. Tomo III, Gráficas Ramón Sopena S.A. Barcelona. Pág. 1240. 1975

¹¹ DÍAZ, ELÍAS. Legalidad-Legitimidad en el Socialismo Democrático. Editorial Civitas S.A. Madrid. Pág. 18. 1978.

¹² DÍAZ, ELÍAS. Op. Cit. 20

dación de una nueva Carta Política, respectivamente, solo así se puede garantizarse la estabilidad y vocación de permanencia en el tiempo del Estado Constitucional de Derecho. Por tanto, ante un conflicto entre la legitimidad proveniente de un derecho positivo y la legitimidad proveniente de la realidad social actual, consideramos que prevalece la primera de ellas.

Por lo expuesto, somos de la opinión consistente en que la legitimidad en un Estado Constitucional de Derecho no refiere a la aplicación en términos absolutos y arbitrarios del aforismo “*vox populi, vox dei*”, sino que deviene de la aplicación conjunta de los principios político-democrático y de supremacía constitucional, debido a que la existencia del Estado Constitucional de Derecho se funda en el respeto a las libertades del pueblo como soberano y, también, en el reconocimiento de la Constitución como norma suprema y fruto del consenso popular de la nación soberana, el mismo que le confirió a aquella legitimidad positiva, al que prima en caso de conflictos con otro tipo de legitimidades.

Tomando en consideración los reales alcances de la legitimidad en un Estado Constitucional de Derecho, debemos recordar que al iniciar el presente documento, indicamos que el Artículo 53º de la Constitución prescribe que en el Perú se practica la democracia, a continuación veamos cuáles son las reales implicancias del citado precepto constitucional, esto con la finalidad de determinar la importancia y alcances la legítima participación ciudadana en las decisiones del Estado Democrático.

3. Democracia representativa

La democracia, entendida como el gobierno de todos, coloca al pueblo como fuente fundamental y originaria del poder. Así, Leslie Lipson¹³ afirma que: “*Como quiera que se describa o defina la democracia, siempre será un sistema en el cual se considera al pueblo como el último depositario del poder, y en el que se ha establecido y se ejerce precisamente el gobierno para satisfacer las necesidades del pueblo. Del pueblo quiere decir que el gobierno es suyo y le pertenece. “Por el pueblo” significa que los ciudadanos participan en política y ejercen control sobre sus representantes y funcionarios (...)*”.

Ahora bien, en el estudio de la Democracia, surgen dos modelos que los gobiernos pueden seguir, a saber: La Democracia Directa y la Democracia Indirecta.

En relación a la primera de ellas, Juan Jacobo Rousseau¹⁴, afirmaba que: “*La soberanía no puede ser representada por la misma razón de ser inalienable; consiste esencialmente en la voluntad general, y a la voluntad no se la representa; es una o*

es otra. Los diputados del pueblo no son ni pueden ser representantes; son únicamente sus comisarios, y no pueden resolver nada en definitiva. Toda ley que el pueblo en persona no ratifica es nula; vale decir, no es una ley”. Con esta frase, Rousseau se adscribió a la Teoría de la Democracia Directa, noción según la cual el pueblo es el titular del poder y por ese motivo único legitimado para decidir sobre los asuntos de interés nacional, para tal efecto, nombra comisarios, los cuales tienen como única función trasladar imperativamente los dictámenes de la población. Alberto Rocha¹⁵, opinando sobre la Democracia Directa, afirma que: “*La democracia directa (fundada en el ejercicio del poder real y directo) fue posible en un ambiente relativamente pequeño y sobre todo con cierta homogeneidad social y política (...) ¿Qué habría pasado cuando la experiencia comunitaria se extendiese a toda la ciudad y a todo el país? (...)*”

Alberto Rocha puso énfasis en un mal congénito de la democracia directa, a saber: *es impracticable en sociedades grandes y heterogéneas*, debido a que existirían problemas de coordinación entre los millones de personas que conforman una nación para poder tomar todos ellos en conjunto una decisión respecto de todos los asuntos de interés nacional. Nosotros coincidimos con el citado autor, pero añadimos otro mal de toda democracia: la población no siempre se encuentra informada de los temas sobre los que va a formular su opinión.

La democracia representativa, en cambio, se concibe como un gobierno indirecto, organizando su funcionamiento a través de representantes sin mandato imperativo, por lo que éstos no quedan obligados con la nación a cumplir con lo que ésta les dicte. Así, pues, la democracia representativa es una abstracción que se funda en una concepción del poder político indirecto y originario del pueblo, el que delega su poder a los representantes políticos, quienes no se hallan sometidos al mandato imperativo de la población; de ahí que la esfera de acción del poder directo queda descartada, lo que le permite amoldarse tanto a comunidades pequeñas como a naciones complejas.

Tomando en consideración lo indicado en el párrafo anterior y en la misma línea argumentativa de Alberto Rocha¹⁶, en las democracias indirectas existe un poder formal que refiere a la representación, toda vez que el poder real, que refiere al poder directo, es un gran obstáculo para la fundación de cualquier forma democrática de gobierno y, en ese sentido, consideramos que atendiendo a la naturaleza pluricultural y heterogénea de la nación peruana, resulta claramente justificado el texto del Artículo 53º de nuestra Constitución, el que debe ser concordado con el Artículo 93º de la misma Carta Política, precepto por el que “*Los congresistas representan a la nación. No están sujetos a*

¹³LIPSON, LESLIE. Historia y Filosofía de la Democracia. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1969. Pág. 334.

¹⁴ROUSSEAU, JUAN JACOBO. Op. Cit. Pág. 161.

¹⁵ROCHAV. ALBERTO. Democracia Representativa y Democracia Directa: Una vía posible de democracia mixta. Instituto Peruano de Investigación Científica-IPIC. Lima, 1990. Pág. 87.

¹⁶ROCHAV. ALBERTO. Op. Cit. Pág. 63.

mandato imperativo", lo que correlativamente implica que en nuestra Constitución no tiene cabida en términos absolutos el aforismo "*vox populi, vox dei*".

Sin embargo, en la práctica, resulta claro que la democracia representativa ha devenido en un modelo poco productivo, básicamente, porque los representantes de la nación no siempre toman decisiones que tengan como finalidad el interés de sus representados; esto debido, conforme a lo señalado por el profesor César Landa Arroyo¹⁷, a tres graves problemas, a saber: El primero, la desaparición en una democracia representativa del mandato imperativo de la ciudadanía para que su voluntad sea obligatoria para los representantes con cargo a ser destituidos en caso de desacato; el segundo, las autoridades electas no son delegados o comisarios, en los términos de Rousseau, sino representantes de la nación, limitados sólo por la ética, la Constitución y las próximas elecciones. Finalmente, el tercero, consistente en la ruptura del vínculo de dependencia que debe existir entre los ciudadanos y sus representantes.

Con la finalidad de contrarrestar los problemas descritos en el párrafo anterior, en las democracias representativas resulta de suma importancia el uso de los mecanismos de participación ciudadana en los procesos decisorios del Estado, esto con la finalidad de conocer la posición originaria de la nación respecto de determinados supuestos de interés público que se reconocen en nuestra actual Constitución Política.

Para tal efecto, en las líneas que vienen a continuación explicaremos cómo los mecanismos de participación ciudadana se encuentran regulados en la Constitución y en las leyes, destacando su trascendencia en el desenvolvimiento de los procesos decisorios del Estado Constitucional de Derecho.

4. Los mecanismos de participación ciudadana en la vida política del Estado: Concepto de referéndum o consulta popular

El Artículo 2º, numeral 17, de la Constitución Política reconoce que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, social y económica de la nación, en los siguientes términos:

"Artículo 2º.-Derechos de la Persona:

Toda Persona tiene derecho:

(...)

17. A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen, conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa

legislativa y de referéndum".

¿En qué consiste este derecho? Atendiendo a su reconocimiento constitucional, consideramos que el derecho a la participación en la vida política de la nación es un derecho fundamental, el mismo que es inherente a todos los miembros de una sociedad, que se materializa en la facultad legítima de estos últimos en hacer valer sus propios intereses y el de la nación en su conjunto a través de la formulación de ideas, normas u opiniones en los asuntos relacionados a la vida política de la nación, acortándose de esta forma la distancia entre gobernantes y gobernados o, en buena cuenta, entre detentadores y destinatarios del poder en una democracia representativa.

El profesor Luis Huerta Guerrero¹⁸, analizando el contenido de este derecho, afirma que comprende:

" El derecho a elegir autoridades

El derecho a acceder a cargos públicos de elección popular.

El derecho a acceder a la función pública

El derecho a formular peticiones.

El derecho a participar en los procesos de democracia directa, y

El derecho a participar en la constitución y funcionamiento de organizaciones políticas."

(El resaltado es nuestro).

De lo indicado por Luis Huerta, se desliza la idea consistente en que la democracia representativa puede contener mecanismos que habiliten el ejercicio del *poder real y directo inherente del pueblo*, una muestra de que no existen modelos de gobierno absolutos en una democracia, por ello consideramos que, con mucha razón Francisco Miró Quesada, citado por Raúl Ferrero Costa¹⁹, afirmara sobre el particular que: "*Cuando hablamos de las instituciones de la democracia directa no lo hacemos pensando de que son una alternativa inmediata de la democracia representativa, sino que ambas formas de democracia pueden convivir armoniosamente porque están interrelacionadas*".

En la Constitución de 1993 el referéndum o consulta popular es uno de los mecanismos de participación en la vida política de la nación, constituyéndose en un derecho fundamental. El Artículo 31º de la citada Carta Política detalla cuáles son los mecanismos bajo los cuales se puede ejercer éste derecho fundamental, en los siguientes términos:

"Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas (...)". (El resaltado es nuestro).

¹⁷LANDA ARROYO, CÉSAR. Crisis de la democracia representativa: A propósito del referéndum sobre la ley de la reelección presidencial en el Perú. En: *Materiales de Lecturas de Derecho Constitucional* 2. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002. Pág. 367

¹⁸HUERTA GUERRERO, LUIS ALBERTO. El Derecho Fundamental a la Participación Política. En: *La Constitución de 1993, análisis y comentarios* III. Lecturas sobre Temas de Derecho Constitucional Nº 12. 1996. Pág. 61.

¹⁹FERRERO COSTA, RAÚL. Ensayos de Derecho Constitucional: Hacia un Equilibrio de Poderes. Editorial: San Marcos. Lima, 1997. Pág. 35.

El precepto constitucional citado en el párrafo anterior debe ser interpretado de forma conjunta con el Artículo 32° de la Carta Magna, norma que prescribe lo siguiente:

"Pueden ser sometidas a referéndum:

1. La reforma total o parcial de la Constitución;
2. La aprobación de normas con rango de ley;
3. Las ordenanzas municipales; y
4. Las materias relativas al proceso de descentralización.

No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor".

Tomando en consideración el marco constitucional citado en líneas previas, queda claro que el referéndum es un derecho fundamental y mecanismo de participación ciudadana en los asuntos de carácter público de la nación, específicamente respecto de normas jurídicas previamente emitidas por la autoridad competente. En relación a los supuestos excluidos del campo material del referéndum, consideramos que el primero de ellos - referente a la supresión o disminución de los derechos de la persona se justifica en la medida que se pretende resguardar el marco vigente de estos derechos y proyectar su ampliación; en lo que respecta a las normas de carácter tributario y presupuestal, consideramos que la no habilitación del referéndum para estos casos tiene como justificación el hecho de que éstas normas regulan la delicada estabilidad fiscal del Estado y porque son normas generalmente de carácter altamente técnico y de difícil difusión. Por último, en relación a los Tratados en vigor, la no procedencia del referéndum para estos casos tiene como fundamento el facilitar el compromiso adquirido del Estado para con otros sujetos de la Comunidad Internacional, garantizando así la seguridad jurídica que la actual coyuntura internacional exige.

Ahora bien, con la finalidad de brindar rigurosidad al concepto de referéndum, conviene diferenciarlo del plebiscito. El referéndum, a diferencia del plebiscito, versa sobre temas jurídicos, mas no políticos como este último. Nos explicamos: El plebiscito pretende la aprobación por parte de la ciudadanía de una propuesta política de carácter amplio o general, en cambio el referéndum tiene como objeto el pronunciamiento popular respecto de un texto normativo concreto. Raúl Ferrero Costa²⁰, en este punto afirma que: *"Aunque no existe en la práctica histórica diferencias claras con el plebiscito, se puede decir que es comúnmente aceptado que este último está referido a asuntos políticos, como por ejemplo,*

la anexión a otro Estado o la decisión para escoger la forma de gobierno que un país prefiera. El referéndum apunta más bien al pronunciamiento de la ciudadanía sobre un asunto jurídico, como puede ser una ley específica que ha merecido la aprobación del Parlamento, vale decir, de un organismo representativo que ya ha tomado una decisión previa". (El resaltado es nuestro).

El referéndum, conforme a lo indicado por Miguel de la Madrid, citado por el profesor Aníbal Quiroga León²¹, puede ser, atendiendo a su fundamento jurídico, *obligatorio* cuando lo establece la Constitución como acto previo para la validez de determinadas normas o, en todo caso, *facultativo*, caso en el que su procedencia dependerá del interés de una determinada fracción electoral. Asimismo, el mismo autor señala que, dependiendo de su eficacia jurídica, el referéndum puede ser de *ratificación/sanción* cuando la norma emitida devenga en ley vigente previa aprobación del cuerpo electoral o, en su defecto, *consultivo*, cuando el resultado del referéndum no tenga carácter vinculante para las autoridades legislativas.

De una revisión de las normas constitucionales descritas en esta sección, se tiene que el referéndum en el Perú es un derecho fundamental, y como tal es facultativo, mas no obligatorio. Atendiendo a su naturaleza vinculante respecto de normas previamente emitidas por las autoridades competentes, se puede afirmar que el referéndum tiene carácter de sancionador o ratificador. Sin perjuicio de lo anterior indicado y a fin de conocer el desarrollo legal de este derecho, conviene revisar lo dispuesto en la Ley No 26300, Ley Participación y Control Ciudadanos.

III. La Ley N° 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos

La Ley No 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos, fue publicada en el diario oficial El Peruano el 3 de mayo de 1994, y si bien ha tenido ha tenido desde la fecha de su publicación una serie de modificaciones, esta ley constituye en el marco general que regula el ejercicio del derecho al referéndum y los demás derechos de participación política.

1. Del desarrollo legal del referéndum

Sobre el particular, debemos señalar que el Artículo 1° de la Ley señala que su objeto es *"el ejercicio de los derechos de participación y control de ciudadanos de conformidad con la Constitución"*. Son los Artículos 2°, literal c)²², y 37^o²³ de la aludida ley los que describirán al referéndum como un derecho de participación

²⁰FERRERO COSTA, RAÚL. Op. Cit. Pág. 35.

²¹QUIROGA LEÓN, ANÍBAL. La Aprobación y Ratificación de los Tratados de Libre Comercio (TLC) y el Referéndum en el Perú. En: *Revista peruana de jurisprudencia* -- No. 58 (Dic. 2005). Pág. 6.

²²Artículo 2.- Son derechos de participación de los ciudadanos los siguientes:

(...)
c) Referéndum.

²³Artículo 37.- El referéndum es el derecho de los ciudadanos para pronunciarse conforme a la Constitución en los temas normativos que se le consultan".

ciudadana que tiene como objeto el pronunciamiento popular, conforme a la Constitución, en los temas normativos que a aquél se le consulten.

En el Artículo 42º de la ley, se hace referencia clara al carácter ratificador/sancionador del referéndum, al establecer que *“el resultado de éste es el que 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 decisión popular cobra eficacia a partir del día siguiente de la publicación de los resultados oficiales por el Jurado Nacional de Elecciones. La ley, en su Artículo 40²⁴, deja constancia sobre la improcedencia del referéndum en los supuestos a los que refiere al Artículo 32º de la Constitución, es decir, en los siguientes supuestos: *cuando verse sobre la supresión o disminución de los derechos de la persona, en los casos que refiera a normas de carácter tributario y presupuestal y, finalmente, en los supuestos que se proyecte sobre tratados internacionales en vigor.*

Respecto del número de ciudadanos necesarios para la convocatoria a referéndum, el Artículo 38²⁵ de la ley dispone que el referéndum debe ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10 por ciento del electorado nacional.

2. Del desarrollo constitucional y legal de la iniciativa legislativa

Para efectos de un mejor análisis de la Iniciativa Legislativa Ciudadana *“Ley que establece la obligatoriedad de someter a Referéndum la Aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica y el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)”*, presentada por el Señor Juan Washington Mendoza Aguirre, consideramos que resulta importante revisar brevemente el derecho a la iniciativa legislativa.

Sobre el particular, debemos señalar que los Artículos 2º, numeral 7, y 31²⁶ de la Constitución reconocen el derecho de los ciudadanos a solicitar referéndum y a formular iniciativas legislativas; por lo que se debe concluir que éste también se trata de un derecho fundamental y es una de las formas de participación ciudadana en la vida política de la nación.

La Ley N° 26300, en su Artículo 11²⁷ prescribe que la iniciativa legislativa de uno o más proyectos de ley, debe estar acompañada por las firmas comprobadas de no menos del cero punto tres por ciento (0.3%) de la población electoral nacional; estableciéndose que recibe

preferencia en el trámite del Congreso.

Un aspecto relevante del derecho a formular iniciativas legislativas, es el que se consigna en el Artículo 16º de la ley, norma que establece lo siguiente: *“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”*.

A pesar de que la citada norma no es muy clara, ya que de ella hasta se podría interpretar que la convocatoria a referéndum es inmediata por el sólo rechazo o modificación en el Congreso del proyecto de ley contenido en la iniciativa legislativa, nosotros entendemos que si la iniciativa legislativa es rechazada en el Congreso de la República solo queda expedita la opción de seguir ante la autoridad electoral el procedimiento correspondiente para la convocatoria a referéndum, para tal efecto, los interesados deberán ser en un número de ciudadanos no menor al 10% del electorado nacional, conforme a lo dispuesto de forma taxativa en el Artículo 38º de la Ley No 26300. Esto es así porque interpretar que con apenas el 0.3% de la población electoral (con la que se presentó la iniciativa legislativa rechazada o modificada) procede automáticamente la convocatoria de una consulta popular, abriría la posibilidad ilegal de usar el trámite de la iniciativa legislativa para eludir maliciosamente el requisito del número mínimo de ciudadanos interesados que se requieren específicamente para el procedimiento de convocatoria a referéndum (Artículo 38º de la Ley No 26300), pero lo más grave es lo siguiente: la procedencia de un referéndum automático o inmediato, impediría evaluar los asuntos públicos sobre los que se proyecte, tema importante, toda vez que conforme a lo dispuesto en el Artículo 32º de la Constitución no todos los asuntos públicos pueden ser sometidos a referéndum.

Culminado este breve análisis sobre la naturaleza del referéndum y la iniciativa legislativa, en las líneas que vienen a continuación revisaremos lo concerniente a los tratados de libre comercio, los antecedentes del TLC entre Estados Unidos y los países andinos, esto con el objetivo de centrar nuestro estudio en el campo material sobre el que se pretendió aplicar el referéndum para, posteriormente, ya con todos los conceptos elementales estudiados, pasar a examinar la factibilidad de someter a referéndum los tratados de libre comercio.

IV. Naturaleza jurídica de los Tratados de Libre

²⁴ Artículo 40. - No pueden someterse a referéndum las materias y normas a que se refiere el segundo párrafo del Artículo 32 de la Constitución”

²⁵ Artículo 38. - El referéndum puede ser solicitado por un número de ciudadanos no menor al 10 por ciento del electorado nacional”.

²⁶ Artículo 31. - Derechos y Deberes Políticos de los Ciudadanos.

Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas”

²⁷ 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.”

Comercio

1. Definición

Un tratado internacional es una manifestación de voluntades correspondientes a dos o más sujetos del derecho internacional, que tiene como finalidad producir efectos jurídicos entre ellos. Al respecto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE, en su Artículo 2º, literal a), define al término *tratado* como “*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”²⁸.

Un tratado de libre comercio es también un acuerdo internacional celebrado entre dos o más Estados, con la particularidad de que su objetivo principal y es establecer un área de actividad comercial libre entre los Estados partes del acuerdo, incentivando el intercambio internacional de bienes y servicios, garantizando condiciones leales de competencia, promoviendo el aumento de las inversiones, la protección de la propiedad industrial e intelectual, así como ciertas disposiciones en materia laboral y ambiental. Para lograr tales objetivos, en los tratados de libre comercio se regula un tratamiento arancelario especial respecto de los bienes y servicios sobre los que se proyecta, esto con la finalidad de incentivar la actividad comercial de los agentes del mercado.

El aludido tratamiento arancelario es resultado de un programa mediante el cual cada Estado Parte se compromete a ir reduciendo los aranceles a la importación de bienes, por un período determinado. Al cumplirse este periodo, los productos (bienes o servicios) que ingresan al territorio de cada Estado parte no generan la obligación de pagar aranceles. Esta operación crea beneficios económicos para los productores y consumidores, ya que, los primeros, verán que tienen un mercado más amplio en donde colocar sus productos y, los segundos, tendrán una mayor oferta por los mismos productos o similares, lo que garantiza la satisfacción de sus necesidades y amplía su derecho de elección.

Para culminar con la definición y en la misma línea argumentativa del profesor Abdías Sotomayor²⁹, todo tratado de desgravación (como los tratados de libre comercio) debe desarrollar básicamente los siguientes puntos: Una lista de los productos sobre los que se proyecta la liberación de aranceles; el tipo de preferencia arancelaria otorgada; el período de vigencia del acuerdo; las condiciones para el ingreso de

los productos y, normalmente, la certificación de origen, la misma que indica la procedencia real de los productos materia del beneficio arancelario.

Descrita la naturaleza de los tratados de libre comercio, en las líneas que vienen a continuación revisaremos los antecedentes de los tratados de libre comercio entre Estados Unidos y los países andinos, a fin de contextualizar el proceso de negociación del citado acuerdo comercial.

2. Antecedentes de los Tratados de Libre Comercio entre E.E.U.U y los Países Andinos

La negociación de tratados de libre comercio es una tendencia mundial que busca ampliar el comercio internacional y la integración económica de los pueblos. Las reglas básicas sobre las cuales se establecen estos tratados podemos encontrarlas en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT por sus siglas en inglés) de 1947. El GATT fija principios que rigen el comercio mundial, basándose en la no discriminación, previsibilidad, y un trato equivalente entre productos nacionales e importados.

Actualmente, Estados Unidos ha perfeccionado tratados de libre comercio con algunos Estados latinoamericanos. Los ejemplos más relevantes son los suscritos con Chile y, recientemente, el denominado CAFTA, con los países centroamericanos en conjunto. Respecto de este último caso, debemos precisar que la primera vez que los países centroamericanos manifestaron a Estados Unidos su interés en negociar un tratado de libre comercio de forma conjunta fue en 1992, debido a que estos pequeños Estados se preocuparon por los potenciales efectos negativos que, sobre su comercio e inversión, podrían tener las negociaciones que Estados Unidos estaba culminando de forma satisfactoria con Canadá y México, las mismas que darían lugar al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, denominado como TLCAN o NAFTA.

En el caso de los países andinos, tomando en consideración el problema que a nivel internacional siempre significó el tráfico ilícito de drogas, el Estado Norteamericano emitió el 4 de diciembre de 1991 la Ley de Preferencias Arancelarias (Andean Trade Preference Act), denominada ATPA, que otorgaba beneficios arancelarios, a los productos no tradicionales lícitos provenientes de los países andinos, con el único objetivo de persuadir a los campesinos de estos últimos a dejar sus cultivos de coca. El ATPA era una ley de vigencia temporal, venció el 4 de diciembre del 2001.

Los resultados del ATPA fueron satisfactorios y por ello

²⁸ Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969. Ratificada por el Perú, mediante Decreto Supremo N° 029-2000-RE, publicado el 21 de septiembre del 2000 en el diario oficial El Peruano.

²⁹ SOTOMAYOR VÉRTIZ, Abdías. Del ATPA a ATPDEA y hacia un Tratado de Libre Comercio: Una Nueva Oportunidad. En: *Revista de Derecho Foro Jurídico*. Año II, N°4. Lima, 2005. Pág.

el Congreso Norteamericano aprobó, el 6 de agosto del 2003, la ley ATPDEA (Andean Trade Preference Drug Eradication Act), la misma que tiene vigencia temporal hasta el 31 de diciembre del 2006. En virtud de esta norma se ampliaron los beneficios arancelarios dictados en el ATPA para los productos de cultivo, producción o fabricación propios de los países productores de coca, como Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.

Sin embargo, como bien lo anotara el profesor Abdías Sotomayor Vértiz³⁰ *“El ATPA, y ahora el ATPDEA, son normas jurídicas nacionales de los Estados Unidos de Norteamérica, por ende pertenecen al derecho interno de dicho Estado y no a los países andinos beneficiados, ya que no nos encontramos frente a la figura de un Acuerdo Comercial que formaría parte del derecho interno de los Estados Partes firmantes. Por esta razón, los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú no podrían solicitar mayores beneficios en la Ley norteamericana, ni tener una injerencia imperativa en la modificación de sus estipulaciones, ni mucho menos efectuar algún requerimiento en caso que la autoridad americana considere que los productos exportados no cumplen con las condiciones del ATPDEA (salvo algún reclamo ante tribunales judiciales norteamericanos por errores en la aplicación de una norma norteamericana)”*.

A lo indicado en el párrafo anterior, se debe añadir que la vigencia del ATPDEA es temporal; por consiguiente, vencerá, lo que correlativamente puede crear problemas a los nacionales de los países beneficiarios de esta ley.

Fue tomando en consideración el inminente vencimiento del ATPDEA que varios países andinos iniciaron conversaciones con los Estados Unidos de Norteamérica con el objetivo de suscribir un tratado de libre comercio. Así, el 2 de octubre del 2003, el entonces presidente de Ecuador, señor Lucio Gutiérrez, propuso formalmente al Primer Mandatario de los Estados Unidos, el deseo de iniciar negociaciones para la suscripción de un tratado de libre comercio.

En el caso de Colombia, se debe indicar que históricamente Estados Unidos ha sido su mayor socio comercial y colaborador en la lucha contra el narcotráfico. En el año 2000, ante el inminente vencimiento del ATPA y considerando la importancia que el mismo revistió para la industria colombiana en materia de producción, exportaciones y generación de empleo, el gobierno colombiano solicitó a los Estados Unidos tanto su renovación, con miras a extender su cubrimiento en el tiempo, como su ampliación en número de productos. Después de diversas gestiones, el Presidente Alvaro Uribe Vélez, en abril del 2003, realizó una visita a su homólogo norteamericano George Bush, en la que le propuso a éste considerar la posibilidad de iniciar negociaciones comerciales bilaterales con Colombia o, en todo caso, con todos los países andinos en

conjunto con la finalidad de suscribir un acuerdo comercial de preferencias arancelarias. El 8 de agosto de 2003, el Representante Comercial del USTR (Ministro de Comercio de los Estados Unidos), Robert Zoellick, se reunió en Bogotá con el Presidente Uribe y su equipo de Ministros, así como con el sector empresarial colombiano. En esta visita, Zoellick anunció la disposición del gobierno norteamericano para iniciar la negociación comercial con Colombia, lo cual representó un avance importante en las conversaciones tendientes a perfeccionar un tratado de libre comercio con Estados Unidos.

El 18 de noviembre del 2003, en el marco de la VIII Reunión Ministerial del ALCA, llevada a cabo en la ciudad de Miami, se anunció oficialmente el lanzamiento de las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y los cuatro países andinos beneficiarios de la Ley ATPDEA, es decir Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia. Oficialmente Colombia, Ecuador y Perú dieron inicio a las negociaciones en mayo de 2004; Bolivia ha participado hasta la fecha sólo en calidad de observador.

3. Compatibilidad del TLC con el actual régimen económico de la Constitución de 1993

Tal y como señaláramos en líneas precedentes, los tratados de libre comercio desarrollan temas importantes de política exterior, comercial y tributaria, de ahí que para su integración como parte del derecho nacional resulta necesario que sean compatibles con el régimen económico consagrado en la Constitución.

El régimen económico en el que como nación nos desenvolvemos es la economía social de mercado (artículo 58º de la Constitución). En este tipo de régimen, se aplican una serie de criterios rectores, los mismos que encuentran su reconocimiento en nuestra Constitución y que describimos a continuación:

- a) La libertad de trabajo, la libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59º), siempre que ellas no sean lesivas a la moral, a la salud y a la seguridad pública.
- b) El deber del Estado de brindar oportunidades de superación a los sectores sociales y económicos que sufren desigualdades; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades (artículo 59º).
- c) El pluralismo económico, que se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y empresa (artículo 60º).
- d) El rol subsidiario que asume el Estado; por el que éste puede realizar actividad empresarial,

directa o indirectamente, en atención al interés público o cuando sea conveniente para la nación (artículo 60º).

- e) La libre competencia; por la que el Estado proscribe y sanciona toda práctica que limite o comporte abusos de posiciones dominantes o monopólicas en el mercado (artículo 61º).
- f) La libertad de contratar y de celebrar contratos-ley (artículo 62º).
- g) La igualdad jurídica de la inversión, por el que la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones (Artículo 63º).
- h) La libertad para producir bienes y servicios, así como para realizar el comercio exterior (artículo 63º).
- i) La irrenunciabilidad de la potestad del Estado para dictar medidas proteccionistas, lo que significa que si otros países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede adoptar medidas análogas (artículo 63º).
- j) La potestad del Estado y de las personas de Derecho público para someter las controversias derivadas de la relación contractual ante tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor o a arbitraje (artículo 63º).
- k) La libre tenencia y disposición de moneda extranjera (artículo 64º).
- l) El deber de defender los intereses de los consumidores y usuarios; lo que se materializa en el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado (artículo 65º)³¹.

En tal sentido, todo tratado de libre comercio que no se ajuste a los criterios expuestos, deviene en inconstitucional o, en su defecto, deberá ingresar al ordenamiento a través del proceso de reforma constitucional. Por ello resulta importante que durante la negociación de estos tratados se convoque a las entidades especializadas en la materia de la sociedad civil para que formulen sus opiniones técnicas-legales, evitándose de esta forma contravenciones o modificaciones de último momento al vigente régimen económico nacional.

V. La suscripción, aprobación y ratificación de los

Tratados en la Constitución de 1993

1. La formación de los Tratados, el procedimiento para su aprobación y su puesta en vigencia en el Perú

Para la puesta en vigencia de los tratados internacionales se debe seguir un procedimiento que comprende su elaboración como proyecto de norma, su aceptación voluntaria por parte de los Estados y, finalmente, su perfeccionamiento.

Sobre este punto, Antonio Remiro Brotons³² afirma que: *"(...) la formación o celebración de un Tratado Internacional pasa, al menos analíticamente, por dos fases diferentes. La que puede denominarse fase inicial cubre el proceso de la negociación que, de tener éxito, desembocará en la adopción y autenticación de un texto en el que los negociadores se muestran definitivamente de acuerdo (...). La fase final de la formación o celebración de un tratado abarca el proceso de estipulación o conclusión en sentido estricto: esto es, la fase en la que los negociadores manifiestan su voluntad en obligarse por el tratado y dejan constancia de ella a los otros interesados. Se descompone en dos actos fundamentales: la manifestación del consentimiento y su perfeccionamiento"*.

Para el citado autor³³, en la fase inicial, la negociación implica la participación de los negociadores en la elaboración del texto de un tratado; la adopción y la autenticación consisten en la confirmación o certificación por parte de los negociadores del texto definitivo del tratado. La fase final, comprende a la ratificación, que viene a ser la manifestación de la voluntad de las partes en obligarse por el tratado. En esta misma fase se hace referencia al perfeccionamiento del consentimiento, el mismo que consiste en una serie de actos que tienen como finalidad hacer de conocimiento a la otra parte la voluntad en obligarse por el tratado.

¿Cuál es el procedimiento y las etapas reguladas en nuestra Constitución Política respecto de la celebración de un tratado? El Artículo 56º de la Constitución establece que:

"Los Tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias:

1. Derechos Humanos.
2. Soberanía, dominio o integridad del Estado.
3. Defensa Nacional.
4. Obligaciones financieras del Estado.

También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren

³⁰ SOTOMAYOR VÉRTIZ, Adrias. Op. Cit. Pág. 16.

³¹ ANDAARROVO, César. El Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos: una perspectiva constitucional

³² REMIRO BROTONS, Antonio. Derecho Internacional. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 201.

medidas legislativas para su ejecución"

Luego, el Artículo 57º de la Constitución establece que:

"El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el Artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso"

Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República"

De lo anterior indicado, se tiene que en el Perú existen hasta tres procedimientos a seguirse para la manifestación de la voluntad del Estado, a saber: 1) Participación del Congreso a través de la aprobación para la posterior ratificación del Presidente de la República; 2) Celebración de tratados por el Presidente de la República, sin necesidad de la ratificación del Congreso; 3) Mecanismo de reforma constitucional en los supuestos que impliquen una colisión entre lo dictado en el tratado y lo dispuesto en la Constitución. En cada uno de estos procedimientos deben seguirse las etapas de celebración de un tratado a las que hacía referencia Remiro Brotons, a saber: la fase inicial (negociación, adopción y autenticación) para la cual el Estado designa negociadores y la fase final (consentimiento y perfeccionamiento), la misma que se encuentra regulada en los citados Artículos 56º y 57º de nuestra Constitución.

Respecto del rango normativo de los tratados, César Landa Arroyo³⁴, afirma que existen tres rangos: 1) Tratados constitucionales, comprenden a aquellos tratados que afectan disposiciones constitucionales, por lo que deben ser aprobados mediante el procedimiento de reforma constitucional. 2) Tratados de materia legislativa, son aquellos aprobados por el Congreso de la República y versan sobre asuntos infraconstitucionales, conforme a lo dispuesto en el Artículo 56 de la Constitución. 3) Tratados Simplificados, son aquellos que no tienen materias reservadas ni en el nivel legislativo ni constitucional y que tienen su regulación residual en el Artículo 57º de la Constitución.

Sobre la relación de los tratados con el derecho interno, el Artículo 55º de la Constitución solo establece que:

"Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

La Constitución no hace mayor especificación al respecto, por ello resulta necesario remitirnos a la Convención de Viena, cuyo Artículo 16º prescribe que:

"Salvo que el tratado disponga otra cosa, los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse:

- a) su canje entre los Estados contratantes.*
- b) su depósito en poder del depositario.*
- c) su notificación a los Estados contratantes o al depositario, si así se ha convenido."*

Así, pues, tenemos que para el perfeccionamiento y vigor de un tratado es necesario el canje, el depósito o su notificación; verificado cualquiera de estos actos el tratado se integra al derecho nacional y se convierte en norma jurídica en vigor. Sin embargo, como toda norma, el tratado bien puede regular su propia puesta en vigencia, de ahí que el Artículo 3º de la citada Ley No 26647³⁵, Ley que Establece Normas que regulan Actos Relativos al Perfeccionamiento Nacional de los Tratados Celebrados por el Estado Peruano, prescribe que:

"(...) la incorporación de los tratados al derecho nacional se sujeta a lo que establezcan los propios tratados sobre el particular".

Ahora bien, tomando en consideración lo indicado en líneas previas, pasaremos a revisar el procedimiento correspondiente para la formación de la voluntad del Estado en materia de tratados internacionales, específicamente para el caso del TLC, las atribuciones de los Poderes Ejecutivo y Legislativo en el aludido procedimiento y la posibilidad de la convocatoria a un referéndum para la puesta en vigencia de estos tratados.

2. TLC: Tratado en materia legislativa que corresponde ser aprobado por el Congreso y ratificado por el Presidente de la República

El Artículo 2º de la Ley No 26647, dispone lo siguiente:

"La aprobación legislativa de los tratados a que se refiere el Artículo 56 de la Constitución Política, corresponde al Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa; y su ratificación al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo.

Cuando los tratados no requieran la aprobación legislativa, el Presidente de la República los ratifica directamente, mediante Decreto Supremo, de acuerdo a lo previsto en el Artículo 57 de la Constitución.

En ambos casos, el Presidente de la República emite, además, el respectivo instrumento de ratificación"

Ahora bien, consideramos que la norma citada resulta concordante con lo dispuesto en los Artículos 56º y 57º de

³⁴ REMIRO BROTONS, Antonio. Op. Cit., pp. 202-210.

³⁵ LANDA ARROYO, César. Jerarquía de los Tratados Internacionales en la Constitución del Perú de 1993. En: *Revista Jurídica del Perú*. Lima. Año XLVII - N° 16, Julio-Septiembre, 1998, pp. 7-11.

³⁶ Ley No 26647, Ley que Establece Normas que regulan Actos Relativos al Perfeccionamiento Nacional de los Tratados Celebrados por el Estado Peruano. Publicada el 28 de junio de 1996

la Constitución, al especificar la forma como se cristaliza en textos normativos el ejercicio de las atribuciones conferidas al Congreso y al Presidente de la República, tanto para los casos de tratados que contengan materia legislativa, como para los tratados simplificados.

En el caso del TLC con EEUU, como quiera que este tratado versa sobre asuntos de carácter tributario, presupuestal y que implicará la adopción de varias medidas legislativas para su mejor aplicación, resulta claro que es un tratado de materia legislativa, en ese sentido es atribución del Congreso aprobar tratados de esa naturaleza, para que luego éstos sean ratificados por el Presidente de la República conforme a lo dispuesto en el Artículo 56° de la Constitución y al primer párrafo del Artículo 2° de la Ley No 26647; por consiguiente resulta constitucional la aprobación del TLC efectuada por el Congreso de la República, mediante la Resolución Legislativa No 28766, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de junio del 2006, cuyo Artículo Único transcribimos a continuación:

“Apruébese el Acuerdo de Promoción Comercial Perú Estados Unidos suscrito en la ciudad de Washington, distrito de Columbia, Estados Unidos de América, el 12 de abril del 2006, de conformidad con los Artículos 56° y 102° inciso 3 de la Constitución Política del Perú. Esta aprobación se extenderá inclusive a la suscripción con cualquier país integrante de la Comunidad Andina

Comuníquese al Señor Presidente de la República para su promulgación”

De acuerdo a lo indicado al comenzar este breve artículo, el TLC con EEUU fue ratificado por el Presidente de la República en menos de 24 horas luego de haber sido aprobado por el Congreso, tal actuación se materializó mediante Decreto Supremo No 030-2006-RE, publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de junio del 2006, cuyo Artículo 1° transcribimos a continuación:

“Ratifíquese el Acuerdo de Promoción Comercial Perú Estados Unidos, suscrito el 12 de abril del 2006, en la ciudad de Washington, Distrito de Columbia, Estados Unidos de América, aprobado por el Congreso de la República, mediante Resolución Legislativa N° 28766 de 28 de junio del 2006”

¿Aprobado y ratificado un tratado cualquiera, es susceptible de ser sometido a referéndum? Tomando en cuenta que el procedimiento de formación de la voluntad del Estado culmina con la ratificación del tratado por el Presidente de la República y atendiendo la imposibilidad de someter a referéndum tratados en vigor (Artículo 32° de la Constitución), nosotros consideramos que una vez ratificado el tratado y siempre que tal acto no sea comunicado al otro Estado (o

sea, siempre que no se perfeccione), procedería la convocatoria a consulta popular sobre el perfeccionamiento del tratado en cuestión, para tal efecto los ciudadanos interesados deberán cumplir con el procedimiento al que refiere la Ley No 26300.

Ahora bien, lo indicado en el párrafo anterior tiene solidez en la medida que el tratado no contenga asuntos para los que la propia Constitución ha descartado la opción del referéndum. En el caso de los tratados de libre comercio, consideramos que en aplicación inmediata del Artículo 32° de la Constitución estos tratados no tienen posibilidad de ser sometidos a consulta popular, toda vez que son normas de contenido tributario y presupuestal. Por consiguiente, si el TLC con EEUU no puede ser sometido a referéndum, el único procedimiento a seguirse para la formación de la voluntad del Estado es el descrito en el Artículo 56° de la Constitución y especificado en el primer párrafo del citado Artículo 2° de la Ley No 26647.

En ese orden de ideas, consideramos correcto lo señalado por el profesor Aníbal Quiroga León⁶, quien haciendo referencia a la posibilidad de una aprobación del TLC mediante referéndum, apela a un argumento que, consideramos, se extiende incluso para el contexto actual de un TLC ratificado por el Presidente de la República: “(...) el TLC abarca aspectos referidos a las obligaciones financieras y arancelarias (tributarias) del Estado Peruano, sin perjuicio de otras materias detalladas y que sean materia de negociación entre ambos Estados participantes en el TLC. En tal sentido (...) denotamos que pretender que un TLC sea necesariamente aprobado por referéndum (...) sería inconstitucional, debido que los Tratados relativos a materias financieras estatales y tributarias, como el TLC, deben ser aprobados exclusivamente por el Congreso de la República”.

Por lo expuesto, considerando que el procedimiento o faz formal correspondiente a la formación de la voluntad del Estado culmina con la ratificación del tratado por el Presidente de la República y que en aplicación del Artículo 32° de la Constitución no se pueden someter a referéndum tratados en vigor, nosotros concluimos en que una vez ratificado y siempre que tal acto no sea comunicado o informado al otro Estado (es decir, siempre que no se perfeccione), procedería la convocatoria a referéndum sobre el perfeccionamiento del tratado en cuestión, siempre que éste no tenga por contenido asuntos para los que el propio Artículo 32° de la Constitución ha vedado o excluido la opción al referéndum.

Expuestos los conceptos de referéndum y TLC, a continuación revisaremos cuáles son los problemas de constitucionalidad y de legitimidad para el sometimiento de los aludidos tratados a consulta popular.

VI. Los problemas de constitucionalidad y de legitimidad para la procedencia de someter el TLC con EEUU a referéndum

Para la mejor exposición de esta sección, consideramos pertinente dividir el objeto de análisis en tres puntos: el primero de ellos hará referencia al problema de constitucionalidad, el segundo de ellos, versará sobre el problema de legitimidad, para la procedencia de someter un TLC a referéndum y, finalmente, el tercer punto versará sobre un análisis del Proyecto de Ley presentado por los entonces congresistas Michael Martínez Gonzáles y Javier Diez Canseco Cisneros, que propuso la *"Ley que establece el referéndum para la Aprobación de Acuerdos de Integración Económica o Tratados de Libre Comercio"*, así como de la iniciativa legislativa ciudadana *"Ley que establece la obligatoriedad de someter a Referéndum la Aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica y el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)"*, presentada por el señor Juan Washington Mendoza Aguirre.

1. Del problema de constitucionalidad para la procedencia de someter un TLC a referéndum

Sobre el particular, debemos señalar que apelando a la supremacía de la Constitución y conocedores de que todo tratado de libre comercio tiene como objeto una regulación especial en materia arancelaria y presupuestal, no es factible someter estos tratados a referéndum, esto es así porque, en primer lugar, si bien el Artículo 2º, numeral 17 de la Constitución reconoce que toda persona tiene derecho a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, social y económica de la nación a través del referéndum, el ejercicio de este derecho de participación ciudadana debe necesariamente ajustarse a la regulación del Artículo 32º de la propia Carta Magna, norma que especificando los alcances del aludido Artículo 2º, numeral 17, detalla una relación de supuestos excluidos del campo material del referéndum, a saber: la supresión o disminución de los derechos de la persona; normas de carácter tributario y presupuestal (supuesto en el que se encuentran inmersos los tratados de libre comercio) y, finalmente, tratados en vigor.

Nosotros hemos sostenido, en referencia a los tratados en general, que tomando en cuenta que el procedimiento de formación de la voluntad del Estado culmina con la ratificación del tratado por el Presidente de la República y atendiendo a la imposibilidad de someter a referéndum tratados en vigor (Artículo 32º de la Constitución), consideramos que una vez ratificado y siempre que tal acto ratificatorio no sea comunicado al otro Estado (o sea, siempre que no se perfeccione el tratado), procedería la convocatoria a referéndum sobre el perfeccionamiento del tratado en cuestión, para tal efecto los ciudadanos interesados deberán cumplir con el procedimiento regulado en la Ley No 26300. Sin

embargo, también señalamos que si el contenido del tratado versa sobre materias para las que el propio Artículo 32º de la Constitución ha excluido de forma taxativa la opción del referéndum, no es factible el ejercicio del citado derecho fundamental.

Los tratados de libre comercio versan sobre asuntos de carácter tributario, presupuestal y en algún momento implican la adopción de medidas legislativas de carácter presupuestal para su mejor aplicación, de ahí que son tratados de materia legislativa y, en ese sentido es atribución exclusiva del Congreso aprobar tratados de esa naturaleza, para que luego éstos sean ratificados por el Presidente de la República conforme a lo dispuesto en el Artículo 56º de la Constitución y al primer párrafo del Artículo 2 de la Ley No 26647; por consiguiente deviene en acertada la aprobación del TLC con EEUU efectuada por el Congreso de la República, mediante la Resolución Legislativa No 28766, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de junio del 2006 y, correlativamente a ello, deviene también en constitucional la ratificación del aludido acuerdo comercial efectuada por el Presidente de la República mediante Decreto Supremo No 030-2006-RE, publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de junio del 2006.

Por lo expuesto en las líneas precedentes, consideramos que someter los tratados de libre comercio a referéndum genera un problema de constitucionalidad, consistente en contravenir abiertamente los Artículos 32º y 56º de la Carta Magna.

2. Del problema de legitimidad para la procedencia de someter un TLC a referéndum

En relación a este punto, debemos hacer recordar que si bien las normas jurídicas pueden formalmente gozar de una legitimidad positiva plasmada en el papel como consecuencia de su aceptación social en algún momento, nada obsta para que ante determinados contextos la actual realidad social recoja otros valores, no reconocidos en las normas jurídicas y que pueden o no ir en contra de éstas. Sin embargo, también se dejó constancia que en un Estado Constitucional de Derecho, en aplicación concordada de los principios político-democrático y de supremacía constitucional, no existe cabida absoluta al aforismo *"vox populi, vox dei"*, prevaleciendo siempre la legitimidad positiva sobre cualquier otro tipo de legitimidad (proveniente de la realidad social y de la crítica individual), por lo que cualquier ánimo popular consistente en modificar o romper con el actual marco constitucional debe enmarcarse dentro del proceso de reforma constitucional o a través de un consenso social integral y ordenado para la dación de una nueva Constitución, respectivamente.

Es tomando en consideración lo expuesto en el párrafo anterior que somos de la posición que los actos del Estado correspondientes para la puesta en vigencia de

los tratados de libre comercio, deben canalizarse por el procedimiento regulado por el Artículo 56º de la Constitución, por el que corresponde al Congreso aprobar y al Presidente de la República ratificar los tratados en materia legislativa. Si el pueblo soberano considera ilegítimo el aludido procedimiento, debe promover por las vías idóneas los procesos de reforma constitucional o de puesta en vigencia de una nueva Constitución. En el caso del TLC con EEUU, consideramos que estas vías idóneas no han sido puestas en práctica en su momento, por lo que la aprobación y ratificación del citado tratado cuenta con la legitimidad positiva requerida en un Estado Constitucional de Derecho. En ese sentido, el problema de legitimidad, en realidad, consiste en la pretensión de someter a referéndum el TLC con EEUU, puesto que esta pretensión no cuenta con legitimidad positiva.

Expuestos los conceptos básicos y nuestra posición en relación a los problemas de constitucionalidad y de legitimidad que contiene la convocatoria a referéndum para la puesta en vigencia del TLC con EEUU, pasaremos a examinar el Proyecto de Ley presentado por los entonces congresistas Michael Martínez Gonzáles y Javier Diez Canseco Cisneros, que propuso la *“Ley que establece el referéndum para la Aprobación de Acuerdos de Integración Económica o Tratados de Libre Comercio”*, así como la iniciativa legislativa ciudadana *“Ley que establece la obligatoriedad de someter a Referéndum la Aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica y el Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA)”*, presentada por el señor Juan Washington Mendoza Aguirre, ambas rechazadas por el Congreso de la República.

3. Dos proyectos de ley evaluados en el Congreso de la República

3.1. Proyecto de Ley N° 14008/2005-CR: “Proyecto de ley que establece el referéndum para la aprobación de acuerdos de integración económica y los Tratados de Libre Comercio”, presentado por los Congresistas Michael Martínez y Javier Diez Canseco

En forma sucinta, podemos indicar que el Proyecto de Ley N° 14008/2005-CR tuvo como objeto que todo acuerdo de integración económica o tratado de libre comercio suscrito por el Estado Peruano deba ser sometido obligatoriamente a referéndum como acto previo a su aprobación por el Congreso de la República, sin que sea necesario el cumplimiento del requisito previsto en el Artículo 38º de la Ley N° 26300, esto es, el ser presentado por un número de ciudadanos no menor al 10% del electorado nacional.

3.1.1. Análisis del proyecto de ley

El proyecto de Ley vulneraba lo dispuesto en los Artículos 32º y 56º de la Constitución. Recordemos que el primero de los citados preceptos señala que no pueden ser sometidos a referéndum las normas que

regulen asuntos tributarios y presupuestales; en el TLC con EEUU regula un régimen especial arancelario (materia tributaria) y, además, implica para el Estado Peruano la adopción de medidas presupuestarias para su mejor aplicación, por lo que el proyecto de norma presentado era inconstitucional en éste extremo.

Asimismo, en lo referente a la contravención del Artículo 56º de la Constitución, conforme a lo anotado en el presente documento, los tratados de libre comercio son de naturaleza legislativa, en ese sentido, el procedimiento regulado para su aprobación y ratificación es el contenido en el precitado Artículo 56º, por el que los tratados deben ser aprobados por el Congreso para luego ser ratificados por el Presidente de la República. Cualquier modificación al citado procedimiento debe manejarse a través de una reforma constitucional mas no con un norma de rango legal como lo pretende imponer el proyecto de norma objeto de análisis.

Consideramos también que el proyecto de ley al señalar que el referéndum era obligatorio, contravenía la naturaleza de este derecho fundamental al pretenderlo imponer mediante una norma legal, en la medida que, de acuerdo a la Constitución y la Ley No 26300, se reconoce al referéndum como un derecho de los ciudadanos, es decir, de carácter facultativo, mas no obligatorio.

De lo expuesto se tiene que la eventual aprobación del Proyecto en mención hubiera requerido de reforma constitucional previa, específicamente de los Artículos 32º y 56º. Este fue el argumento principal del Congreso para desestimar el proyecto, el mismo que compartimos.

3.2. Aspectos relevantes de la iniciativa legislativa ciudadana Proyecto N° 14555/2005-IC: “Ley que establece la obligatoriedad de someter a referéndum la aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica y Acuerdo de Libre Comercio de las Américas”, promovida por el ciudadano Juan Washington Mendoza Aguirre y otros ciudadanos, del 10 de abril de 2006

El Proyecto No 14555/2005-IC, fue una iniciativa legislativa que propuso la obligatoriedad de emplear el referéndum como mecanismo para legitimar la aprobación del TLC, en forma previa a su ratificación por parte del Presidente de la República.

La iniciativa en mención dispuso, básicamente, lo siguiente:

“Artículo 1º Del Objeto del referéndum

La Aprobación del tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos de Norteamérica deberá ser sometida a Referéndum por el presidente del Congreso de la República en oportunidad previa a su ratificación por el Presidente de la República.

La convocatoria a Referéndum debe realizarse con una

anticipación de ciento ochenta días (180) días calendarios a la fecha de realización de la consulta(...)”.

Artículo 3º Tratado aprobado por Referéndum y resultados negativos

En el supuesto de no haberse logrado la aprobación del Tratado mediante referéndum; la decisión con respecto al mismo no podrá ser sometida a nueva consulta hasta dentro de los dos (2) años posteriores. Si el resultado del referéndum fuera negativo, no podrá reiterarse consulta hasta después de dos (2) años.

Artículo 4º Aplicación extensiva

Le son aplicables al Tratado “Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA) las normas y procedimientos contenidos en la presente ley. (...)”

3.2.1. Análisis del proyecto de ley

De acuerdo a las consideraciones vertidas en el presente Artículo podemos establecer que, la iniciativa legislativa presentada resulta ser inconstitucional e ilegal, por las consideraciones que procedemos a exponer:

En concordancia con lo indicado en líneas anteriores, en aplicación del Artículo 32º de la Constitución, las normas en materia tributaria y presupuestal no pueden ser objeto de referéndum, el TLC versa sobre estas materias, por lo que el proyecto presentado contraviene el citado precepto constitucional.

Asimismo, el procedimiento regulado para la aprobación y ratificación de los tratados de libre comercio es el contenido en el Artículo 56º de la Constitución, por el que estos acuerdos comerciales deben ser aprobados por el Congreso para luego ser ratificados por el Presidente de la República. El proyecto de ley presentado contemplaba una modificación y afectación al aludido procedimiento regulado en la Constitución, el mismo que sólo puede ser modificado por norma de rango constitucional.

Finalmente, el referéndum es un derecho fundamental que ostenta de forma exclusiva la ciudadanía, por consiguiente, es facultativo y no puede ser impuesto por norma legal alguna, supuesto éste último que pretendía plasmar el proyecto de ley materia de revisión.

Por otro lado, mediante la iniciativa legislativa en cuestión, al ser presentada por sólo 0.3% del electorado nacional, se pretendió vulnerar el requisito dispuesto en el artículo 38º de la Ley No 26300, es decir, el requisito previo de que todo referéndum deba ser solicitado por no menos del 10% del electorado nacional. En este sentido, se pretendió realizar un referéndum en base a los mecanismos dispuestos para una iniciativa legislativa que, tal y como se ha demostrado en líneas previas, tienen distintos requisitos, de forma y de fondo.

3.3. Conclusiones respecto de los proyectos reseñados

En conclusión, podemos establecer que los aspectos centrales que vician ambos proyectos se basan en las siguientes consideraciones:

- a) No resulta factible someter a referéndum un TLC, debido a que en aplicación del Artículo 32º de la Constitución, no son susceptibles de ser sometidos a consulta popular las normas de carácter tributario y presupuestal.
- b) Es competencia exclusiva del Congreso de la República para aprobar un TLC, como acto previo a la ratificación de éste por el Presidente de la República, conforme a lo dispuesto en el Artículo 56º de la Constitución.
- c) El referéndum es un derecho constitucional, por tanto es facultativo, mas no obligatorio, salvo que la propia Constitución así lo dicte.
- d) El trámite de la iniciativa legislativa no corresponde a la naturaleza del procedimiento que deben seguir los promotores de un referéndum.

VII. Comentarios finales

Los tratados de libre comercio constituyen instrumentos potencialmente efectivos para el desarrollo económico de las naciones. En el caso peruano, luego de haber revisado el proceso de aprobación y ratificación de los tratados internacionales, así como la verdadera naturaleza del referéndum como derecho fundamental, en la Constitución Política y en las leyes correspondientes, queda claro que generaría problemas de orden constitucional el someter estos acuerdos comerciales a consulta popular.

Existe un problema de legitimidad en la hipótesis de someter a referéndum el TLC con EEUU, esto es así porque la legitimidad positiva con que cuenta la Constitución prevalece en un Estado Constitucional de Derecho. La invocación a la cambiante legitimidad social de los actos de decisión gubernamental se confunde con la aplicación a raja tabla del aforismo “vox populi, vox dei”, el que puede traer desordenes sociales, ingobernabilidad y atraso a la nación.

Sin perjuicio de lo anterior indicado, consideramos que el TLC con EEUU, ya ratificado por el Presidente de la República, no ha sido difundido adecuadamente a la población, es decir, no existió un periodo de tiempo suficiente para debatir las implicancias acerca de la potencial puesta en vigencia de un tratado de esta naturaleza, situación que aún está a tiempo de ser rectificada por el actual gobierno, el mismo que además deberá optimizar las gestiones correspondientes ante el Congreso Norteamericano con miras a la pronta puesta en vigencia del citado Acuerdo Comercial.