

DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA A LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Por RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE*

SUMARIO

1. LOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.—
2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS MECANISMOS DE DEMOCRACIA SEMIDIRECTA EN COSTA RICA: A) La aparición de los mecanismos a nivel nacional. B) La evolución a nivel local.—3. LOS MECANISMOS DE CONSULTA POPULAR LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE MAYO DEL 2002: A) Introducción. B) La iniciativa popular en la formación de la ley y de las reformas constitucionales: a) *Concepto*. b) *Tipos de iniciativa*. c) *Naturaleza jurídica*. d) *La iniciativa en la Constitución costarricense*: a') La naturaleza de la iniciativa. b') Legitimación para ejercer la iniciativa. c') Materias excluidas de la iniciativa. d') Plazos para votación de los proyectos presentados en ejercicio de la iniciativa popular. e') Reglamentación de la iniciativa popular. f') Evaluación de la institución. C) El referendo: a) *Concepto y orígenes*. b) *Clasificación*: a') Mecanismos de democracia directa preparatorios de la decisión. b') Los mecanismos decisorios. c') Los mecanismos abrogatorios de la decisión. c) *Naturaleza jurídica*. d) *Clases de referendos en el ordenamiento costarricense*. e) *Legitimación para solicitar el referendo*. f) *Materias excluidas de los referendos*. g) *Regulación del instituto*. h) *Grado de vinculatoriedad jurídica de los referendos*. i) *Evaluación de la institución*.

1. LOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DE LA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Recordemos con Duverger que la democracia semidirecta es «una especie de colaboración de los ciudadanos y sus representantes».

Por tal razón el tema de las instituciones de democracia semidirecta está vinculado, de manera permanente, a la historia de la democracia.

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Costa Rica. San José.

En efecto, el conflicto entre la concepción de la democracia representativa y la democracia directa o participativa surgió en los propios albores de la democracia moderna, es decir, a lo largo de los siglos XVII y XVIII.

La democracia representativa es aquella en que se identifica la voluntad de los representantes del pueblo soberano con la de sus representantes electos.

La moderna idea de representación es la que surge de la Revolución Francesa de 1789, basada en las ideas de Montesquieu, Siéyes y Stuart Mill.

Dentro de este orden de ideas, sostenía el primero que «la gran ventaja de los representantes es que son capaces de discutir los asuntos. El pueblo, en modo alguno lo es, lo que constituye uno de los grandes inconvenientes de la democracia...», por eso «...el pueblo no debe entrar en el gobierno más que para elegir a sus representantes, lo que está muy a su alcance», pero «la facultad legislativa será confiada al cuerpo que se elija para representar al pueblo...».

Sobre estas pautas, Siéyes haría la distinción entre democracia y gobierno representativo en los siguientes términos: «Los ciudadanos pueden dar su confianza a alguno de ellos. Para la utilidad común designan representantes mucho más capaces que ellos mismos de conocer el interés general y de interpretar su voluntad a este respecto. La otra manera de ejercer su derecho a la formación de la ley es concurrir uno mismo inmediatamente para hacerla. Este concurso inmediato es lo que caracteriza la verdadera democracia. El concurso mediato designa al gobierno representativo. La diferencia entre estos dos sistemas políticos es enorme». Es decir, Siéyes identificaba la democracia con su forma directa y consideraba la modalidad representativa como un sistema político totalmente diferente.

Stuart Mill justificaba el sistema representativo, más bien el sentido de que éste permite expresar en abstracto la razón, la justicia y la virtud colectivas. «Una Constitución representativa —escribía Mill— es un medio de sacar a la luz la inteligencia y la honestidad existentes en la comunidad, y al mismo tiempo de hacer valer más directamente sobre el gobierno el entendimiento y la virtud superior de los individuos mejor dotados».

Dentro de esta óptica escribía Madison en «El Federalista»: «Efecto de la representación es que afirma y amplía la opinión pública pasándola por el tamiz de un grupo escogido de ciudadanos cuya prudencia puede discernir mejor el verdadero interés del país».

Frente a la teoría representativa se alzó la teoría de la democracia directa, sustentada por Juan Jacobo Rousseau en su «Contrato Social». El ilustre ginebrino la definía como «aquel régimen político en que la adopción de decisiones de interés general para la comunidad corresponde a la totalidad de los ciudadanos, que se pronuncian respecto de ellas de modo personal e individualizado, esto es, el clásico ideal del autogobierno».

En contra de la democracia representativa, Rousseau sostenía que «desde que un pueblo delega su soberanía en representantes, pierde libertad y soberanía». Por tanto, es claro que para dicho autor se debía rechazar con vehemencia el principio que sirve de fundamento al sistema representativo, ya que la voluntad general es por sí misma inalienable y, por consiguiente, es incapaz de ejercitarse por medio de representantes. Más bien, el principio democrático señala que todos los ciudadanos deben participar de manera directa y personal en la elaboración de las leyes a las cuales aceptan someterse.

Dentro de este orden de ideas, Rousseau llegó a afirmar que «el pueblo inglés cree ser libre pero se engaña: lo es sólo durante la elección de los diputados, volviendo luego a la esclavitud, a la nada».

Será la Revolución Francesa, como indicamos anteriormente, donde se planteará un primer intento de síntesis entre democracia directa y sistema representativo. Como afirman dos distinguidos autores franceses: «Se puede afirmar que la idea misma de Constitución permite la expresión de la voluntad popular, materializa el principio de soberanía popular y hace posible que los órganos constitucionales (en primer lugar el Parlamento electo) aseguren una representación correcta del pueblo» (Moderne y Bon).

Es entonces a partir de la experiencia revolucionaria francesa que se aceptó, no sin reticencias, la necesidad y la utilidad de una adecuada combinación de la tesis rousseauiana de la democracia directa con el sistema representativo.

Hoy día es pacíficamente aceptado que la forma de gobierno directa es impracticable, no sólo por la extensión territorial y la densidad de la población de los Estados modernos, sino, además, porque la complejidad de la vida moderna hace necesario que los órganos estatales tomen decisiones rápidas y altamente tecnificadas, las cuales, como es obvio deducirlo, no pueden estar sometiéndose constantemente a la deliberación y aprobación de los ciudadanos. Por esas y otras razones es que todos los Estados modernos, sin excepción, se han organizado políticamente bajo el principio representativo.

No obstante y a pesar del recelo de algunos, las formas de participación directa comenzaron paralelamente a ser tomadas en cuenta. Quienes se opusieron en el pasado y se oponen en la actualidad a la introducción de los institutos de democracia semidirecta justifican su posición en que éstas responden a una lógica distinta de la del moderno Estado de Derecho. Este constituye la culminación de un largo proceso histórico de racionalización del poder público, el cual, en su última ratio, supone la reconducción del poder a su formalización jurídica, lo que Aragón denomina, con justa razón, «la juridización del poder político». La democracia directa, en cambio, basada en el referendo, se inscribe más bien en una concep-

ción más voluntarista del orden político, sometido de manera inmediata y constante a una voluntad política cambiante del pueblo.

Asimismo, es evidente que la figura del referendo también produce valoraciones negativas por la innegable facilidad de manipulación desde el poder establecido, como lo demuestra la reciente experiencia latinoamericana y la experiencia fascista en Italia. Se acusa, no sin razón, que el referendo se termina convirtiendo en un plebiscito napoleónico, el cual está exclusivamente destinado a ratificar políticamente en el poder a los gobiernos *de facto* o las decisiones del gobierno de turno.

No obstante, existen también argumentos para sostener la compatibilidad de la existencia del referendo con una democracia representativa. La idea subyacente es que, siendo el gobierno representativo un modelo irremplazable, los instrumentos de democracia semidirecta complementan los mecanismos representativos y les otorgan, además, una legitimidad democrática adicional.

Durante el siglo XIX, en el que prevaleció el constitucionalismo de corte liberal, se otorgó más confianza a los representantes y a la traslación incondicionada de la propia capacidad de participar en el ejercicio directo de dicha capacidad. Por tanto, el juego político quedó prácticamente monopolizado por los partidos políticos por medio de los Parlamentos.

Debemos, por lo tanto, esperar al constitucionalismo de entreguerras para que se incorpore definitivamente la figura del referendo como fórmula de participación directa del pueblo en las decisiones más importantes, a fin de superar las deficiencias que habían puesto en crisis el sistema parlamentario en varios países europeos, como la República alemana de Weimar, Checoslovaquia, España, etc.

Luego de finalizada la II Guerra Mundial varios países adoptaron la consulta popular directa de tipo refrendario (Bélgica, Francia, Italia). A partir de finales de la década de los años sesenta se produce una verdadera eclosión de los institutos de democracia semidirecta en Europa, de forma tal que fueron numerosos los ordenamientos jurídicos que los incorporaron en su seno. Inclusive Inglaterra, país tradicionalmente reacio a la celebración de votaciones populares, organizó varios referendos a partir de 1975.

Hoy día en los siguientes países europeos se han incorporado las instituciones refrendarias en sus textos constitucionales: Francia, España, Grecia, Luxemburgo, Italia, Portugal, Irlanda, Suecia, Dinamarca, Suiza, Alemania Federal aunque en menor grado, Bulgaria, Hungría, etc.

En Estados Unidos existen varios mecanismos de consulta popular a nivel estadual. En América Latina, por su parte, existen prácticamente en todos los países con la excepción de Bolivia, Honduras, México, República Dominicana y Costa Rica hasta mayo de este año.

En Asia tenemos señaladamente los casos de Japón y Australia. Finalmente en África se pueden citar Costa de Marfil, Gabón, Namibia, Senegal y Marruecos.

2. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS MECANISMOS DE DEMOCRACIA SEMIDIRECTA EN COSTA RICA

La evolución histórica de los mecanismos de democracia semidirecta en Costa Rica la podemos dividir en dos etapas: 1) a nivel nacional y 2) a nivel local.

A) La aparición de los mecanismos a nivel nacional

En el artículo 168 de la Constitución Política de 1949, que actualmente nos rige, se estableció la exigencia de celebrar un plebiscito en las provincias afectadas cuando se trate de crear una nueva.

No obstante, su naturaleza jurídica es un híbrido entre el plebiscito y el referendo, pues la norma constitucional citada exige que el proyecto que se somete a consulta popular, posteriormente sea aprobado por los trámites de la reforma constitucional.

Si bien *prima facie* podría conceptuarse como un plebiscito por referirse a un asunto territorial y no legislativo, lo cierto es que lo que se somete a la consulta popular es un proyecto de ley que ya ha sido formulado por los poderes constituidos. En otros términos, se trata de un texto normativo que, para entrar en vigencia, requiere la ratificación del electorado. En el fondo, el pueblo se pronuncia no sobre la creación de una nueva provincia, sino más bien sobre un proyecto de ley determinado cuyo objeto es la reforma de la división territorial de la República.

También en nuestra praxis política existe un caso concreto de plebiscito, que se convocó mediante la promulgación de una ley y sin fundamento constitucional expreso.

En el año de 1952 el gobierno de entonces, encabezado por el periodista Otilio Ulate Blanco, presentó un proyecto de ley para consultar al pueblo, por medio de un plebiscito, acerca de la conveniencia o no de reformar el artículo 132 inciso 1) de la Constitución, a fin de rebajar el plazo de espera de los expresidentes para volver aspirar a la Presidencia de la República de ocho a cuatro años.

En la Asamblea Legislativa se desató una ardua polémica acerca de la constitucionalidad del citado proyecto de ley. Por ello, la Comisión que lo estudió rindió dos dictámenes: uno de mayoría, que, sin fundamento constitucional expreso, manifestaba que, por tratarse de un mecanis-

mo de participación popular, la facultad de la Asamblea Legislativa de convocar a un plebiscito se encontraba ínsita en el artículo 195 de la Carta Política, el cual regula el procedimiento de reforma parcial de la Constitución.

El de minoría, en cambio, era jurídicamente más consistente, pues planteaba algunas interrogantes que era difícil soslayar. Por ejemplo, indicaba que el plebiscito carecía totalmente de fundamento jurídico, puesto que no había en la Constitución ninguna norma que lo autorizare. Además, su eventual resultado no podía ser vinculante para la Asamblea Legislativa, ya que ésta, en el caso de los proyectos de reforma constitucional, actúa como Poder Constituyente derivado.

La respectiva ley fue aprobada el 28 de marzo de 1953 y el plebiscito se realizó el 26 de julio del mismo año, con un resultado ampliamente favorable para la tesis del ya entonces expresidente Ulate.

En septiembre de ese mismo año, la Asamblea Legislativa conoció en primera legislatura el citado proyecto de reforma constitucional y lo desechó por una lujosa mayoría. Debe tomarse en cuenta que el 8 de mayo anterior había expirado el mandato constitucional de don Otilio y el nuevo gobierno, que era de un partido contrario al de éste, contaba con más de dos tercios del total de los diputados en la Asamblea, por lo que lógicamente el proyecto de reforma constitucional del artículo 132 inciso 1) de la Constitución fracasó de manera contundente.

B) La evolución a nivel local

El Código Municipal de 1970 contenía reglas sobre la celebración de consultas populares, específicamente en sus artículos 7 inciso d) y 21 inciso i).

El primero de ellos establecía la potestad de los Gobiernos Municipales de «convocar al pueblo a consultas populares». Sin embargo, no se especifican los tipos de consulta popular ni se establecían mecanismos concretos para su ejercicio.

El segundo, por su parte, establecía que «son atribuciones del Concejo: ...i) acordar la celebración de plebiscitos, referendos y cabildos, todo de acuerdo, en su caso, con la legislación electoral vigente».

No obstante, dicha normativa fue prácticamente inactuada durante los 28 años que estuvo vigente el Código Municipal de 1970.

El Código vigente, aprobado mediante Ley número 7794 del 30 de abril de 1998, en sus numerales 13 inciso j) y 19 regula los institutos del plebiscito, referendos y cabildos y el plebiscito de revocatoria de mandato del Alcalde, respectivamente.

De conformidad con la normativa citada, el titular de la potestad para acordar la celebración de consultas populares (plebiscitos, referendos y cabildos) es el Concejo Municipal. El mismo Concejo debe elaborar los reglamentos de consultas populares con el asesoramiento del Tribunal Supremo de Elecciones. En la celebración de tales consultas populares deben participar delegados de aquel tribunal y dar fe de que durante su celebración se respetaron las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.

Respecto del denominado «plebiscito de revocatoria de mandato», se configura jurídicamente como la posibilidad de que la población del respectivo cantón, mediante el instituto del plebiscito, se pronuncie acerca de si está de acuerdo con la separación del Alcalde de su cargo, o si, por el contrario, decide por mantenerlo en él. En este caso el plebiscito debe ser convocado por el Concejo Municipal mediante acuerdo tomado por tres cuartas partes del total de sus miembros. Para destituir al Alcalde se requiere al menos dos terceras partes de los votos emitidos en el plebiscito, que no podrá ser inferior al 10 % del total de los electores inscritos en el Cantón.

En el «Manual para la realización de consultas populares a escala cantonal y distrital», aprobado mediante decreto del TSE número 03-98 del 9 de octubre de 1998, publicado en *La Gaceta* número 204 del 21 de octubre de 1998, se definen los diferentes tipos de consulta popular en los siguientes términos: «Plebiscito es la consulta popular mediante la cual los habitantes del cantón se pronuncian sobre un asunto de trascendencia regional, o se manifiestan sobre la revocatoria del mandato de un alcalde municipal»; «Referendo es la consulta popular que tiene por objeto la aprobación, modificación o derogación de un reglamento o disposición municipal de carácter normativo»; «Cabildo es la reunión pública del Concejo Municipal y los Concejos Distritales, a la cual los habitantes del cantón son invitados a participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad».

Los institutos de democracia semidirecta, a nivel local, padecen un error de legitimación democrática esencial: ninguna de las tres consultas se ejercita por convocatoria directa del electorado, sino exclusivamente del Concejo Municipal. Nos parece que en este campo de la legitimación activa debe producirse una reforma urgente, pues mientras los municipios (habitantes del municipio) no tengan la potestad de convocar directamente a tales consultas populares, éstas tendrán poquísima aplicación en la praxis, tal y como ha sucedido hasta la fecha.

3. LOS MECANISMOS DE CONSULTA POPULAR LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE MAYO DEL 2002

A) Introducción

A inicios de mayo del 2002, la Asamblea Legislativa aprobó en forma definitiva, en segunda legislatura, una reforma a los artículos 102, 105, 123, 124, 129 y 195 de la Carta Política vigente con el fin de introducir los siguientes institutos de democracia semidirecta: 1) la iniciativa popular en la formación de la ley y de las reformas constitucionales; 2) el referendo aprobatorio de leyes ordinarias y de reforma constitucional y 3) el referendo abrogatorio de leyes ordinarias y de reforma constitucional.

B) La iniciativa popular en la formación de la ley y de las reformas constitucionales

a) *Concepto*

Consiste, en términos generales, en la potestad que el ordenamiento le confiere a un número determinado de electores para iniciar el procedimiento ya sea de reforma constitucional o de la ley ordinaria.

Aunque tiene semejanzas con otros institutos jurídicos, debe claramente diferenciarse de ellos. Por ejemplo, del derecho de petición se distingue en el sentido de que la petitoria no implica ninguna obligación para la autoridad pública respectiva de dictar un acto conforme a ella. La iniciativa, en cambio, obliga a los poderes constituidos a considerar la normativa propuesta y a pronunciarse sobre ella.

Respecto del referendo se diferencia en que mientras esta consulta se refiere a la vigencia o eventual abrogación de una norma, en el caso de la iniciativa se pone en movimiento el procedimiento legislativo. En otros términos, ambos institutos se producen en etapas diferentes del *iter* legislativo. Además, en el caso del referendo participa todo el electorado, en tanto que en la consulta sólo lo hace una parte de él.

b) *Tipos de iniciativa*

La iniciativa se distingue, desde un primer criterio de clasificación, en constitucional y legislativa, según sea la materia a la que se refiere.

Desde otro ángulo se distingue en simple, cuando se concreta en una moción dirigida a que el órgano u órganos legislativos aprueben un pro-

yecto de ley con un contenido determinado, y en formulada cuando, en cambio, el proyecto de ley debe ser ya completamente elaborado por quienes ejercen la iniciativa.

También podría pensarse en el caso de una iniciativa cuyo contenido normativo puede ser libremente reformado por el Parlamento, que se denomina discrecional y otro en el que, en cambio, a los órganos legislativos les está vedado reformar el texto del proyecto y sólo pueden aprobarlo o desaprobarlo, que se denomina vinculante.

c) *Naturaleza jurídica*

Biscaretti di Ruffia lo conceptúa como una función pública no estatal, pues es ejercitada por un sector determinado del cuerpo electoral. En Costa Rica, sin embargo, dicha concepción no es de recibo, pues el electorado no es en nuestro ordenamiento un ente público no estatal.

En nuestro criterio se trata del ejercicio de un derecho político que el ordenamiento garantiza a todos los ciudadanos y no al electorado como un cuerpo separado de los electores individualmente considerados.

Su origen se remonta a los cantones suizos, de donde pasó a los Estados Unidos de América. En este siglo fue acogido por la Constitución de Weimar y la española de la II República.

Modernamente la encontramos en las Cartas Políticas de Austria, España, Italia y Suiza.

d) *La iniciativa en la Constitución costarricense*

a') La naturaleza de la iniciativa

El artículo 123 de la Constitución consagra la iniciativa legislativa, en tanto que el 195 ibídem reconoce la iniciativa a nivel de leyes de reforma constitucional.

El texto constitucional es omiso en precisar si se trata de iniciativas simples o formuladas, o discrecionales o vinculantes, según la terminología arriba explicada. Por tanto, es necesario realizar una exégesis de las normas constitucionales precitadas para determinar la voluntad del constituyente reformador.

De la lectura de ambas normas y del contexto donde se encuentran ubicadas se llega a la conclusión de que estamos en presencia de una consulta formulada, dado que tanto el artículo 123 de la CP (relativo a la iniciativa en la formación de la ley ordinaria) como el 195 (relativo a la pre-

sentación de proyectos de reforma constitucional) exigen que dicha iniciativa se formule jurídicamente como un proyecto articulado.

Asimismo, la exégesis de las precitadas normas constitucionales nos permite concluir que se trata de una iniciativa discrecional, dado que la Asamblea Legislativa, ya sea actuando como legislador ordinario o bien como poder reformador de la Constitución, tiene amplia discrecionalidad para modificar el texto original de la iniciativa.

b') Legitimación para ejercer la iniciativa

En ambos casos, la titularidad de la iniciativa corresponde al menos al cinco por ciento de los electores inscritos en el Padrón Electoral.

Pareciera que el porcentaje exigido es alto, pues en estos momentos aquél implica la recolección al menos de ciento veinte mil firmas, lo cual es bastante difícil y además excesivamente oneroso. Ya existe un proyecto de reforma constitucional tendente a rebajar dicho porcentaje a un tres por ciento de los electores inscritos en el Padrón Electoral. No obstante, me parece que sería más equitativo establecer un número fijo de electores en vez de un porcentaje determinado, a fin de no restringir demasiado el ejercicio de este derecho electoral.

c') Materias excluidas de la iniciativa

El artículo 123 de la Constitución excluye expresamente de la iniciativa, tanto legislativa como constitucional, los proyectos relativos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, de aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa.

En primer lugar, debe precisarse que la limitación relativa a la «aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa «sólo sería eventualmente aplicable respecto de la iniciativa legislativa, por tratarse del ejercicio de una potestad tutelar en relación con actos suscritos por el Poder Ejecutivo. Es decir, la Asamblea, por mandato expreso del artículo 121 inciso 15) respecto de los empréstitos y del numeral 140 inciso 19) en relación con los contratos o actos de naturaleza administrativa, debe aprobar dichos actos para su validez en el primero caso y para su eficacia en la segunda hipótesis.

Inclusive dicha limitación, aún respecto de la iniciativa legislativa, carece totalmente de sentido, por cuanto ningún particular tiene la potestad de suscribir empréstitos ni de celebrar contratos ni de dictar actos administrativos que deben ser aprobados por la Asamblea para su validez o efi-

cia. Por tanto, es jurídicamente imposible ejercer una iniciativa popular legislativa en estas materias.

Por el contrario, debió haberse restringido la posibilidad de ejercitar la iniciativa legislativa en materia de gracia, es decir, de impedir la presentación de proyectos de ley tendentes a la amnistía e indulto generales por delitos políticos. En todo caso, el artículo 121 inciso 21) de la Constitución prohíbe el otorgamiento de la gracia respecto de los delitos electorales, lo cual constituye una restricción expresa por razón de la materia para ejercer la iniciativa legislativa.

Existe otra restricción constitucional, no explicitada en el artículo 123 precitado, para el ejercicio de la iniciativa legislativa. En efecto, el numeral 121 inciso 14) de la Carta Política establece expresamente que no pueden salir definitivamente del dominio del Estado: a) las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional; b) los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarbурadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional; c) los servicios inalámbricos.

Es claro, entonces, que no se podrían presentar proyectos de ley, por medio del ejercicio de la iniciativa legislativa popular, tendentes a burlar esta prohibición constitucional.

En las hipótesis indicadas en los dos párrafos anteriores, por el contrario, sí sería posible ejercitar la iniciativa popular constitucional, dado que por medio de ella podría perfectamente presentarse un proyecto de reforma constitucional para modificar el artículo 121 incisos 14) y 21), respectivamente.

d') Plazos para votación de los proyectos presentados en ejercicio de la iniciativa popular

El tercer párrafo del artículo 123 de la Constitución, establece que «los proyectos de ley de iniciativa popular deberán ser votados definitivamente en el plazo perentorio indicado en la ley, excepto los de reforma constitucional, que seguirán el trámite previsto en el artículo 195 de esta Constitución».

La citada ley no ha sido todavía promulgada. Para ello, la Asamblea Legislativa dispone de un año a partir de la publicación en La Gaceta de la reforma constitucional en examen, según lo dispone el Transitorio Único de la normativa en examen.

Respecto de la iniciativa popular constitucional, como lo indica la norma constitucional precitada, no existirán plazos perentorios de votación, por existir un procedimiento específico para la tramitación y votación de

los proyectos de reforma constitucional, el cual no puede ser alterado bajo ninguna circunstancia.

e') Reglamentación de la iniciativa popular

El último párrafo del artículo 123 constitucional establece que «una ley adoptada por las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa, regulará la forma, los requisitos y las demás condiciones que deben cumplir los proyectos de ley de iniciativa popular».

Esta disposición nos parece errada, por cuanto el instrumento normativo competente para complementar la regulación de los procedimientos parlamentarios es el Reglamento Interno de la Asamblea y no la ley.

Con la introducción de esta norma constitucional se está derogando, para el caso concreto del procedimiento relativo a la iniciativa popular, la potestad de autoorganización que tiene la Asamblea Legislativa, según el artículo 121 inciso 22) de la Constitución, para regular su funcionamiento interno y, de manera especial, los procedimientos parlamentarios de aprobación de la ley y de las reformas constitucionales.

En realidad, esta norma es completamente innecesaria, pues lo único que se requería era fijarle a la Asamblea un plazo razonable para reformar su Reglamento Interno, con el fin de regular los requisitos y demás condiciones que deben cumplir los proyectos de ley de iniciativa popular.

f') Evaluación de la institución

Como es harto conocido, en el Derecho comparado la iniciativa legislativa y constitucional popular surge en países en que, por razones del tamaño de su territorio o del número de habitantes —con la excepción de Suiza— al ciudadano común se le hace muy difícil tener acceso directo a los legisladores. Por tal razón, es necesario que el ordenamiento arbitre mecanismos que hagan posible que los Parlamentos conozcan también proyectos de ley o de reforma constitucional emanados directamente de los ciudadanos comunes.

En Costa Rica, sin embargo, existe un contacto directo entre los legisladores y los ciudadanos, por lo que es sumamente sencillo obtener la firma de un diputado para acoger un proyecto de ley determinado al trámite legislativo, o bien las firmas de diez diputados para presentar un proyecto de reforma constitucional.

En la praxis, ningún ciudadano que haya querido presentar un proyecto de ley ordinario o de reforma constitucional ha encontrado nunca obstáculos alguno para ello. Por tanto, nos parece que la introducción de la inicia-

tiva popular era totalmente innecesaria y posiblemente nunca será ejercitada, pues carece totalmente de razonabilidad gastar dinero y tiempo en recoger ciento veinte mil firmas de ciudadanos inscritos en el Padrón Electoral en vez de conseguir la de un solo diputado para que acoja el respectivo proyecto a trámite.

El único argumento que juega a favor de la iniciativa popular en nuestro país es que, sin duda alguna, un proyecto de ley que vaya calzado con la firma de al menos ciento veinte mil electores difícilmente sería rechazado por la Asamblea, por el indudable respaldo popular que tiene. Sin embargo, como la iniciativa no es vinculante sino discrecional, es claro que el legislador podría modificar el proyecto inicial dándole un sentido diferente y hasta contrario al que perseguía el texto original.

C) El referendo

a) *Concepto y orígenes*

El referendo se concibe hoy día como un instituto de democracia semi-directa mediante el cual el pueblo participa de la actividad normativa constitucional o legislativa, colaborando, mediante el sufragio directo, en la formulación, reforma o abrogación de normas constitucionales o legales.

Como es sabido, el antecedente histórico del término lo localizamos en el siglo XV en Suiza, en los inicios federales del Gobierno de dos cantones actuales de la Confederación Helvética: El Graubunden y Valais. Estos eran, por entonces, cantones aliados y no formaban parte propiamente de la Confederación. *Ad intra*, estaban constituidos por federaciones de municipios, con poca unión entre ellos.

Los delegados que se enviaban a la Asamblea General del distrito tenían la obligación de dar cuenta a sus electores y solicitar instrucciones acerca de cómo debían emitir su voto. A eso justamente se llamaba, estar comisionado «*ad audiendum et referendum*».

b) *Clasificación*

Existen diversas formas de clasificar el instituto jurídico del referendo. Sin embargo, nos parece que la más acertada es la que los divide en a') mecanismos de democracia directa preparatorios de la decisión; b') los mecanismos decisorios y c') los mecanismos abrogatorios de la decisión.

a') Mecanismos de democracia directa preparatorios de la decisión

En esta primera categoría se incluyen el referendo consultivo y el referendo vinculante. El primero de ellos es el contemplado en el artículo 92 de la Constitución suiza de 1978, el cual sólo puede versar sobre «decisiones políticas de especial trascendencia». El referendo, en este caso, no puede versar sobre un texto de ley ya elaborado, ya que se trata de un tema de carácter político general. También en España tenemos un claro ejemplo de referendo consultivo, el cual tiene origen gubernamental. La propuesta del Presidente del Gobierno debe obtener la autorización del Congreso de los Diputados por mayoría absoluta. Finalmente, el Rey debe firmar el respectivo decreto de convocatoria.

El referéndum vinculante, por su parte, lo encontramos en la legislación portuguesa vigente. Se trata de una figura intermedia, pues no es un referendo normativo propiamente dicho, pero no es tampoco un referendo consultivo como el anteriormente explicado.

Según el artículo 115 de la Constitución portuguesa, versa sobre «cuestiones de señalado interés nacional que deban ser decididas por la Asamblea de la República o por el Gobierno, mediante la aprobación de un convenio internacional o de un acto legislativo». No obstante, el referendo no puede conceptuarse por sí mismo un procedimiento de aprobación del convenio internacional o de un acto legislativo, ya que versa sobre un proyecto y no sobre un texto normativo ya aprobado. En otros términos, el eventual resultado positivo del referendo no transforma al proyecto de ley en norma.

Pero, a diferencia del referendo español antes indicado, no es un referendo consultivo, pues tiene efectos jurídicos y no sólo políticos vinculantes, siempre y cuando el número de votantes sea superior a la mitad de los electores inscritos. Por ello, el resultado de un referendo en el ordenamiento portugués puede tener dos efectos jurídicos diferentes: si el resultado es negativo, entonces la Asamblea de la República o el Gobierno no pueden adoptar, en el marco de sus respectivas competencias, un convenio internacional o un acto legislativo correspondiente a las cuestiones que constituyeron el objeto del referendo y, en caso de que lo hicieren, el Presidente de la República debería utilizar su derecho de veto. La anterior prohibición tiene validez por el resto de la duración de la legislatura, salvo nueva elección de la Asamblea de la República o formación de un nuevo gobierno.

Si el resultado es positivo la Asamblea y el Gobierno quedan obligados a adoptar el convenio internacional o la ley que corresponda en el plazo de sesenta días. El Presidente de la República, en este caso, no puede ejercer su derecho de veto.

b') Los mecanismos decisorios

Los mecanismos decisorios de democracia semidirecta permiten al cuerpo electoral intervenir en relación con un acto normativo, de naturaleza constitucional o legislativa, o, inclusive, respecto de una decisión política, como sería el caso de adhesión a un organismo internacional, etc.

El referendo puede ser sucesivo, cuando sigue cronológicamente al acto normativo estatal para ratificarlo o quitarle vigencia o eficacia, o preventivo, si antecede el citado acto, fijando algunos principios generales.

El referendo constitucional presenta dos particularidades que conviene señalar: primero, salvo casos excepcionales como la aprobación de la Constitución Francesa de 1958, el referendo constitucional va normalmente precedido de la intervención del Parlamento o de una Asamblea Constituyente convocada al efecto. Es decir, lo que se somete a consideración del electorado es un texto ya aprobado por un órgano estatal, sin posibilidad alguna de que el electorado puede introducirle cambios.

El segundo aspecto que debe analizarse es si la celebración del referendo es o no obligatoria. Normalmente sólo lo es en casos particulares definidos por el propio texto constitucional, con la salvedad calificada de Suiza, en donde el referendo es obligatorio siempre que haya revisión de la Constitución.

El referendo legislativo ha tenido amplio desarrollo en Europa, a partir de la experiencia Suiza. En algunos casos el referendo es obligatorio y en otras facultativo. Normalmente lo que se somete a la consulta del electorado es un texto ya elaborado y la mayoría de las veces aprobado previamente por el órgano parlamentario. Es decir, no se acostumbra someter a referendo un texto elaborado por el propio electorado.

En Francia, por ejemplo, la proposición sólo puede emanar del Gobierno o de las dos Asambleas, que deben concordar sobre el mismo texto. El Presidente es quien tiene, en última instancia, el poder de decidir si el proyecto de ley se somete o no a referendo. En Irlanda todo proyecto de ley aprobado por el Parlamento bicameral, si llega a ser considerado de importancia nacional, a propuesta de la mayoría de los senadores y la tercera parte de los diputados, no puede ser inmediatamente promulgado. El Presidente, encargado de promulgación, puede someterlo a referendo en el plazo de dieciocho meses.

En Grecia, el Presidente, a solicitud de una mayoría calificada de tres quintos del Parlamento, puede convocar un referendo sobre un proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados si se trata de «una cuestión social grave». Si el resultado es positivo, la promulgación de la ley tiene que producirse en el plazo de un mes.

En Dinamarca, por su parte, cuando un proyecto o una proposición de

ley ha sido aprobada por la Asamblea, la tercera parte de los diputados puede solicitar un referendo. Asimismo, el referendo deviene obligatorio respecto de los proyectos de ley que fijan la edad electoral y de los que eventualmente quieran modificarla.

En Suiza, cuna del referendo, éste es obligatorio para las leyes federales en caso de emergencia, cuando dichas leyes están desprovistas de base constitucional y su validez supera el año, y facultativo cuando es requerido por cincuenta mil electores o por ocho cantones, para las leyes federales, los tratados internacionales u otros textos.

c') Los mecanismos abrogatorios de la decisión

El caso por antonomasia de mecanismos abrogatorios de la decisión es el referendo abrogatorio de las leyes, previsto en el artículo 75 de la Constitución italiana. En América Latina este instituto ha sido adoptado también por Colombia y Uruguay y recientemente por Costa Rica.

Su característica principal es que por su medio se puede someter a consulta popular la derogatoria total o parcial de una ley o de un acto con valor ley. En Italia se requiere que la iniciativa esté avalada con la firma de al menos quinientos mil electores o de cinco Consejos Regionales.

c) *Naturaleza jurídica*

En cuanto a su naturaleza jurídica se discute si se trata de un acto de ratificación, de aprobación o de decisión autónoma.

La respuesta correcta es conceptuarlo como un acto decisorio autónomo, que al unirse al de los órganos estatales, les confiere, según el caso, validez o eficacia. El órgano estatal competente dicta el acto, pero su validez o eficacia, según fuere el caso, quedan sujetas a lo que sobre el particular resuelva el cuerpo electoral por medio del referendo. De esa manera el voto popular se convierte en una condición suspensiva a la que se somete la validez o eficacia del acto estatal correspondiente.

d) *Clases de referendos en el ordenamiento costarricense*

Nuestra legislación prevé dos tipos de referendo desde el punto de vista de la materia objeto de consulta popular: el constitucional y legislativo.

Según el segundo párrafo del artículo 105 de la Constitución, el pueblo puede ejercer la potestad legislativa mediante el referéndum, para aprobar o derogar leyes y reformas parciales de la Constitución, cuando lo convo-

que al menos un cinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, la Asamblea Legislativa, mediante la aprobación de las dos terceras partes del total de sus miembros, o el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa.

El numeral 195 inciso 8) *ibídem* dispone, por su parte, que «de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución, las reformas constitucionales podrán someterse a referéndum después de aprobadas en una legislatura y antes de la siguiente, si lo acuerdan las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa».

De las normas transcritas se pueden extraer algunas conclusiones importantes. Primero, el referendo constitucional es optativo, pues no existe la obligación, en ningún caso, de que las reformas parcial o general de la Carta Política sean inexcusablemente sometidas a referendo para su validez o eficacia.

Pareciera que nuestro ordenamiento recoge tanto la modalidad del referendo solo (en el caso del artículo 105 constitucional) y del referendo precedido de la intervención del Parlamento (en la hipótesis del art. 195 CP).

En la primera modalidad, la norma constitucional en examen no precisa si la convocatoria a la consulta popular se hace o no con un texto específico, o simplemente se consulta al electorado si está o no de acuerdo con reformar uno o varios artículos de la Constitución. Dada la redacción genérica de la norma nos inclinamos por esta última hipótesis. La ley reforzada que deberá reglamentar posteriormente este instituto deberá precisar todos estos aspectos, así como lo relativo a su procedimiento.

Sin embargo, nada obstaría para que al electorado se le someta un texto determinado de reforma constitucional, ya que no existe ninguna restricción sobre el particular. La única exigencia al respecto es que la solicitud de convocatoria del referendo ante el Tribunal Supremo de Elecciones, en cada caso concreto, sea realizada por el órgano competente (electorado, Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo y mayoría absoluta de la Asamblea) y respetando las correspondientes mayorías exigidas al efecto.

En cambio, el numeral 196 constitucional autoriza a la propia Asamblea Legislativa, por una votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, para que someta a referendo el texto de un proyecto de reforma constitucional en trámite, una vez aprobado en primera legislatura y antes de ser aprobado en la segunda.

En cuanto al referendo legislativo, nuestra Constitución Política distingue el referendo aprobatorio de leyes y el denominado referendo abrogativo.

En el primer caso, al igual que en el referendo constitucional, no se establece la obligación de que se someta un determinado texto a consideración del electorado, por lo que aquél deberá articularse por medio de la pregunta para que el elector responda si está o no de acuerdo con aprobar

una ley sobre determinada materia. No está expresamente contemplada la posibilidad de someter a referendo la reforma de una ley vigente, pero consideramos que dicha hipótesis se encuentra incluida dentro de la potestad de aprobar leyes, pues en aplicación del aforismo jurídico de que quien puede lo más también puede lo menos, es lógico concluir que si el electorado puede, por medio del referendo, aprobar nuevas leyes, también puede reformar las vigentes.

Al igual que en el referendo constitucional, nada impediría que al electorado se le someta un texto determinado de reforma legal o bien se le someta un texto que se encuentre en discusión en la corriente legislativa, ya que no existe ninguna restricción sobre el particular. La única exigencia al respecto es que la solicitud de convocatoria del referendo ante el Tribunal Supremo de Elecciones, en cada caso concreto, sea realizada por el órgano competente (electorado, Asamblea Legislativa, Poder Ejecutivo y mayoría absoluta de la Asamblea) y respetando las correspondientes mayorías exigidas al efecto.

El referendo abrogativo es similar al contemplado en otras legislaciones, como la italiana, la uruguaya y la colombiana, donde se utiliza este instrumento normativo para abrogar total o parcialmente una ley vigente.

e) *Legitimación para solicitar el referendo*

Tratándose del referendo constitucional, están legitimados para solicitarlo, en primer término, el cinco por ciento de los electores inscritos en el Padrón Electoral; en segundo lugar, dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa; y, en tercer término, el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros del órgano parlamentario, cuando se trate de reformas que no van anejas a un determinado proyecto.

En cambio, cuando ya existe un proyecto en trámite, sólo la Asamblea Legislativa puede acordar someterlo al referendo, luego de ser aprobado en primera legislatura y antes de la segunda.

Respecto del referendo legislativo, están legitimados para convocarlo el cinco por ciento de los electores inscritos en el padrón electoral, dos tercios del total de miembros de la Asamblea Legislativa o el Poder Ejecutivo junto con la mayoría absoluta de integrantes del órgano parlamentario.

f) *Materias excluidas de los referendos*

El penúltimo párrafo del artículo 105 de la Constitución dispone que «el referéndum no procederá si los proyectos son relativos a materia presupues-

taria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa».

En buena lógica jurídica debe entenderse que esta limitación por razón de la materia sólo es aplicable a los referendos legislativos, dado que el ejercicio de la potestad legislativa es limitada, en tanto que el ejercicio del Poder Reformador de la Constitución, sólo está sujeto a límites competenciales en materias que tocan la esencia misma del Estado y de la sociedad civil subyacente. En otros términos, sólo estaría vedado someter a referendo constitucional proyectos tendentes a modificar la forma de Estado o de gobierno y el régimen de los derechos fundamentales, cuando se trate de imponerles restricciones o eliminar algunas de sus garantías. En todos los demás casos, es admisible el referendo en materia de reformas constitucionales, por lo que las restricciones de materia indicadas en el artículo 105 de la Constitución no le son aplicables al referendo constitucional.

g) *Regulación del instituto*

El último párrafo del artículo 105 constitucional dispone que «este instituto será regulado por ley, por las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa». El Transitorio Único dispone, por su parte, que «las leyes especiales referidas en los artículos 105 y 123 de la Constitución Política, aquí reformados, deberán dictarse dentro del año siguiente a la publicación de esta ley. Durante este plazo, no entrará en vigor lo aquí dispuesto».

Esta última disposición, por falta de técnica legislativa, podría eventualmente plantear algunos problemas de difícil solución. Verbigracia, ¿qué pasaría si la Asamblea no dictare la ley dentro del plazo señalado de un año a partir de su publicación en *La Gaceta*? ¿Significa, entonces, que si dentro del plazo señalado no se dictare la legislación reguladora de la institución, la reforma entrará automáticamente en vigencia, o habrá en cambio que esperar que la Asamblea Legislativa dicte la citada ley reforzada? En esta última hipótesis, ¿podría el Tribunal Supremo de Elecciones, al igual que lo hizo con las consultas a nivel cantonal, dictar un Reglamento para hacer operativo el referendo?

La convocatoria a referendo que haga la Asamblea Legislativa deberá aprobarse como un acuerdo legislativo y no como ley, según el artículo 124 de la Constitución. Por tanto, dicho acto se deberá aprobar en un solo debate y publicarse en *La Gaceta*. Contra él no podrá interponerse el veto por parte del Poder Ejecutivo.

El artículo 102 de la Carta Política establece una limitación numérica y temporal a la convocatoria de referendos, en el sentido de que no podrá convocarse a más de uno al año. Tampoco se podrá ejercer este derecho

político durante los seis meses anteriores ni posteriores a la elección presidencial.

Finalmente, la misma norma señala que corresponderá exclusivamente al Tribunal Supremo de Elecciones organizar, dirigir, fiscalizar, escrutar y declarar los resultados de los procesos de referendo.

h) *Grado de vinculatoriedad jurídica de los referendos*

El artículo 102 inciso 9) de la Constitución dispone que «los resultados serán vinculantes para el Estado si participa, al menos, el treinta por ciento de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral para la legislación ordinaria, y el cuarenta por ciento como mínimo, para las reformas parciales de la Constitución y los asuntos que requieran aprobación legislativa por mayoría calificada».

Aunque no se dice expresamente, se debe concluir que para que un referendo sea declarado con lugar basta con el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los votos válidos emitidos.

Ahora bien, ¿cuál es el grado de vinculatoriedad jurídica del resultado de los referendos en nuestro ordenamiento? En el caso del referendo legislativo, nos parece que si el voto es afirmativo, la Asamblea Legislativa tiene la obligación de aprobar la ley relativa a la materia objeto de la consulta popular. El Poder Ejecutivo, por su parte, estaría inhibido para interponer el veto por razones de oportunidad al respectivo proyecto de ley. Por tanto, sólo procedería el veto por razones de inconstitucionalidad. En los casos en que el referendo no verse sobre un determinado proyecto de ley, es claro que la Asamblea Legislativa tendría cierta discrecionalidad para darle el contenido que considere que se ajusta más al tema sometido a la consulta popular. En caso de que se apartare sustancialmente de lo aprobado en la consulta, los afectados podrían ejercer los mecanismos procesales idóneos para lograr la correspondiente declaratoria de inconstitucionalidad, dado que se trataría de una ley viciada en su *iter* de formación.

En el caso de que se tratare de un referendo constitucional, la Asamblea estaría obligada a tramitar y aprobar la respectiva enmienda a la Carta Política. Sin embargo, en el caso de que el referendo no se realizare sobre un texto determinado, la Asamblea tendría, al igual que en el referendo legislativo, cierto grado de discrecionalidad para redactar el proyecto en cuestión, lo que no sucede con los proyectos aprobados en primera legislatura y que se sometan a referendo antes de ser aprobados en la segunda. También en este caso podría ejercerse el control de constitucionalidad sobre la ley de reforma constitucional, si el texto definitivo se apartare, de manera sustancial, de lo votado afirmativamente por el electorado en el referendo.

Cuando el resultado del referendo fuere negativo, en tal caso la Asamblea Legislativa estaría inhibida para aprobar la ley o la reforma constitucional, en su caso. Sin embargo, no existe hasta el momento ninguna limitación en cuanto al tiempo que duraría dicha prohibición, como en cambio sí está previsto en la legislación portuguesa.

Finalmente, respecto del referendo abrogativo, el artículo 129 de la Constitución Política establece claramente sus efectos jurídicos vinculantes, al disponer en lo conducente que «la ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior.... Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución».

i) *Evaluación de la institución*

El problema fundamental que le encuentro a la introducción del referendo en nuestro ordenamiento es el elevado porcentaje del electorado que se requiere para su ejercicio. Me parece que debería establecerse una suma fija, que oscile entre los cincuenta mil y setenta y cinco electores.

En segundo lugar, la mayoría de las materias excluidas del objeto del referendo son precisamente las que podrían interesar a los ciudadanos someter a consulta popular. Nos parece que las únicas dos áreas en que eventualmente podría existir interés popular en ejercer el derecho del referendo serían la materia electoral y la tutela del ambiente. Posiblemente la limitación de las materias objeto del referendo impedirá que éste sea utilizado con frecuencia por los ciudadanos y se convierta más bien en un instrumento de consulta popular de los órganos estatales legitimados al efecto.

A pesar de las limitaciones apuntadas, nos parece que la introducción del referendo contribuirá, sin duda alguna, a profundizar nuestro sistema democrático de gobierno, pasando de una democracia representativa a una de corte participativo.

