

La participación del Poder Ejecutivo en los procesos de referéndum: análisis de derecho comparado

Nicolás Prado Hidalgo*

Nota del Consejo Editorial

Recepción: 29 de noviembre de 2010.

Revisión, corrección y aprobación:

Resumen: Al terminar el primer referéndum celebrado recientemente en Costa Rica, surgió la duda con respecto a la participación que deberían tener en este tipo de procesos los funcionarios pertenecientes al Poder Ejecutivo. Además, se originó la consideración de si a estos mismos funcionarios se les debe aplicar la prohibición que establece el Código Electoral; de igual forma que se hace durante los procesos de carácter electivo o bien si se les debe permitir su participación. El presente trabajo pretende analizar, a la luz de la doctrina y la normativa internacional con respecto al referendun, las disposiciones que dictó el Tribunal Supremo de Elecciones respecto al tema.

Palabras claves: Consulta popular / Referéndum / Participación política / Poder Ejecutivo / Recursos públicos / Belligerancia política / Neutralidad política / Principio reserva de legal / Derecho comparado.

Abstract:** After the first referendum recently held in Costa Rica, there were some questions as to the participation that authorities from the Executive Branch should have in this type of processes. In addition, there was also the issue of whether these authorities should abide by the prohibition that the Electoral Code establishes during elective processes or whether they should be granted freedom to participate. This paper analyzes the provisions that the Supreme Tribunal of Elections established on the topic from an international normative perspective.

Key words: Public consultation / Referendum / Political participation / Executive / Public resources / Belligerent policy / Political neutrality / Principle legal reserve / Comparative law.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Estudiante de la Especialidad de Derecho Notarial y Registral de la Universidad Libre de Derecho. prado.nicolas@gmail.com

** Se agradece la colaboración de la traductora Evelyn Aguilar Murillo.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los acápite que más generó discordia en el referéndum del pasado 7 de octubre de 2007, en el cual se sometió a consulta del soberano si el país ratificaba o no el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, los Estados Unidos y Centroamérica (TLC), fue el tema de la participación que debía tener el Poder Ejecutivo en este tipo de procesos. En este evento, es necesario ahondar más en el tema para investigar no solo qué tipo de participación contempla nuestro ordenamiento con respecto a estos funcionarios públicos, sino, analizar cómo se maneja el tema en el panorama internacional, por medio de un estudio de derecho comparado.

La razón por la cual este tema, al igual que algunos otros, generó conflictos en la práctica de la figura del referéndum en Costa Rica, se debe a las insuficiencias de la Ley que viene a regular dicha figura (Ley número 8492), tal como lo señalan los señores Ludovico Feoli y Constantino Urcuyo: "*La Ley carece de directrices claras y tiene vacíos que no pueden ser llenados del todo mediante interpretación del Tribunal o aplicaciones supletorias del Código Electoral*".¹

Ejemplo de lo anterior fueron las reiteras consultas que se canalizaron al Tribunal Supremo de Elecciones, las cuales giraron en dos sentidos:

¹ FEOLI, y URCUYO (2009, P.10).

1-¿En qué términos aplica lo contemplado en el artículo 88 del Código Electoral² a los funcionarios públicos del Poder Ejecutivo en el proceso de referéndum?

2- ¿En qué términos se desarrolla la utilización o no de recursos públicos por parte de los funcionarios públicos?

El Tribunal se ve obligado a llenar esos vacíos normativos que deja la Ley y, por medio de resoluciones, comienza a resolver los conflictos y dificultades que se iban presentando con la puesta en práctica del proceso referendario.

Como nos indica Viquez Jiménez refiriéndose al tema:

"El Tribunal se debe entender como un operador de la ley y no le corresponde legislar sino aplicarla. Empero cuando hay vacíos, se ve en la obligación de tratar de llenarlos hasta donde la normativa lo permita y, al emitir este tipo de resoluciones, se expone a la crítica de un sector u

² El Código Electoral antes de las modificaciones que sufriera en el año 2009, el cual cita:

Artículo 88: Prohibición para empleados y funcionarios públicos: Prohíbese a los empleados públicos dedicarse a trabajos o discusiones de carácter político electoral, durante las horas laborales y usar su cargo para beneficiar a un partido político.

El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Ministros y Viceministros, el Contralor y Subcontralores Generales de la República, el Defensor y el Defensor Adjunto de los Habitantes, el Procurador General y el Procurador General Adjunto, los presidentes ejecutivos, directores ejecutivos y gerentes de las instituciones autónomas, los gobernadores, los oficiales mayores de los ministerios, los miembros de la Autoridad de Policía, los agentes del Organismo de Investigación Judicial, los Magistrados y empleados del Tribunal Supremo de Elecciones, los Magistrados y funcionarios del Poder Judicial que administren justicia, el Director y empleados del de Registro Civil, y quienes tienen prohibición en virtud de otras leyes, no podrán participar en las actividades de los partidos políticos, asistir a clubes ni reuniones de carácter político, utilizar la autoridad o influencia de sus cargos en beneficio de los partidos políticos, colocar divisas en sus viviendas o vehículos ni hacer ostentación partidista de cualquier otro género.

No Podrán presentarse a emitir su voto portando armas los miembros de la Autoridad de Policía, los agentes del Organismo de Investigación Judicial ni quienes desempeñen funciones semejantes de autoridad.

En materia electoral los funcionarios incluidos en los párrafos segundo y tercero de este artículo, únicamente podrán ejercer su derecho a emitir el voto el día de las elecciones, en la forma y condiciones ejercidas en este Código.

*otro, según se sientan o no afectados por lo que el TSE (Tribunal Supremo de Elecciones) resuelva”.*³

II. POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES

El Tribunal Supremo de Elecciones, en virtud de su naturaleza jurídica como órgano constitucional con potestad exclusiva para regular y controlar todo lo referente a la materia electoral costarricense, desarrolla y aclara los alcances, limitaciones y contenidos de la participación que pueden tener los funcionarios del Poder Ejecutivo en los procesos de referéndum.⁴

En resolución número 1119-E-2007 de las 14 horas con 20 minutos del 17 de mayo de 2007, el Tribunal dimensionó los principios generales sobre los cuales se fundaba la participación que pueden tener dichos funcionarios. Como consecuencia, la Magistratura llega a las siguientes conclusiones:

³ VÍQUEZ JIMÉNEZ (2009, p.52).

⁴ Actualmente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, emitió el por tanto de la resolución número 13313-2010, por medio del cual se anula la resolución del Tribunal Supremo de Elecciones número 3401-E9- 2008 de las 9:10 horas del 30 de setiembre de 2008, que autorizó la recolección de firmas para convocar a un referéndum de iniciativa ciudadana para que se apruebe o impruebe el proyecto legislativo denominado “Ley de unión civil entre personas del mismo sexo”. Esto debido a que un ciudadano alegó que se le violentaron sus derechos humanos como minoría, ya que si se decidía este tema vía referéndum, una mayoría iba a decidir sobre los derechos de una minoría. La Sala llega a esta conclusión pese a los siguientes alegatos que emite el Tribunal: 1) La competencia exclusiva que le otorga la Constitución Política en el artículo 102 inciso 3 de interpretar disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral, 2) Que en reiteradas resoluciones del Tribunal, se ha establecido que el referéndum es materia electoral, por ende, los actos relacionados al mismo son de competencia exclusiva del Órgano Electoral, 3) Que la potestad de legislar reside en el pueblo soberano quien delega esta potestad en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio, por lo que no se podría argumentar que el representante sea competente de algo que el Soberano no pueda, 4) Que el objeto de la consulta no es si las parejas del mismo sexo tienen o no derecho de establecer relaciones o si a esas relaciones debe de tutelárseles una serie de derechos civiles y patrimoniales, lo que se consulta es si un esquema legal específico para regular esas relaciones debe aprobarse o improbarse, 5) Que no se establece en el ordenamiento jurídico un procedimiento especial para la aprobación de normas que amplíen el ámbito de protección de los derechos de las minorías, por lo que no hay impedimento para que vía legislativa o vía referéndum se pueda aprobar el proyecto de ley en cuestión. Una vez emitido los considerandos de esta resolución, será de suma importancia analizar los razonamientos que aplica la Sala para llegar a esta conclusión, ya que está poniendo entredicho el carácter electoral que nuestro ordenamiento al igual que el derecho comparado analizado en la presente investigación, le ha otorgado al instituto de referéndum.

"1) Las restricciones y sanciones que establece el artículo 88 de Código Electoral no son de aplicación a los funcionarios públicos, incluidos los servidores judiciales, en el proceso consultivo para someter a referéndum la aprobación o rechazo del TLC, lo que implica que en ese proceso, o en cualquier otro de índole consultiva, dichos funcionarios pueden participar de su etapa previa (recolección de firmas) o de posteriores disertaciones o campañas a favor o en contra del tema sometido a consulta, incluida una eventual labor de los delegados o miembros de mesa, con las restricciones legales y laborales del caso.

2) Dicha participación, empero, debe ser acorde con las obligaciones funcionariales de cada servidor, lo que incluye la prohibición de utilizar recursos públicos que, directa o indirectamente, favorezcan las campañas a favor o en contra del proyecto consultado; cada administración y, en el ámbito de su competencia, las Auditorías Internas deberán velar por el respeto riguroso de esta restricción, debiendo reportar a la Contraloría General de la República cualquier anomalía que pueda presentarse sobre el particular.

3) Los miembros de las fuerzas de policía tienen impedimento absoluto para participar en el proceso de referéndum, salvo la emisión del voto; prohibición que no aplica a los servidores que realizan labores estrictamente administrativas.

4) La inaplicabilidad de las normas de neutralidad política establecidas en el Código Electoral y normas conexas para el proceso consultivo de referéndum sobre el TLC está condicionada a que los funcionarios públicos con prohibición absoluta de participación político-electoral no expresen, de alguna manera, adhesión o simpatía por los partidos políticos, ni favorezcan las estrategias que, sobre el acuerdo comercial, han implementado esas agrupaciones.

5) Se llama la atención a los funcionarios electorales para que se abstengan, al igual que los miembros de los cuerpos policiales, de participar en deliberaciones, manifestaciones o declaraciones en torno al tema sometido al proceso consultivo del referéndum."⁵

Lo anterior, fue reiterado en distintos acuerdos y resoluciones propiciando la mayor participación posible de todos los ciudadanos,

⁵ Ver resolución del Tribunal Supremo de Elecciones número 1119-E8-2007 de las 14 horas con 20 minutos del 17 de mayo de 2007.

incluidos los funcionarios públicos (con excepción de miembros de la fuerza pública y empleados electorales, los cuales deberán limitarse de cualquier tipo de participación salvo la emisión de su voto), siempre y cuando esa participación se limitara a no utilizar recursos públicos que, directa o indirectamente, favorezcan las campañas a favor o en contra del proyecto consultado.

Es objeto del presente artículo, previo a realizar el análisis de derecho comparado, proceder a desarrollar un breve estudio sobre los siguientes aspectos que motivaron las conclusiones a las cuales llegó el Tribunal en la resolución antes citada.

a) Prohibición de utilizar recursos públicos

La prohibición de utilizar recursos públicos que se establece en el anterior voto, se encuentra igualmente contemplada en el artículo 20 de la “Ley de Regulación del Referéndum” (Ley de la República n.º 8492)⁶, y su aplicación debe entenderse en un contexto propagandístico en el cual medien acciones concretas que directa o indirectamente revelen, den noticia o difundan opiniones mensajes a favor o en contra del tema objeto de consulta; con el ánimo de captar la atención de la ciudadanía y estimularla a sufragar en determinada dirección, en detrimento de los principios de rectitud, buena fe, y correcta administración de los recursos.

⁶ Por ley 8281 del 28 de mayo de 2002, se incluye en nuestro ordenamiento jurídico la figura del referéndum, pero su entrada en vigor queda sujeta a la aprobación de la ley 8492. Esta se aprobaría hasta el 8 de marzo del 2006, tras una acción de constitucionalidad por omisión de la Asamblea Legislativa planteada por Defensoría de los Habitantes y acogida por la Sala Constitucional.

Se establece además, que el Primer Mandatario y demás funcionarios que cubre la norma, deben mantener una actitud de probidad de acuerdo con lo que establecen los artículos 3 y 4 de la "Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública"⁷, para que las actividades dentro del quehacer gubernamental, no degeneren en actividades con fines propagandísticos. Como lo señala el propio Tribunal: *"evitando que los recursos públicos se constituyan en un medio y la propaganda en un fin"*.⁸

Entre las conductas que entiende el TSE como excesos proselitistas por parte del Presidente de la República y demás funcionarios públicos que contempla la norma antes mencionada, se citan:

- a.- Confección y distribución de volantes o impresos que promuevan el voto en favor de alguna de las posiciones;
- b.- Contratación, fabricación y repartición de signos externos (emblemas, banderas, camisetas, banderines, calcomanías, etc.) que se identifiquen con alguna de las opciones sometidas a referéndum.
- c.- La contratación de presentaciones artísticas, musicales o culturales, en general, que busquen la promoción del voto en favor de algunas de las tesis.
- d.- La utilización de vehículos, choferes o tiempo laboral de funcionarios públicos para la elaboración, transporte o

⁷ Ley de la República n.º 8422 del 14 de septiembre de 2004.

⁸ Ver resolución del Tribunal Supremo de Elecciones número 2458-E-2007 de las 14 horas con 05 minutos del 18 de setiembre de 2007.

distribución de los elementos mencionados en los puntos anteriores.

e.- El uso de edificios, oficinas, bodegas y demás recintos que albergan dependencias públicas para preparar o almacenar signos externos y demás emblemas del tipo indicado.

f.- La contratación de pauta publicitaria y la incorporación en anuncios o en cadena nacional de radio o televisión, de información e imágenes que documenten la promoción que realice el Poder Ejecutivo, en giras o actividades oficiales, de alguna de las opciones sometidas a consulta.⁹

b) Parcialidad y participación política

El Tribunal define parcialidad como conductas de acción u omisión que denoten un claro interés o, por lo menos, la intención de beneficiar a determinada tendencia o partido político por intermedio de su autoridad o de la influencia de sus cargos.¹⁰

Por otra parte, el mismo Tribunal precisa el concepto de participación política entendiéndose como provecho o amparo hacia los partidos políticos que se ve reflejado en las actuaciones materiales evidentes, de mayor especificidad o de mera constatación, particularmente las que detalla el antiguo artículo 88 del Código Electoral en su párrafo segundo. (Hoy el 146 del Código Electoral).¹¹

⁹ Ver resolución del Tribunal Supremo de Elecciones número 2534-E-2007 de las 15 horas del 21 de setiembre de 2007.

¹⁰ Por su carácter estrictamente conductual no es de extrañar que la parcialidad política, en determinados momentos, se configure dentro de un marco de clandestinidad, ocultamiento, reserva o disimulo, pues estamos en presencia de un fuero interno del individuo.

¹¹ Ver resolución del Tribunal Supremo de Elecciones número 1119-E-2007 de las 14 horas con 20 minutos del 17 de mayo de 2007 referente al tema de parcialidad y participación política.

Como se detalla por parte del Tribunal Supremo de Elecciones ambas definiciones comparten, como elemento subyacente, una acción política que irrumpe contra el deber de rectitud e imparcialidad, misma que comporta, consecuentemente, la verificación simultánea de un posible beneficio a las agrupaciones políticas, provenientes del funcionario público, así como la presunta actuación e injerencia de dicho servidor en el quehacer propio de estos conglomerados políticos.

c) La intención del Legislador

Un análisis concienzudo que debe realizar el juez a la hora de enfrentarse ante una situación en donde se le presenten normas contradictorias, o como es el caso en estudio ante un vacío normativo, es procedente a conocer cuál fue la intención del legislador a la hora de la creación de la norma. Por ende, cumpliendo con su labor ética y responsable, el Tribunal se dio a la tarea de investigar las actas de la comisión de la Asamblea Legislativa que aprobó el proyecto de la ley del referéndum, constatando con esto que los diputados fueron contestes al señalar que siempre y cuando no se utilizaran fondos públicos, la participación de estos servidores públicos no se les estaba vetada y por lo contrario, se esperaba una participación activa de los mismos para enriquecer el debate sobre el tema a consultar.¹²

¹² Ver resolución del Tribunal Supremo de Elecciones número 2534-E-2007 de las 15 horas del 21 de setiembre de 2007 en la que se consulta el acta de sesión ordinaria n.º 16 de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa celebrada el 5 de julio de 2005.

d) Distinción entre procesos electivos y procesos consultivos

En las votaciones de carácter electivo se procede a designar a los representantes populares, convergen tres derechos fundamentales de carácter político: el derecho a elegir, el derecho a ser electo, y el derecho a formar partidos políticos.

En las votaciones de carácter consultivo como el referéndum, el Soberano, excepcionalmente, a través del sufragio avoca el ejercicio de legislar, aprobar o derogar leyes y hacer reformas parciales a la Constitución, y de esta manera poder contribuir y controlar la formación y ejecución de las políticas públicas o decisiones estatales de importancia.¹³

Por lo tanto, la gran diferencia entre ambos tipos de procesos es que ambos persiguen fines distintos: en el caso de los procesos electivos, entiéndase el derecho que tiene cada ciudadano a elegir y ser electo y a la formación de partidos políticos y, para el caso de los procesos consultivos, el derecho de participar en la formación y ejecución de políticas públicas por medio del sufragio directo, de ahí la especial importancia de fomentar la mayor participación posible del electorado, para enriquecer el debate que gira entorno a temas de relevancia para el país.

¹³ Esta distinción la realiza el Tribunal Supremo de Elecciones en la resolución número 1119-E-2007 de las 14 horas con 20 minutos del 17 de mayo de 2007.

e) El principio de neutralidad

Este principio se encuentra contemplado en el artículo 95 inciso 3) de la Constitución Política, y detalla las garantías de libertad, orden, pureza e imparcialidad que deben existir en el ejercicio del sufragio por parte de las autoridades gubernamentales.

Nuestro ordenamiento jurídico, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, ha tomado variadas medidas para velar por el resguardo de este principio constitucional, tales como:

- 1- La prohibición de participación política contemplada en el antiguo artículo 88 del Código Electoral (hoy el 146 del Código Electoral).
- 2-La veda a la publicidad gubernamental contemplada en el antiguo artículo 85 inciso j) del Código Electoral (hoy el 142 del Código Electoral).
- 3- La obligación de renunciar que tienen los funcionarios públicos que quieran optar por un cargo de carácter electorario (entiéndase para diputado o regidor) regulada en los artículos 109 de la Constitución y 23 del Código Municipal.

Lo anterior se plantea con la finalidad de garantizar la equidad en la contienda política y evitar la perpetuación del partido de Gobierno. Como señala el Tribunal su función es: "*(...) asegurar institucionalmente que dichas autoridades no favorezcan a los candidatos oficiales (...)*".¹⁴

¹⁴ Ver resolución del Tribunal Supremo de Elecciones número 1310-E-2000 de las 15 horas con 50 minutos del 27 de junio de 2000.

Para los procesos de carácter electivo, este principio de neutralidad procura que no se realice beneficio alguno por parte de las autoridades gubernamentales a las tendencias partidarias, protegiendo de esta manera la pureza de las elecciones, la equidad en la contienda y evitando se pueda dar la perpetuación de partido de Gobierno. Dichas situaciones no aplican para un proceso de carácter consultivo como el referéndum, donde se entiende suficientemente garantizado con la prohibición de utilizar los presupuestos públicos para hacer campañas a favor o en contra de los textos o proyectos sometidos a consulta.

f) Los principios de tipicidad y reserva de ley

Con la finalidad de brindar seguridad jurídica no solo al individuo sino también al sistema en sí, nuestro ordenamiento jurídico, establece que para la imposición de una pena, necesariamente debe existir una ley previa que describa, en forma detallada y clara, la conducta que se reprocha. Conocido como principio de tipicidad (*nullum crimen, nulla pena sine lege praevia, scripta et stricta*)¹⁵, éste se constituye en una proyección específica del principio de legalidad, reserva de ley o exigencia de ley habilitante que implica:

- a) La necesidad de que toda la conducta que se pretenda reputar como falta, debe de estar prevista en una ley;
- b) La ley en que se disponga el presupuesto de la sanción, la conducta ilícita, infracción o falta, así como la correlativa

¹⁵ Principio contemplado en el artículo 39 de la Constitución Política de la República.

sanción, necesariamente debe ser escrita y anterior a la comisión del hecho.

c) Las normas jurídicas en que se prevea una falta electoral y su sanción, sólo admiten una interpretación y aplicación exacta y estricta (odiosa sunt restringenda), quedando así proscrita la analogía, ya que se trata de limitaciones o restricciones de derechos.¹⁶

Según lo anterior, el principio de parcialidad o participación política, expresado en el artículo 88 del Código Electoral anterior, la acción sujeta a sanción corresponde a aquella en la cual se constate un beneficio a alguno de los partidos políticos, por ende, la participación activa de estos funcionarios públicos en los procesos de referéndum, ya sea desde la recolección de firmas hasta su intervención en disertaciones o debates a favor o en contra del tema sometido a consulta, no se constituye en un acto violatorio de la norma ni merecer de sanción y, al no estar consentido dentro del ordenamiento alguna regulación expresa por parte del legislador con respecto a la aplicación de dicho principio de parcialidad o participación política a la hora de la puesta en práctica de figura del referéndum, por lo que el Tribunal entiende que no cabe aplicarlo supletoriamente.¹⁷

¹⁶ Silva Adaya, citado en resolución del Tribunal Supremo de Elecciones número 1119-E-2007 de las 14 horas con 20 minutos del 17 de mayo de 2007.

¹⁷ Ver resolución del Tribunal Supremo de Elecciones número 639-E-2004 de las 10 horas con 05 minutos del 11 de marzo de 2004, con respecto al tema de tipicidad en materia electoral.

III. MANEJO DEL TEMA EN EL PANORAMA INTERNACIONAL

a) Caso Uruguay

El país que cuenta con mayor experiencia en institutos de democracia directa en América Latina es Uruguay. González Risoto expresa que:

"Uruguay es uno de los países del mundo que tiene una larga y rica tradición en el uso de los institutos de democracia directa. Desde la primera mitad del siglo XX ha sabido combinar y articular adecuadamente los poderes representativos con la democracia directa."¹⁸ (p. 1).

En la República Oriental del Uruguay, la figura del referéndum se encuentra regulada en la Constitución Política, en la Ley de Elecciones (Ley número 7.812 y modificada por Ley número 16.017) y en la Ley número 17.244, conocida como Recurso de Referéndum contra las Leyes.

El referéndum en Uruguay, es un referéndum "desde abajo"¹⁹, es decir, son los propios ciudadanos quienes proponen la iniciativa de llevar a cabo un referéndum. Éste se caracteriza por ser exclusivamente de carácter abrogativo²⁰ y para poder interponer el recurso, debe de hacerse por parte de un 25% del padrón electoral y dentro de la promulgación de la ley que se quiera derogar.

Con respecto al tema de la regulación de la participación del Poder Ejecutivo en los procesos de referéndum, el ordenamiento

¹⁸ GONZÁLEZ RISOTO (2009, p.1).

¹⁹ Ver ZOBATTO GARETTO (2007, p.8-9).

²⁰ Ver ZOBATTO GARETTO (2007, p.10).

jurídico uruguayo es omiso al hacer mención o al regular este tema expresamente; sin embargo, a los procesos de referéndum les son aplicables, en lo pertinente, las normas que corresponden a los procesos electorales; por ende, les son aplicables las prohibiciones establecidas en los incisos 4 y 5 del artículo 77 de la Constitución Política. En tal sentido, dicho artículo establece:

"Artículo 77.- Todo ciudadano es miembro de la soberanía de la Nación; como tal es elector y elegible en los casos y formas que se designarán.

El sufragio se ejercerá en la forma que determine la Ley, pero sobre las bases siguientes:

(...) 4º) Los magistrados judiciales, los miembros del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal de Cuentas, los Directores de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados, los militares en actividad, cualquiera sea su grado, y los funcionarios policiales de cualquier categoría, deberán abstenerse, bajo pena de destitución e inhabilitación de dos a diez años para ocupar cualquier empleo público, de formar parte de comisiones o clubes políticos, de suscribir manifiestos de partido, autorizar el uso de su nombre y, en general ejecutar cualquier otro acto público o privado de carácter político, salvo el voto. No se considerará incluida en estas prohibiciones, la concurrencia de los Directores de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados a los organismos de los partidos que tengan como cometido específico el estudio de problemas de gobierno, legislación y administración.

Será competente para conocer y aplicar las penas de estos delitos electorales, la Corte Electoral. La denuncia deberá ser formulada ante ésta por cualquiera de las Cámaras, el Poder Ejecutivo o las autoridades nacionales de los partidos.

Sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, en todos los casos se pasarán los antecedentes a la Justicia Ordinaria a los demás efectos a que hubiere lugar.

5º) El Presidente de la República y los miembros de la Corte Electoral no podrán formar parte de comisiones o clubes políticos, ni actuar en los organismos directivos de los partidos,

ni intervenir en ninguna forma en la propaganda política de carácter electoral. (...)". (El resaltado es propio).

La jurisprudencia uruguaya nos da razones de la aplicación de este artículo para los procesos de referéndum en la resolución número 24942 de la Corte Electoral de Uruguay del 17 de enero de 1990, la cual señala:

"La evolución de nuestro régimen institucional permite apreciar una gradual constitucionalización de las normas relacionadas con el sufragio, en un proceso que se inicia en 1917, se consolida en 1934 y culmina en 1952. Adquieren, de este modo, la máxima jerarquía normativa disposiciones que contribuyen, al mismo tiempo que las bases del sufragio, las garantías de su pureza. Se encuentran entre ellas los numerales 4 y 5 del artículo 77. Estos preceptos procuran preservar la libertad e independencia del elector poniéndolo a cubierto de la coacción o simplemente de la influencia que sobre él pueda ejercer quien se encuentra ubicado en una situación preeminente, sea por la función que le ha sido encomendada (magistrados, militares en actividad o policías) sea por la posibilidad de ejercer presión sobre sus subordinados que les permite el cargo que ocupan (Directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo o del Tribunal de Cuentas). A fin de preservar al votante de esa influencia se establece, con carácter general y absoluto, la prohibición a los titulares de los cargos o funciones alcanzados por la norma, de ejecutar cualquier acto público o privado de carácter político, con una única excepción: el voto. Se trata sin duda de una restricción de los derechos cívicos de un sector de los ciudadanos que no responde, evidentemente, a la intención de construir distintas categorías de éstos, sino a la necesidad de preservar la libertad por mayor número."(El resaltado es propio).

En tal sentido, se establece expresamente que el Presidente de la República no podrá intervenir, de ninguna forma, en la propaganda política de carácter electoral. Los otros funcionarios dependientes del

Poder Ejecutivo, a los que les alcanza una prohibición, incluso más estricta que la destinada al Presidente, son los militares en actividad, cualquiera sea su grado, y los funcionarios policiales de cualquier categoría, quienes deberán abstenerse, bajo pena de destitución e inhabilitación de dos a diez años para ocupar cualquier empleo público, de formar parte de comisiones o clubes políticos, de suscribir manifiestos de partido, autorizar el uso de su nombre y, en general ejecutar cualquier otro acto público o privado de carácter político, salvo el voto.²¹

Por medio de la resolución antes citada, es que la Corte Electoral condena a un militar por violentar el artículo 77 inciso 4 de la Constitución, al haber firmado una solicitud de referéndum. En dicha resolución no solamente queda claro que efectivamente se aplica de manera supletoria esta norma constitucional para los procesos de referéndum, sino que, además, nos indica qué entiende el Órgano Electoral por acto político, aclaración que se constituye de gran importancia, ya que nos permite entender por qué es condenado este funcionario militar por participar en un proceso de referéndum y, sobre lo anterior, cita:

"Es claro, por consiguiente, que cuando se alude a actos de carácter político no se repara ni en la forma ni en la materia del acto, sino en el fin al cual está dirigido, en el objeto que con el mismo se persigue. Así lo expresa el Dr. Echegoyen en la Comisión de la Constitución de la Convención Nacional Constituyente de 1934. "La calificante "de carácter político" desvanece el temor de que pueda pretenderse aplicar la prohibición a una conversación familiar. Debe tenerse presente

²¹ De acuerdo a conversación sostenida vía correo electrónico el 27 de julio de 2010 con el Dr. Wilfredo Penco, actual Vicepresidente de la Corte Electoral de Uruguay.

el motivo del acto, que se dirija a un fin de calidad política". (El resaltado es propio).

Y agrega, más adelante, refiriéndose a la inclusión de los actos privados en la prohibición constitucional:

"En cuanto a las modificaciones propuestas, cree que es mejor mantener la nueva fórmula, pues desde el punto de vista de la representación nacionalista, no interesa que el acto sea público o privado, lo que importa es que la finalidad sea política. Se puede realizar un acto privado con fines públicos.

Se ha discutido si la política es una ciencia o un arte. Quienes sustentan una u otra posición coinciden, sin embargo, en que pertenece al ámbito de la política lo que se relaciona con el gobierno y la administración del Estado, con su estructura orgánica, con la actividad de sus órganos, la tranquilidad y el orden público.

Aceptando el vocablo en su sentido natural y obvio, no puede discutirse que la iniciativa popular tendiente a lograr la incorporación de una nueva norma constitucional, legal o administrativa, al orden jurídico, se incluye en el ámbito de la conducta política. A la misma conclusión debe llegarse cuando la iniciativa popular está dirigida a suprimir una norma jurídica aprobada por los órganos representativos. Se incursiona, en ambos casos, en forma directa, en el gobierno del Estado." (El resaltado es propio).

En cuanto al financiamiento de las campañas de referéndum, rige el principio de la más amplia libertad para que las personas desarrollen sus actividades proselitistas. Sin embargo, son los promotores del referéndum quienes deben conseguir el financiamiento para hacer la publicidad necesaria, para movilizarse y para otros rubros. El Estado no financia a los promotores del referéndum.²²

²² Ver GONZÁLEZ RISSOTO (2008, p.17).

b) Caso Suiza

El uso de instrumentos de democracia directa por parte de la Confederación Suiza es sumamente amplio, por lo cual se constituye en la nación con la más extensa experiencia a nivel mundial en la utilización de este tipo de mecanismos. La aplicación de figuras como el referéndum en la organización democrática suiza no es de reciente origen, por el contrario, es un país que lleva décadas utilizando estos mecanismos para dejar en manos del propio pueblo la toma de importantes decisiones políticas.

A diferencia de otros países, en Suiza no es el gobierno el que decide si se lleva a cabo un referéndum sobre un tema; las circunstancias en que los referendos se utilizan, están claramente prescritas en la Constitución del país. La propia Constitución establece dos tipos de referendums, el primero denominado obligatorio y el segundo denominado facultativo (Regulados en los artículos 140 y 141 respectivamente) y estos pueden producir tres efectos: innovativo, suspensivo o derogatorio.²³

Suiza, a pesar del frecuente y perdurable uso de instrumentos de democracia directa tales como la iniciativa popular, el referéndum y el referéndum obligatorio, no ha desarrollado, como se podría pensar, una regulación amplia para las campañas de referéndum, incluyendo normas referentes a financiación de las campañas y acceso a los medios de comunicación.

²³ Ver ROBLES LEAL (2009, p.116).

Como se infiere, el referéndum a nivel federal se rige por las disposiciones de la Constitución Federal de la Confederación Suiza y por la Ley Federal sobre Derechos Políticos, y en ninguno de los anteriores se estipulan artículos relativos propiamente a las campañas de referéndum.

Es, por lo anterior, que las autoridades gubernamentales están autorizadas para tomar una posición y recomendar la aprobación o el rechazo del tema sometido a referéndum. Sin embargo, cualquier tipo de propaganda política por parte de las autoridades políticas sería contraria a la garantía constitucional de los derechos políticos, más aún si los fondos públicos fueran utilizados para dicha propaganda. Es prohibido también la concesión de fondos públicos a los comités de consulta privada.²⁴

Esta facultad de las autoridades, incluidos los miembros del Poder Ejecutivo, de externalizar su posición respecto al tema objeto de referéndum, se debe a que la propia Constitución garantiza un libre debate, al contener y tutelar principios tales como: la libre formación de la opinión de los ciudadanos y la inalterable expresión de su voluntad. Intenta, además, velar por derechos fundamentales tales como la libertad de opinión y de información, la libertad de los medios de comunicación, la libertad de reunión y la libertad de asociación, pero esto se da sin existir una regulación específica sobre la financiación de las campañas de referéndum por parte de los partidos políticos y otros grupos de la sociedad civil.

²⁴ SERDÜLDT (2007, p.10).

En este marco cabe mencionar también que la financiación de los partidos políticos no es regulada en Suiza. Los partidos políticos no reciben fondos públicos para sus actividades. Como resultado, ellos se financian a sí mismos con las cuotas de afiliación, con donaciones de miembros del partido, los no miembros, las empresas privadas y organizaciones, así como con las contribuciones de los miembros de gabinete.²⁵

Este mismo proceder aplica para los procesos de referéndum, como nos continúa señalando Serdült:

*"Ningún fondo público puede ser utilizado para propaganda política. El presupuesto en las campañas es ilimitado y no hay obligación de los activistas en revelar quiénes son sus donantes o la cantidad de dinero gastado en una campaña para el referéndum."*²⁶

Como se nota a nivel, no existen normas de financiamiento claramente establecidas en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, advirtiendo esta falencia normativa, dos cantones han decidido introducir normas de transparencia y regulación de la materia: 1) En cantón de Tesino, las donaciones de más de 10.000 francos suizos a los partidos políticos tienen que ser publicadas. 2) En el cantón de Ginebra, las donaciones anónimas están prohibidas y las normas de transparencia se aplican no sólo a los partidos políticos; sino también a otros grupos políticos que participan en las campañas. Pero, por el momento, estas normas siguen siendo la excepción.

²⁵ SERDÜLDT (2007, p.11).

²⁶ SERDÜLDT (2007, p.11).

c) Caso España

El ordenamiento jurídico español ha marcado una gran influencia en el desarrollo del derecho costarricense, además, la puesta en práctica de este tipo de figuras de democracia directa no es ajena para los españoles, cuyo primer antecedente en la regulación del instituto del referéndum data de 1931, por lo que su estudio es de suma importancia para la presente investigación.

El referéndum en España actualmente se encuentra regulado en la Constitución y en la Ley Orgánica de Referéndum (Ley # 2/1980).

Existen tres modalidades de referéndum contemplados en la Constitución: 1) ordinario (Artículo 92), 2) para la reforma constitucional (Artículos 166, 167 y 168) y 3) municipal (Artículo 149 inciso 32), y su convocatoria es de competencia exclusiva de las autoridades gubernamentales, es decir, es un referéndum que proviene desde "arriba".

El referéndum ordinario en España, como la misma Constitución menciona, es de carácter consultivo, el referéndum de reforma constitucional es de ratificación y según López González: "*El referéndum municipal, cabe catalogar como consultivo y facultativo (...)*".²⁷

En cuanto al procedimiento para la celebración del referéndum, es importante mencionar que las campañas de propaganda se

²⁷ LÓPEZ GONZÁLEZ (2005, p.79).

encuentran sometidas al régimen electoral, según lo establece el artículo 11 de la Ley Orgánica de Referéndum (Ley 2/1980).²⁸

Igualmente, esta ley prevé en los artículos 14 y 15 para las campañas electorales dentro del proceso de referéndum, que durante la campaña de propaganda, los medios de difusión de titularidad pública deberán conceder espacios gratuitos y solo tendrán derecho al uso de espacios gratuitos los grupos políticos con representación en las cortes generales. En el supuesto de que la consulta se extienda a todo el territorio del estado, se concederán espacios de alcance nacional. El reparto de los espacios se efectuará en proporción al número de diputados que se obtuvieron en las últimas elecciones generales.

En las restantes modalidades de referéndum previstas por la ley, los grupos políticos dispondrán de espacios en los medios de comunicación en horas de gran audiencia o en publicaciones que se reciban en las provincias en las que se va a realizar la consulta. La distribución de espacios se hará de acuerdo con el número de diputados obtenidos por el grupo político a través de cualesquiera de las provincias a las que afecta el referéndum, y en la asamblea legislativa de la comunidad autónoma o, en defecto de ésta, en cualesquiera de las diputaciones provinciales dentro del ámbito territorial que vaya a afectar el referéndum.

Este derecho aplica para los partidos políticos que hayan obtenido una representación parlamentaria o que hayan obtenido al

²⁸ Ver artículo 11 inciso 1 de la Ley Orgánica del Referéndum de España (Ley 2/1980).

menos un 3% de los sufragios válidamente emitidos cuando sea un referéndum de ámbito nacional.²⁹

Se puede notar la preponderancia que tienen los partidos políticos en España en lo que respecta a campañas consultivas, garantizándoles incluso que podrán acceder a los medios de comunicación de titularidad pública, dejando en manos de estas agrupaciones políticas, de manera exclusiva, el protagonismo en la campaña electoral.

Como anteriormente se mencionó, para los procesos de referéndum se aplica, de manera supletoria, los principios establecidos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, la cual nos menciona:

"Artículo 52: Se prohíbe a todo miembro en activo de las Fuerzas Armadas o de los Cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas o Municipales, a los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo y los miembros de las Juntas Electorales, difundir propaganda electoral o llevar a cabo otras actividades de campaña electoral."

Dicha prohibición no incluye al Poder Ejecutivo, sin embargo, el ordenamiento jurídico español previó la prohibición de realizar campañas institucionales en periodo electoral por parte de los poderes públicos (incluyendo el Poder Ejecutivo), esto lo hizo por medio de la Ley de publicidad y comunicación institucional (Ley 29/2005).

²⁹ Ver artículo 11 inciso 2 de la Ley Orgánica del Referéndum de España (Ley 2/1980).

Según nos indica en la exposición de motivos de dicha ley:

"La utilidad pública como objetivo de estas campañas implica la erradicación de aquellas que tengan como finalidad ensalzar la labor de Gobierno. Se garantiza así que la campaña sirva a sus destinatarios legítimos, que son los ciudadanos, y no a quien las promueve." (El resaltado es propio).

Esta ley, en su artículo número 10, establece lo siguiente:

"Artículo 10: Procesos electorales y de referéndum.

Las campañas institucionales reguladas en esta ley y realizadas durante un proceso electoral o de referéndum se sujetarán, además, a la normativa especial prevista en la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General, y en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum.

Sin perjuicio de lo previsto en el párrafo anterior, los poderes públicos y las entidades a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley,³⁰ se abstendrán de realizar campañas institucionales en período electoral, entendiendo por tal el lapso temporal comprendido entre la convocatoria de elecciones y el día mismo de la votación (...).³¹" (El resaltado es propio).

De la anterior exposición de motivos y de la redacción de esta ley, se deriva que el ordenamiento jurídico español previó la influencia que podría llegar a tener el Gobierno dentro de una

³⁰ Esta ley establece el régimen jurídico de las campañas institucionales de publicidad y comunicación promovidas o contratadas por la Administración General del Estado y por las demás entidades integrantes del sector público estatal.

³¹ Lo anterior con las excepciones que establece la normativa electoral en relación a la información de los ciudadanos sobre la inscripción en las listas de censo electoral o las demás previstas en el artículo 50.1 de la LOREG y aquellas que puedan resultar imprescindible para salva guarda del interés público o para el correcto desenvolvimiento de los servicios públicos.

campaña política o un proceso de referéndum, y salvaguardó, con este artículo, la imparcialidad que debe tener el Estado en estos temas, en aras de garantizar la pureza de la información que reciben los ciudadanos, prohibiendo expresamente que el Estado pueda publicitar campañas que puedan promover una actitud de cambio en la decisión del electorado.

IV. CONCLUSIONES

De lo anterior, se puede observar que, por un lado, algunos países poseen pocos controles, prefiriendo así dejar abierta la campaña para la participación libre de los contendores. De esta manera, el desarrollo del referéndum se respalda en derechos tales como la libertad de expresión y de información, y principios como la libre formación de la opinión de los ciudadanos y la inalterable expresión de su voluntad o el principio de pro-participación. Por otro lado, algunos países optan por: ser más rigurosos con sus controles, buscando garantizar una mayor transparencia e igualdad, procurando así, resguardar la integridad del voto de cada individuo.

Considerar cuál de estos modelos de regulación de las campañas es más eficiente, justo y democrático, es entrar en una discusión valorativa. La realidad muestra cómo las distintas sociedades les dan más valor a unos principios por sobre otros tratando de alcanzar un equilibrio. De esta forma, se quiere obtener el mejor de los resultados para su respectivo país, regulando y legislando acorde con su sociedad.

El Tribunal Supremo de Elecciones sustenta de modo cabal la posición que asume con relación al tema objeto de la investigación, al considerar que: no existe una norma en nuestro ordenamiento jurídico que prohíba la participación de los funcionarios del Poder Ejecutivo en los procesos de referéndum; no fue la intención del legislador la de prohibir la participación de estos funcionarios (como se demostró por medio de la lectura de las actas de la comisión de la Asamblea Legislativa que aprobó el proyecto de ley de referéndum); los procesos de carácter consultivo y electivo persiguen finalidades distintas, por ende, no se puede aplicar supletoriamente la prohibición que contempla en el antiguo artículo 88 de Código Electoral (una interpretación contraria implicaría una confrontación con los principios de tipicidad, legalidad y reserva de ley); la labor del Tribunal Supremo de Elecciones en la puesta en marcha de un proceso de referéndum es fomentar la mayor participación de los ciudadanos y el debate político que se pueda generar en relación con el tema objeto de consulta (en aplicación del principio de pro-participación); prohíbe el uso del erario público para favorecer a cualesquiera de las tendencias en disputa, evitando con esto que el Estado eche mano de su enorme poder económico para hacer propaganda, ya que cuenta con los fondos suficientes para desbalancer cualquier campaña e influir directamente en la decisión del electorado. Sin embargo, para brindar una mayor claridad y seguridad durante el proceso de referéndum, se recomienda que en el futuro se contemplen normativamente dichas disposiciones para originar reglas claras a las cuales los ciudadanos puedan acudir en caso de duda.

V. LITERATURA CONSULTADA

LIBROS

- Confederación Suiza. 1999. *Constitución Federal de la Confederación Suiza. Consejo Federal.*
- Constitución Política de Costa Rica.* 1949. Vigésimo tercera Edición. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Constitución Española.* 1978. Madrid, España: Junta Electoral Central.
- Feoli, Ludovico. *Jornada de análisis sobre el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.* San José, Costa Rica.: 2009.
- López González, José Luis. *El Referéndum en el Sistema Español de Participación Política.* Valencia, España.: Editorial de la UPV, 2005.
- República Oriental del Uruguay. 1967. *Constitución Política de la República Oriental del Uruguay de 1967.* Corte Electoral.
- Sobrado González, Luis Antonio. *Código Electoral.* San José, Costa Rica.: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2009.
- Sobrado González, Luis Antonio. *La Justicia Electoral en Costa Rica.* San José, Costa Rica.: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2005.
- Solano Mojica, Moisés. *Código Municipal.* San José, Costa Rica.: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 2010.
- Soriano, R. y Rasilla, L. *Democracia Vergonzante y Ciudadanos de Perfil.* Granada, España: Editorial Comares, 2002.

TRABAJOS FINALES DE GRADUACIÓN

- Robles Leal, Alejandro José. 2009. *El control de constitucionalidad de las normas sometidas a referéndum.* Tesis para optar al título de Licenciado en Derecho, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio Brenes: Universidad de Costa Rica.

REVISTAS

- Esquivel Faerron, Max ALberto. "Referéndum en Costa Rica: La Primera

Experiencia". En: *Revista de Derecho Electoral*, 1(6):1-46, (Segundo Semestre, 2008).

García, R y González, J. "Repaso histórico de los Institutos de Democracia Semidirecta en Costa Rica". En: *Revista de Derecho Electoral*, 1(5):1-41, (Primer Semestre, 2008).

González Risoto, Rodolfo. "La Democracia Directa en Uruguay". En: *Revista de Derecho Electoral*, 1(6):1-46, (Segundo Semestre, 2008).

González Risoto, Rodolfo. Los institutos de Democracia Directa en Uruguay. En: *El Mundo Electoral*, 1(4):1-3. (Enero, 2009).

Sobrado González, Luis Antonio. "Primera experiencia de Referéndum en Costa Rica". En: *Revista de Derecho Electoral*, 1(4):1-19, (Segundo Semestre, 2007).

Urruty Navatta, Carlos Alberto. "El Plebiscito y el Referéndum en la Constitución Uruguaya". En: *El Mundo Electoral*. 1(6):1-5, (Septiembre, 2009).

Urruty Navatta, Carlos Alberto. "Primera experiencia de Referéndum en Costa Rica". En: *Revista de Derecho Electoral*, 1(4):1-13, (Segundo Semestre, 2007).

Zobatto Garetto, Daniel. "Las Instituciones de la Democracia Directa a Nivel Nacional en América Latina: Un Balance Comparado: 1978-2007". En: *Revista de Derecho Electoral*, 1(4):1-51, (Segundo Semestre, 2007).

SITIO WEB

Serdült, Uwe. "La Democracia directa en Suiza: El malestar." http://www.dd-la.ch/download/Serdult_Uwe.pdf. 18 de junio del 2010.

JURISPRUDENCIA

Corte Electoral de Uruguay. Sentencia número 24942 del 17 de enero de 1990.

Corte Electoral de Uruguay. Sentencia número 26789 del 7 de noviembre de 2007.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia número 3173-93 de las 14:57 horas del 6 de julio de 1993.

Tribunal Supremo de Elecciones. Sentencia número 004-1996 de las 9:30 horas del 3 de enero de 1996.

Tribunal Supremo de Elecciones. Sentencia número 2618-E-2005 de las 12:30 horas del 7 de noviembre de 2000.

Tribunal Supremo de Elecciones. Sentencia número 3384-E-2006 de las 11:00 horas del 24 de octubre de 2006.

Tribunal Supremo de Elecciones. Sentencia número 847-E7-2008 de las 9:25 horas del 5 de marzo de 2008.

Tribunal Supremo de Elecciones. Sentencia número 1119-E-2007 de las 14:20 horas del 17 de mayo de 2007.

Tribunal Supremo de Elecciones. Sentencia número 2458-E-2007 de las 14:04 horas del 18 de setiembre de 2007.

Tribunal Supremo de Elecciones. Sentencia número 639-E-2004 de las 10:05 horas del 11 de marzo del dos mil cuatro.

Tribunal Supremo de Elecciones. Sentencia número 3706-E-2006 de las 9:50 horas del 25 de noviembre de 2006

Tribunal Supremo de Elecciones. Sentencia número 1310-E-2000 de las 15:50 del 27 de junio del 2000.

Tribunal Supremo de Elecciones. Sentencia número 2534-E-2007 de las 15:00 horas del 21 de setiembre de 2007.

Tribunal Supremo de Elecciones número 0119-E8-2008 de las 9:45 horas del 16 de enero de 2008.