

OBSERVATORIO DE REFORMAS POLÍTICAS EN AMÉRICA LATINA

Documento de Trabajo No. 14

La Iniciativa Ciudadana de Referéndum: lineamientos para su reforma

Sebastián Linares
Yanina Welp

Octubre de 2019

Resumen

La iniciativa ciudadana de referéndum (ICR) permite a la ciudadanía someter a votación popular un proyecto de ley, la validación o veto de una ley sancionada por el Congreso (o un decreto del Ejecutivo), o un proyecto de reforma constitucional. En un escenario de creciente desencanto ciudadano con la capacidad transformadora de la política y con los políticos, las ICR están especialmente preparadas para ofrecer canales de refuerzo en ambas direcciones: poniendo limitaciones al poder y dando herramientas a la ciudadanía para intervenir en la toma de decisiones. Y, en principio, su regulación se ha expandido en los países de América Latina. Sin embargo, su desempeño es muy pobre y dista de derivar en los resultados esperados. Partiendo de esta evidencia este documento identifica las reformas necesarias para que las ICR no sean letra muerta.

Palabras clave

Iniciativa ciudadana de referéndum (ICR), América Latina, diseños institucionales, democracia, participación ciudadana

Introducción

Este documento parte de un presupuesto: incrementar la capacidad del sistema político de canalizar y dar respuesta a las demandas ciudadanas –en el marco de la legalidad y a través de las instituciones– permite sostener mejor un andamiaje democrático bajo presión. Y, en este sentido, los mecanismos de democracia directa activados por la ciudadanía son los más indicados para cumplir esa función. Nos referimos concretamente a las iniciativas ciudadanas de referéndum (ICR), que permiten a la ciudadanía, a través del expediente de reunir un determinado número o porcentaje de firmas, someter a votación popular un proyecto de ley, la validación o veto de una ley sancionada por el Congreso (o un decreto del Ejecutivo), o un proyecto de reforma constitucional. Nótese que la definición excluye la iniciativa de agenda, porque no permite el voto, y excluye también el referendo de revocatoria del mandato, porque se orienta a remover o confirmar autoridades y no a promover o bloquear propuestas legislativas o constitucionales. Las ICR permiten la toma de decisiones sobre cuestiones que no refieren a personas sino a políticas públicas y marcos institucionales.

Que los mecanismos de participación ciudadana pueden ofrecer canales de refuerzo a la democracia poniendo limitaciones al poder y dando herramientas a la ciudadanía para intervenir en la toma de decisiones goza de consenso. No es sólo una cuestión retórica o discursiva. Esta agenda está presente a nivel institucional en América Latina, como evidencia

una oleada de reformas constitucionales que en las últimas décadas ha impulsado la regulación de ICR. Tal es así, que diez países de la región la incorporan (ver Tabla 1).

Sin embargo, el despliegue normativo no se correlaciona con un incremento de los referendos iniciados por la ciudadanía (mientras si se observa un crecimiento considerable de referendos activados por las autoridades), lo que ha conducido a investigar las razones de este bajo desempeño (véase Linares y Welp 2019, Sandoval 2019, Pozo 2019, Raventós 2019, Lissidini 2015). El análisis de algunos países ha mostrado que la ausencia o baja tasa de activación de de ICR no obedece a desconocimiento de la sociedad civil o a su incapacidad de organización, sino que deriva del fracaso de los intentos de activación: las iniciativas se declaran inadmisibles, su admisibilidad se posterga sine die, no consiguen alcanzar el umbral de firmas en el plazo legal, o las firmas se invalidan, se declaran inconstitucionales con carácter previo, o no se autoriza el referéndum, entre las más comunes. Con estas evidencias como telón de fondo, el objetivo de este documento es ofrecer recomendaciones concretas para un mejor diseño institucional de las ICR, que promuevan su incorporación como instrumentos útiles para canalizar demandas ciudadanas y frenar la espiral del desencanto.

El trabajo se estructura en tres secciones. La primera presenta sucintamente la diversidad de ICR. La segunda sección presenta el despliegue de regulación en América Latina, también muy brevemente. La tercera identifica los problemas observados y plantea soluciones a los mismos en el plano del diseño institucional. Somos conscientes de que la regulación institucional no agota la discusión ni garantiza las buenas prácticas, pero estamos convencidos de que es un punto de partida ineludible.

I. Tipos de regulación

Existen dos tipos de ICR: las directas y las indirectas¹. Las ICR directas se presentan ante la autoridad correspondientes (que puede ser electoral, administrativa o el mismo Congreso) y, de cumplir con los requisitos estipulados, dan lugar a que se convoque un referéndum. La principal diferencia con las iniciativas indirectas es que éstas deben ser discutidas en sede legislativa y sólo si son rechazadas o si ha vencido el plazo legal para su tratamiento en el plenario (dependiendo de la legislación), derivan en la convocatoria de un referéndum.

Es otras palabras, la ICR deriva en un referéndum incluso cuando las autoridades políticas representativas están en desacuerdo con el proyecto o propuesta legislativa o constitucional, pero las directas lo hacen sin mediación mientras las indirectas requieren un paso previo de rechazo o no tratamiento. Esta característica es importante porque permite distinguir a las iniciativas ciudadanas de referéndum (ICR) de las llamadas “iniciativas de agenda”, y –como las llamaremos aquí, con una clara intención crítica– de las iniciativas ciudadanas de referéndum “impropias”.

1

Véase Ballotpedia, iniciativas ciudadanas “indirectas” de referendum: https://ballotpedia.org/wiki/index.php/Indirect_initiative_statute.

En las iniciativas de agenda, los ciudadanos pueden –a través del expediente de reunir un determinado número de firmas legalmente exigidas– introducir en la agenda de una Asamblea Legislativa un determinado proyecto de ley o de reforma constitucional, pero la Asamblea Legislativa tiene la potestad de rechazarlo por mayoría de votos, sin que dicho rechazo obligue a convocar un referéndum.

En las iniciativas ciudadanas de referéndum impropias, si los ciudadanos reúnen las firmas, el Congreso tiene la potestad de “autorizar” la convocatoria del referéndum. Estas ICR impropias se distinguen de las iniciativas de agenda en que el Congreso en principio no se pronuncia ni debe pronunciarse sobre el contenido del proyecto presentado, simplemente tiene el poder de autorizar o no, por mayoría de votos, el referéndum. En cambio, en las iniciativas de agenda el Congreso tiene la obligación de pronunciarse sobre la propuesta; sin embargo, y con independencia de cuál sea la decisión, nunca implica la convocatoria de un referéndum. Finalmente, tenemos un caso “sui generis” o mixto, el de las iniciativas ciudadanas de agenda pero con convocatoria ficta de referéndum: el Congreso puede rechazar el proyecto planteado por la ciudadanía sin que el rechazo active un referéndum, pero en caso de silencio del Congreso –pasado un plazo sin expedirse– se convoca automáticamente un referéndum (por un análisis de los casos latinoamericanos véase Linares y Welp 2019). La tabla I sintetiza estas modalidades.

Tabla I. Tipología de Iniciativas Ciudadanas de Referéndum*

Denominación		Efectos
ICR propias	Directas	Se convoca directamente un referéndum
	Indirectas	Rechazo legislativo o falta de tratamiento obliga a convocar un referéndum
Sui generis	“Impropias”	Congreso no debe pronunciarse, pero tiene potestad para autorizar o no el referéndum
	Iniciativas de agenda con convocatoria ficta	Si el Congreso rechaza, el proyecto muere, si no lo trata en un plazo, entonces se convoca un referéndum.

Fuente: elaboración propia

* Se excluyen las iniciativas de agenda que no permiten la convocatoria de referéndum y el referendo revocatorio que refiere a personas y no a políticas.

Las ICR varían según su carácter sea directo o indirecto, su objeto y la facilidad o dificultad del procedimiento (número o porcentaje de firmas, tiempo para reunir las, quorum de participación, etc.) entre otros. También pueden ser clasificadas según la materia sobre la que versen. Pueden ser interpuestas para activar un referéndum respecto de un nuevo proyecto

de ley (ICR materia legislativa) o de reforma constitucional (ICR reforma constitucional), o para convocar un referéndum en procura de la derogación de una ley aprobada por el Congreso y que ha entrado en vigor (ICR derogatorio o abrogativo de las leyes), o para evitar la ratificación de un tratado, o rescindirlo en caso de haber sido aprobado (ICR rescisorio de tratados internacionales). También pueden ser interpuestas para derogar un decreto del Poder Ejecutivo (ICR derogatorio de decretos).

Las ICR de reforma legal o materia legislativa se regulan en sus dos vertientes: proactiva, o de propuesta de ley, y reactiva, o derogatoria de las leyes. Las proactivas procuran colocar en la agenda y someter a votación popular nuevas propuestas de ley, mientras que las reactivas procuran “derogar” una ley (o decreto) que ha sido aprobado por la Asamblea Legislativa (o Poder Ejecutivo). Típicamente, las ICR reactivas, cuando se receptan como tales, establecen un plazo más breve que las proactivas, además de que regulan umbrales de firmas distintos. Esto es así porque las ICR proactivas teóricamente siempre pueden ser usadas no sólo para introducir nuevos contenidos normativos, sino también para derogar (de manera explícita – v.gr. “derogase el art...”-, o simplemente mediante la aprobación de contenidos contradictorios) normas legales vigentes.

2. Incorporación de la ICR en América Latina, a nivel nacional

En el constitucionalismo comparado no son muchos los países que receptan la ICR en el nivel nacional, siendo los más notables los casos de Suiza, Uruguay, Italia, Eslovenia y Hungría, además de Liechtenstein (para una lista completa, véase Serdult y Welp, 2012: 76). En América Latina, Uruguay es el caso más destacable, con una larga tradición en materia de ICR (desde 1934), y un uso muy frecuente de las mismas por parte de la ciudadanía, que ha recibido ya numerosos análisis (véase Lissidini 2015).

Tabla 2. Países de América Latina que incorporaron ICR (nivel nacional)

Países	ICR	Año reglamentación
Argentina	No	-
Bolivia	Sí	2010
Brasil	No	-
Chile	No	-
Colombia	Sí	1994
Costa Rica	Sí	2006
Ecuador	Sí	2010
El Salvador	No	-
Guatemala	No*	-
Honduras	Sí	2012
México	Sí	2014
Nicaragua	Sí	2000
Panamá	No	
Paraguay	No	
Perú	Sí	1994
Uruguay	Sí	1967
Venezuela	Sí	Aun no reglamentado

Nota: * La CN de Guatemala establece que no menos de 5 mil ciudadanos podrán proponer reformas constitucionales al Congreso (art. 277), y si éstas son aprobadas con las 2/3 partes de los miembros, se someten a consulta popular (art. 280). Se trata de una iniciativa de agenda de reforma constitucional y por ello es descartada del análisis.

En las últimas tres décadas, no obstante, se ha producido una paulatina recepción de las ICR en el nivel nacional en América Latina, siendo Colombia (Ley 134, 1994), Perú (Ley 26.300, 1994), Venezuela (1999), Nicaragua (Ley Electoral 331, 2000), Costa Rica (Ley 8492, 2006), Bolivia (Ley 26, 2010), Ecuador (LOPC, 2010), Honduras (Decreto 190, 2012) y México (Ley Federal de Consulta Popular, 2014) los países que las adoptaron, bajo diferentes formatos.

Aquí no nos proponemos hacer un análisis de las prácticas, que ya han realizado otros autores y nosotros mismos en trabajos previos². La evidencia es contundente, las ICR, con la excepción de Uruguay, no prosperan, mientras las activaciones iniciadas por los presidentes sí tienen a tener éxito. El análisis de los diseños institucionales nos ha permitido identificar los obstáculos que en buena medida explicarían este mal desempeño. A continuación los enunciamos y proponemos vías de reforma.

3. Los obstáculos a la activación de ICR

Los principales obstáculos a la activación de ICR dificultan la puesta en marcha de iniciativas y, a nuestro criterio de forma indebida, la bloquean o generan criterios impropios para decidir si procede. Un buen diseño institucional debería permitir a la ICR:

- canalizar demandas ciudadanas, y para ello debería ampliarse la regulación de estos mecanismos y su activación debería ser factible,
- articularse de forma virtuosa con las instituciones representativas, o sea, el congreso o parlamento podría y debería intervenir en el proceso como un actor que aporta contenidos al debate o incluso propuestas legislativas o constitucionales, pero nunca decidiendo sobre la validez del referéndum, que debería quedar en manos de las autoridades electorales, y
- enmarcarse en un entorno institucional adecuado, para lo que el control constitucional debería revisarse para dilucidar entre lo que requiere una debida discusión y garantías (la protección de derechos fundamentales) y lo que remite a asuntos de política pública cuya exclusión es injustificada.

Los obstáculos se agrupan en los que refieren a cuestiones de facilidad del procedimiento (firmas, plazos y validación); a las demandas que las ICR pueden canalizar y a la función de los órganos de control y acompañamiento.

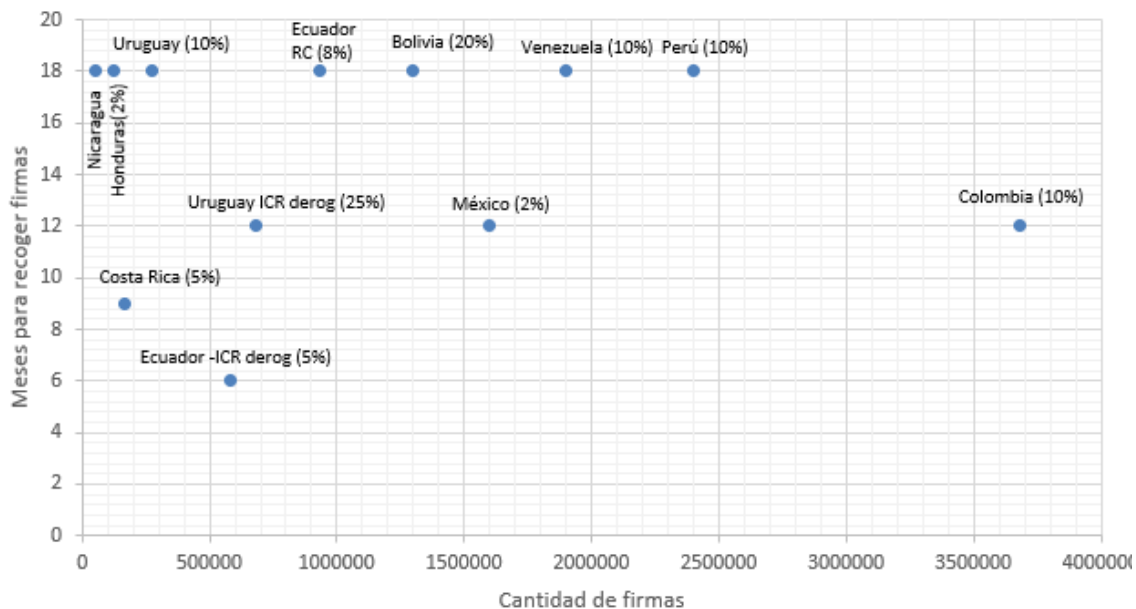
3.1 La factibilidad del procedimiento: firmas, plazos, exclusiones

El número de firmas es clave

Las perspectivas de alcanzar las firmas requeridas para activar una ICR y tener éxito obedecen a muchos factores, pero el umbral y el plazo de recogimiento es un punto central ya que puede ciertamente impedir en la práctica que las iniciativas prosperen, desanimando a los potenciales promotores. Para analizar las probabilidades de éxito, menos importante que el porcentaje de firmas requerido es el número absoluto. Los umbrales muy elevados a veces

² Véase Linares y Welp 2019, Sandoval 2019, Pozo 2019, Raventós 2019, Lissidini 2015, Altman 2017, Welp y Ruth 2017, Londono 2019, entre otros.

no alcanzan a impedir la presentación de propuestas cuando el número absoluto de firmas exigido es relativamente bajo (v.gr. como sucede en Uruguay, que establece un umbral alto del 10% sin plazo para recoger 270.000 firmas). Tratándose de números absolutos, Colombia es el país donde hay que recoger más firmas (circa 3.670.000 firmas), en el plazo bastante generoso de 12 meses. Le siguen Perú (con circa 2.400.000 firmas) sin plazo legal establecido, y México (con 1.600.000 firmas) en un plazo de 12 meses. En esta tabla cruzamos los plazos legales y el número absoluto de firmas (a los países que no establecen plazo legal le otorgamos el máximo número de meses contemplado en el gráfico, 18 meses):



Nota: rojo significa sin plazo legal.

Fuente: elaboración propia

En el gráfico puede verse que los regímenes más abiertos -cuadrante superior izquierdo- son Nicaragua, Honduras y Uruguay (para las ICR de reforma constitucional), ya que no establecen plazos legales y dan lugar a las cifras absolutas de firmas más reducidas en términos comparados. Sin embargo, otros factores inciden en la posibilidad de activación. Así, en Nicaragua y Honduras se exige la autorización legislativa de la convocatoria de referéndum, un elemento que desanima de antemano a los promotores. A ellos les sigue Costa Rica, con un número absoluto de firmas bajo pero un plazo legal de 9 meses, y después Ecuador. Bolivia, México, Perú y Colombia son los únicos países que superan el millón de personas para la recolección de firmas, una circunstancia que obliga a invertir cuantiosos recursos económicos, más cuando esas firmas hay que recogerlas en un plazo legal determinado (México y Colombia).

Regulación inadecuada del proceso de recogimiento de firmas

En América Latina, no existe ninguna previsión sobre la firma digital o la posibilidad de descargar los formularios y enviar por correo las planillas firmadas. Hay un elemento del régimen de Uruguay que es importante remarcar, y que podría servir de modelo para América Latina. En materia de democracia directa, son los creadores de una institución novedosa para el “recogimiento de firmas”: el llamado “pre-referendum”. En 1989 se modificó la ley de referéndums³ para introducir la convocatoria a depositar la firma un día domingo en los sitios oficiales definidos por la Corte Electoral. Desde esa ocasión, los referéndums abrogatorios transitan por la vía del pre-referendum: sitios oficiales provistos por el Estado para que en un día determinado (o dos, si en el primero no se alcanza el umbral) los defensores de la causa depositen su firma de apoyo. Este pre-referendum garantiza la confidencialidad de los firmantes, evita la coerción y el fraude, y socializa los costos de la campaña. También está en discusión la posibilidad de instrumentar asambleas de ciudadanos sorteados, con carácter autorizador o meramente informativo de las ICR interpuestas.

No hay regulación sobre aspectos centrales del proceso de recolección de firmas, como el hecho de el pago por la recolección de firmas. La legislación tampoco es clara en relación a los procedimientos de validación, que suelen aplicarse ad hoc.

Lagunas y falta de claridad en la definición de la admisibilidad

La falta de claridad de la legislación se hace evidente en el análisis de muchos casos. Por ejemplo, en Colombia la ley establece que “deberán someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso cuando se refieran a los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral” (art. 377 CP). No queda muy claro, del texto, si se trata de una ICR derogatoria de un proyecto de reforma aprobado por la primera legislatura (o por la segunda), o si además del 5% de ciudadanos del padrón se debe contar con la aprobación del Congreso para someter ese proyecto a votación popular. Tampoco queda claro si el 5% de ciudadanos se exige para las reformas que “no” refieran a los derechos y garantías y a los procedimientos de participación popular, o si en cambio la obligatoriedad procede cuando se combinan ambas cuestiones: la materia de derechos y procedimientos de participación, y la reunión del porcentaje de firmas.

Honduras aporta otro ejemplo, que, por cierto, abunda). Aquí, por un lado, se establece que los ciudadanos pueden solicitar la activación de un referéndum -que puede versar sobre algún contenido de la constitución- con el 2% de las firmas del padrón electoral (art. 4 decreto 190/2012), pero por el otro lado establece que “las peticiones de consultas

³ Se modificó el artículo 21 de la Ley N° 16.017.

ciudadanas se considerarán aprobadas si cuentan con el voto afirmativo de la simple mayoría de la totalidad de miembros en el caso de leyes y asuntos ordinarios, y de las dos terceras partes de sus miembros, en el caso de asuntos constitucionales" (art. 6 decreto 190/2012), y acto seguido establece que el Congreso determinará el contenido de la consulta. No está nada claro, por lo tanto, que el rechazo expreso del Congreso Hondureño obligue a convocar un referéndum; más bien cabe interpretar que el referéndum sólo procede si cuenta con la aprobación del Congreso (en el caso de reforma constitucional, la autorización requiere del voto de 2/3 de sus miembros).

3.2 El mecanismo debe permitir canalizar demandas

Escasa e inapropiada regulación de las ICR indirectas

Las ICR, allí donde forman parte de una práctica consolidada, ya no se conciben como mecanismos de reemplazo a la democracia representativa. Las experiencias muestran que las ICR "indirectas", bien diseñadas, funcionan como un complemento virtuoso de la representación política, además de que ellas mismos canalizan otras formas de representación social. Sirven para alinear las políticas públicas con las preferencias del votante mediano, y pueden concebirse como un resorte que robustece la comunicación entre los partidos y la sociedad: dado que toda política pública puede ser rechazada o desafiada a través de una ICR, los partidos necesitan lograr consensos más allá de sus escaños legislativos, propiciando una dinámica de comunicación social mucho más amplia y diversa. Además, propician la deliberación democrática. Al transitar por una fase de debate legislativo, los promotores explican ante los representantes los motivos y razones de las propuestas y se exponen a críticas en un entorno público y auditable, que da espacio para acercar posiciones y realizar ajustes a la luz de argumentos y consideraciones que pudieron no haber sido tenidos en cuenta (deberían garantizarse las instancias para que esto ocurra).

Sin embargo, muy pocos países en América Latina regulan las ICR indirectas (Ecuador, Perú y Colombia), y aquellos pocos que la contemplan, la regulan como una fase complementaria de una iniciativa de agenda rechazada, obligando a los promotores a concentrar los esfuerzos de ampliación de firmas en un período de tiempo muy breve. En la práctica, a esta segunda fase nunca se llegó, de manera que las ICR "indirectas" son letra muerta.

Escasa regulación de ICR reactivas

Estos mecanismos aparecen como especialmente destacados para canalizar la protesta ciudadana e incentivar un mayor diálogo entre los legisladores y la ciudadanía. Pese a las virtudes de este formato, en América Latina, apenas tres países regulan la ICR indirecta: Uruguay, Colombia y Venezuela.

Limitaciones temáticas de interpretación indirecta

Con la excepción de Uruguay, Venezuela y Colombia, que permiten reformar cualquier contenido constitucional, en el resto de países las ICR de reforma constitucional sólo se pueden interponer respecto de ciertas materias o asuntos. Como ya mencionamos, es importante distinguir entre “asuntos prohibidos” y “prohibiciones sustantivas genéricas”. Las primeras establecen ciertas materias o áreas de competencia como prohibidas: por ejemplo, materia fiscal, electoral, derecho penal, entre otras. Las segundas, en cambio, refieren a consecuencias o efectos de la legislación: por ejemplo, leyes “que restringen los derechos humanos”, leyes “que afectan el orden público”, o leyes que inciden en los “egresos del Estado”. Aunque siempre hay situaciones dudosas, de difícil encuadre, la identificación de los casos típicos que encuadran en la primera categoría es directa, mientras que en los de la segunda requiere de evaluaciones sobre las consecuencias de las propuestas, y potencialmente cualquier ley, de cualquier materia, puede encuadrar en esta categoría. Mientras que la determinación de un “asunto prohibido” es directa, la evaluación de las prohibiciones sustantivas genéricas es indirecta.

El problema es que las prohibiciones sustantivas genéricas combinadas con el control preventivo en abstracto de constitucionalidad conceden un margen de discrecionalidad muy amplio al poder judicial, desalentando la interposición de ICR. Si encima el control se lleva a cabo “después” del recogimiento de firmas, pero antes de la convocatoria del referéndum, la incertidumbre que enfrentan los promotores es aún mayor, ya que los perjuicios económicos pueden ser cuantiosos. Cláusulas que funcionan como “prohibiciones sustantivas genéricas” pueden encontrarse en Bolivia, Perú, Ecuador y México.

3.3 Las instituciones deben tener competencias que les son propias

El congreso no puede ser juez y parte

La vía que aquí denominamos impropia debe ser eliminada, ya que otorga al congreso la potestad de decidir si el referéndum tiene o no lugar. Consideramos que, si la ICR busca otorgar voz a la ciudadanía para tomar o revocar decisiones que el Congreso ha tomado o no ha incorporado, atribuirle el poder de juzgar la iniciativa ciudadana no es justificable. El Congreso debería, como en el diseño suizo, estar habilitado para promover contrapropuestas y elaborar alternativas con los promotores, pero no para decidir sobre la viabilidad de la iniciativa ciudadana. Honduras, Venezuela y Colombia regulan esta vía impropia.

Uno de los objetivos centrales de las ICR -directas o indirectas- es el de activar un referéndum incluso cuando los representantes o autoridades políticas no estén de acuerdo con su contenido. Cuando se requiere la autorización o aprobación del Congreso, las ICR pasan a perder una de sus notas esenciales, ya que dejan de ser eficaces como herramienta para corregir la alineación entre preferencias ciudadanas y políticas públicas.

Vamos un ejemplo. La ley colombiana establece para las iniciativas de referéndum de reforma constitucional que, a iniciativa del 5% de ciudadanos registrados en el censo electoral, “el Congreso mediante ley que requiere la aprobación de la mayoría de los miembros de ambas Cámaras podrá someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorpore a la ley” (art. 378 CP, art. 33, Ley 134/1994). Esta disposición debe ser interpretada como estableciendo una especie de iniciativa de agenda de reforma constitucional. Es decir, un 5% de ciudadanos puede presentar un proyecto de reforma constitucional, y el proyecto necesitar ser aprobado en una Legislatura y ser ratificado en una segunda legislativa para entrar en vigor (art. 375 CP), y sólo si el Congreso decide por mayoría de votos de ambas cámaras puede llamar un referéndum.

Atribución de competencias impropias a la Corte constitucional

Otro problema identificado en distintos casos es el de la atribución de competencias impropias a la Corte Constitucional. Esto se observa, por ejemplo, en Ecuador. Aquí se regulan dos vías de ICR de reforma constitucional: la ICR directa, mediante recolección del 8% de las firmas del padrón (art. 441 CP, 13 LOPC), y la ICR indirecta, que tramita primero como iniciativa de agenda (con el 1% de firmas del padrón). En este caso, si el Congreso no se expide en un año, el grupo promotor podrá solicitar que se someta a consulta popular sin necesidad de presentar el 8% (art. 103 CP, art. 442 CP; art. 17 LOPC). Ahora bien, la ley atribuye a la Corte de Constitucionalidad la facultad de decidir, una vez recolectadas y verificadas las firmas, cuál de las vías debe transitar (art. 15 LOPC), y sucede que en el marco de la vía indirecta, la Constitución dice que “el proyecto de reforma se aprobará por la Asamblea Nacional”, y sólo una vez aprobado se convocará a referéndum (art. 442 CP), lo que significa que la Asamblea puede rechazar la propuesta sin que ello desemboque en un referéndum constitucional. Y no está nada claro que, si un grupo ciudadano junta un 8% de las firmas, se exima por ello de pasar por la vía indirecta, ya que es la Corte Constitucional la que decide cuál es la vía que corresponde, y la ley no ofrece criterios claros para distinguir cuándo habrá de escogerse una u otra vía. Esto atribuye competencias impropias a la corte, ya que es una cuestión procedimental y no jurídica, abriendo las puertas a la arbitrariedad en contextos de debilidad del estado de derecho.

El control de constitucionalidad “preventivo” amplio es indebido

El control de constitucionalidad, como ya se puede anticipar en el párrafo precedente, es un tema clave. Los Estados que cuentan con una larga tradición de ICR (Suiza, Estados locales del oeste de los Estados Unidos -California, Oregon, Washington State, algunos Länder de Alemania) tienden a impedir o limitar considerablemente el control judicial de constitucionalidad “preventivo” por razones sustantivas. En Suiza, por ejemplo, el Supremo Tribunal no tiene la facultad de control judicial de constitucionalidad de las leyes, y prácticamente no hay restricciones sustantivas sobre lo que una ICR puede intentar reformar.

En los Estados locales de Estados Unidos rige la doctrina que entiende que el recogimiento de firmas forma parte de las manifestaciones de la “libertad de expresión”, y por lo tanto debe ser protegida. El único control judicial previo, si cabe, es el procedimental y el relacionado con las “materias” o “asuntos” expresamente prohibidos (típicamente: materia electoral, tributaria, presupuestaria). Fuera de estos asuntos, los jueces se inhiben de juzgar “en abstracto” la compatibilidad de las propuestas de las ICR con las cláusulas de la constitución, y dejan esa cuestión para el futuro, para el evento de que los referéndums terminen siendo aprobados y generen algún conflicto entre partes.

El control judicial de constitucionalidad por razones sustantivas, por lo tanto, es predominantemente “ex post”. En Uruguay sucede algo parecido: sin un conflicto particular la Corte Suprema (única autoridad con poder de revisión judicial de las leyes) no puede juzgar en abstracto las contradicciones entre una propuesta de ICR y los contenidos de la Constitución, aunque las denegaciones –por parte de la Corte Electoral– de las ICR derogatorias de las leyes por razones de “materia prohibida” (tributaria y presupuestaria) terminarán zanjándose en sus estrados. En cualquier caso, el control “ex ante” que se ejerce en Uruguay funciona de manera muy limitada, y está circunscrito a controlar que las ICR no involucren asuntos expresamente prohibidos. Es decir, en los países donde las ICR funcionan no se observa un control “preventivo” (que siempre es en abstracto) amplio, sino muy limitado y siempre bajo interpretación restrictiva.

En América Latina la tendencia es hacer caso omiso a esta tradición, y facultar a los Tribunales Electorales, Cortes Constitucionales o Cortes Supremas, a ejercer un control “preventivo” amplio, que va más allá de los “asuntos prohibidos”. Esto puede darse de dos maneras. La primera, es la de estipular un conjunto de restricciones sustantivas muy amplio que van más allá de los “asuntos prohibidos” (electoral, presupuestario, tributario) y consignar además “prohibiciones sustantivas genéricas” (v.gr. Propuestas “que no afecten los derechos constitucionales”) y exigir un control preventivo en abstracto de las mismas.

El caso de México ejemplifica lo dicho. En 2014 la mayoría de los ministros de la Corte Suprema Mexicana decidió interpretar de manera amplia el candado constitucional que señala la prohibición genérica sustantiva de realizar consultas sobre los ingresos y egresos del Estado. En vez de interpretarlo restrictivamente como un asunto materia prohibida, en este caso, materia fiscal (ley de presupuesto), se interpretó como una prohibición genérica sustantiva. De esta manera, cualquier propuesta de consulta que afectara directa o indirectamente las finanzas públicas sería inconstitucional. Lo importante es que las iniciativas habían completado la recogida de firmas⁴, y el fallo vino después, una vez verificadas las mismas por la autoridad electoral. ¿Qué decisión de gobierno no afecta las finanzas públicas

⁴ Véase Canal Judicial, “Consultas cumplen con las firmas necesarias”, 4/10/2014. <https://canaljudicial.wordpress.com/2014/10/14/consultas-populares-cumplen-con-numero-de-firmas-necesarias-inemexico/>. Es interesante ver que, según la fuente de la noticia, la verificación de firmas supuso el trabajo de 1700 personas con más de 500 computadoras, y costó 300 millones de pesos mexicanos (15 millones de dólares!)

así interpretada? Evidentemente, con esta interpretación la ICR no tiene chances de tener éxito en el país en prácticamente ninguna circunstancia, o al menos no en una que tenga relevancia para la ciudadanía-

La otra vía es la de estipular un número limitado y restrictivo de “asuntos prohibidos”, pero autorizar a través de la jurisprudencia un control “preventivo” amplio sobre cualquier contradicción que las ICR pudieran plantear en relación con el texto constitucional. En Costa Rica, por ejemplo, se establecen restricciones sustantivas limitadas (presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos, actos de naturaleza administrativa -art. 105 CP). Sin embargo, prevaleció la doctrina de que tanto la autoridad electoral como la Sala Constitucional pueden llevar a cabo un control preventivo no sólo sobre estas materias, sino sobre cualquier otra materia que contradiga el texto constitucional. En la práctica, el Tribunal Supremo Electoral realiza el control del artículo 105, y la Sala Constitucional cualquier otra inconstitucionalidad sustantiva, ya que se puede impugnar el proceso de recolección de firmas y la propuesta a través de la vía del amparo electoral y la acción de amparo tradicional⁵.

Síntesis de Recomendaciones

1. Eliminar el control preventivo “amplio” sobre “prohibiciones sustantivas genéricas” y limitarlo sólo a los asuntos prohibidos (que también deben limitarse y reconsiderarse).
2. Regular las iniciativas ciudadanas de referéndum “indirectas”, y suprimir las “directas” y aún más las impropias. La iniciativa de agenda no funciona, como muestra con contundencia la investigación más reciente. Cabe empoderar a la ciudadanía con mecanismos que obliguen a la discusión y permitan en última instancia activar consultas, con los requisitos, tiempos y garantías debidos.
3. Cabe establecer “umbrales” de firmas de “proporcionalidad decreciente”, que vayan reduciéndose geométricamente a medida que aumenta la población con derecho a voto.
4. Regular el debate legislativo con el grupo promotor y la contrapropuesta legislativa: debe asegurarse que al menos una de las sesiones de debate en comisión sea pública. Los legisladores y el grupo promotor pueden acercar posiciones y cambiar el texto de la propuesta. Si hay consenso y si los delegados de los firmantes aceptan la contrapropuesta de los legisladores, luego pasará al plenario y será aprobada. Si no hay consenso y si en comisión plenaria se rechaza la iniciativa ciudadana, entonces el Congreso podrá plantear una contrapropuesta legal, caso en el cual se convocará un referéndum popular en el que se someterá a votación la propuesta ciudadana y la contrapropuesta del Congreso. Los votantes podrán votar por sí o por no de ambas propuestas, como así también expresar cuál de ellas ha de prevalecer en el supuesto de que las dos reciban la mayoría absoluta de votos.

⁵

Agradecemos los comentarios al respecto del magistrado electoral de Costa Rica, Hugo Picado

3. Regular las ICR reactivas, con umbrales y plazos diferenciados a los de la ICR proactiva.
4. Regular la firma digital, y el proceso de recogimiento de firmas tradicional de manera de que se obligue a consignar advertencias de que hay recolectores contratados.
5. Estudiar la posibilidad de reemplazar la recolección tradicional de firmas por el modelo del “pre-referéndum”, o la autorización a través de mini-públicos.
6. Consignar la prohibición de modificar por vía legislativa el referéndum aprobado a menos de que se haga por mayoría cualificada, hasta el próximo mandato legislativo.

Referencias

Altman, David (2019) *Citizenship and Contemporary Direct Democracy*. Cambridge University Press.

Lissidini, Alicia. 2015. *Democracia directa en América Latina: avances, contradicciones y desafíos*, Disponible en <http://nuso.org/> (visitado 15 de abril de 2016).

Londono, Juan Fernando. En prensa. “El referendo en Colombia: un amor no correspondido” en Tuesta Soldevilla, Fernando y Welp, Y., *El diablo está en los detalles: Referéndum y poder político en América Latina*. Lima: PUCP.

Lozano Tello, G. 2015. *las Iniciativas Ciudadanas de Reforma Constitucional: mecanismo participativo ineficaz para la solución de los problemas de representación*. Unversidad de Valencia. Disponible: <http://files.pucp.edu.pe/sistema-ponencias/wp-content/uploads/2015/01/Jeanette-Lozano-Ponencia-ALACIP.pdf>

Pozo, Juan Pablo. En prensa. “Ecuador: la consulta popular, entre lo ciudadano y lo político”, en Tuesta Soldevilla, Fernando y Welp, Y., *El diablo está en los detalles: Referéndum y poder político en América Latina*. Lima: PUCP.

Raventós, Ciska. En prensa. “Democracia directa en Costa Rica: el diablo está donde se definen y aplican las reglas”, en Tuesta Soldevilla, Fernando y Welp, Y., *El diablo está en los detalles: Referéndum y poder político en América Latina*. Lima: PUCP.

Raventós, Ciska. 2018. *Mi corazón dice No. El movimiento de oposición al TLC en Costa Rica*: Editorial UCR.

Sandoval, Martha. En prensa. “Dime cómo está regulada y te diré cómo funciona: La Consulta Popular en México”, en Tuesta Soldevilla, Fernando y Welp, Y., *El diablo está en los detalles: referéndum y poder político en América Latina*. Lima: PUCP.

Serdült, Uwe y Welp, Yanina. 2012. “Direct Democracy Upside Down”, *Taiwan Journal of Democracy* 8 (1): 69-92.

Suárez Antón, Orestes y Welp, Yanina. 2019. “¿Papel mojado? Análisis de la Iniciativa Legislativa Popular en Colombia”, *Estudios Políticos (Universidad de Antioquia)*, 54.

Welp, Yanina y Saskia P. Ruth. 2017. “The Motivations Behind the Use of Direct Democracy”, in Ruth, Saskia P.; Welp, Yanina and Laurence Whitehead (Eds.) *Let the People Rule? Direct Democracy in the Twenty-First Century*. Colchester: ECPR Press, 99-119.

Cómo citar: Linares, Sebastián y Yanina Welp. 2019. *La Iniciativa Ciudadana de Referéndum: lineamientos para su reforma*. Documento de trabajo N° 14. México: Observatorio de Reformas Políticas en América Latina, IJ-UNAM, Organización de los Estados Americanos (OEA).