

APRECIACIONES JURÍDICAS SOBRE EL REFERENDO DEL 7 DE OCTUBRE DE 2007 (COSTA RICA)

Dr. Bernal Arias Ramírez^(*)

Abogado y Politólogo

(Recibido 20/03/08; aceptado 26/11/08)

-
- (*) El presente trabajo se realizó con ocasión de la ponencia del autor, en la actividad “*Jornada de Análisis sobre el Referéndum 2007*”, organizada por el Centro de Investigación y Adiestramiento Político y Administrativo CIAPA y el Tribunal Supremo de Elecciones TSE, el día 26 de marzo de 2008, en las instalaciones del mencionado Centro.
- (**) Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid. Profesor en el Posgrado y Pregrado de Ciencias Políticas de la Universidad de Costa Rica. Consultor, investigador jurídico y social independiente.

E-mail: baris3@yahoo.com

Teléfono: 2236-1275

RESUMEN

El trabajo que se presenta esta fundado en el análisis crítico y balance sobre presupuestos, normas, resoluciones, acuerdos e interpretaciones relativas al acto comicial de consulta ciudadana, efectuado en Costa Rica el 7 de octubre de 2007 *“Referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, TLC”*. Tiene fundamentalmente cuatro ejes de examen, el primero, sobre actos electorales preparatorios, el segundo plano concerniente a garantías en el proceso, en tercer lugar, se aborda el papel de los medios de comunicación y la propaganda, para culminar con interpretaciones relativas hacia la acción practicada por algunos actores en la contienda electoral. También hay aporte sobre observaciones al diseño insuficiente de la ley reguladora de ese instituto.

Palabras claves: Referendo, Democracia, Tratado de Libre Comercio, Participación ciudadana, Actores sociales y políticos, Garantías electorales, Tribunal Supremo de Elecciones, Interpretación electoral.

ABSTRACT

This article is based on the critical analysis and balance on assumptions, rules, resolutions, agreements e interpretations related to the comitial act of civic consultation conducted in Costa Rica on October 7, 2007 *“Referendum for the people to approve or not the Dominican Republic, Central America and the United States Free Trade Agreement, CAFTA”*. Basically, it has four lines of analysis: the preliminary electoral acts; second, the guarantees in the process; third, the role of mass media and advertising; and finally, the interpretations related to the action carried out by some actors in the electoral fight. Furthermore, there is a contribution on observations on the inappropriate design of the regulating law of such institute.

Keywords: Referendum, Democracy, Free Trade Agreement, Civic Participation, Social and political actors, Electoral guarantees, Supreme Electoral Court, Electoral interpretation.

SUMARIO

Introducción

- I. Normas e interpretaciones sobre aspectos preparatorios del referendo de 7 de octubre de 2007
 1. Sobre la polémica, si debió ser un Referendo a iniciativa ciudadana ó a iniciativa del Poder Ejecutivo en concurso con la Asamblea
 2. Cambio de fecha del referendo, por consultas ante la Sala Constitucional
- II. Normas e interpretaciones sobre garantías en el proceso
 1. Mando sobre la fuerza pública o colaboración mutua entre TSE y Ministerio de Seguridad
 2. Garantías de transparencia y el control de las fuentes de financiamiento de los sectores que participan en el referéndum
 3. Sistema de votación mediante la huella dactilar o bolígrafo.
- III. Medios de comunicación y propaganda
 1. Consulta de opinión de los electores al cierre de urnas
 2. Regulación de la Propaganda en el Referendo.
- IV. Interpretaciones relativas a los actores
 1. Sobre la abstención del Presidente de la República, los Ministros, los Presidentes Ejecutivos y Gerentes de las Instituciones Estatales, de participar en eventos relacionados con el Referéndum
 2. El papel de las Universidades públicas especialmente el de la Universidad de Costa Rica

3. Participación de religiosos en las consultas referendarias
4. La inscripción de fiscales ciudadanos o la inscripción de fiscales partidarios
5. Acuerdo del TSE que ordena investigar lo relativo al memorando de los Señores Casas y Sánchez.

A modo de conclusión

Fuentes documentales y bibliográficas

El referéndum se llevó a cabo a partir de un escueto marco normativo que obligó al organismo electoral a realizar una intensa labor interpretativa no carente de polémicas. Extracto Presentación Jornada de Análisis sobre el Referéndum 2007. TSE-CIAPA.

INTRODUCCIÓN

La Democracia participativa trata de un proceso ampliamente deliberativo para llegar a decisiones ciudadanas reforzadas, apoyadas por puntos de vista que pueden ser profesionales o de experto o de simple sensibilidad e interés de los individuos. De ningún modo el enfoque debe ser utilitarista del ciudadano para ratificar lo que los poderes buscan.⁽¹⁾ En palabras simples, son alternativas dispuestas por el sistema político para alcanzar mayores compromisos en sociedad.

Hay circunstancias en que el ciudadano requiere definir un asunto sin intermediación política, sobre la cual, en ocasiones, no se tiene ningún control, esta visión es válida. Girar el centro de gravedad de la decisión en una coyuntura dada, podría tener un valor asociado al involucramiento ciudadano y al afianzamiento de las instituciones democráticas, por virtud de que se está, no solo, para sufragar cada cuatro años y elegir autoridades, sino para definir concomitantemente, en aspectos puntales –los que se consulten–, los destinos del país, la región o la comunidad.

En momentos de ingobernabilidad acusada, de anomia social o de inviabilidad política en un país, se puede constituir en instrumento de gran utilidad por parte de las fuerzas en disputa. Irrecusablemente esta es una concepción instrumental restringida que se aleja de aquella que determina que la democracia directa ofrece mecanismos de participación y control ciudadano en asuntos de interés del “demos”, mediante la extensión de las actuales libertades públicas.

(1) Suele existir el enfoque utilitarista de grupos de poder para ratificar asuntos controversiales, previa medición demoscópica, pero al mismo tiempo, la democracia directa puede ser vista como una forma de sustraer a la elite, al partido imperante o al caudillo, del poder, fuerza y dominio sobre alguna decisión. A nuestro juicio ambas son deformaciones por contener visiones de forcejeo y manipulación. Para Urcuyo es importante impedir un gobierno plebiscitario, opinión que se le escuchó alguna vez al exdiputado Villanueva Badilla. El resquemor de estas opiniones se dirigen a que el uso abusivo de la figura se puede prestar al populismo, la demagogia y la manipulación de masas desde el poder o por los grupos de interés sectoriales, con recursos suficientes para manejar campañas de opinión pública. Para este politólogo, el referéndum es un instrumento ciudadano, no del poder. Cfr. URCUYO Fournier, Constantino, *Reforma Política y Gobernabilidad*, Editorial Juricentro S.A., 2003, p. 90-91.

Conviene agregar que el referéndum no pretende suplantar los mecanismos y el ejercicio normal de los poderes constituidos. En efecto, su aplicación no implica el asalto del Estado constitucional, sino que, al contrario, significa una complementación del sistema de *checks and balances*, de los frenos y contrapesos, en que descansa el Estado constitucional representativo.⁽²⁾

Siempre a modo introductorio, solo que, entrando en materia, de la lectura de la Ley No. 8492 que regula la puesta en práctica del referéndum, y haciendo un análisis propio de lo que quedó contenido en la ley, se pueden destacar las siguientes observaciones liminares sobre insuficiencias de la ley.

Agregado indeterminado a otras formas de participación ciudadana

El Constituyente reformador, al no otorgar al país la figura del referéndum facultativo o consultivo (cualquier tema de interés nacional), vedó dicha consulta; sin embargo, el legislador ordinario añadió en el artículo 1 de la ley 8492 un párrafo final que, a nuestro juicio, no contiene ningún valor –premisia indeterminada– pues no deviene de la Reforma Constitucional aprobada, aunque ciertamente era deseable que se incluyera en su oportunidad, cuestión que no ocurrió. Nos referimos a la frase que dice *“La regulación de este instrumento no impedirá el desarrollo de otras formas de participación ciudadana en la vida política, económica, social y cultural del país, ni el ejercicio de otros derechos políticos no mencionados en esta Ley.”* Esta frase es irrelevante como obligación para el Tribunal, ya que es declarativa, no atribuye fuerza ni contiene estructura.

Nula participación de los partidos políticos según la ley

Según la letra de la ley, sólo pueden participar ciudadanos, omitiendo a los partidos políticos en todo tipo de acto, por ejemplo, en propaganda, en integración de las JRV, en el impulso de foros; es decir,

(2) Cfr. DE VEGA, Pedro “La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente”, en *Temas Clave de la Constitución*, 4ta reimpresión, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, 309 p.

en todo el proceso, como expresión del pluralismo político y como instrumentos fundamentales para la participación política, según lo determina el artículo 98 de la Constitución (posible inconstitucionalidad). Esta laguna vino a ser interpretada por el TSE donde, por ejemplo, da participación a los partidos otorgándoles membresías como fiscales en los procesos de referendo, aun cuando no había reserva de ley en tal sentido (Véase Acuerdo de Sesión Ordinaria No. 70-2007). Es explícito que aun sin reserva de ley –la que regula el referendo–, el TSE acató la norma constitucional y supletoriamente el Código Electoral. No obstante, en esa prevalencia o privilegio que dio a los partidos políticos, dejó de lado a los ciudadanos y grupo de ciudadanos, que aun sin filiación partidaria visible, también estaban habilitados para participar activamente en todas las etapas de la consulta. Es evidente la necesidad de una interpretación auténtica o una reforma a la Ley 8492 para que se subsane este yerro.

La modalidad del referéndum ciudadano fue restringida

Se confunde en el artículo 6 de la Ley 8492, el instrumento de Iniciativa Popular, con la figura del Referendo.⁽³⁾ La modalidad es restrictiva y somete al ciudadano o grupo de ciudadanos a un texto de

(3) Es aceptado por la doctrina y por los principales tratadistas que los sufragantes en un referendo no tienen que preparar texto, sino que son los representantes del poder legislativo constituido, los que preparan y disponen de las iniciativas –los textos–, en cualquier fase parlamentaria para que sean individualizados y llevados ad referéndum por la indicación del grupo de electores que solicite la consulta popular. Nótese que el pueblo participa de la aprobación o abrogación de un texto de carácter normativo, que a su vez es un instrumento de control directo del soberano sobre sus representados, por el cual se confirma o rechaza una decisión política de aquellos (asambleas constituyentes o legislativas). Por otro lado, en lo concerniente al concepto de Referendo BURDEAU lo define como aquel “procedimiento mediante el cual los ciudadanos de una comunidad política determinada, pueden intervenir en una decisión tomada o preparada por sus representantes; es decir los representantes preparan un texto sobre el que son llamados a pronunciarse todos los ciudadanos por sufragio universal.” Bourdeau, *Traité de Science Politique. Les Régimes Politiques. Librairie Generale de Droit et des Jurisprudence*. R. Pichón et R. Durand Auzias Rue Soufflot 20, Paris, 1972, pp. 254-255.

proyecto nuevo⁽⁴⁾ que no está en la corriente legislativa. Lo óptimo es que el ciudadano tenga posibilidad de indicar un Proyecto de ley, esté en la fase que esté, en el Congreso, antes de la promulgación por parte del Poder Ejecutivo, y someter su contenido a referéndum. Hay que recordar que el referéndum abrogativo y legislativo comporta dos actos, primeramente un acto preparatorio –los parlamentos van discutiendo proyectos de ley o bien dictan una ley que se quiere someter a examen del soberano– y, posteriormente, viene el acto integrativo que es la agregación del anterior al acto de revisión final que hace el pueblo, aprobando o improbando. En suma: el pueblo o la ciudadanía no tiene que preparar textos, como si ocurre con la otra figura de participación, que es la “iniciativa popular”. Fue manifiesta la falta de técnica y conocimiento de quienes tramitaron la ley.

Además, en esta modalidad (referéndum ciudadano), Capítulo II de la Ley, se despoja al ciudadano del derecho a indicar una Ley en vigor que se pretenda derogar (posible inconstitucionalidad), alejándose la norma legal de la norma constitucional.

No hay en la ley consulta preventiva de constitucionalidad sobre el proyecto ad referendum

No se acopló en la Ley de Regulación de Referéndum las competencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sobre todo, en la revisión preventiva del texto del Proyecto de Ley (y preguntas asociadas), o bien, la Ley en vigor a someter a consulta.⁽⁵⁾

(4) Requiere evaluación formal del Departamento de Servicios Técnicos, consultas obligatorias, devolución del texto corregido al TSE, publicidad, etc.

(5) Indefectiblemente la polémica fue zanjada parcialmente por interpretación del órgano constitucional al privar la Ley No. 7135, “Ley de Jurisdicción Constitucional” sobre la Ley No. 8492 “Regulación del Referéndum”, ambas de tipo orgánico, venidas de la Carta fundamental y aprobadas por más de las 2/3 partes de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. En principio era de suponer que la segunda ley, para el caso del empleo del mecanismo del referendo desaplicaba tácitamente y en su totalidad el Capítulo II “De la consulta de constitucionalidad”, del Título IV de la Ley de Jurisdicción Constitucional, desautorizando cualquier tipo de actuación de los jueces constitucionales en los trámites de los referenda. Lo actuado contradice esta tesis.

Como se trata de una decisión de democracia directa vinculante, debería ser cristalina la propuesta, para que no produzca antinomias, por virtud de la desaplicación de la intervención del juez constitucional en la Ley Reguladora de Referéndum, de ahí que, algún tipo de consulta técnica preliminar hubiese vertebrado mejor el proceso.

En el caso práctico del Referendo de 7 de octubre de 2007, como especie de primer prueba de laboratorio, lo anterior se vino a despejar de la siguiente forma: la consulta preventiva operó por imperativo del Derecho que asiste a la Defensoría de los Habitantes (Ley de Jurisdicción Constitucional), cuando se tata de DDHH, y maniobró por consulta legislativa facultativa, aceptada por la Sala Constitucional (mayoría 5/2), aun sin existir procedimiento claro en la constitución y en la ley. Al existir laguna de ley, el mismo TSE en la resolución No. 790-E-2007 declara, con razón, improcedente gestionar directamente una consulta preceptiva de constitucionalidad, ello a instancia de un grupo de ciudadanos.

Estos antecedentes abonan y explican cómo el andamiaje institucional fue, sobre la marcha, haciendo “malabares jurídicos” pues la legislación era deficitaria, si se quiere, marginal u oblicua.

¿Qué pasa con la modificación o abrogación de ley dada por consulta ciudadana?

No se indica claramente en la ley dictada que regula el referéndum, si una decisión saldada y sellada *ad referéndum* es permanente o queda sometida a otro referéndum posterior para extinguir los alcances y efectos del referéndum anterior. ¿Qué pasa si la democracia representativa vuelve a revivir una ley que fue derogada por el pueblo en forma directa, o bien, modifica a los pocos años una ley que fue aprobada de modo referendario? No hay mecanismos en la legislación que clarifiquen estas situaciones.

Una vez realizados los antepuestos y breves comentarios generales relativos al instituto del referendo en la ley costarricense (más adelante se verán otros vacíos profundos como el tema de financiación y propaganda), se entra en materia de análisis de las normas y su interpretación, relativas al Referéndum del 7 de octubre de 2007 “*Referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos TLC*”.

I. NORMAS E INTERPRETACIONES SOBRE ASPECTOS PREPARATORIOS DEL REFERENDO DE 7 DE OCTUBRE DE 2007

1. Sobre la polémica, si debió ser un Referendo a iniciativa ciudadana ó a iniciativa del Poder Ejecutivo en concurso con la Asamblea

Como digresión previa hay que decir que los mecanismos de democracia participativa en el nivel nacional, en Costa Rica, son procesos activados “desde arriba”, por agentes del Estado, excepto el denominado referéndum ciudadano (impulso del 5% del registro electoral) que puede ser activado “desde abajo”.

Ya hemos comentado la deficiente redacción que el legislador atribuyó al capítulo referido a las consultas por iniciativa ciudadana en la Ley Reguladora del Referéndum, No. 8492 (Véase glosa anterior sobre los obstáculos y los trámites excesivos a que es sometido el grupo de ciudadanos que la quiera instar). Bien, lejos de volver a ese tema, ahora se quiere subrayar la resolución práctica del Tribunal Electoral de aceptar la iniciativa del Poder Ejecutivo que, según la ley, obvia en buena medida las trabas que fueron creadas justamente para la iniciativa ciudadana.

Al existir pugna, entre si debió ser acogida primero la instancia de convocatoria ciudadana y recolección de firmas, sobre otra subsiguiente que hizo el Poder Ejecutivo; el TSE vino a zanjar el asunto mediante Resolución No. 977-E-2007, la cual indica que el ordenamiento jurídico que regula el instituto del referéndum se pronuncia en favor del principio *pro participación* (el fin y propósito perseguidos es la expresión de la voluntad popular en las urnas el día del referéndum). Sobre la base del mismo principio dio curso a la convocatoria conjunta de los poderes Ejecutivo y Legislativo,⁽⁶⁾ indicando que la instancia de

(6) ¿Cómo es el Trámite? El trámite del Poder Ejecutivo es sencillo puesto que el Presidente de la República y el Ministro de la Presidencia, emiten un Decreto (en este caso el Decreto No. 33717-MP, titulado: “Iniciativa para la convocatoria a Referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos TLC”. El Decreto es propuesto a la Asamblea Legislativa, órgano parlamentario que, según la Ley Reguladora de Referéndum, lo conoce y lo somete a votación en el Plenario. En caso positivo el acuerdo

iniciativa ciudadana no se había concretado, pues autorizar la recolección de firmas era una etapa preparatoria que no constituía, desde el punto de vista jurídico, una convocatoria. Añadió que, ni el constituyente, ni el legislador, otorgó prelación alguna de una modalidad frente a las otras formas de convocatoria⁽⁷⁾ A nuestro juicio, lo anterior es válido, mas en el fondo estaba el tema evidente del tiempo (la supuesta o real obligación que estaba implícita en el Tratado de tenerlo aprobado, junto con sus obligaciones de la agenda de implementación, en un plazo determinado),⁽⁸⁾ y lo que algunos sectores expresaron como la utilización de la recolección de firmas con fines dilatorios y propagandísticos.

queda firme (en el asunto de análisis el acuerdo quedó firme en la sesión plenaria No. 184 del 24 de abril de 2007) y se comunica al Tribunal Supremo de Elecciones (comunicación No. 6326-06-07 del 24 de abril de 2007). El Tribunal verifica que, el derecho de convocatoria se ajuste a lo dispuesto en la Ley No. 8492; es decir, revisa la actuación conjunta de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. A partir de entonces, el Organismo Electoral decreta convocar a los electores a la consulta popular con objeto de emitir el derecho constitucional del sufragio (Decreto del TSE N.º 13-2007).

- (7) Es interesante hacer notar que una de las dudas que despejó el Tribunal a la hora de emitir el Decreto No. 13-2007, fue la correlación entre la mayoría que hubiese necesitado el Tratado, en caso de seguir el procedimiento de aprobación en sede legislativa, y lo que resolvió sobre el nivel mínimo de participación para ser vinculante. Así, el TSE determinó que el Informe No. DST-419-2007 del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa del 15 de marzo de 2007, era válido en el entendido que determinaba aprobación de mayoría calificada. Siguiendo esa pauta, dispuso que, para que el referéndum fuera vinculante, requería la participación de por lo menos un cuarenta por ciento (40%) de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral, con corte al 30 de junio del 2007, tomando en cuenta, los votos válidamente emitidos a favor o en contra, los votos en blanco y los nulos, porcentaje que se cumplió con creces al registrarse un nivel de participación del 59.2% (Véase Resolución No. 2944-E-2007 del Tribunal Supremo de Elecciones sobre “Declaratoria Oficial de Resultados”).
- (8) No nos interesa referirnos a la polémica surgida respecto de la obligación del plazo, ni sobre el pronunciamiento de la Procuraduría General de la República, ni la acción emprendida por el Poder Ejecutivo para negociar con los gobiernos Partes Contratantes del TLC, la ampliación de plazo.

2. Cambio de fecha del referendo, por consultas ante la Sala Constitucional

Como medida prudente, el TSE suspendió el referendo⁽⁹⁾ con el propósito de contar con la resolución final de la jurisdicción constitucional sobre este asunto (Constitucionalidad o inconstitucionalidad del Exp. Leg. No. 16.047), antes de comunicar oficialmente la convocatoria a referéndum, pues no solo estaba incoada la consulta de la Defensoría de los Habitantes ante la Sala Constitucional, sobre algunos aspectos de constitucionalidad referidos a Derechos fundamentales del citado expediente legislativo, sino, como nuevo escenario, sobrevino la consulta de varios diputados y diputadas con un alcance mayor.

Lo curioso desde el punto de vista jurídico, no era el cambio de fecha *per se*, sino la lógica interpretativa, en el sentido de que una posible declaratoria de inconstitucionalidad por el trámite suspendería definitivamente la consulta, mientras que una posible declaratoria de inconstitucionalidad por el fondo, no lo suspendería.

Si hubiera ocurrido hipotéticamente que la Sala IV hubiere declarado algunas cláusulas del Tratado inconstitucionales por el fondo, los costarricenses hubiésemos tenido que ir a las urnas a manifestarnos Si o No, sobre un instrumento que contendría violación del máximo cuerpo normativo.

Esa decisión llamó poderosamente la atención en los círculos jurídicos, puesto que los argumentos dados no eran suficientes, al utilizarse como justificación, no un valor superior intrínseco a la Carta Fundamental, que es la permanencia de sus normas sobre normas subalternas, y el respeto de los costarricenses sobre su contenido, sino que se utilizó el guión del artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional “...*sólo será vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado*”. Claro, a nuestro juicio, este contenido se explica en un trámite ordinario de formación de la ley, no con ribetes tan gruesos y concluyentes de aplicación de una consulta *ad referéndum*.

(9) La celebración del referéndum se fijó en esta oportunidad para el 7 de octubre de 2007.

La débil postura –siempre en la misma hipótesis– de que era posible posteriormente –después de haberse sometido a referéndum el texto del tratado–, atacar alguna de sus cláusulas mediante acción de inconstitucionalidad; es decir, lo que la sala hubiese adelantado –en su papel asesor– de inconstitucional, era falaz, por lo que sigue: No se estaba ante un Proyecto de Ley ordinario sino ante un Proyecto de Ley que soportaba un instrumento internacional negociado por el Poder Ejecutivo, esa gran diferencia nos remitía al Derecho Internacional Público, en el sentido de que una declaratoria de inconstitucionalidad a posteriori del acto comicial, a lo sumo, tendría –el Voto–, efectos internos no aplicables a las Altas Partes Contratantes como son lo Estados; vale decir, no poseía incidencia expansiva para los otros gobiernos, porque según el *pacta sunt servanda* y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁽¹⁰⁾ de la cual Costa Rica es parte, el Tratado aprobado se hace de buena fe, y esa buena fe quedaba saldada con la aprobación del soberano en el referéndum y la vinculante ratificación de los otros poderes.

-
- (10) De todos es sabido que mediante Res. N° 2007-09469, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las diez horas y cero minutos del tres de julio del dos mil siete, declaró lo siguiente: **Primero.**- Por mayoría de los Magistrados Solano, Vargas, Armijo, Jinesta, y Cruz, se admiten ambas consultas. La Magistrada Calzada salva el voto, únicamente, en cuanto a la procedencia de la consulta de las diputadas y los diputados y la declara inadmisibles. El Magistrado Mora salva el voto y declara inadmisibles ambas consultas. **Segundo.**- Por mayoría de los Magistrados Solano, Mora, Calzada, Vargas y Jinesta se evacuan las consultas, en el sentido de que no se observan vicios de constitucionalidad en el Tratado consultado. Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto y evacuan la consulta en el sentido de que resulta inconstitucional: a) lo dispuesto en cuanto a la Comisión de Libre Comercio; b) del Capítulo de Telecomunicaciones lo que se refiere a la aplicación retroactiva del Anexo 13; c) lo dispuesto en materia ambiental, salvo lo relativo a la participación ciudadana; d) lo relativo al proceso de certificación en los Estados Unidos; e) el arbitraje Inversionista-Estado; f) la figura de la Comisión de Libre Comercio; g) el tema de los medicamentos en el Capítulo de Propiedad Intelectual; y h) en lo que respecta a resolución de controversias, inversiones y salud, en cuanto afecta el Estado Social y Democrático de Derecho. El Magistrado Armijo, además, considera inconstitucional el concepto de territorio establecido en el Tratado. **Tercero.**- Por mayoría de los Magistrados Solano, Mora, Calzada, Vargas y Jinesta se declara que no ha lugar a evacuar la consulta en cuanto a los temas de procedimiento legislativo.

II. NORMAS E INTERPRETACIONES SOBRE GARANTÍAS EN EL PROCESO

1. Mando sobre la fuerza pública o colaboración mutua entre TSE y Ministerio de Seguridad

Los ajustados procesos electorales, la estrechez de las visiones, las pasiones ligadas con la intención del voto, las manifestaciones en recintos públicos y los reclamos de los ciudadanos, dio lugar, en algunos casos, a la intervención de la fuerza pública. Se puede decir que actuó como garante, como custodio del material electoral y como fuerza de disuasión de posibles disturbios.

Nuestra tradición civilista ha sido reflejada en la Constitución Política, artículo 102 inciso 6, que dispone como función del Tribunal Supremo de Elecciones (...) 6) *Dictar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes para que los procesos electorales se desarrollen en condiciones de garantías y libertad irrestrictas. ... Estas medidas las hará cumplir el Tribunal por sí o por medio de los delegados que designe.*"

No obstante, ha saltado últimamente la discusión en torno a si el mando de la Fuerza Pública pasa por completo al TSE, o si el mando se

Los Magistrados Armijo y Cruz salvan el voto respecto de este tema de la siguiente manera: a) es inconstitucional el trámite de la iniciativa relativa a la aprobación del Tratado consultado, por vulnerar el contenido esencial del artículo 10 de la Constitución Política, al no haberse efectuado la consulta preceptiva contemplada en esa norma; b) viola el Derecho de la Constitución, el hecho que el Plenario de la Asamblea Legislativa, en el acuerdo tomado en la sesión ordinaria N° 183 de 23 de abril de 2007, haya modificado los términos de la iniciativa del Poder Ejecutivo para someter a referéndum el Proyecto aludido, así como en la comunicación del Directorio de la Asamblea Legislativa N°. 6323-06-07; c) constituye una violación de los principios que informan este proceso, en particular del principio democrático y de publicidad, el hecho que se haya omitido efectuar la traducción oficial al idioma español, de la integridad del texto del Tratado aludido, teniendo en consideración que los folios 2179 y 2581 del expediente legislativo N° 16.047 están en el idioma inglés; d) es inconstitucional la omisión de incluir el contenido del acta de la sesión N° 183 de 23 de abril de 2007 del Plenario de la Asamblea Legislativa, en el expediente legislativo N° 16.047, por la violación de los principios de seguridad jurídica y de publicidad.

comparte entre el TSE y los jefes del Ministerio de Seguridad Pública, desde período de la convocatoria de elecciones y hasta la resolución definitiva de resultados.

El giro de grado dado por el TSE, va en el sentido de que, para ese órgano, existe *colaboración y auxilio de la fuerza pública*, más no se considera esa intervención un traspaso de mando, aunque simbólicamente, no de ahora, sino de antes, se hace un acto formal de transferencia de autoridad sobre la policía, con la presencia de los Magistrados y el Ministro de Seguridad y demás oficiales.⁽¹¹⁾ Sin embargo, la Constitución Política, al determinar “*Dictar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes para que los procesos electorales... se desarrollen en condiciones de garantía y libertad..*” denota evidentemente una relación subalterna de la Fuerza Pública sobre el Tribunal, quien se constituye en una especie de superior jerárquico, sólo y para que se guarden todas las garantías de participación libre y transparente del proceso electoral, cualquiera que fuere. Es un caso temporal en que se aplica la relación de jerarquía y obediencia que se establece en la Ley General de la Administración Pública.

No se comparte la tesis de la Resolución 2607-P-2007, cuando señala que la seguridad en los procesos electorales se realiza ***por iniciativa propia de los cuerpos de seguridad nacional o a solicitud del Tribunal***. Literalmente la resolución indica “*Esa coordinación se realiza con los Jefes de los cuerpos de seguridad nacional que, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico y según su competencia y capacidad, están calificados para, por iniciativa propia o a solicitud del Tribunal, enfrentar cualquier acontecimiento que pueda poner en peligro tanto la integridad física de las personas como salvaguardar la papelería, los documentos y los equipos indispensables para la realización de la consulta popular*”. Más adelante la resolución de cita habla de la *constitución excepcional de un mando compartido sobre las autoridades de policía*. Se observa como contradictorio que el TSE después indique “*...el Tribunal pueda(e) ordenar directamente, sin necesidad que los jefes de ese Ministerio lo aprueben, las medidas necesarias para ejecutar sus decisiones en el marco estricto de lo electoral y la buena conducción de las votaciones y sus etapas preliminares.*”

(11) Véase resoluciones del TSE números 1119-E-2007 de 17 de mayo; 1617-E-2007 de 12 de julio; 1636-E-2007 de 13 de julio, todas del año 2007. También Decretos números 11-2007 de 19 de junio de 2007 y 13-2007 de 12 de julio de 2007. Sobre todo véase la Resolución 2607-P-2007, de las catorce horas del veintiséis de septiembre de dos mil siete.

La misma apreciación aparece en el Acuerdo del TSE, relativo a las medidas de orden y seguridad que garantizarán el adecuado desarrollo de la celebración de las actividades de la Independencia, en la ciudad de Cartago, el 14 de setiembre de 2007, Sesión Extraordinaria N° 86-2007, al señalar el organismo electoral *“Que debe reiterar que el denominado “traslado de la Fuerza Pública” que opera dentro de los procesos electorales no significa desconocer la autoridad del Ministerio de Seguridad ni su responsabilidad genérica en pro del mantenimiento del orden público, aún en esa época, sino la constitución excepcional de un mando compartido sobre las autoridades de policía, de suerte que el Tribunal pueda ordenar directamente, sin necesidad que los jefarcas de ese Ministerio lo aprueben, las medidas necesarias para ejecutar sus decisiones en el marco estricto de lo electoral y la buena conducción de las votaciones y sus etapas preliminares.”* No obstante en este caso, el TSE, salvaguardó que, si la Fuerza Pública entiende necesario adoptar medidas para asegurar el orden público en la ciudad de Cartago, la Jefatura Nacional (de delegados) tendría el derecho de objetarlas si estiman que son innecesarias o limitan arbitrariamente derechos fundamentales.

A juicio de quien hace estas líneas, la iniciativa propia de los cuerpos de seguridad en los procesos electorales, y la noción de mando compartido, desvirtúa lo establecido en el artículo 102 inciso 6) de la Constitución Política. Hay que tomar en consideración que los mandos superiores en los cuerpos de la seguridad nacional varían con cierta frecuencia, unos podrán ser muy escrupulosos, pero otros quizá no, en un determinado contexto político.

Para que no quede duda, la Ley General de Policía No. 7410, dispone en su artículo 8 inciso g), que la fuerza de policía debe **“g) Ejecutar y hacer cumplir todo cuanto resuelvan o dispongan, en los asuntos de su competencia, los tribunales de justicia y los organismos electorales, a solicitud de estos.”** No señala auxilio ni cooperación (como se estampa en otras atribuciones de las fuerzas de policía), sino sumisión a lo que resuelvan los organismos electorales.

Obviamente, en ramas o asuntos que no sean propios de la actividad del proceso eleccionario respectivo, el TSE no dictaría ordenes o políticas en materia policial o criminal, o hacerse cargo de la administración, los operativos y la logística material, pues ahí sí opera absolutamente la responsabilidad exclusiva del Ministerio de Seguridad Pública. Esto no lo refutamos, adempéro la confusión estriba precisamente en este punto.

Se nota, en el Acuerdo de la Sesión Extraordinaria N° 86-2007, el temor de los miembros del TSE sobre la seguridad dentro del círculo de protección del Consejo de Gobierno, y el resguardo de la integridad de sus miembros, la cual, definió, era exclusiva del señor Ministro de Seguridad Pública.

Indiscutiblemente, las ulteriores interpretaciones del Tribunal desfiguraron el contenido del artículo Décimo Tercero de la convocatoria a Referéndum No. 13-2007⁽¹²⁾ que determinó con contundencia lo siguiente *“Traslado de la Fuerza Pública.- A partir de hoy se hará efectivo el mandato contenido en el artículo 102 inciso 6) de la Constitución Política, relativo al traspaso de la Fuerza Pública a este Tribunal, con el fin de adoptar las medidas pertinentes para que el proceso de referéndum se desarrolle en condiciones de garantías y libertad irrestrictas.”*

2. Garantías de transparencia y el control de las fuentes de financiamiento de los sectores que participan en el referéndum

Las garantías y los controles sobre financiamiento de campañas electorales en el país, sean de tipo tradicional para cargos de elección popular, o consultivas, son endémicamente deficitarias.

Esta penosa situación se demuestra en la consideración III del Acuerdo adoptado por el TSE en la Sesión Ordinaria N° 70-2007, cuando señala *“Sobre el control y supervisión de los recursos que se destinen a las campañas, la legislación vigente sólo los contempla en cuanto destinados a contratar pauta publicitaria en medios de comunicación colectiva y, en ese aspecto, tenemos implementados diversos mecanismos que seguramente son de conocimiento de los interesados. En virtud del principio de legalidad que rige el accionar de este organismo electoral, no resulta viable imponer controles y restricciones no previstos legalmente y, por tal motivo, se estima que la posibilidad de ampliarlos*

(12) También en ese Decreto, el TSE, cubrió el éxito del proceso, al incluir en cada una de las Juntas Receptoras de Votos un delegado del Tribunal, y designar un asistente para que los supla. Esta disposición dio pie a un mejor tratamiento en las JRV, que repercutió positivamente en el manejo de la logística, el llenado de actas, el escrutinio y la transmisión del resultado.

sólo puede ser el resultado de un compromiso entre los contendientes.” Sin ningún tipo de injerencia, en justificación de las graves omisiones legales, el TSE lo que hizo fue llevar el tema a la buena voluntad de los comandos del Si y del No, instándolos a dialogar sobre el particular.

Al desbordarse el tema del control de la propaganda, como medida casi tardía, el TSE Acordó en la Sesión Extraordinaria N° 94-2007, celebrada el **cinco de octubre** de ese año, apremiar a las partes con lo dispuesto en el artículo 24, párrafo segundo, del Reglamento para los Procesos de Referéndum y el artículo 85 inciso g) del Código Electoral, para que, durante los dos días inmediatos anteriores y el día del referéndum, *“NO PODRÁ DIFUNDIRSE PROPAGANDA DE NINGUNA ESPECIE, relativa al proyecto objeto de consulta, lo que incluye la repartición de volantes, panfletos, utilización de altoparlantes o de cualquier medio tendiente a influir en la decisión de voto.”*

Lo que forjó el Tribunal, fue un llamado a todos los grupos involucrados en el proceso, para que se respetara en forma absoluta la normativa y cesara de forma inmediata cualquier actividad propagandística durante los días indicados. La duda cae, en si ese cese cubría entrevistas de cadenas nacionales o internacionales –opinión de experto o de actores políticos locales o foráneos– que pudiesen influir en la intención del voto.

3. Sistema de votación mediante la huella dactilar o bolígrafo

En nuestra opinión fue acertado el Acuerdo del TSE sobre la “Forma de emisión del voto para el proceso de Referéndum” dado en la Sesión Ordinaria N° 45-2007, pues la argumentación esgrimida es convincente, debido a que Costa Rica no cuenta con un archivo dactiloscópico electoral que confronte huellas digitales. Además, el argumento del Tribunal sobre la secretividad del sufragio y las garantías que lo informan, se respeta más en aquellos países donde se usa bolígrafo, que aquellos donde se estampa la huella digital cuya marca es individualizable. Bien anota el Tribunal que en el año 1996 se reformó el Código para permitir el bolígrafo como instrumento. Asimismo el Tribunal esgrimió otras razones de mecánica electoral, que no interesa aquí comentar.

III. MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y PROPAGANDA

1. Consulta de opinión de los electores al cierre de urnas

En el Acuerdo del TSE N° 91-2007, autoriza a un programa, noticiario de televisión, difundir un sondeo sobre participación de los costarricenses en el proceso de referéndum, contratado a una Universidad pública, con la intención de darlo a conocer 45 minutos después del cierre de las JRV. El artículo 21 de la ley Reguladora del Referéndum habla de la prohibición de publicar o difundir estudios de opinión o de intención de voto. Justamente la norma dice *“Prohíbense la publicación, la difusión total o parcial o el comentario de los resultados de cualquier encuesta o sondeo de opinión, dos días antes de la votación y el día de la celebración del referéndum, así como las operaciones de simulación de voto realizadas a partir de sondeos de opinión, directa o indirectamente relacionados con la consulta sometida a referéndum”*⁽¹³⁾ La jurisprudencia del organismo electoral abre un portillo para que los “sondeos sobre participación” no sean prohibidos en esos rangos temporarios, mientras que “las encuestas o sondeos de opinión” si quedan prohibidas. La pregunta: ¿Qué es o qué debe contener un sondeo sobre participación? Se pasó de una interpretación restrictiva que atribuye a la norma un sentido literalmente manifiesto, a una extensiva.

A priori parece ilógica la disposición de prohibir información sobre sondeos después del cierre de urnas. Sin embargo, el legislador tuvo razones, sobre todo, de cara a resultados, en el sentido de que, partidos, organizaciones o medios de comunicación, distintos al TSE, confundieran al pueblo con datos ficticios o imprecisos, que dieran margen a situaciones de inestabilidad, más aún, en situación de estrechos resultados, como la que ha estado obrando últimamente. Se privilegió, entonces, que el TSE brindara a los costarricenses los datos no oficiales de los partes de transmisión de resultados por lo menos durante 24 horas posteriores al cierre de las JRV.

En consecuencia, no se comparte el criterio de interpretación constitucional de los llamados intereses en juego, de abrir posibilidades

(13) Esta disposición se reitera en el artículo 24 del Reglamento para los Procesos de Referéndum, el cual señala: *“De conformidad con el artículo 85 inciso g) del Código Electoral, durante los dos días inmediatos anteriores y el día del referéndum, no podrá difundirse propaganda de ninguna especie relativa al proyecto objeto de consulta”*.

a la publicación en medios de comunicación colectiva de “sondeos de participación”, si las leyes y reglamentos –normas- no son modificados, en tal sentido, por la autoridad competente.

2. Regulación de la Propaganda en el Referendo

A propósito de la solicitud de un canal de TV sobre el tema de los sondeos, el TSE en el Acuerdo No. 91-2007, en virtud del aseguramiento del proceso electoral de referendo, ordenó *“a los Directores de todos los medios de comunicación colectiva del país abstenerse de difundir propaganda relativa al proyecto objeto de consulta popular. Se advierte que la desobediencia a esta orden haría incurrir al responsable en el ilícito previsto en el artículo 307 del Código Penal. La Secretaría se encargará de comunicar la orden indicada.”* Como en Derecho todas las palabras valen, la orden de restricción sobre propaganda se dio únicamente en relación con el “proyecto objeto de la consulta popular”. Cualquier acción propagandística que no estuviera contenida en el Proyecto TLC, ergo, estaba permitida.⁽¹⁴⁾

Otro ejemplo lo constituye el artículo 24 del Reglamento de los procesos de referendo que a la letra dice *“Ninguna persona física o jurídica extranjera podrá contratar, directamente o por interpósita mano, la publicación de campos pagados a favor o en contra del proyecto sometido a referéndum. Los medios de comunicación colectiva velarán por el cumplimiento de esta disposición.”* Previo al referendo apareció un campo pagado del dueño –extranjero– de un equipo de fútbol de primera división, favoreciendo una de las posiciones en disputa. Qué sucedió después, desde el punto de vista sancionatorio, lo ignoramos.

La misión de observación determinó con claridad lo que sigue:

“En efecto, una cuestión que generó polémica fue todo lo referido al financiamiento de la campaña y la regulación de la propa-

(14) Hubo escasos controles sobre registro de información que los medios pautaron y las fuentes de donde se financiaron los grupos en contienda. El artículo 22 del Reglamento para los procesos de referéndum (su puesta en ejecución) resultó insuficiente.

ganda electoral, particularmente lo concerniente al acceso a los medios de comunicación. Ciertamente, dado que para esta elección no hubo financiamiento público, grupos que aducían contar con menos recursos económicos estuvieron denunciando permanentemente la ausencia de equidad en la contienda, presente sobre todo en la difusión de propaganda. Si bien el TSE se preocupó por informar a la población y dar oportunidad a los representantes de los dos grupos de expresar sus argumentos, por medio de diferentes mecanismos, incluida una serie de debates transmitidos por el canal estatal, esto no pareció compensar un desequilibrio en materia de compra de espacios en los medios de comunicación privados. /.../ A juicio de los observadores, este es un tema relevante sobre el que hay que profundizar de cara a futuros procesos de este tipo, para asegurar una plataforma de equidad en la campaña, aunque se reconoce que este es un tema complicado en su definición y aplicación.”⁽¹⁵⁾

Comentario adicional sobre posibles nuevas regulaciones y su constitucionalidad

La radio y la televisión se constituyen en **servicio público** esencial. En todos los Estados la titularidad de ese servicio corresponde al Estado, en unos casos la ejerce directamente y en otros de manera indirecta, por los particulares que obtienen una oportuna concesión administrativa.

La finalidad, de ese servicio, ha de ser ante todo, líneas editoriales aparte, para la satisfacción del interés de todos los ciudadanos y la de contribuir al pluralismo informativo, la formación de opinión pública libre y, sobre todo, extender la cultura.

En nuestro país, no hay régimen de exclusividad ni monopolio, sin embargo, se gestiona el servicio casi y absolutamente desnaturalizando lo que se expresó atrás, ello puesto que se cierran espacios y no hay equilibrio en las posiciones (hay medios que si hacen un gran

(15) Apreciación de la Misión de Observación Internacional. Referéndum en Costa Rica, 7 de octubre de 2007, Resumen de Conclusiones, Jornada de Evaluación, a cargo de autoridades electorales del continente, por formar parte el TSE de Costa Rica de la Unión Interamericana de Organismos Electorales (UNIORE) y de la Asociación de Organismos Electorales de Centroamérica y el Caribe (Protocolo de Tikal).

esfuerzo). Aquí se va a lo siguiente, el Tribunal Constitucional español, por ejemplo, en la sentencia 12 de 31 de marzo de 1982 y la 74 de diciembre de ese mismo año, expresó que la gestión del servicio de “televisión privada” no estaba constitucionalmente impedida y que su implantación es una decisión política y un acto administrativo –se da una concesión–, que puede adoptarse siempre que, al organizarla, se respetasen los principios de libertad, igualdad y pluralismo, porque justamente es un servicio público esencial, no es un servicio privado propiamente dicho, independientemente de que existan sociedades que manejen la empresa.

Es una especie o un objeto de cobertura mixta, como tales, tienen limitaciones, existiendo dos vertientes clásicas de espacio mediático privilegiado, que se pasa a explicar: La primera, cuando el gobierno fija periódicamente una cadena, un programa o bien difunde declaraciones o comunicaciones oficiales de interés público que estime necesarias. Esto es natural y se estila mucho. Ello es diferente a la propaganda pura y simple de pequeñas cuestiones que realiza, que además sirve, en determinadas coyunturas, para propósitos ulteriores y velados –nunca deja de romper el ciclo electoral–, porque utiliza este recurso, no para declaraciones de interés general sino para mostrar algunas pequeñas cuestiones que ha hecho en un barrio o pueblo particular. La segunda vertiente consiste en que, ese servicio público, se pone a disposición en los períodos y campañas electorales, en este caso, se aplica un régimen especial, donde el organismo electoral tiene absoluta capacidad de control, ese control imparcial se concreta otorgando acceso a los medios radiales y televisivos de comunicación a los grupos sociales y políticos más significativos, para que se expresen equilibradamente.

En este caso, debe operar un Reglamento con criterios objetivos que complementen lo dicho. Hay muchísimos argumentos para sostener el punto, pues el espectro no es una antena que se compra y se adquiere el dominio pleno, sino una banda, una frecuencia del Estado. El Organismo Electoral no debe renunciar a esta competencia, porque si lo hace estaría subyugando el pluralismo que puede ser social o político.

Finalmente, en casi todos los países, al menos europeos, cuando se trata de propaganda, exigen equilibrio, e incluso, espacios gratuitos en horas de gran audiencia.

IV. INTERPRETACIONES RELATIVAS A LOS ACTORES

1. **Sobre la abstención del Presidente de la República, los Ministros, los Presidentes Ejecutivos y Gerentes de las Instituciones Estatales, de participar en eventos relacionados con el Referéndum**

El artículo 7 del Decreto de Convocatoria No. 13-2007 sobre participación de funcionarios públicos y de extranjeros, dispuso que se regía por lo establecido en la resolución del TSE No. 1119-E-2007, así como por lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento de Referendo. Entonces, el Organismo Electoral, basado en el artículo 20 inciso b) de la Ley n.º 8492 y 24 del Reglamento, prohibió a toda persona física o jurídica extranjera participar en campañas de publicidad o propaganda a favor o en contra del proyecto sometido a referéndum (en esa ocasión omitió mención a los funcionarios públicos).

Es el artículo 8 del mismo Decreto el que establece prohibición al Poder Ejecutivo, a la Administración descentralizada, a las empresas del Estado y a cualquier otro ente público utilizar recursos públicos para financiar actividades que, directa o indirectamente, favorezcan las campañas publicitarias en pro o en contra del proyecto de ley objeto de consulta. Además determinó *“no constituirá violación a esta regla la promoción, en sus instalaciones, de foros o debates que contribuyan a que sus funcionarios o las comunidades estén mejor informados sobre el tema a consultar, siempre que aquellos no encubran actividad propagandística. Tampoco lo será la participación de los funcionarios públicos en foros o debates sobre esa temática, en general, siempre que, de realizarse en horario de trabajo, se cuente con la autorización de la jefatura correspondiente.”*⁽¹⁶⁾

La disposición de la convocatoria de limitar en alguna medida la participación de los funcionarios públicos la amplió, el TSE, por la vía de la Resolución No. 1617-E-2007, al establecer *“sí pueden el Presidente, los Ministros y Viceministros y los Presidentes Ejecutivos y Gerentes de las Instituciones Autónomas participar activamente en el proceso de referéndum sin que ello conlleve, como regla de principio, la disposición de recursos públicos para dichos fines; en ese sentido, la particular*

(16) Esta prohibición fue estipulada con base en los artículos 85 inciso j) del Código Electoral, 20 inciso a) de la Ley n.º 8492 y 24 del Reglamento.

disposición de vehículos, chóferes y tiempo laboral, por tratarse de asuntos de índole discrecional, debe ser racional y acorde con los lineamientos y directrices que están legalmente establecidas; cualquier exceso a este respecto compete valorarlo al órgano contralor previa denuncia y formación de causa”.

Con los anteriores criterios, el TSE teorizó y resolvió nuevos alcances y naturaleza de la denominada parcialidad o participación política de los servidores del Estado, principio que se halla en el artículo 88 del Código Electoral, diferenciando los procesos político-electorales de los procesos consultivos. Es precisamente la Resolución n° 1253-E-2006 de las 10:50 horas del 4 de abril de 2006, donde el TSE hace dicha reflexión. Siguió dos posiciones, veamos:

Procesos electorales: El criterio es restrictivo cuando los funcionarios tengan un claro interés o intención de beneficiar a determinada tendencia o partido político por intermedio de su autoridad o de la influencia de sus cargos, que se ve reflejado en actuaciones materiales evidentes y la inferencia del funcionario en los conglomerados políticos, en beneficio de un partido político.

Procesos consultivos: El criterio es amplio, dado que el TSE da un nuevo tratamiento a la parcialidad o participación política de los servidores estatales, de suyo, el criterio, en este caso, es legalista –literalidad u omisión de la ley–, pues indica que la ley no obliga a la neutralidad política en los Referendo; es decir, no existe regulación o norma expresa en ese sentido. Concretamente el TSE apuntó “*Tal parece que el legislador, para tal omisión, consideró que no se estaba ante un proceso edificado a partir de los partidos políticos, por lo que el principio de imparcialidad de las autoridades gubernativas, que consagra el artículo 95 inciso 3) de la Constitución Política, había de entenderse suficientemente garantizado con la prohibición que tienen el Poder Ejecutivo, las entidades autónomas, semiautónomas, empresas del Estado y demás órganos públicos de utilizar sus presupuestos para hacer campañas a favor o en contra de los textos o proyectos sometidos a la consulta (artículo 20 de la Ley), sin necesidad de restringir las discusiones o deliberaciones de los funcionarios públicos en torno al tema por consultar.*” (Véase Resolución No. 1119-E-2007). Más aún, en el tema de posibles sanciones o infracciones se hace alusión a la vigencia del principio de tipicidad, por lo que ninguna conducta de funcionario que participara activamente en el referendo era sancionable, a no ser que utilizaran bienes o fondos públicos. Visto de esa

forma, la interpretación del Tribunal estaba apegada totalmente a Derecho, aunque puede ser motivo de discusión, en una posible y futura reforma.

Apreciación basada en el marco de nuestro Derecho constitucional y legal

¿Quién tiene derecho a la acción política en un referendun? Está claro, el art. 98 de la C.P. dice que son los partidos políticos, y la Ley Reguladora del Referéndum dice que son los ciudadanos y grupos de ciudadanos –no el gobierno–, porque el gobierno está constituido por representantes ejecutivos. El Referéndum como técnica de democracia directa, dicotomiza, en esa decisión, la democracia representativa (cuerpo legislativo o cuerpo ejecutivo). Cuando el cuerpo ejecutivo utiliza el poder y acceso de medios físicos, logísticos, haciendo campaña, se convierte en un actor de una de las partes en la contienda, es decir, inclina la balanza desde el poder, interfiriendo en el proceso y presionando la decisión ciudadana.

Si desde el poder, como ocurría en antiguas autocracias (Franco o Mussolini) se utilizan los medios, los controles y los recursos, la decisión simplemente está interferida, si se quiere viciada. Este ejemplo es extremo porque se trató de posiciones autoritarias, pero cuidado que están las menos expuestas pero también sutiles, porque hay una doble actitud, por un lado se está gobernando y por otro metido en la campaña, cuestión que no debe darse.

En nuestro medio no existe la figura de que el Jefe de Estado es a la vez el líder del partido de gobierno, que toma decisiones en uno y otro espacio, como sí ocurre en las Democracias parlamentarias.

2. El papel de las Universidades públicas especialmente el de la Universidad de Costa Rica

Dos etapas de este controversial tema fueron las siguientes:

Se tuvo en primer término la Sentencia del TSE No. 1617-E-2007,⁽¹⁷⁾ misma que fue objetada por las universidades estatales, pues las autoridades universitarias señalaban que dicha resolución conculcaba la

(17) La Resolución del TSE No. 1617 dispuso que “4. a los funcionarios públicos de la Universidad de Costa Rica les aplican, de igual modo, todos los extremos de la resolución n.º 1119-E-2007, así como las

autonomía especial que les fue dada constitucionalmente. Los alegatos universitarios indicaban que la Resolución impedía la presencia universitaria en el debate relativo al proyecto objeto de consulta popular. Era vista como una censura a los funcionarios y docentes de las universidades públicas.

Posteriormente, el TSE, reula en este tema, por vía de la Resolución No. 2018-E-2007, aduciendo que se confundieron sus términos, lo cual provocó nuevas aclaraciones. La primera aclaración consistió en el reconocimiento de los principios constitucionales de autonomía universitaria y libertad de cátedra. La segunda reflejaba la decisión de que todos los grupos se integren y que se de la más amplia participación posible de los ciudadanos y ciudadanas costarricenses, incluida la de los funcionarios públicos y, dentro de ellos, la de los servidores universitarios, teniendo éstos el derecho de asumir y exhibir libremente posiciones a favor o en contra de los proyectos de ley sometidos a referéndum. La tercera instó a los sectores universitarios a realizar un examen crítico y académico de la cuestión (lecciones, conferencias, foros, investigaciones y publicaciones especializadas, etc.). No obstante, el organismo electoral les recalca –a las Universidades– que no deben utilizar recursos públicos a favor o en contra de las compañías por el “sí” o por el “no”, medida transversal para todos los actores de tipo institucional.

3. Participación de religiosos en las consultas referendarias

El pronunciamiento del TSE sobre el uso de símbolos religiosos y la participación de esas personas en la propaganda del TLC (dado en la Sesión Ordinaria N° 90-2007) es sumamente interesante desde el punto de vista del derecho a la participación y las notables lagunas de la Ley Reguladora del Referendo No. 8492.

disposiciones del reglamento ya citado y de la presente resolución, lo que impide adicionalmente la publicación en medios de comunicación masivos, con recursos públicos, de campos pagados a favor o en contra del texto objeto de la consulta; 5) en lo que atañe a la regulación de los espacios en Radio Universidad, Canal 15 y Semanario Universidad deberá estarse a lo que preceptúan los numerales 19, 20 y 21 del reglamento que rige el proceso.”

Fue acertado el criterio del Tribunal al diferenciar procesos eleccionarios para la elección de autoridades, de aquellos en que se consulta al pueblo un tema. En los primeros procesos, el párrafo final del artículo 28 de la Constitución Política establece: *“No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos⁽¹⁸⁾ o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas”⁽¹⁹⁾* Norma desfasada por virtud del avance de otras religiones, fuera de la Católica, con pastores, reverendos, etc., que, incluso, participan activamente en partidos políticos, haciendo uso del sufragio activo y pasivo; para los segundos –procesos consultivos–, como bien lo manifiesta el Acuerdo del Máximo Organismo Electoral, la Ley Reguladora del Referendo no hizo prohibición alguna, ni reguló la conducta de los religiosos, por lo que no había tipicidad ni sanción.

El criterio se profundiza en la Resolución 1948-E-2007, al considerar el Tribunal *“en los procesos consultivos es el derecho que tienen todos los sectores de participar activamente en el proceso de consulta, concretamente en lo que se refiere a los procesos de información y de propaganda; de ahí que, las iglesias en general, sean éstas católicas o no, debido a la función social que cumplen, están en todo el derecho de participar en este proceso, razón por la cual se reiterara que la prohibición constitucional de invocar motivos religiosos para hacer propaganda no limita, en modo alguno, la participación activa de la iglesia en el proceso de referéndum convocado para el 7 de octubre del 2007, toda vez que esa prohibición no solo aplica para clérigos sino también para los seculares, es decir, para toda la ciudadanía.”*

No obstante, el TSE, en esa disyuntiva, resalta la inconveniencia de la participación abierta de los religiosos, basándose en las Resoluciones No. 1948-E-2007, de las 9 horas del 10 de agosto del 2007 y No. 9149 del 19 de abril de 1989. En esta última resolución se dice que la participación de esas personas tiende a *“ensalzar la bondad de su causa, escarnecer la de otros, atraer partidarios, avivar el espíritu del partido o desanimar el de los contrarios”*.

(18) Clero es la clase sacerdotal en la Iglesia Católica. Es un conjunto de eclesiásticos que son ordenados y reciben las sagradas ordenes y adoptan los respectivos votos.

(19) Esta prohibición se refleja también en el artículo 87 del Código Electoral.

El mismo Tribunal, con mucha razón, es partidario de discutir la omisión del legislador en esta materia, a efecto de revisar la legislación. Igual laguna se da con respecto a los símbolos nacionales en la propaganda de procesos consultivos de referendo. En este caso, el Tribunal también determinó que no es admisible la aplicación extensiva o analógica de sanciones que son aplicables en procesos electorarios para la elección de autoridades, en que si existen prohibiciones tasadas.

Cabe agregar que la disputa se genera, por la importancia como actor, que asumieron varios curas católicos a favor de la tesis del NO en el marco de la consulta del 7 de octubre de 2007.

4. La inscripción de fiscales ciudadanos o la inscripción de fiscales partidarios

Se parte del hecho que, a diferencia de lo que ocurre en las votaciones electivas, según interpretación del Tribunal, cada una de las juntas receptoras de votos estaría exclusivamente integrada por un delegado del Tribunal y su asistente, de modo que no formen parte, en las JRV, las representaciones partidarias. Esta apreciación no se ajusta del todo a la letra de la ley, por virtud de que el artículo 23 de la Ley No. 8492 determina que el Tribunal “...*también designará a un delegado suyo, que estará a cargo de la junta receptora de votos correspondiente*”. El vocablo “también” indica que las Juntas, además del delegado del TSE, las integran otras personas, ahí se aplicaría supletoriamente el Código Electoral para que sean miembros de partidos ó como lo señala la ley reguladora del instituto, los ciudadanos o grupo de ciudadanos que trabajan por las posturas del NO y SI. La ley si es clara atribuyendo al personero del Tribunal el manejo de la Junta.

El Tribunal estimó que la intervención de los partidos políticos se circunscribía a la prerrogativa que les reconoce el Código Electoral de acreditar fiscales que, como tales, erróneamente no integran las juntas, ni intervienen en la toma de las decisiones o la manipulación del material electoral. Solamente les reconoce el derecho de presenciar el ejercicio comicial y denunciar cualquier irregularidad que se presente.

El Reglamento para los Procesos de Referéndum, atendiendo a las características particulares de éstos, creó una figura no contemplada en la legislación electoral y que complementa la fiscalización partidaria, como una forma adicional de veeduría ciudadana: el observador

nacional (art. 34 y siguientes). Esa regulación, trata de ciudadanos que puede acreditar cualquier persona jurídica nacional debidamente registrada y que, independientemente de su denominación, tienen las mismas atribuciones de los fiscales partidarios, en punto a presenciar el desempeño de las juntas, incluido el escrutinio que éstas practicarán, y denunciar irregularidades. (Acuerdo de la Sesión Ordinaria N° 70-2007). Pese a esta novedosa figura, el tribunal registró muy pocas personas bajo esta modalidad, dando mayor importancia a las credenciales de los partidos políticos.

5. Acuerdo del TSE que ordena investigar lo relativo al memorando de los Señores Casas y Sánchez

Uno de los Acuerdos complejos que asumió el TSE previo al referendo, fue el relativo al “memorando” planteado en una comunicación dirigida por los señores Casas –Vicepresidente de la República y Ministro de Planificación, en ese momento– y Fernando Sánchez –Diputado– a los señores Presidente de la República y Ministro de la Presidencia.

La prudencia, pero al mismo tiempo robustez con que actuó el Tribunal fue satisfactoria a los ojos de la opinión pública, pues se determinaron tres puntos fundamentales:

- Declarar el contenido del memorando como inaceptable.
- Declarar irrespetuosas las referencias que se hacen respecto del TSE.
- Y, solicitar a la Auditoría Interna del Ministerio de Planificación realizar la respectiva investigación e informar al Tribunal, oportunamente, de sus resultados.

A MODO DE CONCLUSIÓN

La normativa costarricense relativa al desarrollo del Referéndum es deficiente, limitada, escasa en regulaciones que fueron resueltas vía interpretaciones del Tribunal Supremo de Elecciones y, en parte, por el Reglamento que en su momento dictó el máximo organismo electoral.

Como quedó constatado, las interpretaciones, dependiendo del asunto tratado, fueron restrictivas, bajo el argumento de no existencia de reserva de ley y, en otras oportunidades amplias, integrando normativa de diferente rango y creando antecedente, unas veces a la luz de interpretación lógico-sistemática, mientras que en otras, se demuestra, de alguna manera, el método de los intereses en juego (la realidad).

No cabe duda que hay cuatro aspectos que preocupan al autor de este escrito, el primero el tema de ausencia de regulación en financiación y propaganda en los procesos referendarios, que se refleja en desequilibrio de medios entre las partes pro SI y pro NO. De otra mano, el tratamiento dado a la competencia sobre los cuerpos de seguridad nacional en procesos eleccionarios y consultivos, la que debe ser enderezada a sus orígenes, es decir, dichos cuerpos deben subordinarse absolutamente a la iniciativa exclusiva del Tribunal en la coyuntura eleccionaria. El tercer aspecto es el concerniente a reformas asociadas a los actores del referendo, de la experiencia –lección aprendida– surgió el tema que una elección consultiva no solo triangula asuntos Tribunal-partidos-electores, como era la tradición, sino que irrumpen nuevos actores que no están debidamente reflejados en la ley, como la participación de los miembros del gobierno, las universidades, los religiosos, los grupos civiles y sociales, etc. Finalmente, un replanteamiento casi general al Capítulo relativo a la iniciativa a instancia ciudadana para que se le eliminen trabas que son improcedentes.

FUENTES DOCUMENTALES Y BIBLIOGRÁFICAS

ASAMBLEA CONSTITUYENTE, *Constitución Política de la República de Costa Rica* de 1949

BOURDEAU, *Traité de Science Politique. Les Régimes Politiques*. “Librairie Generale de Droit et des Jurisprudence”. R. Pichón et R. Durand Auzias Rue Soufflot 20, Paris, 1972.

DE VEGA, Pedro, *La Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, en Temas Clave de la Constitución, 4ta reimpression, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1999, 309 p.

MISIÓN DE OBSERVACIÓN INTERNACIONAL. Referéndum en Costa Rica, 7 de octubre de 2007, Resumen de Conclusiones, Jornada de Evaluación, a

cargo de autoridades electorales del continente, por formar parte el TSE de Costa Rica de la Unión Interamericana de Organismos Electorales (UNIORE) y de la Asociación de Organismos Electorales de Centroamérica y el Caribe (Protocolo de Tikal).

URCUYO Fournier, Constantino, *Reforma Política y Gobernabilidad*, Editorial Juricentro S.A., 2003.

ASAMBLEA LEGISLATIVA

Sesiones:

Sesión plenaria No. 184 del 24 de abril del 2007

Comunicaciones:

Comunicación al TSE No. 6326-06-07 del 24 de abril de 2007

Informes:

Informe No. DST-419-2007 del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa

Expedientes Legislativos:

Expediente Legislativo No. 16.047.

Leyes:

Ley No. 1536 “Código Electoral”

Ley No. 7135, “Ley de Jurisdicción Constitucional”

Ley No. 8492 “Regulación del Referéndum”

Ley No. 7410 “Ley General de Policía”

PODER EJECUTIVO

Decretos:

Decreto No. 33717-MP, “Iniciativa para la convocatoria a Referéndum para que la ciudadanía apruebe o impruebe el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos TLC”.

TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES

Decretos:

Decreto TSE N° 11-2007 “Reglamento para los procesos de referéndum”, de 19 de junio de 2007.

Decreto de Convocatoria No. 13-2007, de 12 de julio de 2007.

Resoluciones:

Resolución No. 9149 del 19 de abril de 1989

Resolución No. 1253-E-2006

Resolución No. 977-E-2007

Resolución No. 790-E-2007

Resolución No. 1119-E-2007

Resolución No. 1617-E-2007

Resolución No. 1636-E-2007

Resolución No. 948-E-2007

Resolución No. 2018-E-2007

Resolución No. 2607-P-2007

Resolución No. 2944-E-2007 “Declaratoria Oficial de Resultados”.

Acuerdos:

Acuerdo de Sesión Ordinaria N° 45-2007

Acuerdo de Sesión Ordinaria No. 70-2007

Acuerdo de Sesión Ordinaria N° 90-2007

Acuerdo de de Sesión Ordinaria N° 91-2007

Acuerdo de Sesión Extraordinaria N° 86-2007

Acuerdo de Sesión Extraordinaria N° 94-2007

Tribunal Constitucional español

Sentencia 12 de 31 de marzo de 1982 y la 74 de diciembre de ese mismo año, sobre servicio de Televisión Privada.