

APORTE ESPECIAL

Controversias sobre el marco jurídico del referéndum

Presentación

El referéndum sobre el TLC-CA fue el estreno -bastante complicado- del marco regulatorio del referéndum en Costa Rica. Este marco regulatorio está conformado, en lo fundamental, por la Ley 8281 de abril del 2002, que reformó los artículos 102, 105, 124 y 129 de la Constitución Política, y la Ley 8492 de marzo de 2006, sobre la regulación del referéndum. Además, incluye el Código Electoral (Ley 1536) y el reglamento de la Ley 8492¹. En un ambiente políticamente tenso, se generaron intensas polémicas, tanto sobre las leyes como sobre su aplicación, por parte del Tribunal Supremo de Elecciones (TSE).

En este breve *dossier* se sintetizan algunas de las más importantes controversias sobre el marco jurídico del referéndum. El texto analiza los vacíos y debilidades del marco legal para garantizar un proceso electoral con garantías de certidumbre, transparencia y equidad. El trabajo se basa en una consulta documental y en otra realizada verbalmente a distintas fuentes de información. Debido a la inexistencia de investigaciones previas sobre el tema, y por la economía temporal de la primera experiencia del referéndum en Costa Rica es importante indicar que esta es una aproximación inicial, de carácter exploratorio y por tanto, no exhaustiva². A manera de una “pica en Flandes”, procura identificar temas que propicien la deliberación política sobre la reforma al marco regulatorio

de otros posibles referendos que, necesariamente, se desarrollarán en los próximos años.

El presente documento no trata el tema de la constitucionalidad del TLC-CA o sus leyes de implementación, una cuestión debatida intensamente durante el 2007. Esa discusión se refería a la materia objeto del referéndum -el tratado comercial- pero no implicó, necesariamente, un juicio sobre las reglas del juego que sirvieron de base para la realización del referéndum, que es el tema estudiado en este trabajo³.

Las limitaciones del marco legal del referéndum fueron clasificadas en dos planos: vacíos y debilidades. En la práctica, ambas pueden tener consecuencias similares, ya que generan polémica y dudas sobre la equidad y transparencia del proceso. Sin embargo, vacíos y debilidades son fenómenos distintos. Los vacíos son aspectos relevantes del proceso de referéndum que debieron ser abordados por el legislador, pero que no fueron tratados, ni en el marco normativo ni en el proceso que condujo a su aprobación. Son omisiones que derivan de la falta de discusión o de previsión en el proceso legislativo. Las debilidades son aspectos que sí fueron discutidos por los legisladores, pero donde la voluntad manifiesta de los congresistas se plasmó en normas (o en ausencia de ellas) que generaron fuertes controversias o, bien, riesgos para el proceso electoral. En el documento, ambos aspectos se tratan por separado.

Vacíos del marco legal

El primer vacío que se encontró en el marco regulatorio fue la falta de previsión relacionada con la consulta preceptiva de constitucionalidad de las iniciativas que se someten a un referéndum (Muñoz, 2008; E:⁴ Sobrado y Zamora, 2008). Esta omisión está presente, tanto en la reforma constitucional de 2002, como en la ley 8492. Su consecuencia concreta es que, en principio, un texto legal con defectos constitucionales, puede ser sometido a la decisión popular.

Ciertamente toda propuesta de política pública puede ser objeto de una acción de inconstitucionalidad, una vez que se convierte en ley (Muñoz, 2008). Sin embargo, es de interés público minimizar ese riesgo, con el fin de evitar la incertidumbre o la incapacidad de los entes públicos para actuar en ciertas materias. Las precauciones deben extremarse aún más en aquellos casos en los que el texto legal es producto de una decisión ciudadana, surgida de un proceso electoral. Lo anterior, no solo por la pérdida de cuantiosos recursos, sino por las consecuencias imprevisibles, relativas a la legitimidad del sistema político⁵.

En el caso del TLC-CA, el examen previo de constitucionalidad mediante una consulta preceptiva, fue demandado por sectores opositores (Merino, 2007). Además, originó consultas sucesivas a la Sala Constitucional por parte del TSE, mediante el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea

Legislativa,⁶ de la Defensoría de los Habitantes y de algunos diputados de la Asamblea Legislativa. La Sala rechazó la consulta del TSE, y su argumento fue la falta de competencia del Departamento citado y la improcedencia de la consulta preceptiva, por tratarse de proyectos sometidos a decisión popular. Sin embargo, al aceptar la consulta de la Defensoría de los Habitantes y de los diputados instituyó, en la práctica, un mecanismo para la consulta preceptiva de la materia sometida a referéndum. Evidentemente, se trata de un mecanismo tentativo: en una resolución futura, la Sala Constitucional podría emitir una resolución contraria sobre este tema. Se trata, además, de un mecanismo restrictivo. A diferencia de lo que ocurre con el resto de las materias, donde varios entes pueden consultar a la Sala Constitucional, en este caso solamente se admitió la facultad de consultar a una entidad: la Defensoría de los Habitantes.

Relacionado con este tema, es posible identificar un segundo vacío: la modificación o derogación de una decisión aprobada por la ciudadanía, vía referéndum, por parte de la Asamblea Legislativa (Departamento de Servicios Técnicos, 2008; Muñoz, 2008). La ley actual no establece un plazo prudencial, que imponga limitaciones al Congreso para modificar o derogar esa decisión. Tampoco se previó una norma que prohibiera la realización de otro referéndum, sobre el mismo tema, dentro de un plazo determinado -diferente de la imposibilidad de realizar más de un referéndum por año (artículo 105 de la Constitución Política)- .

Existen diversas formas de regular el tema relativo a las reformas posteriores a la toma de una decisión ciudadana. Cualquiera que sea la opción finalmente escogida, debe estar explícitamente desarrollada en la legislación electoral. En la medida en que todos los actores conozcan, previamente, las reglas del juego, se evitará la discrecionalidad política por parte de los operadores jurídicos en tan sensible materia, así como la incertidumbre ciudadana (Muñoz, 2008)⁷.

Un tercer vacío de la ley es la inexis-

tencia de definiciones acerca de los efectos suspensivos del referéndum sobre la potestad de legislar (Sobrado y Zamora 2008). Ni la reforma constitucional, ni la ley previeron lo que sucede en el plano legislativo con la iniciativa o las propuestas que son objeto de una convocatoria a referéndum. Varios sectores políticos demandaron la suspensión del trámite legislativo, desde el momento mismo en que el TSE aceptó la petición de un grupo de ciudadanos para iniciar actividades preparatorias conducentes a una eventual convocatoria de un referéndum. En ese caso, se pidió la suspensión, a pesar de que todavía no se habían cumplido los trámites para convocar a un referéndum (Merino, 2007)⁸. El Gobierno y sus aliados, por el contrario, sostuvieron la tesis opuesta.

El TSE resolvió que el efecto suspensivo de la potestad de legislar procede, únicamente, ante la convocatoria a referéndum. De acuerdo con esta resolución, las actividades preparatorias no suponen la suspensión de procesos parlamentarios. Sin embargo, debido a que las reglas relativas a esta materia atañen a las competencias de los poderes del Estado⁹, es conveniente tratarlas por medio de normas constitucionales explícitas.

Un cuarto vacío de la ley es la indefinición respecto a la existencia de prelación entre solicitudes de referéndum sobre un mismo tema. La ausencia de criterios explícitos sobre la prioridad de las iniciativas se refiere tanto a los casos donde existen varias solicitudes de iniciativa ciudadana sobre un mismo tema, como a situaciones donde se presenten varias solicitudes, algunas por iniciativa ciudadana y otras por parte del Poder Legislativo o Ejecutivo. Precisamente, esta última situación, fue la que efectivamente ocurrió en el caso del referéndum sobre el TLC-CA.

Este vacío normativo originó una fuerte controversia sobre la precedencia y la acumulación de las peticiones. El propulsor del referéndum por iniciativa ciudadana argumentó que esta tenía prioridad, en virtud del principio de "primero en tiempo, primero en derecho", por la intangibilidad de los actos propios generadores de derechos adquiridos (Corrales, 2007). De acuerdo con

esta tesis, el hecho de haber recibido en primer lugar, la autorización del TSE para recoger las firmas necesarias con el propósito de convocar, eventualmente, a un referéndum sobre el TLC-CA originaba un derecho adquirido.

El TSE, en la resolución 977-E-2007, resolvió en sentido contrario (Muñoz, 2008; E: Sobrado y Zamora, 2008). Señaló que este principio solo era aplicable cuando se presentaban peticiones que contaran con el mismo nivel jurídico, lo que no ocurría en la situación objeto de análisis¹⁰.

Finalmente, un quinto vacío es la especificación del papel de los partidos políticos en el proceso electoral del referéndum. El artículo 98 de la Constitución Política establece que los partidos son instrumentos fundamentales para la participación política. Sin embargo, mientras que las funciones de los partidos están claramente establecidas en el Código Electoral, no ocurre lo mismo en la Ley 8492. Aunque este vacío tiene otras consecuencias¹¹, interesan en esta oportunidad sus efectos sobre la organización y fiscalización del proceso electoral. De acuerdo con los artículos 89 y subsiguientes del Código Electoral, los partidos políticos ejercen una acción fiscalizadora mediante la acreditación de representantes ante el TSE. En la ley del referéndum, este mecanismo no fue previsto, pero tampoco se consideró otro alternativo, a pesar de tratarse de un tema primordial para garantizar la transparencia electoral.

En el reglamento de la Ley, el TSE aplicó al referéndum las normas previstas en el Código Electoral y, además, abrió un canal de observación ciudadana (mediante los observadores nacionales)¹². Sin embargo, lo cierto es que el marco regulatorio del referéndum carece de un modelo explícito de fiscalización ciudadana, relativo al escrutinio definitivo del TSE. Este modelo podría incluir algunas diferencias en relación con el aplicado en los procesos electorales para escoger autoridades políticas, en virtud de la diferente naturaleza del referéndum. Esta situación originó diversos reclamos y denuncias sobre la transparencia del proceso (Cortés, 2008).

Debilidades del marco legal

La primera debilidad presente en el marco legal fue la decisión, adoptada por la Asamblea Legislativa, de prohibir el financiamiento político de carácter público, para las partes que se enfrentan en un referéndum. Esta decisión introdujo una norma muy distinta a la que priva en los procesos electorales para la escogencia de las autoridades políticas, donde sí existe ese tipo de financiamiento (llamado “deuda política”). No permitir el financiamiento público fue la respuesta de los legisladores a una pregunta que generaba problemas prácticos: ¿en un referéndum, quiénes son los actores con derecho a recibir financiamiento público?

Mientras que en los procesos electorales para seleccionar gobiernos, los actores que compiten están claramente definidos (partidos políticos), en un referéndum participan múltiples y variadas organizaciones con intereses muy distintos, que se alinean, circunstancialmente, a favor o en contra de una tesis. Estas organizaciones tienen muy distinta naturaleza: algunas constituyen partidos políticos, otras organizaciones legalmente constituidas, y otras son organizaciones de facto. Ninguna de ellas renuncia a su autonomía o personería jurídica, cuando ingresa a una coalición circunstancial. En ese sentido, el marco normativo del referéndum debería especificar cuáles organizaciones estarían legitimadas, para hacer uso de los recursos públicos y de las modalidades de acceso a ellos.

La respuesta de los legisladores a este problema fue minimalista¹³. Al rechazar el financiamiento político público, evitaron el establecimiento de normas sobre el monto, reglas de distribución y uso del subsidio público, en las campañas electorales de las partes enfrentadas en un referéndum. La opción escogida por los parlamentarios fue reducir la regulación a dos normas mínimas: la obligación del TSE de elaborar un texto de difusión sobre la materia sometida a decisión popular; y la prohibición de movilizar recursos públicos, a favor o en contra, de la materia sometida a consulta. En relación con este tema el

límite fue, nuevamente, enunciado en el sentido más estrecho posible: la prohibición de presupuestar dineros para propaganda en los medios de comunicación colectiva. En resumen, la falta de financiamiento público para las partes en procesos de referéndum, no fue un olvido, sino una decisión expresa de la Asamblea Legislativa.

La inexistencia del financiamiento estatal para el referéndum ha sido motivo de fuertes críticas a la experiencia del 2007 (Muñoz, 2008). Se ha insistido en la necesidad de legislar para otorgar un “financiamiento político equitativo” entre las partes, que compense las asimetrías que puedan originarse ante la desigualdad de recursos económicos y políticos (Cortés, 2008).

Una segunda debilidad de la ley fue la decisión del Congreso de negar al TSE, la atribución de fiscalizar el financiamiento político privado de las partes, durante la campaña del referéndum. La ausencia de intervención, por parte del TSE en este tema, sirvió de base para plantear reclamos ante este órgano, por no haber ejercido un mayor control y fiscalización sobre el financiamiento privado.

En materia de financiamiento privado, la única norma establecida por el legislador fue el monto de veinte salarios base, como contribución individual de las personas físicas o jurídicas¹⁴ (Artículo 20 de la Ley 8492). En ese sentido, la Asamblea Legislativa optó por un régimen de total libertad de contribución, y desechó, incluso, los controles mínimos contemplados en el Artículo 176 del Código Electoral. Dicho artículo establece la obligación de los partidos de reportar las contribuciones privadas que reciben, con base en el principio de publicidad. Esta norma, por cierto, es débil e insuficiente. Como lo ha señalado en reiteradas ocasiones el *Informe Estado de la Nación*, la regulación del financiamiento político privado es una de las principales debilidades del sistema político costarricense. Los partidos han estado renuentes a establecer un régimen de controles efectivos sobre este tema y el marco regulatorio del referéndum no fue la excepción.

Una opción, que varias personas reclamaron ante el TSE, fue la aplicación

supletoria del Código Electoral en el tema del financiamiento privado. Sin embargo, las autoridades electorales señalaron que en este tema no procedía esta solución. Las normas que restringen el derecho de las personas a participar en la vida política mediante una contribución privada, así como los controles sobre el monto, oportunidad y aplicación del financiamiento privado, no pueden establecerse por analogía, sino que deben estar expresamente estipuladas en la ley (Sobrado y Zamora, 2008¹⁵). Lo mismo ocurre con las sanciones que se imponen a quienes violan la normativa del referéndum: en la medida que restringen derechos políticos, deben estar explícitamente formuladas en el marco jurídico.

La solución minimalista conferida al tema del financiamiento privado, plasmada en la decisión de no desarrollar en la ley la regulación de las contribuciones de personas físicas y jurídicas al referéndum, generó serios cuestionamientos sobre la equidad en el proceso electoral (Solís, 2007)¹⁶. La información disponible sugiere que el SÍ tuvo mayor disponibilidad de recursos financieros que el NO, aunque no se tienen estimaciones efectivas sobre la magnitud de las brechas. Sin embargo, debe reiterarse que la voluntad expresa del legislador fue denegar potestades de fiscalización al Tribunal¹⁷.

Una tercera debilidad de la ley se refiere a las regulaciones concernientes a la participación de personas extranjeras. Por decisión de los legisladores, la participación de extranjeros no fue prohibida en el referéndum, excepto en lo relativo a la recolección de firmas o a campañas de publicidad, a favor o en contra, del proyecto sometido a referéndum (Artículo 20, inciso c de la Ley 8492)¹⁸. Sobre este tema, el legislador adoptó una tesis liberal: en principio todo el mundo (extranjeros incluidos) puede hablar sobre la materia objeto de consulta. La única restricción a los foráneos fue la imposibilidad de participar en la organización material del proceso.

Esa normativa tan flexible generó fuertes polémicas entre las partes. Por ejemplo, el SÍ acusó al NO de promover

la intromisión de congresistas norteamericanos en la campaña electoral. A su vez, el NO denunció la ingerencia del Embajador de EEUU en Costa Rica y de la Casa Blanca. Acusaciones por financiamiento de potencias extranjeras fueron formuladas durante el proceso.

Cabe anotar que el cumplimiento de las regulaciones mínimas, relativas a la participación de extranjeros, fue imposible de fiscalizar, por limitaciones propias de la Ley 8492. Su artículo 20 permite las contribuciones privadas de personas jurídicas. El único requisito que debe cumplir una entidad con personería jurídica costarricense es estar domiciliada en el país e inscrita en el registro mercantil, aunque todos sus accionistas sean extranjeros. Como en Costa Rica no existe un registro público de accionistas de las sociedades anónimas, es imposible documentar si algunos extranjeros participaron mediante donaciones de recursos a una (o ambas) partes en el referéndum, al amparo de la provisión legal de las sociedades jurídicas. Esto, sin embargo, no es una omisión del legislador, sino consecuencia expresa del régimen minimalista por el que se optó, en materia de financiamiento político.

Una cuarta debilidad fue la ausencia de regulaciones sobre la participación de funcionarios públicos en el referéndum. La inexistencia de normativa específica provocó una fuerte controversia. Para algunos, el TSE debió haber prohibido, tajantemente, la participación de funcionarios públicos, mediante la aplicación supletoria del artículo 88 del Código Electoral, que prohíbe la beligerancia política (Solís, 2007; Cortés, 2008). Para otros, tal prohibición no procedía para ciertas categorías de funcionarios públicos, pese a la disposición del Código Electoral, puesto que el referéndum trata sobre un asunto de política pública donde el Gobierno tiene un interés legítimo (Muñoz, 2008).

Basado en las deliberaciones legislativas¹⁹, el TSE se pronunció a favor de la libertad de expresión de todas y todos los ciudadanos, incluidos los funcionarios públicos, sujeta solamente a la prohibición de utilizar recursos públicos que directa o indirectamente, favorecieran las campañas a favor o en contra

del proyecto consultado (Resolución 1119-E-2007 del 17 de mayo de 2007). Sobre este punto hubo una controversia adicional, en relación con la resolución del TSE acerca de las universidades públicas, que provocó una aclaración ulterior de este organismo.

Finalmente, una quinta debilidad fueron las normas de la Ley 8492 relativas a la tregua política. El marco regulatorio del referéndum no desarrolló, sobre este tema, una normativa distinta a la establecida para los demás procesos electorarios. Consecuentemente, en la consulta sobre el TLC-CA se emplearon los mismos criterios utilizados en otras elecciones. Así, mediante el artículo 24 del reglamento de la Ley, el TSE aplicó la normativa del Código Electoral, que establece la prohibición de realizar manifestaciones, desfiles públicos y difundir propaganda de cualquier especie, dos días antes y el día de la votación (Artículo 85, inciso g). Nótese que la legislación y la jurisprudencia costarricense no formulan la tregua, en términos de la imposición de un voto de silencio de los medios, por parte del TSE²⁰.

En virtud de eventos ocurridos en las horas previas al día de la votación²¹, se hicieron fuertes reclamos al TSE, por no haber impedido que informaciones favorables a una de las partes tuvieran una fuerte presencia mediática. Entre los críticos al TSE no hay acuerdo sobre las reformas que deben realizarse en relación con el tema de la tregua electoral. Por una parte se propugna por su eliminación (Cortés, 2008); por otra, se ha pedido al TSE ejercer (o al Congreso efectuar las modificaciones para otorgar atribuciones a este organismo para que imponga) censura previa, a fin de garantizar un silencio reflexivo. Por su parte, el Tribunal argumenta que carece de potestad para introducir, por vía jurisprudencial, limitaciones al derecho fundamental de la libertad de expresión, que no estén expresamente consignadas en el texto constitucional.

Debate político: conveniencia de una reforma política inmediata

Las imperfecciones de la Ley 8492, reguladora del referéndum, dejan

planteado el debate sobre la oportunidad de su reforma. Aún cuando los diversos partidos políticos, las autoridades electorales, el Gobierno y las organizaciones ciudadanas estuvieran de acuerdo en un conjunto sustantivo de cambios: ¿conviene reformar la ley cuanto antes o es mejor esperar algunos años antes de reformarla²²?

La tesis favorable a una reforma inmediata tiene como fin evitar que un nuevo proceso sea afectado por los vacíos y debilidades del marco jurídico. Se trata de un argumento que favorece la acción inmediata para corregir las imperfecciones más obvias, en particular las relacionadas con la inequidad de recursos entre las partes (Cortés, 2008). Su principal defecto es que la reforma podría responder, en buena medida, a decisiones tomadas al calor de los acontecimientos, sin que en Costa Rica se haya acumulado experiencia suficiente sobre la materia. Además, podría inaugurar un período de ajustes sucesivos al marco legal que, eventualmente, podría generar incertidumbre. Contrariamente, se puede argumentar que algunos cambios podrían ser adaptados de la experiencia internacional (que es abundante) por la vía del derecho comparado, y que la inacción podría tener consecuencias importantes sobre la legitimidad de este mecanismo de democracia directa y, en general, del sistema electoral en su conjunto.

La tesis a favor de una reforma a mediano plazo tiene como propósito lograr la mejor y más comprensiva reforma posible. Los cambios se producirían una vez que la práctica reiterada del referéndum, permitiera adquirir la experiencia y conocimientos necesarios para distinguir los problemas realmente importantes y las soluciones más adecuadas (Sobrado, 2008; Zamora, 2008). Este es un argumento a favor de la cautela en la propuesta de cambio. Su principal defecto es el costo político que inevitablemente se paga durante el “período de prueba”, pues el sistema electoral se enfrentaría con defectos que podrían afectar los resultados y la legitimidad de los procesos electorales que se realizaran en el ínterin. La contrarréplica sería que, luego de

un período de transición (cuyo plazo podría pactarse), ese costo estaría más que compensado por el establecimiento de un marco jurídico más robusto y estable.

Nótese que el argumento de la viabilidad política de la reforma puede esgrimirse, tanto a favor como en contra del planteamiento de la acción inmediata o de la acción cautelosa. En contra de la acción inmediata puede decirse que no hay condiciones para reformar la ley del referéndum, pues, en la actualidad, (2008) un sistema político, a punto de

entrar en una nueva fase de elecciones nacionales, está poco dispuesto a introducir cambios en las reglas electorales. En contra de la acción cautelosa, puede manifestarse que la espera de un tiempo más adecuado para tomar la decisión, puede tornarse en una espera sin fin, porque bien pudiera ser que el sistema político no procese una reforma. Entre ambas posiciones existirá una posición pragmática, que argumentaría que los cambios deben hacerse cuando exista la oportunidad de hacerlos (“la oportunidad la pintan calva”), para lo

cual hay que estar preparados y proponer la mejor especificación de reformas posibles en un momento determinado.

Por último es importante señalar que, tanto la acción inmediata como la acción cautelosa pueden tener diversos grados de profundidad y radicalidad. Ni la acción inmediata significa reformas profundas ni la acción cautelosa significa reformas mínimas. El punto clave para la profundidad de los cambios radicarán en el acuerdo político que subyazca a las transformaciones del sistema electoral.

La elaboración de este aporte especial estuvo a cargo de Jorge Vargas Cullell.

Se prepararon para este trabajo los siguientes insumos: “Controversias sobre el marco jurídico del referéndum”, de Jorge Vargas Cullell y “El Referendo en Costa Rica”, de Hugo Alfonso Muñoz.

Un agradecimiento especial a Luis Antonio Sobrado, Eugenia María Zamora y Max Esquivel, Magistrados del TSE por la información brindada y los comentarios sobre este aporte.

La edición técnica la realizaron Jorge Vargas, Enrique González y Leda Muñoz.

NOTAS

1 Reglamento para los procesos de referéndum, Decreto nº 11-2007 de 19 de junio del 2007 publicado en La Gaceta nº 122 del 26 junio del 2007.

2 No se tratan los temas relativos a la exigencia del transporte gratuito de electores (resuelta por el TSE con la colaboración de la empresa privada).

3 En principio, el debate sobre la constitucionalidad del TLC-CA no trasciende a futuros procesos electorales. Sobre este tema véanse, entre otros: Antillón, et al 2006; Comisión especial sobre roces de constitucionalidad del TLC de la Universidad de Costa Rica, 2007; Páez, 2007; Quesada, 2007; Sala Constitucional, 2007; Sobrado y Páez, 2007.

4 Las referencias que aparecen anteceditas por la letra "E" corresponden a entrevistas realizadas durante el proceso de elaboración del Informe. La información respectiva se presenta en la sección Entrevistas, de la bibliografía de este capítulo.

5 La inconstitucionalidad de un texto aprobado en un referéndum plantea un interesante tema de discusión desde el punto de vista de la teoría política. La voluntad del soberano, el demos, tal y como quedó plasmada mediante el ejercicio de la democracia directa, habría sido anulada por la decisión de un órgano estatal cuyas atribuciones constitucionales, para resolver sobre la materia, fueron otorgadas por representantes ciudadanos, legitimados para tal diligencia en virtud de los mecanismos de la democracia representativa. Más aún, la decisión de este órgano puede responder a la solicitud de una sola persona que, en virtud de su legitimación como ciudadana, tiene la posibilidad de revertir una decisión colectiva. Según sea la teoría democrática específica a partir de la cual se analice este choque entre democracia directa y democracia representativa, la respuesta al problema podría ser distinta.

6 El fundamento de este procedimiento es el inciso c, artículo 6 de la Ley del Referéndum.

7 Esto posibilita distintas interpretaciones. Por ejemplo, en opinión del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa (2008), una decisión aprobada por la ciudadanía no puede ser modificada por el Congreso a menos que una ley expresamente establezca la facultad de la Asamblea Legislativa de reformarla o derogarla. No obstante, en sentido contrario, podría argumentarse que las normas constitucionales permitirían a la Asamblea Legislativa introducir cambios a una decisión adoptada vía referéndum (Muñoz, 2008).

8 Cuando el TSE acogió la solicitud de José Miguel Corrales para iniciar actividades conducentes a la convocatoria de un referéndum por iniciativa ciudadana, el diputado del partido Frente Amplio escribió: "En particular se debe suspender el trámite acelerado del TLC y su agenda de implementación mientras se realiza la recolección de firmas, a fin de hacer viable que la población pueda decidir."

9 Se trata de imponer una limitación a la facultad de legislar del Congreso.

10 De acuerdo con el TSE, las actividades preparatorias para una convocatoria del referéndum, como puede ser el inicio de la recolección de firmas, no impiden la convocatoria ordenada por el Poder Ejecutivo, en este caso a pedido del Poder Ejecutivo (aprobada por 48 diputados de todas las fracciones partidarias representadas en la Asamblea Legislativa). Así, aunque los trámites para convocar un referéndum por iniciativa ciudadana empezaron primero, los Poderes Ejecutivo-Legislativo completaron, con mayor antelación, los requisitos necesarios para efectuar la convocatoria al referéndum.

11 Como se analizará más adelante, esta laguna jurídica tiene consecuencias sobre el acceso y distribución de un eventual financiamiento público a las partes que intervienen en un referéndum.

12 La única diferencia entre los fiscales partidarios y los observadores nacionales es la imposibilidad, de estos últimos, de estar presentes en el escrutinio definitivo de los votos por parte del TSE (sí pueden estarlo en el escrutinio provisional en las juntas receptoras de votos). Es importante señalar que, hasta el 5 de octubre de 2007, los partidos inscribieron 51.019 fiscales generales y de mesa (de estos, 6.339 de manera extemporánea); además, las organizaciones sociales lograron acreditar apenas 1.333. Si la fiscalización ciudadana sobre el proceso hubiera dependido de los observadores nacionales, esta habría sido muy débil.

13 Dos respuestas alternativas al problema eran, por una parte, crear una personería jurídica del "SÍ" y del "NO" a la cual se trasladarían los recursos públicos. Sin embargo, esta solución era constitucionalmente discutible, pues implicaba la afiliación forzosa de las personas a una organización no partidaria. Por otra parte, cabía la posibilidad de aplicar la misma regla que rige para los procesos de elección de representantes políticos: trasladar los recursos a los partidos políticos.

14 Más adelante, se hará referencia a la autorización legislativa de que personas jurídicas puedan ser contribuyentes (a pesar de la objeción en ese sentido que, en su oportunidad, formuló el TSE) lo que debilitó, aún más, los pocos controles de la Ley 8492 en materia de financiamiento privado.

15 En la resolución 2458-E-2007, el TSE señala que "la función jurisdiccional debe respetar el principio de que a nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley previamente establecida, regulada en el artículo 39 de la Carta Magna".

16 La percepción sobre la falta de equidad en el proceso del referéndum fue manifestada también durante el ejercicio con grupos focales, tanto entre personas a favor del NO como a favor del SÍ (Vargas, 2008).

17 También se ha señalado que el TSE pudo haber hecho más, aún dentro de este restrictivo marco legal (Muñoz, 2008).

18 En el Acta Legislativa 16, del 5 de Julio de 2005 de la Comisión de Asuntos Jurídicos, los legisladores se refieren al tema, al expresar que en un referéndum sobre un tema ambiental, debiera permitírsele a una organización ambientalista como Greenpeace dar su opinión.

19 En la misma acta legislativa, citada en la nota anterior, las y los diputados -de gobierno y de oposición- claramente señalan que en los referéndum es de esperar una participación activa por parte de funcionarios de Gobierno, con la salvedad de que no utilicen fondos públicos.

20 Hasta el año de 1997, el artículo 85 del Código Electoral -incisos a), e), h) y k)- atribuía al TSE la capacidad de censura durante los procesos electorales, mediante la potestad de cancelar cierto tipo de propaganda. Esta débil facultad de censura fue declarada inconstitucional por la Sala Constitucional, mediante el voto 1750-97.

21 La reiteración, en diversos medios de comunicación colectiva, de entrevistar a funcionarios del Gobierno, a expertos y la difusión de comunicados del gobierno de los EEUU han sido planteadas por sectores afines al NO como una violación flagrante de la tregua electoral (Cortés, 2008; Solís, 2007; El Infierno en Costa Rica, 2007).

22 Una tercera tesis, la de dejar la ley tal como está, no ha sido esgrimida, explícitamente, por nadie.