

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

INTERACCIONES ENTRE EL REFERENDO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sujeción de las leyes al control de
constitucionalidad y de convencionalidad

Patricia M. Santana Nina

Ivanna Molina Peña

Julio, 2021



Dentro del marco de diversos debates públicos sobre derechos humanos fundamentales de personas vulnerabilizadas, se ha abierto la discusión sobre el sometimiento de estos derechos a la consulta popular como mecanismo de participación ciudadana.



Junto a la discusión, la Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo de la República Dominicana ha sometido ante la Cámara de Diputados un anteproyecto de ley de referendo. Este anteproyecto, por sí mismo, genera nuevas inquietudes.



En el presente ensayo, las autoras se ocupan de describir la figura del referendo, analizar el anteproyecto de ley, observar cómo se configura y clasifica este mecanismo de participación ciudadana y el rol que realizaría el Tribunal Constitucional para garantizar que la sociedad, en el ejercicio democrático de sus derechos de participación ciudadana, no socave, anule, suprima, reduzca o aniquile derechos humanos fundamentales.

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

INTERACCIONES ENTRE EL REFERENDO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La sujeción de las leyes al control de
constitucionalidad y de convencionalidad

Patricia M. Santana Nina
Ivanna Molina Peña
Julio, 2021

Contenido

1. Introducción.....	2
2. El referendo en la legislación dominicana.....	2
3. Referendo y Tribunal Constitucional: una jurisdicción para la garantía del control de constitucionalidad y de convencionalidad.....	5
4. Conclusiones y recomendaciones.....	7

1. INTRODUCCIÓN

Al momento en que se debate la defensa de diversos derechos fundamentales en nuestro Congreso Nacional, el Poder Ejecutivo ha sometido a discusión de la Cámara de Diputados un anteproyecto de ley de referendo, que ya hace años debió dictarse, partiendo de las disposiciones de la Constitución de la República Dominicana (CRD) de 2010.

Este escenario nos permite reflexionar sobre cómo deben interactuar la figura del referendo y el Tribunal Constitucional, especialmente cuando se trata del respeto, la garantía y la protección de derechos humanos. Como ejemplo de esta interacción, tenemos el caso de la Corte Constitucional de Colombia,¹ que declara inexecutable —inconstitucional— la Ley 1354 de 2009, que convoca a un referendo y somete a la consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional, por cuya virtud se autoriza una segunda reelección presidencial.

En aquella ocasión, la Corte explicó que la noción de pueblo que acompaña la concepción de democracia liberal constitucional no puede ser ajena a la noción de pluralismo, e implica la coexistencia de diferentes ideas, razas, géneros, orígenes, religiones, instituciones o grupos sociales; asimismo, afirmó que el pueblo acepta que todo poder debe tener límites y ha acordado autolimitarse. A la vez, analizó su propia competencia para conocer de las infracciones que supongan el desconocimiento de disposiciones que desarrollen estrecha y directamente principios y valores constitucionales; así como, vicios de procedimiento, susceptibles de provocar la inconstitucionalidad de la ley de referendo.

En su momento, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana (TC) se verá en la necesidad de resolver cuestiones relativas al referendo. Es por esto, que en el presente ensayo nos ocupamos de analizar el proyecto de ley de referendo, que se encuentra en discusión en la Cámara de Diputados, enfocado en el rol del TC, como jurisdicción idónea para garantizar que en el ejercicio de los derechos de participación política la ciudadanía no sea manipulada, ni tentada, hacia la supresión de conquistas ya celebradas; y como jurisdicción máxima garantista del control de convencionalidad y de constitucionalidad. A la vez, consideramos que al TC no debe suprimírsele facultades que son útiles para hacer efectivo el mandato constitucional; y que, en efecto, este pueda garantizar la supremacía de la CRD, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

Esto, según señalamos, no solo es posible hacerlo mediante la adecuada aplicación de los principios en los que se basa el Estado social y democrático de derecho, sino además mediante la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos y el bloque de constitucionalidad.

¹ Corte Constitucional de Colombia. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-141-10 de 2010. MP: Humberto Antonio Sierra Porto: 26 de febrero de 2010. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>

2. EL REFERENDO EN LA LEGISLACIÓN DOMINICANA

El referendo se define como “la consulta al conjunto del cuerpo electoral para que se pronuncie de manera afirmativa, negativa o en blanco sobre un texto”.² Para Diego Valadés: “Constituye un mecanismo de consulta popular para implantar, modificar o derogar una o varias disposiciones de carácter legislativo”,³ y lo diferencia del plebiscito por el “carácter político” de las cuestiones sobre las cuales se va a decidir.

En la CRD la palabra “referendo” aparece nueve veces. Se describe como un instrumento para ejercer derechos de ciudadanía, como un mecanismo de participación ciudadana en la toma de decisiones a nivel local y nacional; así como, un requisito adicional para la reforma constitucional, tal y como se infiere de sus artículos 22.2,⁴ 203,⁵ 208,⁶ 210,⁷ y 272 de la CRD. Es, pues, una herramienta idónea —sin lugar a duda— para decidir sobre políticas públicas y sobre la producción normativa que afecta a municipios o a la población nacional.

El referendo es un medio en virtud del cual se consulta a las personas, con cualidades de ciudadanía y que integren el registro electoral, sobre asuntos que sean de su interés, por lo que se le define como un mecanismo de consulta popular. Estos asuntos pueden ser de interés municipal, de interés regional o de interés nacional, mediante los diversos mecanismos de consulta popular a los que se refieren los artículos 203, 208 y 210 de la Constitución; pero, además, de interés constitucional, mediante el referendo aprobatorio, que instaure el artículo 272 de la CRD, en los términos siguientes:

- ² Sáenz Royo, E. (2016). La regulación del referendo en el derecho comparado: aportaciones para el debate en España. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, 123-153. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.108.04>
- ³ Valadés, Diego: Referéndum en el Sistema Constitucional Mexicano. p. 375
- ⁴ Artículo 22.- Derechos de ciudadanía. Son derechos de ciudadanas y ciudadanos: (...) 2) Decidir sobre los asuntos que se les propongan mediante referendo; (...).
- ⁵ Artículo 203.- Referendo, plebiscitos e iniciativa normativa municipal. La Ley Orgánica de la Administración Local establecerá los ámbitos, requisitos y condiciones para el ejercicio del referendo, plebiscito y la iniciativa normativa municipales con el fin de fortalecer el desarrollo de la democracia y la gestión local.
- ⁶ Artículo 208.- Ejercicio del sufragio. Es un derecho y un deber de ciudadanas y ciudadanos el ejercicio del sufragio para elegir a las autoridades de gobierno y para participar en referendos. El voto es personal, libre, directo y secreto. (...).
- ⁷ Artículo 210.- Referendos. Las consultas populares mediante referendo estarán reguladas por una ley que determinará todo lo relativo a su celebración, con arreglo a las siguientes condiciones: 1) No podrán tratar sobre aprobación ni revocación de mandato de ninguna autoridad electa o designada; 2) Requerirán de previa aprobación congresual con el voto de las dos terceras partes de los presentes en cada cámara.

Artículo 272.- Referendo aprobatorio. Cuando la reforma verse sobre derechos, garantías fundamentales y deberes, el ordenamiento territorial y municipal, el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, el régimen de la moneda, y sobre los procedimientos de reforma instituidos en esta Constitución, requerirá de la ratificación de la mayoría de los ciudadanos y ciudadanas con derecho electoral, en referendo aprobatorio convocado al efecto por la Junta Central Electoral, una vez votada y aprobada por la Asamblea Nacional Revisora.

El referendo aprobatorio es una novedad que incorpora la CRD y que constituye un proceso obligatorio de ratificación de la reforma constitucional para los asuntos antes descritos, en donde los y las votantes se expresan mediante un “SÍ” o un “NO”. A través de este mecanismo, los ciudadanos y las ciudadanas tienen el derecho de participar en la reforma a la Constitución, cuya aprobación —en esos temas— dependerá de más de la mitad de los votos de los y las sufragantes, que deben exceder el 30 % del total que integre el Registro Electoral. Según la Constitución, si el resultado de esta particular consulta es afirmativo, la reforma será proclamada y publicada íntegramente, con los textos reformados por la Asamblea Nacional Revisora; pero nada señala el texto constitucional en el caso de que la consulta diera un resultado negativo.⁸

Se observa, entonces, cómo la CRD introduce tres tipos de referendo: el *referendo municipal*, el *referendo consultivo* y el *referendo aprobatorio*; sin embargo, existe escasa regulación legislativa sobre estos mecanismos —y cualquier otro de los dispuestos por la CRD— de participación ciudadana.

Previo a la CRD, en la Ley N.º 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios,⁹ el legislador establece el *referendo municipal* como un mecanismo de participación ciudadana en asuntos municipales, y lo define como un “instrumento por el cual el ayuntamiento convoca a la comunidad para que se pronuncie sobre una propuesta de normativa de aplicación municipal u otros temas de interés de los munícipes y organizaciones del municipio”,¹⁰ pero también confiere la facultad de solicitar la celebración del referendo a 5 % de los ciudadanos y las ciudadanas que figuren en el registro electoral del municipio, prohibiendo expresamente su sometimiento para decidir sobre leyes nacionales o la modificación de la división político-administrativa del territorio.

Ante la evidente omisión legislativa desde la proclamación de la Constitución en el 2010,¹¹ la Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo ha sometido un proyecto de ley orgánica de referendo consultivo y referendo aprobatorio, cuyo ob-

jeto es “regular los referendos como mecanismos para el ejercicio del derecho de participación política de los ciudadanos y ciudadanas, de conformidad con la Constitución y las leyes”.¹²

En este anteproyecto se define el *referendo constitucional aprobatorio*, como “el procedimiento de participación directa de la ciudadanía para aprobar las propuestas de modificación a la Constitución, una vez votada y aprobada por la Asamblea Nacional Revisora”;¹³ mientras que, el *referendo consultivo* se define como “el procedimiento participativo democrático por medio del cual se consulta a la ciudadanía respecto a una o varias propuestas presentadas en relación con temas de relevancia o interés nacional”.¹⁴

Respecto al referendo constitucional aprobatorio, el anteproyecto no abunda más allá del texto constitucional ni aclara qué sucede en caso de que, una vez sea celebrado, la respuesta sea negativa.

En cuanto al referendo consultivo, se crea un trámite que va desde el derecho a la iniciativa de referendo y el procedimiento a seguir, hasta las restricciones.

Resulta pertinente analizar las restricciones relativas al referendo consultivo. Aquí, el anteproyecto de ley dispone que el referendo consultivo no podrá ser convocado ni celebrado en cualquiera de las circunstancias descritas a continuación:¹⁵

- a. No podrán tratar sobre aprobación ni revocación de mandato de ninguna autoridad electa o designada.
- b. Sobre el mismo tema objeto de referendo celebrado, por lo menos, dos (2) años antes.
- c. No podrán celebrarse durante los estados de excepción, en cualesquiera de sus modalidades, en consonancia con el artículo 272 de la CRD, según el cual no podrá iniciarse la reforma constitucional, en caso de vigencia de alguno de los estados de excepción.
- d. Ordenar a los poderes públicos el cumplimiento de una ley, decreto, reglamento u otra norma o disposición normativa.
- e. Celebrar el referendo en el período comprendido entre la proclama del período electoral y la finalización de los comicios electorales.
- f. Realizar referendos con propuestas que sean contrarias a la Constitución y al bloque de constitucionalidad, o impulsar políticas contrarias a estos.

Tampoco puede versar sobre los siguientes aspectos: normas tributarias y de presupuesto; régimen económico, monetario y financiero; organización territorial o político-administrativa;

⁸ Ver los párrafos I, II y III del referido artículo 272 de la CRD.

⁹ Única que, a la fecha, puede entenderse como Ley Orgánica de la Administración Local, a la luz del artículo 203 de la CRD.

¹⁰ Ver artículos 230.b y 233 de la referida ley.

¹¹ La CRD incorpora el referendo como derecho e instrumento, pero desde el 2010 no se ha regulado por ley.

¹² Artículo 1 del anteproyecto de ley.

¹³ Artículo 8 del anteproyecto de ley.

¹⁴ Artículo 11 del anteproyecto de ley.

¹⁵ Artículo 14 del anteproyecto de ley.

vigencia de tratados internacionales, seguridad y defensa nacional; estructura y organización de los poderes públicos; y sanciones penales junto a su forma de aplicación.¹⁶ Curiosamente, este texto —que enlista asuntos propios del referendo aprobatorio, según el artículo 272 de la CRD— no hace referencia a la prohibición de la celebración de referendo consultivo que verse sobre los derechos, las garantías y los deberes fundamentales.

Es importante que quede expresamente dispuesto por el legislador: la prohibición de un referendo consultivo que verse sobre los derechos, garantías y deberes fundamentales. Esto así, porque, por un lado, dejaría abierta la puerta para acudir a esa vía para decidir asuntos que son exclusivamente posibles de someter a consulta mediante el referendo constitucional aprobatorio, en franca violación al texto constitucional. Y, por otro lado, porque existiría la posibilidad de referir a la consulta popular: derechos y garantías ya conquistadas por el ordenamiento constitucional, cuya regulación solo puede ser sometida al legislador bajo los parámetros dispuestos por los referentes principalistas que fundan y rigen un Estado social y democrático de derecho, como son la dignidad humana, la igualdad, el principio de favorabilidad, el principio de razonabilidad, el principio democrático y el principio de progresividad.¹⁷

Estos límites —los de la dignidad humana, la igualdad, el principio de favorabilidad, el principio de razonabilidad, el principio democrático y el principio de progresividad—, aunque no se encuentran dispuestos expresamente en la CRD, respecto del referendo aprobatorio, son principios que expresan la identidad constitucional, sus valores y sus fundamentos. Por lo que, cuando se trata de derechos y garantías constitucionales, un referendo aprobatorio jamás podrá rebasarlos, anularlos, suprimirlos, reducirlos, o aniquilarlos; de la misma manera que no puede hacerlo el Poder Legislativo, incluidos los propios derechos de participación ciudadana.

En este sentido, se afirma que “toda reforma que en el papel atente en contra de la dignidad humana asumida como cláusula de apertura y cierre del razonamiento constitucional (...) debe entenderse como impropia del ordenamiento y debe, por tanto, expulsarse del mismo, independientemente de la colocación que le haya asignado una mayoría legislativa usualmente proclive a tratar de fijar su programa partidista en la ley básica del Estado”.¹⁸

Esta aclaración es importante, porque si no se regula adecuadamente el instrumento de referendo, de manera que constituya una verdadera herramienta para garantizar los derechos de participación política y la propia democracia re-

presentativa, podríamos conferir una facultad disfuncional y propia de regímenes autoritarios, como ha sucedido en otras latitudes. Jurista, como Diego Valadés y César Landa, entre otros, advierten cómo el referendo ha sido utilizado tanto por regímenes dictatoriales, como para soportar discursos populistas.

Valadés explica que la experiencia del referendo demuestra que, así como este constituye una de las características del sistema de democracia semidirecta, también permite inferir que, en muchas ocasiones, ha sido utilizado por regímenes dictatoriales que buscan su legitimación a través del referéndum, al igual que en casos de clara manipulación de la expresión popular.¹⁹ También refiere que, en algunos lugares, el referendo ha dado lugar a tendencias conservadoras que, paradójicamente, han encontrado fuerte apoyo popular, y pone como ejemplo: “el referendo llevado a cabo en Suiza en 1959, mediante el cual, por 654,000 votos contra 323,000, se negó el sufragio a la mujer”.²⁰

Cabe aclarar que, cuando Valadés se refiere al *sistema de democracia semidirecta*, lo hace con relación al instrumento de referendo vigente en México, donde el pueblo no dicta las leyes, pero goza de este mecanismo de participación ciudadana en la que se involucra en la toma de decisiones, aún cuando no tenga la última palabra; como sería el caso del referendo consultivo, si en la República Dominicana se aprueba el anteproyecto de ley analizado.²¹

Como explica Hans Kelsen: “La legislación democrática puede ser realizada en forma inmediata, por el ‘pueblo’, es decir, por los sometidos a las normas; a ello corresponde, en las denominadas ‘democracias directas’, el derecho subjetivo de cada cual a tomar parte en la asamblea popular legisferante, tomando la palabra y votando en la misma. O bien la actividad legislativa es efectuada por el pueblo solo mediadamente; es decir, es ejercida por un parlamento elegido por el pueblo”.²²

¹⁶ Artículo 15 del anteproyecto de ley.

¹⁷ Artículos 5, 7, 8, 38, 39 y 74 de la CRD.

¹⁸ Estrada Michel, Rafael: “Constituyente Permanente”. En Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Fabiola Martínez Ramírez, Giovanni Figueroa Mejía, coords.: *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Tomo I, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Serie Doctrina Jurídica, Núm. 692, 2014, 1.º ed., p. 206.

¹⁹ Valadés, Diego: “La incorporación del referéndum en el sistema constitucional mexicano”. *El referéndum en el sistema constitucional mexicano*. p. 376

²⁰ *Ibidem*. p. 378. Se trata del caso Theresa Rohner y otros contra Appenzell, sobre el cual nos referimos más adelante en la lectura.

²¹ En el caso dominicano lo que propone el anteproyecto de ley de referendo es una especie de híbrido entre un mecanismo de democracia directa y otro de democracia semidirecta. Esto así, porque para el caso de un referendo aprobatorio solo tiene efecto vinculante un resultado afirmativo, y este es más bien un mecanismo de ratificación de la reforma constitucional. Y, en el caso del referendo consultivo se somete a consulta el asunto, pero, aún en caso de resultado afirmativo, quien dicta la ley es el Poder Legislativo, de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos 96 y siguientes de la CRD.

²² Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Roberto J. Vernengo. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1982, 2.º ed., p. 151.

De su lado, Landa²³ asegura que “el desarrollo progresivo de las instituciones de la democracia directa, empero no ha sido la panacea para el funcionamiento de la democracia contemporánea”; esto así, porque, según sostiene: “nunca han servido para dar soluciones concretas a los viejos y nuevos problemas políticos y sociales, sino para ser instrumentalizadas por los caudillos de turno”. Asimismo, afirma que “en las decisiones políticas fundamentales, son los gobiernos más próximos a los regímenes dictatoriales los que en épocas de crisis profundas han apelado a los mecanismos de la democracia directa, como contraposición de la democracia representativa, para asegurar el mantenimiento del statu quo mediante la aprobación de reformas constitucionales”.

En el caso dominicano tenemos la oportunidad de aprender de los errores cometidos en otros Estados y de encauzar este instrumento hacia el fortalecimiento del sistema de democracia representativa, en vez de llevarlo a su debilitamiento; particularmente, respecto a la armonía existente entre el ordenamiento jurídico constitucional, el propio bloque de constitucionalidad y los convenios internacionales de derechos humanos, con los instrumentos de participación política ciudadana.

Para tales fines, y de acuerdo con el anteproyecto, existen diversos mecanismos de control jurisdiccional del referendo, como la acción de nulidad ante las juntas electorales, las medidas cautelares a cargo de la Junta Central Electoral (JCE), los delitos electorales y los recursos contencioso-electorales que son sometidos ante el Tribunal Superior Electoral (TSE).

Para el control concreto de constitucionalidad, el amparo electoral es la acción por excelencia; además, es competencia tanto de las juntas electorales, como del TSE, en consonancia con la Ley N.º 29-11 Orgánica del TSE. Mientras que, para el control abstracto de constitucionalidad se admite el que realiza —naturalmente—, el TC, contra la ley que convoca el referendo consultivo.

3. REFERENDO Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UNA JURISDICCIÓN PARA LA GARANTÍA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD

Otra de las conquistas del constitucionalismo dominicano fue la creación del TC, como órgano extra poder y como organismo constitucional autónomo,²⁴ para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden cons-

titucional y la protección de los derechos fundamentales, cuyas decisiones son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado.²⁵

Entre sus principales atribuciones, la CRD dispone la acción directa en inconstitucionalidad (ADI) contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, que puede ser conocida a instancia del Presidente —o de la Presidenta— de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados, y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido.

El concepto de interés jurídico legítimamente protegido fue (re)orientado por el TC mediante sentencia TC/0345/19 del 16 de septiembre de 2019, en la cual advierte que la ADI “supone un proceso constitucional instituido para que la ciudadanía, profesando su derecho a participar de la democracia de acuerdo con las previsiones de las cláusulas de soberanía popular y del Estado social y democrático de derecho, preceptuadas en los artículos 2 y 7 de la Constitución dominicana, tenga la oportunidad —real y efectiva— de controlar la constitucionalidad de aquellas leyes, decretos, resoluciones, ordenanzas y actos que contravengan el contenido de nuestra Carta Política (...) a fin de preservar la supremacía constitucional, el orden constitucional y garantizar el respeto de los derechos fundamentales”, por lo que estimó que, tanto la legitimación procesal activa o calidad de cualquier persona que interponga una acción directa de inconstitucionalidad, como su interés jurídico y legítimamente protegido, se presumirá en las personas físicas que gocen de sus derechos de ciudadanía, y en las personas jurídicas, siempre y cuando el Tribunal pueda verificar que estas se encuentran constituidas y registradas de conformidad con la ley.

La ADI es el mecanismo de control concentrado de constitucionalidad, cuyo procedimiento se encuentra dispuesto en la Ley N.º 137-11 Orgánica del Tribunal Constitucional y de Procedimientos Constitucionales (LOTCP).²⁶ Aquí se agrega, a las ya indicadas atribuciones dispuestas por la CRD, la de conocer la ADI cuando las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, infrinjan, por acción u omisión, alguna norma sustantiva.

La ADI, de conformidad con la referida LOTCP, inicia mediante un escrito que se presenta a la Secretaría del TC, con la exposición de sus fundamentos de forma clara y precisa, y con la cita concreta de las disposiciones constitucionales que se consideren vulneradas. Este escrito se remite a la Procuraduría General de la República (PGR), y a la autoridad de donde emana la norma, para que en un plazo de 30 días expresen su opinión; una vez que vence este período, se convoca a las partes a una audiencia pública en la que

²³ Landa Arroyo, C. (2008). Desafíos y Perspectivas para la representatividad Parlamentaria en el contexto de la Sociedad Global. *De-recho & Sociedad*, (31), 38-44. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17388>

²⁴ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia TC/0001/15 del 28 de enero de 2015

²⁵ Artículo 184 de la CRD.

²⁶ Ver artículos desde el 36 hasta el 50 de la LOTCP.

presentan sus conclusiones, a fin de que el TC decida en un término máximo de cuatro meses.

En el anteproyecto de referendo que hemos analizado, el artículo 49 reconoce —no faltaba más— la competencia del TC para conocer de la ADI contra la ley que convoca el referendo consultivo, pero hace silencio absoluto en cuanto al referendo constitucional aprobatorio convocado por la JCE, una vez reciba de la Asamblea Nacional Revisora los textos adoptados por esta durante el proceso de reforma constitucional. Entonces, nos preguntamos si el control de constitucionalidad es un mecanismo que se extiende a esa convocatoria que hace la JCE, o si la misma sería considerada como un mero acto de trámite, no susceptible de control jurisdiccional alguno. Lo que nos lleva a la siguiente pregunta: ¿existe algún mecanismo de control jurisdiccional del referendo constitucional aprobatorio? Estimamos que, si existe un órgano jurisdiccional idóneo para verificar y controlar la constitucionalidad y convencionalidad del proceso de reforma constitucional que requiera de un referendo aprobatorio para su ratificación, este es el TC.

Es la misma jurisprudencia del TC la que ha indicado que este órgano es competente para conocer de la ADI contra “los actos administrativos producidos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, y en ausencia de una ley que los norme, aun no ostenten un alcance general o normativo”, ya que se trata de actuaciones que la Constitución “ordena realizar bajo ciertas formalidades de tiempo o modo y a los fines de que se garantice la supremacía constitucional”.²⁷

No cabe la menor duda de que el acto de convocatoria a un referendo aprobatorio es un acto de ejecución directa e inmediata de la Constitución. Por lo tanto, debe ser pasible de control de constitucionalidad; máxime si aquello que se pretende someter a referendo tiene por objeto socavar, anular, suprimir, reducir o aniquilar derechos fundamentales, derechos humanos reconocidos como tales por los convenios internacionales de esa naturaleza, y por las interpretaciones que, sobre los mismos, realicen las cortes internacionales.

Retomando el anteproyecto de ley de referendo, si bien la ADI contra la ley que convoca a referendo consultivo sostiene que el procedimiento para su conocimiento y decisión estará regido por la LOTCPC, no menos cierto es que también crea excepciones en virtud de las cuales el procedimiento se conoce en cámara de consejo, no hay celebración de audiencia pública, se acortan los plazos para que la PGR y la autoridad de donde emana la norma depositen sus opiniones —de 30 días a 5 días hábiles—, y el TC debe decidirla en un plazo no mayor de 1 mes.²⁸ Lo anterior nos parece prudente, en aras de la especial relevancia y particularidad de una convocatoria a referendo, que debería efectuarse con la mayor celeridad posible, sin ir en detrimento del necesario control de constitucionalidad y convencionalidad.

²⁷ Ver sentencias TC/0041/13, del 15 de marzo de 2013; TC/0141/13, del 22 de agosto de 2013; TC/0236/14, del 26 de septiembre de 2014; y otras.

²⁸ Ver artículo 50 del anteproyecto.

Algo que llama poderosamente nuestra atención —y, a su vez, nos preocupa— es que el anteproyecto de ley aspira a suprimir atribuciones del TC, de manera expresa, al pretender que la ADI no suspenda “la ley, acto o actuación impugnada” —así, en términos generales, y no exclusivamente refiriéndose a la ley que convoca al referendo consultivo—, como tampoco admite medidas provisionales o cautelares contra aquellas. Esta disposición pretende restringir, por la vía legislativa, la posibilidad de que el TC, mediante el ejercicio de sus facultades —propias del principio de autonomía procesal y de efectividad—, intente conceder una tutela judicial diferenciada cuando lo amerite el caso, en razón de sus peculiaridades;²⁹ y cree, por la vía jurisprudencial o como consecuencia de su potestad reglamentaria,³⁰ un mecanismo de suspensión o alguna otra forma de tutela cautelar, propia de las jurisdicciones constitucionales.

Aunque en el ordenamiento jurídico que regula las atribuciones del TC no se ha previsto la posibilidad de adopción de medidas cautelares en materia de ADI, no podemos negar que suprimirla, por vía legislativa, restringe las competencias del TC para realizar su función de garante de la supremacía de la Constitución, de defensor del orden constitucional y de protector de los derechos fundamentales; máxime cuando se trata de un mecanismo de democracia en el que aquello que se debe garantizar, defender y proteger, puede verse amenazado, manipulando —incluso— la propia expresión popular. En estos casos, no descartamos la posibilidad de que el TC pueda sentar jurisprudencia novedosa en la materia; y la pretendida restricción, por vía legislativa, nos parece improcedente.

Y es que, sin un mecanismo de participación ciudadana adecuadamente regulado, y sin los controles jurisdiccionales idóneos, figuras jurídicas —como el referendo— pueden servir de instrumentos para instalar o lacerar gravemente los derechos fundamentales. Un ejemplo de esto es el caso Theresa Rohner y otros contra Appenzell —al que previamente hacemos referencia con la doctrina de Diego Valadés— en virtud del cual, no es sino hasta el 27 de noviembre de 1990 que el Tribunal Supremo Federal de Suiza declara que, de acuerdo al principio de igualdad entre mujeres y hombres, debía interpretarse que las mujeres también tienen derecho al sufragio; esto, luego de que, mediante

²⁹ Ver artículo 7 de la LOTCPC, específicamente el inciso 13; así como, las sentencias TC/0039/12, del 13 de septiembre de 2012; TC/0071/13, del 7 de mayo de 2013; TC/0012/14, del 14 de enero de 2014; TC/0021/19, del 1 de abril de 2019, y otras, en virtud de las cuales el Tribunal Constitucional sostiene que el principio de autonomía procesal es coherente con el principio de efectividad y faculta al TC a establecer, mediante su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional “...en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional. La norma así establecida está orientada a resolver el concreto problema —vacío o imperfección de la norma— que el caso ha planteado y, sin embargo, lo transgredirá y será susceptible de aplicación ulterior debido a que se incorpora, desde entonces, en la regulación procesal” (citando a Gerardo Eto Cruz: “El Desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”, p. 166. Editorial ADRUS. Lima, Perú. 2011).

³⁰ Ver artículo 4 de la LOTCPC.

varios referendos, los hombres —únicos con capacidad para ejercer el sufragio, en aquel momento— se negaran a admitir el voto femenino.

El caso antes descrito —como muchos otros— es tan solo un ejemplo del importante rol que juegan las jurisdicciones constitucionales en la defensa de los derechos humanos, de los derechos fundamentales; y del porqué, más que renegar de tan valiosa facultad, debemos defenderla.

De acuerdo con Peter Häberle, las jurisdicciones constitucionales deben “arriesgarse a juzgar, valiéndose directamente de los principios generales de justicia de la familia universal de Estados constitucionales. Deben hacer comprender que, si bien todos los ciudadanos son guardianes de la Constitución, justamente los tribunales constitucionales, tienen una responsabilidad específica”; que, en cuanto a lo que nos preocupa, implica la obligación de los Estados de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, por lo que la jurisdicción constitucional también debe “hacer consciente a los ciudadanos de que no se trata de una mera técnica jurídica, sino de hacer justicia con ayuda de los derechos fundamentales”.³¹

Como señala el maestro Häberle: “La protección de las minorías es uno de los elementos estructurales ‘in fieri’ de todo Estado constitucional”, por lo que “toda doctrina constitucional deberá, por tanto, fomentar su desarrollo”.³² También afirma que, hoy por hoy, “desde la plataforma que ofrece la constitución pluralista, tan solo procede hablar, por tanto, del Estado constitucional, en la medida en que este proporciona una adecuada protección de las minorías”; protección que se ejerce desde las jurisdicciones constitucionales.

Como señaló la Corte Constitucional de Colombia, en la misma sentencia comentada al inicio de este ensayo: “La idea de democracia de base pluralista cuestiona el hecho de que cualquiera pueda erigirse en representante de los intereses de todos, e invita a generar mecanismos adecuados para que diferentes intereses y visiones sean tenidos en cuenta al adoptar las decisiones que a todos atañen. Por ello, en los Estados contemporáneos la voz del pueblo no puede ser apropiada por un solo grupo de ciudadanos, así sea mayoritario, sino que surge de los procedimientos que garantizan una manifestación de esa pluralidad”.³³

Uno de los roles más importantes del Tribunal Constitucional es convertirse en un instrumento para que los Estados cumplan con los compromisos asumidos en los convenios

internacionales, como miembros de una comunidad jurídica internacional; y esto lo logran a través de decisiones justas y apegadas a los principios en que se funda tanto el orden constitucional como el convencional.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Hemos defendido, pues, la imperiosa necesidad de que el Congreso Nacional cumpla con el mandato constitucional y legisle sobre el referendo como un mecanismo de participación ciudadana. El TC dictó la sentencia TC/0113/21 del 20 de enero de 2021, mediante la cual declara la inconstitucionalidad por omisión legislativa en el dictado de varias leyes, entre las cuales se encuentran las relativas al referendo consultivo y al referendo aprobatorio, por lo que ordena al Congreso Nacional que las dicte en un plazo no mayor a dos años, contados a partir de la notificación de dicha decisión.

Ciertamente, defendemos que el referendo es un mecanismo de “consulta popular, sobre un asunto de naturaleza jurídica, es una forma de sufragio, de voto, y un mecanismo de absoluta legitimidad para reformar una Constitución o realizar reformas legales”; que la “Constitución vigente estatuye la ley de referéndum como instrumento de democracia participativa que amplíe los espacios democráticos y permita la expresión directa de nuestro pueblo”; y que “esa ley complementaria, como otras, es esencial para asegurar la propia defensa de la Constitución”.³⁴ Pero también nos queda claro que el referendo jamás podrá sustituir al órgano constitucional autónomo y de extrapoder creado con el objeto —reiteramos— de garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

No sería infundada la preocupación de dejar al voto de las mayorías asuntos que afectan los derechos humanos ya consagrados y reconocidos en la CRD y en convenios internacionales, para proteger, además, a las minorías y a los grupos vulnerabilizados. Es el mismo César Landa³⁵ quien afirma que una “visión crítica de la democracia debería rechazar la tentación de concebir que el pueblo no se equivoca nunca o que siempre es intrínsecamente justo, porque esa es la coartada perfecta de quienes, tomando el nombre del pueblo, llegan a ejercer dictaduras perfectas”. En ese sentido, cabe señalar que todos los hombres y, en

31 Landa César, Häberle, Peter: “Temas en Debate: El rol de los tribunales constitucionales ante los desafíos contemporáneos. Entrevista al Dr. Dr. h.c. mult. Peter Häberle por el Dr. César Landa en Bayreuth el 27 de noviembre de 1995”. Bayreuth, Revista *Pensamiento Constitucional*, año III, N.º 3, del 27 de noviembre de 1995. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3349/3198>

32 Häberle, Peter: *Pluralismo y Constitución*. Madrid, Editorial Tecnos, 2014, 2.º ed., 295, pp. 122-123.

33 Sentencia C-141-10. Cit. *up supra*.

34 Discurso de rendición de cuentas, correspondiente al 2020, a cargo de Milton Ray Guevara, dado en Audiencia Solemne, celebrada el 27 de enero de 2021. Video Youtube disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=TCIm474zylw> (minuto 1:55:54 al 1:58:16). Documento disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/24399/discurso-del-magistrado-milton-ray-guevara-rendición-de-cuentas-2021.pdf>

35 Citado en el mismo discurso por Ray Guevara, quien luego se pregunta: “¿Por qué no se consulta al pueblo dominicano con los mecanismos que crea su Constitución para fortalecer el derecho, ¿el Estado de derecho y la convivencia? ¿Qué espera? ¿A qué le tienen miedo de que el pueblo se exprese?”.

consecuencia, el pueblo son necesariamente falibles; por ello, Madison señalaría en *El Federalista* que “si los hombres fueran ángeles, no sería necesario ningún control interno o externo sobre el Gobierno”.³⁶

Es por tales razones que, luego de exponer nuestras preocupaciones, recomendamos lo siguiente:

- Que, en una futura ley de referendo, el Congreso Nacional se asegure de excluir la posibilidad de someter, a cualquier mecanismo de consulta popular o reforma constitucional, propuestas que tengan como objetivo socavar, anular, suprimir, reducir o aniquilar derechos fundamentales, derechos humanos reconocidos como tales por los convenios internacionales de esa naturaleza y por las interpretaciones que, sobre los mismos, realicen las cortes internacionales.
- Que, en una futura ley de referendo, el Congreso Nacional se asegure de excluir la posibilidad de someter, a cualquier mecanismo de consulta popular o reforma constitucional, propuestas que tengan como objetivo manipular la expresión popular.
- Que, en una futura ley de referendo, el Congreso Nacional se asegure de restringir las facultades del Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.
- Que, en una futura ley de referendo, el Congreso Nacional se asegure de ampliar las facultades del Tribunal Constitucional, para ordenar medidas cautelares y ejercer la tutela jurisdiccional efectiva en el procedimiento para la acción directa en inconstitucionalidad.

36 Landa Arroyo, C. Txt. Cit.

ACERCA DE LAS AUTORAS

Patricia M. Santana Nina es abogada especialista en Derecho Constitucional, Administrativo y Judicial.

E-mail: p.santana@santaninina.com

Ivanna Molina Peña es abogada especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

E-mail: molinap.ivanna@gmail.com

PIE DE IMPRENTA

Fundación Friedrich Ebert

Edificio Plaza JR, Piso 8, Av. Tiradentes
esq. Roberto Pastoriza Santo Domingo
www.fescaribe.org

Responsable

Yesko Quiroga
Director FES
República Dominicana
Tel. 809-221-8261

El uso comercial de todos los materiales editados y publicados por la Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) está prohibido sin previa autorización escrita de la FES.

INTERACCIONES ENTRE EL REFERENDO Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

La sujeción de las leyes al control de constitucionalidad
y de convencionalidad



Dentro del marco de diversos debates públicos sobre derechos humanos fundamentales de personas vulnerabilizadas, se ha abierto la discusión sobre el sometimiento de estos derechos a la consulta popular como mecanismo de participación ciudadana.



Junto a la discusión, la Consultoría Jurídica del Poder Ejecutivo de la República Dominicana ha sometido ante la Cámara de Diputados un anteproyecto de ley de referendo. Este anteproyecto, por sí mismo, genera nuevas inquietudes.



En el presente ensayo, las autoras se ocupan de describir la figura del referendo, analizar el anteproyecto de ley, observar cómo se configura y clasifica este mecanismo de participación ciudadana y el rol que realizaría el Tribunal Constitucional para garantizar que la sociedad, en el ejercicio democrático de sus derechos de participación ciudadana, no socave, anule, suprima, reduzca o aniquile derechos humanos fundamentales.