

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

REFERENDO Y DERECHOS HUMANOS

Análisis del mecanismo de referendo para cuestiones relativas a derechos humanos y fundamentales

Ivanna Molina Peña
Patricia M. Santana Nina
Julio 2021



Actualmente en la República Dominicana se discute la figura del referendo como mecanismo de participación ciudadana en temas de alta relevancia nacional, relativos a derechos humanos y fundamentales.



Surgen preocupaciones alrededor de la utilización de este mecanismo de consulta popular para someter a votación cuestiones que puedan derivar en retrocesos a derechos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado dominicano.



Como premisa principal, las autoras plantean que, en ningún caso, podrá celebrarse un referendo cuyo resultado pueda derivar en conculcar derechos humanos y fundamentales conquistados.

DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

REFERENDO Y DERECHOS HUMANOS

Análisis del mecanismo de referendo
para cuestiones relativas a derechos
humanos y fundamentales

Ivanna Molina Peña
Patricia M. Santana Nina
Julio 2021

Contenido

1. Introducción.....	2
2. La figura del referendo en el marco jurídico dominicano.....	2
3. Garantía y respeto de derechos humanos: ¿decisión de mayorías u obligación del Estado?.....	3
4. El principio democrático y los derechos humanos como límite infranqueable	5
5. Conclusión y recomendaciones.....	7

1. INTRODUCCIÓN

En la República Dominicana se discute, actualmente, el proyecto de “ley orgánica de referendo consultivo y referendo constitucional aprobatorio”, en cuyos artículos 8 y 13 se plantea, en el primer caso y se deja abierta, en el segundo caso, la posibilidad de realización de referendo para cuestiones relativas a derechos fundamentales.

Conforme al orden constitucional, la República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales¹. La función esencial del Estado es la protección efectiva de los derechos de las personas, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que les permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.²

En ese sentido, el Estado se configura como garante de derechos de las personas, de la libertad individual y de la justicia social, límites infranqueables del ejercicio del poder por parte del pueblo. Por tal razón, es improcedente que estos -particularmente, los derechos fundamentales que han sido consagrados en la Constitución y aquellos recogidos en los diversos tratados internacionales de derechos humanos, los cuales tienen rango Constitucional³- sean derogados, limitados, restringidos o menoscabados, como resultado de una consulta popular en que, erróneamente, la regla de la mayoría sería la llamada a determinar derechos de minorías o grupos que han sido, histórica y sistemáticamente, vulnerabilizados. Esto significaría una amenaza a los derechos fundamentales, una violación al principio de progresividad de los derechos humanos y la evasión de la obligación estatal de respetar, proteger y garantizar.

A través de este artículo se sostiene que, en consonancia con el derecho internacional de los derechos humanos y el régimen constitucional dominicano, es el Estado que tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; y, para lograrlo, cuenta con facultades y mecanismos idóneos. Para esto, analizamos cómo se encuentra regulada la figura del referendo en el marco jurídico dominicano, las obligaciones del Estado, el principio democrático y los derechos humanos como sus límites infranqueables.

2. LA FIGURA DEL REFERENDO EN EL MARCO JURÍDICO DOMINICANO

El referendo es una forma de participación directa importante en toda democracia moderna. A través de este, la ciudadanía ejerce su derecho a decidir, normalmente respondiendo “sí” o “no” a cuestiones sometidas a consulta popular. La Constitución de la República Dominicana lo establece como un mecanismo directo de participación. En el artículo 22, la Constitución establece, como uno de los derechos de la ciudadanía, el decidir sobre asuntos que se propongan mediante referendo. Se establece el sufragio como mecanismo de referendo⁴ y se ordena su regulación por ley.⁵ El texto constitucional se refiere a tres tipos de referendo: aprobatorio, municipal y consultivo.

2.1 REFERENDO APROBATORIO

Según el artículo 272 de nuestra Constitución, el referendo aprobatorio se refiere a la reforma que verse sobre derechos, garantías fundamentales y deberes, el ordenamiento territorial y municipal, el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, el régimen de la moneda, así como los procedimientos de reforma instituidos en esta Constitución. Requerirá de la ratificación de la mayoría de los ciudadanos y las ciudadanas con derecho electoral, el referendo aprobatorio convocado al efecto por la Junta Central Electoral (JCE), una vez votada y aprobada por la Asamblea Nacional Revisora. Un referendo aprobatorio tiene carácter vinculante y es de cumplimiento obligatorio.

2.2 REFERENDO MUNICIPAL

En el artículo 203 de la Constitución se establece la posibilidad de llevar a cabo referendos locales o municipales y ordena su regulación mediante la Ley Orgánica de la Administración Local.

En este sentido, la Ley N.º 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios -previa a la Constitución de 2010-, identifica en su artículo 230, letra b, el referendo municipal como mecanismo de participación ciudadana en asuntos municipales. Y, en su artículo 233, lo define estableciendo pautas generales para su celebración, incluyendo que el referéndum municipal constituye el 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. En su párrafo I establece que la solicitud del

¹ Constitución de la República Dominicana, art. 7

² *Idem*, art. 8

³ *Idem*, art. 74.3

⁴ *Idem*, art. 208

⁵ *Idem*, art. 210

referéndum debe ser presentada por el 5 % de los ciudadanos y las ciudadanas que figuren en el registro electoral del municipio. También, prohíbe el sometimiento de leyes nacionales o la modificación de la división político-administrativa del territorio a referendo⁶ y, además, establece que una vez se llenen estos requisitos el referéndum deberá ser convocado por el presidente del ayuntamiento o por quien delegue el concejo de regidores. Y sus resultados deberán ser respetados y asumidos por el concejo de regidores y el resto del ayuntamiento.⁷

2.3 REFERENDO CONSULTIVO

En el artículo 210 constitucional se plantea el referendo consultivo o consultas populares, que estarán reguladas por ley, con las siguientes limitaciones: 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.

Sin embargo, hasta el momento, no existe un marco jurídico que establezca las pautas para este mecanismo democrático de toma de decisiones. En la actualidad, existe un proyecto de ley en la materia que se discute en una comisión especial de la Cámara de Diputados en el Congreso de la República Dominicana. Ha sido, además, sometido a vistas públicas, para profundizar en el proceso democrático que implica la discusión, diseño y aprobación de dicha pieza legislativa.

Tanto en la Constitución -artículo 272- como en el proyecto de ley orgánica -artículo 8, párrafo I-, se establece que el referendo constitucional aprobatorio se requiere cuando la reforma verse sobre derechos, garantías fundamentales y deberes (...). Ante esto, surge necesariamente el debate de en cuáles supuestos los derechos humanos y fundamentales pueden ser sometidos a referendo, sin ser contrario a la obligación del Estado de respetar y garantizar derechos humanos, así como a la función esencial del Estado de protección efectiva de los derechos de las personas, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que les permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social.⁸

Finalmente, es preciso, también, mencionar que la Ley N.º 29-11 Orgánica del TSE dispone en su artículo 13.7 -al igual que el artículo 10.7 del Reglamento Contencioso Electoral- que el Tribunal Superior Electoral tiene como atribución, entre otras, la de conocer de los conflictos surgidos a raíz de la celebración de plebiscitos y referendos.

3. GARANTÍA Y RESPETO DE DERECHOS HUMANOS: ¿DECISIÓN DE MAYORÍAS U OBLIGACIÓN DEL ESTADO?

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 1, establece: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Lo anterior resalta la obligación de los Estados de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos consagrados por dicha convención, que constituye un catálogo de derechos humanos, en general, con rango constitucional⁹ en la República Dominicana y con rango supraconstitucional en los casos en que la protección otorgada sea más favorable en virtud del principio pro persona.¹⁰

Asimismo, la CADH aclara, en su artículo 2, que si el catálogo de derechos humanos establecido en dicha Convención no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter en los Estados, estos se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Este catálogo incluye el artículo 24, en virtud del cual se establece que todas las personas son iguales ante la ley y que, en consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la misma.

De igual manera, se establece en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el compromiso de cada uno de los Estados partes de respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Asimismo, cada Estado parte se compromete a adoptar las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto.¹¹

El artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno

⁶ Ley N.º 176-07 del Distrito Nacional y los Municipios, art. 233, párrafo II.

⁷ *Idem*, párrafo III.

⁸ Constitución de la República Dominicana, art. 8

⁹ Ver artículo 74.3 de la Constitución de la República Dominicana

¹⁰ Constitución de la República Dominicana, art. 74.4

¹¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.¹²

Este análisis de las obligaciones de proteger, respetar y garantizar los derechos humanos son fundamentales cuando debatimos la posibilidad o no de someter derechos humanos a referendo. Desde el inicio de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), esta ha aclarado en qué consiste la “obligación” de cumplimiento de los derechos humanos. En su primera sentencia sobre el fondo, en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, la Corte especificó la existencia de dos obligaciones generales en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se derivan de lo dispuesto por dicho precepto: la obligación de “respetar” y la obligación de “garantizar” los derechos.¹³ Por un lado, la obligación de respetar implica que el Estado y sus agentes no violarán directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención. La Corte IDH también ha dispuesto que la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal.¹⁴

La obligación de garantía implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.¹⁵ La Corte IDH ha determinado que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para “remover” los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención Americana reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.1 del propio

Pacto de San José.¹⁶ Todo esto es perfectamente traducible a imaginar un referendo que pueda tener por resultado menoscabar, suprimir o limitar el goce y disfrute de los derechos humanos. Sería naturalmente contrario a la obligación Estatal de “garantizar”.

Vemos entonces cómo de manera transversal en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la obligación de respetar y garantizar, así como de adoptar medidas en la legislación interna, son fundamentales para asegurar el goce y disfrute de los derechos humanos. ¿De qué servirían, entonces, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la garantía constitucional de los derechos fundamentales, si su promoción, respeto, protección y garantía dependiera de la opinión de la mayoría? ¿Para qué existiría el Estado? ¿Qué sentido tendría suscribir obligaciones internacionales en materia de derechos humanos si luego estos son dejados a la suerte de los individuos? Carecería de sentido el régimen internacional, el constitucional y la figura del Estado como garante de derechos. Constituiría el declive de un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales.¹⁷

Es importante mencionar, también, el principio de progresividad de los derechos humanos, que ha sido tradicionalmente asociado a los derechos económicos, sociales y culturales (ECOSOC), pero que implica también los derechos civiles y un llamado a la consecución de los derechos de forma gradual para lograr su cumplimiento. Implica, también, una prohibición de retrocesos o marcha atrás injustificada a los niveles de cumplimiento alcanzados, la “no regresividad” en la protección y garantía de derechos humanos.¹⁸

El Tribunal Constitucional de la República Dominicana también se ha referido a dicho principio, haciéndolo no solo en casos de ECOSOC, pero también en materia de derechos políticos. El Tribunal ha establecido que el principio de progresividad implica: “además de sumar y reconocer derechos de esa naturaleza [fundamentales] en provecho de los seres humanos, hay que sumar las prerrogativas derivadas de estos. El principio indicado imposibilita que esas prerrogativas sean recortadas, reducidas, desconocidas o disminuidas por disposiciones normativas posteriores en el tiempo”.¹⁹ De igual forma, ha indicado que el “Estado social y democrático de derecho implica la prohibición del retroceso social, tal

¹² Declaración Universal sobre Derechos Humanos, art. 30. Recuperado de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

¹³ Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), Corte IDH, sentencia del 29 de julio de 1988. Fondo, serie C, núm. 4, párrafo 164.

¹⁴ Opinión Consultiva OC-6/86, Corte IDH, opinión del 9 de mayo de 1986. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos., serie A, N.º 6, párrafo 21

¹⁵ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1998), párrafo 166.

¹⁶ Opinión Consultiva OC-11190 (1990), Corte IDH, 10 de agosto de 1990. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A, N.º 11, párrafo 34.

¹⁷ En referencia al artículo 8 de la Constitución de la República Dominicana.

¹⁸ Comisión de Derechos Humanos, México, *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos*, pág. 11

¹⁹ Sentencia TC/0051/20 del diecisiete (17) días del mes de febrero del año dos mil veinte (2020), pág. 37. Recuperada de <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/21843/tc-0051-20-tc-05-2019-0208.pdf>

como establece el artículo 8 de la Constitución” y que “el Estado debe garantizar que los derechos de los ciudadanos se perfeccionen en condiciones de igualdad y al amparo del principio de progresividad”.²⁰

En virtud de lo anterior y de acuerdo con lo esbozado por Eduardo Jorge Prats, un referendo no es contrario a la Constitución: “Siempre y cuando ninguna de las alternativas consultadas atente contra el contenido esencial de los mismos o sea irrazonable, es decir, sea un referendo progresivo, en donde cualquier resultado sea más favorable para el titular del derecho que el *status quo*”.²¹ A esto es pertinente agregar que ese *status quo* no está solamente conformado por la capacidad efectiva de ejercer ciertos derechos, si no su existencia en sí misma en el bloque de constitucionalidad.

Cuando el Estado se plantea el sometimiento de cuestiones relativas a los derechos humanos a referendo, es necesario un análisis minucioso a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, considerando todos los derechos que serían tocados por una propuesta y su potencial menoscabo a dichos derechos, asegurándose siempre que cualquier resultado del referendo no implique una regresión a su ámbito de protección.

4. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITE INFRANQUEABLE

Existen razones por las cuales ciertos grupos se constituyen como minorías sociales o como grupos vulnerabilizados. Tradicionalmente, y de forma sistemática, la mayoría han perpetuado asimetrías sociales y culturales, prácticas, actitudes, acciones y omisiones discriminatorias, que han limitado el acceso a derechos de los grupos que forman parte de dicha mayoría. Estos grupos han logrado reivindicación de derechos a través de las luchas sociales, normalmente libradas en contra de grupos mayoritarios y poderes fácticos que se oponen a diversos derechos.

Es por ello por lo que las democracias deben ser pluralistas o, de lo contrario, se convierten en una dictadura de la mayoría. Norberto Bobbio, por ejemplo, habla claramente de

cómo los derechos fundamentales deben ser los límites de la regla de la mayoría: “La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como un territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario”.²² Cuando Muñoz Maldonado se refiere a la democracia y los derechos, a partir de lo esbozado por Bobbio, dice: “Efectivamente, se puede hablar de los derechos de libertad como contra la mayoría porque no se puede concebir un sistema democrático que no los posea, so pena de que el ejercicio plebiscitario termine por constituir un mecanismo nada más que simulado de democracia, o sea, una autocracia travestida”.²³

Además, destacados autores, como Luigi Ferrajoli, han sostenido que las normas constitucionales que establecen los principios y derechos fundamentales garantizan la dimensión material de la “democracia sustancial”, que alude a aquello que puede y que no puede ser decidido por la mayoría, vinculando la legislación, bajo pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y a los otros principios axiológicos establecidos por ella, de manera que una normativa no es legítima solo por la voluntad de la mayoría. Ferrajoli dice claramente: “Ninguna mayoría política puede disponer de derechos fundamentales”.²⁴

De igual forma, Gargarella realiza un análisis del proceso de discusión recogido en El Federalista sobre la Constitución estadounidense y concluye lo siguiente: “De allí que, en definitiva, cuando Madison habla de facciones lo que hace es referirse, esencialmente, al riesgo de que las mayorías opriman a las minorías, y no a la situación inversa. De allí que, cuando Madison sostuvo que el principal objetivo de la Constitución es el de controlar a las facciones, lo que quiso significar, en definitiva, fue que el principal objetivo de aquella era el de ponerle límites a las mayorías (...)”.²⁵

Además de la doctrina, si analizamos jurisprudencia comparada en la materia, encontramos que varios tribunales han abordado el tema de derechos fundamentales y referendos, a la luz del principio democrático. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia señaló que un proceso democrático requiere de ciertas reglas que limiten el poder de la mayoría expresado en las urnas para proteger a la minoría: “La vieja identificación del pueblo con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático que, actualmente, también se funda en el respeto de las minorías [...] la institucionalización del

20 Sentencia TC/0073/18 del veintitrés (23) días del mes de marzo del año dos mil dieciocho (2018), pág. 34. Recuperada de <https://tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%A9Da/sentencias/tc007318/>.

21 Eduardo Jorge Prats, *Referendo, aborto y derechos fundamentales*. Recuperado de <https://noticiassin.com/opinion/referendo-aborto-y-derechos-fundamentales-1076533>

22 Muñoz Maldonado, Mauricio, *Democracia, derechos y regla de mayoría: una mirada a partir de Norberto Bobbio*. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182016000100127

23 Ibidem

24 Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, pág. 36

25 Gargarella, Roberto “*Crisis de Representación y Constituciones Contramayoritarias*”, pág. 97

pueblo [...] impide que la soberanía que [...] en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite jurídico y desvinculado de toda modalidad de control. El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo [...]”.²⁶

En los casos *Perry vs. Schwarzenegger* se declara que el referéndum sobre personas del mismo sexo era inconstitucional porque impedía al Estado de California cumplir con su obligación de no discriminar a las personas que deseaban contraer matrimonio de conformidad con la Enmienda 14 de la Constitución. A ese propósito, la Corte Suprema expresó: “Los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones”.²⁷ En el caso *Romer vs. Evans*, la Suprema Corte anuló la iniciativa que habría impedido a los órganos legislativos adoptar una norma que protegiera a los homosexuales y lesbianas en contra de la discriminación. Por último, en el caso *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*, la Suprema Corte de los Estados Unidos determinó que el derecho a la libertad de expresión protegía a los estudiantes de la norma que los obligaba a saludar a la bandera de los Estados Unidos y de pronunciar el juramento de fidelidad a la misma. La Corte afirmó: “El propósito esencial de la Carta Constitucional de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de las controversias políticas, colocándolos fuera del alcance de la mayoría y funcionarios, y confiriéndoles el carácter de principios legales para ser aplicados por los tribunales”. La Corte estableció claramente: “El derecho de las personas a la vida, libertad y propiedad, a la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto y de reunión, y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones”.²⁸

Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, mediante Resolución 13313-2010, estableció que el poder reformador o constituyente derivado –en cuanto poder constituido- está limitado por el contenido esencial de los derechos fundamentales y humanos, de modo que, por vía de reforma parcial a la constitución, no puede reducirse o cercenarse el contenido esencial de aquellos. Cabe añadir que un límite implícito a la libertad de configuración del legislador ordinario o soberano lo constituye el propio Derecho de la Constitución o bloque de constitucionalidad conformado por los principios, valores, preceptos y jurisprudencia constitucionales. Es menester agregar que los derechos

de la minoría, por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de la mayoría proclive a su negación.²⁹ Lo anterior, a la luz del intento de llevar a referendo el proyecto de “Ley de unión civil entre personas del mismo sexo”, es decir, someter el matrimonio igualitario o matrimonio entre personas del mismo sexo a referendo.

La Suprema Corte Costarricense, también, aclaró que los poderes públicos tienen, por aplicación del principio y el derecho a la igualdad real y efectiva de las personas-independientemente del grupo al que pertenezcan-, la obligación de abstenerse de implementar políticas o prácticas que producen una discriminación estructural o, incluso, de utilizar las instituciones que ofrecen el ordenamiento jurídico con fines diferentes a los que se han propuesto. La Corte estableció que la resolución que se aprobó y fue impugnada para la recolección de firmas para la convocatoria del antes mencionado referendo, aunque, en apariencia era absolutamente congruente con el ordenamiento jurídico –sobre todo con una interpretación gramatical o literal-, se transforma en una clara y evidente práctica discriminatoria, por cuanto, supone someter al dictamen de una mayoría si un grupo minoritario obtiene o no el reconocimiento de ciertos derechos.³⁰

La referida Corte también estableció que se utiliza una figura e institución de una profunda vocación democrática y participativa, con el fin de desconocer eventuales derechos de un grupo discriminado, lo que deviene en un fraude a la Constitución y a la ley, puesto que se emplea una institución absolutamente conforme con el ordenamiento jurídico para fines distintos de los que se propone, que es lograr una mayor participación democrática directa del pueblo soberano en la adopción de las políticas legislativas.³¹

En Sudáfrica, la Corte Suprema en el caso *State vs. T Makwanyane and M Mchunu* estableció que la cuestión de constitucionalidad de la pena capital no puede ser sometida a un referendo, en donde la opinión de una mayoría prevalecería sobre los deseos de cualquier minoría. La razón esencial para establecer el nuevo orden legal, así como para investir del poder de revisar judicialmente toda legislación en las tribunales, es proteger los derechos de la minoría y otras personas que no están en condición de proteger adecuadamente sus derechos a través del proceso democrático. Los que tienen derecho a reclamar esta protección incluye a los socialmente excluidos y las personas marginadas de nuestra sociedad.³²

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010 de 26 de febrero de 2010

²⁷ Tomado de Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Gelman vs. Costa Rica*, página 71. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

²⁸ *Ibidem*

²⁹ Suprema Corte de Justicia, Costa Rica, Resolución 13313-2010. Recuperado de <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0007-492416>

³⁰ *Ibidem*

³¹ *Ibidem*

³² Tomado de Corte IDH, Caso *Gelman vs Costa Rica*, página 71, notas al pie. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

De igual forma, es importante y prudente analizar la sentencia de la Corte IDH en el Caso Gelman vs. Uruguay. Aquí, la Corte IDH ordenó al Estado remover todos los obstáculos que permitían quedar impunes a los responsables de crímenes, declarando que la Ley 15848 de Caducidad de las Reclamaciones Punitivas del Estado (“Ley de Caducidad”), una ley de amnistía de 1986 que impedía el enjuiciamiento de personas que habían cometido graves violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar, era incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por lo que carecía de efecto legal.

Dicha ley había sido aprobada democráticamente y reinstalada dos veces por referéndums populares. A pesar de ello, la Corte estableció: “El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional”.³³ La Corte también señaló: “La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados (...) particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”.³⁴

5. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIONES

En virtud de todo lo anterior, se evidencia porqué el referendo no es el mecanismo de participación pertinente idóneo, adecuado ni procedente, para la decisión sobre cuestiones relativas a derechos humanos cuando podría traer como resultado restricciones, limitaciones o menoscabos a los mismos. Permitir el sometimiento de derechos fundamentales a referendo, en determinados escenarios, podría acarrear las consecuencias negativas ya mencionadas, lo que significa violentar el Estado Social y Democrático de Derecho en

donde se deben garantizar los derechos humanos y fundamentales de todas las personas.

Un referendo en estos términos implica, también, cuestionar la dignidad de ciertos grupos, así como la igualdad ante la ley y se prestaría a que el Estado rehúya a su obligación de garantizar derechos fundamentales. Insistimos en que las decisiones de la mayoría jamás deben rebasar estos límites, socavando las conquistas de los derechos de la minoría y de los grupos vulnerabilizados.

En vista de que la República Dominicana se apresta a aprobar su primera ley sobre la materia –tal y como se ha señalado–, para el proyecto de ley orgánica de referendo consultivo y referendo constitucional aprobatorio, que se encuentra actualmente en la Cámara de Diputados, recomendamos lo siguiente:

- En cuanto al artículo 8, párrafo I, del supra citado proyecto de ley, se recomienda agregar que el referendo constitucional aprobatorio no podrá ser celebrado para, de ninguna forma, restringir, limitar o anular la garantía, respeto, promoción ni disfrute, de manera directa o indirecta, de los derechos fundamentales garantizados en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado dominicano, así como las interpretaciones que, sobre estos, hayan hecho las cortes internacionales creadas a tales fines.
- En cuanto al artículo 13 párrafo del *supra* citado proyecto de ley, se recomienda agregar: “o que limiten, reduzcan o anulen en todo o en parte, de forma directa o indirecta, el reconocimiento, goce, disfrute y garantía de los derechos humanos consagrados en la Constitución o en los tratados internacionales ratificados por el Estado dominicano”.
- En general, en el proyecto de ley se deberán agregar todas las salvaguardas necesarias para asegurar que lo anterior sea siempre garantizado y que los referendos en materia de derechos humanos y fundamentales pueda ser celebrado únicamente cuando el resultado pueda ser solamente una ampliación del catálogo de derechos ya reconocidos, y nunca un menoscabo de los mismos.

³³ Corte IDH, Gelman vs. Uruguay, Serie C No. 221, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 24 Febrero 2011, párrafo 238. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf

³⁴ *Idem*, párrafo 239

ACERCA DE LAS AUTORAS

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

E-mail: (molinap.ivanna@gmail.com)

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

E-mail: (p.santana@santanarina.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.

REFERENDO Y DERECHOS HUMANOS

Análisis del mecanismo de referendo para cuestiones relativas a derechos humanos y fundamentales



Actualmente en la República Dominicana se discute la figura del referendo como mecanismo de participación ciudadana en temas de alta relevancia nacional, relativos a derechos humanos y fundamentales.



Surgen preocupaciones alrededor de la utilización de este mecanismo de consulta popular para someter a votación cuestiones que puedan derivar en retrocesos a derechos consagrados en la Constitución y los tratados internacionales ratificados por el Estado dominicano.



Como premisa principal, las autoras plantean que, en ningún caso, podrá celebrarse un referendo cuyo resultado pueda derivar en conculcar derechos humanos y fundamentales conquistados.