

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Los instrumentos de democracia directa en el Derecho comparado

This is a pre print version of the following article:

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1729947> since 2020-02-21T19:17:53Z

Publisher:

Instituto Nacional de Administración pública

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

TRATADO DE DERECHO PÚBLICO COMPARADO

Fundado por Giuseppe Franco Ferrari

LOS INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA DIRECTA
EN EL DERECHO COMPARADO

ELOY GARCIA

ELISABETTA PALICI DI SUNI

MARTIN ROGOFF

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
MADRID, 2019

El volumen fue publicado con la contribución de la Fundación Cariplo
El volumen fue sometido a revisión científica de igual a igual en régimen de revisión por pares

Primera edición: diciembre 2019
Catálogo general de publicaciones oficiales:
<http://publicacionesoficiales.boe.es>

La actividad editorial del Instituto Nacional de Administración Pública está reconocida por Scholarly Publishers Indicators in Humanities and Social Sciences (SPI) en las disciplinas de Ciencias Políticas y Derecho. El listado SPI es aceptado como listado de referencia por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora CNEAI y por la ANEP (Agencia Nacional de Evaluación y Prospectiva).

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal).

Edita:

INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

www.inap.es

ISBN: 978-84-7351-665-5 (formato papel) 978-84-7351-666-2 (formato electrónico)

NIPO: 278-18-005-9 (formato papel) 278-18-006-4 (formato electrónico)

Depósito Legal: M-40768-2018

Preimpresión: Contenidos y Proyectos ISLIZ

Impresión: Ulzama Digital

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

Muchísimas gracias en particular a Arnulfo Mateos, Claudia Nasi y Riccardo de Caria por su importante colaboración y ayuda en las traducciones.

PRESENTACIÓN

El Tratado de Derecho Público Comparado es fruto de la voluntad de realizar un proyecto único en el panorama del derecho público comparado. Dicho proyecto aspira en efecto a proporcionar al lector, — estudio- so, estudiante, así como cualquiera que quiera aproximarse a la materia—, una exploración, una síntesis y una presentación original del saber comparativo en el ámbito publicista, que se concretan tanto en la exposición y compendio de diferentes tesis, como, cuando es posible, en el desarrollo de líneas interpretativas originales.

El objetivo que el Tratado se ha marcado explica la decisión de estructurarlo en más de 50 volúmenes, a fin de garantizar un análisis profundizado de las temáticas de mayor interés comparatista. Junto a ellas, caracterizadas por un enfoque transversal, se presta una especial atención al estudio monográfico de los ordenamientos más significativos de los cinco continentes. Se ha querido de este modo dar carta de naturaleza a las dos almas de la comparación, a la más puramente comparada y a la del derecho extranjero. En cualquier caso, el elemento unificador de la obra son las vastas miras que la definen, no tanto, o al menos no solo, por el número de volúmenes, sino más bien por el convencimiento de que en el mundo global el derecho comparado deba abrirse al mayor número posible de ordenamientos. A partir de esta constatación, por tanto, los volúmenes monográficos se proponen analizar también muchos ordenamientos tradicionalmente marginales en los estudios de comparación.

Por último, la apuesta por el trilingüismo (italiano, inglés y español). Es la primera vez que una obra de derecho público comparado

presentación

se difunde simultáneamente en tres idiomas. El objetivo no es solo el de dar a la obra una amplia difusión en el seno de la comunidad científica internacional, sino sobre todo el de promover y favorecer un diálogo más amplio entre las diversas culturas jurídicas.

Milán

Giuseppe Franco Ferrari

CONTENIDO

Presentación	9
Capítulo I . La evolución histórica de la democracia directa.	51
1. Introducción	17
1.1. La explosión de democracia directa en los sistemas contemporáneas	17
1.2. Argumentos en contra o en favor de la democracia directa	19
1.3. Herramientas de Democracia Directa	23
1.4. Los orígenes de la democracia directa: de la antigüedad a los Cantones Suizos	31
2. El período de revoluciones democráticas u el siglo diecinueve en Francia y los Estados Unidos.	33
2.1. Los Estados Unidos	35
2.1.1. Las colonias americanas.....	37
2.1.2. El periodo revolucionario: La Declaración de Independencia, las constituciones estatales, los Artículos de la Confederación, las publicaciones del Federalista y la Constitución de los Estados Unidos	42
2.1.3. La «Revolución de 1800» y la «Revolución Jacksoniana» (1829-1841)	49
2.1.4. El movimiento progresista	53

2.1.5. La democracia directa en Oregón	61
2.2. Francia	63
2.2.1. L'ancien régime	64
2.2.2. Les Lumières: Montesquieu y Rousseau	65
2.2.3. El periodo revolucionario: Sieyès, las constituciones revolucionarias y les sanculottes.....	69
2.2.4. La herencia bonapartista: la democracia plebiscitaria 74	
2.2.5. El siglo diecinueve: la República sumergida, bajo sitio, y triunfante	76
2.2.6. Los niveles departamentales y locales	79
3.1. La Constitución Española de 1931	89
4.1 Plebiscitos y democracia directa en los regímenes autoritarios 92	
4.1. La democracia directa durante el Nazismo y fascismo	92
4.2. La democracia directa durante el periodo Franquista ..	95
Capítulo II. Referéndum y democracia directa en Europa.	99
1. Francia.....	99
1.1. El poder de iniciativa	101
1.2. El referéndum nacional en la Constitución de 1958 ...	103
1.2.1. El referéndum legislativo. No obstante, la tradicional hostilidad republicana hacia la democracia directa, la Constitución de 1958 autoriza al Presidente a llevar a cabo un referéndum si ciertas condiciones enumeradas son satisfechas. El procedimiento para la enmienda de la Constitución en si misma incluye la posibilidad de un referéndum. Enmiendas a la Constitución en 1995 y en 2006 extendieron el campo de aplicación del proceso de referéndum y otras enmiendas han autorizado referéndum a nivel subnacional	103

122.	El referéndum constitucional	105
123.	El referéndum en el ámbito internacional.	105
1.3.	El referéndum nacional en acción	106
1.4.	El referéndum local	108
1.5.	La democracia participativa y la democracia de proximidad 110	
2.	Italia.....	114
2.1.	El referéndum en la Asamblea Constitutiva.....	114
2.2.	La problemática implementación del referéndum en Italia.....	125
2.3.	Referéndums constitucionales y referéndums regionales	137
3.	Alemania.....	142
3.1.	La opción por la democracia representativa.....	142
3.2.	El referéndum para los cambios territoriales de los Länder.....	143
3.3.	La democracia directa en los Länder	151
3.4.	Corrientes actuales	154
4.	España.....	158
4.1.	Planteamiento del tema: el significado político de la de- mocracia directa y el cuestionable tratamiento unitario del referéndum por el legislador español.....	158
4.2.	Las instituciones de democracia directa en el proceso de elaboración de la Constitución: el referéndum y la iniciativa legislativa popular. El desarrollo legislativo.	163
4.3.	La praxis del Referéndum en la vida política española. Problemas actuales de la institución referendaria en España: «Derecho a decidir» y democracia; sus impli- caciones políticas en la sociedad de masas.....	176
4.4.	La cuestión catalana	195

13

índice

5.	Los otros países europeos	197
5.1.	El referéndum en los otros países europeos.....	197

5.2. La iniciativa popular en Europa.....	216
5.2.1. La iniciativa popular en los países europeos ...	216
5.2.2. La iniciativa popular en la Unión Europea	217
Capítulo III	221
1. Los Estados Unidos.....	221
1.1. El resurgimiento de la democracia directa	221
1.2. La iniciativa legislativa popular y el referéndum.....	224
1.3. La recusación	227
1.4. La democracia directa a nivel local.	233
1.5. La democracia directa en los tribunales.....	236
1.6. La democracia directa en California.....	247
1.7. La democracia directa en la era de informática	255
2. Canadá.....	257
2.1. Democracia y forma de gobierno en Canadá: los orígenes ingleses y franceses, la tradición parlamentaria, el gobierno «representativo» y «responsable»	257
2.2. La democracia directa a nivel nacional.	267
2.3. Quebec: la société distincte	270
2.4. La democracia directa a nivel provincial.	274
2.5. La democracia directa a nivel municipal	277
3. La América Latina	279
5.1. La iniciativa normativa	302
5.2. El referendo	303
5.3. Consulta Popular.....	306
5.4. El plebiscito	308
5.5. La revocatoria del mandato	308
5.6. Cabildo Abierto	310

5.7. Las veedurías y otros mecanismos de participación ciudadana orientados al control.....	310
5.8. La acción pública de inconstitucionalidad	311

CAPÍTULO I

LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DEMOCRACIA DIRECTA

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La explosión de democracia directa en los sistemas contemporáneos

Actualmente somos testigos del significativo crecimiento de la democracia directa en varios ordenamientos. En nuestro cada vez más complejo y globalizado mundo, donde las distancias y los particularismos están tendientes a desaparecer, la necesidad para la participación directa de los ciudadanos, como en las pequeñas *polis* griegas, está creciendo dramáticamente.

Este es el concepto de ciudadanía activa,¹ aquel *jus activae civitatis*, el cual Georg Jellinek colocaba en el lugar más alto dentro de la escala de derechos en las relaciones entre particulares y el Estado.² *Ciudadanía activa* ahora implica la asunción de responsabilidad directa en el ejercicio de la toma de decisiones, consultas, y poderes de veto para los ciudadanos fuera de los canales políticos ordinarios. Esto está sucediendo gracias a la evolución tecnológica y la subsecuente dispersión de nuevos y más rápidos medios de comunicación, capaces de alcanzar y envolver

¹ Véase, por ejemplo, Dell'Avanzato, *Verso una comune cultura politica. Competenza e processi per la cittadinanza attiva*, Milan, Franco Angeli, 2010.

² G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, 1892 (traducción al italiano, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milan, 1912, pp. 151 ss).

a un número ilimitado de personas. Ambos fenómenos sucediendo dentro y fuera de las fronteras nacionales.

Estos avances tecnológicos promueven, tal vez de manera paradójica, la forma más antigua de democracia: la democracia directa. La web está replanteando los zócalos de las ciudades y las pequeñas comunidades. Las personas pueden ahora conocerse virtualmente en grandes números y con gran facilidad para hacer recomendaciones, influenciar decisiones públicas o para crear la que ha sido nombrada como «protesta global».³

Correspondiente a esta explosión de democracia directa y activa participación de la ciudadanía —en el sentido de que es en parte su causa y su consecuencia— es la crisis de los partidos políticos y de las instituciones tradicionales de democracia representativa. ¿Acaso las personas apelan a los modernos canales de democracia directa debido a su poca confianza en los cuerpos representativos o es que acuden menos a los cuerpos representativos porque es más simple y directo comunicarse a través de la web?⁴ Tal vez ambas respuestas son válidas.

Otro elemento importante a considerar es el hecho de que las organizaciones transnacionales están asumiendo un mayor rol, respecto y sobre órganos representativos nacionales, especialmente en Europa.⁵ Es por ello que no es coincidencia que muchos de los referéndums llevados a cabo en países europeos en años recientes han girado respecto a los tratados de la Unión Europea, incluso en aquellos países en los cuáles raramente o nunca habían recurrido a la democracia directa.⁶

Los referéndums de independencia llevados a cabo y aquellos que están siendo ahora propuestos podrían ser vistos como una reacción a la unificación que disminuye la diversidad:⁷ pero tal vez estos referéndums podrían ser vistos también como un símbolo del debilitamiento de las

³ I. Krastev, *La protesta globale*, in *Aspenia* 65/2014. Disponible en: https://www.aspeninstitute.it/system/files/...06/.../Krastev_Aspenia65.pdf, pp. 106 ss, en particular 108.

⁴ Véase, F. Cassella, *La rete e la rappresentanza politica*, 16(4), *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* (2014).

⁵ Véase, V. Boehme-Neßler, *Von der Euro-Krise zur globalen Demokratie*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2012, pp. 237 ss

⁶ Véase, D. Tosi, *Il ricorso al referendum nel processo di integrazione europea*, 16(4) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* (2014).

⁷ Véase, R. de Caria, *I referendum indipendentisti*, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 4/2014.

tradicionales fronteras nacionales, con rumbo a una Europa de personas, naciones, lenguajes, y culturas, la cual trasciende los límites actuales.

La Unión Europea ha decidido proveer un instrumento de democracia directa y así permitir a los ciudadanos europeos de participar y estar más envueltos en las políticas europeas, y de este modo intentar superar el déficit democrático, el cual constituye una de las mayores debilidades de la Unión Europea. El artículo 11 (4) del Tratado de la Unión Europea, después de su revisión en el Tratado de Lisboa, dispone que «no menos de un millón de ciudadanos, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, puede tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, dentro del marco de sus facultades, para someter cualquier propuesta apropiada en asuntos que los ciudadanos consideren que un acto legal de la Unión es requerido para el propósito de implementar los tratados».⁸

1.2. Argumentos en contra o en favor de la democracia directa

Hay argumentos en contra de la democracia directa, y en contra del referéndum en particular.⁹ Estos argumentos han sido desarrollados en diferentes órdenes legales y en diferentes momentos históricos, pero son marcadamente similares.

Hoy, así como en el pasado, se ha dicho que las personas sólo pueden ser cuestionadas para votar «sí» o «no», a favor o en contra de una cierta proposición formulada por un líder o un grupo. Y una decisión mayoritaria, la cual previene un compromiso, elude el proceso deliberativo y por tanto socava el pluralismo.¹⁰

⁸ Véase, capítulo II, párrafo 5.2.2, *infra*.

⁹ Véase, J.M. Denquin, *Référendum et plébiscite. Essai de théorie générale*, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1976, p. 329; P.V. Uleri, *Le forme di consultazione popolare nelle democrazie: una tipologia*, 15(2) Rivista italiana di scienza politica 208 (1985); D. Butler & A. Ranney, *Practice*, en D. Butler & A. Ranney (coord.), *Referendums around the world. The Growing Use of Direct Democracy*, Washington, AEI, 1994, pp. 17 ss; M. Caciagli & P.V. Uleri, *Una prospettiva comparata per valutare le consultazioni referendarie*, en M. Caciagli & P.V. Uleri (coord.), *Democrazie e referendum*, Bari, Laterza, 1994, 20; A. Ranney, *Nuove pratiche e vecchia teoria*, *ibidem*, pp. 38 ss.

¹⁰ C. Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren. Ein Beitrag zur Auslegung der Weimarer Verfassung und zur Lehre von der unmittelbaren Demokratie*, Leipzig & Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1927, 31 ss (traducción al italiano: *Democrazia e liberalismo. Referendum e iniziativa popolare*. Hugo Preuss e la dottrina tedesca dello Stato, Milan, Giuffrè, 2001, M. Alessio coord., 21 ss); E.W. Böckenförde, *Demo-*

Un segundo tipo de objeción acentúa la imposibilidad de las personas de comprender los problemas que son presentados ante ellos. En la mayoría de los casos las preguntas son muy complejas, con implicaciones que sólo los políticos, líderes políticos, oficiales del gobierno y cuerpo representativos son capaces de evaluar, y consecuentemente de tomar una adecuada decisión.¹¹ En otras palabras, el número y la complejidad crecientes de las decisiones a tomar conducirían a la profesionalización de la participación política.¹²

La voluntad popular es necesariamente generalizada, alguien tiene que preguntar, darle forma: en su base siempre hay una estructura de élite con cuerpos dirigentes.¹³ Asimismo, los votantes tenderán a votar no por la pregunta presentada, o el punto bajo discusión, sino a favor o en contra del líder político o grupo político que formuló la pregunta. Los votantes serán influenciados por las habilidades oratorias o por el carisma de éste o aquel líder, y no por las razones que suportan o se oponen a la decisión en concreto.¹⁴

Finalmente, es notado por varios comentaristas que la democracia directa usualmente encamina a decisiones conservadoras. Las votaciones evitan decisiones innovadoras; éstas temen el cambio y reformas radicales.¹⁵

kratie, Leipzig & Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1927, 31 ss (traducción al italiano: *Democrazia e liberalismo. Referendum e iniziativa popolare. Hugo Preuss e la dottrina tedesca dello Stato*, Milan, Giuffrè, 2001, M. Alessio coord., 21 ss); E.W. Böckenförde, *Demokratie und Repräsentation: zur Kritik der heutigen Demokratiediskussion*, Berlin, Niedersächsische Landeszentrale für Politische Bildung, 1983 (traducción al italiano: *Democrazia e rappresentanza*, en *Quaderni costituzionali V* (1985), pp. 236 ss y en M. Nicoletti e O. Bruno (coord.), *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 499 ss); M. Volpi, *Referendum nel diritto costituzionale*, en *Digesto - Discipline Pubblicistiche*, XII, Turin, UTET, 1997, pp. 499, 505; F. Cassella, *La rete e la rappresentanza politica*, *supra* nota 4 (con particular referencia al internet).

¹¹ C. Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren*, *supra* nota 10; H. Kelsen, *Demokratie* (1927), reimpresión en, H. Klecatsky, R. Marcic & H. Schambeck (coord.), *Die Wiener Rechts-theoretische Schule. Vol. II*, Salzburg & Munich, Europa Verlag, 1968, p. 1743 (traducción al italiano en, H. Kelsen, *Il Primato del Parlamento* (C. Geraci coord.), Milan, Giuffrè, 1982, 12); A. Di Giovine, *Democrazia diretta e sistema politico*, Padua, CEDAM, 2001, pp. 76-77, 177; F. Cassella, *La rete e la rappresentanza politica*, *supra* nota 4 (con particular referencia al Internet).

¹² E.W. Böckenförde, *Democrazia e rappresentanza*, *supra* nota 10, p. 507.

¹³ E.W. Böckenförde, *Democrazia e rappresentanza*, *supra* nota 10, pp. 504 ss

¹⁴ C. Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren*, *supra* nota 10; A. Di Giovine, *Democrazia diretta: da chi?*, 12(2) *Teoria politica* 1996, también en, A. Di Giovine, *Democrazia diretta e sistema politico*, *supra* nota 11, pp. 73 ss, especialmente en pp. 83 ss Pero véase también, A.V. Dicey, *Ought the Referendum to be Introduced into England?*, 57 *Contemporary Review*, 507 (1890).

¹⁵ G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin, Häring, 1906. De acuerdo a A.V. Dicey, *Ought the Referendum*, *supra* nota 12, el referéndum es democrático y conservador al mismo tiempo: es democrático porque garantiza la soberanía de las personas y es

Hay algunos contraargumentos que pueden hacerse a estas objeciones.

Algunas decisiones implican necesariamente un «sí» o «no» como respuesta. No todos los problemas pueden ser resueltos a través de la deliberación o el compromiso. A veces recurrir a la democracia directa ayuda a tomar decisiones que de algún modo u otro las fuerzas políticas no son capaces de hacer a través de los canales institucionales tradicionales. Decidir a favor o en contra del divorcio, el aborto, o formar parte de organizaciones internacionales como la Unión Europea, necesariamente significa decidir de un modo u otro, y las fuerzas políticas podrían encontrarlo difícil en hacerlo. El dejar en manos de los votantes el decidir por mayoría de votos es en muchos casos la mejor solución posible.

Ignorancia o falta de conocimiento por parte del cuerpo electoral respecto a cuestiones políticas no es un problema de la democracia directa, sino de la democracia en sí. Si piensas que las personas no serán capaces de realizar decisiones inteligentes en ciertas temáticas, ¿cómo puedes pensar que las mismas personas serán capaces de actuar inteligentemente en la elección de un candidato o partido que apoye un cierto programa político o que tenga una posición en ciertos temas? El problema de la democracia directa, pero más generalmente, de la democracia en sí, es la educación del electorado. Las personas deben ser capaces de comprender y evaluar las decisiones políticas generales que son presentadas ante ellos, — es decir, las que involucran— a todos los ciudadanos. Recurrir a la democracia directa puede ciertamente promover tal educación. Si los ciudadanos están acostumbrados a ser llamados a decidir en problemas específicos, estos tendrán que educarse a sí mismos para convertirse en conocedores.¹⁶ La democracia directa también tendría un importante efecto educativo en la clase política. Si un líder o un partido sabe que una cierta decisión es o puede ser objeto de referéndum, los líderes políticos y los partidos tendrán todo el interés en explicar al mayor número de personas posibles y de la manera más clara posible las razones que surgen a favor o en contra de una decisión. Esto alentará la toma de decisiones políticas que estén realmente encaminadas realmente al interés público y no basado en intereses partisanos.¹⁷ La democracia

conservador porque pondera el interés común de la nación en contra del tumulto de partidos políticos y del fanatismo de reformas.

¹⁶ Véase, A.V. Dicey, *Ought the Referendum*, *supra* nota 12, en 501, 508. Dicey observa que los Suizos están entre los mejores educados en política.

¹⁷ Véase, A.V. Dicey, *Ought the Referendum*, *supra* nota 12, en 504.

directa puede por lo tanto tener un efecto positivo en la educación de políticas a los ciudadanos y, simultáneamente, en la transparencia de las de las decisiones públicas.

El argumento de que los electores están realmente votando a favor o en contra de un líder o grupo político que propone una cierta cuestión, y no en la problemática en sí, nuevamente resalta, desde una perspectiva diferente, las controversias ya discutidas. Si las personas son soberanas en la democracia, eso implica la creencia de que las personas deberían ser capaces de decidir a través de elecciones, con total conocimiento de los hechos, respecto a qué partidos y líderes deberían ocupar puestos públicos, así como también resolver las cuestiones particulares que son presentadas ante ellos en el referéndum.

La objeción de que a través de los instrumentos de democracia interna los electores tenderán a realizar decisiones más conservadoras es finalmente una objeción que no es jurídica, sino más bien de conveniencia política, y no siempre precisa. En muchos casos las personas acogen decisiones innovadoras. No es realmente posible cuantificar la prevalencia de decisiones progresistas o conservadoras en los varios referéndums que han tomado lugar en los diferentes periodos históricos y diferentes lugares.

En cualquier caso, la mera suposición de que los votantes puedan oponerse a una decisión progresiva considerada como apropiada para algunos, debería ser un estímulo para las fuerzas políticas a favor de la reforma para explicar claramente y convincentemente las razones y beneficios de la reforma.

En general, excepto por específicos casos que pueden ser evaluados sobre una base individual, parece justo decir que si la democracia representativa es realmente democrática, debe ponerse a sí misma en juego, al presentar problemas particulares al pueblo soberano, con la tarea de hacer comprensible a los votantes las razones de una cierta decisión, y así asegurar la transparencia y responsabilidad por una acción política. De cualquier modo, la democracia directa debería ser vista como un complemento, y no como una negación, a la democracia representativa.¹⁸

¹⁸ Véase, N. Bobbio, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, in *Il futuro della democrazia*, Turin, Einaudi, 1991, 47 (primera edición 1984, traducción al inglés: *The Future of Democracy*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1987), de acuerdo al cual «democracia representativa y democracia directa no son sistemas alternativos, en el sentido de que cuando

1.3. Herramientas de Democracia Directa

La democracia directa ha tomado varias formas a través de la historia y en diferentes órdenes jurídicos. El origen de la democracia directa es generalmente localizado en la antigua Grecia y las decisiones hechas por la Asamblea (la *ecclesia*) con la participación de todos los ciudadanos. Las asambleas locales (*Landesgemeinde*) que marcan el inicio de la democracia directa en el país más caracterizado por la democracia directa, es decir, Suiza, tienen una semejanza a la *ecclesia*. Estas pueden ser comparadas con las experiencias contemporáneas de la así llamada «democracia participativa», en la cual las decisiones públicas son adoptadas por decisores institucionalizados, después de escuchar y tomar en consideración comentarios de los ciudadanos y organizaciones. Las leyes de «gestión compartida» adoptadas en Italia entre el 2007 y 2013 en las regiones de la Toscana, Umbría y Emilia-Romagna representan este fenómeno.¹⁹

Francia puso en su lugar *la démocratie de proximité*²⁰ por la ley No. 2002-276 del 27 de febrero del 2002, que promueve la participación ciudadana al nivel local a través de los consejos vecinales, los cuales proveen de un vínculo entre la población y las instituciones de las municipalidades. De acuerdo al artículo 10 de la ley, «el derecho de los habitantes de la municipalidad a ser informados y ser consultados en las decisiones que los afecten, en una manera consistente con la libertad administrativa de las unidades territoriales, constituye el principio esencial de la democracia local».

En Alemania un debate caluroso, el cual se desarrolló principalmente como reacción a un pomposo proyecto de renovación de la estación de trenes en Stuttgart (Stuttgart 21), encaminó a la legislatura a codificar el derecho de participación (*Partizipationsrecht*) y el deber

existe uno el otro no puede ser, sino que son dos sistemas que se pueden intergrar uno con el otro ... en un solo sistema democrático, las dos formas de democracia son igualmente necesarias, pero no son, consideradas separadamente, suficientes».

¹⁹ Véase, U. Allegretti (coord.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Florence, University of Florence Press 2010; *Id.*, *Democrazia partecipativa*, en *Enc. Dir., Annali IV*, 2011, pp. 295 ss; *Id.*, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, *Rivista AIC* 1/2011; C. Fraenkel-Haeberle, *Bürgerpartizipation und Betroffenbeteiligung mit Blick auf Italien*, 47 *Die Verwaltung* 271 (2014), especialmente pp. 278 ss

²⁰ Sobre este punto, véase cap. II, párrafo 1.5, *infra*.

de las autoridades de referir a las personas, con antelación, de proyectos que afecten el interés público.²¹

La herramienta clásica de la democracia directa es el referéndum, el cual es organizado de diferentes maneras y en diferentes lugares.²² Hay algunas legislaciones que no permiten ninguna forma de referéndum; hay referendums obligatorios que deben ser llevados a cabo para ciertas decisiones, como aquellos necesarios para una reforma constitucional; y están aquellos referendums que son realizados por iniciativa de entidades públicas o privadas. En contraste con la mayoría de los ordenamientos que permiten a ciertas instituciones, tales como el gobierno o el presidente de la república, de realizar referendums, hay algunas otras donde los votantes pueden iniciar un referéndum con un cierto número de firmas. Para la validez de un referéndum puede ser requerido un quórum de participación. Algunas veces ese quórum es una simple mayoría de los votantes, otras veces se refiere a la mayoría de un cierto porcentaje de los individuos que pueden votar. El referéndum puede solamente ser solamente declarativo o puede tener un efecto vinculante. Aun siendo formalmente declarativo, una consulta por referéndum puede tener un efecto decisivo, al menos desde un punto de vista político, como ha sido el caso en el Reino Unido.²³ El referéndum también puede ser diferenciado de acuerdo a su objeto: enmienda constitucional, promulgación legislativa, organización del Estado, etc.

Al parecer mayores o menores actitudes favorables a la democracia directa están asociadas con estas distinciones. Podría parecer, por ejemplo, que las jurisdicciones en la cuales los votantes cuentan con el derecho a iniciar referendums garantizarían una mayor participación popular. Tomando en cuenta las limitaciones procedimentales y los

²¹ Véase, cap. II, párrafo 3.4, *infra*.

²² Respecto a la diversidad de tipologías de los instrumentos de democracia directa y el referendundum en particular, véase, P.V. Uleri, *Le forme di consultazione popolare*, *supra* nota 9, pp. 205 ss; M. Suksi, *Bringing in the People. A Comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum*, Dordrecht/Boston/London, Martinus, Nijhohh, 1993, 28 ss, and 126 ss; M. Caciagli & P.V. Uleri, *Una prospettiva comparata*, *supra* nota 9, pp. 6 ss; S. Möckli, *Nove democrazie a confronto*, in M. Caciagli & P.V. Uleri (coord.), *Democrazie e referendum*, *supra* n. 9, pp. 49 ss; D. Butler & A. Ranney, *Practice*, *supra* n. 9, 1 ss; M. Volpi, *Referendum nel diritto costituzionale*, *supra* nota 10, pp. 500 ss; G. Rolla, *La tutela costituzionale dei diritti*, 5ª coord., Milan, Giuffrè, 2014, pp. 140 ss

²³ Véase, A. Torre, *Referendum e sovranità parlamentare nel Regno Unito*, 16(4) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, (2014).

«obstáculos» que las instituciones son capaces de erigir,²⁴ se observa, sin embargo, que una máxima garantización existe en aquellas jurisdicciones que disponen un referéndum obligatorio para ciertos casos. En estos casos, de hecho, se reconoce que el electorado cuenta con propias competencias, constitucionalmente garantizadas, de manera paralela a los órganos institucionales.

El referéndum debe ser diferenciado del plebiscito, sin embargo, no es claro con cuál criterio. El plebiscito, el cual es normalmente visto negativamente, es un evento de una sola vez, sin alguna previsión anterior de acuerdo a estándares constitucionales. Por lo que podría ser caracterizado como una decisión desde lo alto, la cual los ciudadanos sólo son llamados a ratificar. De hecho, a través de la historia el plebiscito ha tomado distintas formas, lo cual lo hace imposible de definir de manera precisa.²⁵

Otro instrumento de democracia directa es el derecho de iniciativa popular, por el cual el electorado puede proponer a la legislatura una ley ordinaria o una enmienda constitucional.²⁶ Fue con la introducción del derecho de iniciativa popular en la Unión Europea, como se mencionó, que ésta busca contrarrestar, al menos en parte, el déficit democrático que parece caracterizarla. En los años posteriores a su introducción, ha habido numerosas peticiones para el uso de la iniciativa con este propósito, y las instituciones de la Unión Europea han reconocido su rol importante.²⁷

Un instrumento de democracia directa que incluye ambas, la iniciativa popular y el referéndum, es la propuesta de referéndum, adoptada en varios ordenamientos como Estados Unidos, Canadá, Letonia, Croacia,

²⁴ Italia es un caso paradigmático: como se verá (cap. II, párrafo 2.2, *infra*), hasta el fallo no. 68 de 1978 de la Corte Constitucional, el Parlamento recurría con la provisione de mandato de suspension del referéndum, en el caso de una nueva ley que regulará la misma materia objeto del referéndum, con la finalidad de paralizar las más delicadas iniciativas de referéndum, aprobando leyes formalmente nuevas, pero que en susbtancia reproducían las provisiones previas

²⁵ A.V. Dicey, *Ought the Referendum*, *supra* nota 12, pp. 492 ss; J.M. Denquin, *Référendum et plébiscite. Essai de théorie générale*, *supra* nota 9; G. Gemma, *Plebiscito*, en N. Bobbio, N. Matteucci & G. Pasquino (coord.), *Dizionario di politica*, Turin, UTET, 1983; A. Chiappetti, *Plebiscito*, en *Enc. Dir.*, XXXIII, Milan, Giuffrè, 1988, 945 ss; G.M. Salerno, *Referendum*, en *Enc. Dir.*, XXXIX, Milan, Giuffrè, 1988; S. Möckli, *Nove democrazie a confronto*, *supra* nota 20, p. 51; M. Volpi, *Referendum nel diritto costituzionale*, *supra* nota 10, p. 498.

²⁶ Véase, cap. II, párrafo 5.2.1, *infra*.

²⁷ Véase, cap. II, párrafo 5.2.2, *infra*.

Suiza y Francia.²⁸ En Italia ha sido introducida en años recientes en algunas regiones.²⁹ Sin embargo ésta toma diferentes formas de un país a otro, la propuesta de referéndum es normalmente una iniciativa de ley realizada por la población, la cual es entonces votada en referéndum (en algunos casos sólo si la legislatura no la ha aprobado dentro de un determinado tiempo).

Hoy en día, cuando las personas pueden conectarse por medios tecnológicos, como se mencionó anteriormente, ocupa un lugar crucial en este proceso la llamada democracia digital o «tecnopolítica».³⁰

Tecnologías tempranas, tales como la radio y televisión, «establecieron una forma vertical de comunicación, es decir, de lo alto al fondo, magnificando el poder del moderador y la pasividad de la audiencia que recibía el mensaje. Las nuevas tecnologías están modificando este panorama. La comunicación se está convirtiendo más horizontal e igualitaria; la comunicación puede ahora fluir del fondo hacia lo alto, y lo puede hacer sin los mediadores sociales tradicionales, expandiendo el poder individual y colectivo, y revelando un potencial igualitario. La naturaleza misma del sistema político es afectada».³¹

²⁸ Para los Estados Unidos, véase cap. II, párrafo 2.1.4 y cap. III, párrafo 1.1 y 1.2, *infra*; para Canada, véase cap. III, párrafo 2.1 y 2.4, *infra*; para Letonia, véase párrafo 3 y cap. II, párrafo 5.1, *infra*; para Croacia y Suiza, véase cap. II, párrafo 5.1, *infra*; para Francia, véase cap. II, párrafo 1.1, *infra*.

²⁹ Respecto a las regiones de Italia, véase cap. II, párrafo 2.3, *infra*.

³⁰ S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari, Laterza, 2004; *Id.*, *Tecnopolitica*, en *Enc. Italiana*, VII Appendice, 2007; A. Di Giovine, *Democrazia elettronica: alcune riflessioni*, 23(3) *Diritto e società* (1995), reimpresión en A. Di Giovine, *Democrazia diretta e sistema politico*, *supra* nota 11, pp. 55 ss, particularmente pp. 60 ss; G. Falcon, *L'«uomo situato»: due idealtipi di democrazia partecipativa?*, en U. Allegretti (coord.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive*, *supra* nota 17, 79 ss, especialmente p. 83; M. Kneuer (coord.), *Das Internet: Bereicherung oder Stressfaktor für die Demokratie?*, Nomos, 2013; M. Nisticò & P. Passaglia, *Internet e Costituzione* (Proceedings of the Symposium in Pisa, Nov. 21-22, 2013), Turin, Giappichelli, 2014; F. Cassella, *La rete e la rappresentanza politica*, *supra* nota 4; S. Rodriguez, *Esperienze di partecipazione politica nel diritto comparato*, 16(4) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* (2014). Véase también, N. Bobbio, *Democrazia rappresentativa e democrazia diretta*, *supra* nota 19, p. 49: «Nadie puede imaginar un Estado que pueda ser gobernado por el continuo apelamiento a la población ... Solamente en teoría o en nuestra contemporánea ciencia ficción podría cada ciudadano enviar su voto a un cerebro electrónico mientras permanece confortablemente en casa presionando sólo un botón». Por un punto de vista más dubitativo, véase N. Bobbio, *La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri)*, en *Teoria generale della politica* (M. Bovero, coord.), Turin, Einaudi, 1999, p. 335: «La pregunta permanece: asumiendo que la democracia directa se vuelva posible incluso en los grandes Estados gracias al perfeccionamiento de los medios tecnológicos para transmitir los puntos de vista, ¿sería esto deseable? ».

³¹ S. Rodotà, *Tecnopolitica*, en *Enc. Italiana*, *supra* nota 28, 2.

Pero, ¿es la Web capaz de mejorar la democracia, asegurando mayor participación popular, y destruyendo y revirtiendo los establecidos instrumentos tradicionales de democracia y deliberación parlamentaria?

Muchos comentaristas advierten de los peligros que yacen detrás de estas nuevas formas de democracia. Destacan que las personas que usan la Web no son todas las personas. Aquellos que se benefician del Internet sólo son una parte de la población e incluso una pequeña parte consiste en aquellos que utilizan el Internet como un medio de comunicación.³² El Internet previene la deliberación,³³ y se presta a varias formas de manipulación y control por un reducido número de personas.³⁴ El Internet es de hecho gobernado y controlado por una élite elegida por el mercado.³⁵ Críticas similares son dirigidas a las encuestas electrónicas que se están volviendo cada vez más comunes.³⁶

A través de la llamada «Democracia Liquida», movimientos han logrado establecerse como los *Piraten* en Alemania o el Movimiento Estrella 5 en Italia, los cuales por medio del uso del Internet se presentaron a sí mismos como campeones de la *real democracy* fuera de las instituciones establecidas del poder, e involucraron a todas las personas interesadas. Se ha observado que esto es simplemente un aparente ensanchamiento de participación, ya que la toma de decisiones es llevada a cabo por un número más pequeño de personas que aquellas involucradas en las decisiones de los partidos políticos tradicionales.³⁷

Hay, sin embargo, asimismo otros resultados por el uso de la tecnología. Por ejemplo, de gran interés fue el caso de la reforma constitucional en Islandia a través de Internet que involucró a un gran número de personas y permitió experimentar con un nuevo acercamiento, el cual podría

³² S. Eisel, *Internet und «Direkte Demokratie»*, en R.Th. Baus & T. Montag (coord.), *Perspektiven und Grenzen «Direkter Demokratie»*, Berlin, Konrad Adenauer Stiftung, 2012, pp. 35 ss

³³ Véase, F. Cassella, *La rete e la rappresentanza politica*, *supra* nota 4.

³⁴ S. Rodotà, *Tecnopolitica*, *supra* nota 28; A. Di Giovine, *Democrazia elettronica*, *supra* nota 28, p. 60.

³⁵ G.L. Conti, *La governance dell'internet: dalla costituzione della rete alla costituzione nella rete*, en M. Nisticò & P. Passaglia, *Internet e Costituzione*, *supra* nota 28, pp. 77 ss.

³⁶ Véase, A. Di Giovine, *Democrazia elettronica*, *supra* nota 28, pp. 62 ss (muy crítico de la así llamada «pollocracy»).

³⁷ B. Bullwinkel & L. Probst, *Innerparteiliche Willensbildung und Entscheidungsprozesse durch digitale Partizipation. Ein Praxistest des Konzepts der Liquid Democracy*, en *Zeitschrift für Parlamentsfragen (ZParl)* 45 (2014), 382 ss Respecto al Movimiento Estrella 5 en Italia, véase S. Rodriguez, *Esperienze di partecipazione politica*, *supra* nota 28.

ser replicado en cualquier lugar.³⁸ En Finlandia el sitio «Ministerio de legislación de colaboración abierta» fue establecido, el cual alenta iniciativas de ciudadanos y organizaciones, y además promueve servicios de colaboración y diálogo en línea.³⁹ El sitio fue creado en 2012 por Joonas Pekkanen para facilitar las relaciones entre ciudadanía y las instituciones. Un sitio similar fue creado en Rusia en 2013.⁴⁰ En Italia la región Toscana ha creado la llamada «Junta del pueblo electrónica»,⁴¹ mientras Veneto y Friuli han promovido referéndums de independencia a través de la rcoord.⁴² En 2013, a nivel nacional el gobierno promovió consultas online en cuestiones de reformas constitucionales que estaban bajo con- sideración.⁴³

Estos desarrollos son en gran parte innovaciones y experimentos que todavía requieren de mejoras, pero parece que no hay razón para rechazar la noción de que la tecnología y las nuevas formas de participación ciudadana podrían usarse provechosamente para asegurar más *real democracy* y una participación directa de los ciudadanos en las decisiones de interés general.

Evidencia que apoya el potencial democrático de las nuevas tecnologías viene del hecho, como ha sido correctamente notado, de que los sistemas autoritarios temen y prohíben el uso de Internet. Esto es lo que pasó en China y en Cuba.⁴⁴ Y esto es lo que sucedió en Egipto al final de la revolución de los dieciocho días (del 25 de enero al 11 de febrero de 2011), organizada y coordinada, como otras «Primaveras Árabes», en

³⁸ Véase cap. II, párrafo 5.1, *infra*.

³⁹ Véase S. Rodriguez, *Esperienze di partecipazione politica*, *supra* nota 28.

⁴⁰ Véase C. Filippini, *Il Referendum in Russia: disciplina e prassi di attuazione*, 16(4) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* (2014).

⁴¹ Véase V. Garramone & M. Aicardi, *Democrazia partecipata ed Electronic Town Meeting. Incontri ravvicinati del terzo tipo*, Rome, Franco Angeli, 2011.

⁴² Véase R. de Caria, *I referendum indipendentisti*, *supra* nota 7.

⁴³ Para un punto de vista crítico de la efectividad de este tipo de consulta, véase A. Valastro, *Internet e strumenti partecipativi nel rapporto fra privati e amministrazioni*, in M. Nisticò & P. Passaglia, *Internet e Costituzione*, *supra* nota 28, pp. 245 ss, especialmente en pp. 254 ss

⁴⁴ G. Azzariti, *Lex digitalis e democrazia*, in M. Nisticò & P. Passaglia, *Internet e Costituzione*, *supra* nota 28, pp. 351 ss Respecto al derecho de información, la fundación del Estado constitucional, así como los regímenes democráticos en contraste con los autocráticos, socialistas y regímenes fundamentalista islámicos, véase G. Cordini, *Società dell'informazione e diritti costituzionali*, in G. Guidi (coord.), *La società dell'informazione: libertà, pluralismo, risorse* (Proceedings of the Symposium of the Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, San Marino, Sept. 30, 2005), Turin, Giappichelli, 2006, pp. 73 and 75.

Internet.⁴⁵ Y esto es lo que pasó en Hungría, donde grandes manifestaciones en las calles y protestas públicas obligaron el 24 de octubre de 2014 al premier Viktor Orban a retirar un proyecto que proponía gravar el tráfico de datos en Internet.

La Constitución de Weimar colocó a la libertad de expresión y a la libertad de prensa dentro de los derechos fundamentales de los individuos, en 1927 Rudolf Smend, como es bien conocido, recalcó el carácter social y la función comunitaria de estos derechos. De hecho, de acuerdo a Smend, es esencial para el individuo el poder hablar la verdad, pero el significado de la libertad de expresión no se agota ahí, porque la prensa es uno de los más importantes presupuestos e instrumentos de la vida política de la sociedad, en estrecha relación con los derechos de asamblea y asociación.⁴⁶ Desde entonces, el vínculo entre democracia y el derecho de información y de libertad de expresión ha sido unánimemente reconocido.⁴⁷

Tomando en cuenta los problemas relacionados al uso de Internet y todas las críticas elevadas a la democracia electrónica, podría verse muy simplista e ingenuo decir que Internet se ha vuelto útil para la democracia.

⁴⁵ G. Parolin, *Il Referendum in Egitto tra Rivoluzione e Riconfigurazione*, 16(4) Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (2014).

⁴⁶ R. Smend, *Das Recht der freien Meinungsäusserung*, Munich, Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 1927, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1928, 50. Algunos años antes, sin embargo, G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, *supra* nota 13, pp. 71 ss, había argumentado que la prensa, partidos políticos, organizaciones y la democracia directa eran instrumentos que permitían una progresiva democratización de la sociedad, fuera de los salones del Parlamento.

⁴⁷ Véase, S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milan, Giuffrè, 1957, pp. 60 ss, de acuerdo a quien una posición privilegiada fue reconocida a la libertad de expresión en asuntos políticos, así como fue necesaria para el desarrollo democrático y la vida de la comunidad política; C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milan, Giuffrè, 1958, reimpresión en *Diritto costituzionale vivente: capo dello Stato ed altri saggi* (D. Nocilla, coord.), Milano, 1992, p. 124, insistiendo en el carácter individual de la libertad de expresión, y argumentando que es «innegablemente útil para desarrollo de la vida democrática»; P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milan, Giuffrè, 1975, pp. 10 ss; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol II, 9ª coord., Padua, Cedam, 1976, pp. 1066 ss; A. Di Giovine, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Milan, Giuffrè, 1988, examinando los límites de la libertad de expresión desde el punto de vista de los «crímenes de opinión»; G. Cordini, *Società dell'informazione e diritti costituzionali*, *supra* nota 42; A. Valastro, *Art. 21*, in R. Bifulco, A. Celotto & M. Olivetti, *La Costituzione Italiana, Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini. Commento agli artt. 1- 54*, Turin, UTET, 2007, p. 454; G. Rolla, *La tutela costituzionale dei diritti*, *supra* nota 20, p. 73.

Debemos, sin embargo, considerar que Internet existe. Consideraciones deben ser hechas respecto a su potencial. Es claro que la red no es suficiente para asegurar una mayor democratización, pero es equiparablemente claro que el crecimiento en la democracia no puede omitir el tomar en cuenta la tecnología y un directo involucramiento de las personas. Los instrumentos tradicionales de democracia representativa ya no son suficientes; debemos renovar la democracia también a través de la tecnología informática.

La necesidad de asegurar una mayor participación en el proceso de toma de decisiones, no sólo a través de Internet, es muy fuerte hoy en día.⁴⁸ La explosión de democracia directa ha ocurrido y continúa desarrollándose en muy distintas formas. Por ejemplo, el levantamiento en Ecuador en 2005 en contra del gobierno fue producto de las protestas que se dispersaron no sólo por medio del Internet, sino además a través de la radio.⁴⁹ En algunos países un instrumento legal como la «Litigación de Interés Público» ha sido asimilada en una forma de democracia directa, creada por ciudadanos con ayuda del Poder Judicial.⁵⁰

Como la libertad de expresión ha sido considerada esencial para la democracia, podemos decir por lo tanto que Internet se ha vuelto necesario para alojar la necesidad de mayor participación, lo cual lo hace más sencillo, pero no siempre y sólo por sí mismo.

Encarando la variedad y complejidad de las distintas formas que la democracia directa toma hoy en día, debemos poner atención primero a los principales escenarios en los que históricamente ha evolucionado y entonces considerar en gran medida los sistemas actuales en diferentes países. El primer capítulo provee un trans fondo histórico. Es seguido por dos capítulos dedicados a Europa y las Américas, donde la democracia directa está más desarrollada. El análisis de las distintas formas que históricamente la democracia directa ha tomado y aquellas que caracterizan a los sistemas contemporáneas deberán permitir un juicio más

⁴⁸ Para la discusión del complejo proceso de transición al establecimiento de una política de participación en África del Sur. Véase, V. Federico, *Citoyenneté et participation politique en Afrique du Sud*, Paris, L'Harmattan, 2012.

⁴⁹ Véase, S. Bagni, *La partecipazione popolare in Ecuador*, 16(4) Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (2014).

⁵⁰ Véase, M. Caielli, *Public Interest Litigation: A Form of Popular Legislative Initiative?*, 16(4) Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (2014).

balanceado en favor o en contra de la democracia directa, ya sea en un contexto general o en uno específico.

1.4. Los orígenes de la democracia directa: de la antigüedad a los Cantones Suizos

Entre los numerosos ejemplos de democracia directa a través de la historia, debemos tomar en cuenta sobre todo la democracia ateniense, donde, después de las reformas de Cleisthenes, el supremo cuerpo deliberacional fue la Asamblea (*la Ecclesia*). La Asamblea que se reunía en el Pnyx, una colina que formaba un anfiteatro natural en el centro de Atenas, podía reunir hasta 6,000 personas. Todos los ciudadanos adultos mayores tenían el derecho de hablar cuando la Asamblea deliberaba.⁵¹

Este sistema de gobierno desarrollado en la Ciudad-Estado, la cual era una pequeña extensión territorial, facilitando de esta forma «los lazos de vida común y la intimidad de las relaciones entre los miembros de la comunidad ... (para que) los individuos se identificaran cercanamente con la ciudad».⁵² Como ha sido notado,⁵³ parafraseando el famoso dicho de Luis XIV de Francia (*L'État c'est moi*). De acuerdo a Aristóteles, sin embargo, «la peor forma de democracia ... es aquella de las ciudades con un gran número de habitantes, los cuales son presa fácil de los demagogos quienes manipulan la ley al reducirla al mero reclamo de las masas (las cuales, reunidos en la Asamblea popular, solamente se inclinan a aquello que los complace)».⁵⁴

⁵¹ Véase, G. Daverio Rocchi, *Città-Stato e Stati federali della Grecia classica. Lineamenti di storia delle istituzioni politiche*, Milan, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1993, pp. 255 ss; G. Glotz, *La città greca*, Turin, Einaudi, 1948, p. 185; V. Ehrenberg, *Der Staat der Griechen* (1967) (traducción al italiano: *Lo stato dei Greci*, Florence, La Nuova Italia, 1980, pp. 82 ss); D. Stockton, *The classical Athenian Democracy* (1990) (traducción al italiano: *La democrazia ateniense*, Milan, Rizzoli, 1993, pp. 77 ss); W. Schuller, *Die Polis als Staat*, en M.H. Hansen (coord.), *The Ancient Greek City-State*, Copenhagen, The Royal Danish Academy of Sciences and Letters, 1993, pp. 106 ss, especialmente en 119.

⁵² J.J. Chevallier, *Histoire de la pensée politique. Tome I – De la Cité-Etat à l'apogée de l'Etat-Nation monarchique*, Paris, Payot, 1979 (traducción al italiano: *Storia del pensiero politico. Vol. I. Dalla città-stato all'apogeo dello Stato monarchico*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 23). Véase también, W. Schuller, *Die Polis als Staat*, *supra* nota 49, p. 108.

⁵³ M.H. Hansen, *Introduction. The Polis as a Citizen-State*, en M.H. Hansen (coord.), *The Ancient Greek City-State*, *supra* nota 49, p. 10.

⁵⁴ J.J. Chevallier, *Storia del pensiero politico*, *supra* nota 50, p. 163.

En la Antigua Roma *plebi scitum* se refería a las decisiones (*scitum*, de *sciscere*) hechas por asamblea de plebeyos, las cuales eran vinculantes para sus miembros.⁵⁵ En las antiguas comunidades alemanas las decisiones eran hechas por aclamación unánime.⁵⁶

Era precisamente de esta forma que en Suiza, hogar de la democracia, que las *Landesgemeinde* se desarrollaron como asambleas anuales soberanas de todos los hombres libres en las comunidades, quienes se reunirían para decidir los asuntos más importantes. Entre las primeras reuniones de las que tenemos conocimiento está la del canton de Schwyz en 1294, y desde entonces, desde principios del siglo catorce, en los cantones rurales de habla alemana. En las ciudades cantones como Berne y Zurich, sin embargo, el poder era ejercido por un noble, el obispo, o un pequeño consejo, pero la asamblea popular era consultada para dar su consentimiento de acuerdo con una práctica la cual acabó el reinado del absolutismo patriarcal en el siglo diecisiete.

El término referéndum comenzó a ser usado en el siglo quince, cuando las decisiones de las dietas eran normalmente sujetas a ratificación por las comunidades locales: éstas eran adoptadas *ad referéndum*. En el siglo dieciocho, en un período de absolutismo moderado, los movimientos revolucionarios que intentaron regresar a las tradiciones democráticas fueron frustrados.

Durante la ocupación francesa de 1802, el primer referéndum nacional fue llevado a cabo: una votación para aprobar la Constitución impuesta por Napoleón. Hubo 72,500 a favor de la constitución y 92,500 votos en contra, pero las 167,000 abstenciones fueron contadas como votos favorables, de tal manera que la constitución fue considerada como aprobada.

En 1830 un liberalismo comenzó a renacer. Muchas constituciones de los cantones introdujeron el referéndum constitucional. En cuatro cantones fue establecido un procedimiento muy complejo que permitía a los

⁵⁵T. Mommsen, *Le droit public romain*, VI, I part, E. Paris, Thorin, 1889, p. 168; R. Orestano, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Turin, Giappichelli, 1967, pp. 268 ss; V. Arangio-Ruiz & T. Marchi, *Plebiscito*, en *Enciclopedia Italiana*, 1935, disponible en: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/plebiscito_\(Enciclopedia-Italiana\)>](http://www.treccani.it/enciclopedia/plebiscito_(Enciclopedia-Italiana)>); P.P. Zamorani, *II plebiscito ne quis eundem magistratum intra decem annos caperet e il divieto di reficere consulem*, en Ann. Univ. Ferrara, Sc. giur., Nuova Serie, Vol. IV (1990); J.M. Denquin, *Référendum et plébiscite*, *supra* nota 9, pp. 1 ss

⁵⁶G. Jellinek, *Das Recht der Minoritäten*, Vienna, Hölder, 1898, p. 2.

votantes el ejercicio del poder de veto a leyes. Durante un periodo de pocas semanas después de la aprobación de una ley por el Gran Consejo, un cierto porcentaje de ciudadanos podía pedir la convención de una Asamblea General; la ley no entraría en vigor si los votos en contra alcanzaban una mayoría absoluta de aquellos facultados para votar.

En 1848 el referéndum fue introducido en las constituciones federales y cantonales. El rango del referéndum fue ampliamente expandido con la revisión constitucional federal de 1874 y después modificada en subsecuentes revisiones constitucionales.⁵⁷

2. EL PERÍODO DE REVOLUCIONES DEMOCRÁTICAS U EL SIGLO DIECINUEVE EN FRANCIA Y LOS ESTADOS UNIDOS.

Durante y en el despertar de la Revolución Francesa y la Guerra de Independencia Americana (la cual los americanos llaman Revolución Americana), ambas sociedades, la francesa y americana, tuvieron que establecer un nuevo sistema de gobierno basado en las nuevas ideas políticas. El sistema de gobierno que existió previamente en los dos países, así como las ideas en la cuales el sistema era basado, fueron totalmente desacreditadas. Un principio común emergió en ambos países como base de la reconceptualización y reconstrucción del gobierno: la soberanía nacional residía en la gente (en lugar del Rey en el caso de Francia o el Rey y el Parlamento Inglés como en el caso americano). El problema que surgió entonces fue de cómo expresar y poner en práctica la soberanía

⁵⁷ Respecto a la evolución de los instrumentos de democracia directa en Suiza, véase, A. V. Dicey, *Ought the Referendum*, *supra* nota 12, pp. 490 ss; K.W. Kobach, *Switzerland*, en D. Butler & A. Ranney (coord.), *Referendums around the world*, *supra* nota 9, pp. 99 ss; A. Auer, *L'esperienza del referendum in Svizzera e negli Stati Uniti*, en M. Luciani & M. Volpi (coord.), *Referendum. Problemi teorici ed esperienze costituzionali*, Bari, Laterza, 1992, pp. 68 ss; M. Suksi, *Bringing in the People*, *supra* nota 20, pp. 47 ss; H. Kriesi, *La lunga e complessa vicenda della Confederazione elvetica*, en M. Caciagli & P.V. Uleri (coord.), *Democrazie e referendum*, *supra* nota 9, pp. 63 ss; G.M. Salerno, *Referendum*, *supra* nota 23, pp. 205 ss; E. Grisel, *Initiative et referendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, 3th coord., Berne, Stämpfli, 2004, pp. 45 ss; M.P. Viviani Schlein, *Uno strumento insostituibile per la democrazia semidiretta elvetica: il referendum*, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, (2005), p.1368. Respecto a la concepción de democracia en Suiza, véase, A. Auer, *Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse*, *Revue de droit suisse* (1984), II, pp. 1 ss; P. Macchia, *La democrazia semi-diretta: il caso della Svizzera*, 16 (4) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* (2014). Véase también, A. Christmann, *Die Grenzen direkter Demokratie. Volksentscheide im Spannungsverhältnis von Demokratie und Rechtsstaat*, Baden-Baden, Nomos, 2012.

concebida a través de las instituciones de gobierno. Para ambos, franceses y americanos, esto no era un problema teórico, un problema de ciencia política, sino, en cambio un problema que debía ser resuelto en el crisol de una sociedad que había perdido sus raíces políticas y estaba experimentando un periodo de desorden e incertidumbre. Así que los Estados estaban prontos para desarrollar una teoría de gobierno y los medios necesarios para ponerla en práctica. Fue en este contexto que los teóricos, franceses y americanos, y los líderes políticos confrontaron el problema de la soberanía del pueblo. Era crítico para estas dos sociedades resolver la cuestión de maneras que fueran aceptables para la mayoría de la gente, con la finalidad de establecer una fundación para la legitimidad del régimen político y de gobierno. Sin legitimidad, cualquier régimen sería inestable y transitorio, y el caos político, provocado por la revolución, continuaría reinando.

El problema de poner en práctica la soberanía del pueblo después del derrocamiento del régimen previo fue mucho más difícil en Francia, donde el rol de la gente en los asuntos públicos nunca había sido aceptado. Por lo contrario, en el joven Estados Unidos los colonos, a nivel de las colonias individuales y pueblos, ya estaban jugando un importante rol en varias de las decisiones que los concernían. Asimismo, la economía y la estructura social de la sociedad americana, así como su orientación cultural y religiosa, era más favorable para un rol más importante de la gente.

De acuerdo a Patrice Higgonet: «Ambas revoluciones lucharon por la soberanía popular, nacionalismo, los derechos del hombre, la no tributación sin representación, republicanismo, y la desconfianza a la religión establecida ... (Pero) la Francia pre-revolucionara era la contradicción social e ideológica de las trece colonias».⁵⁸ Sería estas condiciones sociales e ideológicas las que tendrían un efecto decisivo en el desarrollo del concepto de democracia y en su implementación práctica en Francia y los Estados Unidos. Las tomaremos en consideración en la discusión de *Democracy in America* de Alexis de Tocqueville.

⁵⁸ P. Higgonet, *Sister Republics: The Origins of French and American Republicanism*, Cambridge, Massachusetts, 1988, 1, p. 5. Cfr. P. Raynaud, «Révolution américaine», F. Furet e M. Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française: Idées*, Paris, 1992, pp. 437-455; J. Livesey, *Making Democracy in the French Revolution*, Cambridge, Massachusetts, 2001, pp. 1-47 (para Francia); G. Wood, *The Radicalism of the American Revolution*, New York, 1991, 95-109 (para los Estados Unidos).

2.1. Los Estados Unidos

En su famoso discurso de Gettysburg en 1863, el Presidente Abraham Lincoln expresó el concepto más conocido de democracia: «un gobierno del pueblo, por el pueblo, y para el pueblo».⁵⁹ Como un científico político comentó: «El gobierno por el pueblo representa la máxima, así como gobierno por el pueblo representa el mínimo del proceso democrático».⁶⁰ ¿Fue el gobierno de los Estados Unidos durante el período de Lincoln, o ha sido siempre, una verdadera democracia en cualquier sentido de la palabra? ¿Y cuál fue el rol que la democracia directa («gobierno por el pueblo») jugó en los Estados Unidos en el pasado y qué rol juega hoy en día? Aquel gran observador de la democracia americana, el francés Alexis de Tocqueville, nos dice que debemos regresar al «punto de partida» para entender el presente: «Cada pueblo carga una marca en sus orígenes. Las circunstancias que rodearon su nacimiento y ayudaron a su desarrollo también influyen en el subsecuente curso de su existencia... América es el único país en el cual ha sido posible presenciar el natural y tranquilo curso del desarrollo de la sociedad, y para marcar la influencia del «punto de partida de un Estado» en su futuro».⁶¹ Tocqueville estaba «firmemente convencido de la siguiente verdad: que no hay ninguna opinión, hábito, o ley, que el punto de partida no pueda explicar».⁶²

El punto de partida para los Estados Unidos no es simple; por el contrario, es de hecho algo complejo. Durante el siglo diecisiete, doce colonias inglesas fueron establecidas en la costa este del norte de América. Una treceava, Georgia, fue establecida en 1732. Durante el siglo dieciocho y diecinueve, la antiguas trece colonias inglesas, las cuales se convirtieron en los Estado Unidos de América, se expandieron al oeste hasta

⁵⁹ Abraham Lincoln, Discurso de Gettysburg. Es interesante notar que la Constitución de los Estados Unidos no contiene la palabra «democracia», en contraste con las constituciones modernas, como la Constitución Francia (Art. 1), la Constitución de Alemania (Art. 20), la Constitución de Italia (Art. 1), y la Constitución de España (Art. 1). Véase también, la Constitución francesa, Art. 2 («El principio de la República deberá ser: el gobierno del pueblo, por el pueblo»). Este lenguaje en el Art. 2 deriva directamente del discurso de Lincoln en Gettysburg. René Chiroux, *Article 2*, en François Luchaire, Gérard Conac & Xavier Prétot (coord.), *La Constitution de la République française: Analyses et commentaires*, 3era. coord., Paris, Economica, 2009, pp. 176-177.

⁶⁰ T. V. Smith, *The Voice of the People*, in *Annals of the American Academy of Political Science*, vol. 169 (Sept. 1933), p. 109.

⁶¹ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (1835), vol. I (Arthur Goldhammer, trans.), New York, The Library of America, 2004, pp. 31-32.

⁶² *Id.*, p. 33.

el océano Pacífico y en el sur hasta el Golfo de México. Las originales trece colonias eventualmente se convirtieron en cincuenta estados (incluyendo los dos no contingentes estados de Alaska y Hawái). Al principio, las colonias de Nueva Inglaterra (Massachusetts, Connecticut, Rhode Island y New Hampshire) eran vastamente diferentes de las colonias del sur (Virginia, Carolina del Norte, Carolina del sur y Georgia). Las colonias del Atlántico medio (New York, Pensilvania, New Jersey, Maryland y Delaware) eran diferente asimismo de las colonias de Nueva Inglaterra y las colonias del sur. Más adelante, los Estados Unidos se expandieron para abarcar todo el continente norteamericano al norte del Río Grande y al sur de lo que hoy es Canadá. Mientras que algunas de estas nuevas áreas adquiridas (las cuales serían posteriormente divididas y entrarían a la Unión como estados separados) fueron establecidas por gente proveniente de las colonias de Nueva Inglaterra y del Atlántico medio, y algunas por habitantes de las colonias del sur, vastas porciones de la parte oeste de Estados Unidos, debido a su pasado histórico como áreas de dominio español y mexicano, su lejanía respecto de los estados originales, y en parte a las condiciones de vida ahí, desarrollaron sus propias tradiciones y prácticas de gobierno. Además, como estas áreas del oeste fueron colonizadas por colonos americanos mucho después de la era colonial, varias solamente en la segunda mitad del siglo diecinueve, las instituciones políticas y sociales estaban menos desarrolladas y arraigadas.

Las colonias de Nueva Inglaterra fueron establecidas principalmente por disidentes religiosos provenientes de Inglaterra con elevados propósitos morales y religiosos. Los primeros colonos en Nueva Inglaterra en mayor parte provenían de un transfondo económico de clase media y contaban con una buena educación. Mujeres y niños comprendían una porción sustancial de la población. Los colonos buscaron crear comunidades permanentes, donde los individuos y las familias pudieran tener una vida moralmente plena. Las colonias del sureste fueron establecidas principalmente para explotación de los recursos naturales de la región, ya que el suelo y el clima era propicios para la agricultura. Éstas atrajeron colonos, los cuales tenían motivaciones primordialmente económicas, incluyendo varios especuladores. Las colonias del Atlántico medio fueron establecidas por varias razones y tenían mayor diversidad religiosa, étnica y económica que las colonias del norte o el sur. Los mayores centros comerciales y financieros como Filadelfia, Nueva York y

Baltimore se localizaban en esta región. Durante el siglo dieciocho y principios del diecinueve las colonias del sur, donde la agricultura a gran escala predominaba, dependían fuertemente de la mano de obra esclava y la sociedad del sur asumió un carácter estratificado y aristócrata. Nueva Inglaterra y las colonias del Atlántico medio estaban orientadas más al comercio y la agricultura, que era a menor escala. La esclavitud nunca enraizó en estas regiones (excepto en las pequeñas fronteras estatales de Maryland y Delaware). Alexis de Tocqueville prestó especial atención en su obra *Democracy in America* en describir los diferentes «puntos de partida» de las colonias del norte y el sur.⁶³ Como resultado de esas diferencias, podríamos esperar ver distintas actitudes respecto a la ampliación de la participación del pueblo en el gobierno. Más adelante, cuando las áreas del oeste y el centro del país fueron colonizadas, las diferentes condiciones y necesidades ahí⁶⁴ llevarían igualmente a distintas perspectivas en esas regiones respecto a la participación de la gente en el gobierno. Así como su gente, las ideas políticas y culturales de los Estados Unidos variaban ampliamente de región a región y de estado a estado, aunque también hay algunos valores comunes y puntos de referencia. En cuanto a la democracia directa, uno puede encontrar ejemplos de su aceptación y práctica dispersa dentro del país, principalmente a nivel local, en menor grado a nivel estatal, e inexistente a nivel nacional.

2.1.1. *Las colonias americanas*

En el siglo diecisiete cuando las colonias americanas fueron primero establecidas por colonos provenientes de Europa, la democracia como forma de gobierno no existía en Europa o en la colonia, y de hecho era vista de manera negativa. Era considerada como el gobierno de la turba. La monarquía era casi universal, y la sociedad y economía estaban organizadas de acuerdo a líneas feudales y aristocráticas. Dado las condiciones sociales y materiales de colonización del Nuevo Mundo, así como la

⁶³ *Id.*

⁶⁴ Véase de manera general Colin Woodard, *American Nations: A History of the Eleven Rival Regional Cultures of North America*, New York, Penguin Books, 2011. Véase también, Daniel Berkowitz & Karen B. Clay, *The Evolution of a Nation: How Geography and Law Shaped the American States*, Princeton, N.J., Princeton University Press 2012 (encargándose de la pregunta: «¿Qué conduce a las diferencias en las instituciones políticas y sociales de los países?» p. 1; y concluyendo finalmente que «las condiciones iniciales y los roles duraderos en la formación de las instituciones políticas y legales en los Estados Americanos», p. 12).

lejanía de las colonias respecto de Inglaterra y de Europa continental, el autogobierno y la relativa amplia participación de la gente en el gobierno logró fuertes raíces ahí. La Revolución Americana, la cual comenzó en 1775 y que su exitosa conclusión en 1783 marcó el fin del periodo colonial, no sólo fue una guerra de independencia respecto de Gran Bretaña, pero a su vez una revolución política y social en las colonias. Las demandas por un incremento de la participación del pueblo en el gobierno fueron prominentes, y fueran realizadas hasta cierto grado.⁶⁵

Cuando uno piensa en la democracia durante el periodo colonial en América, uno lo hace principalmente en el Pacto del Mayflower y las reuniones comunales de Nueva Inglaterra, estas dos todavía adornan los modelos idealizados de democracia directa. El juicio por jurado, otro vehículo para la participación directa de los americanos en las decisiones públicas, y una institución que todavía hoy tiene una gran importancia simbólica, también sembró raíces en América durante el periodo colonial.

En 1630 un grupo de disidentes religiosos provenientes de Inglaterra, los peregrinos, arribaron al Nuevo Mundo. Ellos habían obtenido un permiso por parte de la Compañía Virginia, el cual era solamente válido para los establecimientos en las tierras del área que es ahora el estado de Nueva York. Su navío, sin embargo, salió de curso y desembarcó muy al norte, en lo que es ahora Massachusetts. Para lidiar con el cambio de lugar donde ahora tendrían que establecer su asentamiento, lo cual también los despojó de una autorización legal y una estructura legal para gobernarse a sí mismos, los peregrinos redactaron y firmaron un documento que todavía hoy en día es conocido como el Pacto del Mayflower. El documento dicta lo siguiente:

EN EL NOMBRE DE DIOS, AMEN. Nosotros, de quienes nuestros nombres están abajo escritos, los súbdito reales de nuestro temido soberano Lord Rey James, por la gracia de Dios, de la Gran Bretaña, Francia, e Irlanda, Rey, Defensor de la Fe, &c. Habiendo tomado por la gloria de Dios, el avance de la fe cristiana, y el honor de nuestro Rey y país, un viaje para plantar la primera colonia en las partes nórdicas de Virginia; Hacemos con esta presente, solemne y mutuamente, en la presencia de Dios y de cada uno de nosotros, convenio y nos combinamos mutuamente en un cuerpo civil político, para nuestro mejor orden y preservación, y

⁶⁵ Véase de manera general, Gordon S. Wood, *The Radicalism of the American Revolution*, New York, Vintage Books, 1993.

fomento de los fines ya señalados: Y por la virtud de esto promulgamos, constituimos, y demarcamos, tales justas e igualitarias leyes, ordenanzas, actos, constituciones y oficios, de tiempo a tiempo, que sean consideradas necesarias y convenientes para el bien general de la Colonia; dentro de la cual prometemos conforme a toda sumisión y obediencia. EN PRESENCIA de que nosotros hemos aquí suscrito nuestros nombres en Cabo Cod, el once de noviembre, en el reino de nuestro soberano Lord Rey James, de Inglaterra, Francia e Irlanda, la decimotercero, y de Escocia la quincuagésima cuarta, *Anno Domini*; 1620.

El Pacto del Mayflower ha ocupado largamente un importante lugar en el pensamiento americano respecto al gobierno y la participación de la gente. Aunque todos los pasajeros en el Mayflower no les fue permitido firmar el documento (las mujeres y casi todos los siervos por contrato no fueron incluidos), representa una cercana aproximación de un contrato social —el voluntario acuerdo de los miembros de un grupo social para establecer una comunidad política y someterse a sí mismos a las leyes que promulgue. Actos constitutivos similares fueron tomados en otras partes de las colonias americanas durante el periodo de colonización.⁶⁶

Después de firmar el documento, los peregrinos seleccionaron a su gobernador. El gobernador, apoyado después por cinco Asistentes, estaba encargado de manejar los asuntos de la colonia. El gobernador no tenía facultades para crear leyes. Solamente la Corte General, la cual incluía a todos los hombres libres, tuvo el poder de adoptar leyes generales. El primer compendio de leyes fue promulgado en 1636. Cuando la colonia se volvió más grande al incorporar más pueblos, un gobierno representativo fue establecido. Ahora todos los hombres libres se reunirían en su pueblo y elegirían representantes para participar y votar en su lugar en la Corte General. De esta manera la democracia directa se volvió democracia representativa en la Massachusetts colonial, pero todavía persistía a nivel local.

Una segunda colonia fue establecida en el futuro estado de Massachusetts en 1630 por los puritanos, otro grupo religioso de refugiados desde Inglaterra. Su principal ciudad se convirtió en la actual ciudad de Boston.

⁶⁶ Véase, por ejemplo, el Acuerdo de los Colonos en Exeter, en New Hampshire (1639); el Acuerdo Fundamental, o Constitución original de la Colonia de New Haven, (1639); la Combinación de los Habitantes en el Río Pistacaqua para el Gobierno (1641). *Disponible en:* <http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/17th.asp>.

El líder de esta colonia fue John Winthrop, quien gobernó con la asistencia de un consejo. Aunque el gobierno de la colonia era representativo, y en principio tenía el poder de crear leyes e imponer impuestos sin el consentimiento de las personas, en la práctica el consenso de las personas, o al menos su aceptación, era necesario para realmente hacer efectiva la voluntad del gobierno. Aún más, a nivel local, el alcalde y otros oficiales del pueblo no tenían el poder para aprobar leyes o imponer impuestos sin el consentimiento de la gente. Estos poderes eran ejercidos por la institución de Nueva Inglaterra, la *reunión comunitaria*. Uno de los historiadores del periodo colonial americano ha caracterizado a la colonia puritana como «proto-democrática».⁶⁷ Un indicador de la importancia de las reuniones comunitarias en la colonia de Nueva Inglaterra fue la amplia resistencia cuando el gobernador del efímero Dominio de Nueva Inglaterra (una confederación de la colonias de Nueva Inglaterra creada por los ingleses que existió de 1686 a 1689) busco limitar severamente el rol de las reuniones comunitarias en el gobierno local.

El gobierno colonial de los Puritanos se superpuso al de la iglesia establecida. Como disidentes religiosos, los Puritanos rechazaban la organización jerárquica que caracterizaba a ambas iglesias, la católica y la anglicana. De acuerdo al historiador Joshua Miller, «Los Puritanos desarrollaron una teoría alternativa de organización eclesiástica que daba poder a los miembros de pequeñas, ampliamente autónomas, congregaciones ... Los Puritanos plantaron las semillas para los movimientos igualitarios en el siglo dieciocho».⁶⁸ El control local de asuntos religiosos, el cual ocupaba un gran lugar en el primero asentamiento puritano, inculcó actitudes que más adelante llevarían a un gobierno secular.

La historia en la primera colonia inglesa en el sur, Virginia, fue algo diferente. Poco después de su establecimiento en 1607, la esclavitud fue introducida. Como Tocqueville remarca: «Este hecho capital iba a ejercer una inmensa influencia en el carácter, leyes, y el futuro entero del sur. Esclavitud ... una labor deshonrosa. Esta introdujo holgazanería en la

⁶⁷ Joshua Miller, *The Rise and Fall of Democracy in Early America, 1630-1789: The Legacy for Contemporary Politics*, University Park, Pennsylvania, Pennsylvania State University Press 1991, p. 30. De acuerdo a un historiador, «Y la gente de Nueva Inglaterra valoraba su herencia (de la reunión comunal) con una satisfacción independiente. Ellos, de entre todos los Americanos, estaban más cerca de la Democracia». John Gould, *New England Town Meeting: Safeguard of Democracy*, Brattleboro, Vermont, Stephen Daye Press 1940, p. 59.

⁶⁸ *Id.*, p. 8.

sociedad, y con ella, ignorancia y orgullo, pobreza y lujo. Debilita el poder de la mente y calma la actividad humana para dormir.»⁶⁹ Las consecuencias de la esclavitud encaminaron a una inequidad social y política que era perjudicial para la amplia participación de los ciudadanos en el gobierno, incluso a nivel local.

Los colonos americanos también buscaron inyectar una amplia participación en el proceso jurisdiccional a través de la institución del juicio por jurado. Herencia de Inglaterra, el juicio por jurado asumió una enorme importancia simbólica y práctica durante el periodo colonial, su importancia aumentó conforme la revolución se acercaba. Alexis de Tocqueville reconoció que «el jurado es la primera y principal institución política y siempre debe ser juzgada como tal».⁷⁰ «Al permitir a los colonos el resistir las políticas imperiales británicas, el jurado vino a ser asociado con el gobierno representativo.»⁷¹ Durante el periodo colonial fueron altamente publicitados los juicios por jurado en los cuales los jurados protegían a los americanos de las, así percibidas, injusticias de la ley británica y su aplicación en las cortes se convirtió en símbolo de libertad personal.⁷² Una de las quejas particulares de los colonos en contra del Rey de Reino Unido mencionada en la declaración de Independencia fue «privarnos, en varios casos, de los beneficios del juicio por jurado». La Constitución reconoce el derecho al juicio por jurado (Artículo III, Sección 2)⁷³ así como lo hace el *Bill of Rights* (Sexta enmienda—derecho a un juicio por jurado en los casos penales; Séptima enmienda—derecho a juicio por jurado en casos civiles). El jurado, así como su desarrollo en el periodo colonial, no sólo determinó los hechos del caso: tenía además el poder de decidir y aplicar la ley en ambos casos, civiles y penales. El

⁶⁹ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, op. cit., nota 3, p. 35.

⁷⁰ *Id.*, p. 313. Véase también *id.*, pp. 311-318, para la discusión de Tocqueville respecto al jurado.

⁷¹ John H. Langbein, Renée Lettow Lerner & Bruce P. Smith, *History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*, New York, Wolters Kluwer, 2009, p. 474.

⁷² Véase, por ejemplo, James Alexander, *A Brief Narrative of the Case and Trial of John Peter Zenger Printer of the New York Weekly Journal* (1735), S. Katz, coord., Cambridge, Mass, Harvard University Press 1963; Erving v. Craddock, en *Quincy's Reports* 553 (1761).

⁷³ Alexander Hamilton reconoce la importancia del juicio por jurado en el *Federalist No. 83*, en Alexander Hamilton, James Madison & John Jay, *The Federalist Papers* (1787-1788) (Clinton Rossiter, coord.), New York, New American Library, 1999), pp. 494-509.

jurado podía por lo tanto decidir el no aplicar una ley que le desagradara (una práctica que es llamada «nulidad por jurado»⁷⁴).

2.1.2. *El periodo revolucionario: La Declaración de Independencia, las constituciones estatales, los Artículos de la Confederación, las publicaciones del Federalista y la Constitución de los Estados Unidos*

El periodo revolucionario y su desenlace transcurrió desde 1763⁷⁵ hasta la ratificación de la Constitución en 1788. Durante este tiempo, la oposición al mando inglés creció en las colonias, la colonia desarrollaron instituciones que les permitieron cooperar en promover un interés común, libraron una exitosa guerra de independencia en contra de Reino Unido, y establecieron un marco para un gobierno común basado en una Constitución escrita. Durante este periodo formativo, las ideas respecto al gobierno eran acaloradamente debatidas y nuevas instituciones y prácticas de gobierno fueron puestas en práctica, comúnmente con gran controversia y conflictos políticos. A partir de este crisol: la fundación y el prematuro desarrollo de la República Americana, las ideas, instituciones y prácticas, fueron las que proveerían el contexto para el futuro pensamiento americano respecto a la forma de la democracia.

La declaración de Independencia de 1776 proclamó que «todos los hombres son creados iguales». Mientras en ese momento no era pensado para ser aplicado a los esclavos o nativos americanos, como si la Declaración realmente dijera «todos los hombres (blancos) son creados iguales, ésta reconoció la igualdad de aquellos a los que les era aplicada.⁷⁶ El propósito inmediato de la Declaración de Independencia fue

⁷⁴ Véase William B. Nelson, *The Lawfinding Power of Colonial American Juries*, 71 Ohio State L. J. 1003 (2010); Renée B. Lettow, *New Trial for Verdict Against Law: Judge/Jury Relations in Early Nineteenth-Century America*, 71 Notre Dame L. Rev. 505 (1996); Deirdre A. Harris, *Jury Nullification in Historical Perspective: Massachusetts as a Case Study*, 12 Suffolk L. Rev. 968 (1978).

⁷⁵ El Tratado de París de 1763 marcó el fin de la Guerra Francesa-India (el cual es el nombre dado al escenario de la Guerra de los Siete Años en Norte América). Como resultado de este Guerra, Gran Bretaña se convirtió en el poder dominante en el continente norteamericano derrotando a los franceses. A comienzos de 1763, Gran Bretaña introdujo nuevas políticas contributivas y de comercio en sus colonias de Norteamérica, las cuales los colonos consideraron como opresivas y las que ultimadamente encaminaron a la Guerra de Independencia (la Revolución Americana) doce años después.

⁷⁶ Véase Pauline Mayer, *American Scripture: Making the Declaration of Independence*, New York, Alfred A. Knopf, 1997.

el de declarar la independencia de las colonias de Reino Unido y el de permitirles actuar como entidades legales soberanas bajo el derecho internacional.⁷⁷ El lenguaje de «todos los hombres son creados iguales» debe ser interpretado bajo esta luz: que era probablemente encaminada para lograr la igualdad de los colonos y de sus soberanos ingleses y el de permitir a los colonos el afirmar sus derechos como hombres ingleses. Pero las ideas una vez lanzadas normalmente toman otro significado, y la «igualdad» considerada como «evidente» por los redactores de la Declaración más adelante se convertiría en el *leitmotiv* del desarrollo político americano. De acuerdo a Gordon Wood, el más reconocido historiador de la Revolución Americana: (los americanos) se convirtieron en la primera sociedad en el mundo moderno en traer a gente ordinaria a los asuntos del gobierno—no sólo como votantes si también como actuales gobernantes. La participación de la gente común en el gobierno se convirtió en la esencia de la democracia americana, y la revolución así lo logró.⁷⁸

Las constituciones estatales adoptadas poco después de la Declaración se encaminaron decisivamente en una dirección democrática para dar una expresión legal a las perspectivas igualitarias respecto a la participación política que provocó el rompimiento de lazos con Reino Unido.⁷⁹ Por ejemplo, en la constitución de Pensilvania del 28 de septiembre de 1776, la oficina de gobierno fue eliminada y reemplazada con un Consejo Ejecutivo de 12 miembros electos directamente por un gran cuerpo de votantes. En la mayoría de los otros estados, el jefe del gobierno era electo por la legislatura. En la mayoría de los estados el poder de designar a los jueces y otros oficiales era otorgado a las legislaturas (a veces en cooperación con el gobierno). En cuanto al poder legislativo, éste era visto como el depositario de la soberanía del pueblo. Muchos estados expandieron la elegibilidad para votar y para servir en un cargo político. El tamaño de los cuerpos legislativos estatales también se expandió ampliamente y el rediseño de las líneas de los distritos legislativos buscó un mejor balance en el número de votantes en cada distrito.

⁷⁷ Véase David Armitage, *The Declaration of Independence and International Law*, 59 *William & Mary Q.* 39 (2002).

⁷⁸ Gordon Wood S. Wood, *The Radicalism of the American Revolution*, New York, Vintage Books, 1993, p. 243.

⁷⁹ Véase, Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, Chapel Hill, N.C., University of North Carolina Press 1969, pp. 127-255.

A nivel nacional la relación entre los ahora estados independientes fue regulado por los Artículos de la Confederación, los cuales fueron adoptados en 1777, pero que no entraron en vigor hasta 1781. Como su título señala, los Artículos parecían más a los de una confederación de estados independientes, unidos por algunos intereses comunes más que a un verdadero gobierno nacional. El artículo 2 proveía: «Cada estado retiene su soberanía, libertad, e independencia y cada poder, jurisdicción, y derecho que no esté expresamente delegado por esta Confederación a los Estados Unidos, en Congreso reunido». Y de acuerdo al Artículo 3: «Los mencionados Estados respectivamente entran en una firme liga amistosa con cada uno, para su común defensa, la seguridad de sus libertades, y su mutuo y general bienestar, vinculándose a sí mismos para asistirse, en contra de cualquier fuerza ofrecida, o ataques hechos contra ellos, o a cualquiera de ellos, tomando en cuenta la religión, soberanía, comercio o cualquier otra pretensión». La Confederación carecía de una autoridad central ejecutiva, el poder de regular el comercio, y el poder de imponer multas. Cada Estado, independientemente de su tamaño, tenía un voto en el Congreso Nacional y las decisiones del Congreso Nacional requerían una supermayoría de votos. El representante de los Estados no era elegido directamente por la gente, pero eran nombrados por las legislaturas. A nivel nacional, por lo tanto, la democracia por el pueblo era hasta mucho remota e indirecta.

A nivel estatal, sin embargo, la situación era distinta. En lugar de un poco de democracia, mucha gente pensaba que era demasiada. Con la mayoría de las funciones de gobierno (ejecutivas, judiciales, así como legislativas) concentradas en los cuerpos legisladores de los estados y con una amplia participación de votantes en la elección de los legisladores estatales, la voz de la gente ejercía una influencia dominante en los asuntos de gobierno en todas las áreas. Legislación para la confiscación de la propiedad y el pago de deudas en papel moneda, la designación de jueces por las legislaturas de los Estados y el continuo control ejercido por las legislaturas sobre el proceso judicial (por ejemplo, revirtiendo o paralizando la ejecución de sentencias, prohibiendo a las cortes el ejercicio de la jurisdicción en casos que involucraran la recolección de deudas, etc.) y un aluvión de legislación emitida por legado de individuos particulares para remediar pequeños problemas, entre otras acciones legislativas, dieron pie a un sentimiento entre varias personas de, como Gordon Wood escribe: «Un exceso de poder en el pueblo estaba encaminando no

simplemente al libertinaje sino también a nuevo tipo de tiranía, no por los gobernantes tradicionales, sino por el pueblo mismo...». ⁸⁰ En un principio, esfuerzos de reforma se concentraron en las constituciones de los estados individuales, pero para 1786 se había vuelto aparente que ese esfuerzo era fútil; la igualdad y la ola democrática a nivel estatal era muy fuerte. ⁸¹

Como reacción a los desórdenes de los estados, una convención fue convocada por el Congreso Nacional para reunirse en Filadelfia en mayo de 1787 con el «único y expreso propósito de revisar las enmiendas a los Artículos de la Confederación». A pesar del cargo, los delegados se emprendieron a bosquejar una nueva constitución, la cual sería eventualmente ratificada por los Estados y entraría en vigor como la Constitución de los Estados Unidos. El gobierno nacional creado por la Constitución estaba lejos de ser democrático. De hecho, como los *Los escritos del Federalista* explican, con detalle y justifican con razonados con argumentos, el principal propósito de los redactores de la Constitución era el de establecer una estructura de gobierno que filtrara y contuviera las fuerzas democráticas del cuerpo político. El jefe del ejecutivo (el Presidente) y los miembros de la cámara alta de la legislatura (el Senado) eran elegidos indirectamente, el presidente con un Colegio Electoral y los senadores por las legislaturas estatales. Además, cada estado, sin importar el tamaño de su población, tendría dos senadores, y la concurrencia del Senado (sumada con la de la, elegida popularmente, cámara baja de la Casa de Representantes) sería necesaria para la promulgación de legislación. Así que los Estados con menor población serían en efecto sobre-representados en las legislatura nacional y los estados con gran cantidad de población serían correspondientemente infrarepresentados. La Constitución no contiene una provisión para una participación directa de los ciudadanos en el proceso legislativo.

El Preámbulo de la Constitución señala que: «Nosotros el pueblo de los Estados Unidos ... decretamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América». El «Pueblo de los Estados Unidos», sin embargo, no participó directamente en la ratificación de la Constitución, como el artículo VII del bosquejo constitucional dispone: «la Ratificación de las Convenciones de nueve Estados, deberá ser suficiente para el

⁸⁰ *Id.*, p. 404.

⁸¹ *Id.*, pp. 463-67.

establecimiento de esta Constitución entre los Estados que ratifiquen la misma». La gente de los estados eligió a representantes para una convención especial en cada estado que debatiría y votaría el bosquejo de constitución. Así que, a diferencia de la Constitución de Francia de 1958, por ejemplo, no hubo participación amplia, o referéndum a nivel nacional en la adopción de la Constitución de los Estados Unidos. Además, de acuerdo al Artículo V, las enmiendas a la Constitución deben ser propuestas por el Congreso Nacional (por dos terceras partes de la votación en cada cámara) y entonces aprobadas por tres cuartos de las legislaturas de los estados o convenciones en tres cuartos de los estados. De nuevo, ningún rol directo de la gente en el proceso de enmienda.⁸²

Los escritos del Federalista, una serie de 85 ensayos que aparecieron entre octubre de 1787 y agosto de 1788 redactados por Alexander Hamilton y James Madison (con algunas contribuciones por John Jay) con el propósito de urgir la ratificación de la Constitución en el estado clave de Nueva York, buscaban explicar y justificar elementos esenciales de la Constitución. *Los escritos del Federalista* son considerados hoy en día como perceptivos e influyentes análisis de la constitución americana, y los principios subyacentes en varias de sus disposiciones. *Los escritos del Federalista* son frecuentemente citados hoy como fuente de autoridad por la Suprema Corte de los Estados Unidos, estudiosos de la constitución, y científicos políticos, así como reporteros y comentaristas en preguntas y desarrollos contemporáneos constitucionales.

Los escritos del Federalista hicieron claro que la Constitución de los Estados Unidos establecía una «república» y no una «democracia». En el *Federalista* No. 10, James Madison dice que uno de «los dos grandes puntos de diferencia entre la democracia y la república (es) ...la delegación del gobierno, en la última, a un pequeño número de ciudadanos elegidos por el resto; segundo, el gran número de ciudadanos y la mayor esfera de país sobre el cual esta última debe ser extendida».⁸³ Madison elaboró en el *Federalista* No. 14: «En la democracia, el pueblo reúne y ejerce el gobierno en persona; en una república, ellos lo congregan y administran por sus representantes y agentes. Una democracia, conse-

⁸² La Constitución dispone otra forma de enmendar la Constitución, pero este método jamás ha sido utilizado. Las legislaturas de dos tercios de los estados pedirán al Congreso el realizar una convención para la propuesta de enmiendas que serán válidas si son aprobadas por las legislaturas de tres cuartos de los estados.

⁸³ James Madison, *Federalist Paper No. 10*, en *The Federalist Papers*, *op. cit.*, nota 15, p. 76.

cuentemente, debe ser confinada a un pequeño punto. Una república debe ser extendida a una mayor región».⁸⁴

En *Los escritos del Federalista* No. 49 y 50, Madison fuertemente discute contra «apelaciones a la gente por sí misma» en el caso de la intrusión de una rama del gobierno en las prerrogativas de otra. «Al ser el pueblo la única fundación de legitimidad del poder, ... parece estrictamente consonante con la teoría republicana el recurrir a la misma autoridad original ... cuando uno de los departamentos ha cometido intrusión en las estatuidas autoridades de los otros».⁸⁵ Pero, Madison alega, constantes apelaciones al pueblo despojarían el gobierno constitucionalmente establecido de «veneración» y habrían de «perturbar» la tranquilidad pública por intereses muy fuertes de las pasiones públicas.⁸⁶ Después, en el *Federalista* No. 63, al discutir el gobierno representativo, Madison expresa su fuerte aprobación al principio de «total exclusión del pueblo en su capacidad colectiva» o de cualquier participación en el poder del gobierno (énfasis en el original).⁸⁷

Revisando los antecedentes históricos y tomando en cuenta el contexto político en el cual la Constitución fue promulgada y ratificada, el actual *Justice* de la Suprema Corte Stephen Breyer ve la Constitución con otra luz. De acuerdo al *Justice* Breyer «el objetivo original primario de la Constitución» era «fomentar la libertad activa (al) crear una forma de gobierno en la cual los ciudadanos compartieran la autoridad del gobierno, participando en la creación de políticas públicas».⁸⁸ Desde esta perspectiva, el intento de los *Framers* de la Constitución era el de crear un gobierno tan democrático como fuera posible en ese momento, más que el de limitar la democracia en sí. Es desde esta perspectiva que Breyer mantiene que el verdadero espíritu de la Constitución es democrático y que los principios y prácticas democráticos deben ser extendidos hasta el

⁸⁴ James Madison, *Federalist Paper No. 14*, en *id.*, p. 95.

⁸⁵ James Madison, *Federalist Paper No. 49*, en *id.*, pp. 310-311.

⁸⁶ *Id.*, p. 311-312.

⁸⁷ James Madison, *Federalist Paper No. 63*, en *id.*, p. 385.

⁸⁸ Stephen Breyer, *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, New York, Vintage Books, 2005, p. 33. Véase también Stephen Breyer, *Making Our Democracy Work: A Judge's View*, New York, Alfred A. Knopf, 2010; Martin Rogoff, *Le juge constitutionnel aux États-Unis* (un ensayo basado en Stephen Breyer, *Making Our Democracy Work: A Judge's View*), en *Jus Politicum*, vol. 6 (Oct. 2011) (Disponible en: <<http://www.juspoliticum.com/Stephen-Breyer-Making-Our.html>>).

mayor grado posible dadas las condiciones políticas del momento.⁸⁹ Los puntos de vista de Breyer, sin embargo, encuentran escaso apoyo en los antecedentes históricos.

Hubo una fuerte oposición a la ratificación de la Constitución. De hecho, la Constitución fue ratificada por una extremadamente cerrada votación de las convenciones en varios estados claves (New York 30-27; Virginia 89.79; Massachusetts, 186-168). Objeciones al bosquejo de la Constitución fueron presentados en artículos del periódico y en discursos en las convenciones ratificadores estatales por poderosas figuras políticas (como Patrick Henry de Virginia y George Clinton de nueva York) y numerosos otros escritores y oradores durante el periodo de ratificación. Las principales preocupaciones de los opositores de la Constitución (Anti-federalistas, como eran llamados) era que el gobierno dispuesto por el bosquejo de la Constitución estaba basado en aristocracia y principios antidemocráticos, mostrando un poderoso poder ejecutivo, y careciendo de provisiones para proteger derechos fundamentales. De acuerdo a Gordon Wood: «Los Anti-federalistas perdieron la batalla sobre la Constitución. Pero no perdieron la guerra sobre la forma de gobierno nacional que tendría los Estados Unidos en buena parte, al menos hasta el siglo siguiente. El entendimiento popular de la sociedad americana y las políticas en la temprana república era muy precisa y poderosa para ponerla abajo ... Las realidades prácticas de la vida democrática americana...contradecían el sueño republicano clásico del *Federalista* de establecer un gobierno liderado por un grupo desinteresado de caballeros educados».⁹⁰ Poco después de la ratificación de la Constitución, en 1791, fue enmendada para anexar un *Bill of Rights*, una de las principales demandas de los Anti-federalistas. Además, dentro las luchas políticas acompañando el establecimiento de la nueva república, la cual duró hasta el siglo diecinueve, la fuerza democrática, lideradas por Thomas Jefferson (presidente entre 1801-1809) y dos de sus cercanos asociados, James Madison (presidente de 1809-1817) y James Monroe (presidente de 1817.1825), asumieron control del gobierno federal.

⁸⁹ Por un punto de vista similar, pero basado en el espíritu de la Declaración de Independencia, véase Paul Krugman, *E Pluribus Unum*, in *New York Times*, July 4, 2013 (escrito de «el resistente mantenimiento del ideal democrático en nuestra nación»).

⁹⁰ Gordon S. Wood, *The Radicalism of the American Revolution*, New York, Vintage Books, 1993, p. 259.

Es significativo que la Constitución no se refiriera a la organización o la operación de los estados o gobierno locales, excepto para garantizar (en el Artículo IV, sección 4) «a cada Estado de la Unión una forma de gobierno republicana...».⁹¹ También hay algunas prohibiciones respecto a lo que pueden hacer los estados (contenidos principalmente en el Artículo I, sección 10), como entrar a tratados, imponer cargas de importación, entrar en contratos con otros estados sin el consentimiento del Congreso, etc. Pero en mayor parte, los estados eran libres de organizar sus instituciones de gobierno como deseasen. A tal extremo que la democracia directa existe en los Estados Unidos, y es encontrada a nivel estatal y local.

2.1.3. *La «Revolución de 1800» y la «Revolución Jacksoniana» (1829-1841)*

Por doce años, después de la adopción de la Constitución y el establecimiento del nuevo gobierno (hasta 1801), el gobierno nacional estuvo controlado por el partido Federalista. En 1800, sin embargo, Thomas Jefferson, líder del partido republicano, fue electo presidente. El control de la rama legislativa estaba ya moviéndose a la dirección republicana, y en la elección de 1800 el partido republicano tomó el control de las dos cámaras del Congreso. Como el historiador Joseph Ellis ha argumentado: «Una forma de entender el significado de la democracia Jeffersoniana es al verla como la fase final de la Revolución Americana».⁹² El profesor Ellis explica que «la América colonial fue gobernada por un pequeño grupo de hombres...provenientes de prominentes familias».⁹³ «La adopción de la Constitución, con sus numerosas restricciones respecto a la política y las actividades económicas de los estados, fue una importante victoria de la comunidad comercial americana».⁹⁴ Sobre los intereses de la gran mayoría de la población, que estaba ocupada en actividades de

⁹¹ La Suprema Corte de Estados Unidos, sin embargo, ha tomado una posición cerrada respecto de la autoridad federal bajo esta disposición y ha rechazado la oportunidad de interferir con la aplicación de los desarrollos políticos de un estado. Véase, por ejemplo, *Luther v. Borden*, 48 U.S. (7 How.) 1 (1849).

⁹² Richard E. Ellis, *The Jeffersonian Crisis: Courts and Politics in the Young Republic*, New York, Oxford University Press, 1971, p. 267.

⁹³ *Id.*, p. 269.

⁹⁴ *Id.* p. 271.

agricultura a pequeña escala.⁹⁵ El Partido Republicano representaba aquellos elementos de la población que favorecían una amplia participación de la población en el proceso político. De acuerdo a Gordon Wood: «El voto popular adquirió una significancia que nunca antes había tenido, y el incremento en el número de elecciones concursadas para cargos, federales y estatales, mandaron los números de votantes por los cielos... Al mismo tiempo, los estados que no lo habían hecho comenzaron a expandir la franquicia al eliminar cualificaciones de pobreza o transformando los requisitos a solamente el pago de impuestos».⁹⁶ Este fue el periodo de «incesante democratización».⁹⁷ Aunque estos desarrollos no promovieron la democracia directa en ningún nivel, federal o estatal, el movimiento para expandir la participación democrática en el gobierno durante la presidencia de Thomas Jefferson (1801-1809) movió al país a una dirección más democrática. El movimiento sería significativamente acelerado durante las presidencias de Andrew Jackson (1829-1837) y su sucesor Martin Van Buren (1837-1841).

Los políticos americanos se calmaron considerablemente después de la elección de Thomas Jefferson como presidente en 1800 hasta mediados de 1820. Jefferson, el antiguo agitador democrático, probó ser pragmático y políticamente centrado como presidente.⁹⁸ Un amplio consenso se desarrolló en varias previas divisiones respecto a la estructura de la autoridad pública, especialmente después de la Guerra de 1812. La así llamada «Era de los buenos sentimientos» duró la mayor parte de la presidencia de James Monroe (1817-1825). Provocada por una seria depresión económica en 1819 (el pánico de 1819), el aparente insoluble problema de la estructura de gobierno en una nación mitad libre y mitad esclava (como ejemplifica la crisis sobre el carácter de estado de Missouri, la cual fue resuelta por el compromiso de Missouri de 1820), y la al

⁹⁵ *Id.*, p. 280.

⁹⁶ Gordon S. Wood, *Empire of Liberty: A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York, Oxford University Press 2009, p. 302.

⁹⁷ *Id.*, p. 312.

⁹⁸ En su primer discurso inaugural, Jefferson dijo: «Dejémonos, entonces, queridos ciudadanos, unirnos en un solo corazón y una sola mente. Restauremos las relaciones sociales de armonía y afección, sin las cuales la libertad e incluso la vida misma son, pero cosas sombrías. Y reflexionemos que, habiendo expulsado de nuestra tierra la intolerancia religiosa bajo la cual la humanidad ha sangrado y sufrido por tanto tiempo, hemos, sin embargo, ganado poco si consentimos una intolerancia política tan déspota, tan corrupta, y capaz de persecuciones agrias y sangrientas. Pero cada diferencia de opinión no es una diferencia de principio. Hemos llamado con diferentes nombres géneros del mismo principio. Todos somos republicanos, todos somos federalistas».

tamente sospechosa elección presidencial de 1824 (la cual el candidato perdedor Andrew Jackson caracterizó como «un virtual golpe de Estado en contra la voluntad del electorado»⁹⁹), una coalición popular desarrollada bajo el liderazgo de Andrew Jackson el cual llegó al poder en 1829. Central para el liderazgo de Jackson fue su deseo de dar efecto a la voluntad de la mayoría, y de esta forma combatir la influencia monetaria y comercial de la élite. Jackson impuso el poder y las prerrogativas de la oficina presidencial, viendo al presidente como la representación de la voluntad popular.¹⁰⁰ «La democracia Jacksoniana fue...una segunda fase americana de la persistente lucha entre la clase empresarial y el resto de la sociedad la cual es la garantía de la libertad en un estado liberal capitalista».¹⁰¹ «El Jacksonianismo expandió el Jeffersonianismo enfocando en la agricultura y los pequeños e independientes propietarios, para incluir la clase trabajadora y el control del industrialismo».¹⁰² Ellos buscaron expandir la igualdad política y las oportunidades económica para todos, en vez de limitarla a una pequeña élite. Emblemático del acercamiento Jacksoniano a la economía, estaba el veto de Jackson de un acto del Congreso para renovar el Banco de los Estados Unidos en 1832 y la decisión de la Suprema Corte en el caso *Charles River Bridge*¹⁰³ en 1837. En un poderoso mensaje de veto, redactado por el abogado Roger Taney, Jackson dijo: «Muchos de nuestros hombres ricos no han estado contentos con la igual protección y beneficios equitativos, pero nos han pedido que los hagamos más ricos por un acto del Congreso ... Es momento de detenernos en nuestra carrera para revisar nuestros principios, y si es posible revivir el devoto patriotismo y espíritu de compromiso que distinguió a los sabios de la Revolución y los padres de la Unión. Si no podemos de una vez, en justicia con los intereses investidos bajo una improvisada legislación, hacer nuestro Gobierno lo que debe ser, podemos al menos tomar una posición en contra de los nuevos monopolios otorgados y privilegios exclusivos, en contra de cualquier prostitución de nuestros compromiso y gradual reforma de nuestro código de leyes y el

⁹⁹ Sean Wilentz, *The Rise of American Democracy: Jefferson to Lincoln*, New York, W.W. Norton & Co., 2005, p. 508.

¹⁰⁰ Jon Meacham, *American Lion: Andrew Jackson in the White House*, New York, Random House, 2009, pp. 119-120.

¹⁰¹ Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Age of Jackson*, Boston, Little, Brown & Co., 1945, p. 307.

¹⁰² *Id.*, p. 312.

¹⁰³ *Proprietors of Charles River Bridge v. Proprietors of Warren Bridge Co.*, 36 U.S. (11 Pet.) 420 (1837) (revirtiendo la decisión dominante del Federalista de la Suprema Corte en *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819)).

sistema político económico». ¹⁰⁴ En el caso *Charles River Bridge*, en su opinión autora por el nombrado por Jackson *Chief Justice*, antiguo abogado general Roger Taney, la Corte negó el proteger un interés económico investido en contra de una empresa competidora. La decisión simbolizó la apertura a todos de la actividad económica y más ampliamente el principio de igualdad de oportunidades.

La tradición democrática, populistas e igualitaria de Jefferson y Jackson se volvió una instalación permanente en la cultura política americana. Aunque a veces sumergida, ésta emerge como una fuerza poderosa en la política americana de tiempo en tiempo para demandar igualdad política y económica y una mayor participación de la gente en el gobierno. A nivel nacional llevaría eventualmente a número de enmiendas constitucionales para extender el sufragio a los antiguos esclavos (15ª Enmienda, 1870), a las mujeres (19ª Enmienda, 1920), y para todos los mayores de dieciocho años (26ª Enmienda, 1971), para abolir el impuesto de urna como requisito para votar (24ª Enmienda, 1964), para requerir la elección directa de los Senadores de los Estados Unidos (17ª Enmienda, 1913), y para permitir a los ciudadanos del Distrito de Columbia el votar en las elecciones presidenciales (23ª Enmienda, 1961), y la legislación federal para proteger el derecho al voto (por ejemplo, el Acta del Derecho al Voto de 1965 y la Acta de Ayuda al Voto Americano de 2002), y para regular el financiamiento de campañas en las elecciones federales (por ejemplo, el Acta de Campaña de Elección Federal de 1971 y las enmiendas de 1874 y la Acta de Reforma Bipartidista de 2002). La Suprema Corte de los Estados Unidos ha también tomado varias importantes decisiones para proteger el derecho al voto basado en la Constitución y las leyes federales. La democracia directa, sin embargo, nunca enraizó a nivel nacional, aunque la actitud de Jefferson-Jackson hacia la participación del pueblo en el gobierno puede ser visto como simpático y apoyando al desarrollo de lo que debió ser la demanda de participación democrática directa en el gobierno. Dadas las realidades históricas y actuales de la política americana, es muy poco probable que la democracia directa sea adoptada a nivel nacional.

A nivel estatal, sin embargo, convocatorias para la participación en la adopción de las constituciones estatales, enmiendas de las constitucio-

¹⁰⁴ El mensaje del veto del Presidente Jackson respecto al Banco de los Estados Unidos; 10 de julio, 1832, *Disponibile en*: <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/ajveto01.asp>.

nes de los estados, y cierto tipo de promulgaciones legislativas (como la locación de sedes del gobierno estatal, el contraer deudas, y la formación de las corporaciones bancarias) llevaron a la presentación de estas y otras decisiones, constitutivas y legislativas, para la aprobación de los votantes en los estados. De los trece originales estados sólo dos sometieron sus primeras constituciones al voto popular.¹⁰⁵ Comenzando en 1817 con Misisipi y siguiendo poco después con Missouri en 1820 y Nueva York en 1821, sin embargo, se volvió práctica común para el nuevo estado el adoptar su primera constitución o para un estado existente el de adoptar una nueva constitución por votación popular directa. La práctica de someter las enmiendas constitucionales a voto popular directo fue rápidamente seguida. Considerando que ciertas provisiones de las constituciones estatales o enmiendas de las constituciones estatales eran a veces legisladas con cierto carácter,¹⁰⁶ requiriendo la aprobación popular permitió a las personas el participar directamente en el proceso legislativo. En mayor parte, sin embargo, la gente poseía sólo el poder de reaccionar a iniciativas legislativas por aprobación o desaprobación de promulgaciones legislativas y enmiendas constitucionales. Estos todavía carecían del poder de iniciar acciones legislativas o enmiendas constitucionales por sí mismos.

2.1.4. *El movimiento progresista*

Mientras que los periodos de Jefferson y Jackson y la cultura política democrática que dieron luz son conocidos como avances en la democracia,

¹⁰⁵ Ellis Paxson Oberholtzer, *Law-Making by Popular Vote: Or, the American Referendum*, 2 *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 39 (1891). Los dos estados que sometieron su primera Constitución a ratificación popular fueron Massachusetts y New Hampshire, donde la participación de la gente en las reuniones de la comunidad para la creación de leyes locales era una práctica vieja e importante. *Id.* Véase también, Ellis Paxson Oberholtzer, *The Referendum in America Together with Some Chapters on the Initiative and the Recall*, New York, Charles Scribner's Sons, 1900, edición revisada, 1912..

¹⁰⁶ De acuerdo a Oberholtzer: «Los asuntos que eran antes dejados a la legislatura ahora son lidiados con la Constitución. Para ilustrarlo, lo siguiente es ahora considerado apto para ser objeto tratado por las constitucionales estatales: —la prohibición de privilegiar loterías, la prohibición o regulación del tráfico de licor, el establecimiento de tasas de contribución, la fundación y locación de escuelas y asilos, la regulación de relativa a los derechos y obligaciones de las ferrocarrileras y otras corporaciones, y la definición de las relaciones entre maridos y esposas, de deudores y acreedores, el establecimiento de una tasa legal de interés, los salarios de los oficiales públicos, etc».

Id., p. 45. Véase también, James Bryce, *The American Commonwealth*, vol. 1, New York, McMillan & Co., 1893, pp. 467-471.

estos avances a nivel nacional eran únicamente en democracia representativa y a una limitada forma de participación de los votantes al aprobar y desaprobar actos constitutivos y legislativos a nivel estatal. No fue sino hasta la *Era Progresiva* (1890-1920) que la democracia directa emergió como un verdadero factor significativo en los Estados Unidos. El periodo siguiente al fin de la *Guerra Civil* en los Estados Unidos en 1865 hasta alrededor de 1900 es a veces llamado la *Era Dorada*. Fue un periodo de enorme crecimiento económico y rápida industrialización. La oportunidad económica en los Estados Unidos atrajo millones de inmigrantes, sobre todo de Europa, pero sustancialmente de Asia, también, quienes buscaban trabajo en las líneas de tren y en las fábricas y minas. Negocios y empresas de transportes (como ferroviarias) crecieron ampliamente, dando a aquellas empresas un enorme poder económico y político, el cual las empresas usaron para incrementar los precios y bajar los salarios en desventaja de granjeros y trabajadores de fábrica. Las condiciones de trabajo en las fábricas y minas eran regularmente peligrosas e insalubres, y las caídas económicas periódicas (como el Pánico de 1873 y el Pánico de 1893) probaron ser catastróficos para grandes segmentos de la población. Los trabajadores buscaron formar organizaciones laborales que representasen sus intereses y para actuar de manera colectiva (como la huelga), pero estos esfuerzos eran casi siempre frustrados por la comunidad comercial, muchas veces dependiendo de la ley existente y la aplicación de la misma por las autoridades del estado y la federación. Los granjeros también tuvieron complicaciones. Ellos se sentían explotados por los altos precios cobrados por las ferroviarias para el transporte de sus productos al mercado y por las empresas, casi monopolísticas, a gran escala que compraban sus productos a lo que ellos consideraban precios indebidamente bajos.

Un movimiento político, llamado el Movimiento Populista, desarrollado para representar los intereses de estos grupos pisoteados y explotados, pero que tuvo poco éxito en su oposición contra estos arraigados intereses económicos, los cuales eran fuertemente apoyados por las maquinarias políticas urbanas bajo el control de jefes políticos. Le siguió el Movimiento Progresista, un movimiento de reforma el cual buscó un avance político democrático, social democracia y economía igualitaria. Al contrario que el Movimiento Populista, el cual su base política estaba basado en organizaciones de granjeros y asalariados, el Movimiento Progresista representaba elementos de clase media, comercial, y nego-

cios comunitarios, e intelectuales que estaban interesados en el «buen gobierno», eficiencia administrativa, ilustración social y economía política. Liderando progreso a nivel nacional estaba el presidente Theodore Roosevelt (1900-1909) y el presidente Woodrow Wilson (1913-1920) y un número de influyentes senadores de los Estados Unidos. Aunque de alguna manera escéptico de la democracia directa al principio, el Movimiento Progresista eventualmente la abrazó como un medio de sortear el proceso político a nivel estatal el cual era visto como corrupto, disfuncional y hostil hacia las políticas sociales y económicas.

En la última parte del siglo diecinueve, la promoción de empresas estuvo por mucho tiempo en manos de las legislaturas, las cuales otorgaban contratos y otro tipo de privilegios a las empresas de comercio. Granjeros y asalariados tenían poca esperanza de obtener ayuda de los cuerpos legislativos estatales, los cuales eran ampliamente percibidos como corruptos y bajo la influencia, sino el total control, de intereses monetarios. Como reacción de la, así percibida, irresponsabilidad de las legislaturas estatales a los intereses de los asalariados y granjeros, fueron hechas propuestas para dar a la gente la competencia de iniciar y/o aprobar o rechazar legislación.¹⁰⁷ Aunque arrastraron inspiración de la práctica de democracia directa en Suiza, los escritores avocaron la participación directa de los votantes en el proceso legislativo a través de la iniciativa y el referéndum argumentando que la legislación directa no es extraña a los Estados Unidos. En palabras de James W. Sullivan, escribiendo en 1893: «Desde el establecimiento de Nueva Inglaterra la práctica (de legislación directa) ha sido acostumbrada en las reuniones comunales, una institución ahora gradualmente dispersa en los estados del oeste—en reciente años de rápido incremento... La institución no tiene que ser injertada en esta república; se tiene que desarrollar de forma natural».¹⁰⁸ Sullivan va adelante y cita un artículo de 1891 que describe la práctica de referéndums en los niveles de estado, ciudad, condado y municipal,¹⁰⁹ y señala que muchas organizaciones laborales emplean la iniciativa y el referéndum como parte de su «maquinaria de gobierno».¹¹⁰

¹⁰⁷ Véase, por ejemplo, J. W. Sullivan, *Direct Legislation by the Citizenship through the Initiative and Referendum* (1893), disponible en: <<http://www.gutenberg.org/files/17751/17751-h/17751-h.htm>>.

¹⁰⁸ *Id.*, pp. 30-31.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 34.

¹¹⁰ *Id.*, p. 36.

La publicación del libro de Sullivan marcó el inicio de los serios esfuerzos por los reformadores de adoptar la iniciativa y el referéndum a nivel estatal.¹¹¹ El inglés, James Bryce, un posterior Tocqueville, dedicó un capítulo en su trabajo de dos volúmenes *The American Commonwealth* a la «Legislación directa por el Pueblo».¹¹² Mientras que remarcó las ciertas desventajas de la participación popular en los procesos legislativos a través de la sumisión para el voto por el pueblo de medidas constitucionales y legislativas, Lord Bryce finalmente concluye que dada la calidad y corruptibilidad de las legislaciones estatales al momento de escribir la obra, tal participación estaba justificada. En sus palabras:

Sería empero mejor si las buenas legislaturas fueran alcanzables, para dejar la promulgación de lo que realmente serían meros estatutos de la legislatura, en lugar de ponerlos en la Constitución. Pero si las buenas legislaturas son inalcanzables, si es imposible elevar al Senado y a la Cámara de cada estado respecto del bajo nivel en el que ahora se encuentran...entonces el sistema de democracia por acción popular directa estaría justificado como un esfuerzo saludable de las fuerzas que hacen un buen gobierno, abriéndose a nuevos canales.¹¹³

Con el apoyo del Movimiento Progresista y con los grupos, representando a granjeros y asalariados, dirigiendo consejos y esfuerzos legislativos a nivel estatal para promover la democracia directa, 23 estados adoptaron la iniciativa y referéndum entre 1890 y 1918.¹¹⁴ Entre 1908 y 1933, 12 estados adoptaron la revocación de cargos estatales.¹¹⁵ En cada uno de esos estados, dice el autor de un estudio de estado por estado respecto de la adopción de la iniciativa y el referéndum:

¹¹¹ Thomas Goebel, *A Government by the People: Direct Democracy in America, 1890-1940*, Chapel Hill, N.C, University of North Carolina Press 2002, p. 38.

¹¹² James Bryce, *The American Commonwealth*, vol. 1, New York, Macmillan & Co., 1893, pp. 463-476.

¹¹³ *Id.*, p. 476. Lord Bryce dedica un capítulo subsecuente en *The American Commonwealth*, vol. 1 para describir «el trabajo de los gobiernos de los estados» (pp. 528-548), en el cual él caracteriza a las legislaturas de los estados como «not high-toned bodies» (p. 539), donde «el espíritu del localismo...completamente domina» (p. 544). El ilustra una imagen depresiva de la competencia y banalidad de los legisladores estatales. Véase también, Thomas E. Cronin, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1989, pp. 54-59.

¹¹⁴ Véase, Thomas Cronin, *id.*, p. 51, para una lista de estos 23 estados.

¹¹⁵ Oregon (1908), California (1911), Arizona (1912), Colorado (1912), Nevada (1912), Washington (1912), Michigan (1913), Kansas (1914), Louisiana (1914), North Dakota (1920), Wisconsin (1926), Idaho (1933). *Id.*, p. 126.

Los votantes frustrados fueron eventualmente conducidos a concluir que ellos se habían vuelto económicamente dependientes y políticamente indefensos. Convencidos de que sus representantes elegidos habían fallado en responder a los cambios que afectaban sus vidas como contribuyentes, ciudadanos, o granjeros, y que ellos habían cedido una parte desproporcionada de poder político en manos de intereses especiales, los votantes concluyeron que la naturaleza de la participación política debía ser redefinida. Si la economía política iba ser fundamentalmente cambiada y el espíritu de la Declaración de Independencia llevada a cabo, los votantes debían ser empoderados.¹¹⁶

A nivel teórico, el portavoz intelectual del Movimiento Progresista fue Herbert Croly. En su libro *Progressive Democracy* que apareció en 1914, él hace un fuerte y matizado argumento a favor de lo que él llama «gobierno directo».¹¹⁷ Croly destaca los avances en la comunicación, por medio de periódicos y revistas, proveyendo a los ciudadanos de la información necesaria para la toma de decisiones.¹¹⁸ «Por lo que, él escribe, la democracia tiene a su disposición un mecanismo de desarrollo e intercambio de opiniones y de poder llegar a decisiones las cuales son independientes de las asambleas representativas, ... La adopción de la maquinaria de gobierno directo es una expresión legítima de este cambio».¹¹⁹ Pero, de acuerdo a Croly, la democracia directa debe ser complementaria a, y no un reemplazo, al gobierno representativo. «Debe volverse una parte del grupo de instituciones políticas, cuyo objeto fundamentalmente es vigorizar y socializar la acción de la opinión pública de América».¹²⁰ Croly entonces cita al presidente Woodrow Wilson: «Si sentimos que tenemos un genuino gobierno representativo en nuestros estados, nadie propondría la iniciativa y el referéndum en los Estados Unidos. Nuestros más fervientes y exitosos abogados los consideran como medios sobrios para obtener la genuina acción representativa de parte de los cuerpos legislativos».¹²¹ Croly dice que él está primariamente preocupado del

¹¹⁶ Steven L. Piott, *Giving Voters a Voice: The Origins of the Initiative and Referendum in America*, Columbia, Missouri, University of Missouri Press 2003, pp. 251-252.

¹¹⁷ Herbert Croly, *Progressive Democracy*, New York, The McMillan Co., 1914. Véase también, Herbert Croly, *The Promise of American Life*, New York, The McMillan Co., 1910; Benjamin Parke DeWitt, *The Progressive Movement*, New York, General Books, 1915.

¹¹⁸ Herbert Croly, *Progressive Democracy*, *id.*, p. 264.

¹¹⁹ *Id.*, p. 265.

¹²⁰ *Id.*, p. 270.

¹²¹ *Id.*, p. 273.

«permanente bienestar moral de la democracia», en lugar de sólo «el cumplimiento y mantenimiento de específicos resultados».¹²² Finalmente Croly ve la relación de gobierno directo y gobierno representativo como «suplementaria y mutuamente interdependiente».¹²³ Pero él está preocupado por la operación del gobierno directo en la práctica. «En estados como Oregón, él dice, los cuales han tomado los nuevos instrumentos de legislación popular más seriamente y los han usado frecuentemente, el efecto no ha sido el de revigorar el gobierno representativo, sino de aumentar su debilitamiento».¹²⁴

La iniciativa es un proceso por el cual los ciudadanos pueden proponer medidas legislativa (iniciativas estatutarias) o de enmienda constitucional (iniciativa constitucional) al llenar una petición portando un número requerido de firmas de los votantes registrados en la jurisdicción.¹²⁵ La iniciativa puede ser directa o indirecta. En el caso de la iniciativa directa, la sumisión de la propuesta por petición es enviada a los votantes para su aprobación o rechazo; en el caso de la iniciativa indirecta, cuando suficientes firmas son obtenidas, la propuesta primero va a las legislaturas, la cuales podrían aprobar, modificar, o rechazarla.¹²⁶ El referéndum se remite a propuestas de enmiendas constitucional o a la propuesta de una ley o sumisión de una ley existente presentadas a los votantes para su aprobación o rechazo. Un referéndum puede ser iniciado por el proceso de iniciativa o puede ser resultado de una provisión constitucional que requiera que ciertas cuestiones (como las enmiendas constitucionales o cierto tipo de legislaciones) sean sometidas al voto popular antes de entrar en vigor. El primer estado en adoptar la iniciativa y el referéndum fue Dakota del Sur, el cual lo hizo por la enmienda constitucional de 1898. Fue poco después seguido por Utah en 1900 y Oregón en 1902. Otros veinte (en su mayoría estados del oeste) adoptaron la iniciativa y el referéndum en durante la década y la mitad que le siguió, incluyendo el muy poblado estado de California en 1911.¹²⁷ Hasta el año 1918, los

¹²² *Id.*, p. 281.

¹²³ *Id.*, p. 284.

¹²⁴ *Id.*, pp. 284-285.

¹²⁵ Thomas Cronin, *op. cit.*, nota 55, p. 2.

¹²⁶ David B. Magleby, *Direct Legislation: Voting on Ballot Propositions in the United States*, Baltimore, Johns Hopkins University Press 1984, pp. 35-36.

¹²⁷ Tres de estos estados (New Mexico, Kentucky, and Maryland) adoptaron el referéndum solamente.

mecanismos de participación directa de los votantes fueron utilizados de manera más extensiva en Oregón y California.¹²⁸

La revocación del mandato permite a los votantes remover a un funcionario público de un puesto al llenar una petición que contenga un número específico de firmas válidas para demandar una votación respecto a la continuación de su mandato. Primero adoptada por la ciudad de Los Ángeles en 1903, la revocación de mandato fue pronto incorporada a nivel estatal en algunos otros estados (notablemente, Oregón en 1908 y en California en 1911). De los seis estados que adoptaron la democracia directa en la primera década del siglo veinte (Oregón, California, Arizona, Colorado, Nevada y Washington), todos excepto uno (Washington) extendieron la revocación del mandato a jueces, quienes eran a menudo percibidos como corruptos o como obstáculos al progreso social y económico. De los seis estados que adoptaron la revocación del mandato después de 1912 (Michigan, Kansas, Louisiana, Dakota del Norte, Wisconsin y Idaho), sin embargo, sólo dos (Dakota del Norte y Wisconsin) incluyeron al judiciario.¹²⁹

Aunque en principio el gobierno americano está basado en la soberanía del pueblo, la Constitución, como hemos visto, establece una forma de gobierno republicana, no una democracia. La Constitución contiene una provisión (Artículo IV, sección 4) de acuerdo a la cual «Los Estados Unidos garantizarán a cada estado en la Unión una forma republicana de gobierno...». Recusaciones a la iniciativa y referéndum en Oregón por violación directa de la Cláusula de Garantía fueron rechazadas por los condados de Oregón y por la Suprema Corte de los Estados Unidos.¹³⁰

Los 23 estados que adoptaron reformas de democracia directa (iniciativa, referéndum, revocación de mandato) durante la *Era Progresiva* estaban fuertemente concentrados en el oeste.¹³¹ Sólo había algunos pocos estados en el Sur (Arkansas, Missisipi, Oklahoma), Medio oeste (Michi-

¹²⁸ Véase, estado por estado un listado del recurso a la iniciativa y el referéndum en Steven Piott, *op. cit.*, nota 58, pp. 259-299.

¹²⁹ Thomas Goebel, *op. cit.*, nota 53, p. 65.

¹³⁰ Pacific States Telephone and Telegraph Company v. Oregon, 223 U.S. 118 (1912). Véase generalmente, Philippa Strum, *The Supreme Court and «Political Questions»: A Study in Judicial Evasion*, Tuscaloosa, Alabama, University of Alabama Press 1974, pp. 27-35.

¹³¹ Thomas Goebel, *op. cit.*, nota 53, p. 70.

gan, Ohio), o Este (Massachusetts, Maine) que lo hicieron.¹³² El Profesor Goebel ofrece una buena explicación de las diferencias regionales:

Los partidos políticos en el oeste de los Estados Unidos eran relativamente débiles, carecían de organizaciones fuertes, característica de los partidos concentrados en el Este y Sur, no podían controlar la agenda política, y fueron obligados a ratificar una serie de reformas encaminadas a debilitar aún más su poder. En el Este, los defensores de la democracia directa enfrentaron más resistencia por las organizaciones partidistas y sólo fueron victoriosos en circunstancias especiales, ... En el Sur, finalmente, la encrucijada de las relaciones raciales y los esfuerzos de los blancos de privar de derechos a la población negra, condenaron las reformas desde el inicio.¹³³

¿Cómo trabajó la democracia directa durante su apogeo en la *Era Progresiva*? La democracia directa actuó más para el avance de los intereses de corporaciones bien financiadas, así como de grupos bien organizados que tenían los recursos para recolectar firmas para medidas favorables para ellos, de conducir campañas y movilizar votantes para obtener la aprobación por referéndum. Como el Profesor Goebel escribe: «En lugar de permitir a las personas el superar la resistencia a la corrupción y las legislaturas recalcitrantes, la democracia directa rápidamente emergió como una herramienta útil en el arsenal de intereses de los grupos políticos».¹³⁴ Hablando del periodo anterior a 1940, dice «Se volvió cada más claro que la legislación directa favorecía a aquellos que ya eran poderosos e influyentes».¹³⁵

Con respecto al entusiasmo por la democracia directa, podemos datar el fin de la *Era Progresiva* en 1922, con la publicación de un libro enormemente influyente titulado *Public Opinion*, por Walter Lippman. A la luz de la complejidad de la sociedad moderna, especialmente la económica, Lippman avocaba a la dependencia de expertos para el manejo de los asuntos públicos. Desde su perspectiva, la soberanía popular y la democracia directa eran antiéticas para esa forma de gobierno operacional. Más adelante, durante los 1930s, después de la elección del presi-

¹³² *Id.*

¹³³ *Id.* Para una más detallada discusión de las diferencias regionales en la adopción de la democracia directa, véase *id.*, pp. 91-109.

¹³⁴ Thomas Goebel, *id.*, p. 153.

¹³⁵ *Id.*, p. 154.

dente Franklin Roosevelt y la adopción por el Congreso de su Programa «*New Deal*», el interés en la democracia directa declinó significativamente. La legislación a nivel nacional se encargaba de varias de las preocupaciones de los granjeros y asalariados, proveía una regulación para los bancos y los mercados de aseguradoras, y estableció un sistema de seguridad social. No fue hasta finales de los 1960s y principios de los 1970s que el entusiasmo por la democracia directa revivió.

2.1.5. *La democracia directa en Oregón*

Oregón fue el primer estado en donde la democracia directa fue seriamente debatida e implementada.¹³⁶ De hecho, durante la *Era Progresiva* la democracia directa (la iniciativa, el referéndum y la revocación del mandato) fue llamado el «Sistema Oregón».¹³⁷ Los argumentos y las tácticas políticas empleadas por los proponentes de democracia directa de Oregón, y las medidas promulgadas por los votantes de Oregón después de que pudieran legislar, tuvieron una significativa influencia en el desarrollo de la democracia directa en otros estados durante la *Era Progresiva*. Inspirado por el libro de J.W. Sullivan de 1893 «*La legislación directa de los ciudadanos a través de la iniciativa y el referéndum*», un abogado de Oregón, William U'Ren, organizó un exitoso esfuerzo político, trayendo juntos organizaciones de granjeros y trabajadores, y los progresistas del «buen gobierno», para enmendar la constitución de Oregón, para autorizar el referéndum y la iniciativa.

Durante los 1880s y los 1890s, las políticas de Oregón tenían una reputación nacional de corruptas e inefectivas. Emblemático de la pretenciosa, banalidad e inhabilidad de gobernar fue la sesión legislativa de 1897, llamada «La legislatura retenida de 1897». La legislatura no fue capaz de acordar ese año por irretractables desacuerdos entre las facciones contendientes, especialmente para la decisión del Senador federal. Quejas respecto a fraudes, sobornos, abuso de poder, y mal uso de dinero público. Era ampliamente percibido que los legisladores de

¹³⁶ David Schuman, *The Origin of State Constitutional Direct Democracy: William U'Ren and «The Oregon System»*, 67 *Temple Law Review* 947 (1994), p. 948. Véase también David D. Schmidt, *Citizen Lawmakers: The Ballot Initiative Revolution*, Temple University Press Philadelphia, 1989, pp. 261-266.

¹³⁷ See Allen H. Eaton, *The Oregon System: The Story of Direct Legislation in Oregon*, Chicago, A.C. McClurg & Co., 1912.

Oregón estaban comprometidos con los grandes intereses monetarios, como ferrocarriles, compañías de utilidades, u otras grandes entidades corporativas. Al mismo tiempo, sin embargo, Oregón tenía una fuerte tradición progresiva y populista. Los granjeros y trabajadores industriales estaban bien organizados y actuaban como portavoces articulados de los intereses de sus integrantes. William U'Ren se interesó fuertemente en estas organizaciones, las cuales reunió en la *Liga de Legislación de Directa*, la cual él fundó, para conducir su campaña por la democracia directa.

En su sesión de 1899, la legislatura de Oregón votó para aprobar la enmienda constitucional que autorizaba la iniciativa y el referéndum. En 1902 la enmienda fue sometida a los votantes para su aprobación, la cual ellos dieron por un gran margen. La enmienda agregó el siguiente lenguaje al enunciado que depositaba el poder legislativo estatal en la asamblea legislativa: «Pero el pueblo se reserva para sí mismo el poder de proponer leyes y enmiendas para la Constitución, y para promulgar o rechazar las mismas en encuestas, independientemente de la asamblea legislativa, y además se reserva el poder a su propia opción de aprobar o rechazar en las encuestas cualquier acto de la asamblea legislativa».¹³⁸

En los doce años que le siguieron, los votantes de Oregón promulgaron un número de estatutos progresistas, incluyendo: dar el derecho de votar a las mujeres; la elección popular de los Senadores federales; el establecimiento de las primarias presidenciales; requerir el nuevo nombramiento de los distritos estatales legislativos y los distritos federal congresionales después del censo decenal; imposición de impuestos a compañías ferrocarriles, de utilidades, comunicaciones, y petroleras; regulación de las tasas de carga ferroviarias; la autorización de la universidad pública; la jornada de ocho horas para los trabajadores en proyectos de trabajo públicos; un sistema de compensación para los trabajadores; el autogobierno de las municipalidades con la iniciativa y el referéndum como parte del autogobierno; y la abolición de la pena de muerte. Durante este periodo hubo un gran consenso en medidas progresivas: «en las primeras veintiséis medidas que podríamos llamar «progresivas», los ricos votaron con la clase laboral un 80% del tiempo;

¹³⁸ Constitución de Oregón, art. IV, sección 1 (1902). La actual Constitución de Oregón contiene disposiciones detallando, autorizando y proveyendo reglas operativas respecto a ambos, iniciativa y referéndum. Constitución de Oregón, art. IV, secciones 2-6.

los trabajadores urbanos acordaron con los granjeros un 86% del tiempo; y los votantes de la ciudad acordaron con los votantes rurales un 94% del tiempo». ¹³⁹

Este consenso al poco tiempo se quebró, en lugar de emplear las herramientas de la democracia directa para reformar el proceso político y hacerlo más acorde con la voluntad popular o avanzar en las causas de los económicamente desaventajados y con menos poder, la democracia directa en Oregón, así como en otros estados que adoptaron la iniciativa y el referéndum, vino más y más a servir los intereses de los ricos y poderosos. Como veremos más tarde en nuestra discusión de democracia directa de hoy en día, Oregón ha vuelto a tomar la iniciativa en reformar el sistema de democracia directa para minimizar este efecto.

2.2. Francia

La cuestión de la participación directa de la gente en la toma de decisiones políticas tiene una muy controversial historia en Francia y saca a la luz sentimientos muy fuertes. Incluso los métodos para seleccionar a sus propios representantes, incluyendo al más alto oficial del ejecutivo, sus poderes, y la división de poderes entre ellos, han sido fuertemente discutidas a través del tiempo. Las actitudes francesas hacia la participación de la gente han cambiado muchas veces, así como la forma en la que han sido expresadas en la ley, en la serie de constituciones entre 1789 y 1958, ¹⁴⁰ oscilando desde una participación amplia en el proceso legislativo (la Constitución de 1793) a la amplia participación en las decisiones políticas importantes, que en realidad consistían sólo en la aprobación formal de los líderes políticos y sus acciones a través de los plebiscitos (Bonapartismo). Aún más, durante el periodo revolucionario y el siglo diecinueve surgió el temor de la acción de insurrección directa del pueblo, la forma más extrema de democracia directa. Esta historia es importante por la forma en la cual los franceses ven la democracia directa hoy en día.

¹³⁹ Dorothy O. Johansen & Charles M. Gates, *Empire of the Columbia: A History of the Pacific Northwest*, New York, Harper & Row, 1957, p. 435.

¹⁴⁰ Todas las constituciones francesas desde 1789 hasta el día de hoy, véase, J. Godechot e H. Faupin, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, París, 2006.

2.2.1. *L'ancien régime*

El periodo antes de la Revolución Francesa de 1789 fue llamado el «*ancien régime*» (el viejo Régimen). Durante este periodo la teoría dominante de la soberanía era que ésta residía en la persona del rey. Es necesario comprender que la concepción de democracia que se desarrolló antes y después de la Revolución eran reacciones a la teoría del *ancien régime*. El *locus classicus* de esta concepción son los *Seis libros de la República* de Jean Bodino (1576). De acuerdo a Bodino, la soberanía (la autoridad política suprema, incluyendo al poder constituido, el cual puede ser ejercido legítimamente por el Estado) es indivisible y reside exclusivamente en la persona del rey. Bodino estaba escribiendo durante las guerras francesas, las cuales eran devastadoras para el país en ese momento. Los líderes y teóricos de las diferentes facciones clamaban el derecho de resistir al rey a quien consideraban como injusto y opresivo. Bodino creía que el reconocimiento de tal derecho era un ingrediente para la guerra civil y la anarquía. Así que sus ideas de que la soberanía era absoluta, indivisible, y que residía exclusivamente en la persona del rey tenían como propósito la unificación y pacificación de país. Políticamente, Bodino era centrista, quien rechazaba el extremismo. Dada la situación de Francia en ese momento, la consolidación del poder en la persona del rey legítimo, era el más seguro camino hacia la paz y el orden.

La concepción de soberanía se volvió más absoluta durante el siguiente siglo con la atribución al rey no sólo de poderes temporales, sino de poderes espirituales, como lo expresa *La Politique tirée l'Écriture sainte* de Jean-Benigne Bousset, escrito al final del siglo diecisiete (1679, publicado en 1709) durante el reino de Luis XIV. El desarrollo de esta concepción de soberanía coincidió con el conflicto entre monarquía y la Iglesia Católica por la supremacía de la organización religiosa en Francia, así como con el problema presentado por la existencia de una sustancial minoría protestante. Al incluir el poder espiritual dentro del poder soberano del rey, la monarquía habría sido capaz de eliminar las bases legales de los reclamos de estas organizaciones por autonomía en ciertas situaciones, como la designación de importantes oficiales eclesiásticos, el derecho de imponer ciertos impuestos, y el derecho de administrar la justicia en ciertos casos. Los reclamos del rey Luis XIV por lo tanto representaban la continuación de la política de consolidación de los poderes internos del país.

En 1776, no mucho antes del inicio de la Revolución, el rey Luis XV famosamente expresó la concepción prevaleciente de soberanía en los siguientes términos:

Es en mi persona que el poder soberano reside ... y a partir de mí solamente que mis cortes poseen su existencia...la entereza de esa autoridad, la cual ellos ejercen sólo en mi nombre, reside solamente en mí, y el uso del cual no puede nunca ser usado contra mí;... es solamente a mí a quien el poder de legislar pertenece, sin dependencia o compartir; ... la totalidad de los asuntos del orden público vienen de mí;... los derechos e intereses de la nación son necesariamente reunidos en mí y el resto solamente en mis manos.¹⁴¹

De acuerdo a Luis XVI en 1789: «El rey es responsable solamente ante Dios por la existencia del poder supremo». Con la soberanía total en las manos del rey, no había un rol para el pueblo en los asuntos públicos, excepto en la amplitud que era otorgado a ellos por el rey. El sistema era por lo tanto exactamente contrario al de democracia directa.

2.2.2. *Les Lumières: Montesquieu y Rousseau*

El siglo dieciocho en Francia fue una era de la «Ilustración». Durante este siglo, ninguna idea, institución, o concepción tradicional estaba exenta de estudio, criticismo, y reconsideración. En el mundo de las ideas políticas, los más importantes pensadores de la Ilustración fueron Charlos-Louis de Secondat, baron de La Bréde et de Montesquieu y Jean-Jacques Rousseau. Las ideas de estos teóricos establecieron la fundación y el contexto del pensamiento político del periodo revolucionario. Aunque las ideas de Rousseau eran dominantes durante la era revolucionaria, las ideas de Montesquieu eran igualmente importantes.

En su libro *El espíritu de las Leyes* (1748), Montesquieu argumentó que la constitución política de la sociedad dependía de su estructura social, sobre todo de sus *moeurs* (costumbres, usos y hábitos). Desde esta perspectiva, la legitimidad política podía asumirse de distintas formas, dependiendo de las *moeurs* de la sociedad. Aunque Montesquieu no propuso una forma de gobierno democrática, sus ideas hicieron posible la

¹⁴¹ Louis XV, Procès-verbal de la séance du Parlement de Paris du 3 mars 1766 dite « Séance de la Flagellation» («Flagellation» Session). Disponible en: <[hiip://www.scribd.com/doc/2529849/Flagellation-1766](http://www.scribd.com/doc/2529849/Flagellation-1766)>.

aceptación de esta forma de gobierno si las condiciones intrínsecas sociales lo permitían. Por ejemplo: así como las condiciones sociales y económicas del pueblo en la sociedad se volvían más equitativas, el poder político podría esparcirse más ampliamente; pero, también estaba la posibilidad que estuviera más concentrado en las manos de una sola persona. La principal preocupación de Montesquieu era el abuso del poder, el cual podría llevar ultimadamente a la tiranía. Él estaba pensando en el reinado de Luis XIV. Era de poca importancia como la soberanía era expresada. Lo esencial era que ningún individuo o institución de gobierno posea el poder completo; poder que tenía que ser dividido en sus componentes, y cada uno tenía que pertenecer a una diferente institución. Montesquieu describió el sistema de gobierno inglés, subrayando la separación de poderes entre las ramas legislativa, ejecutiva y judicial del gobierno.¹⁴² Esta división de poderes no solamente proveería las bases de organización a los gobiernos modernos, sino además prepararía el camino para un mayor análisis de la soberanía y el poder político. Ahora cada poder público podría ser analizado separadamente y tal vez derivado de una diferente fuente u organización distinta.

Montesquieu también lidió con la cuestión de representación, la cual él creía era claramente mejor que la democracia directa. De acuerdo a él:

La gran ventaja de los representantes es su capacidad de discutir los asuntos públicos. Para esto la gente en colectivo es extremadamente inapropiada, lo cual es uno de los grandes inconvenientes de la democracia.

No es del todo necesario que los representantes, quienes han recibido la instrucción general de sus constituyentes, deban esperar para ser dirigidos en cada asunto particular...

Una de las grandes fallas que había en las antiguas repúblicas en las que las personas tenían el derecho de decisiones activas, tales requerían de alguna ejecución, una cosa de la cual ellos eran absolutamente incapaces. Ellos no debían tener participación en el gobierno, sólo en la elección de sus representantes, lo cual se encontraba a su alcance.¹⁴³

Es tal vez irónico que las ideas de Montesquieu tuvieron más efecto en los Estados Unidos que en Francia durante la era revolucionaria. Las ideas de Montesquieu eran moderadas, aptas al cambio gradual, ideas

¹⁴² *El espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo 6.

¹⁴³ *Id.*

que podrían proveer las bases técnicas para la estructura de un gobierno. Sus ideas no eran aptas para la movilización política de un cambio radical social, político y de estructura legal de la sociedad. Ese sería el rol de Rousseau, quien daría a la Revolución su vocabulario y su forma de pensamiento respecto a la ley, la estructura institucional del poder, y el rol de la gente en la toma de decisiones de gobierno. Las ideas de Rousseau eran más importantes por su rol en la destrucción del régimen existente (*l'ancien régime*) que por su contribución en la construcción de un régimen que los sustituyera. De hecho, las ideas de Rousseau hicieron la construcción de un régimen político estable más difícil durante la era de la revolución porque sus ideas eran la receta para una revolución continua.

Rousseau fue el pensador político más importante en la concepción francesa de democracia, del derecho y el rol de las instituciones políticas. Varias de sus principales ideas encontraron expresión directa en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, la cual es ahora una parte integral de la Constitución de 1958, la actual constitución francesa (por ejemplo, Art. 1 «Los hombres nacen y permanecen libres en igualdad de derechos». Art. 3 «El principio de toda soberanía yace primariamente en la nación. Ningún cuerpo colegiado, o individuo puede ejercer cualquier autoridad que sea expresamente emanado de ella». Art. 6 «La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de tomar parte, personalmente o través de sus representantes, en su creación. Debe ser la misma para todos, ya sea que proteja o castigue».) En su libro *El Contrato Social* (1762), Rousseau completamente invierte la teoría de la soberanía del *ancien régime*: de acuerdo a él, la soberanía reside en el pueblo entero, y el gobierno (por ejemplo, el rey) es simplemente el agente del pueblo, ejerciendo sólo aquellos poderes delegados por el pueblo, de administrar los asuntos públicos de acuerdo a la ley promulgada por el mismo. Rousseau rechazaba la idea de la representación, escribiendo: «la soberanía no puede ser representada».¹⁴⁴ El pueblo ejerce la soberanía por medio de su «expresión de la voluntad general», la cual es «indivisible, inalienable, infalible, e ilimitable».¹⁴⁵

¹⁴⁴ *El Contrato Social*, libro III, capítulo 15.

¹⁴⁵ *El Contrato Social*, libro II, capítulos 1-4.

Todos los miembros de la comunidad política participaban igualmente en la determinación del contenido de la voluntad general, la cual es expresada en la ley. Para ser la verdadera expresión de la voluntad general, la ley debe expresar el interés común de la comunidad, no el interés de cualquier grupo particular o individual.

Rousseau es el santo patrón de la democracia directa. Es necesario citar algunos extractos de su *Contrato Social*:

Tan pronto como el servicio público ceso de ser relevante para los ciudadanos y estos vinieron a preferir el servir al Estado con su bolsillo en lugar de su persona, el Estado se encuentra próximo a la ruina ... En un genuino Estado libre, los ciudadanos hacen todo con sus propias manos y nada con fines lucrativos; ...

El mejor Estado es constituido, entre más asuntos públicos toman precedencia respecto a los privados en las mentes de sus ciudadanos...

La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser alienada; su esencia es la voluntad general, y la voluntad no puede ser representada —ya sea la voluntad general o cualquier otra cosa. Ya que los diputados del pueblo no son y no podrían ser sus representantes; ellos son meramente sus agentes, y ellos no pueden decidir nada finalmente. Cualquier ley que el pueblo no ha ratificado en persona es nula, de hecho, no es ley...

Ya que la ley no es otra cosa sino la declaración de la voluntad general, es claro que no puede haber representación del pueblo en el poder legislativo; pero podría y debería haber tal representación en el poder ejecutivo, el cual es solamente el instrumento para la aplicación de la ley...

El momento en que el pueblo adopta representantes, éste ya no es libre; ya no existe.¹⁴⁶

En su fundamento, el poder movilizador de la teoría de la voluntad general y su popular éxito constituye la ardiente expresión de la mayoría de la gente de Francia por la igualdad social y legal. Los cambios de las condiciones económicas, en ambas áreas urbanas y rurales, hicieron a la organización jerárquica de la sociedad, en los niveles económicos y sociales, cada menos viable. De acuerdo a Bernard Manin:

¹⁴⁶ *El Contrato Social*, libro III, capítulo 15.

...El trabajo de Rousseau es, sobre todo, una petición a favor de la igualdad y hostilidad a la nobleza y privilegios de un específico fenómeno (un legalizado estatus de superioridad social) ... La pasión anti-nobleza en su aspecto específico (el odio de un legalizado estatus de superioridad social) repercutió más al actual estado de la sociedad francesa que las teorías de Rousseau.¹⁴⁷

Así como es fácil ver, las teorías de Rousseau de la expresión general de la voluntad y la formación de la ley son justificaciones teóricas de la democracia directa. ¿Pero eran tales ideas realizables en la práctica en un país con más de 20 millones de personas extendidas en un vasto territorio? En su libro *El gobierno de Polonia* (1782) Rousseau aceptó la necesidad de la representación, pero sólo con la condición de que los representantes actuaran como agentes de la gente que estaban representando.¹⁴⁸

2.2.3. *El periodo revolucionario: Sieyès, las constituciones revolucionarias y les sanculottes*

En 1788, el rey Luis XVI decidió convocar a los *États généraux* (Estados Generales), principalmente para tomar ciertas medidas fiscales que eran necesarias para lidiar con la crisis presupuestaria. Los Estados Generales eran una asamblea consultiva que representaba las tres órdenes de la sociedad francesa del *ancien régime*: el Primer Estado (el clero), el Segundo Estado (la aristocracia) y el Tercer Estado (el resto de la población urbana y rural). 1139 miembros fueron electos: 291 del Primer Estado, 270 del Segundo Estado, y 578 del Tercer Estado. Antes de la primera reunión de los Estados Generales, una controversia surgió respecto al método de votación en la asamblea: ¿el voto sería por orden o por miembro? Si era por orden (como en el pasado), los dos órdenes privilegiados (el clero y la aristocracia) dominarían las procedentes y, al hacer esto, serían capaces de proteger sus intereses y derrotarían el deseo del Tercer Estado de promulgar reformas progresistas. ¿Fue en este contexto que en enero de 1789 apareció un polémico panfleto escrito por Abbé Emmanuel Sieyès titulado «Qu'est-ce que le Tiers État?» (¿Qué es el Tercer Estado?), el cual tendría un impacto monumental en la forma de pensar

¹⁴⁷ B. Manin, *Rousseau*, en F. Furet e M. Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française: Idées*, Paris, 1992, p. 464.

¹⁴⁸ *El Gobierno de Polonia*, capítulo VII.

de Francia respecto a la soberanía del pueblo, democracia y representación política.

De acuerdo a Sieyès, el Tercer Estado, el cual comprendía a 26 millones de ciudadanos (la población entera de Francia, excepto por los 200,000 miembros de las dos órdenes privilegiadas), constituían *la Nation* (la Nación). Sólo la *Nation*, actuando por medio de los representantes electos, podría expresar la voluntad general de la sociedad. De acuerdo a Sieyès:

Los intereses de los ciudadanos son similares, por lo tanto, son los únicos que pueden administrar en común, los únicos por quienes, y en nombre de aquellos pueden clamar derechos políticos, es decir, una parte activa en la creación de la ley social; y los únicos, consecuentemente, que pueden calificar a un ciudadano como representado.¹⁴⁹

Contrario a Rousseau, Sieyès pensó que la soberanía del pueblo podría y debería ser representada. De acuerdo a Sieyès, la democracia requería democracia representativa en lugar de democracia directa. Los ciudadanos de la nación deben hablar con una sola voz, y esa voz debe ser la Asamblea Nacional que ellos ha electo. En junio de 1789, el Tercer Estado proclamó la Asamblea Nacional y declaró: «...es para esta asamblea, y sólo para ella, el interpretar y representar la voluntad general de la nación».¹⁵⁰

Sieyès rechazó la noción de que la estructura política tenía que ser basada en la tradición, es decir, en la existente organización e instituciones. De acuerdo a él las nuevas instituciones deberían ser establecidas por ciudadanos ejerciendo la voluntad general de la *Nation*. En una sociedad compleja, como la Francia de ese momento, la división del trabajo era necesaria y la división del trabajo «pertenece al trabajo político como todo otro tipo de trabajo productivo».¹⁵¹ Como Keith Baker observó: «Asimilando de esta forma la representación política y la división del trabajo, Sieyès tomó un paso decisivo: él completamente liberó la idea de representación de sus restricciones que le habían estorbado en su pre-

¹⁴⁹ E.-J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?* (1789) en *Écrits politiques* (R. Zapperi, éd.), París, 1985.

¹⁵⁰ Déclaration de l'Assemblée nationale du 17 juin 1789.

¹⁵¹ E.-J. Sieyès, *Observations par un député à l'Assemblée nationale du 2 octobre 1789*, en *Écrits politiques* (R. Zapperi, éd.), Paris, 1985, p. 262. Cfr. *ibidem* pp. 262-266, para la discusión y justificación de la representación.

via teoría política revolucionaria. Representación, ya sea como principio o consecuencia de la libertad... se volvió una expresión general del principio que da a la sociedad civil una existencia autónoma». ¹⁵² Como iba progresando la Revolución, se volvió necesario el pasar de teoría a la acción y de encontrar un principio y una práctica para dar legitimidad al gobierno revolucionario y a sus decisiones.

La Constitución de 1791 estableció una monarquía constitucional. Reconoció que todo el poder derivaba del pueblo y que era ejercido por la Asamblea Nacional y el rey, pero solamente en su capacidad como delegados. La democracia directa no fue una posibilidad porque todo el poder público tenía que ser ejercido por los representantes del pueblo. La siguiente provisión de la Constitución aplica a la representación. La influencia de Rousseau y Sieyès es aparente:

La soberanía nacional es unitaria, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo o cualquier individuo puede clamar ejercerla (Título III, Art. 1).

La Nación, de la cual todos los poderes emanan, pueden ejercerse sólo por delegación. La Constitución francesa es representativa; los representantes son el cuerpo legislativo y el rey (Título III. Art. 2).

El poder legislativo es delegado a una Asamblea Nacional compuesta de representantes temporales, libremente electos por el pueblo... (Título III, Art. 3).

La Constitución de 1793 representa un quiebre fundamental con la teoría de la Constitución de 1791, sobre todo en sus disposiciones para la expresión de la voluntad general en la práctica. La Constitución de 1793 fue adoptada por el pueblo (en lugar de una asamblea representativa como la Constitución de 1791). Rechazó la separación de poderes y concentró el poder en una sola asamblea, la cual era electa por el sufragio universal masculino. Esta asamblea entonces elegía un consejo ejecutivo de 24 miembros. Más importante para la democracia directa es el hecho de que incorporó el mecanismo del referéndum en el proceso de promulgación de legislación.

¹⁵² K. Baker, Sieyès, en F. Furet et M. Ozouf, *Dictionnaire critique de la Révolution française : Acteurs*, París, 1992, p. 304.

La Constitución de 1793 fue fuertemente influenciada por el bosquejo preparado por Nicolas de Caritat, marquis de Condorcet. El principal objetivo de Condorcet era «dar a un territorio de veintisiete mil leguas cuadradas, habitado por veinticinco millones de personas, una Constitución que, basada solamente en el principio de la razón y la justicia, pudiera asegurar a los ciudadanos el completo disfrute de sus derechos».¹⁵³ Condorcet pensó que la separación de poderes propuesta por Montesquieu no era suficiente para proteger la libertad del pueblo. Era también necesario el limitar y controlar el poder de las instituciones de gobierno. Condorcet asignó este rol a la democracia directa, en la forma del referéndum y de la iniciativa popular. Aunque la iniciativa popular no fue incluida en el texto final, un rol central le fue atribuido al referéndum en el proceso legislativo.

Aquí yacen las provisiones relevantes de la Constitución de 1793:

La soberanía reside en el pueblo; es unitaria e indivisible, inalienable e imprescriptible (Declaración de los derechos, Art. 25).

El pueblo siempre tiene el derecho de revisar, reformar, y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a futuras generaciones a sus leyes (Declaración de derechos, Art. 28).

Cada ciudadano tiene el igual derecho de concurrir en la formación de la ley y a la elección de sus representantes o sus agentes (Declaración de Derechos, Art. 29).

El pueblo francés está dividido, por el ejercicio de su soberanía, en las Asambleas Primarias Cantorales (Acta Constitucional, Art. 2).

Cada hombre nacido y residente en Francia que tenga una edad de veintiún años; cada (hombre) extranjero que tenga 21 años, y que ha residido en Francia por un año, vive de su propio trabajo o adquiere una propiedad real o se casa con una mujer francesa o adopta un niño o cuida de una persona vieja; cualquier extranjero que es considerado por el cuerpo legislativo para merecerlo, puede ejercer los derechos de la ciudadanía francesa (Acta Constitucional, Art. 4).

¹⁵³ Condorcet, *Exposition des principes et des motifs du plan de Constitution*, en *Œuvres*, XII, París, 1968, p. 335.

la evolución histórica de la democracia directa

Las Asambleas Primarias están compuestas de (200 a 600) ciudadanos domiciliados por seis meses en cada cantón (Acta Constitucional, Art. 11).

La legislatura propone leyes y emite decretos (Acta Constitucional, Art. 53).

Los proyectos son impresos y enviados a todas las comunas de la República, con el título: ley propuesta (Acta Constitucional, Art. 58).

Cuarenta días después de la transmisión de la ley propuesta, si, en la mitad de los departamentos (*départements*) más uno, una décima parte de las Asambleas Primarias, regularmente convocadas, no han protestado, la ley propuesta es aceptada y se convierte en ley (Acta Constitucional, Art. 59).

Si hay una protesta, la Legislatura convoca a las Asambleas Primarias (Acta Constitucional, Art. 60).

La Constitución de 1793 fue aprobada por la Asamblea el 24 junio de 1793. Ésta fue aprobada el mes siguiente por 1.8 millones de votantes, aunque hubo 4.3 millones de abstenciones (porque el voto fue público y oral y fue empleado justo antes del inicio del Reinado del Terror). En ese momento, Francia estaba en guerra con Prusia y Austria y, después de algunas primeras victorias, la guerra tomó un giro para lo peor para Francia. Aunado a eso, la guerra civil (la contra-revolución) estaba en progreso en la parte oeste del país. Dadas estas condiciones, la aplicación de la Constitución de 1793, la cual habría debilitado el poder ejecutivo y hacia la toma de decisiones más complicado, fue suspendida hasta el final de la guerra. Nunca entró en vigor.

La Constitución de 1793, sin embargo, fue muy significativa para Francia porque proveyó de un ejemplo de las grandes aspiraciones de la Revolución: democracia, igualdad, fraternidad, y derechos sociales. Aún hoy en día ocupa un importante lugar simbólico en Francia.

El año 1793 tuvo otra simbólica importancia para la democracia francesa: el rol jugado por los *sans-culottes*, las clases bajas de la gente de Paris y de otras ciudades importantes de Francia. Aunque la Revolución fue dirigida principalmente en contra de la aristocracia, también contenía un elemento antiburgués. Sucesivas insurrecciones, principalmente en Paris, pero también otras ciudades importantes (Lyons, Marseilles, Bordeaux), dirigidas en contra de la Asamblea Nacional el 10 de agosto, 31

de mayo y 2 de junio de 1973, encaminaron a importantes cambios en la dirección de la Revolución. Estas insurrecciones fueron los eventos principales que iniciaron y mantuvieron el reinado del Terror. Estas acciones, organizadas por las *sections* revolucionarias en París, representaron el ejercicio de la democracia directa en su forma más directa y radical: el uso de la fuerza por el pueblo para determinar el curso de los eventos.¹⁵⁴ La Constitución de 1793 podría ser interpretada para apoyar estas acciones. Expresamente reconocía el derecho del pueblo «para revisar, reformar, y cambiar su Constitución. Una generación no puede sujetar a las generaciones futuras a sus leyes».¹⁵⁵ El ejemplo de estas acciones, la cuales serían repetidas varias veces durante el siglo diecinueve (en 1830, 1832, 1848 y 1870), atemorizaban a las clases propietarias y las hizo hostiles a la importancia política del rol de las masas. La democracia directa vino a ser identificada con la muchedumbre. La tradición de la acción directa por el pueblo continua en Francia a través de las manifestaciones populares masivas (*manifestations*), las cuales son frecuentes y a veces ejercen una influencia importante en las acciones del gobierno.

La Constitución de 1795, adoptada después de la Reacción de Termidor del 27 de julio de 1794, la cual trajo a fin el reinado del Terror, acentuó la separación de poderes, estableció una legislatura bicameral, limitó el sufragio, no dejó ningún rol en el proceso legislativo a las Asambleas Primarias, y era hostil a los derechos sociales. La democracia, especialmente la democracia directa, fue retirada. Este retiro se volvería una derrota con las constituciones Bonaparte de 1799, 1802 y 1804. Estas constituciones y prácticas que el régimen napoleónico introdujo tendrían implicaciones significativas para la democracia directa.

2.2.4. La herencia bonapartista: la democracia plebiscitaria

El régimen establecido por la Constitución de 1795 fue llamado *le Directoire* (la Dirección) porque el órgano en la cumbre de las institucio-

¹⁵⁴ «La democracia directa ha sido redescubierta o reinventada en la historia moderna cada tiempo que una colectividad ha entrado en un proceso radical de autoconstitución o actividad propia: reuniones locales durante la Revolución Americana, *sections* durante la Revolución Francesa, la Comuna de París... En todos estos casos, el cuerpo soberano es la totalidad de aquellos preocupados; en aquellos en donde la representación es inevitable, los delegados no son sólo electos sino también sujetos de revocación de mandato.» C. Castoriadis, *Philosophy, Politics, Autonomy*, New York, 1991, p. 107.

¹⁵⁵ Constitución de 1793, Declaración de derechos, Art. 28.

nes políticas estaba compuesto por cinco miembros llamados directores quienes constituían una suerte de gobierno colegiado. Durante el periodo de este régimen (1795-1799), hubo algunas dificultades financieras, las guerras en el extranjero había recommenzado, y había una insurrección monárquica en la parte oeste del país. Conflictos políticos hicieron imposible el encargarse efectivamente de estos problemas o de adoptar una nueva Constitución que podría haber hecho más eficaz el ejercicio del poder. Abbé Sieyès, quien había permanecido activo en la vida política del país desde 1789, fue el espíritu guía del *coup d'état* que trajo a un joven general llamado Napoleón Bonaparte al poder en noviembre de 1799. Cinco semanas después los franceses tuvieron una nueva constitución. El espíritu de la Constitución de 1799 es expresado en el aforismo de Sièyes:

«La confianza viene desde abajo; el poder viene desde arriba».¹⁵⁶ La Constitución de 1799 fue bosquejada, adoptada y promulgada por un pequeño comité y no por una asamblea electa. Fue sometida a la gente para su aprobación; pero fue aplicada antes de la votación. Es el primer ejemplo de democracia plebiscitaria, la cual asumiría una gran importancia durante el reinado de Napoleón. Muchos otros plebiscitos le seguirían. Napoleón también dependió del plebiscito en 1802 y 1804 para la aprobación de cambios importantes en el gobierno de Francia. En 1802 la gente fue llamada para votar la cuestión de si Napoleón debería ser un cónsul de por vida. En 1804 la cuestión puesta a la gente fue de si el título imperial debería ser hereditario a los descendientes directos de Napoleón Bonaparte. El plebiscito y la democracia directa eran ahora vistos como la aprobación pasiva de las políticas de un gobierno personal y autoritario para dar legitimidad a su estatus y sus acciones, y por ello un instrumento del Cesarismo (o Bonapartismo, como así fue llamado desde entonces en Francia).

De acuerdo a Robert Michels:

Bonapartismo es la teoría de la dominación individual originada de la voluntad colectiva, pero tendiente a emanciparse así misma de esa voluntad y volverse soberana en su turno... En el Bonapartismo, el gobierno del César...se vuelve un órgano regular de la soberanía popular. «*Il sera la démocratie personnifiée, la nation faite home*». (citando

¹⁵⁶ Citado por O. Duhamel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 2009, p. 97.

E. Laboulaye, *Paris en Amérique*, 24. coord., 1869, p. 381) éste es la síntesis de dos conceptos antagónicos, la democracia y la autocracia... En las multitudes democráticas, el Bonapartismo encuentra un suelo favorable, por eso da a las masas la ilusión de ser maestros de su maestro; aún más, el introducir la práctica de la delegación le da a esta ilusión un color legal...¹⁵⁷

2.2.5. *El siglo diecinueve: la República sumergida, bajo sitio, y triunfante*

De acuerdo a François Furet, el más importante historiador de la revolución Francesa, la era revolucionaria duro hasta 1880, cuando la Tercera República fue finalmente capaz de establecer los principios democráticos y la igualdad en una fundación sólida, firmemente asentada en la ley.

Gran parte del siglo diecinueve, por lo tanto, era todavía un campo de batalla de fuerzas políticas e ideas. Después de la derrota de Napoleón en 1814/1815, la monarquía fue reestablecida en la persona de Luis XVIII. En 1830, como consecuencia de la insurrección de París en contra del régimen conservador de su sucesor Carlos X, la monarquía pasó a un miembro de la familia real que representaba un ala más liberal, Louis Philippe. El preámbulo de la Carta constitucional del 14 de junio de 1814, afirmaba que: «Nosotros tenemos voluntariamente, y por el ejercicio de nuestra autoridad real, ACORDADO Y ACORDAMOS, CONCEDER Y GARANTIZAR a nuestros siervos... la Carta Constitucional que sigue a continuación». De acuerdo a la Carta de 1814, la soberanía ya no reside en el pueblo, sino a que, regresado al rey, donde estaba antes de la Revolución. La Carta Constitucional de 1830, la cual modificó la Carta de 1814 en varios particulares, no incluyó el preámbulo, lo que significaba indirectamente que la Carta ya no era «concedida» por el rey, pero emanada de la voluntad de la nación. Ninguna de las dos cartas fue aprobada por el pueblo.

Un influyente ensayo por el filósofo político Benjamin Constant

¹⁵⁷ R. Michels, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie. Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens*, Leipzig, 1911, parte III, capítulo 2, «Ideología bonapartista»). *Sociologia del partito politico nella democrazia moderna: studi sulle tendenze oligarchiche degli aggregati politici* (A. Polledro, traducción), Torino, 1912. *Political Parties* (E. & C. Paul, transl.), New York, 1959, pp. 216-217, 220.

(basado en un discurso que dio en 1819) el cual iba a tener un importante impacto en la concepción de democracia directa en Francia, fue titulado «*La libertad de los antiguos, comparada con la de los modernos*». ¹⁵⁸ En este ensayo, Constant retomó el problema con las ideas de Rousseau de la voluntad general y la democracia directa y avanza con poderosos argumentos a favor de la democracia representativa. Constant hace una distinción entre la «libertad de los antiguos», la cual consistía en la colectiva y directa participación de los ciudadanos en todas las funciones del gobierno, con la «libertad de los modernos», la cual consistía en el pacífico disfrute de la libertad individual. En este sentido, la libertad de los antiguos era la democracia pura directa. De acuerdo a Constant, en el mundo antiguo, donde las ciudades eran pequeñas, donde sólo un número reducido de personas eran ciudadanos, los esclavos daban a esos ciudadanos el tiempo libre de participar en los asuntos públicos, y los ciudadanos no participaban en las actividades comerciales, la democracia directa era posible. En el mundo moderno (países grandes, la abolición de la esclavitud, la importancia del comercio, el deseo de libertad individual), por el otro lado, la libertad real es la libertad individual, la cual requiere de una forma representativa de gobierno. Pero Constant no rechazó la participación (en adición a la votación de los representantes) de la sociedad en la vida política; de hecho, él la vio como necesaria: «El peligro de la libertad moderna es que nosotros, absortos en el disfrute de nuestra propia independencia y en la búsqueda de nuestros propios intereses, podemos fácilmente ceder nuestro derecho de compartir el poder político... Por lo tanto, lejos de desestimar un u otro tipo de libertad que he descrito, es necesario (repito) para nosotros el aprender cómo combinar las dos». ¹⁵⁹

Después de la revolución popular de 1848, una Segunda República fue establecida. La Constitución de 1848 disponía un presidente directamente electo por el pueblo. Louis Napoleón, el sobrino de Napoleón (él era el hijo de un hermano de Napoleón) fue electo como presidente. Un *coup d'état* el 2 diciembre de 1851 por Louis Napoleón Bonaparte puso a fin la Segunda República. Un corto tiempo después

¹⁵⁸ B. Constant, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, en B. Constant, *Collection complète des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la constitution actuelle, ou Cours de politique constitutionnelle*, París, 1820, pp. 238-274.

¹⁵⁹ *Id.*

(21 y 22 de diciembre de 1851), un referéndum confirmó su toma de poder y lo autorizó para bosquejar y adoptar una nueva Constitución. Louis Napoleón, o Napoleón III, como fue llamado, hizo frecuente uso del plebiscito durante su reinado, el cual duro hasta 1870. Su régimen, como el de su tío, fue caracterizado por el poder personal, legitimizado y sustentando por plebiscitos periódicos. El régimen de Napoleón III (el Segundo Imperio) por ende reforzó la asociación de la participación amplia del pueblo con el Bonapartismo y el Estado autoritario. Es interesante notar que Napoleón III apoyó el sufragio varonil universal; pero debido a la estructura del proceso legislativo (en el cual el ejecutivo retenía casi todo el poder de iniciativa), el Segundo Imperio ha sido descrito como «una democracia sin libertad».¹⁶⁰ Por ende, en Francia, la democracia directa tiene una doble connotación: liberal (de acuerdo a la tradición de 1793) y autoritaria (Bonapartismo).

El espíritu de 1793, sin embargo, estaba todavía vivo en Francia durante el siglo diecinueve. En 1851, al pensar sobre la organización política del país, el líder político de la izquierda, Alexandre Ledru-Rolin, publicó un corto trabajo inspirado por las ideas de Rousseau llamado *Sobre el Gobierno directo del Pueblo*.¹⁶¹ Las referencias principales de Ledru-Rolin son 1793 y el *Contrato Social* de Rousseau. Ledru-Rolin describe la Constitución de 1793 como «maravillosa» y «realizable». Haciendo eco de Rousseau, Ledru-Rolin declara que «la soberanía, siendo solamente ejercida por la voluntad general, no puede ser delegada, y el soberano, que es una entidad colectiva, puede ser sólo representado por él mismo». Ledru-Rolin apoyo este argumento con la aserción que «la historia de los representativos es solamente una larga serie de violaciones a los derechos de los representados».

La Constitución de la Tercera República de 1875,¹⁶² en contraste con la Constitución de la Segunda República, no incluyo una disposición para la elección directa del presidente. De acuerdo a la nueva Constitución, «El presidente de la República deberá ser electo por una mayoría absoluta de los votos del Senado y la Cámara de Diputados, unidos en la Asamblea Nacional (Art. 2). Se pensaba que en ese momento que la

¹⁶⁰ M. Prélot, *La signification constitutionnelle du Second Empire*, in *Revue française de science politique*, 1953, número 1, pp. 31-56.

¹⁶¹ A. Ledru-Rolin, *Du gouvernement direct du peuple*, París, 1851.

¹⁶² La Ley Constitucional del 25 de febrero de 1875 en la Organización de los Poderes Públicos fue aprobada por la mayoría, por un solo voto (353-352).

Constitución todavía daba mucho poder al presidente, pero después de una serie de victorias en las elecciones legislativas durante la siguiente década que permitieron a la República consolidarse, las modificaciones a la Constitución redujeron los poderes del presidente en orden de reflejar la hostilidad republicana al poder personal del presidente. Un indicador posterior del temor al resurgimiento del Bonapartismo fueron las dos leyes de 1873 y 1875 las cuales prohibieron al presidente el presentarse en las cámaras parlamentarias. El temor que condujo a tales acciones era la idea que el presidente sería capaz de usar su presencia en el parlamento para intimidar y dominar la legislatura y asimismo, su presencia simbolizaría el reemplazo del primer ministro por el presidente como principal autoridad ejecutiva.¹⁶³

2.2.6. *Los niveles departamentales y locales*

Hasta ahora hemos considerado la democracia y la democracia directa solamente a nivel nacional. ¿Pero qué paso en los niveles inferiores del gobierno, en los *départements* y las comunas? En los Estado Unidos, hemos visto que en ciertos estados, ciudades y pueblos la democracia directa era (y sigue siendo) una fuerza vital en la vida política de la comunidad. ¿Pero cuál era la situación en Francia?

Es importante comprender que Francia, desde la Revolución hasta hoy, es un país fuertemente centralizado, ya sea política o administrativamente. El federalismo siempre ha sido una anatema para los franceses (aunque algunas actitudes hacia la devolución del poder han cambiado de alguna manera desde los años de 1980s). Rechazando la organización federal del Estado en 1789, Abbé Sieyès denunció:

Los falsos principios...los cuales encaminan nada más a cortar, parcelar, y despedazar la Francia en una infinidad de pequeñas democracias, las cuales solamente serán unidas por el vínculo de una confederación general. Francia no debe ser la unión de pequeñas naciones; no es una colectividad de Estados. Es una única totalidad compuesta por partes integrales. Todo está perdido si nos permitimos el considerar a los

¹⁶³ Esta prohibición duro hasta las enmiendas constitucionales de 2008. Véase, Constitución de 1958, Art. 18.

municipios, distritos o provincias como repúblicas unidas solamente por relaciones de fuerza o de defensa común.¹⁶⁴

De acuerdo a León Duguit, un gran constitucionalista de la primera mitad del siglo veinte: «Resulta...de la indivisibilidad y la soberanía de la República que ninguna colectividad puede ser investida con alguna porción de soberanía, y que el federalismo...es contrario a los principios esenciales del Derecho público francés».¹⁶⁵

Las razones para esta fuerte hostilidad al federalismo es la preocupación histórica de la unidad nacional y la igualdad. A nivel teórico, la soberanía del pueblo pertenece a la *Nation*, vista como una entidad colectiva. Todo el pueblo francés es miembro de esta colectividad. La soberanía nacional no puede ser ejercida por una parte de esta colectividad; es indivisible. Una parte de la nación (un departamento, una comuna) actuando sola no posee la competencia legal de establecer leyes, incluso por conducto de sus propios ciudadanos, porque eso contravendría el principio de igualdad de todos los ciudadanos del territorio nacional. Esta actitud hacia el ejercicio del poder de toma de decisiones por parte de las entidades locales (y su expresión en la Constitución de 1958) persiste hoy en día, y representa problemas legales para el proceso administrativo descentralizado que el país ha comenzado desde los 1980s. Desde el periodo revolucionario y durante el siglo veinte, la figura pública más importante a nivel provincial fue el prefecto (*le préfet*). A nivel comuna, fue el alcalde (*le maire*). No hubo otro nivel intermediario de gobierno, hasta que las regiones fueran establecidas en 1982. Las provincias históricas del *ancien régime* fueron abolidas con el propósito de romper el poder de la nobleza local. El prefecto era el representante del Estado en el departamento. Para la mayor parte del siglo diecinueve el prefecto elegía al alcalde, quien era el jefe administrativo de la comuna. Solamente hasta 1884 el alcalde fue electo por un consejo municipal electo por la gente. Ya que el poder legislativo era ejercido sólo a nivel nacional y la administración del país era objeto exclusivo de control del gobierno nacional, no había una real democracia a un nivel inferior que aquel del Estado. Este sistema local de gobierno puede ser descrito como un «Cesarismo provincial» o «Cesarismo comunal». Este sistema, el cual fue completamente diferente de la democracia local desarrollada en América durante el periodo colonial y después en las partes occidentales del país, no cambió significativamente hasta los 1980s.

3. *La democracia directa en la Italia del Risorgimento y la Constituciones europeas posteriores a la Primera Guerra Mundial*

Después de los plebiscitos napoleónicos, y en imitación de los mismo, hubo plebiscitos en Italia para declarar la anexión del reino de Cerdeña a los territorios de Emilia y de Lombardia-Venecia en 1848,

¹⁶⁴ E.-J. Sieyès, *Dire de l'Abbé Sieyès sur la question du veto royal, & C., à la séance du 7 septembre 1789*, en E.-J. Sieyès, *Écrits politiques* (R. Zapperi, coord.), Paris, 1985, p. 234.

¹⁶⁵ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel* (3^e éd.), Paris, 1928), p. 120.

y la incorporación de un número de otros territorios del Reino de Italia en 1860. En el primer caso, el plan de constituir una asamblea constituyente, apoyada por demócratas, fue abandonado. Una votación popular, el método preferido por los moderados, fue adoptada. El voto tomo lugar con base en el «sufragio universal, el cual en principio dio amplió reconocimiento a la soberanía popular, pero el cual de hecho convocó a personas que no tenían experiencia alguna con el voto y sin particular conocimiento de los hechos expresados a ellos directamente». El voto era directo y era llevado a cabo al poner una firma en registros especiales.¹⁶⁶ En el segundo caso, con la finalidad de recurrir de nuevo al voto popular, la resistencia diplomática y la de los liberales moderados debía ser superada,¹⁶⁷ porque inicialmente se creía que los votos de 1848 eran suficientes.¹⁶⁸ En este caso el voto fue, al menos en principio, secreto y en boletas especiales.¹⁶⁹

El *Statuto Albertino*, el cual se convirtió en la Constitución del Reino de Italia,¹⁷⁰ no disponía la democracia directa. Después de numerosas experiencias con referéndums organizados autónomamente por algunos

¹⁶⁶ E. Mongiano, *Il voto della Nazione. I plebisciti nella formazione del Regno d'Italia, 1848-60*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 75-76. En las anexiones de 1848 más general, *ibidem*, pp. 35 ss Respecto a los plebiscitos en Italia durante el periodo napoleónico, véase, G.L. Fruci, *Alle origini del movimento plebiscitario risorgimentale. I liberi voti di ratifica costituzionale e gli appelli del popolo nell'Italia rivoluzionaria e napoleonica (1797-1805)*, en E. Fimiani (coord.), *Vox populi? Pratiche plebiscitarie in Francia Italia Germania (secoli XVIII-XX)*, CLUEB, Bologna, 2010, pp. 87 ss

¹⁶⁷ G.S. Pene Vidari, *Accordi diplomatici e consenso popolare. I plebisciti del marzo 1860*, en G.S. Pene Vidari (coord.), *Verso l'unità d'Italia. Contributi storico-giuridici*, Giappichelli, Torino, 2010, 171 ss; E. Mongiano, *Le regole del voto popolare nei plebisciti italiani del 1860*, *ivi*, pp.188 ss

¹⁶⁸ E. Mongiano, *Il voto della Nazione*, *supra* nota 165, p. 183.

¹⁶⁹ E. Mongiano, *Il voto della Nazione*, *supra* n. 165, pp. 217 ss; respecto a los instrumentos que en ese momento hacían la secrecya solo aparente, *ibidem*, p. 228. Respecto a los plebiscitos de 1860, véase también,

^E Mongiano, *Les plébiscites de 1860 en Italie*, en M. Ortolani & B. Berthier (coord.), *Consentement des populations, plébiscites et changements de souveraineté à l'occasion du 150^e anniversaire de l'annexion de la Savoie et de Nice à la France*, Serre, Nice, 2013, pp. 187 ss; S. Visciola, *Les plébiscites de 1860 en Toscane. Dynamiques pénninsulaires et implications internationales*, *ivi*, pp. 199 ss; S. Sarlin, *Conquête ou libération? Le plébiscite d'annexion d'octobre 1860 dans l'ancien royaume de Naples*, *ivi*, pp. 209 ss

¹⁷⁰ Respecto al valor cuestionable de los plebiscitos con respecto a la extensión del *Statuto Albertino* del Reino de Italia, véase, M. Dogliani, *Un peccato originale del costituzionalismo italiano: incertezze e silenzi sulla novazione dello Statuto dopo i plebisciti*, 16 (3) *Diritto pubblico*, 509 (2010).

municipios e inicialmente opuestos por el gobierno,¹⁷¹ la Ley no. 102 del 29 de marzo de 1902 lidió con esa tarea. El artículo 13 disponía el voto de la población en las decisiones que el consejo municipal adoptara respecto a la contratación directa de servicios públicos por la municipalidad.¹⁷² La ley de 1903 fue incorporada en la ley consolidada de contratación directa de servicios públicos por las comunas y las provincias en 1925 (R.D., 15 de octubre de 1925, no. 2578). Las municipalidades podían tomar el control del establecimiento y directa operación de los complejos de servicios públicos enlistadas por la ley al poner una agencia especial. La decisión del consejo municipal respecto a la toma de servicios públicos directos estaba sujeta a votación por los votantes de la ciudad por requerimiento de un veinteavo parte de los votantes o un tercera parte de los consejeros municipales. Los votantes podían votar «sí» o «no» en la toma directa de los servicios. En el caso de un resultado contrario a la decisión del consejo municipal, la propuesta no podría ser sometida de nuevo por tres años, a menos que una cuarta parte de los votantes así lo pidiera, pero en ese caso al menos un año debió haber transcurrido desde la votación.

Los primeros instrumentos posteriores a la Primera Guerra Mundial de democracia directa fueron incluidos en algunas constituciones europeas: específicamente, la Constitución Danesa de 1915, la Constitución de Luxemburgo de 1919, la Constitución de Weimar Alemana de 1919, la Constitución de Austria de 1920, la Constitución Checa de 1920, la Constitución de Estonia de 1920, la Constitución de Latvia de 1922, la Constitución Irlandesa de 1922, la Constitución Griega de 1927, la Constitución de Lituania de 1928, y la Constitución Española de 1931.¹⁷³

La Constitución Danesa de 1915 contemplaba un referéndum obligatorio para la enmienda de la Constitución: la enmienda constitucional debe ser aprobada por una mayoría de los votantes, quienes representen al menos el 45 por ciento de aquellos facultados para votar. La propuesta de incluir en la Constitución un referéndum consultativo fue rechazada,

¹⁷¹ S. Basile, *Il referendum nell'Italia liberale. Dibattiti ed esperienze*, en M. Caciagli & P.V. Uleri (coord.), *Democrazie e referendum*, *supra* nota 9, pp. 304 ss

¹⁷² S. Basile, *ibidem*, pp. 295 ss; G.M. Salerno, *Referendum*, *supra* nota 23, 200; G. Busia, *Il referendum costituzionale fino al suo debutto: storia di un «cammino carsico» di oltre cinquant'anni*, 16 (2) *Nomos* 27 (2003), *disponible en*: www.astrid-online.it/.../I.../BUSIA_Referendum-costituzionale-02_0.pdf, 10 y nota 29.

¹⁷³ G.M. Salerno, *Referendum*, *supra* nota 23, p. 204 y nota 16; M. Duverger, *Referendum e sistemi politici*, in M. Luciani & M. Volpi (coord), *Referendum*, *supra* nota 55, p. 184.

pero, aun así, en 1916 un referéndum consultativo respecto a la venta de las Islas Danesas (actualmente las Islas Vírgenes) a los Estados Unidos fue realizado. Hubo 283,670 votos a favor por la venta y 158,157 en contra.¹⁷⁴

La independencia de Luxemburgo fue aprobada por voto popular por medio de un referéndum en 1860. En 1919 Charlotte, hija del gran Duque William IV, sucedió a su hermana Marie Adélaïde, quien había abdicado al trono por su excesiva actitud pro-germánica durante la Primera Guerra Mundial. La primera iniciativa de Charlotte fue un referéndum respecto a la forma de Estado monárquica o republicana. 80 por ciento de la población estuvo a favor de la monarquía. La Constitución de 1919 introdujo el sufragio universal y el referéndum en el artículo 52.¹⁷⁵

Entre las Constituciones del periodo posterior a la Primera Guerra Mundial, los más completos y famosos instrumentos de la democracia directa eran aquellos contenidos en la Constitución de Weimar de 1919. Las disposiciones relativas al referéndum fueron el resultado de un compromiso entre los partidos dentro de la Asamblea Constitucional: (1) 165 miembros del Partido Social Demócrata, partidarios del sistema parlamentario, quienes estaban, con algunas excepciones, a favor de la democracia directa, como lo estaban los 22 miembros del Partido Independiente Social Democrático; (2) 75 miembros del Partido Alemán Democrático estaban a favor de la democracia directa, en la cual veían un contrapeso al poder parlamentario. (3) 43 miembros del Partido Nacional Alemán del Pueblo, quien, como los 22 miembros del Partido del Pueblo favorecían un presidente poderoso como límite a la omnipotencia del parlamento y quienes se oponía a la democracia directa, viéndola como una herramienta radical socialdemócrata, con excepción de algunos que estaban a favor de ella por sus efectos conservadores; (4) 90 miembros del Partido Central, quienes no tomaron ninguna posición respecto a la democracia directa.¹⁷⁶ El referéndum tenía que ser incluido

¹⁷⁴ P. Svensson, *Denmark: the Referendum as Minority Protection*, en M. Gallagher & P.V. Uleri (coord.), *The Referendum Experience in Europe*, St. Martins Press New York, 1996, pp. 33 ss.

¹⁷⁵ Véase A. Rigo, *The ratification process of the European Constitution in Luxemburg: a large consensus amongst the political class for holding a referendum* (February 2005), disponible en: www.proyectos.cchs.csic.es/euroconstitution/, p. 3; M. Pacifico, *Il referendum nel Benelux*, 7 Diritto Pubblico Comparato ed Europeo 1297 (2005).

¹⁷⁶ Véase, C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, Sansoni, Firenze, 1946, pp. 14 ss, y H.A. Winkler, *La Repubblica di Weimar: 1918-1933: storia della prima democrazia tedesca* (traducción al italiano M. Sampaolo, Roma, Donzelli, 1998, pp. 108 ss)

en el programa del Partido Social Demócrata por varios años. Georg Jellinek, sin embargo, vio una contradicción en esta posición, dada la naturaleza conservadora del referéndum y los atrasos que produce en el proceso legislativo.¹⁷⁷

Los artículos 18, 43, y 73-76 de la Constitución de Weimar¹⁷⁸ lidiaron con el referéndum:

¹⁷⁷ G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, *supra* nota 13, pp. 76 ss

¹⁷⁸ Artículo 18 —La división del Reich en estados deberá contribuir al mayor progreso económico y cultural de la gente, con respeto a los deseos de la población afectada. La alteración de las fronteras estatales y la creación de estados dentro del Reich deberá ser por virtud de ley nacional que modifique la constitución.

Cuando los estados directamente afectados lo consientan, una ley nacional ordinaria será suficiente.

Una ley nacional ordinaria será suficiente cuando uno de los estados afectados no lo consienta, pero donde la alteración de la frontera o la creación de un nuevo estado es demandada por los deseos de la población y un abrumador interés nacional lo requiere así.

Los deseos de la población deberán ser corroborados por referéndum. El Ministerio Nacional deberá ordenar que tal referéndum tome lugar a petición de un tercio de los residentes del territorio que será separado que estén calificados para votar por miembros del Reichstag.

Tres quintos de los votos registrados, y al menos una mayoría del número total de electores, son necesarios para efectuar cualquier alteración de las fronteras o la creación de un nuevo estado. Incluso para la separación de sólo una parte de un distrito del gobierno prusiano o del correspondiente distrito administrativo en cualquier otro estado, el deseo de la población de todo el distrito afectado deberá ser alcanzado. Si no hay conexión geográfica entre la porción a ser separada y el distrito entero, una ley nacional especial podrá declarar que los deseos de la población de la parte a ser separada son suficientes.

Cuando los deseos de la población han sido acreditados, el Ministerio Nacional deberá someter una ley apropiada al Reichstag para su aceptación.

Si una disputa surge en la ocasión de una unión o separación de un territorio con respecto a derechos de propiedad, deberá ser decidido por la Suprema Corte del Reich a petición de cualquiera de las partes.

Artículo 43— ...Antes de la expiración de su término el Presidente del Reich podrá ser removido de su cargo por el voto popular por resolución del Reichstag. La resolución del Reichstag requiere una mayoría de dos terceras partes de la votación. Con tal resolución el Presidente está suspendido de cualquier ejercicio posterior de sus funciones. Si el voto popular falla en remover al Presidente tal votación sera considerada como una nueva elección del Presidente y le será seguida por una disolución del Reichstag...

Artículo 73—Una ley aprobada por el Reichstag deberá, antes de su publicación, ser sujeta de un referéndum si el Presidente del Reich, dentro de un periodo de un mes, así lo decide.

Una ley, cuya publicación ha sido diferida a petición de un tercio de los miembros del Reichstag deberá ser sujeta a un referéndum a petición de una veinteava parte de los votantes calificados.

Un referéndum deberá tomar lugar, si una décima parte de los votantes calificados pide el sometimiento de la ley propuesta al mismo. Tal petición debe basarse en un proyecto completamente elaborado. El proyecto deberá ser enviado al Reichstag por el Ministro acompañado con su respectivo punto de vista. El referéndum no tomará lugar si el proyecto, pedido para a su aceptación por el Reichstag, carece de enmienda.

Sólo el Presidente del Reich puede ordenar un referéndum concerniente al presupuesto, leyes tributarias, y regulación de salarios.

la evolución histórica de la democracia directa

- a) Referéndum para cambios en las fronteras territoriales de los estados, a petición de un tercio de los votantes en el territorio a ser separado (Art. 18);
- b) Voto popular para remover al Presidente en las iniciativas del Reichstag (Art. 43.2);
- c) El referéndum propuesto por el Presidente antes de la publicación de la ley, dentro de un mes de su adopción (Art. 73.1);
- d) La suspensión de la ley a petición de un tercio del Reichstag y su remisión a referéndum después de una petición de 1/20 parte del electorado (Art. 73.2);
- e) El referéndum en un bosquejo de ley por iniciativa de la décima parte del electorado (Art. 73.3);
- f) El referéndum respecto al presupuesto y los impuestos por propuesta del presidente (Art. 73.5);
- g) El referéndum propuesto por el presidente en ausencia de un acuerdo de una ley entre el Reichstag y el Reichsrat (Art. 74.3);
- h) El referéndum para hacer inefectiva una decisión del Reichstag (Art. 75);

Regulación detallada respecto al referéndum y las iniciativas será preescrita por una ley nacional.

Artículo 74 — Leyes promulgadas por el Reichstag deberán ser sujetas de veto por el Reichsrat. El veto debe ser comunicado al Ministerio Nacional dentro de las dos semanas después de la votación final en el Reichstag, y dentro de las dos semanas adicionales deberá ser respaldada por razones.

En caso de que el veto de ley deba ser presentado por el Reichstag para reconsideración. Si ningún acuerdo respecto al asunto es alcanzado dentro del Reichstag y el Reichsrat, el Presidente del Reich deberá dentro de tres meses someter el asunto a referéndum. Si el Presidente falla en ejercer este derecho, la ley deberá ser considerada sin efecto. Si el Reichstag supera el veto del Reichsrat por dos tercios de la mayoría de votos, el Presidente deberá dentro de tres meses publicar la ley en la forma adoptada por el Reichstag o deberá ordenar un referéndum.

Artículo 75 — La resolución del Reichstag no deberá ser anulada a menos que una mayoría de los votantes calificados participen en la elección. Artículo 76 — La Constitución deberá ser enmendada por acción legislativa. Sin embargo, las resoluciones del Reichstag por enmienda de la Constitución son válidas sólo si dos tercios de los miembros legales están presentes y si dos tercios de aquellos presentes dan su consentimiento. Además, las resoluciones del Reichsrat para enmienda de la constitución requieren dos tercios de la mayoría de todos los votos convocados. Si por petición popular una enmienda constitucional es sometida a referéndum, debe ser aprobada por una mayoría de los votos calificados.

Si el Reichstag adopta una enmienda constitucional sobre el veto del Reichsrat, el Presidente del Reich no deberá publicar esta ley si el Reichsrat dentro de dos semanas demanda un referéndum.

i) El referéndum en una enmienda constitucional (Art. 76).

Una rica variedad de referéndums y otras formas de democracia directa serían vistas como una de las más distintivas características de la Constitución de Weimar, siguiendo la tradición ya largamente establecida en Alemania a nivel local y entonces reafirmada y considerada durante la revolución de 1848/9.¹⁷⁹ En 1919 el Ministro de Interior Eduard David señaló que con esta nueva Constitución Alemania era la Democracia más democrática en el mundo.¹⁸⁰

Se pensaba que la decisión a favor de la democracia directa había sido dictada con base en necesidades más teóricas que prácticas, como un mecanismo correctivo del sistema parlamentario.¹⁸¹ El control sobre el parlamento, para prevenir medidas legislativas impopulares, ha sido mencionado por Jellinek, quién colocó a la institución de la democracia directa entre los instrumentos que permitirían una gradual democratización de la sociedad fuera de las salas del Parlamento, junto con la prensa, partidos políticos y las asociaciones.¹⁸² Sin embargo, como Carl Schmitt críticamente observó, las modificaciones regularmente resultan en «colisiones».¹⁸³ Retrasos al implementar esas leyes —la ley de referéndum de 1921—¹⁸⁴ y el pobre uso del mismo en los subsecuentes años debe ser visto en relación con la dificultad de compromiso respecto a la democracia directa entre los seis partidos políticos en la Asamblea de Weimar de 1919.¹⁸⁵

¹⁷⁹ Véase, A. De Petris, *Gli istituti di democrazia diretta nell'esperienza costituzionale tedesca*, Padua, CEDAM, 2012, pp. 1 ss Véase también, J. Sohnle, *La tradition allemande des modifications territoriales: Voter avec les pieds*, en M. Ortolani & B. Berthier (coord.), *Consentement des populations*, supra nota 168, pp. 105 ss; A. Weber, *République Fédérale d'Allemagne*, en F. Delpérée (coord.), *Référendums*, CRISP, Bruxelles, 1985, p. 329.

¹⁸⁰ H.A. Winkler, *La Repubblica di Weimar*, supra nota 175, p.112.

¹⁸¹ R. Schiffers, *Schlechte Weimarer Erfahrungen?*, en H.K. Heußner & O. Jung, *Mehr direkte Demokratie wagen*. 2. völlig überarbeitete Auflage, München, 2009, pp. 52 ss

¹⁸² G. Jellinek, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, supra nota 13, pp. 71 ss

¹⁸³ C. Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren*, supra nota 10, p. 51.

¹⁸⁴ La ley del 27 de junio de 1921 respecto al referéndum está disponible en: <hiip://www.documentarchiv.de/wr/1921/volksentscheid_ges.html>.

¹⁸⁵ Véase, C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, supra nota 175, pp. 35 ff; C. Pestalozza, *Der Popularvorbehalt. Direkte Demokratie in Deutschland* (lectural enviada al Berliner Juristischen Gesellschaft el 21 de enero de 1981), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1981, pp. 29 ff; O. Jung, *Direkte Demokratie: Forschungsstand und -aufgaben*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 1990 nota 3, pp. 495 ff; E.G. Mahrenholz, *Referendum e democrazia*, en M. Luciani & M. Volpi (coord.), *Referendum*, supra nota 55, pp. 22 ss; H.A. Winkler, *La Repubblica di Weimar*, supra nota 175, p. 112; R. Sturm, *La Germania ha bisogno del referendum?*, en M. Caciagli & P.V. Uleri (coord.), *Democrazie e referendum*, supra n. 9, 207 ss; M. Suksi, *Bringing in the People*,

Unas pocas iniciativas fueron presentadas, con poco éxito, por partidos que buscaban tomar ventaja del descontento popular para oponerlo a la mayoría partidaria. En 1926, los partidos de la izquierda remitieron a los votantes un proyecto de ley para la expropiación de la propiedad y residencias del Príncipe («*Firstenenteignung*») de acuerdo al artículo 73(3). 14.5 millones de votantes votaron a favor de la ley y sólo 590,000 en contra. El referéndum falló, sin embargo, porque sólo 39.3 por ciento de los votantes facultados para votar participaron, pero 50 por ciento de la participación era requerida. El quórum no fue ni siquiera alcanzado en 1929 para una ley en contra de la esclavitud del pueblo alemán («*Ge- setz gegen die Versklarungsdes Deutschen Volkes*», la así llamada ley de la libertad —la «*Freheitsgesetz*»), propuesta por los partidos del ala derecha, en particular por Hitler y Hindenburg,¹⁸⁶ para abolir el «Plan Young» de 1929 respecto a las reparaciones de guerra, adoptada por las Fuerzas Aliadas en implementación de los Tratados de Versalles. Una vez más, una mayoría abrumadora estaba a favor, pero solamente 14.9 por ciento de los votantes facultados para votar participó. Las propuestas de medidas en oposición a un proyecto propuesto un año anterior para la construcción de un nuevo navío armado no fueron capaces de alcanzar las firmas de una décima parte del electorado como lo requiere el artículo 73(3).

La Constitución de Austria de 1920 incluyó disposiciones para referéndums compulsorios y opcionales. Conforme al artículo 44, la revisión total de la Constitución debe ser remitida a la aprobación de la nación entera; revisiones parciales pueden ser sometidas a referéndum por petición de un tercio de los miembros del Consejo Nacional o el Consejo Federal. De acuerdo al artículo 43, aún más, la mayoría del Consejo Federal puede requerir una ley al electorado antes de su promulgación. Doscientos mil votantes podían también ejercer el poder de iniciativa legislativa.

supra nota 20, pp. 95 ss; C. Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, 94 ss, (quien observa que en realidad el plebiscito es una mera arma cortante, «*einstumpfe Waffe*»); R. Schiffers, *Schlechte Weimarer Erfahrungen?*, *supra* nota 180, pp. 53 ff; F. Palermo, *Il referendum nelle esperienze costituzionali di Germania e Austria: tra scarsa vocazione e ampia prassi sub-statale*, 7 *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1304, en nota; G. Corni, *Il nazionalsocialismo: una dittatura plebiscitaria?*, en E. Fimiani (coord.), *Vox populi*, *supra* nota 165, pp. 181 ss

¹⁸⁶G. Corni, *Il nazionalsocialismo*, *supra* nota 184, p. 194.

Checoslovaquia se volvió independiente del Imperio Austro-húngaro después de la guerra. Su Constitución de 1920 estatuyó que, si la Asamblea Nacional no aprobaba una ley propuesta por el gobierno, el gobierno podía someter la ley al electorado en referéndum.

Un amplio grado de democracia directa fue otorgado a la población de Estonia por su Constitución de 1920, por ambos referéndum e iniciativa.

La Constitución de Letonia de 1922 incluyó el poder del presidente de proponer la disolución de parlamento. Tal propuesta, sin embargo, tenía que ser votada en un referéndum. Si la mayoría de los votantes votaban por la disolución, el Parlamento tenía que ser disuelto, pero si la mayoría votaba en contra de la disolución, el presidente era obligado a resignar (artículos 48 y 50). En adición, una décima parte del electorado tenía el derecho de someter a un proyecto ordinario o una propuesta para una enmienda constitucional. Si el Parlamento no aprobaba la medida sometida o la aprobaba con modificaciones substanciales, el proyecto o propuesta de enmienda era entonces sometida a referéndum. Una propuesta para revisión constitucional que era sometida a referéndum era adoptada si era aprobada por la mayoría de los votantes facultados para votar (artículos 78-80).

La Constitución de Lituania proveía varias formas de consulta popular: para cambios territoriales (artículo 4), para enmiendas constitucionales por petición del presidente de la república o cincuenta mil electores (artículo 104), para leyes adoptadas o rechazadas por el Parlamento a petición del gobierno o de cincuenta mil votantes (artículo 105), y para la ratificación de la Constitución dentro de un periodo de diez años (artículo 107).

La democracia directa era una de las ideas fundamentales subyacentes en la Constitución del nuevo Estado de Irlanda. Era una expresión de la soberanía popular, y marcaba la diferencia de Irlanda con el sistema parlamentaria británico.¹⁸⁷ El artículo 14 proclamaba el derecho de todos los ciudadanos sin distinción de sexo a votar para el Parlamento y de participar en el referéndum y la iniciativa popular. Más específicamente, de

¹⁸⁷ Cfr. M. Gallagher, *Referendum e democrazia nella Repubblica d'Irlanda*, en M. Caciagli & P.V. Uleri (coord.), *Democrazie e referendum*, supra nota 9, p. 180; V. Bogdanor, *Western Europe*, en D. Butler & A. Ranney (coord.), *Referendums around the world*, supra nota 9, p. 78, L. Volpe, *L'«Esmeralda virtuosa»: la democrazia diretta in terra gaelica*, 7 *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 1386 (2005).

acuerdo al artículo 47, cualquier ley podía ser suspendida por 90 días a petición de dos quintos de los miembros de la cámara baja o la mayoría de los miembros del Senado; a petición de tres quintos de los miembros del Senado o una veinteaava parte de los ciudadanos facultados para votar una ley propuesta, sería sometida a referéndum, y podía ser aprobada por la mayoría de los votantes. Este procedimiento no estaba permitido para leyes financieras, leyes consideradas necesarias y la urgente protección de la paz, seguridad o salud pública. Conforme al artículo 50, las propuestas de enmienda constitucional eran sujetas a referéndum, el cual debía ser aprobado por la mayoría de los ciudadanos facultados para votar o por dos terceras partes de los votos logrados. El artículo 48 gobernaba los procedimientos de la iniciativa ordinaria y leyes constitucionales por cincuenta mil votantes. Esta provisión constitucional, sin embargo, muy ricas en contenido, permanecían inutilizadas.¹⁸⁸

En Grecia, después de los referéndum-plebiscitos de 1862 para la elección del rey al final del periodo Otomano y en 1920 para el regreso del Rey Constantino, la Asamblea Constituyente establecida después de la elección general de 1923 decidió someter a referéndum popular la transición de la monarquía a república. Cerca del 70 por ciento de los votantes votó a favor de la república y 30 por ciento a favor de la monarquía. Después de dos golpes de Estados y la dictadura del General Pangalos, la Constitución de 1927 por primera vez permitió el referéndum al proveer la posibilidad de un referéndum de las enmiendas constitucionales, con excepción de sus principios fundamentales. Después de un periodo de severa inestabilidad política, sin embargo, en 1935, hubo un referéndum institucional en el cual 97.88 por ciento de los votantes aprobaron la restauración la monarquía bajo George II.¹⁸⁹

3.1. La Constitución Española de 1931

En España la tradición de la democracia directa en el orden constitucional es débil. A través del siglo diecinueve y mayor parte del siglo

¹⁸⁸ Cfr., M. Gallagher, *Referendum e democrazia*, supra nota 186, p. 181; L. Volpe, *L'«Esmeralda virtuosa»*, supra nota 186, 1383 y 1387.

¹⁸⁹ Cfr., V. Perifanaki Rotolo, *Fra autoritarismo e democrazia: la difficile istituzionalizzazione del referendum in Grecia*, in M. Caciagli & P.V. Uleri (coord.), *Democrazie e referendum*, supra nota 9, pp. 231 ss; C. Kyrkos & G. Makropoulou, *Referendum: A challenge for democratic self-determination*, disponible en: www.jus.uio.no/.../w16-kyrkos-makropoulou.pdf, pp. 1 ss

veinte, las Constituciones Españolas no hicieron mención, casi sin ninguna excepción, de las modalidades de democracia directa, tales como el referéndum y el plebiscito. En el contexto de los conflictos políticos y sociales que encaminaron al advenimiento y triunfo de la modernidad, la democracia representativa era en sí revolucionaria y por un largo tiempo era la única alternativa para las hereditarias y conservadoras instituciones del *Antiguo Régimen*. Fue solamente a finales del siglo diecinueve, que en un contexto marcado por el crecimiento de la crisis de las instituciones representativas vinculado al incremento de la corrupción y el declive de la democracia real, fue que aparecieron estudios doctrinales, comenzando desde una evaluación crítica de las instituciones existentes, que buscaron hacer a la gente consciente de la existencia del referéndum.

El 9 de noviembre de 1895, Segismundo Moret, el futuro primer ministro, dirigió un llamado en el Ateneo de Madrid, un templo del liberalismo en aquella ciudad, en el cual, por primera vez, explicó la importancia del referéndum y, en esencia, habló ampliamente respecto a éste. Tal vez fue coincidencia, pero dos años más tarde la ley positiva española tomó en cuenta el referéndum por primera vez, cuando, el 25 de noviembre de 1897, un decreto real de la regente María Cristina considero necesario —para asumir ciertas obligaciones financieras con Cuba y Puerto Rico, dos colonias perdidas el año anterior— el llevar a cabo un referéndum. En ese mismo año Ángel Ganivet, el gran «regenerador», refirió el referéndum como «*in vogue*». Desde entonces el referéndum fue siempre asociado con el renovamiento de la vida pública en escritos sobre el mismo, por ejemplo, el libro de Julián de Reparez titulado *El Referéndum*, en las prácticas administrativas, que fueron tomadas en consideración en el proyecto de la Ley Municipal de 1924 por Calvo Sotelo durante la dictadura de Primo de Rivera, pero quien dio la verdadera inspiración, fue la idea de renacimiento que Antonio Maura enunció veinte años antes, del cual la meta final era la «erradicación del caciquismo».

El término de «referéndum» fue admitido en el diccionario de la *Real Academia de la Lengua Española* en 1927, el cual los define como «la consultación al pueblo respecto a temas de interés común», y, basado en esta simple conceptualización, fue incluido —al igual que otros mecanismos de democracia directa— en la Constitución de 1931 de la Segunda República. La Constitución Republicana Española —influenciada en esto y otras cosas por la Constitución de Weimar— incluyó tres tipos diferentes de democracia directa: la iniciativa popular legislativa para

llevar a cabo referéndums para promulgar leyes (Artículo 66), la iniciativa popular para celebrar referéndums para la abrogación de una ley (artículo 66), y el plebiscito para aprobar estatus autonómicos (artículo 12(b)). Los dos primeros mecanismos existieron sólo en papel, se suponía que iban a ser implementados por una ley especial que nunca fue promulgada. Por lo tanto, sólo el plebiscito encontró una aplicación en la práctica. Los plebiscitos fueron llevados frecuentemente durante un periodo de cinco años para la aprobación de los estatus de tres regiones autonómicas: Cataluña, el país vasco y Galicia. Solamente en las dos primeras regiones entraron en vigor, lo cual ocurrió antes o al mismo tiempo con el inicio de la Guerra Civil (1936-1939). En términos de la Constitución Republicana Española de 1931, aunque completamente democrática, fue fiasco político, que incluso su principal partidario y promotor, Manuel Azaña, lo admitió en 1940 al gran intelectual Guglielmo Ferrero. Su principal defecto era probablemente su falta de apoyo popular, lo cual resultó en su frágil base de legitimidad. Usando el término de Karl Loewenstein, la Constitución Española de 1931 era una constitución «nominal» en el sentido que comprendía una voluntad democrática en una sociedad políticamente inmadura en la cual la participación en el orden legal presupone el conflicto. En la España de 1931-39 no hubo un quiebre con la legalidad, sino simplemente la legalidad nunca se volvió la base legítima para la política.

La experiencia republicana española, sin embargo, en adición con ser un punto de referencia para la ley constitucional europea en los años de la dictadura, se volvió un punto moral de referencia para la oposición democrática. A través del entero régimen Franquista, los demócratas españoles continuaron considerando el texto de 1931 el modelo de la democracia que querían alcanzar, si los plebiscitos durante esos años fueran reconocidos como válidos por la Constitución democrática de 1978. Pero eso es parte de otra historia.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Los principales tratados españoles respecto a esta temática son todos relativamente recientes, todos ellos dentro de los últimos cuarenta años. El primer estudio de este tema fue hecho por J. Santamaría Osorio, *Participación política y democracia directa*, en *Estudios Homenaje al profesor Carlos Ollero*, Guadalajara, 1972, el cual en gran parte recapitula su tesis doctoral escrita en Estados Unidos. Otra tesis subsecuente apareció, escrita en España, por L. Aguiar de Luque, *Democracia Directa y Estado Constitucional*, Madrid, 1977. Para el periodo siguiente a la entrada en vigor de la Constitución, los trabajos siguientes merecen una especial atención: P. Cruz Villalon, *El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional*, in REP, 13, 1980; y J. Oliver Araujo, *El referéndum en el sistema constitucional español*, 29, 1989. Para más recientes tratados, véase el excelente trabajo sobre el referéndum de A. Cuenca Miranda en su

4. PLEBISCITOS Y DEMOCRACIA DIRECTA EN LOS REGÍMENES AUTORITARIOS

4.1. La democracia directa durante el Nazismo y fascismo

Unos años después de la entrada en vigor de la Constitución de Weimar y después de su temprana aplicación, Carl Schmitt criticó severamente el referéndum y las provisiones constitucionales relativas al mismo. De acuerdo a Schmitt, el problema principal con la democracia directa es que le gente es llamada para decir «sí» o «no». Con la boleta secreta el individuo tiene que hacer un juicio técnico respecto a un asunto, pero esto no significa que cada ciudadano es un hombre de Estado y conecedor de todas las cosas. De hecho, él está realmente diciendo sí o no al partido o líder político que propone y formula la cuestión. Las personas no son invitadas a deliberar sino a «»aclamar«. Esto es más evidente en el caso del proyecto de ley propuesto por una décima parte de los votantes de acuerdo al artículo 73(3) de la Constitución de Weimar, el cual fue la provisión empleada para las iniciativas populares durante el periodo de la Constitución de Weimar. Esta es la disposición en la que Schmitt se concentra principalmente. De acuerdo a Schmitt no hay realmente una décima parte de los votantes que realmente proponga la ley, sino, una o más personas, que inducen a la otros a decir sí o no.¹⁹¹

Schmitt observa que incluso un monarca absoluto necesita de ser respaldado por las muchedumbres que lo aclaman: no ha habido ningún Estado sin pueblo y no hay pueblo sin aclamación (*Kein Staat ohne Volk, kein Volk ohne Akklamationen*).¹⁹²

Esto parecería explicar las tendencias plebiscitarias de todos los regímenes dictatoriales. Ciertamente, unos años después parece que los Nazis confirmaron las observaciones de Schmitt. Hitler uso el plebiscito para resaltar el apoyo popular en sus confrontaciones, asimismo, para

Comentario a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica del Referéndum, Madrid, 2014.

¹⁹¹ C. Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren*, supra nota 10, pp. 31 ss

¹⁹² *Ibidem*, en 34.

«echar en cara al mundo la solidaridad del pueblo alemán detrás de las políticas internacionales del Führer».¹⁹³

Mientras que en anteriores años los instrumentos de democracia directa, ampliados por la Constitución, habían permanecido en papel y sólo tuvieron algunas esporádicas e infructuosas aplicaciones. Hitler comprendió, e hizo a los otros comprender, que las «aclamaciones» populares eran una confirmación y posterior consolidación de su poder. Esto estaba ciertamente alejado de las intenciones que habían inspirado los constituyentes de Weimar, para quienes la democracia directa representaba un corolario, control, verificación y posibilidad de contrapeso, pero no negación de las instituciones representativas.¹⁹⁴

Ha sido recalcado, de manera muy certeza, como el uso del plebiscito por Hitler fue reduciéndose significativamente con el paso del tiempo.¹⁹⁵ En julio de 1933, poco después de asumir el poder, Hitler tenía una ley de referéndums aprobada. El gobierno podía someter una decisión a los votantes, quienes decidirían por mayoría. No hubo ningún tipo de apertura a la participación.¹⁹⁶ En octubre de ese mismo año, los alemanes fueron convocados a decidir dos cuestiones: una boleta preguntando la aprobación de una única lista de candidatos dirigidos por Hitler para la elección del nuevo Parlamento; y una segunda boleta preguntando a los votantes el abandono de la conferencia de desarme y de renunciar a la Liga de las Naciones. Las boletas fueron parafraseadas de tal manera que uno sólo podría dar una respuesta positiva; la única forma de expresar disenso era al no ir a las consultas o al entregar una boleta en blanco. Los votos «negativos» fueron muy pocos y se concentraron en las grandes ciudades.

Un segundo plebiscito fue llevado a cabo en 1934 respecto a la ley que unificaba los cargos del presidente y de canciller, pero la votación fue menor respecto de previos plebiscitos. Esto propició que Hitler evadiera el riesgo de realizar futuros plebiscitos. Solamente hubo dos

¹⁹³ L. Rapone, *Un plebiscitarismo riluttante. I plebisciti nella cultura politica e nella prassi del fascismo italiano*, en E. Fimiani (coord.), *Vox populi?*, *supra* nota 165, p. 175.

¹⁹⁴ Cfr., P. Ridola, *La costituzione della Repubblica di Weimar come «esperienza» e come «paradigma»*, in *Rivista AIC* no. 2/2014, p. 13; M. Suksi, *Bringing in the People*, *supra* nota 20, pp. 98 y 102.

¹⁹⁵ G. Corni, *Il nazionalsocialismo*, *supra* nota 184, pp. 179 ss, quien analiza los sucesivos plebiscitos durante el periodo Nazi, el inicial entusiasmo de Hitler por ellos, y su posterior abandono.

¹⁹⁶ Cfr., M. Suksi, *Bringing in the People*, *supra* nota 20, p. 99.

más plebiscitos, uno para la anexación de Saar¹⁹⁷ y otro para la anexación de Atria.

No hubo ningún problema para la anexación de Saar, lo cual ya había sido estipulado por la ley de Saar promulgada en 1919. La anexación de Saar a Alemania tomó lugar en 1935. Francia no tuvo particular interés en obstruirla, pero el porcentaje de votos a favor de la reunificación con la Alemania nazi fue mayor de lo esperado, excediendo de un 90 por ciento. El plebiscito de 1938 respecto a la cuestión de la anexación de Austria fue sometida junto a una única lista de candidatos electa por Hitler, pero en una sola boleta. En el caso de Austria, como en el de Saar, el porcentaje de votos favorables fue extremadamente alto.

Durante el periodo fascista, Italia llevo a cabo dos plebiscitos: en 1929 y en 1934, ambos para la elección de la Cámara de Diputados. Los votantes les presentada una única lista de 400 nombres, la cual fue establecida por la ley. Una ley subsecuente, promulgada en enero de 1939, abolió las elecciones. La Cámara de Diputados fue transformada en la Cámara del Fasci y convocada para otros asuntos. Todas las formas de sufragio típicas del viejo sistema parlamentario fueron eliminadas.¹⁹⁸ Las razones del por qué Mussolini no consideró más recurrir al plebiscito, contentándose solamente con las dos elecciones por plebiscitos que habían producido excelentes resultados para él¹⁹⁹ y que habían contribuido grandemente al fortalecimiento del régimen, están vinculadas con la ideología fascista, como ha sido convincentemente demostrado.²⁰⁰ Los gremios eran la expresión de la sociedad civil, y los Estados Corporados habían alcanzado la perfecta unión entre el Estado y la gente, y de este modo trascendiendo la teoría de la separación de poderes y haciendo innecesaria cualquier otra forma de elección o plebiscito.

¹⁹⁷ Del mismo véase D. Rauch & O. Vernier, *Un consentement orienté et un plébiscite sous surveillance : le cas de La Sarre en 1935*, en M. Ortolani & B. Berthier (coord.), *Consentement des populations*, supra nota 168, pp. 451 ss

¹⁹⁸ L. Rapone, *Un plebiscitarismo riluttante*, supra nota 192, pp. 145 ss; E. Fimiani, *La legittimazione plebiscitaria nel fascismo e nel nazionalsocialismo. Un'interpretazione comparata*, 32 *Quaderni storici* 94 (1997), pp. 184 y 190 ss

¹⁹⁹ Los votos favorables fueron 98.3% en 1929 y 99.8% en 1934. Véase L. Rapone, *Un plebiscitarismo riluttante*, supra nota 192, p. 145, y E. Fimiani, *La legittimazione plebiscitaria*, supra nota 197, p. 185, de acuerdo a quien «los votos del 24 de marzo de 1929 fueron políticamente decisivos, y sin ninguna duda emblemáticos de la eficacia de la legitimidad popular, de tal manera para hacer de ese año un parteaguas en la historia del régimen».

²⁰⁰ L. Rapone, *Un plebiscitarismo riluttante*, supra nota 192, pp. 151 ss

Visto desde otro ángulo, la ideología del Nazismo estaba basada en la superioridad de la raza Aria y del pueblo alemán, y Hitler era su interprete y vocero. La expresión de la uniformidad y firme voluntad de la gente a través del plebiscito era una precisa demostración de esto.²⁰¹ Pero, como vimos, al confrontarse con resultados menos positivos que los esperados, Hitler comenzó a recurrir al plebiscito solamente en situaciones de necesidad, poniendo en su lugar todas las medidas precautorias para reducir el riesgo.

4.2. La democracia directa durante el periodo Franquista

En cuanto al régimen Franquista (1936-1975), es necesario tomar como punto de partida la particular circunstancia que, desde una perspectiva europea comparada, fue fundacional para el régimen: la Guerra Civil. De hecho, en España —a diferencia de los países europeos cercanos— la modernidad burguesa no fue un producto de la Revolución Francesa, pero de un mucho posterior quiebre que ocurrió en el periodo entre 1936 y 1939. En España el ciclo que comenzó en Europa con la Revolución francesa y culminó con la modernidad política y las constituciones democráticas, ocurrió violentamente por revoluciones internas, que fue primero política (1931) y, después, social (1936). Estos sucesos enturno desencadenaron una contrarrevolución, dirigida por el militar Francisco Franco, Comandante en Jefe del ejército forjado en una guerra colonial en África. Franco tomó la ventaja de la guerra civil para construir un sistema político basado en el modelo Hobbesiano: la total destrucción y conquista por la espada. El nuevo Estado, sin precedente, fue construido de las humeantes ruinas del pasado y forjado solamente por el poder de la espada. Franco representaba para España lo que el Leviatán era para el Estado Hobbesiano: poder absoluto, sin condiciones, con solamente la vida como intercambio.

Este fue el modelo político que gobernó la vida del régimen de Franco, cuyos poderes estaban enumerado en las «Leyes de Prerrogativa de 1942», las cuales reconocían su autoridad para imponer leyes con base en su simple voluntad. No era, por lo tanto, una dictadura militar en el sentido tradicional del término. No era un régimen totalitario como los

²⁰¹ L. Rapone, *Un plebiscitarismo riluttante*, supra nota 192, pp. 173 ss; E. Fimiani, *La legittimazione plebiscitaria*, supra nota 197, pp. 202 ss

de Italia o Alemania, pero un sistema particular basado en la voluntad exclusiva de un hombre que había conquistado un país pulgada a pulgada, salpicando toda la sangre que fuera necesaria para pagar tributo a la máxima de Clausewitz: «La meta de la guerra es el de destruir, de aniquilar al adversario hasta que despedaces de él hasta el último reducto de voluntad de recurrir a las armas». Franco gobernó España con un puño de acero por periodo vitalicio, y aquellos que vivieron sujetos a su poder no se atrevieron a ponerlo en cuestión. Incluso la oposición Comunista, debilitada, acepto la vuelta de la rueda histórica que trajo al *Caudillo* al poder, lo cual sirvió para recordar que cualquier desviación de lealtad incondicional al él podía llevar de nuevo a la guerra.

Sin embargo, Franco no podía hacer todo. Él gobernaba con poder absoluto, pero era largamente gracias a su extraordinaria astucia a escoger siempre la carta correcta para jugar. Le tomó un largo tiempo a Pétain, Mussolini y a Hitler el comprenderlo. Lo mismo para Eisenhower, De Gaulle y Nixon, cuando lidiaron con su régimen por razones estratégicas, pero ellos nunca comprendieron su verdadera naturaleza. El Franquismo puede ser entendido como la expresión de la voluntad general, aunque esto sería totalmente ilógico. Era, por ende, un hecho a ser explicado por las particulares circunstancias que prevalecían en España en ese momento. Las instituciones no existían y, hasta en el caso de que lo hicieran, estas eran el producto de las condiciones existentes en ese momento, incapaces de sobrevivir a la muerte de su autor, como lo demostraron los eventos subsecuentes a 1975.

El régimen era, ultimadamente, un ensamblaje arquitectónico único. España era descrito como el reino sin rey desde 1947 y como Estado corporado, una absurda mezcla de ideologías que iban desde una democracia cristiana a un populismo, fascismo, conservadurismo y tradicionalismo. En esta extraña mezclanza, el plebiscito jugó un rol integral. En dos momentos claves de su existencia, en 1947 y 1969, el régimen recurrió al plebiscito para asegurar su continuidad política. Primero, al apoyar la continuación de Franco en oposición a las sugerencias, tentativamente avanzadas de los victoriosos de la Segunda Guerra Mundial, de restaurar la monarquía democrática en la persona del hijo del último rey. Segundo, al reconocer y confirmar la sobrevivencia del régimen del *Caudillo* post-mortem en la persona designada por él, el futuro rey Juan Carlos I.

Los dos primeros referéndums fueron claramente llevados a cabo bajo condiciones no democráticas, como sucede en una dictadura, pero es igualmente cierto que —a diferencia de lo que sucedió en Portugal en 1957 con la candidatura de Humberto Delgado para la presidencia de la república— el régimen realmente ganó debido al apoyo de la inmensa mayoría de la población, la cual vio en el General Franco el garante de la paz que les permitiría prosperar. La legitimidad vino a través de la actuación de los tecnócratas. Este hecho es importante desde el punto de vista constitucional por dos razones: 1) Genealógicamente, el sistema constitucional es la descendencia legal —aunque no legítima— del Franquismo, ya que la transición política, a diferencia de las revoluciones modernas, no constituyó un proceso de quiebre con el pasado, como en el caso portugués, sino como resultado de varias de las asunciones políticas del Franquismo, comenzando con aquellas concernientes a la cabeza del Estado, que han continuado perdurando en el régimen democrático; 2) Las instituciones de democracia directa en la Constitución Española de 1978 son objeto de una particular desconfianza y suspicacia, porque son vistas como posibles reminiscencias del Franquismo. No es coincidencia que la transición técnica de la dictadura a la democracia ocurrió en diciembre de 1976, por medio de un referéndum, el cual fue activamente opuesto por las fuerzas democráticas y que —de acuerdo al viejo estilo Franquista (fue de hecho el tercer plebiscito del régimen, del cual su fundador había muerto un año antes—ganó por una mayoría democrática sin ser completamente democrático (no había partidos políticos libres, libertades civiles o jueces independientes.

CAPÍTULO II

REFERÉNDUM Y DEMOCRACIA DIRECTA EN EUROPA

1. FRANCIA

Como ha sido ya visto, la democracia directa en Francia, aunque fuertemente apoyada por algunos teóricos y líderes políticos, como Rousseau, Condorcet y Ledru-Rolin, e intentada periódicamente (la Constitución de 1793, la acción directa del pueblo en 1830, 1848 y 1871, los plebiscitos de Napoleón Bonaparte y Napoleón III, y la elección presidencial de 1848) era vista con hostilidad por la mayoría de la tradición republicana. Ya sea porque daba mucho poder a las masas, vistas como irracionales e incontrolables, o porque era un instrumento de autocracia (Bonaparte). La Tercera República (1870-1940) optó por un gobierno representativo.¹ A nivel local, el poder decisonal de los departamentos y comunas (donde la democracia directa pudo haber sido más fácilmente puesta en práctica) iba en contra del importante valor republicano de la centralización, el cual era esencial para la unidad e igualdad nacional.

Después de la Segunda Guerra Mundial, Francia tuvo que reestablecer el gobierno. Durante la guerra, Francia fue ocupada por los alemanes, quienes instalaron un gobierno autoritario en el país, el régimen de Vichy. Después de la liberalización en 1944, la cuestión surgió: si era o no necesario reestablecer la Tercera República. El General Charles De Gaulle, Jefe de Estado del Gobierno Provisional, decidió someter dos

¹ Véase R. Priouet, *La République des députés*, París, 1959. El más importante teórico de la Tercera República, Raymond Carré de Malberg. Cfr. R. Carré de Malberg, *Considérations théoriques sur la question de la combinación du référendum avec le parlementarisme*, en *Revue du droit publique*, 1931, pp. 225-244.

preguntas al pueblo. La primera pregunta relativa a si debía mantenerse o abrogarse la Constitución de 1875, es decir, la Constitución de la Tercera República. La segunda proponía la adopción de una constitución provisional de tipo parlamentaria, en anticipación de la adopción posterior, también por referéndum, de una Constitución de la Cuarta República. Los votantes respondieron con un «Sí» a ambas preguntas. El 21 de abril de 1944 la franquicia fue extendida a las mujeres por el Comité Francés de Liberación Nacional, confirmado por la ordenanza del 5 de octubre del Gobierno Provisional de la República francesa, pero fue solamente efectuado el 29 de abril de 1945 para las elecciones comunales y en octubre para las elecciones de la Asamblea Constituyente.

Se llevaron a cabo dos referéndums en 1946. En el primero, los votantes rechazaron una constitución cuyo bosquejo fue fuertemente influenciado por el Partido Comunitario. En el segundo referéndum los votantes aprobaron una Constitución más moderada la cual restablecía el régimen parlamentario.

El General de Gaulle se opuso a las dos constituciones. El presentó sus ideas en dos importantes discursos,² los cuales iban a proveer las bases para la Constitución de 1958, la presente Constitución francesa. La Cuarta República probó ser incapaz de lidiar efectivamente con los problemas que afligían a Francia, particularmente la descolonización (y las guerras resultantes en Indochina y Algeria). La inhabilidad fue producto en gran parte de un proceso político disfuncional y la falta de un poder ejecutivo fuerte. La crisis alcanzó su culminación en 1958. Como última opción, el Parlamento pidió al General Charles De Gaulle asumir el liderazgo del gobierno y autorizar a dicho gobierno el bosquejo de una nueva Constitución. El gobierno de Charles de Gaulle, bajo la dirección de Michel Debré, quien se convertiría en el primer ministro de la Quinta República, bosquejó una constitución que fue aprobada por una abrumadora mayoría de los votantes en el referéndum de septiembre de 1958 (con una participación de 85%; 79% de los votantes votó por el «Sí»).

² El discurso en Bayeux, 16 de junio de 1946, en Philippe de Gaulle (coord.), *Charles De Gaulle: L'esprit de la V^e République: Mémoires d'espoir*, París, 1970, 309-314; Discurso en Épinal, 29 de septiembre, 1946, ibídem., 317-323.

1.1. El poder de iniciativa

El poder de iniciativa es sin lugar a dudas el más importante poder para la democracia directa en los ámbitos legislativo y constituyente. Sin este poder proactivo, es decir el poder de iniciar una ley o una enmienda de la constitución y de proponer su texto, la gente se encontraría, en la mayoría de los casos, dentro de los instrumentos en el juego político de aquellos que detentan estos poderes, a ser llamados solamente para responder a las propuestas realizadas por otros, cuando estos consideren que sería políticamente expedito el buscar la aprobación (o desaprobación) del pueblo. En Francia, con solamente unas menores excepciones, el poder de iniciativa en ambos niveles, nacional y local, pertenece exclusivamente a oficiales electos (oficiales ejecutivos y oficiales deliberativos).

La Constitución original de 1958 no incluía ninguna provisión respecto a la iniciativa popular. Solamente el presidente tenía la autoridad de someter una cuestión a referéndum del pueblo (aunque cuando se trataba de una cuestión relativa a una enmienda constitucional, el consentimiento del Parlamento era requerido). En el 2008, la Constitución fue enmendada para permitir a una minoría parlamentaria (20%) apoyada por un 10% de los votantes registrados a iniciar un referéndum. El *Reporte Balladur*, el cual proveyó las bases para las enmiendas constitucionales de 2008, recomendó que la constitución fuera modificada para aumentar la participación de la gente en el proceso legislativo al permitir un referéndum por iniciativa de una minoría parlamentaria y de los votantes. El *Reporte* sugería que el Parlamento estuviera envuelto en el proceso de iniciativa para evitar «un excesivo ensanchamiento del terreno de la democracia directa».³ El acta de enmienda constitucional introducida por el gobierno, sin embargo, no incluyó esta propuesta para la enmienda del Artículo 11. Esa provisión fue agregada por el Parlamento después de su introducción por el grupo Socialista durante el debate parlamentario.

A nivel local, las enmiendas constitucionales de 2003 y 2008 dieron a la gente tres posibilidades de participación en las decisiones políticas de las unidades territoriales: los derechos de petición, consultación y de

³ *Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République preside par Édouard Balladur, Une V^e République plus démocratique*, París, 2008, p. 147.

referéndum (Consideraremos los primeros dos aquí y el referéndum local en la sección 1.4 abajo). El derecho de petición, reconocido por el artículo 72-1 (1), dispone que «...los votantes en cada comunidad territorial pueden usar su derecho de petición para pedir que una cuestión dentro de los poderes de la comunidad pueda ser incorporada en la agenda de su Asamblea Deliberativa...». Como estaba originalmente propuesto, este artículo debió haber tenido la palabra «requerir» en la inclusión de un tema en la agenda, pero « una mayoría de senadores, quienes estaban más preocupados acerca de la prerogativa de los oficiales electores que de los derechos de los ciudadanos, sustituyeron la palabra «requerir» con la palabra «pedir».⁴ Más aun, el derecho de petición aplica solamente en las «unidades territoriales» y no a sus autoridades públicas o a las unidades intercomunales, las cuales ejercen poderes muy importante. Este derecho, entonces, es «más ilusorio que real».⁵

Para resumir la situación de la disponibilidad de la iniciativa de los ciudadanos en el tiempo actual, ni la Constitución o algunas de las leyes proveen algún derecho para una iniciativa popular pura (es decir, un referéndum iniciado por la gente sin la participación de los oficiales electos). Las más cercanas aproximaciones al poder de iniciativa popular son el referéndum nacional por iniciativa del 20% de los miembros del Parlamento y un 10% de los votantes registrados (Art. 11(3)) y el referéndum local autorizado por la asamblea deliberativa de una unidad territorial después de que los votantes de la unidad hayan presentado una petición para ser incluida en la agenda de la asamblea (Art. 72-1(1)).

El artículo 72-1 regula la «consulta» de los votantes en las unidades territoriales «dentro las condiciones determinadas por el estatuto». De acuerdo a la ley aplicable: «En una comuna, una quinta parte de los votantes registrados y, en otras unidades territoriales, una décima parte de los votantes, pueden requerir la organización de una consultación respecto a cualquier cuestión dentro de la competencia de los poderes de decisión de su asamblea deliberativa sea incorporada en la agenda de dicha asamblea».⁶ La consulta no es una iniciativa; es meramente consultativa; no es legalmente vinculante. «Después...de la consulta, la autoridad competente de la comunidad territorial tomará su propia decisión en el

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Code général des collectivités territoriales*, Art. L1112-16.

asunto sometido a su cuestión».⁷ Más aun, el rango de la consulta es extremadamente limitado: no se considerará materia de interés de la comunidad si la cuestión no entra dentro de las competencias de decisión (tales como la propuesta de ruta de una autopista o una línea ferroviaria, las cuales entran dentro de la competencia del gobierno central).⁸

1.2. El referéndum nacional en la Constitución de 1958

1.2.1. El referéndum legislativo. No obstante, la tradicional hostilidad republicana hacia la democracia directa, la Constitución de 1958 autoriza al Presidente a llevar a cabo un referéndum si ciertas condiciones enumeradas son satisfechas. El procedimiento para la enmienda de la Constitución en si misma incluye la posibilidad de un referéndum. Enmiendas a la Constitución en 1995 y en 2006 extendieron el campo de aplicación del proceso de referéndum y otras enmiendas han autorizado referéndum a nivel subnacional

Al proveer directrices para el primer bosquejo de la Constitución de 1958, el General De Gaulle estaba particularmente preocupado en establecer un contrapeso al poder del Parlamento, de tal manera que el interés nacional no sería sacrificado en la competición de los intereses especiales representados por los partidos políticos. En su opinión, esto requería una autoridad fuerte del ejecutivo, la cual sería puesta por encima de las maquinaciones de los partidos. Dada la tradición republicana francesa, más específicamente la autorización dada a su gobierno por parte del Parlamento que «el Gobierno debe ser responsable ante Parlamento»,⁹ el General De Gaulle quería crear un presidente fuerte y darle los poderes necesarios para adoptar políticas y tomar las acciones necesarias para proteger los intereses esenciales de la nación. Para él, un componente importante de esta estructura era el referéndum.

A nivel nacional, el Artículo 11 de la Constitución es el más importante. El primer párrafo autoriza al presidente de someter a referéndum cierto tipo de preguntas bajo la propuesta del gobierno o de las asambleas

⁷ *Ibidem.*, Art. L1112-20.

⁸ Y. Luchaire, *op. cit.* 1716.

⁹ *Loi constitutionnelle du 3 juin 1958 portant dérogation transitoire aux dispositions de l'article 90 de la Constitution, J.O.R.F., 4 juin 1958, 5326.*

parlamentarias. Hasta las enmiendas constitucionales de 2008, la competencia de someter una pregunta a referéndum pertenecía exclusivamente al presidente. Aunque él solamente podía actuar con base de una propuesta por parte del gobierno o de las asambleas parlamentarias, era suya la decisión únicamente de someter la pregunta a referéndum. Incluso, en la situación de que el partido del presidente controlará la cámara baja, la Asamblea Nacional, y de tal modo el gobierno, el presidente era el verdadero decisor.

«El referéndum representaba, de tal modo, un medio entre otros, dado al presidente para permitirle el garantizar el funcionamiento apropiado del gobierno».¹⁰

Las reformas constitucionales de 2008, cuyo propósito era el de reforzar los poderes del Parlamento y de ampliar los derechos de los ciudadanos,¹¹ permitir a una mayoría parlamentaria (una quinta parte de sus miembros) apoyada por una minoría de los votantes (una décima parte de los votantes registrados) de iniciar un referéndum. A pesar de que la enmienda al Artículo 11 en 2008 representó un movimiento hacia la democracia directa, fue un paso muy pequeño. La gente todavía no podía iniciar por sí misma un referéndum, su única función era la de aprobar (o no) el referéndum propuesto por una minoría parlamentaria. Un referéndum de acuerdo al Artículo 11 puede solamente ser llevado a cabo en legislación propuesta, iniciada por el gobierno o por un miembro del Parlamento. Cuestiones de políticas, con detalles para ser elaborados después por el Parlamento, eran, por lo tanto, no admisibles de referéndum. Más aún, el Artículo 11 limitaba el campo del referéndum a ciertas categorías enumeradas. Las categorías enumeradas en la Constitución original fueran ampliadas por las enmiendas constitucionales de 1995 y 2008. En la Constitución original, los referéndums eran limitados a cuestiones de organización de las autoridades públicas, o la ratificación de un tratado en el cual, aunque no contrario a la Constitución, afectaría el

¹⁰ G. Conac & J. Le Gall, Artículo 11, en F. Luchaire, G. Conac & Petrot, *La Constitution de la République française: Analyses et commentaires*, 3 coord., París, 2009, 415. Jean-Claude Colliard, antiguo miembro del Consejo Constitucional ha descrito el sistema de la Vª República como un «régimen parlamentario con un corrección presidencial» (en Jean-Luc Warsmann, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République*, *Assemblée nationale*, no. 892, 15 mai 2008, 41, pdf, <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0892.asp>>).

¹¹ *Rapport Balladur*, op. cit.

funcionamiento de las instituciones. Adiciones posteriores agregaron «reformas relativas a las políticas económicas y sociales de la Nación, y a los servicios públicos que concurren en ella». De acuerdo a dos expertos constitucionales: «Los sectores legislativos excluidos parecían ser la ley penal, la administración de justicia, cuestiones de soberanía como la policía, defensa, y asuntos exteriores, cuestiones sociales, libertades republicanas y los principios contenidos en el bloque constitucional. En el lado positivo, parecer ser que los impuestos, salud, educación, urbanismo, y los servicios públicos estaban incluidos... las libertades Civiles parecen estar excluidas de...el ámbito del referéndum».¹²

1.2.2. El referéndum constitucional

La Constitución también dispone el referéndum para enmiendas constitucionales. De acuerdo al Artículo 89: «El Presidente de la República, bajo la recomendación del Primer Ministro, y miembros del Parlamento igualmente tendrá el derecho de proponer enmiendas a la Constitución. Un acta del gobierno o de un solo miembro de enmendar la Constitución debe ser... aprobada por las dos cámaras en los mismos términos. La enmienda deberá tener efecto después de la aprobación por referéndum». Un referéndum no es necesario, sin embargo, «cuando el Presidente de la República decide someter al Parlamento reunido en Congreso; el acta de gobierno para enmendar la Constitución será solamente aprobada si es pasada por tres quintas partes de la mayoría de votos realizados».

1.2.3. El referéndum en el ámbito internacional.

En 2005, el Artículo 88-5 fue agregado a la Constitución para requerir un referéndum respecto a cualquier ley que autorice la ratificación de un tratado que gire en torno a la adhesión de un Estado a la Unión Europea. Esta adición fue claramente política, con la intención de asegurar de que el pueblo francés tuviera voz en la decisión de admitir a Turquía en la Unión Europea y por lo tanto de separar esa cuestión de aquella de la ratificación de Francia por referéndum del tratado que establecía una Constitución para Europa, la cual iba a tomar lugar aquel año. A pesar

¹² G. Conac & J. Le Gaill, Artículo 11, en F. Luchaire, G. Conac & X. Prétot, *La Constitution de la République Française: Analyses et commentaires*, 3 ed., París, 2009, 425-426.

de esta maniobra, el Tratado fue derrotado (un 55% por el «no»). En 2007, el Artículo 88-5 fue enmendado para permitir la ratificación de un tratado de adhesión a la Unión Europea por acción parlamentaria bajo la iniciativa del Presidente de la República como alternativa en lugar de someterlo a referéndum.

1.3. El referéndum nacional en acción

En enero de 1961 y abril de 1962, el General De Gaulle utilizó dos referéndums para obtener la aprobación de la gente por una política que el quería llevar a cabo para lidiar con la situación de Algeria. Ambas votaciones tuvieron el carácter de plebiscitos: a los votantes no les fueron dadas dos alternativas para elegir aquella que prefirieran o solamente una propuesta con la posibilidad de rechazarla y votar por una alternativa en el futuro (como pasó en 1946 con la Constitución de la Cuarta República), sino solamente de aprobar la política ya decidida sin una posibilidad real de reemplazarla con otra, que implicaría otro futuro referéndum.¹³

Un tercer referéndum tomó lugar en octubre de 1962 respecto a la enmienda de la Constitución para la elección popular directa del Presidente de la República. La Constitución original disponía que el Presidente de la República sería electo por un colegio electoral compuesto por alrededor de 80,000 miembros (oficiales electos y nacionales). La enmienda propuesta por el General De Gaulle proponía para la elección directa del presidente el sufragio universal. El efecto de este cambio en el método de elección para el presidente incrementaría significativamente su legitimidad y por tanto su poder. Éste sería entonces el depositario de la soberanía nacional, delegada a éste por la voluntad popular. De Gaulle invocó el procedimiento del Artículo 11 de la Constitución en su búsqueda por apoyo popular, en lugar del procedimiento del Artículo 89, el cual es específicamente aplicable para las enmiendas constitucionales. Al hacer esto, él buscó evadir la intervención del Parlamento, como el Artículo 89 requería. El uso del procedimiento del Artículo 11 era legalmente altamente sospechoso y casi ciertamente

¹³ Véase H. Ehrman, *Direct Democracy in France*, en *The American Political Science Review*, vol. 57, No. 4, 891-893.

inconstitucional.¹⁴ En una decisión importante, el Consejo Constitucional decidió que no tenía la competencia de revisar una ley adoptada por referéndum. Ya que es un acto del poder constitutivo y «una expresión directa de la soberanía nacional».¹⁵

El efecto colectivo de estos tres referéndums era el mover el sistema político francés en la dirección del espectro político bonapartista. Francia se había convertido en una «monarquía republicana»¹⁶ y la Constitución en «una constitución presidencial».¹⁷ Todo esto cambio sin embargo, con el subsecuente referéndum, el cual tomó lugar en 1969, debido a las acciones del propio Presidente De Gaulle. La propuesta del presidente, nuevamente utilizando el Artículo 11 para enmendar la Constitución (esta vez para modificar ciertas disposiciones relativas al Senado y la creación de una nueva unidad del gobierno local, la región) fue derrotada. El Presidente De Gaulle consideró el rechazo a su propuesta como un voto de no confianza a su liderazgo, y renunció inmediatamente de la presidencia. Esta fue la última vez que un presidente hizo uso del Artículo 11 para enmendar la Constitución y de esta manera evitar la participación del Parlamento. Provocó también, gracias a la renuncia del Presidente De Gaulle, una recalibración de las relaciones entre el presidente y la gente: el presidente era, en realidad, responsable ante el pueblo, sin su apoyo, el no poseía más la legitimidad para ejercer el poder.

Tres años después, el sucesor del presidente De Gaulle, Georges Pompidou, sometió a referéndum popular la cuestión de la ampliación del mercado común (la admisión de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca). El presidente Pompidou quería reforzar su posición política, de manera

¹⁴ Las deliberaciones del Consejo Constitucional cuando fue verificado la propuesta de la ley de referéndum antes de su remisión al pueblo, indicaban que los miembros tenían substanciales reservas respecto al uso del procedimiento del Artículo 11, pero le dieron cabida ante la situación política del momento. *Séance du 2 octobre 1962, Avis sur le référendum relatif à l'élection du président de la République au suffrage universel direct*, en B. Mathieu et al., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnelle*, París, 2009, 99-112.

¹⁵ Decisión del 6 de noviembre de 1962, 62-20 DC, Rec. 27. Véase también, *Séance du 6 novembre 1962, Décision No. 62-20 DC, Loi grandes référendaire relative à l'élection du président de la République au suffrage universel direct*, en B. Mathieu et al., *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnelle*, París, 2009, 113-114.

¹⁶ Véase, por ejemplo, C. De Gaulle, Conferencia de Prensa del 31 de enero, 1964, en *Les grands textes de la pratique constitutionnel de la V^e République (D. Maus, coord.)*, París, 1998, 42-44.

¹⁷ J. Gicquel & J-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques* (23 ed.), París, 2009, 494.

interna y externa, para lidiar con cuestiones concernientes a la membresía de Francia en el Mercado Común y además reestablecer el referéndum presidencial, el cual era muy importante para la concepción de gobierno degaullista. Aunque los votantes votaron por el «sí» a la pregunta presentada, la participación fue muy baja y el prestigio del presidente Pompidou salió disminuido del proceso.

Solamente ha habido otros cuatro referéndums desde 1972, en 1988 respecto al estatus y evolución de la nueva Caledonia (Acuerdos Matignon), en 1992 respecto al Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), en el 2000 respecto a la reducción del período presidencial de siete a cinco años (*le quinquenat*), y en 2005 respecto a la Constitución europea. Los votantes aprobaron los Acuerdos Matignon y el Tratado de Maastricht, pero el alto grado de abstencionismo en el primer referéndum y pequeña mayoría (51%) en el segundo tuvieron el efecto de debilitar políticamente la presidencia de Mitterand.

Los dos referéndums durante el período del presidente Chirac tuvieron los mismos resultados: 70% de abstencionismo por parte de los votantes en el período presidencial; y la Constitución europea fue derrotada (55% por el «no», con una participación de solamente el 30%). Uno puede decir que después del presidente De Gaulle el referéndum ya no servía como un instrumento de autoritarismo sino en cambio como un medio de participación de la gente en las decisiones importantes por razones políticas.

1.4. El referéndum local

En 1982 Francia se embarcó en un gran esfuerzo de descentralizar la toma de decisiones y el proceso administrativo. Después de las decisiones del Consejo Constitucional, el cual impidió la devolución del poder a las subdivisiones políticas (regiones, departamentos y comunas) porque aquello violaba el principio constitucional de indivisibilidad de la República santificado en el Artículo 1, la Constitución fue enmendada en 2003 para eliminar las barreras legales de descentralización. Texto fue agregado al Artículo 1°, el cual dice ahora, en un relevante parafraseo: «Francia será una indivisible...República...Estará organizada sobre una base descentralizada». (La adición de 2003 está en *italicas*). El título de la Constitución que lidia con las unidades territoriales (*les collectivités*

territoriales) fue substancialmente modificado. El Artículo 72 establece el principio de subsidiariedad («Las comunidades territoriales podrán tomar decisiones en cuestiones que surjan bajo los poderes que pueden ser ejercidos a su nivel») y acuerdos regulatorios de poder (*le pouvoir réglementaire*) a las unidades territoriales dentro del dominio de sus competencias. Tal vez la parte más significativa de las enmiendas de descentralización es la abolición del control (*tutelle*) que el prefecto (*préfet*) anteriormente ejercía sobre las decisiones de las autoridades locales. Renombrado el «representante del Estado» (*le représentant de l'Etat*), éste ya no poseía el poder de anular decisiones bajo la base de su legalidad o su deseabilidad desde una perspectiva política. Su función ahora es de «representar cada uno de los miembros del gobierno, ...(y) de ser responsable de los intereses nacionales, supervisión administrativa y aplicación de la ley». (Art. 72(6)) Si éste considera que una acción de un oficial local o cuerpo deliberativo local no está conforme con la ley o la Constitución, su sola decisión es de informarlo al tribunal administrativo. Ya no tiene la competencia de anularlo por sí mismo.

Las enmiendas de 2003 iniciaron un nuevo acercamiento no solamente a la descentralización de las competencias de toma de decisiones y de limitar el poder de representación del gobierno, pero además de permitir algún grado de democracia directa a las unidades territoriales subnacionales. La Constitución ahora permite a los votantes en las unidades territoriales el ejercer el derecho de petición: «Las condiciones bajo las cuales los votantes de cada comunidad territorial pueden emplear su derecho de petición respecto a materias dentro de los poderes comunales para incluirla en la agenda de su Asamblea Deliberativa será determinada por el estatuto». (Art. 72-1(1)) Las unidades locales territoriales pueden asimismo llevar a cabo referéndums respecto a cuestiones que se encuentren dentro de las competencias de su unidad: «En las condiciones determinadas por un acto institucional, proyectos de decisiones o actos dentro de las facultades de una comunidad territorial podrán, bajo la iniciativa de la última, ser sometidos a la decisión de los votantes de dicha comunidad a través del referéndum». (Art. 72-1(2)) Hay también provisiones constitucionales que ahora permiten, y en algunos casos requieren, un referéndum en cuestiones vinculadas a la modificación de las fronteras de las unidades territoriales o la creación o modificación de las unidades territoriales con un estatus especial (Art. 72-1(3)) y cambios en la organización de un listado de departamentos y territorios de ultramar (Art. 72-4 (2)).

1.5. La democracia participativa¹⁸ y la democracia de proximidad¹⁹

Las virtudes simbólicas y democráticas de lo «local» han variado de tiempo a tiempo dentro de la historia francesa: lo local es alguna vez denunciado como lugar del clientelismo, aristocracia y parroquialismo y otra vez es alabado como el lugar de ciudadanía, participación, innovación, experimentación, flexibilidad y fundación de legitimidad política.²⁰ Los eventos de mayo de 1968 en Francia colocaron a lo «local» bajo una luz positiva como el lugar donde «la clase media» podría vindicar sus prerrogativas en contra de la élite de la clase política.²¹ Estos factores dieron cabida a voces a favor de la participación democrática a nivel local. Este movimiento ganó fuerza durante los 1980s y 1990s con la legislación de descentralización promulgada en 1982 y sucesivas modificaciones a la Constitución permitieron la devolución de la responsabilidad decisional a los niveles inferiores del Estado (l'Etat).²² Aun más, el siempre creciente *output* de la Unión Europea, el cual fue impactando económica y socialmente más y más con las reglas y regulaciones prescritas por autoridades supranacionales distantes, incrementando el deseo por más participación política de los ciudadanos a nivel local, más cercano a ellos, donde podrían sentirse con más control de sus vidas diarias.²³

En 2002, para responder a los llamados por más participación política de los ciudadanos a nivel local, el Parlamento promulgó una ley de de-

¹⁸ Respecto a los primeros libros influyentes en cuanto a la idea de democracia participativa, véase C. Pateman, *Participation an Democracy Theory*, Cambridge, 1970; C.B. Macpherson, *The Life and Times of Liberal Democracy*, Oxford, 1977.

¹⁹ Sobre democracia de proximidad, véase M.-H. Bacqué, H. Rey & Yves Sintomer, *Gestion de proximité et démocratie participative*, París, 2005. Véase también la excelente colección de artículos sobre democracia local, *La démocratie locale, Représentation, participation et espace public*, París, 1999.

²⁰ R. Lefebvre, *Retour sur les années 1970. Le parti socialiste, l'autogestion et la démocratie locale*, en M.-H. Bacqué & Y., Sintomer, *la démocratie participative: Histoire et généalogie*, París, 2011.65.

²¹ *Ibidem*.

²² Véase *Comité pour la réforme des collectivités locales présidé par Edouard Balladur, I lest temps de décider: Rapport au Président de la République*, París, 2009; Pierre Mauroy, *Re-fonder l'action publique locale: rapport au Premier ministre*, París, 2000.

²³ R. Lefebvre, *Retour sur les années 1970. Le parti socialiste, l'autogestion et la démocratie locale*, en H.-M. Bacqué & Y Sintomer, *La démocratie participative: Histoire et généalogie*, París, 2011, 65.

mocracia de proximidad.²⁴ Un examen de esta ley y de su progreso a través del proceso legislativo revela la actitud actual francesa hacia la democracia directa a nivel local. La historia comienza con el reporte *Refonder l'action publique* (Reconstruyendo la Acción Pública) del año 2000 por el ex-Primer Ministro Pierre Mauroy. En su letra de instrucciones al Sr. Mauroy, primer ministro en ese momento, Lionel Jospin, escribió: «Las autoridades locales se han convertido en actores principales en la vida económica, social y cultural. Con ellos, la acción pública ha sido enriquecida y mejorada. Una mayor entrada a oficios electivos locales en todas las categorías sociales, más participación de los ciudadanos en la democracia local, y más responsabilidad fiscal de las unidades locales políticas puede consolidar la democracia en la mente de sus ciudadanos».²⁵ Reconociendo que la «geografía humana» de Francia ha cambiado «profundamente» desde la promulgación de la primera ley de descentralización en 1982 y que las medidas de descentralización, ya adoptadas, y la «construcción Europea» han traído a cuestión el modelo actual de descentralización («La democracia local no es siempre vista como suficientemente local o suficientemente democrática»), el reporte formuló varias recomendaciones relevantes para la democracia directa.²⁶ Su principal recomendación fue la de crear consejos de proximidad en las ciudades de más de 20,000 habitantes y de alentar su desarrollo en otras ciudades. Estos consejos serían designados por el consejo municipal; estos proveerían una conexión entre la gente del vecindario y las autoridades municipales para permitir a la gente el proporcionar su consejo, para el intercambio de ideas y abrir canales de comunicación con los proveedores de servicios públicos para responder a los caprichos de la vida cotidiana; y las autoridades municipales proveerán información y recursos a ellos para operar efectivamente.

²⁴ *Loi no 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, J.O.R.F./LD 03808*. Una ley de 1992 había ya comenzado el proceso de «garantizar la democracia local». *Loi d'orientation no. 92-125 du février 1992 relative à l'administration territoriales de la République, J.O.R.F.* (citation) (Art. 10: «Los derechos de los habitantes de la comuna de ser informados y consultados respecto de las decisiones que les conciernen, inseparable de la libre administración de las unidades territoriales, es un principio esencial de la democracia local»).

²⁵ Lionel, Jospin, *Lettre de mission, Refonder l'action publique locale*, Annexe 1, 141-142.

²⁶ El reporte también propone muchos cambios para mejorar la democracia representativa.

El acta presentada al Parlamento por el gobierno fue llamada «Acta de Democracia de Proximidad»²⁷ y su primer título, el cual establecía los consejos de proximidad fue «Democracia de Proximidad». El primer capítulo del primer título fue «Participación de los Residentes de la Vida Local». Durante la primera lectura en la Asamblea Nacional, el primer título fue cambiado a «Democracia Participativa» y el primer capítulo de «Participación de los Residentes en la Democracia Local».²⁸ La razón para estas enmiendas era el de simbolizar y de acentuar la participación de los residentes en el manejo de la comunidad, así como en el debate político más generalmente. Como un diputado dijo, es una cuestión de una «declaración de principio». Sin embargo, el Senado (el cual representa los intereses de las comunidades territoriales del país) no accedió; y los títulos originales fueron restaurados por la comisión mixta.²⁹

El Reporte Mauroy recomendó que los consejos de proximidad fueran establecidos obligatoriamente en las comunas con 20,000 habitantes o más. El acta de gobierno requirió el establecimiento obligatorio de los consejos de proximidad en comunas con 50,000 habitantes o más. Los diputados de izquierda de la Asamblea Nacional buscaron en vano enmendar el acta para requerir el establecimiento de consejos de proximidad en todas las comunas, arguyendo que «el umbral de 50,000 habitantes para la creación de consejos de proximidad aplicaría solamente a 14 millones de personas y solamente a 112 ciudades». El texto final, como emergió de la comisión mixta, requirió la creación de consejos de proximidad en comunas con más de 80,000 habitantes.

La ley que emergió del Parlamento autoriza a los consejos municipales el determinar los límites de los vecindarios, la composición de los consejos de proximidad, y sus procedimientos. Los consejos pueden ser consultados por el alcalde y éste puede presentar propuestas a ellos de cualquier índole relativa al vecindario o la ciudad. El alcalde los puede involucrar en la formulación, operación y evaluación de acciones que son del interés para el vecindario y en aquellas acciones tomadas con

²⁷ Assemblée nationale, *Projet de loi relatif à la démocratie de proximité*, no. 3089 (29 mai 2001).

²⁸ Assemblée nationale, *Projet de loi adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, texte adopté* no. 691 (25 juin 2001).

²⁹ *Rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire chargé de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la démocratie de proximité*, Assemblée nationale no. 3560, Sénat no. 192 (4 février 2002).

base en las políticas de ciudades amplias. (Art. L. 2143-1) Críticas a la ley argüían que al dar el papel principal al alcalde y a los consejos municipales, así como de limitar las áreas objetivo dentro de las cuales los consejos municipales pueden participar en asuntos puramente locales (en lugar de, por ejemplo, permitir al consejo de expresarse en las políticas nacionales que podrían haber tenido un impacto significativo en la ciudad), la ley promulgada por el Parlamento indebidamente limita la democracia participativa a nivel local.

Resumiendo el efecto general de la ley, Antoine Bevort dice: « el gobierno y los miembros del Parlamento prefirieron negar el poder real de los ciudadanos y su derecho a participar en las decisiones concernientes a la comunidad y de preservar los privilegios de los oficiales locales electos.³⁰ Bevort llama a este modelo de arriba para abajo»,³¹ el cual ve como una réplica de la estructura del gobierno central (l'Etat o el Estado) a nivel local: las comunas parecen «pequeñas monarquías republicanas».³²

¿Qué está ocurriendo en la práctica a nivel local en Francia con respecto a la participación de sus habitantes en la formulación de las políticas y la supervisión de su eficacia? ¿Son las preocupaciones expresadas por Antoine Bevort justificadas o han sido realizados en la práctica los requisitos para la participación de los ciudadanos en el gobierno local? Hay cuatro principales cuestiones que deben ser contestadas: (1) ¿Son los consejos de proximidad u otros mecanismos de participación de los residentes realmente representativos de la población local? (2) ¿Son realmente éstos independientes de las autoridades políticas locales (¿alcaldes y consejos municipales?) (3) ¿Pueden discutir y formular recomendaciones respecto a todas las cuestiones concernientes a ellos, incluyendo cuestiones que tienen aspectos comunales, regionales, nacionales e internacionales? (4) ¿Sus discusiones y recomendaciones tienen un real impacto en el proceso de toma de decisiones de la comunidad? La evidencia hasta la fecha es mixta; y estudios indican que hay bases sustanciosas para el pesimismo.³³ En cualquier caso, es posible que un nuevo paradigma esté emergiendo. De acuerdo a tres principales estudiosos franceses de la democracia participativa:

³⁰ A. Bevort, *Pour une démocratie participative*, París, 2002, 112.

³¹ *Ibidem.*, 115.

³² *Ibidem* 120.

³³ Cfr., los artículos en el libro M.-H. Bacqué, Henri Rey & Yves Sintomer, *Gestion de proximité et démocratie participative: Une perspective comparée*, París, 2005.

- Hasta hora, la idea de que los votantes tienen el monopolio en el interés general y que el sistema político es inmune en contra de las presiones de los ciudadanos, se están volviendo ampliamente ilegítimas, mientras que las raíces de la acción y del modo «participativo» se están poco a poco desarrollando en temas centrales de las dinámicas de la democracia; al mismo tiempo, la acción pública está dejando su insolación y está abriendo cada vez más a otros que oficiales de carrera.³⁴

2. ITALIA

2.1. El referéndum en la Asamblea Constitutiva

La Asamblea que estaba encargada de redactar la nueva Constitución italiana fue electa el 2 de junio de 1946 por un cuerpo electoral llamado a las urnas después de veinte años de fascismo y por primera vez por sufragio universal, masculino y femenino. Al mismo tiempo de la elección de los diputados de la Asamblea Constitutiva, el electorado tenía que elegir, por referéndum, la forma institucional del Estado. La decisión de colocar al pueblo a decidir en favor de la monarquía o la república no fue del todo autoevidente. Inicialmente, el Decreto No. 151 del 25 de junio de 1944, había encomendado a la Asamblea Constituyente la decisión de la forma institucional, pero dos años más adelante, con el Decreto No. 98 del 16 de marzo de 1946, un acercamiento contrario prevaleció y la decisión fue dada al pueblo. Este acercamiento, avocado por De Gasperi y apoyado por los gobiernos Aliados, fue opuesto por Togliatti y otros políticos,³⁵ e incluso durante el trabajo de la Asamblea constituyente ellos buscaron oponerse al uso del referéndum de cualquier forma posible.

³⁴ M.-H. Bacqué, Henri Rey & Yves Sintomer, *Conclusion: La démocratie participative, modèle et enjeux*, en *ibidem.*, 305-306.

³⁵ A. Barbera & A. Morrone, *La repubblica dei referendum*, Il Mulino, Bologna, 2003. Véase también G. Ambosini, *Referendum*, Bollati Boringhieri, Torino, 1993, 22, quien contrasta los partidos de izquierda, que pelearon para que el voto tomará lugar en la Asamblea Constituyente, con los grupos cercanos a la Monarquía, que favorecían el referéndum «a lo cual los Demócratas Cristianos no presentaron ningún obstáculo». Sobre las razones y consecuencias de esta decisión, véase T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Giuffrè, Milano, 1997 ss

La dicotomía entre la democracia directa y la democracia representativa, por lo mismo, yace en las raíces de la nueva república italiana. El hecho de que la elección de una forma republicana de gobierno fue hecha por los mismos votantes que eligieron la Asamblea Constituyente hizo esencial para la Constitución el incorporar instrumentos de democracia directa. La incertidumbre de varios miembros de la Asamblea Constituyente respecto a estos instrumentos, sin embargo, encaminó a una ambigua decisión indirecta.³⁶ Durante un largo periodo el cual corre de la etapa del comité hasta las sesiones plenarias, hubo una fuerte oposición, en parte dentro los partidos mismos,³⁷ entre aquellos que miraban a favor de la introducción de formas de democracia directa que permitirían la supervisión del pueblo, como último depositario de la soberanía después de todo, de las asambleas representativas, y de aquellos que veían con suspicacia y temor las herramientas de democracia directa que podrían poner en cuestión el poder de decisión de las instituciones representativas.

En la Asamblea Constituyente, la cuestión del referéndum fue considerada por primera vez el 3 de septiembre de 1946, en el segundo subcomité por el relator Constatino Mortati en la función de la legislatura.³⁸ Lidiando con el «papel dado a la gente como un órgano de poder legislativo», Mortati al principio abordó el problema al comparar las soluciones propuestas con aquellas adoptadas en un número de otros países. El observó al inicio que la participación política de la gente a través del referéndum es un requisito que se manifiesta así mismo más intensamente en aquellas jurisdicciones con mayor rigidez, tales como Suiza o los Estados Unidos, donde el plazo constitucional de los órganos tiene un tiempo determinado, comparado con los sistemas parlamentarios donde los me-

³⁶ De acuerdo a A. Chimenti, *Storia dei referendum: dal divorzio alla riforma elettorale*, 1974-1992, 2da coord., Laterza, Roma-Bari, 1993, 3 ss, desde el hecho que la Asamblea Constituyente nació de una votación conectada al referéndum, hubo un entusiasmo inicial por la democracia directa, pero pronto los temores por las consecuencias vinieron a predominar. Véase también G.M. Salerno, Referendum en *Enciclopedia del Diritto*, giuffrè, Milano, 1988, XXXIX, 208, y G. Ambrosini, *Referendum*, supra n. 1, 37. Respecto al debate de la Asamblea Constituyente, véase Id., 24 ss.

³⁷ Véase S.P., Panunzio, *Esperienze e prospettive del referendum abrogativo*, en *Attualità e attuazione Della Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 1979, 66 ss; A. Chimenti, *Storia dei referendum*, supra n. 2, 6; G. Busia, *Il referendum costituzionale fino al suo debutto: storia di un «cammino carico» di oltre cinquant'anni*, en 8(2) *Nomos* 27 (2003), 27 ss.

³⁸ *La Costituzione Della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, VII, *Camera dei Deputati*, Roma, 1971, 907 ss.

canismos son más flexibles al permitir el voto de la gente en cualquier momento durante la disolución del Parlamento. Pero, en los sistemasparlamentario, de acuerdo a Mortati, la intervención de la gente todavía puede lograr una función útil de balance, al promover la educación política de la gente y al imponer a los partidos políticos a tener más contacto con la gente en asuntos concretos, y por lo tanto atemperar la omnipotencia de los partidos. Los oponentes al referéndum criticaban que era un elemento desarmonizador del proceso político. Así, ¿cuál fue la solución más apropiada? Mortati refirió a las primeras asambleas francesas, anteriores a la Revolución Francesa, en las cuales la gente participaba, no para decir «sí» o «no», pero para tomar parte en el debate. De acuerdo a este modelo, uno podría imaginar que la gente convocada para decir «sí» o «no», ya sea agrupada en apropiados cuerpos colegiados o no, sería capaz de debatir y de proponer enmiendas antes que el asunto entrara a votación. Recordando las prácticas de Norteamérica que permitían a la gente el condicionar su consentimiento respecto la aceptación de ciertas enmiendas. Ninguna referencia explícita fue hecha por Mortati a la Constitución de Weimar, incluso aun cuando él había concluido un estudio de la misma, en el cual él notó³⁹ que la implementación de la democracia directa no podría «ser cargada, aunque esto es válido para los casos de regimenes puramente representativos, con la introducción de un elemento que desarmoniza o altera, dentro de las instituciones de acción constitucional, porque éstas son adecuadas para un orden legal que da a la gente una función dinámica, en un sentido material, dentro de la acción del Estado... Es de observarse que cuando hay una división de la gente en múltiples tendencias, cuando grandes masas de ciudadanos permanecen fuera de los partidos políticos, y fallan en fundirse alrededor de una opinión común, cuando, en otras palabras, ellos carecen de los medios apropiados para organizar y expresarse claramente...las instituciones concernientes están destinadas a permanecer inutilizadas en la práctica, como pasó en Weimar». En este libro, por lo mismo, Mortati había expresado un juicio positivo de las provisiones de la Constitución de Weimar respecto al referéndum, arguyendo que el fracaso en implementarlas fue a causa de la incertidumbre política y las circunstancias que existieron en Alemania después de su entrada en vigencia. Proponiendo a la Asamblea Constitutiva un sistema similar, Mortati evidentemente creía que este fenómeno no ocurriría en la Repú

³⁹C. Mortati, *La Costituzione di Weimar*, Sansoni, Firenze, 1946, 35 ss.

blica italiana.⁴⁰ Era probable, sin embargo, que los temores a la referencia de la experiencia de Weimar pudieran hacer surgir reservaciones a los miembros de la Asamblea respecto a la propia democracia directa, y para tomar un acercamiento más directo de proponer distintos tipos de referéndums, como será visto más tarde.

La falta de una referencia a la Constitución de Weimar, más aún, parece estar también presente en el artículo de la promulgación de las leyes propuestas por Mortati dos meses más tarde, el 21 de diciembre de 1946. Al contrario de las disposiciones realizadas por el Comité Coordinador, las enmiendas propuestas por Mortati señalaban que «la promulgación será suspendida cuando, dentro del tiempo anteriormente señalado, un referéndum popular sobre la ley ha sido iniciado por el Jefe de Estado o por un porcentaje de votantes referidos en este artículo...». Motivando la enmienda, Constatino Mortati destacó, que el reconocimiento del poder del Presidente de la República aseguraría una mayor independencia respecto del Parlamento y de esa manera permitirle ejercer eficientemente su poder.⁴¹ Al otorgarle a la iniciativa, no solamente al pueblo, sino también al Jefe de Estado,, facilitaría «la determinación de una certera voluntad popular, la cual, dejada por sí sola, tomaría una menor puntual y decisiva forma y por lo tanto no lograría alcanzar la meta a la cual el referéndum apunta».⁴² Tosato también favoreció esta solución. Él remarcó la necesidad de evitar una disposición en la cual el Presidente de la República deba enviar al Parlamento un acta particular, la cual se encontraría bajo la total merced de dicho cuerpo. Tosato es una voz aislada. La propuesta que el referéndum pueda ser llevado a cabo por iniciativa del Jefe de Estado es puesta a votación y no es aprobada. Siguiendo la petición de Paolo Rossi, una votación respecto a la posibilidad de un referéndum por iniciativa popular no fue llevada a cabo, pero es propuesta en orden de permitir que el asunto del referéndum se examinado en su totalidad.

⁴⁰ Una propuesta diferente es tomada por S. Basile, *Il referendum nell'Italia liberale, Dibattiti ed esperienze, 17(1) Il pensiero politico (1993) 27*, en 56 ss de acuerdo a quien «La concreta experiencia de Weimar, respecto y sobre el modelo textual, fueron de mínima influencia para Mortari, ni mencionar a otros como Fabbri, quien, en aparente ignorancia de los desastres ya producidos, propuso la provisión del quórum para los participantes».

⁴¹ *La Costituzione Della Repubblica nei lavori preparatori*, supra n. 4, 1631.

⁴² Id., 1632.

Aun así, poco después un tema similar fue presentado al subcomité. La versión del Comité de Coordinación dispuso que, en caso de desacuerdo entre las Cámaras del Parlamento, si una rechazaba la propuesta de ley de la otra, el Jefe de Estado podría celebrar un referéndum o, alternativamente, disolver el Parlamento. Dentro de las participaciones que vale la pena destacar está la del Sr. Bolloni, de acuerdo a quien el referéndum es un instrumento de iniciativa popular, el cual sería distorsionado si pudiera ser convocado por el Jefe de Estado. La votación respecto a la posibilidad del Jefe de Estado de convocar a un referéndum nuevamente falló, con siete votos a favor y trece en contra.⁴³

Resumiendo, la discusión general respecto al referéndum, Mortati, encargado de redactar artículos relevantes, quiso clarificar ciertos aspectos para ser capaz de formular una propuesta conjunta. La idea de un referéndum consultivo fue descartada, por las consecuencias que traería. Debido a que la gente es el cuerpo político más calificado en el Estado democrático, sus decisiones deberían ser vinculantes. En el caso de un resultado negativo, el referéndum consultivo debería requerir la disolución del Parlamento, ya que éste no reflejaría la voluntad de la nación. Dudas fueron también levantadas respecto al referéndum iniciado por el Parlamento, porque pondría en duda el papel del Parlamento como representante del pueblo.⁴⁴

La propuesta de referéndum presentada por Constatino Mortati al segundo subcomité el 17 de enero de 1947, ampliamente reprodujo las provisiones de la Constitución de Weimar, aunque Mortati, como se ha visto, no hizo referencia explícita a ésta. En cambio, el citó, más generalmente otras experiencias, como la suiza, la norteamericana y la francesa. El propuso dos iniciativas de referendums por el Gobierno y dos para la gente.⁴⁵ El boceto de Mortati disponía que el gobierno podría llamar a referéndum para suspender una ley aprobada por el Parlamento o, en el caso contrario, de promulgar un acta rechazada por el Parlamento. De acuerdo a Mortati esto llevaría a un conflicto entre el Gobierno y el Parlamento, pero uno que no sería tan serio como para llevar al gobierno en crisis y que podría ser resuelto por el voto popular. El poder formal de convocar a referéndum es conferido al Jefe de Estado por un acto que

⁴³ Id., 1636.

⁴⁴ Id., 1637.

⁴⁵ Id., 1641.

es contrafirmado por la cabeza del Gobierno. También hay dos provisiones para dos referéndums por iniciativa popular: uno para repeler una ley que entra en fuerza y otra para introducir *enmiendas* al acta. El boceto también proveía que una ley desaprobada por voto popular no puede ser nuevamente presentada dentro de un periodo de dos años y que la ley del presupuesto o el voto de la cámara alta para autorizar la ratificación de un tratado internacional no podían ser objeto de referéndum. El boceto preveía referéndums regionales para leyes y actos administrativos, lo que era obligatorio en el caso de asumir servicios públicos, la contratación de deudas y el desembolso de pagos a ciertas entidades.

Un número de oradores adelantaron algunas preocupaciones, especialmente en dos puntos: El establecimiento de un quórum para la validez del referéndum y el papel del Jefe del Estado. Entre los pocos que hablaron a favor de permitir un discurso por el Jefe de Estado, es de mencionar el Sr. Tosato, de acuerdo a quien es importante el garantizar la posibilidad de también tener opiniones diferentes expresadas en el Parlamento.⁴⁶ Einaudi destacó que el referéndum debería ser permitido como remedio del sistema representativo, pero es importante el explorar otros aspectos relacionados con la formulación de la pregunta. Desde esta perspectiva Mortati notó que para este propósito el boceto provee una referencia a la ley, pero también podría indicar dos directivas para la legislatura: una concerniente a la necesidad de autenticidad de las firmas y la otra a los procedimientos del referéndum de tal manera que la gente sería capaz de votar sabiendo respecto a lo que van a votar.⁴⁷ Yendo más específicamente a la votación de los artículos propuestos por Mortati, el segundo subcomité rechazó la posibilidad de que el Presidente de la República sometiera a referéndum leyes pasadas por referéndum o actas del Parlamento en las cuales haya un desacuerdo entre las dos cámaras.⁴⁸ Encarado con varias reservaciones y dudas levantadas respecto a varios aspectos de su propuesta, Mortati consideró necesario el reiterar las razones del referéndum.⁴⁹ La posibilidad de un veto popular sería útil, para el interés general y el fortalecimiento de la autoridad del Parlamento. El Parlamento puede también cometer errores y por lo mismo no reflejar exactamente la voluntad del pueblo. Si es aceptado que la soberanía reside en la voluntad

⁴⁶Id., 1648.

⁴⁷Id., 1650.

⁴⁸Id., 1652.

⁴⁹Id., 1662 ss

del pueblo, debemos por eso aceptar el veto del pueblo por referéndum. Más aún, el referéndum también hace posible el despertar el interés de la gente en asuntos de importancia para el país, promoviendo una mayor educación política y el desarrollo de una democracia saludable en Italia. Después de una larga discusión y varias propuestas, el segundo subcomité aprobó un artículo que dice lo siguiente: «Será llevado a cabo un referéndum respecto a una ley aprobada por el Parlamento, cuando sea pedido por 500,000 votantes o siete asambleas regionales. El tiempo para la promulgación será suspendido si, dentro de 15 días desde la publicación provisional de la ley, 50,000 votantes o tres asambleas regionales toman la iniciativa de llamar a referéndum, de acuerdo con el primer subpárrafo, debe ocurrir dentro de dos meses desde la fecha de publicación. Un acta que las dos Cámaras, por una mayoría absoluta, han declarado de tener un carácter urgente no pueden ser sujetas de referéndum». El siguiente párrafo es entonces añadido: «Leyes para la autorización de ratificar un tratado internacional y leyes de presupuesto no pueden ser objeto de referéndum».

Falta el examinar la posibilidad de un referéndum respecto a una iniciativa popular de un acta, cuando el acta no es considerada dentro de un periodo de seis meses, o es desechada o sujeta de enmiendas, o la abrogación de una ley ya en vigor. Mortati agrega que la ley propuesta de iniciativa popular pueda ser objeto de referéndum directo, sin la consideración del Parlamento (al invocar, aunque no explícitamente, el único tipo de referéndum que, como se recordara, fue actualmente llevado a cabo en la República de Weimar). En su votación, sin embargo, el Segundo Subcomité rechazó esta propuesta y entonces también el referéndum respecto a la iniciativa popular de un proyecto de ley rechazado por el Parlamento. En cambio, adoptó una disposición que requería referéndum para la abrogación de leyes y decretos legislativos. También aprobó una disposición de acuerdo a la cual la propuesta objeto de referéndum es aprobada cuando recibe una mayoría de votos validos proveyendo que dos quintas partes de los votantes hayan participado en la votación.

El texto que disponía el referéndum preventivo-suspensivo y abrogatorio fue sometido a sesión plenaria el 29 de enero de 1947. Aquí el oponente más incondicional del referéndum fue Togliatti, quien lo consideraba antidemocrático, porque permitiría a un partido altamente organizado el suspender el Parlamento y por lo tanto la vida constitucional. A

pesar de las objeciones, la sesión plenaria rechazó por lista de los presentes la propuesta, adelantada por Grassi, de eliminar el referéndum preventivo. Aquellos a favor de eliminarlo fueron Einaudi, Fanfani, Maria Federici, Moro, Mortati, Perassi y Tosato. Un texto acordado fue adoptado, el cual incluía una enmienda propuesta por Perassi, de excluir del referéndum preventivo las leyes aprobadas por una mayoría de dos terceras partes de los miembros de cada Cámara.

El debate respecto al referéndum tomó lugar en la Cámara de Diputados el 16 de octubre de 1947. La primera enmienda fue presentada por Codacci Pisanelli, quien propuso sustituir el referéndum preventivo con la posibilidad de suspender la ley por parte de la Corte Constitucional. Bozzi, Cifaldi y Nitti propusieron en cambio el abolir el referéndum preventivo.

La eliminación del primer párrafo, el cual disponía el referéndum preventivo, fue puesta a votación y aprobado. La eliminación del segundo párrafo, del referéndum abrogativo, no fue aprobado por votación de lista. Hubo 107 votos a favor de la eliminación, incluyendo a Togliatti, Nenni y Laconi, mientras los 209 que votaron por la retención del referéndum abrogatorio fueron Mortati, Codacci Pisanelli, De Gasperi, Einaudi, Gronchi, Moro, Perassi y Ruini. Es interesante observar que la mayoría de las mujeres votaron en contra del referéndum: diez votaron por la abolición del referéndum abrogatorio (10 de los 107 que votaron en contra), mientras que solamente siete votaron porque se mantuviera (7 de 209 que votaron a favor). Un podría pensar que las primeras mujeres escogidas para formar parte de la asamblea representativa más importante tenderían a poner mayor confianza en las instituciones representativas que en las formas de democracia directa, de las cuales los resultados todavía eran inciertos. Las diputadas del PCI, Ottavia Penna de *Uomo Qualunque*, y Lina Merlin del PSI se oponían al referéndum abrogativo; Bianca Bianchi del PSI y las diputadas del DC estaban a favor.⁵⁰ Entre los diputados masculinos, el PCI votó en contra del referéndum abrogativo, los cristianos demócratas votaron a favor, y los Socialistas, Liberales y miembros del *Uomo Qualunque* estuvieron parcialmente en contra y parcialmente a favor.

Con respecto al referéndum abrogativo, la mayoría de la Asamblea se expresó por la abolición del periodo de validez, ya fueran cinco o dos

⁵⁰No estaban presentes en la votación Pollastrini del PCI y Bianchini, Guidi y Nicotra del DC.

años, como condición para convocar tal referéndum bajo iniciativa de 500,000 votantes o siete consejos regionales.

El quórum establecido inicialmente, de acuerdo al cual eran necesarias dos quinta partes de los votantes elegibles de participar en el voto, fue elevado a una mayoría. Las modalidades para llevar a cabo el referéndum iban a ser previstas por la ley.

Más animada y problemática fue la discusión respecto a la definición de las leyes que deberán ser sujetas al referéndum. Maria Maddalena Rossi y otras diputadas comunistas propusieron excluir las leyes electorales también. Ruini contraria a esta propuesta, destacó que «si había algo en lo cual la gente puede expresar su voluntad, es el sistema electoral».⁵¹ La inclusión de leyes electorales entre aquellas no sujetas al referéndum fue puesto a votación y adoptado. El referéndum, por lo mismo, no está permitido para leyes fiscales, leyes para la aprobación del presupuesto, leyes que otorguen amnistía y perdón, leyes electorales y leyes que autorizan la ratificación de tratados internacionales.⁵²

Como ha sido notado, la referencia a leyes electorales será eliminada del texto final del artículo 75 de la Constitución promulgada por el Jefe de Estado el 27 de diciembre de 1947. No hay duda que esta eliminación es atribuida Ruini, quien se opuso a la enmienda de Maddalena Rossi, a la cual le fue encomendado, como Directora del Comité Editorial, el preparar el proyecto final del texto constitucional.⁵³ Paradójicamente, como se verá, los referéndums sobre leyes electorales serán los más numerosos y entre los más importantes en la historia constitucional de Italia.

Como ha sido ampliamente notado,⁵⁴ en la Asamblea Constituyente el debate respecto al Referéndum acabo con un proyecto más limitado del inicialmente propuesto. Se sentía que el resultado fue «una reserva implí-

⁵¹ *La Costituzione Della Repubblica nei lavoro preparatori*, supra n. 4, IV, 3324.

⁵² *Id.*, 3325.

⁵³ Sobre este punto, véase C. Salamone, *La parola amarrita: sul testo dell'art. 75 della Costituzione*, en *Bibliotheca, Bolletino di Notizie e Documentazione Della Camera dei Deputati*, 1990, no. 1, pp.19 ss y A. Chimenti, *Storia dei referendum*, supra no. 2, p. 13.

⁵⁴ C. Mezzanote & R. Nania, *Referendum e forma di governó in Italia*, en 21(1-2) *Democrazia e diritto* 52 (1981); A. Chimenti, *Storia dei Referendum*, supra no.2, 4 y 18; A. Barbera & A. Morrone, *La repubblica dei referéndum*, supra, n. 1, 19; G.M. Salerno, *Referendum*, supra n. 2, 207 y 208; S.P. Panunzio, *Riforme costituzionale e referendum*, en M. Luciani & M. Volpi (coord.), *Referendum. Problemi teorici ed esperience costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 1992, 77-120, p.83; M- Volpi, *Referendum nel diritto costituzionale*, en *Digesto-Discipline Pubblicistiche*, UTET, Torino, 1997, XII, p. 509.

cita y *a priori* con respecto a la decisión hecha acerca del carácter cerrado y de este modo posiblemente determinativo» de la forma de gobierno «bien definido y basado en la relación fiduciaria que debería existir entre el Gobierno y el Parlamento», con la supremacía política del último.⁵⁵ Desde nuestra perspectiva, sin embargo, esa solución «tan mínima» fue debido a los temores de varios de los miembros de la Asamblea acerca de las consecuencias del referéndum sobre la vida parlamentaria, como se ha mencionado anteriormente,⁵⁶ y de los partidos políticos, pero también de las varias fuerzas activas en diversos lugares que a largo del camino han causado que la institución del referéndum, como estaba contenida en la propuesta original, haya perdido su coherencia y unidad orgánica. El proyecto inicial de Mortati, con dos referéndums por iniciativa del Gobierno y dos por iniciativa popular, tenía su propia lógica y podía por supuesto ser cambiado y mejorado. Varios diputados, sin embargo, expresaron sus distintas visiones en momentos distintos y en lugares distintos, haciéndolo cada vez más inconsistente y debatible como un todo. En este contexto, por ejemplo, era entendible que la mayoría de la Asamblea rechazara el referéndum preventivo-suspensorio por el electorado o por los consejos regionales de leyes promulgadas, pero todavía no promulgadas. Inicialmente este referéndum fue propuesto junto con otro referéndum convocado por el Jefe de Estado bajo iniciativa del Gobierno. Poniendo a un lado la idea de acudir al Jefe de Estado, la iniciativa popular y regional se estaba volviendo complicada desde un punto de vista organizacional: ¿Cuánto tiempo dejar para la propuesta de un referéndum antes de la promulgación de la ley? ¿Cuántas firmas eran necesarias? ¿Qué leyes debían ser excluidas? Retener solamente el referéndum abrogativo se había vuelto la decisión política menos complicada, pero también era la solución más lógica al final de un debate largo y tortuoso que gradualmente erosionó el diseño original.⁵⁷

Después del referéndum abrogativo para leyes ordinarias, todavía permanecía la idea de un posible referéndum para la revisión de la Cons-

⁵⁵ C. Mezzanote, R. Nania, *Referendum e forma di governo*, supra n. 20, 55. Véase también G.M. Salerno, *Referendum*, supra n. 2, pp. 266 ss

⁵⁶ T.E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, supra n. 1, pp. 143 ss

⁵⁷ Parece que esta opinión no es compartida por G.M. Salerno, *Referendum*, supra n. 2, 206, de acuerdo a quien el referéndum abrogativo «provocó el más vivo interés entre los Constituyentes y encaminó a lo que fue probablemente el debate más iluminador». Sobre la hostilidad de los Constituyentes hacia la democracia directa, véase también G. Busia, *Il referendum costituzionale*, supra n.3, pp. 33 ss en particular 35.

titución y el referéndum mandatario para la modificación de las fronteras de las regiones, provincias y municipios.

Con respecto a la revisión constitucional,⁵⁸ la preocupación de la Asamblea Constituyente era el especificar que el referéndum podría ser requerido respecto una ley ya aprobada por el Parlamento, pero antes de su promulgación. El proyecto propuesto por el comité disponía que el referéndum sería requerido dentro de los tres meses de la publicación de la ley. Perassi remarcó que de esta forma la gente tendría el derecho de vetar una decisión parlamentaria. Para evitar esta decisión, Perassi propuso insertar una disposición de acuerdo a la cual la ley objeto de referéndum no podría ser promulgada si no ha sido aprobada por una mayoría de votos validamente convocados. Lo que la Asamblea Constituyente quería enfatizar no era solamente el carácter contingente de la revisión constitucional, pero también, sino, además, que el pronunciamiento popular era parte «integral» del proceso de revisión constitucional, como un «elemento de formación de la ley constitucional»,⁵⁹ para confirmar o rechazar la decisión que cae dentro de las prerrogativas del Parlamento, como cuerpo representativo supremo. Él quería evadir la apariencia de que los votantes, a través de su poder de veto, pudieran confrontar al Parlamento. No hubo discusión: la enmienda fue aprobada sin ninguna objeción. Es de mencionar que el mismo Perassi, quien advirtió respecto del posible poder de veto del cuerpo electoral, era uno de aquellos quienes, en enero de 1947, a lado de Einaudi, Tosato y otros, había votado a favor de la propuesta de Mortati de incluir no solamente el referéndum abrogativo, pero además el referéndum preventivo por iniciativa popular para las propuestas no consideradas por el Parlamento o sujetas a éste para su enmienda. Entonces, ilustrando sus propuestas, Mortati había expresamente descrito el referéndum como veto del pueblo, justificando el hecho de que el Parlamento también podía cometer errores y no exactamente reflejar la voluntad del pueblo. En menos de año más tarde, al final del trabajo de la Asamblea Constituyente, en diciembre de 1947, Perassi, uno de los pocos protagonistas en el debate respecto al referéndum durante el periodo liberal de la Asamblea

⁵⁸ Sobre el debate en la Asamblea Constitutiva respecto al referéndum, véase G. Busia, *Il referendum costituzionale*, supra n. 3, pp. 21 ss

⁵⁹ *La Costituzione Della Repubblica nei lavori preparatori*, supra n. 4, V, 4322. Sobre la eficacia del referéndum constitucional y otras diversas opiniones expresadas por los académicos véase, sin embargo, G.M. Salerno, *Referendum*, supra n. 2, 232 et seq; M. Volpi, *Referendum nel diritto costituzionale*, supra n. 20, pp. 513 ss

Constituyente,⁶⁰ asumió el papel de vocero de la actitud de temor hacia la democracia directa que a nadie importó refutar. Él también se opuso al supuesto «entusiasmo» por la institución del referéndum, el cual de acuerdo a algunos había caracterizado el trabajo de la Asamblea Constituyente, al menos en su fase inicial.⁶¹

Con referencia al referéndum para la modificación de las fronteras territoriales de las regiones, provincias y los municipios, es interesante notar que inicialmente el involucramiento directo de las poblaciones afectadas ha sido dispuesto respecto a cambios en distritos municipales, pero no regionales. De acuerdo al Sr. Gaspare Ambrosini, de hecho, el interés en jugar un papel en estas cuestiones sería más fuerte en pequeños distritos como los municipios.⁶² A petición de Mortati, sin embargo, la propuesta fue aprobada de someter a referéndum los cambios en la composición de las regiones.⁶³ En la Asamblea, la discusión se centró principalmente en el número mínimo de habitantes para las nuevas regiones y en otros aspectos para el procedimiento, pero no para las objeciones que fueron levantadas para la remisión de una propuesta para una modificación territorial a un referéndum.⁶⁴

Los únicos referéndums mandatarios incluidos en la Constitución Italiana son aquellos que levantaron menos problemas y menos temores dentro de la Asamblea Constitutiva. Paradójicamente, han sido los menos empleados.

2.2. La problemática implementación del referéndum en Italia

Disputas surgieron dentro de la Asamblea Constitutiva en el debate, las cuales son reflejadas en el texto final de la Constitución, con respecto a los procesos de implementación de las disposiciones constitucionales

⁶⁰ S. Basile, *Il referendum nell' Italia liberale*, supra n. 6, 56.

⁶¹ Véase n. 37.

⁶² De acuerdo al subcomité, sesión del 18 de diciembre de 1946, en *La Costituzione Della Repubblica nei lavori preparatori*, supra n. 4, VII, p. 1588.

⁶³ Id., p. 1589.

⁶⁴ *La Costituzione Della Repubblica nei lavori preparatori*, supra n. 4, véase 4382 ss Pero véase M. Pedraza Gorlero, *Le variazioni territoriali delle regioni*, Cedam, Padova, 1979, 49 ss, de acuerdo a quien el problema de la consulta o el valor de toma de decisiones para atribuir al referéndum fue tomado, pero no resuelto. Mucho más controversial, como veremos adelante, fue la provisión respecto a la «obligación de consultar a la población afectada», contenida en el artículo XI de las provisiones transitorias. Véase *Infra*, subsección 3 y nota 74.

concernientes al referéndum. Estas disposiciones, como todas las partes innovadoras de la Constitución, pero muy lejanas de realizar en la práctica.

A pesar de las grandes diferencias entre los grupos, como se ha visto, los Demócratas Cristianos era el grupo el cual, como un todo, estaba más a favor del referéndum. De acuerdo al pensamiento cristiano, el cual se oponía a la excesiva concentración del poder en el Estado y por ello favorecía el pluralismo,⁶⁵ formaciones intermedias y libertad de religión y conciencia, los Demócratas Cristianos solamente podían ver positivamente las herramientas de democracia directa, las cuales le permitirían a los individuos oponerse, en ocasiones apropiadas, a decisiones hechas por los órganos del Estado o de la mayoría parlamentaria.

Habiéndose convertido en el partido con mayoría, sin embargo, los Demócratas Cristianos ya no estaban interesados en crear herramientas de posible «oposición» popular disponibles para confrontar sus decisiones de mayoría en gobierno. Una situación similar fue creada respecto al regionalismo. Si por las mismas razones los Demócratas Cristianos eran lo más favorables en fortalecer la autonomía regional, por su parte los partidos de izquierda miraron con suspicacia el reconocimiento de poderes autónomos a las regiones que podrían confrontar y obstruir el proceso de reforma, los Demócratas Cristianos, ahora en el poder a nivel nacional, ya no tenían interés en crear regiones que pudieran, en algunas partes del país, producir mayorías diferentes de las mayorías nacionales. Como resultado, la regionalización fue implementada con mucho retraso, y bajo presión de los partidos de izquierda (lo que tuvo por resultado que se revirtieran las posiciones que se habían tomado en la Asamblea Constituyente).⁶⁶

⁶⁵ Véase P. Rescigno, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, il Mulino, Bologna, 1966, 3; F. Traniello, *Concezioni cristiane del pluralismo sociale*, en *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Vita e Pensiero, Milano, 1980, 17 et seq; U. De Siervo, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana*, id., 60 ss; E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1989, 13 ss y 60 ss.

⁶⁶ Respecto a la reversa de las posiciones políticas con respecto al referéndum 20 años después de la Asamblea Constituyente, véase G. Ambrosini, *Referendum*, supra n. 1, 45, quien analiza los eventos que rodearon las distintas propuestas legislativas presentadas por la primera legislatura, id., 41 ss.

La implementación de referéndums en Italia vino muy tarde como resultado de una situación muy especial. Por años, Italia debatió la introducción del divorcio. La única fuerza política que se oponía eran los Demócratas Cristianos, con el apoyo de la Iglesia Católica. Eventualmente un acuerdo fue logrado (el así llamado Pacto Lodo Fanfani): la ley podría ser legislada, con el voto negativo de los Demócratas Cristianos, disponiendo que los procedimientos necesarios para implementar las disposiciones constitucionales concernientes al referéndum serían seguidas (finalmente).⁶⁷ Los Demócratas Cristianos creían que la mayoría de los italianos se opondrían a ley del divorcio. «Reglas para el Referéndum en la Constitución y la para a Iniciativa Popular Legislativa» fueron promulgadas por la Ley No. 352 del 25 de mayo de 1970.⁶⁸ En el mismo año la Ley No. 898 del 1 de diciembre de 1970, fue legislada, titulada «Reglas en Casos de Disolución de Matrimonio». Un comité organizador para el referéndum fue formado inmediatamente y fue juzgado permisible por la Corte Constitucional en su Decisión No. 10 del 25 de enero de 1972. De ahí siguió un periodo de turbulencia política: la temprana disolución de la legislatura y la disolución del Parlamento. Después de una acalorada campaña electoral, el primer referéndum en Italia para repeler una ley ordinaria tomo lugar. El 12 y 13 de mayo de 1974, 87.7% de lo votantes legibles fueron a las urnas: 40.7% voto a favor de repeler la ley que introducía el divorcio, pero un 59.3% estaba en contra de esto. El partido con la mayoría relativa, el cual tenía el gobierno, fue derrotado en el primer Referéndum Italiano después de la Constitución.

Sin embargo, las barreras que hasta ese momento prevenían la implementación de la democracia directa estaban fallando. El arma del referéndum ya no era utilizada por el partido con la mayoría, sino por los partidos de la oposición, especialmente los del Partido Radical, quien lo hizo su característica definitoria.⁶⁹

⁶⁷ A. Barbera & A. Morrone, *La repubblica dei referendum*, supra n. 1, 29 ss; G. Ambrosini, *Referendum*, supra n. 1, p. 45 ss

⁶⁸ La ley disponía en el Título I el referéndum de la enmienda de la Constitución; el Título II el referéndum abrogativo; el Título III el referéndum de las modificaciones territoriales de las regiones, en el Título IV la iniciativa popular para la legislación de leyes; y el Título V contenía las provisiones finales.

⁶⁹ Respecto a las circunstancias que rodearon los varios referéndums que tuvieron lugar en Italia, véase F. Ambrosini, *Referendum*, supra n. 1, 81 ss; A. Barbera & A. Morrone, *La repubblica dei referendum*, supra n. 1; A. Chimenti, *Sotira dei referendum*, supra n. 2; G.M. Salerno & E. Capuzzo, *Referendum*, en *Enc. It., Appendice V*, 1994, disponible en: <hiip://www.treccani.it/enciclopedia/referendum>.

La Corte Constitucional tomo un papel principal en esta nueva fase.

En su primer fallo sobre la admisibilidad del referéndum, la Corte Constitucional adoptó una actitud de autocontrol, reconociendo que «esta Corte, en su actual postura, está encomendada solamente a la competencia de determinar la petición del referéndum en asuntos relativos a las materias del artículo 75, segundo párrafo, de la Constitución excluidas del voto popular. Artículo 2, primer subpárrafo, de la Ley Constitucional No. 1 del 11 de marzo de 1953 y artículo 33, cuarto subpárrafo, de la Ley No. 352 del 25 de mayo de 1970, acorde con esta limitada competencia para la revisión de la Corte de la orden de la Oficina Central».⁷⁰ El mismo concepto fue reiterado unos años más adelante: «La revisión (de la Corte) es para el limitado propósito (Decisión No. 10 de esta Corte de 1972), en el involucramiento de un procedimiento unitario que es dividido en uno consecutivo, en etapas secuenciales, de asegurar que un procedimiento de abrogación en proceso, posea las características esenciales e independientes requeridas por otras decisiones de esta Corte, en particular, con respecto a decisiones sobre la legitimad constitucional de las leyes y actos que tienen fuerza de ley... Consecuentemente, para la Corte, en su postura actual, su única tarea es el determinar si estas provisiones pertenecen a las categorías excluidas del referéndum por el segundo párrafo del artículo 75 de la Constitución (leyes fiscales y de presupuesto, amnistía y de perdón, o leyes que autoricen la ratificación de tratados internacionales)».⁷¹

La actitud de la Corte Constitucional cambió radicalmente cuando fue confrontada con la primera «ola» de preguntas de referéndum en 1978.⁷²

En esa ocasión la corte adoptó un rango de revisión mayor para su valoración de la permisibilidad del referéndum de acuerdo al artículo 2 de la Ley Constitucional No. 1 de 1953. Con su famosa Decisión No. 16 de 1978 (*Rapporteur Livio Paladin*), la Corte Constitucional dispuso que «en adición a los principios que la Constitución dispone de manera expresa y detallada», hay «cuatro grupos separados de razones para la admisibilidad»: 1) preguntas que contienen «una pluralidad de asuntos he-

⁷⁰ Decisión No. 10 del 25 de enero de 1972.

⁷¹ Decisión No. 251 del 18 de diciembre de 1975.

⁷² Del papel de la Corte Constitucional respecto al referéndum, véase A. Di Giovine, *Democrazia Diretta e sistema politico*, Cedam, Padova, 2001, 113 ss; A. Tempestini, *Le forche caudina dei referendum: la Corte costituzionale*, en M. Caciagli & P. V. Uleri (coord.), *Democrazie e referendum*, Laterza, Roma-Bari, pp. 316 ss

terogéneos, con ninguna conexión razonable o unitaria y que caen dentro de los parámetros del artículo 75 de la Constitución»; 2) Propuestas que «tienden a abrogar, en su totalidad o en parte, la Constitución, enmiendas constitucionales, y »otras leyes constitucionales« bajo el artículo 138 de la Constitución, así como actos legislativos dotados con un efecto pasivo (*forza passiva particolare*) (y por lo mismo no susceptibles de ser válidamente abrogados por leyes ordinarias subsecuentes)»; 3) «referéndums teniendo como objeto legislación ordinaria con contenido constitucional determinado, cuyo núcleo normativo no puede ser alterado o disminuido en efectividad sin causar violaciones a una provisión específica de la Constitución misma (o de otras leyes constitucionales)»; 4) las bases de la inadmisibilidad descritas en el artículo 75(1).

En el mismo año hubo otra decisión fundamental de la Corte Constitucional para la organización del referéndum en Italia. Por esta decisión de la Corte se puso final a una práctica de algún modo cuestionable. En orden de evitar la remisión de un juicio político por el Parlamento a los votantes, el Parlamento, cercano al tiempo del referéndum, aprobaría una ley sustancialmente idéntica a la cual fue puesta a referéndum. Si el objeto de la ley del referéndum fue formalmente repelido, de acuerdo al artículo 39 de la Ley No. 352 de 1970, la Oficina Central para el referéndum tenía que declarar que proceso del referéndum no podría proceder. Con su decisión No. 68 de 1978, la Corte Constitucional declaró, sin embargo, que «la inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley No. 352 del 25 de mayo de 1970, hasta la parte donde señala que si la repul- sión de actas o disposiciones individuales referidas al referéndum es acompañada de otra disposición en el mismo asunto, sin cambiar ya sea los principios de legislación existente o el contenido normativo esencial de las reglas individuales, el referéndum en la nueva disposición legis- lativa debe ser llevado a cabo». Como la Corte explicó en su razona- miento, «la Oficina Central para el referéndum es por lo tanto llamada a evaluar —a propuesta del proponente— si es que la nueva legislación, puesta en marcha en el curso de los procedimientos, ha o no hecho tales cambios para precluir el referéndum, ya puesto en marcha en la pro- puesta existente: en efecto adoptando o alargando encima de la propues- ta en la legislación subsecuente, incluso en el caso de un resultado ne- gativo del voto».

En 1978 hubo referéndums de ley y orden, respecto al financiamiento público de partidos políticos, respecto al aborto. Todos estos fallaron: la

mayoría de la población se oponía a revocar cada una de las leyes sujetas a referéndum.

Los primeros resultados positivos fueron alcanzados por cinco propuestas de referéndum en 1987 respecto a los temas de responsabilidad civil de los jueces, comisiones investigadoras y plantas nucleares. En estos casos, cerca del 80% de los votantes estaban a favor de repeler.

Hubo un éxito similar con el octavo referéndum propuesto en 1993. Estos incluían el repeler el financiamiento público de los partidos políticos, la abolición de algunos ministerios, la abolición de las reglas de designar altos oficiales de bancos públicos, el repeler penas por el uso de drogas suaves, y el repeler el sistema electoral proporcional y su cambio a sistema mayoritario. El común denominador de la mayoría de estas cuestiones era la reducción del poder de los partidos políticos, lo cual coincidía con las así llamadas investigaciones «*mani pulite*» las cuales habían revelado serios y expansivos incidentes de corrupción.

El referéndum para la abolición de la representación proporcional no fue el primer referéndum puesto a los votantes. Dos años antes, una mayoría de 95.6% había aprobado la reducción de tres a uno de los votos preferenciales (*voti di preferenza*) para las elecciones parlamentarias.

Asuntos que la Asamblea Constituyente había decidido de excluir del referéndum serían objeto de estos y otros referéndums. Vetos cruzados, que prevenían a los partidos de llegar a acuerdos sobre una reforma de la ley electoral, llevaron al comité liderado por Mario Segni a formular una cuestión de referéndum que sería admisible y que permitiría a los votantes el imponer sobre una impotente y contenciosa legislatura la modificación radical de un sistema electoral considerado entre las causas principales de la inestabilidad política y de partidos políticos, que había caracterizado la historia republicana de Italia.

Particularmente con respecto a referéndums sobre la ley electoral, con su Decisión No. 47 de 1991, la Corte Constitucional especificó primero que la Constitución cargaba un peso como texto escrito: era entonces para la Corte el revisar el debate de la Asamblea Constituyente y los eventos relacionados al fallo de incluir en el texto final de la Constitución una propuesta de enmienda que habría incluido a las leyes electorales en la disposición que prohibían referéndum abrogativo. En esta ocasión, la Corte Constitucional había, sin embargo, delineado los límites dentro

de los cuales las cuestiones concernientes al sistema electoral podrían ser consideradas elegibles de referéndum,⁷³ de acuerdo a una regla claramente enunciada en su Decisión No. 32 de 1993: «Leyes electorales relacionadas a cuerpos constitucionales o de significancia constitucional son sujetas del referéndum popular bajo la doble condición que las preguntas sean consistentes y racionalmente relacionadas, y que un esquema normativo coherente resulte de ello, inmediatamente aplicable, para así asegurar, incluso en el caso de inacción legislativa, la continua operación del órgano».

La Ley No. 29 del 6 de febrero de 1948, titulada «Reglas para la Elección del Senado» disponían el establecimiento de distritos de un solo miembro en cada región, basado en su población. De acuerdo al artículo 17, el candidato que reciba un número válido de votos no menor a 65% de los votos convocados era entonces electo. En distritos donde ningún candidato recibiera este porcentaje, los curules eran asignados por lista individual por el método proporcional. Curules adicionales serían premiados al usar este método.

La pregunta, considerada admisible por la Corte Constitucional en su Decisión No. 32 de 1993, fue la propuesta de repeler el lenguaje parentético «con 65% de los votos», con la finalidad de producir un sistema predominantemente mayoritario. La eliminación de estas palabras permitiría por lo tanto, con un simple referéndum, la transformación de la ley actual para la elección del Senado a una regla de inmediata aplicación basada en el principio de mayoría y no más en la proporcionalidad.

El resultado de este referéndum, con 82.7% de los votos a favor, forzó al Parlamento de inmediatamente al Parlamento de implementar dos leyes, No. 266 y No. 267 de 1993, que transformaron el sistema electoral para las dos Cámaras a tres cuartos por sistema mayoritario (475 curules en la Cámara y 232 en el Senado) y un cuarto proporcional (155 en la Cámara y 88 en el Senado). En 1999 y 2000 hubo referendums proponiendo la abolición de la parte proporcional, pero en ambos casos el quórum de 50% de los votantes requeridos para su validez no fue alcanzado.

⁷³ Véase A. Giorgis, *Il referendum elettorali. Il «compromesso» n. 47/91*, Giappicheli, Torino, 1991. Por una apreciación crítica de la orientación de la Corte con respecto a los referendums electorales, véase M. Volpi, *Referendum nel diritto costituzionale*, supra n. 20, p. 511.

En 2005 la legislación electoral fue nuevamente enmendada por una ley que desde el inicio recibió más críticas que acuerdos. La decisión de la Ley No. 270 del 21 de diciembre de 2005, fue increíble, de regresar a un sistema de representación proporcional, con, empero, una serie de fuertes correctivas mayoritarias. La ley introdujo una barrera umbral, que difería de una lista combinada a una no combinada: para la Cámara de Diputados el umbral para listas no combinadas era de 4%, 2% para listas combinadas, y 10% para colaciones; para el Senado, 8% para listas no combinadas, 3% para listas combinadas, y 20% para coaliciones. La corrección más importante, sin embargo, fue la mayoría premium, el intento el cual era asegurar al partido o a la coalición el recibir la mayoría de votos, más de 55% de los curules a nivel nacional en la Cámara de Diputados y por cada región en el Senado.

La falta de una provisión por un umbral mínimo por obtener la mayoría Premium llevó a la Corte Constitucional a declarar la ley inconstitucional en su Decisión No. 1 de 2014. La provisión que no permitía a los votantes de expresar su preferencia por candidatos fue también declarada inconstitucional.

Antes de esta decisión, otros referéndums habían sido propuestos, pero no había producido resultados. En 2009 fue propuesto el abolir la mayoría premium para coaliciones y retenerlo solamente para listas, pero el referéndum no obtuvo el quórum necesario para su validez. El referéndum de 2012, el cual buscó el repeler la Ley No. 270/2005 de traer de vuelta en vigor la ley anterior (Ley No. 276 y 277 de 1993), fue declarada inadmisibles por la Corte Constitucional en su decisión No. 13 de 2012. Como la Corte observo, un referéndum podría no tener por objeto una ley electoral en su totalidad, porque esto llevaría a la falta de reglas operativas, ya que el revivir leyes anteriores tendría consecuencias impredecibles y sería contrario a la legalidad jurídica.

Otra área en la cual ha habido varios referéndums y ha resultado correspondientemente a cambios legislativos es aquel concerniente al financiamiento público de los partidos políticos.

La Ley No. 195 del 2 de mayo de 1974, introdujo por primera vez en Italia el financiamiento público para los partidos representados en el Parlamento. La meta era el evitar las influencias de intereses poderosos, después de los escándalos que habían ocurrido en 1965 y en 1973. La ley fue aprobada en pocos días con el consentimiento de todos los partidos

excepto el Partido Liberal. El Partido Liberal entonces lanzó una campaña de firmas para llamar a un referéndum abrogativo, pero fallo en conseguir un numero suficiente. Junto con el Partido Radial, el referéndum fue propuesto de nuevo en 1978, junto con otro número de referéndums.

La Decisión No. 16 de 1978, previamente mencionada, mantuvo como admisibles el referéndum para la abrogación de la ley de financiamiento público de partidos políticos. Todos los partidos, con la excepción del Partido Radical y el Partido Liberal, se opusieron al referéndum, el cual no fue aprobado, pero el 43.6% de los que votaron por repeler la ley fue mucho mayor que los votantes de los dos partidos políticos que habían apoyado el referéndum. Basado en este resultado, la Ley No. 659 del 18 de noviembre de 1981, doble financiamiento e impuso la obligación de reportar.

El referéndum fue propuesto de nuevo en 1993, junto con otros varios referéndums mencionados arriba. Esta vez el 90.3% de los votantes favorecieron el repeler. Así que la ley fue repelida como resultado del referéndum. El mismo año el Parlamento paso la Ley No. 515 el 10 de diciembre de 1993, conteniendo «reglas para las campañas de elección para elegir la Cámara de Diputados y el Senado de la República», la cual disponía el reembolso de los gatos electorales por el término entero de la legislatura como una contribución para los gastos de elección. La Ley No. 2 del 2 de enero de 1997, prescribió «reglas para la regulación de contribuciones voluntarias a partidos políticos y movimientos» introduciendo la posibilidad para los contribuyentes de colocar 0.4% de sus impuestos al financiamiento de los partidos políticos y proveer para un fondo transicional de más de 82 millones de euros para los partidos políticos para 1997. Nuevas reglas en gastos electorales, eliminando el requerimiento de cualquier relación directa de los gastos con gastos actuales incurridas en las campañas de elección, fueron provistas por la Ley No. 157 del 3 de junio de 1999.

En este punto, el comité organizador para el referéndum sobre el financiamiento público de partidos políticos trajo una disputa jurisdiccional a la Corte Constitucional. En su Decisión No. 468 de 1990, concierne a las reglas de la responsabilidad civil de los magistrados, la cual había sido repelida por el referéndum de 1987, la Corte Constitucional estatuyó que «A diferencia de la legislatura, la cual puede ser corregida o incluso cambiar su opinión respecto a lo que decidió anteriormente, el

referéndum presenta una expresión definitiva e irrepetible de la voluntad», y reitera el mismo principio en las Decisiones No. 32 y No. 33 de 1993. Por la Orden No. 9 de 1997, la Corte declaró la disputa inadmisiblemente, negando al comité organizador competencia en una separación de poderes entre autoridades del Estado.

Por su Orden No. 17 de 1978, la Corte Constitucional ha reconocido en una disputa jurisdiccional al comité organizador del referéndum, competente de interponer una acción contra la Oficina Central en la Corte de Casación,⁷⁴ pero de acuerdo a la Corte Constitucional el comité organizador calificaba como una autoridad estatal solamente durante el proceso de referéndum, no después de su conclusión.

En 2000 hubo otro referéndum para abrogar la ley gastos de elección, pero solamente 32.2% del cuerpo electoral voto. Aunque 71.1% favorecía el repeler, el referéndum fue invalidado. La Ley No. 156 del 26 de julio de 2002, conteniendo «las provisiones relacionadas al reembolso electoral» significativamente incrementaron la cantidad de reembolsos. La Ley No. 51 del 23 de febrero de 2006 dispuso que los reembolsos eran por los cinco años enteros del término de la legislatura, independientemente de su duración actual.

Después de numerosos escándalos seguidos por las investigaciones concernientes a vastas sumas dirigidas al financiamiento de los partidos políticos y para gastos personales, la legislatura finalmente comenzó a poner un alto a estos pagos que habían asumido grandes proporciones, siendo claramente contrario a los deseos expresados por una gran mayoría de los votantes en el referéndum de 1993. La Ley No. 13 del 21 de febrero de 2014, y la Ley-Decreto No. 149 del 28 de diciembre de 2013, dispuso por una reducción gradual de los reembolsos hasta su eliminación en 2017, previendo en cambio por contribuciones voluntarias de individuos particulares y contribuyentes.

Los referéndums sobre el financiamiento de los partidos políticos, así como otros referéndums,⁷⁵ elevaron la cuestión del efecto del referéndum. ¿Tendrá el referéndum abrogatorio el mismo efecto que una ley, la cual

⁷⁴ Fue durante esta disputa que la Corte Constitucional elevó su propia moción de constitucionalidad del artículo 39 de la ley del referéndum, Ley No. 352 de 1970, la cual subsecuentemente resolvió, como hemos visto, por la Decisión No. 68 de 1978.

⁷⁵ Como los referéndums respecto a materias electorales y aquellos de la administración de servicios públicos. Véase *Infra*.

puede ser revisada en cualquier momento, o tiene un efecto mayor, dado que «expresa un definitiva e irrepitable» voluntad, como la Corte Constitucional ha repetidamente establecido? ¿Es su efectividad legal o (solamente) política? ¿Está la democracia directa al mismo nivel que la democracia representativa, o es que ocupa una lugar más alto o más bajo?

La opinión académica está dividida en este punto,⁷⁶ pero la Corte Constitucional parece tener resuelta esta cuestión con su Decisión No. 199 de 2012. Con respecto a esta provisión titulada «Adaptación de la Regulaciones para los Servicios Públicos para el Referéndum y las Reglas de la Unión europea» contenida en el Decreto-Ley No. 138 del 13 de agosto de 2011, convertida, con las enmiendas, en la Ley No. 148 del 14 de septiembre de 2011, la Corte consideró inconstitucional la ley. Arguyendo que violaba «la prohibición de restaurar legislación repelida por el voto popular, inferible del artículo 75 de la Constitución, el cual ha sido ya reconocido por la jurisprudencia constitucional». Como fue especificado por la Corte, «una constricción similar de un referéndum abrogatorio se considera justificada, a la luz de la interpretación coherente del tejido constitucional y desde la perspectiva de la integración de los instrumentos de democracia directa en el sistema de democracia representativa establecido por el texto de la Constitución, con el único propósito de prevenir el resultado de la consulta popular...de ser traída a nada y privarla de su eficacia, sin ser determinada, después de ser repelida, de cualquier cambio, ya sea de la situación política o de las circunstancias fácticas, tales para justificar dicho efecto, que han tomado lugar». De acuerdo a la Corte, sin embargo, esta constricción tiene «un carácter puramente negativo, desde que legislatura ordinaria...retiene el poder de tomar el objeto e la cuestión a referéndum sin limitación especial otra que aquellas relacionadas con la prohibición de revivir una ley repelida».

La decisión de la Corte concerniente a un referéndum llevado a cabo en 2011, el cual levantó un gran interés público. Los votantes fueron

⁷⁶ Véase A. Mangia, *Referendum*, Cedam, Padova, 1999, quien considera el problema desde una perspectiva de diversas opiniones respecto a éste. Véase también G.M. Salerno, *Referendum*, supra, n. 2, 217 ss Y 263 ss, quien no tenía dudas acerca «la obligación del Parlamento de abstenerse, *rebus sic stantibus*, de volver a promulgar la ley derogada por el voto abrogativo», y C. Mortati, *Art. 1* en G. Branca (coord.), *Commentario Della Costituzione. Principi fondamentali, Art. 1-12*, Zachinelli, Bologna-Roma, 1975, 40, quien igualmente cree que «es necesario para el Jefe de Estado el determinar si la situación traída al voto se ha vuelto tal que requiere de una discusión temprana del Parlamento en orden de reestablecer la unidad política debilitada por el voto popular».

llamados a regular el manejo de los servicios públicos, en tasas para el servicio del agua, energía nuclear, y respecto a la legalidad de la prohibición del Presidente del Consejo de Ministros y otros Ministros de comparecer en una corte criminal. La última cuestión involucró a la Ley No. 51 del 7 de abril de 2010, que estipulaba: «Al Presidente del Consejo de Ministros le está prohibido, de acuerdo con el artículo 420-ter del Código de Procedimientos Penales, de comparecer en la corte en procedimientos de casos penales como defensor mientras ejerce uno o varios de sus poderes dispuestos por las leyes u otras regulaciones..., es relativo a sus preparatorias y subsecuentes actividades así como cualquier actividad empero esencial para el funcionamiento del Gobierno...El juez, a petición del un partido, cuando aplique los principios referidos a la subpárrafos precedentes, deberá de aplazar el procedimiento de otra audiencia». El propósito del referéndum era el de eliminar la disposición específica dirigida a proteger la persona de Silvio Berlusconi. En relación a la cuestión de la energía nuclear, es interesante observar que la Ley-Decreto No. 34 del 31 de marzo de 2011, seguida por la Ley No. 75 del 26 de mayo de 2011, fue legislada cuando el referéndum estaba en proceso, pero por orden del 1° de junio de 2011, la Oficina Central para el referéndum había considerado que las nuevas reglas frustrarían el propósito del referéndum abrogatorio y se llamo a otro referéndum. La pregunta del referéndum fue entonces de nuevo redactada para el voto de una nueva disposición. Cerca del 55% del electorado participó en estos referéndums y cerca del 95% de los votantes votaron por repeler.

Las prácticas y experiencias de los referéndums contenciosos particularmente de temas delicados parece mostrar que en Italia el referéndum se ha convertido en una herramienta —tal vez la más efectiva, ciertamente la más temida por los partidos— la cual la sociedad civil tiene que oponer a la clase política que es incapaz o no tiene la voluntad de llevar a cabo una reforma, ya sea que afecté la clase política o concierne a cuestiones en las cuales los partidos fallaron en alcanzar un acuerdo.

El éxito del referéndum referido en el artículo 75 de la Constitución, sin embargo, depende en gran parte de la mediática y su habilidad de transmitir mensajes claros, los cuales levantan la opinión pública en asuntos de interés general.

2.3. Referéndums constitucionales y referéndums regionales

En Italia es posible, como se ha visto, el tener referéndums sobre la enmienda de la Constitución. De acuerdo al artículo 138, un acta de enmienda constitucional, adoptada por una segunda revisión de las dos Cámaras por una mayoría absoluta, puede ser sujeta a referéndum si es pedido, dentro de tres meses, por una quinta parte de los miembros del consejo de una de la Cámaras o por quinientos mil electores o cinco consejos regionales. Un referéndum no puede ser convocado, sin embargo, si en la segunda lectura, la ley de enmienda constitucional es aprobada por ambas cámaras por dos tercios de la mayoría.

La primera ley de enmienda constitucional en Italia fue aprobada sin referéndum, en parte debido a que el referéndum, como hemos visto, solamente fue disponible hasta 1970.

El primer referéndum respecto a una enmienda constitucional tomó lugar en 2001 sobre la ley de reforma del Título V de la Constitución.⁷⁷ La necesidad llevar a cabo una comprensible reforma de la Constitución fue sentida en Italia al comienzo de los años noventa. En un intento de alcanzar un acuerdo entre las fuerzas políticas principales, dos comisiones parlamentarias de reforma constitucional fueron establecidas por la Ley Constitucional No. 1 del 6 de agosto de 1993 y la Ley Constitucional No. 1 del 24 de enero de 1997,⁷⁸ conocidas respectivamente, como la comisión de De Mita-Iotti y la comisión de D'Alema. Ninguna fue capaz de completar su trabajo. Con la Ley Constitucional No. 3 del 18 de octubre de 2001, sin embargo, la mayoría centro-izquierda aprobó «Enmiendas al Título V de la Parte II de la Constitución» en la cual, el 7 de octubre de 2011, el primer referéndum respecto a una revisión constitucional fue llevado a cabo, seguido por dos peticiones hechas al Parlamento, una por los miembros de la oposición y la otra por la mayoría. El resultado fue 34.1% y la votación a favor fue de 64.2%. No alcanzado el quórum requerido para la validez del referén-

⁷⁷ Véase, Romboli, *Il possibile referendum costituzionale e le procedure per una revisione organica» Della costituzione*, en *Forum di Quaderni Costituzionali 2007*; S. Gambino & G. D'Ignazio (coord.), *La revisione costituzionale e i suoi limiti: fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Giuffrè, Milano, 2007 (*Proceedings of the Symposium on «La revisione costituzionale e i suoi limiti: fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere»*, Università Della Calabria, 22-23 de mayo de 2006).

⁷⁸ Respecto a este punto véase A. Di Giovine, *Democrazia diretta e sistema politico*, supra n. 38, pp. 97 ss.

dum, la ley de revisión constitucional entro en fuerza en consecuencia. El gobierno centro-izquierda intentó una reforma más comprensiva en 2005, con una ley sobre «Enmiendas de la Parte II de la Constitución», pero en el referéndum del 25 y 26 de junio de 2006, en 2006 la reforma fue rechazada: 53.6% de los votantes legibles fue a las urnas, pero solamente 38.3% voto a favor. El 12 de abril de 2016 se aprobó el texto de Ley Constitucional «Disposiciones para superar el bicameralismo igualitario, la reducción del número de parlamentarios, la contención de los gastos de funcionamiento de las instituciones, la abolición del CNEL y la revisión del Título V de la Parte II de la Constitución» El texto fue sometido a referéndum el 4 de diciembre de 2016, con un resultado negativo: el 66,47% de los electores con derecho de voto acudieron a las urnas. Los votos favorables fueron de 40,8% y los en contra de 59,11%.

Como se ha visto, el único referéndum hecho obligatorio por la Constitución italiana es aquel para la fusión y creación de regiones, contenido en el artículo 132, de acuerdo al cual: «(1) Por ley constitucional, después de la consultación con los Consejos Regionales, una fusión entre regiones existentes o la creación de nuevas regiones hechas por un número de Consejos Municipales representando por no menos de un tercio de la población involucrada, y el pedido ha sido aprobado a través de un referéndum por una mayoría de los mencionados pobladores. (2) Las Provincias y Municipios que pidan ser separados de una Región e incorporados a otra, les es permitido hacer esto, siguiendo un referéndum y una ley de la República, la cual obtenga una mayoría de la población de la Provincia o Provincias o del Municipio o Municipios concernientes, y después de haber escuchado los Consejos regionales».

Los territorios de las regiones fueron identificados por la Asamblea Constituyente y listados en el artículo 131, por referencia de las áreas definidas por propósitos estadísticos en 1871.⁷⁹ Esta limitación estaba por lo mismo basada en regiones «históricas», pero este criterio era óptimo desde el punto de vista de una precisa demarcación de los territorios con cultura común, económica y necesidades históricas. Permitió, empe-

⁷⁹ Véase M. Pedrazza Gorlero, *Le variazioni territoriali delle regioni*, supra n. 30; E. Gizzi, *Manuale di diritto regionale*, 4th coord., Milano, Giuffrè, 1981, pp. 55 ss, en particular pp.58 ss; C. Desideri, *Se le regioni italiane abbiano un fondamento territoriale e quale sia (Settembre 2012)*, Istituto di Studi sui sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie (ISSIRFA) «Massimo Severo Giannini», disponible en www.issirfa.cnr.it/6739,908.html.

ro, una pronta y cierta delimitación de las nuevas autoridades locales.⁸⁰ Estas demarcaciones eran modificables de acuerdo con el procedimiento del artículo 132 y fue de hecho modificado dentro de un periodo de cinco años para simplificarlo, «sin conformidad con las condiciones requeridas bajo el primer párrafo del artículo 132», bajo las bases del artículo XI de las disposiciones transitorias, las cuales disponen que «Hasta cinco años después de la implementación de la Constitución, otras Regiones pueden ser establecidas por leyes constitucionales, y por ende enmendar la lista del artículo 131, y sin las condiciones requeridas bajo el primer párrafo del artículo 132, sin perjuicio, sin embargo, a la obligación de consultar a las personas concernientes». La última formulación del artículo XI de las disposiciones transitorias fue el resultado de varias enmiendas, las cuales hicieron la referencia a «la obligación de consultar a las personas concernientes» susceptible de diferentes interpretaciones: ¿Deliberaciones del consejo regional? ¿Referéndum vinculante? ¿Referéndum mandatorio? ¿Opinión consultiva?⁸¹

Lo que se volvería el artículo XI transicional fue propuesto por Mortati con la finalidad de revisar y hacer más práctica la división territorial de las regiones en un corto periodo de tiempo, dada la naturaleza preliminar de la división de las regiones hechas por la Asamblea Constituyente.⁸² De acuerdo a las intenciones de algunos, esto permitiría la creación de la región Molise, separándola de la región Abruzzi-Molise, la cual fue dispuesta en la división estadística, pero aunque estas intenciones habían sido expresadas por varios diputados, no fue adoptado por la Asamblea Constituyente.⁸³

El momento y los procedimientos siguientes para crear la región Molise reflejaron la ambigüedad de estas disposiciones.

En 1958, mucho después del periodo que las disposiciones transitorias habían expirado, la Ley Constitucional No. 1 del 18 de marzo de 1958 dispuso que «el periodo referido en el artículo XI de las disposiciones transitorias de la Constitución expirarían el 31 de diciembre de 1963». Antes de que expirara este periodo, la Ley Constitucional No. 3

⁸⁰ Véase E. Gizzi, *Manuale*, supra n. 45, 60; C. Desideri, *Se le regioni italiane abbiano un fondamento territoriali*, supra n. 45.

⁸¹ Véase M. Pedraza Gorlero, *Le variazioni territoriali*, supra n. 30, pp.104 ss.

⁸² M. Pedraza Gorlero, *Le variazioni territoriali*, supra n. 30, p. 99.

⁸³ Id., 99 ss

del 27 de diciembre de 1963, estableció la región Molise, sin consultar a las poblaciones concernientes. El artículo 73 de la Ley No. 62 del 10 de febrero de 1953 estableció una «regla de implementación del artículo XI de las disposiciones transitorias de la Constitución», la cual dispuso que «para los propósitos de la aplicación del artículo XI de la última y transitoria disposición de la Constitución, la obligación de consultar a las poblaciones afectadas es satisfecha al consultar a los Consejos Municipales o los Comisionados de Prefecturas de la región o las regiones a las cuales los municipios que buscan volverse autónomos pertenecen». Así, que en lugar de que el cuerpo electoral a través del referéndum, eran 214 consejos municipales de Abruzzi y Molise que expresaron su opinión respecto al establecimiento de la región Molise.⁸⁴

El asunto completo fue marcado por una serie de contradicciones. Si el propósito de la disposición transitoria XI era el de hacer la delimitación de regiones más práctica para satisfacer las exigencias económicas, culturales y otras, debió haber sucedido al momento de entrar en operación los regímenes legales de las regiones, en lugar de después de un largo retraso en los años setenta. Tal retraso pudo haber justificado el establecimiento de una nueva fecha límite, ya que la disposición transitoria del XI presupone la entrada inmediata en operaciones de todas las regiones.

El prolongar en 1963 un término ya expirado, sin prever el establecimiento de las regiones, y por ello más allá de cualquier requisito funcional, en cambio hizo inútil el artículo XI de las disposiciones transitorias.⁸⁵ La extensión fue por ello planeada solamente para el propósito de establecer la región Molise, abiertamente contraviniendo las decisiones de la Asamblea Constituyente.

Hoy, cincuenta años después de la separación de las dos regiones, paradójicamente, su reunificación, o incluso su unión con la región Marcas en la «Marca Adriática» macroregión, está siendo discutido. Las nuevas regiones «Abruzzo-Molise» o «Marca Adriática» serían ahora establecidas después de consultar a la gente afectada por un referéndum.

⁸⁴C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, supra Capítulo I n. 45, 893, nota 1.

⁸⁵L. Paladin, *Diritto regionale*, 3era coord., Cedam, Padova, 1979, 23, describe el establecimiento de la región Molise, el primero de varios falsos pasos hechos a principios de los sesentas: «si uno estaba buscando un óptimo tamaño de las regiones, las debería haber reducido y no alargado». Preocupaciones similares son expresadas por C. Mortati, *Istituzioni*, supra Capítulo I n. 45, 892, nota 1, de acuerdo a quien «El resultado deseado fue de satisfacer pequeños intereses locales al crear dos posiciones de senado para la región».

Varios referéndums han sido llevados a cabo en años recientes en regiones individuales de acuerdo a sus instrumentos⁸⁶ respectivos de gobierno para establecer nuevos municipios o de cambiar la configuración o nombres de conformidad al artículo 133 de la Constitución.

En Abruzzo en mayo de 2014 un referéndum fue realizado respecto a la fusión de las ciudades de Pescara, Montesilvano y Siracusa, para la creación de la «nueva Pescara». 70% del electorado fue a las urnas; 64% de los votos fueron favorables.

En años recientes algunas regiones han adoptado, paralelamente a los referéndums abrogativo y consultivo, el referéndum «propuesta». Si un cierto número de votantes somete al Consejo regional una propuesta para una ley regional y, si el Consejo no la aprueba dentro de un tiempo determinado, es sometida a referéndum.⁸⁷ La región del Valle d'Aosta experimentó con este nuevo tipo de referéndum en 2007, pero la participación del voto no alcanzó el 45% de los votantes requeridos por la ley. En 2009, sin embargo, el quórum requerido por la ley fue alcanzado en Bolzano. En 2012 otro referéndum de propuesta fue llevado a cabo en el Valle D'Aosta que fue exitoso: la participación fue de 48.92% de aquellos con derecho a votar y la propuesta de prevenir la construcción de una planta de agua caliente para aguas residuales obtuvo más de un 94% de la votación! Sin embargo, la Ley Regional No. 33 del 23 de noviembre de 2012, la ley que resultó del referéndum, fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en su Decisión No. 285 de 2013. De acuerdo a la Corte la ley excedió la autoridad de la región, debido a la competencia exclusiva del Estado en materias de «protección del medio ambiente y el ecosistema» dispuesto en el artículo 117(s) de la Constitución.

⁸⁶ Véase M. Scudiero, *Il referendum regionale*, en M. Luciani & M. Volpi (coord.), *Referendum, Problemi teorici ed esperienze costituzionali*, supra n. 20, pp. 137 ss

⁸⁷ Véase artículo 15 de la Ley No. 11 de la Provincia de Bolzano del 18 de noviembre de 2005; Ley Regional No. 5 del Valle d'Aosta del 14 de marzo de 2006; artículo 4 de la Ley Regional No. 1 de Sardinia del 10 de julio de 2008; artículo 15 de los Estatutos de Campania (2009). Véase M. Luciani, *Gli istituti di partecipazioni popolare negli statuti regionali (Settembre 2006)*, disponible en www.issirfa.cnr.it/3416,908.html; R. Louvin, *Riforme elettorali in valle d'Aosta: il referendum propositivo apre la via verso nuovi scenari*, en *federalismo.it*, No. 14/2007; id., *Sorprese nella nuova «giurisprudenza» sul referendum propositivo (Noviembre 2011)*, disponible en www.issirfa.cnr.it/6070,908.html; V. De Santis, *Il referendum aprobativo nel nuovo Statuto Della Regione Campania*, en *federalismo.it*, No. 10/2009.

3. ALEMANIA

3.1. La opción por la democracia representativa

Es opinión extendida que las disposiciones plebiscitarias de la Constitución de Weimar fueron entre las causas principales del ascenso del Nazismo,⁸⁸ y esto llevó a los alemanes después de la Segunda Guerra Mundial a fortalecer la democracia representativa, renunciando, excepto en algunas excepciones, a los instrumentos de democracia directa.⁸⁹ En tiempos recientes, empero, esta visión ha sido reconsiderada. Ha sido observado que los plebiscitos no fueron tanto la causa, pero en cambio la expresión de la crisis.⁹⁰ De acuerdo a algunos es una exageración el decir que el referéndum tuvo un papel crucial en la crisis de Weimar,⁹¹ mientras otros enfatizan la inconclusa e ambivalente experiencia de Weimar.⁹²

De hecho, lo que llevó al advenimiento del Nazismo no fue tanto el (poco) uso del referéndum, como lo fue la debilidad y confusión de las instituciones conectadas a una forma de gobierno que oscilaba entre el Parlamento y el Presidente de la República,⁹³ a un sistema electoral pro-

⁸⁸ Esta opinión fue empleada por primera vez por Theodor Heuss vocero del Partido Liberal en el Consejo Parlamentario. Véase O. Jung, *Direkte Demokratie*, supra Capítulo I n. 184, 496; R. Sturm, *La Germania ha bisogno del referendum?*, en M. Caciagli & P.V. Uleri, *Democrazie e referendum*, supra n. 38, 207; R. Schiffers, *Schlechte Weimarer Erfahrung?*, en H.K. Heußner & O. Jung (coord.), *Mehr direkte Demokratie wagen*, Olzog, München, 2009, p. 51.

⁸⁹ Véase, por ejemplo, W. Erbuth, Art. 29, en M. Sachs (coord.), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München, 1999, 974; M. Suksi, *Bringing in the People: A comparison of Constitutional Forms and Practices of the Referendum*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, 107 ss; G. Corni, *Il nazional-socialismo: una dittatura plebiscitaria?*, Clueb, Bologna, 2010, 185; Y. Vilain, *La démocratie participative Dans un cadre fédérale: l'expérience allemande*, en U. Alle-gretti (coord.), *Democrazia partecipativa, Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press Firenze, 2010, p. 305.

⁹⁰ C. Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, p.98.

⁹¹ R. Sturm, *La Germania ha bisogno del referendum?*, supra n. 54, p.207.

⁹² R. Schiffers, *Schlechte Weimarer Erfahrungen?*, supra n. 54, p.207.

⁹³ Véase, C. Pestalozza, *Der Popularvorbehalt: direkte Demokratie in Deutschland*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1981, 29, de acuerdo a quien Weimar seguramente colapso debido al parlamentarismo debido a la democracia directa. Véase también A. Weber, *République Fédérale d'Allemagne*, supra Capítulo I, n. 178, p. 332, y P. Ridola, *La costituzione Della Repubblica di Weimar come esperienza e come paradigma*, en *Rivista AIC No. 2/2014*, 15, quien identifica entre las causas del eclipse del constitucionalismo «la crisis del consenso que la democracia de Weimar encontró entre grandes segmentos de la opinión pública... a lo cual el clima espiritual en Alemania durante las primeras décadas del siglo XX, marcadas por corrientes de pensamiento crítico de democracia y parlamentarismo, contribuyeron significativamente.».

porcional que llevó a múltiples partidos a competir entre sí, y, como es obvio, la dificultad económica y la situación social en la Alemania post-guerra. Es en este contexto que debemos ver la decisión de la Ley Básica de estabilizar instituciones al fortalecer al poder ejecutivo dentro del marco de una racional forma de gobierno parlamentaria. Independientemente de las disposiciones de la Constitución de Weimar y su aplicación, es claro que los instrumentos de democracia directa no podrían ser vistos como potenciales elementos de inestabilidad y debilidad, o como detrimento de las instituciones de las democracias representativas. A diferencia de la Constitución de Weimar, no fue la meta de la Ley Básica de volverse la Constitución más democrática en el mundo (como el Ministro David remarcó en 1919),⁹⁴ pero la Constitución provisional⁹⁵ de una democracia protegida, la cual podría estabilizar un orden político democrático liberal, evitando un resultado dictatorial como el construido de las cenizas de una forma de gobierno que era muy débil e incierta.

3.2. El referéndum para los cambios territoriales de los *Länder*

La única referencia explícita en los textos de la Ley Básica a la democracia directa son las contenidas en el artículo 29 en relación a los cambios territoriales de los *Länder*. Las disposiciones invocan el artículo 18 de la Constitución de Weimar,⁹⁶ de la cual difiere solamente en una pequeña parte,⁹⁷ demostrando el hecho que la democracia directa en Alemania ha sido sentido como natural a nivel local, aunque vista con suspicacia y temor a nivel federal por sus posibles implicaciones para la estabilidad de las instituciones representativas.⁹⁸

⁹⁴ Véase el siguiente capítulo, sección 3 y nota 135.

⁹⁵ Provisional con la expectativa y esperanza de una futura reunificación. Fue debido a este carácter provisional que, como ha sido notado, el término «Ley Básica» fue preferido en lugar de Constitución.

⁹⁶ W. Erbguth, Art. 29, supra n. 55, 971; I. Pernice, Art. 29, en H. Dreier (coord.), *Grundgesetz Kommentar*, II, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 567.

⁹⁷ T. Maunz & R. Herzog & R. Scholz, Art. 29, en T. Maunz & G. Duürig (coord.), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München, 32 coord., octubre 1997, pp.7 ss

⁹⁸ C. Schmitt, *Volksentscheid und Volksbegehren*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2014, 43 ss observa que en el caso de decisiones administrativas de cantones, provincias o municipios es muy diferente, porque no involucran la esfera política y por lo tanto no despiertan cuestiones que conciernen a la organización del Estado.

El artículo 29 dispone que los cambios en la organización territorial de los *Länder* y la creación de *Länder* son determinados por la ley federal confirmados por referéndum o por una consulta popular que tomará lugar por una propuesta hecha por al menos una décima parte de aquellos facultados para votar. En ambos casos, la propuesta debe ser aprobada por una mayoría de los votos convocados, la cual corresponde al menos a una cuarta parte de aquellos facultados para votar. Estos son procedimientos complejos que deben ser implementados por una ley especial. Una ley es también requerida para regular la conducta de los referéndums sobre propuestas de iniciativas populares que puedan ser llevadas de tiempo en tiempo.

La ley sobre la implementación del artículo 29 (*Gesetz über das Verfahren bei Volkentscheid und Volksbegehren, Volksbefragung nach Artikel 29 Abs. 6 des Grundgesetzes vom 30. Juli 1979*) fue finalmente legislada en 1979, apoyando una interpretación restrictiva de la disposición constitucional.

Aun la Corte Federal Constitucional vio la ley como restrictiva, antes y después de su implementación. En 1961 la Corte dispuso que la modificación de los distritos territoriales de los *Länder* de acuerdo al artículo 29 es una materia de la jurisdicción federal, así que los *Länder* no tienen legitimidad de interponer quejas en contra de la federación. A diferencia de los partidos políticos, los comités de referéndums no son necesariamente instituciones para la vida constitucional y consecuentemente no pueden ser parte de la litigación en las disputas entre órganos de gobierno. Similarmente, ellos no pueden ser considerados como ciudadanos individuales, a quienes en este contexto también precluye un recurso directo para elevar una cuestión de constitucionalidad. El derecho a participar en el referéndum no es comparable al derecho a votar.⁹⁹ Estos principios fueron reiterados por la Corte Federal Constitucional en 1978.¹⁰⁰ Más recientemente, en 1997, la Corte Federal Constitucional declaró inadmisibles las quejas elevadas contra la constitucionalidad por parte de la Ministra Federal de Interior y los gobiernos de tres *Länder* (Bavaria, Baden-Württemberg y Thuringen) en relación con su rechazo de llevar a cabo un referéndum para la forma-

⁹⁹ BVerfGE 13,54 (Neugliederung Hessen).

¹⁰⁰ BVerfGE 49, 15 (*Volksentscheid Oldenburg*).

ción de un nuevo Land (Franken), compuesto por un número de distritos actualmente incluidos en esos *Länder*.¹⁰¹

Las reglas complejas contenidas en el artículo 29 de la Ley Básica nunca han sido aplicadas.

Los cambios territoriales de las fronteras de los *Länder* han sido hechas, pero por medio de la derogación a través del artículo 29. De hecho, la Ley Básica contiene dos reglas de excepción, disponiendo un procedimiento más simplificado que aquel del artículo 29.

El artículo 118 dispone que la reorganización territorial del área que comprende los *Länder* de Baden, Baden-Württemberg, y Württemberg-Hohenzollern deberá tomar lugar sin tomar en cuenta lo dispuesto en el artículo 29 por un acuerdo entre los *Länder* concernientes. Si ellos no llegan a un acuerdo, una ley federal deberá proveer un referéndum.

El artículo 118 fue insertado en el último minuto en la Ley Básica por iniciativa de Württemberg-Hohenzollern, cuyas respectivas capitales eran Freiburg, Stuttgart y Tübingen, las cuales habían sido ocupadas por las fuerzas aliadas de América y Francia después de la Segunda Guerra Mundial. Había, por lo mismo, la necesidad de reconstituir los antiguos *Länder* por razones históricas, geográficas y culturales. Otra idea fue formar un único Land Suroccidental Alemán que sería más influyente económica y políticamente. Propuestas similares fueron ya realizadas en los 1800 y durante el periodo de Weimar. La Constitución de Baden-Württemberg de 1946 ha visionado la posibilidad de decidir por mayoría de votos la unión de los *Länder* de Hessen y Baden-Württemberg. Una decisión considerada como necesaria, de tal modo que una disposición fue incluida en las disposiciones finales y transitorias de la Ley Básica de insertar el artículo 118 para permitir la resolución de la cuestión del área suroccidental de acuerdo a un procedimiento más simplificado que la aplicación de las leyes generales contenidas en el artículo 29.¹⁰² Ya que los gobiernos de los tres *Länder* no podían llegar a un acuerdo, un informal, no vinculante, voto popular fue llevado a cabo en 1950. Un poco más de la mitad de la población de Baden voto en contra de fusionar los tres *Länder*, mientras una avasalladora mayoría de los votantes de los

¹⁰¹ BVerfGE 96, 139 (*Volksbegehren Franken*).

¹⁰² Véase T. Maunz & Dürig, *Art. 118*, en *Grundgesetz Kommentar*, supra n. 63, 6ta ed., Noviembre de 1962.

otros tres *Länder* estaban a favor. Entonces una ley federal dispuso la celebración de un referéndum de acuerdo a las provisiones del artículo 118. El referéndum tomó lugar en diciembre de 1951 con resultados similares a aquellos de las votaciones previas.¹⁰³ Así, en 1952, el nuevo Land de Baden-Württemberg fue establecido.

Después de la reunificación de Alemania el problema de fusión entre los *Länder* de Berlín y Brandenburg surgió,¹⁰⁴ y de nuevo, en lugar de aplicar el nunca usado artículo 29 de la Ley Básica, una regla de especial de derogación fue legislada. El artículo 118^a está limitado a disponer que la reorganización de los territorios de dos *Länder* tomará lugar, en derogación del artículo 29, por el acuerdo de los dos *Länder* y con la participación del electorado. Siguiendo al artículo 118^a, los gobiernos de Berlín y Brandenburg firmaron un acuerdo para la fusión, de acuerdo a cuál Potsdam se volvería la capital del Land unificado, mientras Berlín permanecería como capital federal. El 5 de mayo de 1996, este acuerdo fue sometido a la población en un referéndum, quienes lo rechazaron. El voto de Berlín fue a favor de la unificación (53.4%), pero en Brandenburg los votos favorables fueron solamente 36.6%. Después de este resultado negativo, en lugar de fusionar, los dos *Länder* estuvieron limitados a entrar a acuerdos sobre temas específicos y servicios (transporte público, aeropuertos, parques regionales, cooperación económica, etc.).¹⁰⁵

¹⁰³ La Ley del 25 de abril de 1952 había dividido el área involucrada en cuatro distritos: Norbadén, Südbaden, Nordwürttemberg y Südwürttemberg. El nuevo Land suroccidental fue establecido con una mayoría de votación favorable en tres distritos. Más del 60% de la población participó y 70% de los votantes estaban a favor. In Württemberg los votos favorables excedían el 92%, en Norbadén el voto favorable fue de 57%, mientras que en Südbaden 62% de los votantes fueron opuestos. Véase K. Schubert & J. Wagner, *Federalismo e riordino territoriali. La fallita fusione di Berlino e Brandeburgo ovvero le particolarità del federalismo tedesco*, en 18(1) *Quaderni costituzionali* 66 (1998), de acuerdo a quien con respecto a la decisión si el territorio debía permanecer dividido en cuatro distritos «los proponentes de la unificación habían ya prevalecido». Sobre el nuevo Land suroccidental, véase también T. Maunz & R. Herzog & R. Scholz, *Art. 29*, supra n. 63, p. 9.

¹⁰⁴ Véase K. Schubert & J. Wagner, *Federalismo e riordino territoriali. La fallita fusione di Berlino e Brandeburgo*, supra n. 69, 51 ss; véase V. Losco, *Riordino territoriali dei Länder: una questione marginale del federalismo tedesco?*, 3(1) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, pp. 6 ss (2001).

¹⁰⁵ Véase R. Scholz, *Art. 188^a*, en T. Maunz & G. Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, 32 coord., supra n. 63; véase V. Losco, *Riordino territoriale dei Länder*, supra n. 70, 8; J. Drews, *Berlin-Brandenburg – A Joint Metropolitan Authority, Metrex Glasgow Spring Conference, April 24-26, 2013*, disponible en: www.eurometrex.org/Docs/Meetings/glasgow_2013/Presentations/Jan-Drews-METREX-Joint-Spatial-Department.pdf.

El artículo 29, por ello, nunca fue usado. Deberá ser puntualizado, sin embargo, que los procesos de referéndum han sido activados en relación con los cambios territoriales de los *Länder*. Incluso sin el empleo del complejo procedimiento del artículo 29, la directa consulta al cuerpo electoral fue considerada necesaria en los casos relativos a decisiones importantes para los cambios territoriales.

Si el artículo 29 —junto con los artículos 118 y 118a— es la única disposición de la Ley Básica que expresamente prescribe un instrumento de democracia directa, un reconocimiento general del papel que la población debe jugar dentro del Estado está contenido en el artículo 20. Esta disposición estipula, en su segundo párrafo, que: «*Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt*». Esta disposición, que su primera parte reproduce el artículo 1(2) de la Constitución de Weimar («*Die Staatsgewalt geht vom Volke aus*»), puede ser traducida como «Toda autoridad del Estado es derivada del Pueblo. Y será ejercida por el pueblo a través de sus elecciones y otros votos y por medio de los órganos legislativo, ejecutivo y judicial». *Abstimmungen* no necesariamente significa referéndums. Significa literalmente votar, o acordar. En contraposición a las elecciones (*Wahlen*), su significado es: decisiones hechas directamente por el electorado. La soberanía popular, por lo mismo, se expresa a través de los órganos representativos electos por el pueblo, y a través de las decisiones que la gente hace directamente.¹⁰⁶

Pastalozza cree que el artículo 20 reconoce que la gente posea una competencia ilimitada, personal y substantiva, mientras que las autoridades estatales están asignadas con poderes específicos y limitados.¹⁰⁷

Pero, ¿por qué, después de esta disposición general de la Ley Básica, es tan pequeño el alcance dado a la democracia directa?

¹⁰⁶ De acuerdo a H. Dreier, *Art. 20 (Demokratie)*, en H. Dreier (coord.), *Grundgesetz Kommentar*, supra n. 62, 61, «*Abstimmungen*» es entendido como una forma de ejercicio del poder estatal por el pueblo y no hay relación de jerarquía con respecto a las elecciones. El sistema representativo es una forma de democracia en un sentido literal (*eigentlich*) y el plebiscito es una forma pura (*echt*) de democracia.

¹⁰⁷ C. Pastalozza, *Der Popularvorbehalt*, supra n. 59, p.12.

En opinión de algunos es una brecha que permanece «esencialmente como letra muerta».¹⁰⁸

De acuerdo a otros la referencia a la democracia directa en el artículo 20 es simplemente genérica, controversial en su significado,¹⁰⁹ o solamente se refiere a las instituciones mencionadas en los artículos 29, 118 y 118^a, excepto por la posibilidad de expandir los instrumentos plebiscitarios a nivel federal a través del proceso enmienda constitucional dispuesta por el artículo 79(3) de la Ley Básica.¹¹⁰

De acuerdo a Schefold¹¹¹ la falta de una democracia directa a nivel federal puede todavía ser compensada por una democracia directa dentro de los *Länder*.

Desviando a la siguiente subsección del análisis de la democracia directa en los *Länder* y municipios, debemos considerar que la Ley Básica en sí misma no fue sujeta a voto popular, aunque acaba con el artículo 146, el cual solemnemente proclama: «Esta Ley Básica, la cual hasta alcanzada la unidad y libertad de Alemania aplica a todo el pueblo alemán, dejara de cesar su aplicación en el día en el cual una Constitución libremente adoptada por el pueblo alemán tome efecto». Esta disposición reemplaza aquella que entró en vigor antes de la reunificación, de acuerdo a cuál: «Esta Ley Básica cesará de estar en vigor en el día en el cual una Constitución adoptada por libre decisión del pueblo alemán entre en vigor».

Los académicos alemanes tienden a disminuir el alcance del artículo 146. Ellos lo consideran solamente con un significado ornamental, considerando que el procedimiento de enmienda de la Constitución está basado en los principios de la democracia representativa y no en el plebiscito.¹¹²

¹⁰⁸ F. Palermo, *Il referendum*, supra Capítulo I n. 184, p.1305.

¹⁰⁹ E.G. Mahrenholz, *Referendum e democrazia*, en M. Luciani & M. Volpi (coord.), *Referendum. Problemi teorici ed esperienze costituzionali*, supra n. 20, p. 23.

¹¹⁰ M. Sachs, *Art. 20*, en M. Sachs (coord.), *Grundgesetz Kommentar*, supra n. 55, 753 ss Para un punto de vista similar, véase H. Dreier, *Art. 20 (Demokratie)*, supra n. 62, 64 ss de acuerdo a quien sería también posible el instituir un referéndum asesorio, uno sin efectos vinculantes, por una ley ordinaria. Por un punto de vista contrario, basado en los lineamientos contenidos en la jurisprudencia constitucional y en esfuerzos en esta dirección, véase M. Suksi, *Bringing in the People*, supra n. 55, pp.108 ss

¹¹¹ D. Schefold, *Politische Mitwirkung der Bürger auf Landesebene*, en *Zeitschrift für Parlamentsfragen* 3/1989, 425 ss, particularmente pp. 427 ss

¹¹² R. Scholz, *Art. 146*, en T. Maunz & Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, supra n. 63, 29 ed., septiembre de 1991, pp.7 ss

La remisión al electorado puede ser considerada, pero no impuesta, para revisiones totales, que requerirían una fundación política amplia.¹¹³

Estos puntos de vista, aunque definitivamente con la mayoría, contrastan con el punto de vista de la minoría de aquellos que se oponen a una interpretación del artículo 146 que devaluaría y critican su no implementación.¹¹⁴

En su decisión histórica de Lisboa (*Lissabon Urteil*) del 30 junio del 2009, la Corte Federal Constitucional se refirió al artículo 146. En esa ocasión la Corte de Karlsruhe, como es conocida, ampliamente rechazó las quejas realizadas en contra de las leyes para la implementación del Tratado de Lisboa. La Corte las declaró inconstitucionales solamente mientras no dispusieran en el procedimiento simplificado para la revisión de los tratados que el representante del Gobierno alemán en el Consejo europeo estuviera autorizado por el Bundestag y el Bundesrat por medio de una ley especial legislada en conformidad con el artículo 23 de la Ley Básica.¹¹⁵ De otra forma la Corte Constitucional consideraría, en

¹¹³ M. Huber, *Art. 146*, en M. Sachs, *Kommentar*, supra n. 55, 2259 ss Véase también G. Krings, *Die Grenzen der «Direkten Demokratie» aus parlamentarischer Sicht*, en R. Th. Baus & T. Montag (coord.), *Perspektiven und Grenzen «Direkter Demokratie»*, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V., Sankt Augustin-Berlin, 2012, p.14.

¹¹⁴ H. Meyer, *Artikel 146 GG. Ein unerfüllter Verfassungsauftrag?*, en H.H. von Arnim (coord.), *Direkte Demokratie*, Duncker & Humboldt, Berlín, 67 ss.

¹¹⁵ Véase el Juicio, en 319, disponible en <www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html>; Traducción al italiano disponible en www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Traduzione_setenza.pdf: Traducción al inglés disponible en: <www.bundesverfassungsgericht.de/Shared_Docs/Entscheidungen/EN/2009/06/es20090630_2bve000208en>. Sobre la decisión, véase R. Caponi, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle Corti costituzionali (dopo il Lissabon-Urteil)*, en 20 *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* (2010), disponible en: www.astrid.eu/dossier--14/studi--ric/Caponi_Lissabonurteil_Riv-Dir-Pubbl-Com.pdf; A. Abegg, *Das Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts zum Lissabon-Vertrag der Europäischen Union — Lehrstück zur Demokratie innerhalb eines supranationalen Verbundes*, en *Jusletter*, 28 de septiembre, 2009, disponible en: pd.zhaw.ch/publikation/upload/202708.pdf; F. Liberati, *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettera*, en *Federalism.it*, No. 14/2009; L. Cassetti, *Il «Sì, ma» del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*, id.; R. Dickman, *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il tribunale costituzionale tedesco*, id; A.M. Russo, *Il BundesVerfassungsGericht en «difesa della normlità»: la «Lissabon Urteil» (30 giugno 2009) e le tendenze alla «riggermanizzazione»*, en 13 *Civitas Europa*, No. 23, 123 (2009) disponible en: scienzepolitiche.unical.it/bacheca/archivio/materiale/398/DIRITTO%20REGIONALE%20EUROPEO%20E%20COMPARATO/GERMANIA/Lissabon%20Urteil.pdf; P. Ch. Müller Graff, *Das Lissabon-Urteil: Implikationen fir die Europapolitik*, en *Bundeszentrale fir politische Bildung*, 23.4.2010, disponible en: www.bpb.de/apuz/32791/das-Lissabon-Urteil. *Alcune considerazioni*, en *Associazione Italiana di Studi Europei*, 2/2011.

este largo y complejo razonamiento, que la naturaleza del *Staatverband* (Unión de Estados) de la Unión Europea confirmaría este carácter, sin embargo, derivado de la soberanía de los Estados Miembros, los cuales retienen el derecho de retirarse. Los solicitantes arguyeron, *inter alia*, que la transformación de la Unión Europea en un Estado federal excedería los poderes de los órganos constitucionales de la República Federal Alemana y requeriría una ley constitucional aprobada conforme al artículo 146.¹¹⁶ La Corte estableció que el artículo 146 da a los ciudadanos el derecho de participar, lo cual presupone un poder constituyente antecedente a la ley constitucional el cual no podría ser anulado por las autoridades establecidas.¹¹⁷ En congruencia con el artículo 23, junto con los artículos 20, 79, y 146 de la Ley Básica, que la Unión Europea no puede estar basada en una legitimidad autónoma e independiente.¹¹⁸

Estas alusiones de la Corte federal Constitucional al artículo 146 parecen confirmar la necesidad de un recurso al procedimiento dispuesto por ello para las revisiones que son extensivas o de naturaleza general. Parece que esto suponía ser el caso para la adopción de la Constitución de la Alemania reunificada después de más de cuarenta años de separación. Paradójicamente, sin embargo, la Ley Básica, la cual entró en vigor como una Constitución provisional en anticipación de la reunificación, se volvió la Ley Básica de la Alemania unificada después de la caída del muro de Berlín.¹¹⁹ Aun más paradójico, sin embargo, es que en esa ocasión la decisión libre del pueblo alemán, aunque subsecuentemente reafirmada, fue pospuesta para fecha posterior.

La adopción de la Ley Básica como la Constitución de la Alemania unificada es ciertamente la mejor evidencia del éxito de este texto constitucional al pasar de los años. Sin embargo, el procedimiento permanece como una anomalía, desde que las revisiones constitucionales son adoptadas por las dos Cámaras con una mayoría de dos tercios en conformidad con el procedimiento dispuesto en el artículo 79 de la Ley Básica, sin

¹¹⁶ Véase Juicio, en 113.

¹¹⁷ Id., en 179.

¹¹⁸ Id., en 232.

¹¹⁹ Para una breve discusión, véase E. Palici di Suni, *I costituzionalismo tedesco e quello italiano a confronto: alcuni paradossi*, en G. Cerrina Feroni & G.P. Parodi & P. Ridola & F. Palermo (coord.), *I 60 anni Della Legge fondamentale tra memoria e futuro. 60 Jahre Grundgesetz zwischen Herkunft und Zukunft*, Giappichelli, Torino, 2012, pp.81 ss.

ser el texto constitucional sometido a la gente, como dispuso y sigue disponiendo el último artículo de la Constitución.

Esta historia parece confirmar la antipatía de Alemania de usar los instrumentos de democracia directa, pero otros sucesos apuntan en la dirección contraria. Tomando una perspectiva más amplia, consideramos las numerosas y complejas referencias a la democracia directa en ambos, los *Länder* y los municipios, de acuerdo a una moda manifestada a las afueras de la experiencia constitucional alemana y la cual continua después de la reunificación. En años recientes iniciativas y referéndums, incluso a nivel federal, se han vuelto más frecuentes, ya sea dentro de los partidos políticos, así como con respecto a propuestas de enmiendas constitucionales.

3.3. La democracia directa en los *Länder*

Las constituciones de los *Länder*, la mayoría de la cuales entraron en vigor antes de la Ley Básica, introdujeron una rica gama de instrumentos de democracia directa,¹²⁰ las cuales reproducen preparativos similares a los contenidos en la Constitución de Weimar.

Mientras instrumentos de democracia directa contenidos en la Constitución de Weimar no eran utilizados, o solamente mínimamente o sin éxito, la historia es diferente en los *Länder*, donde los instrumentos de democracia directa han sido extensivamente usados y expandidos a través de los años, han sido adoptados en eso *Länder* que inicialmente no los habían adoptado.¹²¹

Las Constituciones de los *Länder* que fueron adoptadas en 1946 y 1947 disponían para el referéndum, y, para la mayor parte, la iniciativa popular. Actitudes hacia la democracia directa cambiaron en algunos *Länder* después de la adopción de la Ley Básica, la cual tenía una orientación contraria. Solamente había tres *Länder* que cambiaron sus deci-

¹²⁰ Véase F. Palermo, *Il referéndum*, supra Capítulo I n. 184, pp. 1307 ss; A. De Petris, *Gli istituti di democrazia diretta nell'esperienza costituzionale tedesca*, Cedam, Padova, 2012, p. 243 ss; O. Jung, *Referendum e iniziative nei «Länder» tedeschi*, en M. Caciagli & P.V. Uleri, *Democrazie e referendum*, supra n. 38, pp. 218 ss; B.O. Bryde, *Die Reform der Landesverfassungen*, en H.H. von Arnim (coord.), *Direkte Demokratie*, supra n. 80, pp. 147 ss; A. Weber, *République Fédérale, d'Allemagne*, supra n. 59, 336 et seq y 351 ss; Y. Vialain, *La démocratie participative*, supra n. 55, pp. 307 ss

¹²¹ Véase F. Palermo, *Il referendum*, supra Capítulo I n. 184, p. 1307.

siones iniciales: Schleswig-Holstein, Lower Saxony y Hamburg. Los otros *Länder* que retuvieron los instrumentos de democracia directa para los cuales sus constituciones ya los disponían o habían introducido, como sucedió con las constituciones del Norte del Rhein-Westphalia y Berlín en 1950.¹²² Por ejemplo, la Constitución de Berlín disponía que los ciudadanos podían expresar su voluntad directamente a través de las elecciones de sus representantes y por medio del referéndum, e indirectamente a través de sus representantes (artículo 2(2)), repitiendo, pero también haciéndolo más explícito, el significado del artículo 20(2) de la Ley Básica.¹²³ En adición, el artículo 49 disponía por un referéndum respecto a una acta de iniciativa de 1/5 del electorado bajo los preparativos similares a los regulados en el artículo 73(3) de la Constitución de Weimar, y también, igualmente análogamente a la Constitución de Weimar, referéndums sobre enmiendas constitucionales (artículo 88). La Constitución de Berlín actualmente en vigencia dispone el derecho de la iniciativa legislativa, el cual puede ser ejercido por veinte mil ciudadanos que tienen al menos 16 años de edad. Su representante tiene el derecho de ser escuchado por el comité responsable para el referéndum (artículo 61). Los artículos 62 y 63 concernientes al referéndum para la adopción, modificación o abrogación de la ley, mientras el artículo 100 dispone por un referéndum sobre enmiendas constitucionales. La Constitución de Hamburgo de 1952, sin embargo, no contiene ninguna forma de democracia directa. La iniciativa legislativa popular fue adoptada en 1996 (artículo 48), junto con el referéndum para la adopción, modificación y abrogación de la ley (artículo 50) y el derecho del pueblo de petición (artículo 25c).

Una ley electoral introducida por una iniciativa popular fue aprobada en Hamburgo en 2004. Recibió 66.5% del voto, mientras una propuesta alternativa, presentada por el CDU y el SPD, recibió solamente 33.5%.¹²⁴ Desde entonces ha habido una batalla en curso entre los partidos mayores

¹²² Véase O. Jung, *Referendum e iniziative nei «Länder» tedeschi*, supra n. 120, pp.219 ss

¹²³ De acuerdo al artículo 2: *Träger der öffentlichen Gewalt ist die Gesamtheit der deutschen Staatsangehörigen, die in Berlin ihren Wohnsitz haben. Sie üben nach dieser Verfassung ihren Willen unmittelbar durch Wahl zu der Volksvertretung und durch Volksentscheid, mittelbar durch die Volksvertretung aus.* (La autoridad pública debe ser portada por todos los nacionales alemanes domiciliados en Berlín. Ellos ejercerán su voluntad de acuerdo a esta constitución directamente al elegir al Parlamento y al votar, e indirectamente a través del Parlamento). En adición, el artículo 3 dispone: *Die Gesetzgebende Gewalt steht allein der Volksvertretung und durch den Volksentscheid dem Volke zu.* (El poder legislativo será implementado por el voto y por el Parlamento).

¹²⁴ Véase F. Palermo, *Il referendum*, supra Capítulo I n. 184, p. 1309.

y los partidos menores, la cual ha ido en varias ocasiones a la Corte Constitucional de Hamburgo. La ley aprobada por el referéndum de 2004 estipulaba por un sistema electoral muy individualizado, con listas abiertas, y sin umbral de barreras. Habiéndose convertido en la mayoría, en 2006 el CDU aprobó una nueva ley electoral, la cual limitaba el voto preferencial (un candidato debía obtener al menos 30% de los votos para mejorar su posición en la lista establecida por el partido) e introdujo un umbral del 5% a nivel distrital. La ley fue confrontada en la Corte Constitucional de Hamburgo, la cual, en su Decisión del 7 de abril de 2007 (04/06 HVerfG), sostuvo que el umbral del 30% violaba el principio de equidad del voto. La decisión fue adoptada por una mayoría de siete jueces. De acuerdo a la opinión disidente de dos jueces, la ley violaba el principio de lealtad porque una mayoría en el gobierno no puede oponer, sin razón válida, la decisión del electorado en un referéndum. La decisión de la Corte de Hamburgo no puso, sin embargo, fin al conflicto. En 2009 seguido de un acuerdo entre la «Liga para la Libertad y la Igualdad del Voto» (*MehrDemokratie—Einfaires Wahlrecht fir Hamburg*) y los partidos políticos, el umbral de elección establecido por la ley para la elección de las asambleas distritales fue reducido de 5% a 3%. La Constitución de Hamburgo fue también enmendada, al introducir en el artículo 50(4) la posibilidad de un referéndum popular para abrogar leyes o modificar leyes adoptadas por le gente. Por un periodo de tres meses después de la promulgación de la ley modificada, sería posible el pedir un referéndum. La Corte Constitucional de Hamburgo, en su decisión del 13 de enero de 2013 (HVerfG 02/11), declaró inconstitucional el umbral del 3% para las asambleas distritales, como contrario al principio de igualdad al voto e igualdad de oportunidades para los partidos. El umbral no fue tampoco justificado considerando que las asambleas distritales realizan funciones puramente administrativas y por lo tanto no requieren de una mayoría estable como lo parlamentos con poderes legislativos. Como resultado de esta decisión, el Parlamento de Hamburgo (*Birgerschaft*) promulgó la Decimoquinta Enmienda a la Constitución de Hamburgo el 13 de diciembre de 2013, la cual agregó al texto constitucional el umbral del 3% APRA las asambleas distritales (artículo 4(2)) y el umbral del 5% para el Parlamento de Hamburgo (artículo 6(2)). Por su decisión del 24 de febrero de 2014 (HVerfG 04/13), la Corte Constitucional de Hamburgo finalmente puso a descansar la posibilidad de un referéndum sobre esta enmienda a la Constitución, razonando que el artículo 50(4) se refiere solamente a leyes ordinarias.

Esta feroz batalla en Hamburgo que oponía los campos de democracia representativa y democracia directa sobre la crucial cuestión de la representación, mediada por y bajo el control de los jueces constitucionales, parece particularmente significativa.

En Hamburgo hubo un fuerte empuje de la sociedad civil de asumir un papel más directo en la política y en los asuntos de interés general, y este es uno de los *Länder* donde esta tradición estuvo ausente, dado que los instrumentos de democracia directa habían sido introducidos relativamente recientemente.

Los partidos mayoritarios intentaron todo lo posible para combatir esta tendencia, usando todos los instrumentos legales a su disposición, alternando, como se ha visto, entre comprensión y acuerdos con representantes de la sociedad civil (lo cual llevó a bajar el umbral de 5% a 3% en 2009) a verdaderos espectáculos de fuerza (tales como promulgar una ley constitucional en 2013 que incluía criterios justamente declarados inconstitucionales por la Corte de Hamburgo).

En adición a los *Länder*, experiencias importantes de democracia directa han ocurrido a nivel municipal, con una amplia variedad de procedimientos y métodos.¹²⁵ Así como en los *Länder*, en los municipios, también, los movimientos hacia la democracia directa, aunque ya bien establecidos sobre la base de una tradición establecido, se han vuelto cada vez más pronunciada desde los años noventa.

3.4. Corrientes actuales

En 2011 la ciudad de Stuttgart estaba en proceso de implementar un proyecto de grandiosa infraestructura para renovar completamente su estación de trenes. Un referéndum fue iniciado para oponerse a este proyecto, conocido como «Stuttgart 21», juzgado como muy caro y no necesario por las fuerzas opositoras. Esto no era suficiente, sin embar-

¹²⁵ Sobre democracia directa a nivel municipal, véase Th. Schiller, *Die Praxis der Direkten Demokratie auf kommunaler Ebene*, en H.H. von Arnim (coord.), *Direkte Demokratie*, supra n. 80, 83 ss; A. De Petris, *Gli istituti di democrazia diretta*, supra n. 86, 308 ss; A. Weber, *République Fédérale d'Allemagne*, supra n. 59, 343 ss Y 353 ss Con particular referencia a los municipios en Schleswig-Holstein, véase también M. Sutela, *Comparative Aspects of Local Direct Democracy: The Municipal Referendum in Finland, Sweden, Germany and Switzerland*, en 7(4) *European Public Law* 651(2001), en particular 656 ss, 659 y 665.

go, para acabar con la controversia y las fuertes protestas de la población.¹²⁶ Un acalorado debate resultó en todo el país dentro de la opinión pública, los escritos académicos y entre las fuerzas políticas sobre la cuestión de asegurar la participación popular en la toma de decisiones públicas.¹²⁷ Esto llevó en 2013 a la codificación del derecho de participación (*Partizipationsrecht*): un nuevo párrafo fue agregado a la sección 25 de la Ley Procesal Administrativa (VfVfG) requiriendo a las autoridades públicas a someter de antemano al público cualquier decisión que pudiera tener repercusiones en gran porcentaje de la gente (*einer Zahl von Dritten größeren*), y reconociendo la oportunidad de hacer comentarios en propuestas específicas.¹²⁸

El Partido Social Demócrata estaba a favor de la democracia directa incluso antes de la República de Weimar y su contribución fue instrumental en la introducción del referéndum en la Constitución de 1919. Fortalecido por esta tradición,¹²⁹ el SPD ha continuado el uso del método de la consulta directa de sus miembros en sus operaciones internas. Recientemente el referéndum llevado a cabo entre los votantes del SPD sobre el acuerdo de la gran coalición concluido con el CDU y la canciller Merkel seguido de las elecciones de septiembre de 2013 ha tenido un significativo impacto incluso fuera de Alemania.¹³⁰ La firma del acuerdo

¹²⁶ Véase A. De Petris, *Gli istituti di democrazia diretta*, supra n. 86, p. 307 ss.

¹²⁷ Véase J. Ziekow, *Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie, Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages*, Beck, München, 2012; M. Mistl & M. Schuler-Harms, *Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive*, en *Repräsentative Demokratie in der Krise?, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Tomo 72, W. De Gruyter, Berlín-Boston, 2013, 355 ss Y 417 ss Véase M Haug, «Partizipationsrecht» — Ein Plyoder für eine eigene juristische Kategorie, en 47 *Die Verwaltung* 221 (2014); S. Drescher, *Instrumente politischer Partizipation: über den Stellenwert von Bürgerbefragungen*, id., 263 ss; C. Fraenke-Haeberle, *Bürgerpartizipation und Betroffenenbeteiligung mit Blick auf Italien*, id., pp.271 ss.

¹²⁸ § 25(3) dispone: «Die Behörde wirkt drauf hin, dass der Träger bei Planung von Vorhaben, die nicht nur unwesentliche Auswirkungen auf die Belange einer größeren Zahl von Dritten haben können, die betroffene Öffentlichkeit frühzeitig über die Ziele des Vorhabens unterrichtet (frühe Öffentlichkeitsbeteiligung). Die frühe Öffentlichkeit soll Gelegenheit zur Äußerung und zur Erörterung gegeben werden. Das Ergebnis der vor Antragstellung durchgeführten frühen Öffentlichkeitsbeteiligung soll der betroffenen Öffentlichkeit un der Behörde spätestens mit der Antragstellung, im Übrigen unverzüglich mitgeteilt werden. Satz 1 gilt nicht, soweit die betroffene Öffentlichkeit bereits nach anderen Rechtsvorschriften vor der Antragstellung zu beteiligen ist. Beteiligungsrechte nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt.».

¹²⁹ Véase E.G. Mahrenholz, *Referendum e democrazia*, supra n. 75, p.24.

¹³⁰ Véase A. De. Petris, *Sunt pacta politica etiam servanda? Gli accordi di coalizione nella forma di governó tedesca*, en 16(2) *Diritto Comparto ed Europeo* 761 (2014).

del SPD fue hecho objeto del consentimiento de los miembros del partido. En diciembre de 2013, el consentimiento fue expresado por una mayoría abrumadora de 76%.

Una expresión legal más específica del deseo de incrementar la democracia fue tomando en la forma de propuesta para enmendar la Ley Básica al introducir más instrumentos de democracia directa a nivel federal.

Una propuesta fue hecha en los años noventa por la Asociación *Mehr Demokratie*,¹³¹ la cual está asumiendo cada vez más un papel importante en Alemania y mantiene conexión con varios *Länder*¹³² (ya hemos descrito su papel en Hamburgo).

Otra propuesta fue hecha en 2002 por los miembros del SPD y los Verdes,¹³³ pero no obtuvo una mayoría de 1/3 en las dos cámaras, lo cual es requerido para enmendar la Ley Básica.

Más recientemente, el 11 de junio de 2013, el Partido Social Demócrata presentó una nueva propuesta por una revisión constitucional. La propuesta apuntaba a la introducción a nivel federal de la iniciativa popular (*Volksinitiative*), la propuesta popular (*Volksbegehren*), la decisión popular (*Volksentscheid*) y el referéndum. De acuerdo a esta propuesta, el actual artículo 78 de la Ley Básica se convertiría en el último párrafo del artículo 77, y un nuevo artículo 78 dispondría por la posibilidad de presentar al Bundestag un acta (*Volksinitiative*) firmada por 100,000 votantes. Si la propuesta no era aceptada por el Bundestag dentro de seis meses, un referéndum (*Volksentschied*) sería llevado a cabo dentro de los seis meses sucesivos en los cuales una mayoría de votos válidos, la cual corresponde al menos a un cuarto de aquellos facultados para votar, podrían promulgar el acta. Más aún, un millón de votantes tenían el derecho de someter a referéndum una ley ya pasada por el Bundestag (referéndum popular). El Bundestag, por una decisión de dos tercios de la mayoría, debía someter a referéndum una ley federal (referéndum parlamentario). Los proponentes del referéndum tienen el derecho en cualquier etapa de los procesos de ser escuchados por el Bundestag y el Bundesrat.

¹³¹ Véase A. De Petris, *Gli istituti di democrazia diretta*, supra n. 86, pp. 335 ss

¹³² Véase el sitio de la asociación, disponible en: www.mehr-demokratie.de/.

¹³³ Véase A. De Petris, *Gli istituti di democrazia diretta*, supra, supra n. 86, pp. 331 ss.

Esta propuesta, como es evidente, reproduce en muchos aspectos los referéndums ya propuestos por la Constitución de Weimar y la constituciones de los *Länder*.

Después de las elecciones de 2013, como hemos visto, el acuerdo de la coalición entre el CDU y el SPD fue sometido a un referéndum por los miembros del SPD. El acuerdo no hace referencia explícita al referéndum o a la democracia directa, pero hay un párrafo especialmente dedicado a la participación popular.¹³⁴

En este contexto el acuerdo recae sobre todo en la digitalización. La meta es de hacer de Alemania el «campeón digital» dentro de la «agenda digital» de la Comisión europea. La participación pública debe ser mejorada sin afectar la velocidad de los procedimientos de gobierno. La meta es de atraer a los ciudadanos, así como a los representantes de la sociedad civil en la discusión de la planificación del futuro, al desarrollar nuevas formas de participación popular y comunicación al traer juntas a las personas en un esfuerzo conjunto.

Incluso sin la expresa referencia a la democracia directa, la dedicación de las fuerzas poderosas de responder a la creciente demanda de participación popular, de tender puentes a lo que parece ser una «brecha» de la ley constitucional alemana, parece claro.¹³⁵

Que pasaría concretamente en los años que vienen es difícil de predecir, pero el proceso de superar el monopolio de las instituciones representativas ahora parece ser imparable, incluso en Alemania.

¹³⁴ *Deutschland Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 18. Legislaturperiode, 151*, disponible en www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html.

¹³⁵ Véase la introducción del acta del SPD: «*Die im Grundgesetz verankerte parlamentarisch-repräsentative Demokratie hat sich in der Bundesrepublik Deutschland über mehr als sechs Jahrzehnte bewährt. Doch auch der Wunsch nach stärkerer Beteiligung wächst in der Bevölkerung. Anders als in Ländern und Kommunen, in der EU und in vielen befreundeten Nationen kennt unsere Verfassung außer zur Neugliederung des Bundesgebietes und zur Ablösung des Grundgesetzes (artikel 29 und 146) keinen Volksabstimmung. Dies wird weithin als Lücke empfunden. Die Bundesrepublik Deutschland braucht deshalb heute auch auf Bundesebene eine bürgerfreundliche Regelung für die Durchführung von Volksinitiativen, Volksbegehren, Volksentscheiden und Referenden.*».

4. ESPAÑA

4.1. Planteamiento del tema: el significado político de la democracia directa y el cuestionable tratamiento unitario del referéndum por el legislador español

Punto de partida para cualquier estudio o enunciado respecto de la estructura formal adoptada por la democracia en la Constitución Española, es el art. 23. 1, de la CE que dice: *«Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de sus representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal»*.

Dos son pues, las formas o maneras en que es posible articular la participación democrática en el marco de la Constitución española: bien a través de la intermediación de representantes, o bien como acción del pueblo en primera persona. Conviene insistir en que se trata exclusivamente de dos modos distintos de ordenar la intervención del pueblo como sujeto político, y no de dos procedimientos enmarcados – por así decirlo – en una relación de prelación, en la que uno es percibido como más intensa y profundamente democrático que otro, en razón a reconocer un peso cualitativamente superior a la presencia directa del pueblo en la construcción de la opinión colectiva. En democracia constitucional, habitualmente los procesos de conformación de la voluntad política se corresponden con aquel concepto o categoría que la doctrina administrativista ha venido denominando «acto complejo», y que consiste en integrar en un mismo *iter* secuencial, una suma de actuaciones de diverso tipo y condición (fases), todas exigibles por igual, y ninguna de la cuales puede recabar en solitario la responsabilidad del resultado final que, por principio, es producto de un obrar compartido y se expresa en un sólo y único acto. En este sentido, nada tiene de extraño que en ese *iter* vayan confluendo gradualmente, diferentes manifestaciones, directas e indirectas, de la voluntad popular, sin que cualquiera de ellas pueda ser tenida como democráticamente superior a otra. Y lo mismo debe repetirse de los actos de formación de la voluntad política que se sustancian en un solo trámite: comparados entre sí, no devienen susceptibles de ser catalogados como más o menos democráticos por la circunstancia de nutrirse de la participación directa o indirecta del pueblo.

Así pues y para empezar, en el artículo 23. 1 de la CE, se recogen dos fórmulas distintas de organizar procesalmente la presencia del pueblo en el convivir democrático, que no se encuentran emplazadas en una relación de jerarquía, sino que resumen una colección de supuestos de especialización funcional en la acción política del pueblo. Ello supone que, en el orden constitucional español, el pueblo obrando en primera persona, no es ni políticamente más relevante, ni distinto en sustancia, ni tampoco, encarna una autoridad superior al pueblo eligiendo a sus representantes y construyendo en diálogo a través de su concurso, la opinión colectiva. En nuestro modelo de democracia constitucional, la voluntad política emana inexorablemente del pueblo, pero son muchas las vías y mecánicas por cuya intervención esa voluntad popular se organiza y manifiesta. Todas son instrumentales en relación con el resultado final; todas son ineludibles en el respeto a su configuración estructural; todas responden a un particular significado funcional que opera como criterio interpretativo fundamental de su cometido. Y ello máxime, si se cae en la cuenta de la dinámica hacia la que apuntan los dos cruciales desafíos que en nuestro horizonte inmediato, condicionan y hacen más quebradizo y difícil el discurrir práctico de la vida democrática:

- La naturaleza cada vez más plural –incluso cabría hablar de fragmentaria– de las sociedades modernas, que exige que para la obtención democrática de la voluntad común, la diversidad de opiniones se vaya decantando en un trabajoso, proceloso, delicado y pasmosamente lento proceso de debate colectivo en el que se excluyen tanto la imposición, como las voluntades unilaterales, como muy especialmente el recurso a la decisión propiamente dicha.
- La creciente impenetrabilidad y labilidad de los problemas a resolver para una opinión cada vez menos consciente del contenido y alcance en clave Política, de lo que se está discutiendo, que aconsejan descartar el empleo de fórmulas simplificadoras focalizadas en torno a un maniqueo dilema del sí o el no, por su formidable potencialidad manipuladora y su inagotable capacidad de generar la apariencia.

En resumen y para concluir este apunte preliminar sobre la naturaleza política de los institutos de democracia directa, no cabe admitir en democracia constitucional, o al menos en el modelo español de democracia constitucional del 78, el célebre y polémico argumento de Carl Schmitt, sustentado en la radical antinomia y la insuperable tensión entre dos principios incompatibles, rampantes y sempiternamente dispuestos a

llegar a la ruptura: representación y democracia. Incluso, antes bien, lo contrario, ya que desde la lógica constitucional española sólo existe un postulado de principio: la voluntad democrática del pueblo, que encuentra un límite infranqueable en los valores, preceptos y formas de proceder estipulados en su día por el Poder Constituyente. Fuera de la Constitución, por consiguiente, no hay manifestación de la voluntad democrática que valga. La Constitución es la expresión concreta en términos de legalidad, de aquella idea de legitimidad que Thomas Paine reputara de *<government by Society>*: la construcción democrática por la sociedad del contenido de la Política. Y este régimen democrático se articula por medio de los cauces organizativos recogidos en la Constitución, y muy especialmente y de manera preferente, por la representación política que se opera con y desde los partidos.

Este fue el exacto entendimiento de la democracia que quedó meridianamente plasmado en la sesión del debate constituyente en la que, de manera más consciente y pública, se llegó a abordar el papel de las instituciones de la democracia directa en la Constitución Española:

«En un país donde no ha sido (la partitocracia) el mal fundamental –afirmaría el ponente Solé Tura en la sesión del 6 de junio de 1978– sino precisamente la negación de los partidos ... denunciar el mal de la partitocracia es un mal servicio a la causa de la consolidación de la democracia que intentamos llevar adelante. ... el problema que tenemos hoy no es la partitocracia, sino conseguir que los partidos funcionen, conseguir que los partidos sean representativos, que los partidos tengan fuerza, conseguir que los partidos sean reconocidos como interpretes concretos de las grandes masas de la población y eso es lo fundamental Y tenemos que asegurar también la importancia del papel de un parlamento elegido democráticamente ... las formas de democracia directa no son únicamente el referéndum, hay otras muchas y la democracia directa significa no tanto la posibilidad de un referéndum sino las formas de intervención, de decisión y de participación, y eso es lo que la Constitución en otros artículos abre». (Sesión del 6 de junio de 1978. Pág. 2942 Dsc.)

A la luz de estas afirmaciones, debe colegirse que si en la intencionalidad de sus redactores, la Constitución española puede aspirar a privilegiar algún procedimiento de obtención de la opinión democrática, ese es justamente, la elección por el pueblo de los representantes encuadrados

en partidos; una forma de elección que –no olvidemos– en sí misma, también implica la actuación directa del pueblo. Tal fue, en conclusión, la gran ambición del constituyente.

Pero dejando a un lado estas consideraciones relacionadas con la atmósfera y los problemas de la democracia actual, a las que más adelante habrá oportunidad de referirse, por el momento, importa señalar que la Constitución española prevé cuatro figuras, o si se prefiere, actuaciones funcionales, en las que la opinión del pueblo se realiza directamente y sin intermediarios: la iniciativa legislativa popular del art 87.3; el llamado referéndum consultivo del art 92; los dos referéndums de reforma constitucional del Título X; y los diferentes referéndums de naturaleza territorial, recogidos tanto en el Título VIII, como en las disposiciones transitorias de la Constitución.

Ahora bien, interesa subrayar que el nexo o punto de unión en derecho positivo español de estas tres clases de referéndums, además del hecho de la presencia en primera persona de la ciudadanía como sujeto político, no es otro que la existencia de una norma regulatoria común, la *Ley sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum* LOR (Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero), que da cumplimiento al mandato del artículo 92.3 de la Constitución («Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución»), y que dota al conjunto de los referéndums de un fondo procesal-operativo común compartido.

La gran pregunta que inmediatamente salta a la vista resulta obvia ¿cuál puede ser el motivo por el que el art. 92.3, ha querido introducir un tratamiento legal unitario del régimen general del referéndum, si las diferentes manifestaciones de este instituto no son la consecuencia de un gran postulado político forjado en la idea democrática depositaria de la tradición roussoniana? Cada uno de los referéndums previstos en la Constitución, responde de manera ineludible, a una dinámica causal propia, relacionada con una específica y concreta preocupación o interés funcional del legislador constituyente, que no mantiene necesariamente una relación de coincidencia material con las demás. Luego, los elementos comunes a todo ellos, salvo por el hecho operativo de la presencia directa del pueblo ejercitando un derecho fundamental, no acreditan ser lo suficientemente relevantes como para justificar semejante tratamiento unitario. No estuvo acertado, o al menos, no parece haber sido muy co-

herente el legislador constituyente con su entendimiento funcional del papel de las figuras de la democracia directa, en el momento de redactar este precepto del art. 92.3.

Por lo tanto, la *ley sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum* LOR (Ley orgánica 2/1980, de 18 de enero), requiere ser entendida como un marco regulador común no natural, como una suerte de estatuto normativo o estructura procesal de acción compartido que procura encauzar artificialmente el curso de los diferentes tipos de referéndum, y no como una proyección más del cuerpo político de la democracia pura, ni como la expresión de las diferentes manifestaciones institucionales de un tronco finalista común. Y algo de lo mismo podría predicarse de la iniciativa legislativa popular del art. 87 de la CE, en el sentido de que no obedece a una construcción institucional reconducible a una idea sustancial de identidad democrática. También en esta figura no detectamos otra particularidad que un supuesto funcional de intervención del cuerpo ciudadano en la vida política- en este caso en la fase inicial de la promoción o de la creación innovadora del derecho- sin intermediación alguna.

De este modo, el tratamiento unitario que el art. 92.3 de la CE dispone para la totalidad de las modalidades de referéndum - que luego ha sido reiterado por el art. 1º de la LOR-, sólo se explica por la desafortunada inclinación del constituyente en favor de una técnica legislativa más que cuestionable, que agrupando y simplificando lo que funcionalmente es palpablemente diferente, ha dado lugar a importantes complicaciones y problemas de índole operativa que han forzado a que con motivo de cada referéndum, el propio decreto de convocatoria se vea obligado a introducir ciertas reglas específicas destinadas a cubrir lagunas -por ejemplo, en materia de subvenciones a las formaciones políticas que intervienen en cada particular ocasión. Y abunda la evidencia, la circunstancia de que la propia LOR, en su art. 11.1, haya debido estipular de manera expresa el carácter supletorio de la *ley orgánica de régimen electoral* (ley orgánica 5/1985 de 19 de junio) en las materias relativas al referéndum («*El procedimiento de referéndum estará sometido al régimen electoral general en lo que sea de aplicación y no se oponga a la presente Ley*»).

En este sentido, con toda probabilidad, lo más aconsejable hubiera sido que, sin perjuicio de la reserva a ley orgánico de la norma de desa-

rollo por tratarse de un derecho fundamental (art. 81 CE), existiera para cada supuesto específico una regla particular que atendiera adecuadamente a las diferentes circunstancias funcionales en que tiene lugar la apelación al pueblo o incluso, como remedio alternativo, que cada una de estas particularidades funcionales fueran recogidas en un tratamiento singularizado en capítulos independientes dentro de la propia Ley Electoral General (LOREG).

Pero además, la temprana fecha de elaboración de la LOR, aprobada en los últimos momentos del gobierno post-constituyente de la UCD, para hacer frente a un vacío legislativo incompatible con el urgente desarrollo de la Constitución en materia territorial, añadió nuevas insuficiencias técnicas a la ley que - si las circunstancias lo hicieran posible - aconsejarían una revisión en profundidad de sus contenidos para facilitar un tratamiento diferenciado de los diferentes modelos de referéndum respondiendo a su peculiaridad funcional.

4.2. **Las instituciones de democracia directa en el proceso de elaboración de la Constitución: el referéndum y la iniciativa legislativa popular. El desarrollo legislativo.**

A. La tramitación constitucional del referéndum del art. 92 y de las diferentes modalidades de referéndum.

1. Durante el proceso de gestación de la Constitución española de 1978, en lo que respecta a los artículos que regulan las instituciones de democracia directa, sólo el actual art. 92, sufrió cambios significativos que parecen dignos de consideración. En su redacción inicial, el entonces art. 85 preveía tres posibilidades de referéndum¹³⁶:

¹³⁶ En su redacción inicial el texto elaborado por la ponencia del entonces art. 85 decía «1. La aprobación de las leyes votadas por las Cortes Generales y aún no sancionadas, las decisiones políticas de especial transcendencia y la derogación de leyes en vigor, podrá ser sometida a referéndum de todos los ciudadanos. 2. En los dos primeros supuestos del número anterior el referéndum será convocado por el Rey a propuesta del Gobierno, a iniciativa de cualquiera de las dos Cámaras de tres Asambleas de Territorios Autónomos. En el tercer supuesto la iniciativa podrá proceder también de setecientos cincuenta mil electores. 3. El plazo previsto en el apartado anterior para la sanción real, se contará, en este supuesto, a partir de la publicación oficial del resultado del referéndum. 4. El resultado del referéndum se impondrá a todos los ciudadanos y a todos los órganos del estado. 5. Una ley orgánica regulará las condiciones del referéndumle-

- De aprobación o ratificación legislativa, que permitía que a iniciativa del gobierno, las dos Cámaras o tres Asambleas de Comunidades Autónomas, fuera posible someter al voto directo del cuerpo electoral la fase última de elaboración de un texto para su conversión definitiva en ley.
- Abrogatorio legislativo, que permitía que, a iniciativa del Gobierno, las dos Cámaras, tres Asambleas de Comunidades Autónomas o 750.000 electores se promoviera un referéndum para la abrogación popular de una ley vigente. (Se trataba, por tanto, de un supuesto de doble intervención directa del pueblo: primero solicitando el referéndum y después refrendando la derogación.)
- Referéndum consultivo y de carácter vinculante promovido a iniciativa del gobierno, las dos Cámaras o tres Asambleas autonómicas en relación con decisiones políticas de especial trascendencia.

En la misma sesión del debate constituyente en que tuvo lugar la intervención del profesor Solé-Turá anteriormente aludida, se optó por limitar notablemente el alcance de este precepto, dejándolo reducido a los términos actuales que se corresponden con los propios de una forma de democracia incardinada en el marco del Estado de Partidos. Así, el art. 92.2 dice que sólo el Presidente del gobierno, previa autorización del Congreso de los Diputados, puede elevar al Rey la convocatoria del referéndum.

Ello significa que la iniciativa del referéndum corresponde exclusivamente a la persona que desempeña la máxima responsabilidad en el ejecutivo, que en la tradición política española se ha venido identificando con el mismo sujeto que ostenta el liderazgo de la fuerza política que ostenta o encabeza la mayoría parlamentaria. No existe, en principio, la posibilidad de utilizar el referéndum para desequilibrar el Parlamento, y menos aún, cuando su convocatoria requiere de la previa aprobación del Congreso de los Diputados, el órgano del que emana la confianza y que eventualmente puede promover la censura del Presidente del Gobierno, ya que en el sistema parlamentario español el Senado carece de semejante facultad, que se atribuye en exclusiva a la Cámara baja.

En la configuración constitucional del art. 92.2, el referéndum ha sido diseñado, por consiguiente, como un instrumento destinado a convivir

gislativo y del constitucional, así como de la iniciativa popular a que se refiere el presente artículo y la establecida en el artículo 80 ».

armónicamente con la idea de representación parlamentaria, y no pensado para favorecer la confrontación ejecutivo -legislativo. A mayor insistencia, la LOR dispone un distanciamiento temporal obligatorio entre la fecha de celebración del referéndum y la convocatoria de elecciones, en el manifiesto propósito de impedir una colisión directa (art. 5.2 «*Tampoco podrá celebrarse referéndum ... en el período comprendido entre los 90 días anteriores y los 90 posteriores a la fecha de celebración, en el territorio a que afecte, de elecciones parlamentarias o locales generales o de otro referéndum. Quedará suspendido automáticamente todo referéndum ya convocado, cuando hubiera de celebrarse en el período antes señalado, debiéndose proceder a nueva convocatoria.*»)

Así explicado, convendría preguntarse ¿cuál puede ser en el modelo constitucional español la función de este referéndum convocado a iniciativa del Presidente? La respuesta la ofrece en buena medida el apartado 1º de ese mismo art. 92, que afirma que el referéndum, por un lado, versa sobre «*decisiones políticas de especial trascendencia*» y, que, por otro, tiene, además, carácter «*consultivo*». Cuando se suman las cautelas que el legislador constituyente ha dispuesto para la convocatoria del referéndum, a los limitados efectos - no obligatorios - que a sus resultados se reconocen, se percibe fácilmente que estamos en presencia de una figura jurídica en la que las desconfianzas y temores, superan con mucho, las esperanzas e ilusiones que los redactores de la Constitución depositaron en ella. Más que abrir un camino a la intervención directa del cuerpo ciudadano, lo que se diseña es un sistema de cautelas y precauciones que dificultan su empleo y hacen limitadamente provechoso su resultado. Todo lo más, para lo que sirve funcionalmente este modelo de referéndum es para reforzar el liderazgo político del Presidente del Gobierno, eventualmente frente a su propio partido y también frente a la oposición política, permitiéndole acudir directamente a la misma fuente de poder que alimenta la posición de ambos. Y es en este sentido, en el que el referéndum aparece configurado como un instrumento de control del líder del ejecutivo sobre los partidos.

Tampoco la definición de la cuestión sobre la que potencialmente pudiera versar la pregunta, ayuda a percibir de manera positiva el referéndum en el sistema español. Es al propio convocante a quien en última instancia corresponde determinar sobre qué decisión de especial trascendencia debe pronunciarse la consulta. Es al Presidente del Gobierno a quien compete poner en marcha el proceso, y al que, en última instancia,

corresponde tanto precisar la oportunidad de la circunstancia, como la cuestión o materia sobre la que recaerá. En este sentido, y aunque el Congreso de los Diputados tiene competencia para mediar al respecto, advirtiéndose que posee la facultad de denegarle su aprobación, no parece que se encuentre en verdaderas condiciones de hacerlo desde el momento en que resulta impensable un Presidente del Gobierno – que es quien efectivamente recibe la votación de investidura en el sistema constitucional español - sin mayoría parlamentaria.

Antes que otra cosa, la conclusión a que induce la lectura de las previsiones constitucionales de este art. 92, es que los padres de la Constitución, cuando decidieron enmendar la redacción del texto inicial de este precepto, no se atrevieron a suprimirlo directamente y optaron preferentemente por desustanciarlo, transmutándolo en una figura definida más por lo que no se puede hacer, que por los cometidos concretos que debieran serle encomendados.

Y con esta línea de consideraciones, coincide también, de algún modo confirmándola, la inadecuada ubicación del art. 92 en el conjunto de la sistemática constitucional, ya que teniendo por contenido un instrumento de acción política del Presidente del Gobierno, el referéndum consultivo se encuentra situado en el Capítulo II, dedicado a regular *la elaboración de las leyes*, del Título III de la Constitución, que tiene por rúbrica *De las Cortes Generales*. Otro rastro más de un diseño de referéndum que finalmente no prosperó en la redacción definitiva de la Constitución.

Es muy probable que, en el trasfondo de todo este proceso de reducción de la dimensión constitucional del referéndum, estuviera muy presente tanto el peso negativo de la tradición plebiscitaria de la dictadura franquista, como la particular regulación que de la figura había establecido la Ley para la Reforma Política, la norma que durante la Transición política permitió el paso de la dictadura a la democracia constitucional. El rechazo al franquismo y a sus formulaciones, y la preocupación por no reproducir una fórmula de desbloqueo como la prevista durante la Transición Política para el caso de que las Cortes dificultaran la elaboración de la nueva Constitución (artículo 5), atribuyendo al Rey la facultad de convocar un referéndum de carácter vinculante, actuaron, sin duda, como estímulos negativos para inspirar la definitiva redacción del actual artículo 92. Es así, como este precepto dejó estipulado una variante de referéndum que en su funcionamiento práctico ha dado lugar a no pocas complicaciones.

Y esa misma interpretación sobre las nefastas implicaciones de la poco meditada reformulación del antiguo art. 85 en el actual 92, sirve para explicar la inadecuada redacción del apartado 3º de este último precepto. Frente a un texto inicial que agrupaba distinguiendo referéndum legislativo, de reforma constitucional e iniciativa legislativa, y dejaba fuera los referéndums territoriales como materias reservadas a una ley orgánica común, la norma actualmente vigente introduce una clausula general en la que toda la regulación de desarrollo se remite a una única ley orgánica. Ello indica que la renuncia expresa a la democracia de la identidad, efectuada por la enmienda promovida por el ponente Solé-Tura en nombre de toda la comisión salvo el Partido Popular, tuvo como consecuencia directa una pérdida de coherencia y de significado material de los institutos de democracia directa, que en determinados aspectos concretos no fue correctamente reflejada por el redactor de la Constitución, y que en definitiva, y como ya hemos explicado, es la razón principal de algunas de las notables deficiencias técnicas que hoy se observan en la letra de sus preceptos. En definitiva, pues, la inadecuada reescritura de este precepto fue también, la causa última de que el régimen común de los referéndums recogido en la LOR, estuviera abocado desde un principio a incurrir en el error técnico y sistemático.

2. El segundo tipo de referéndum previsto en la CE se corresponde con los dos supuestos establecidos en el título X referido a la reforma Constitucional.

A este respecto, la Constitución señala dos procedimientos diferentes de reforma, el más sencillo del art. 167 y el agravado del art. 168. El primero de ellos hace referencia a las materias relativas a los Títulos III a IX y al I, excepción hecha del Capítulo II, sección primera. En todos esos supuestos, el procedimiento a seguir resulta bastante dificultoso y requiere de la aprobación de los dos tercios de ambas Cámaras o de la mayoría absoluta del Senado y los dos tercios del Congreso. Superada esta fase, el referéndum aparece como potestativo, correspondiendo su convocatoria a la petición de una décima parte de los miembros de cualquiera de las dos Cámaras, en el plazo de los quince días posteriores a su aprobación por el Parlamento.

Importa señalar que estamos ante un supuesto radicalmente inverso en términos de utilidad y cálculo político, al ya analizado referéndum consultivo del artículo 92. En efecto, y a diferencia de cuanto sucedía en

la anterior ocasión, en el caso del art. 167 de la CE, el fin del legislador introduciendo el referéndum, no fue diseñar un instituto pasivo y de escasa eficacia práctica, sino prever un requisito activo y de enorme capacidad desmovilizadora que determina que el camino de la reforma solo pueda ser emprendido si previamente se cuenta con un alto quorum. El referéndum se configura como un instrumento que sirve para bloquear y hacer más desaconsejable, si cabe aún, el recurso a la revisión constitucional. Todo esto tiene que ver con la peculiaridad que caracteriza a la reforma constitucional en el sistema español.

A diferencia de lo sucedido en otros países cercanos, en España la reforma constitucional ha sido entendida como un factor disuasorio del cambio en la Constitución. La idea imperante en el momento de redacción de la Constitución era que la mejor forma de conferir estabilidad al sistema democrático que inauguraba la Ley Fundamental del 78, rompiendo con una tradición de fracaso político de la democracia, consistía en dotar al nuevo texto de una especial rigidez que lo hiciera inmune a los cambios circunstanciales y poco fundados en la voluntad colectiva. Se diseñó de este modo, un procedimiento de revisión que requería de la aprobación de una alta mayoría que solamente era posible reunir cuando se alcanzaba un gran consenso entre las fuerzas políticas que había participado en la elaboración de la norma fundamental. A agravar más esta dificultad, contribuye el requisito del referéndum potestativo, introducido con plena consciencia por el constituyente, en un escenario político donde – como ya constatamos - la regla era la desconfianza y el temor hacia cualquier apelación directa al pueblo. Solo cuando se está seguro de contar con un amplio consenso superior a los dos tercios del Congreso, es posible emprender el camino de la reforma. De lo contrario se corre el riesgo de que la minoría promueva la intervención del pueblo para que juzgue la oportunidad del cambio.

El resultado es evidente, en treinta y siete años de vida constitucional, únicamente se han efectuado dos reformas constitucionales, siempre por la vía del art. 167, que afectan a la letra del art. 13. 2, introduciendo en 1992 la locución «y pasivo» para referirse al derecho al sufragio de los no españoles, y la más discutible nueva redacción del art. 135 relacionada con la llamada estabilidad presupuestaria de 2011. Ambas reformas pudieron concluirse satisfactoriamente gracias al amplio apoyo político con que contaron al ser suscritas por los principales partidos y no sólo por la mayoría gobernante. Sin embargo, la posibilidad de generar un cierto

rechazo susceptible de convertirse en oposición al proyecto, estuvo presente en la segunda ocasión, y aunque se conjuró rápidamente, puso de manifiesto que la inclusión de la convocatoria de referéndum en este preciso mecanismo de reforma del art 167, había sido ideada como instrumento de freno al cambio en la Constitución.

La misma desconfianza hacia el referéndum, juega en esta ocasión, un papel inverso al previsto en el art. 92. Mientras que en la anterior vez fue la tibieza para con los mecanismos de participación directa del legislador constituyente, lo que llevó a dibujar una figura referendaria poco operativa, ahora idénticos reparos sirven al constituyente para incorporar un mecanismo fácilmente operativo pensado para disuadir al poder de reforma, de la conveniencia de ponerse en marcha si no cuenta con un alto consenso previo. El referéndum actúa aquí, como un freno a la reforma que pone en manos de una minoría la posibilidad de apelar al pueblo y por lo tanto de bloquearla. Y es que, en el proceso constituyente español, algunos de los consensos claves, como por ejemplo los referidos a la configuración territorial del Estado, fueron obra más de una élite dirigente, consciente de la imperiosa necesidad de llegar a acuerdos imprescindibles para la estabilidad de la democracia, que de la voluntad consciente del conjunto del colectivo social.

La otra fórmula de referéndum constitucional tiene que ver con el art. 168 de la CE que, en este caso, se corresponde con el procedimiento de la revisión total de la Constitución, dentro de la que se entienden comprendidos también, el Título preliminar, los artículos sobre derechos fundamentales incluidos en la Sección primera del Capítulo Segundo del Título I, y el Título II relativo a la Corona.

Esta vez el referéndum se convierte en un requisito inexcusable que se sitúa procesalmente en el momento final del camino de la reforma. Para acudir a la vía de reforma del art. 168, se requiere, además de la aprobación del nuevo texto por dos tercios de ambas cámaras, de su ratificación posterior por un nuevo parlamento convocado al efecto tras la inmediata disolución del primero, por idéntica mayoría, y de la celebración de un referéndum final de ratificación. Llama la atención en este caso, que el referéndum de aprobación final suceda temporalmente después de la convocatoria de unas elecciones parlamentarias que dada la circunstancia sobre las que gravitan, tendrán como objeto preferente el debate sobre la reforma. Ningún sentido parecería tener esta nueva con-

sulta directa al pueblo, si no fuera por la intención de reforzar el carácter disuasorio que la presencia del referéndum cobra en la reforma. El referéndum se configura pues, como un valladar real a la reforma que aparece formalmente cuando los representantes salidos de las urnas - y se entiende que expresamente mandatados al efecto con la confianza de la sociedad- han expresado ya la voluntad popular que representan. Terrible mecanismo de afianzamiento de la reforma que en la práctica deviene inoperativo y que fue concebido como remedo a la inexistencia en la Constitución Española de cláusulas de intangibilidad constitucional del estilo de aquella que en la Constitución de la V^a. República francesa, proclama la irreformabilidad de la forma republicana de Estado.

3. El tercer tipo de referéndum lo integran los relativos a la cuestión territorial, es decir todos aquellos que de una u otra forma se encuentran relacionados con la puesta en marcha, modificación o definición competencial de las Comunidades Autónomas. La Constitución contempla cinco supuestos.
 - a. El referéndum de iniciativa autonómica del artículo 151. 1 CE, destinado a poner en marcha la constitución de Comunidades Autónomas que asumen las competencias plenas (artículos 148 y 149 CE), que no hubieran plebiscitado sus estatutos en anteriores procesos históricos. Es el caso de Andalucía que además en su día forzó a una modificación del art. 8 de la LOR, para permitir que el cómputo de votos que exigía como requisito la mayoría absoluta, se efectuara desde el conjunto de la Comunidad que se constituía y no teniendo en cuenta las provincias que se adherían.
 - b. El referéndum de aprobación de los Estatutos de Autonomía que es la norma institucional básica de cada Comunidad, que siguen la vía del art. 151.2, 1º y 2º de la CE.
 - c. El referéndum de aprobación de Estatutos de Autonomía que siguiendo lo dispuesto en el art 151.2, 5º CE han sido tramitados y aprobados como ley orgánica por la Cortes Generales que en su momento sirvieron para aprobar los Estatutos del País Vasco, Cataluña y Andalucía.
 - d. En realidad, en los tres casos, se trata de supuestos histórico que en su día fueron empleados para promover la constitución de

unas determinadas Comunidades Autónomas o la aprobación de sus Estatutos, y cuyas finalidades quedaron agotadas cuando cumplieron su función.

- e. El referéndum previsto por el art. 152.2 de la Constitución que sirve para proceder a la reforma de los Estatutos de Autonomía aprobados por la vía del art. 151, que son el País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía.

Esta fórmula ha servido, en fechas recientes, para promover la reforma de los Estatutos de Cataluña y Andalucía y habida cuenta de que cada Estatuto puede establecer sus propios procedimientos de reforma, se ha extendido a otros Estatutos como es el del caso de Valencia.

El referéndum de incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma del País Vasco, previsto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución.

Ahora bien, con independencia de estos cinco supuestos concretos de referéndum territorial, el verdadero punto crucial del problema se sitúa en la posibilidad de introducir nuevos referéndums ampliando el elenco enumerado por la Constitución de manera expresa, y muy especialmente, en la cuestión de la procedencia o no, de la extensión del referéndum de naturaleza político del art. 92, al gobierno ordinario de las Comunidades Autónomas. El instrumento legal al efecto, sería una norma de la propia Comunidad Autónoma.

Al respecto, ha existido una cierta polémica doctrinal que la redacción del art. 149.1.32 CE ha contribuido a impulsar, al declarar como exclusiva competencia del Estado central «*la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum*». Se trata de una fórmula que da pie a establecer una distinción entre el referéndum y las consultas populares que utilizan la vía referendaria, dentro de las que se incluiría una figura vehicular de naturaleza poco definida pero suficientemente capaz de expresar la voluntad democrática de la Comunidad Autónoma.

Sin perjuicio de que este precepto parece haber sido diseñado al único propósito de preservar en favor del poder central el monopolio de la autorización para convocar cualquier consulta en las Comunidades Autónomas, lo cierto es que su tenor literal deja abierto un portillo para aceptar la existencia de otro tipo de consultas populares autonómicas que pese a que no se denominasen formalmente referéndums, si pudieran operar como mani-

festaciones de la democracia directa e incluso fueran susceptibles de trascender a los fenómenos de estricta dimensión territorial interna.

La primera afirmación viene corroborada por la redacción de los apartados, 1º y 2º, del art 2 de la LOR, que atribuye la competencia para autorizar la convocatoria del referéndum al Gobierno, a propuesta de su Presidente, en nombre del Estado. Sin embargo, la segunda duda no queda en absoluto despejada en la medida en que la LOR no se recoge una prohibición taxativa de introducir otros referéndums que los previstos en la Constitución y, por ello, permite sostener que eventualmente pudiera haber una lectura implícita que dejase abierta la posibilidad de que se dictara una ley autonómica de consultas populares situada en la órbita del art. 23 CE.

En otras palabras, la clave de la cuestión radica en determinar ¿si acaso estamos ante una figura tasada o en presencia de una cláusula abierta, que posibilita implícitamente la introducción de nuevos referéndums en el ámbito autonómico? O, y presentadas las cosas desde otra perspectiva, ¿si las consultas populares convocadas vía referéndum por las Comunidades Autónomas, pueden llegar a ser potenciales expresiones de la fórmula de democracia directa contemplada en el art. 23 de la CE?

Si así fuera, todo parecería indicar que, en esta ocasión, el destinatario natural del efecto producido por el referéndum no sería otro que el propio ejecutivo central. Ciertamente, habida cuenta de la relativa incidencia que la convocatoria de un referéndum puede tener sobre el habitual funcionamiento interno de la vida democrática de una Comunidad Autónoma y en lo que se refiere a la formación ordinaria de su voluntad colectiva, su proyección lógica parecería dirigirse a la fuente habitual de tensión que en las últimas décadas viene presidiendo la dialéctica política: las relaciones con el Estado. Es así como el referéndum puede terminar convirtiéndose en un hipotético instrumento de enfrentamiento entre poder central y el «pueblo» de una Comunidad Autónoma, capaz de abrir un camino en origen no previsto constitucionalmente, por el que se exhibe la amenaza de autodeterminación de ciertos territorios. Algo que de facto, significaría desencadenar una ruptura de la Constitución.

En el fondo, la cuestión que se está dilucidando es si resulta viable provocar una ruptura de la Constitución por el procedimiento de acudir a un referéndum que, apelando a las viejas teorías identitarias de la democracia roussonina, consiga escamotear el camino de la reforma, que en

democracia constitucional es el medio natural de incorporar el cambio en la Constitución sin desencadenar su destrucción.

A este respecto, la indefinición constitucional inicial la ha resuelto definitivamente, en sendas sentencias, el Tribunal Constitucional: la 103/2008 de 11 de septiembre, y la 31/2010 de 28 de junio, que declaran materia reservada exclusivamente a la LOR el referéndum, y clarifican el contenido material que se corresponde con la figura del referéndum.

En relación con esto último, la sentencia 1003/2008 relativa a la *ley del Parlamento Vasco de convocatoria y regulación de una consulta popular para recabar la opinión ciudadana sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política*, establece un criterio de distinción entre «referéndum» y consulta popular en base a tres elementos que configuran al «referéndum» como instituto propio de la democracia directa: a) la identidad, el sujeto consultado es el cuerpo electoral titular del derecho a manifestar la voluntad general; b) contenido, la materia objeto de consulta deberá versar sobre una cuestión de naturaleza política que exprese la voluntad general; c) procesal, la entera disciplina de su establecimiento y regulación como proceso electoral corresponderá en exclusiva a la legislación estatal, la LOR y, en su caso, la LOREG.

Sólo cuando se cumplen estos tres requisitos, se puede hablar en puridad, de un referéndum que desarrolle el derecho a la participación del art. 23 de la CE. Lo que implica que la regulación de esta materia se encuentra reservada exclusivamente al Estado a través de la ley orgánica de referéndum del 92.3. En las consultas populares previstas por las leyes autonómicas no existe pues, rastro alguno de una idea democrática vinculada con la soberanía popular. Todo lo más, serían simples manifestaciones de un «*tertium genus*» relacionado con la democracia participativa, una construcción derivada del art. 9.2 que ninguna relación guarda con el principio político-democrático en su concepción tradicional.

Lo dicho no impide que los Estatutos de Autonomía, en su doble condición de norma de rango orgánico que cumple con lo dispuesto en el art. 81 CE, y de norma refrendada por la propia Comunidad Autónoma (art. 152,2 CE) puedan establecer la exigencia de que cualquier reforma de sus propios textos requiera la aprobación directa del pueblo mediante referéndum, aunque en un primer momento no se hubiera

dispuesto así. Corolario que el Tribunal Constitucional deriva de su potestad de auto-organización. Ello ha determinado que algunos Estatutos (Valencia, Extremadura, Aragón) hayan incorporado en sus recientes reformas la necesidad del referéndum para aprobar la correspondiente modificación.

B. La iniciativa legislativa popular.

La iniciativa legislativa popular viene regulada en la Constitución Española en el art. 87. 3 que dice «*Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributaria o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia*».

El desarrollo legislativo tuvo lugar mediante la Ley orgánica 3/84, de 26 de marzo, *reguladora de la iniciativa legislativa popular*. La citada ley define y configura la estructura general de la iniciativa. La iniciativa impulsada por la comisión promotora deberá reunir ciertas características:

- El texto de la proposición no puede versar sobre cuestiones manifiestamente distintas y carentes de homogeneidad entre sí.
- Que no exista en tramitación en ninguna de las dos Cámaras un proyecto o proposición que tenga el mismo objeto de la iniciativa legislativa.
- Que no se trate de una mera reproducción de otro texto igual presentado al Parlamento en la misma legislatura.
- Que no afecte a las materias consideradas excluidas que son además de las citadas en este mismo art. 87.3 CE, las relativas al Art 131. 1 referente a la planificación por ley de la economía y a los Presupuestos Generales del Estado. También se encuentra excluida a *sensu contrario*, la posibilidad de promover la reforma constitucional, en razón a que el tenor literal del art 166 CE excluye tácitamente esa eventualidad.

La mesa del Congreso de Diputados, dispone de quince días para proceder a examinar la propuesta y calificarla. Si el resultado fuera negativo cabe la posibilidad en ciertos casos de subsanar los vicios y en todos de recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional contra la inadmisión. Se trata de una consecuencia lógica derivada de la relación entre la ini-

ciativa legislativa y el derecho a participar directamente en los asuntos públicos consagrado en el art. 23 CE. De manera que la iniciativa se define en términos constitucionales en el sistema español como un derecho subjetivo y goza del mismo sistema de protección que corresponde a cualquier otro derecho del mismo tipo.

En caso de admisión de la iniciativa legislativa popular por la mesa del Congreso, se abre el periodo de recogida de firmas que dura nueve meses y resulta prolongable por otros tres, a criterio de la mesa. Importa señalar que de esta forma la verificación de la procedencia de la iniciativa antecede al acto material de recogida de firmas que expresan el respaldo a la iniciativa y que deben reunir el número de 500.000. Compete a la Junta electoral Central la garantía y vigilancia del proceso de recogida de firmas y su control final.

Estas dos notas, rompen con la vieja tradición que se remontaba a Weimar que atribuía al ejecutivo y concretamente al ministerio del Interior, la calificación de la procedencia de la iniciativa, así como que tal calificación se efectuara una vez la iniciativa había reunido el número de firmas exigido. En ambos casos, se ha introducido un cambio orientado a objetivar y a facilitar el proceso de recogida de firmas, evitando incurrir en gastos cuando la propuesta no puede progresar por discurrir sobre materias exentas a la propia iniciativa. En líneas generales, se observa en el sistema una tendencia a la progresiva institucionalización de los mecanismos que sirven para ponerla en marcha, que además de facilitar la iniciativa cuando surge, tienden a convertirla en una acción protegida desde el Estado, sin que por ello pierda su condición de manifestación directa de la voluntad política del cuerpo electoral, y por tanto de la sociedad.

A partir del momento de su calificación, la iniciativa seguirá la tramitación que corresponde a cualquier proposición de ley, salvo en el supuesto de que se produzca una disolución anticipada de las Cortes en cuyo caso no decaerá, permaneciendo el texto presentado, vivo para su discusión en la siguiente legislatura.

De cualquier forma, se trata de una figura de participación directa del pueblo en el proceso legislativo de escasa utilidad práctica, en la medida de que, al hallarse dissociada del referéndum abrogatorio, no suele producir grandes efectos. Al efecto, cabe recordar que en España durante treinta y siete años de democracia apenas se han presentado 66 proposiciones, de las que solo 12 han sido capaces de reunir las 500.000 firmas neces-

rias para proceder a la discusión del texto propuesto. De esas 12, sólo una ha tenido cierta fortuna, al llegar a convertirse en texto normativo modificando la *Ley de Propiedad horizontal*, se trata de la iniciativa de *ley de reclamación de deudas comunitarias* de 1995 que en la V legislatura fue aprobada como parte de otra iniciativa en la que quedó subsumida. Muy pobre resultado para una institución que tan dificultosamente consigue ponerse en marcha. Y que permite concluir aquí la consideración de esta figura de democracia directa.

4.3. **La praxis del Referéndum en la vida política española. Problemas actuales de la institución referendaria en España: «Derecho a decidir» y democracia; sus implicaciones políticas en la sociedad de masas**

A. Referéndum y polémica política.

El referéndum siempre ha sido polémico en la vida democrática española¹³⁷. Lo fue en sus inicios, cuando ante la inexistencia de la Ley

¹³⁷ Véase AAVV., Encuesta: el Referéndum en la Constitución. en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 30, 2012; Aguado Renedo, Cesar, Referéndum autonómico y jurisprudencia constitucional, en *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 28, 2011; Aguiar de Luque, Luis, *Democracia Directa y Estado Constitucional*, Madrid, 1997; Alonso de Antonio, Ángel Luis, *Análisis Constitucional de la ley catalana de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana*, Madrid, 2015; Barceló, Mercé, *Derecho a Decidir. Teoría y práctica de un nuevo derecho*, Madrid, 2015; Carrasco, Manuel, Referéndum versus consulta, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 160, 2013; Carreras, Francesc, ¿Puede celebrarse un referéndum en Cataluña?, en *El Cronista del Estado de Derecho Democrático y social*. Nº 42, 2014; Corcuera, Javier, La competencia en materia de consultas populares por la vía del referéndum en la STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña, en *Revista Catalana de Dret Públic. Especial STC 31/2010*, 2009; Cruz Villalón, Pedro, El referéndum consultivo como modelo de racionalización constitucional, en *Revista de estudios políticos*, Nº 13, 1980; Cuenca Miranda, Alfonso, Comentario a los arts. 1º 7 de la LOR en Delgado-Iribarren, M. *Comentario a la Ley Orgánica del régimen electoral general y a Ley Orgánica de referéndum*, Madrid, 2014; Fossas i Espader, Enric, Interpretar la política: comentario a la STC 42/2014, de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 101, 2014; González Ayala, M^a Dolores, Democracia directa e instituciones de Democracia directa en el ordenamiento constitucional español, en Trujillo Fernández, G., López Guerra, L., y González Trevijano, P., *La experiencia constitucional 1978-2000*, Madrid, 2000; Lasagabaster, Iñaki, *Consulta o Referéndum. La necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia*. Bilbao, 2008; Linde Paniagua, Enrique, Comentario ala art. 92 CE, en Alzaga, O. *Comentario a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1998; López Basaguren, Alberto, Sobre Referéndums y Comunidades Autónomas. La ley vasca de la «consulta» ante el Tribunal Constitucional, en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals* nº 9, 2009; López González, José Luis, *El referéndum en el sistema español de participación política*. Valencia, 2005; López, Jaume-

Orgánica de Referéndum del art 92.3 CE, el gobierno decidió convocar los referéndums de aprobación de los Estatutos de Autonomía del País Vasco y Cataluña por la vía del decreto-Ley previsto en el art. 86 CE, (Real Decreto-Ley 13/1979 y Real Decreto-Ley 14/1979), actuación que choca directamente con lo preceptuado en el art 81 CE que reserva a la ley orgánica la regulación de esta materia, que, además, está expresamente excluida del ámbito de acción del 86 CE. También fue polémica, la modificación efectuada en el texto de la LOR, poco después de aprobada, para dar cabida, retocando ciertos supuestos normativos, a la situación que se había producido en Almería con motivo del referéndum de aprobación de la iniciativa autonómica de Andalucía. En pocas palabras, esta provincia no había alcanzado el quorum de mayoría absoluta previsto en la redacción inicial de la ley y hubo que enmendarla a posteriori para dar por válido lo que en la disposición inicial de la norma no lo era, permitiendo de ese modo que Almería se incorporara a la Autonomía andaluza. Las consecuencias de aquél proceso fueron definitivas en dos sentidos, de una parte, abrieron el camino a la generalización del proceso autonómico a todo el territorio español, rompiendo a medio plazo el modelo de dos velocidades, dos clases de Autonomía diferenciadas en su nivel de competencias. Segundo y en términos exclusivamente políticos marcaron el principio del fin de la fuerza política que había promovido la Transición Política, que con aquél referéndum marcaría el inicio de su declive inexorable y posterior desaparición política.

Así mismo, resultó igualmente polémico, el primer referéndum convocado por el Presidente del Gobierno Felipe González al amparo de lo dispuesto en el art. 92 CE, poco después de acceder al poder del Partido Socialista, en relación al mantenimiento de España en la OTAN en 1986. En aquella ocasión, tanto la praxis procesal en la que tuvo lugar el proceso de referéndum, como sus consecuencias en orden a reforzar el papel del líder del partido mayoritario, fueron objeto de una agría polémica que incluso llevó a una fuerza tradicionalmente pro-atlantista como el Partido

Refererénduns. Una inmersión rápida, Barcelona, 2017; López, Jaume y Requejo, Ferran, *Análisis de experiencias de democracia directa en el ámbito internacional (1995-2007)*, Oñati, 2009; Martín, Esther, Comentario a la sentencia sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (art. 122), en *Revista Catalana de Dret Públic. Especial STC 31/2010*, 2009; Pérez Sola, Nicolás, *La regulación constitucional del referéndum*, Jaén, 1994; Santamaría Julián, Participación política y democracia directa, en *Estudios de Ciencia Política y sociología. Homenaje al profesor Carlos Ollero*, Madrid, 1972, p. 143 ss; Santamaría Pastor, Juan Alfonso, Comentario al art. 92 CE, en Garrido Falla, F., Cazorla Prieto, L. *Comentarios a la Constitución española*, Madrid, 2001.

Popular a propugnar una abstención, por principio incoherente con su credo. En este sentido y pese a su carácter consultivo, el referéndum permitió que la responsabilidad que en circunstancias normales hubiera recaído sobre el Presidente del gobierno, de enmendar en la acción política una promesa electoral, fuera atribuida al conjunto de la sociedad que de este modo gracias a una ajustada mayoría (52% si, 39,85 % no 6,54% en blanco, con una abstención del 39,38%) asumió la responsabilidad política del cambio de postura del líder del Partido gobernante.

Cabe decir igualmente, que sin haber sido polémico en su convocatoria, ni en su desarrollo, tampoco resultó exitoso el referéndum celebrado en España en el año 2005, al amparo del art. 92 CE, con ocasión de la aprobación de la *non nata* Constitución Europea diseñada por el Tratado de Maastricht. Como es sabido, la falta de aprobación del tratado por varias naciones europeas, impidió su perfección final y determinó que el proyecto quedara paralizado.

Actualmente el referéndum esta resultando particularmente polémico porque, además de haber sido utilizado en el ámbito territorial para promover una serie de procesos de reforma estatutaria (primero en Cataluña en 2006 y después en Andalucía) que han abocado a la actual crisis de unidad estatal que vive España, han puesto sobre la mesa una opción en favor de un pretendido «derecho a decidir» que puede tener consecuencias insospechadas. La importancia de esta cuestión y su actualidad exigen un estudio en detalle de sus circunstancias y de los problemas que genera.

B. Los problemas actuales del referéndum en España: «Derecho a decidir» y democracia.

Las sentencias del Tribunal Constitucional de 25 de febrero 2015 que resuelven, de una parte, el recurso de inconstitucionalidad 5829-2014, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la *Ley del Parlamento de Cataluña* 10/2014, de 26 de septiembre, *de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana*, y de otra, la impugnación del *Decreto* 129/2014, de 27 de septiembre, del Presidente de la Generalitat de Cataluña, *de convocatoria de la consulta no referendaria sobre el futuro político de Cataluña*, zanján de manera negativa la posibilidad de que dentro del marco constitucional vigente, la Generalitat de Cataluña o cualquier otra Comunidad Autónoma, disponga de atribu-

ciones para convocar un referéndum en el que se dilucide el derecho de un ente territorial a constituirse en Estado independiente.

Ahora bien y contra lo que pudieran indicar las apariencias, las mencionadas sentencias zanján semejante posibilidad de una manera tal que, en la medida en que presentan el referéndum como una manifestación del democrático «derecho a decidir», no sólo no despejan de forma suficiente y conceptualmente correcta el núcleo medular del problema, sino que, además, abren una vía potencial para que emerjan nuevos interrogantes que lleguen a poner en tela de juicio la esencia democrática de la Constitución e, incluso, amenazan la propia supervivencia de nuestra cultura democrática.

Como la afirmación es arriesgada e induce a polémica, conviene analizar en detalle el contenido de la jurisprudencia del Tribunal y examinar sus fundamentos, para procurar valorar con ponderación lo que, según nuestra argumentación, se encuentra en liza en esta ocasión: un debate de fondo sobre el contenido efectivo de la democracia moderna y el sentido operativo-real de sus mecanismos instrumentales.

En este sentido, tres son básicamente los argumentos invocados por el Tribunal en las anteriormente citadas sentencias que, a su vez, se corresponden con otras tres importantes cuestiones de naturaleza constitucional:

- a. El Poder Constituyente y la Constitución como límite a la acción de los poderes constituidos.
- b. El significado del referéndum en el marco de la democracia representativa definido, entre otros artículos, por el 23.1, de la Constitución y la posible existencia de un tercer género de figuras análogas o relativamente asimilables, como la «democracia participativa».
- c. La distribución constitucional de competencias y la eventualidad de que los Estatutos de autonomía o las leyes del Estado que amplían el ámbito competencial territorial, atribuyan a los órganos de las Comunidades Autónomas potestades en materia referendaria que puedan afectar de lleno a la categoría de Poder Constituyente o a lo que se considera sus derivaciones lógicas.

Las dos primeras son cuestiones de fondo, la tercera lo es de índole formal. Respecto de esta última, el Tribunal entra de lleno en el tema competencial y lo resuelve con simplicidad, pero de manera terminan-

te. Ello no obsta para que, en su pronunciamiento, el máximo intérprete de la Constitución se limite a bordear la primera de las cuestiones y no se preocupe por definir meridianamente ni qué entiende por Poder Constituyente, ni cuál es su relación con la Constitución y con los poderes constituidos, ni, por consiguiente, llegue a adentrarse en el problema de si en la Constitución existen o no límites infranqueables implícitos al poder constituido. Se trata de un tema difícil, que se complica desde el momento en que nuestra Constitución, no se recogen «clausulas pétreas» y se caracteriza por su conocido «indiferentismo ideológico». De manera que, solventado el problema competencial, permanecerá sin resolver el tema de principio, la cuestión de si por vía legal es posible desapoderar completamente al Estado de sus atributos como poder o, y dicho de otro modo, queda sin clarificar la más trascendental de todas las preguntas ¿cuáles son los límites irrenunciables para evitar que el Estado-sujeto central se diluya constitucionalmente en otros órganos constitucionales territoriales y pierda la esencia que le permite reconocerse como tal Estado?

Así pues, más allá de otras consideraciones, la posición adoptada por el Tribunal significa convertir potencialmente la solución al primer problema (no existe título competencial legal que habilite la acción refrendataria de la Comunidad Autónoma catalana) en una mera cláusula u obstáculo de tiempo, legalmente superable a través de fórmulas de transferencia de potestades, y en cambio, deja abierto y sin atacar, el verdadero problema de fondo que pudiera expresarse en los siguientes términos ¿el referéndum como instrumento de democracia directa, es decir, como expresión de «la voluntad de decidir» de un pueblo (sea este cuál sea), cabe en la Constitución española de 1978?

La cuestión de si en democracia constitucional procede un referéndum que apelando al «derecho a decidir» pueda desembocar en la autodeterminación de Cataluña (segundo tema señalado), se convierte así, en el punto clave que la sentencia no aborda ni suficiente ni decididamente. Y es que, a propósito de ella, el Tribunal se limita a efectuar una disquisición sobre el significado y la naturaleza de la participación política no refrendataria que resulta admisible dentro de la Constitución y al margen de la figura del referéndum del artículo 92, que según el artículo 149.1.32 se considera competencia exclusiva del Estado. A este respecto, el Tribunal llega casi a construir un tipo o modelo constitucional de «participación no referendaria», pero no afronta, sin embargo, la tarea de definir

cuál puede ser el concepto de referéndum que resulte más adecuado a nuestra Constitución, y se limita a recoger al efecto, o mejor dicho, a remitirse a la doctrina ya expuesta en dos sentencias anteriores.

Las dos sentencias anteriores que contienen un pronunciamiento directo sobre el significado constitucional del referéndum y su vinculación con «el derecho a decidir» son: la 42/14 de 25 de marzo, que se manifiesta sobre la resolución del parlamento de Cataluña de 23 de enero de 2013, por la que se aprueba la *Declaración de soberanía y el derecho a decidir del pueblo de Cataluña*, y la 103/2008 de 11 de septiembre que se pronuncia sobre la constitucionalidad de la ley del Parlamento Vasco de 9/2008, de 27 de junio, *de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política*.

- En relación con la STC 42/14 de 25 de marzo sus Fundamentos jurídicos 3 y 4, afirman literalmente: «*Respecto a las referencias al “derecho a decidir” cabe una interpretación puesto que no se proclaman con carácter independiente, o directamente vinculadas al principio primero sobre la declaración de soberanía del pueblo de Cataluña, sino que se incluyen en la parte inicial de la Declaración (en directa relación con la iniciación de un “proceso”) y en distintos principios de la Declaración (segundo, tercero, séptimo y noveno, párrafo segundo). Estos principios, como veremos, son adecuados a la Constitución y dan cauce a la interpretación de que el “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña” no aparece proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de “legitimidad democrática”, “pluralismo”, y “legalidad”, expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el “derecho a decidir”»;; y añade muy significativamente en el apartado a) del FJ 4, «*el punto segundo de la Declaración proclama el principio de legitimidad democrática. Uno de los principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución es el principio democrático, el cual ha sido caracterizado por este Tribunal como valor superior de nuestro ordenamiento reflejado en el art. 1.1 CE (STC 204/201, de 15 de diciembre, FJ 8). Entre las manifestaciones más evidentes y constitucionalmente relevantes de aquel principio se encuentran, entre otras, la que reclama la**

mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados, la que exige que los representados elijan por sí mismos a sus representantes, la que impone que la formación de la voluntad se articule a través de un procedimiento en el que opera el principio mayoritario y, por tanto, la consecución de una determinada mayoría como fórmula para la integración de voluntades concurrentes, y la que exige que la minoría pueda hacer propuestas y expresarse sobre las de la mayoría, pues un elemento basilar del principio democrático es el proceso de construcción de las decisiones y la democracia tiene importancia como procedimiento y no solo como resultado. Todas estas manifestaciones del principio democrático tienen su reflejo en el texto constitucional, cuyo ejercicio no cabe fuera del mismo.» Se trata de una consideración que además se lleva expresamente al fallo, donde literalmente se dice: «*Se declara que las referencias al <derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña> contenidas en el título, parte inicial, y en los principios segundo, tercero, séptimo y noveno, párrafo segundo, de la Declaración aprobada por la Resolución del Parlamento de Cataluña no son inconstitucionales si se interpretan en el sentido que se expone en los fundamentos jurídicos 3 y 4 de esta Sentencia.»*

No hace falta recurrir a interpretación alguna. De todo esto se colige directamente que, según la jurisprudencia del Tribunal, cabe perfectamente en la Constitución la categoría democrática del «derecho a decidir» que, además y si procede a respetar una determinada interpretación, resulta plenamente admisible en el ejercicio de las potestades de la Comunidades Autónomas. Pero todavía aún más, y ante la ambigüedad y falta de clarificación del significado del concepto, todo parece indicar que para el Tribunal las consultas refrendatarias (entre las que se incluye el referéndum) o no refrendatarias (entre las que se incluyen las previstas en la Ley de Consultas catalana), son, o eventualmente pueden ser, consideradas como expresión directa de un «derecho a decidir» constitucionalmente correcto.

- B) Por su parte el fundamento jurídico 1.2 de la sentencia 103/12008 afirma: «*el referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE. No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política, es decir, de aquella participación» que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede*

ser directamente ejercida por el pueblo” (STC 1 9/1995, de 17 de julio, FJ 3). Es, por tanto, una forma de democracia directa y no una mera manifestación “del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente”, que lo ha formalizado como “un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos” (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (así, por ejemplo, arts. 27.5 y 7, 105 y 125 CE). en el art. 23.1 CE se trata de las modalidades —representativa y directa— de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general” (STC 1 9/1995, de 17 de julio, FJ 4), en la que no tienen cabida otras formas de participación en las que se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral.»

De los términos de esta segunda sentencia parece deducirse, sin lugar a dudas, la existencia de dos tipos de democracia formal y cualitativamente diferente: la representativa de naturaleza ordinaria y una segunda extraordinaria, que se corresponde con la llamada democracia directa, también conocida por algunos autores como «democracia de la identidad». Y es justamente en este segundo tipo o forma de democracia, donde parece encajar exactamente el referéndum; el referéndum responde a un ejercicio directo del derecho recogido en el artículo 23.1 de la Constitución, sostiene el Tribunal en este pronunciamiento.

Si ponemos en relación ambas sentencias, es fácil concluir que, según el Tribunal, sería perfectamente constitucional una interpretación del referéndum que viera en esta figura una manifestación del «derecho a decidir» del sujeto pueblo que, de esta manera extraordinaria y directa, ejercita las facultades que le reconoce el artículo 23.1. Una lectura que, sin embargo, no resulta aplicable al caso de Cataluña, ni de ninguna Comunidad Autónoma por falta de competencia y de idoneidad del sujeto titular. Ello, no obstante, lo importante de toda la argumentación del Tribunal es que el camino a la identificación del referéndum del art. 92 de la Constitución con el «derecho a decidir» queda expedito, y mucho más a su definición como expresión palpable de la democracia directa o de la identidad.

Llegados a este punto, conviene objetar el razonamiento del Tribunal y plantearse tres preguntas:

- ¿es lícito invocar desde la legitimidad democrática- constitucional «el derecho a decidir» del pueblo que se expresa en un referéndum? O en otras palabras ¿el concepto constitucional de referéndum es compatible con un «derecho a decidir» que actúe como una dimensión de la democracia directa?
- Sostener lo anterior ¿supone dejar abierta la posibilidad de que la democracia del pueblo se contraponga en contienda a la democracia representativa articulada desde los partidos?
- ¿Cuáles son las consecuencias que semejante posicionamiento dejaría eventualmente abiertas en orden no ya al marco de relaciones Estado-Comunidades Autónomas, sino al funcionamiento habitual de las instituciones, en un momento en que las llamadas al pueblo y a la soberanía democrática empiezan a aparecer en el horizonte?

Una aproximación al texto de las sentencias referidas, nos sitúa ante la evidencia de que el Tribunal en sus afirmaciones no maneja unas categorías conceptuales claras y precisas. Dicho de otra forma, su lenguaje constitucional incluye términos que responden bien a conceptos no definidos con nitidez («derecho a decidir»), o bien a fórmulas vagas («democracia directa») que históricamente han sido invocadas de manera discutible en la vida democrática, y que han terminado dando lugar a los plebiscitos jacobinos, napoleónicos y a otras experiencias recientes cuya simple alusión sirve para evocar el peligro que encierran.

Si las palabras nunca son neutrales, los conceptos lo pueden ser mucho menos, y para el derecho constitucional resulta sumamente peligroso asumir la constitucionalidad, es decir, la compatibilidad lógica de ciertos conceptos y categorías con la Constitución, para negar luego a renglón seguido, una parte de las consecuencias inherentes al argumento cuya licitud ha sido admitida. En derecho no cabe hacer trampas a la propia lógica, máxime en cuestiones en las que se juega con la sensibilidad democrática de la sociedad, y en momentos en que en el fondo del sentir social se empieza a escuchar cada vez con mayor fuerza un rumor que atribuye a los representantes y más concretamente a los partidos políticos, el grave cargo de secuestrar la democracia, responsabilizándolos de la degradación de la vida política. En este punto, convendría recordar que la máxima que sirvió de argumento a Luis Napoleón para promover el plebiscito que le permitiría proclamarse Napoleón III fue la urgente necesidad de «salir de la legalidad para reentrar en el derecho».

Sin embargo, tanto en el propio ordenamiento constitucional, como en el proceso de gestación de nuestra Ley fundamental, como también en los ordenamientos comparados y en la doctrina científica, existen argumentos suficientes no solo para desechar la interpretación que el Tribunal ha sostenido sobre la constitucionalidad del «derecho a decidir» y su posible incardinación en la doctrina de la democracia directa/identidad, sino incluso para tachar semejante doctrina de inconstitucional y antidemocrática, de contraria a los supuestos fundamentales que informan nuestra propia convivencia política. Y es que el Tribunal, no sólo ha construido su jurisprudencia desde un desconocimiento de fondo de las categorías de fondo del constitucionalismo representativo, sino que ha dejado abierto un enorme boquete en la línea de flotación de la democracia que urge taponar desde la razón política democrática y desde las consideraciones del derecho.

Veamos primero el derecho positivo. El artículo 92. 1 de la CE dice «*Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos*». Una revisión somera del precepto nos enseña varias cosas:

- i. La Constitución recoge expresamente el término «decisión».
- ii. El referéndum por el que se consulta al pueblo, se encuentra enmarcado en una estructura compleja que tiene por objeto la construcción de la opinión política, en la que la intervención del pueblo es sólo una fase intermedia entre la propuesta del presidente y la aceptación del Congreso.
- iii. El referéndum venía concebido en la redacción inicial de la ponencia, como un instrumento o fase dentro del proceso de producción legislativo (como atestigua todavía su actual ubicación en un capítulo - II del título III – que lleva por rúbrica «*de la elaboración de las leyes*») y cuyo significado no puede ser entendido al margen del contexto en que se inserta y del papel que se le atribuyó: una fase de un *iter* bastante más amplio y que envuelve a muchos sujetos y trámites.
- iv. El debate constitucional sobre este artículo fue excepcionalmente rico. Y como ya vimos, determinó una sustancial modificación del texto inicialmente propuesto por la ponencia y contó con una importante intervención del diputado Solé Turá, asumida por la ma-

yoría, que expresaba el sentir de desconfianza que se traslucía hacia la redacción inicial de este precepto y en general hacia las llamadas instituciones de democracia directa.

Las tres posibilidades diferentes de referéndum que recogía en su inicial redacción el art 92 CE, se inspiraban en la precedente Constitución republicana de 1931. De esta redacción inicial, apenas quedó nada salvo la palabra «decisiones» y una concepción del referéndum entendido como instrumento de control en un proceso complejo de formación de la voluntad, así como, claro está la reserva de ley orgánica que ha dado lugar a la LOR.

El papel del referéndum según el tenor de la Constitución, no conecta tanto pues, con una expresión directa de la voluntad popular, como con un deseo de incardinar la opinión del pueblo en un proceso de formación de la voluntad en el que intervienen una multiplicidad de órganos y sujetos. No se trata, por tanto, de un pueblo-arbitro quien interviene en la elaboración de un acto complejo, sino de un pueblo-sujeto constituido, que obra antes como instancia de control que como protagonista de una decisión.

Opta de este modo nuestro constituyente, coherente con los principios que proclaman los artículos 1º y 6º de la CE, por una forma de entender la democracia para la que el referéndum no se concibe como una institución de la democracia directa –resto a su vez de una imposible democracia de la identidad–, sino como un mecanismo más de participación representativa de los ciudadanos en democracia. Ello significa renunciar por completo a las viejas construcciones de Rousseau y de Condorcet (*Lettres d'un bourgeois de Virginia a un citoyen de New Haven*, 1788) y afirmar que en la Democracia de los Modernos no cabe otra concepción del referéndum que la que la define como un instrumento de control.

Así las cosas, el referéndum del art. 92 de la CE se corresponde con una figura jurídica que:

- Por su propia estructura interna no contribuye a construir el acuerdo sobre la base de integrar voluntades, reconduciendo una opinión inicial hasta un principio consensuado por la continua adición de opiniones que van modulando el resultado final. El referéndum se configura como un mero recuento de las voluntades individuales que se miden numéricamente y que tiene por objeto manifestar el estado de posicionamiento sobre un asunto, no llegar a un acuerdo.

- No resulta adecuada para representar una opinión social cuya habitual fragmentación no puede reducirse a una respuesta simplista. El referéndum expresa su resultado atendiendo sólo a la ley de la mayoría y lo hace con una simplificación escasamente democrática.
- Cumple una función sustancial de control en el juego de equilibrio de poderes, operando como contrapeso.
- No puede en ningún caso servir como instrumento de participación alternativo a la democracia representativa de partidos porque construye su acción sobre un instante y no sobre la continuidad necesaria en toda medida u opción política. Olvidar su carácter excepcional y singular y utilizarlo de manera repetida y continua, significará desestabilizar las demás instituciones constitucionales.

En las dos últimas consideraciones insistieron particularmente tanto Pérez Llorca, como Solé Turá. Especialmente este último, cuando, como ya se explicó sobradamente, rebatiendo al también ponente Fraga Iribarne que proponía la inclusión de un modelo de referéndum ligado al principio de la democracia directa, advirtió que lo fundamental en el modelo de democracia que se estaba forjando entonces era reforzar los partidos y su condición democrática para insertarlos efectivamente en la vida social.

En resumidas cuentas, de los dos modelos teóricos de referéndum posibles nuestro constituyente optó, sin dudas, por el único compatible con la idea de democracia constitucional: el referéndum-mecanismo de control. Pero un repaso de los modelos teóricos y la lectura de la literatura existente al respecto, nos enseña que, además, el segundo modelo teórico de referéndum solo ha sido posible en los libros y en las especulaciones febriles de quienes han aspirado a servirse del fraude constitucional para destruir la legitimidad democrática.

En este sentido, la Constitución republicana de 1931 en la que se inspiró inicialmente el texto de la de 1978, si se encuentra mucho más cercana a este segundo modelo de democracia. Y ello fácilmente pudiera deberse a la influencia de la Constitución de Weimar –o mejor dicho, a una parcial lectura o interpretación de la Constitución Alemana de 1919 – y a la particular atmósfera de conflicto revolucionario que en aquellos años se palpaba.

La Constitución española de 1931 preveía en su artículo 66, *«el pueblo podrá atraer a su decisión mediante <referéndum> las leyes votadas*

por las Cortes». Como recuerda Pérez Serrano, el precepto no figuraba en las previsiones iniciales de la Comisión Jurídica Asesora, y fue incluida como consecuencia de una enmienda promovida por los sectores más radicales del movimiento republicano, con la opinión en contra de los socialistas y el recelo no confesado del grueso del partido republicano. La institución no tuvo oportunidad de entrar en juego, pero ello no es óbice para señalar que por el tenor literal de sus palabras («*el pueblo atrae a su decisión*») y por las inclinaciones de sus mentores, nada tendría de extraño ver en ella una apelación al pensamiento de quien por aquella altura del tiempo aparecía como teórico de la política como decisión y precursor de la democracia de la identidad y por lo tanto a una interpretación minoritaria y con tremendas implicaciones prácticas de la democracia con el derecho a decidir.

La Constitución de Weimar recoge de manera prolija un conjunto de instituciones de participación directa que han servido de modelo a todo el constitucionalismo posterior. En este tema refleja una doble influencia:

i. La preocupación de Max Weber que, en sus escritos de 1917 sobre la reconstrucción constitucional de la Alemania de postguerra, haciéndose eco de los temores de Ostrogosky y Bryce, defiende la necesidad de reforzar el elemento plebiscitario-carismático, y el papel del referéndum como fuente de legitimidad alternativa a la elección representativa y a la degradación de los partidos.

Más que resucitar la vieja fórmula de Rousseau y Condorcet de un pueblo que manifieste en primera instancia su opinión, la aspiración de Weber es abrir un camino para que el hombre comprometido con sus ideas y que haga de ellas su vocación (el emprendedor de la economía industrial moderna, trasmutado en líder político), pueda disponer de un cauce para obrar en política y no resultar ahogado por las burocracias.

ii. Junto con el legado de Weber, la Constitución de Weimar integraba una segunda aportación más efectiva desde el punto de vista de la redacción de la norma positiva, la de Hugo Preuss quien fuera heredero intelectual y ejecutor constitucional de Weber, pero también un constitucionalista con criterios propios, ligado intelectualmente a Gierke. Hugo Preuss el profesor de Berlín al que se encargaron los trabajos preparatorios de la Constitución de 1919, se movía por otra preocupación principal: defender la democracia constitucional. El famoso artículo de Preuss en la prensa de Berlín de 1919, dejaba claro que se trataba de elegir entre

Wilson y Lenin, entre la democracia representativa y la soviética. La democracia wilsoniana se correspondía con lo que desde Constant conocemos como Democracia de los Modernos, una sociedad plural representada por gobernantes elegidos que nacen del pueblo y que operan sometidos a derecho, vigilando los derechos fundamentales.

iii. Para este modelo de democracia, que tiene como valor supremo el reconocimiento de la pluralidad social (y para la que la diferencia y la discrepancia son un valor irrenunciable que fundamenta una diferencia humana que es un bien a proteger), la única forma de construir la opinión colectiva es el acuerdo. La democracia representativa es una forma de hacer política en la que la pluralidad social concierta temporalmente acuerdos para poder funcionar juntos, pero que nunca renuncia a la diferencia. Los acuerdos son el resultado natural de la diferencia, y tienen un carácter temporal. Para que la Política sea verdaderamente democrática e integre a todos, es necesario que todos participen en la concertación colectiva, cediendo su opinión e integrándose en la que entre todos van construyendo. La democracia es pues, un acuerdo temporal acerca de qué hacer en una determinada situación, que más allá de ese caso concreto se mantiene como diferencia y discrepancia permanente. A mayor integración y debate, mayor grado y profundidad cualitativa de la democracia. Pero en democracia, la discrepancia es permanente, y en ella reside la gran riqueza de la política, en la posibilidad de oponer permanentemente multitud de opiniones a los diferentes problemas que va suscitando de manera repetida el vivir colectivo.

En este cometido, el papel de los partidos resulta fundamental. No sólo representan la pluralidad social, la hacen operativa, agrupando en debate las diferentes opciones sociales. Permiten la participación activa de quienes quieren intervenir directamente en política, y la pasiva de quienes no aspiran, o por sus obligaciones no pueden hacerlo. Desempeñan una función instructiva, tanto de los componentes de la sociedad, como los protagonistas de la política, suministrando ideas, alternativas, soluciones, asumiendo responsabilidades de las que tienen que estar dando continuamente cuenta (*accountability*). Pero, sobre todo, su papel es inexcusable en el momento de obtener el acuerdo porque ellos son quienes modulan y matizan las discrepancias y las convierten en consenso. Justamente, este fue el motivo que en 1929 llevó a Kelsen a publicar una segunda edición de su *Esencia y valor de la Democracia* para rebatir la desconfiada resignación hacia los partidos que expresara Triepel.

En este contexto, se comprende que el papel de los mecanismos de participación directa prevista por la Constitución de Weimar, en la interpretación doctrinal mayoritaria fuera hartamente limitado, y se configurara como un instrumento de control. Una figura destinada a frenar el abuso que de su posición constitucional pudiera hacer otro poder. Un recurso previsto para la eventualidad de que el parlamento pudiera llegar a bloquearse y para el caso de que el Presidente se viera obligado a desatascar la discusión en favor de la mayoría que señalara la sociedad. Un tipo de referéndum legislativo, que también era el que preveía el texto inicial de nuestra Constitución española de 1978, antes de que la enmienda de la comisión constitucional del Congreso lo dejara en su redacción actual. Ello no empeció para que sobre este tema y sobre el sentido final de la democracia, se produjeran importantes debates que nos interesa reseñar, aunque sólo sea de forma breve y casi telegráfica.

Una primera confrontación doctrinal tiene como escenario el propio libro-homenaje publicado en honor al desaparecido Max Weber. Entre otros autores oponen sus criterios Richard Thoma y Carl Schmitt. El primero defiende la democracia representativa y de partidos como forma política coherente con el proyecto constitucional de Weimar. El segundo construye en este trabajo su teoría de la decisión como fundamento de la Política y expresión de la soberanía. No hace al caso detenerse en las múltiples derivaciones que a lo largo de la experiencia de Weimar tuvo esta polémica inicial. Lo único que importa es que, en 1927, Carl Schmitt publicará un folleto titulado *Volksentscheid und Volksbegehre* (Referéndum e iniciativa popular, cuyo significativo subtítulo era «una contribución a la interpretación de la Constitución de Weimar y a la doctrina de la democracia directa») que tenía como objetivo conectar la iniciativa popular con la decisión del pueblo como expresión de la democracia directa. En este trabajo, la democracia directa responde a una idea de Política forjada sobre la decisión y no sobre el acuerdo.

Otras dos obras casi coetáneas de este autor, *El concepto de lo Político y Teoría de la Constitución*, ambas de 1928, servirán para apuntalar su razonamiento: a) el pluralismo es incompatible con el Estado y el fin de la política es la unidad política, b) existen dos modelos antinómicos de democracia que coexisten en tensión difícilmente conciliable dentro de la Constitución democrática, la identidad democrática que se construye en la decisión y la representación que toma cuerpo en la legalidad y los derechos. La democracia de la identidad es más pura en términos de in-

tegridad democrática que la representativa, la primera expresa el verdadero ser del pueblo, decidiendo en la plaza, en el foro, en el líder. La segunda es el resultado de una renuncia y palidece siempre necesariamente ante la identidad democrática. Sólo la democracia de la identidad es capaz de alcanzar el objetivo último de la política, la unidad interna que representa el Estado frente al pluralismo disolvente. Identidad democrática y poder del Estado se convierten así en los dos extremos de una larga ecuación que da sentido a lo realmente político, la lucha contra el enemigo exterior; una lucha que es existencial.

Herman Heller se encargará de recordar el sofisma que subyace tras la construcción schmittiana, que ignora tanto que nuestra democracia tiene como punto de partida el pluralismo, como el hecho de que en democracia pluralista no se decide, se acuerda, que en democracia no hay decisión sino consenso. La decisión responde a la lógica del poder; el acuerdo a la lógica de la política democrática. No es lo mismo Política que polémica, aunque partan de la misma polisemia, de una común raíz.

Ni que decir tiene que un entendimiento del referéndum vinculado a la democracia de la identidad, evoca forzosamente el fantasma de Schmitt y las consecuencias que sus tesis tuvieron en un régimen como el nacional-socialista que invocó siempre la legalidad que le confería la ley de plenos poderes de 1933 y que pretendió hacer compatible con la legitimidad carismática del líder. Obvia insistir también, que para ese modelo político la decisión ocupa el lugar que la democracia reserva al acuerdo.

No es este el lugar de detenerse en las polémicas de la doctrina de Weimar. Basta sólo con recordar la influencia que todos sus autores tuvieron sobre el constitucionalismo posterior y recordar que en la Constitución republicana española de 1931 hay ecos de sus aportaciones en lo que respecta al referéndum y a otras muchas instituciones. Más importante es recordar que pese a las manipulaciones interesadas y falsedades conceptuales que encierra y los múltiples equívocos a que da lugar, la doctrina de Schmitt ha sido recuperada en varios momentos por autores que blanden sus ideas como si fueran grandiosos descubrimientos de la verdad democrática. Y esto es muy grave porque independientemente de que sus construcciones puedan ser refutadas desde la razón de los conceptos, en muchas ocasiones tras su brillantez expositiva ocultan una abierta apología del totalitarismo, de la dictadura y en definitiva de la negación de la razón democrática.

En esta línea de consideraciones, hay que señalar que a finales de los años sesenta, justamente en un momento en que Europa asistía a un creciente cuestionamiento y crisis de los modelos de democracia representativa y de partidos, se hizo repentinamente célebre un ensayo de Ernest Fraenkel (*Die repräsentative und die plebiszitare Komponente im demokratischen Verfassungsstaat*) en el que el autor defendía la existencia de dos supuestos componentes del Estado Constitucional, uno plebiscitario y otro representativo. Ni que decir tiene que Fraenkel fue miembro del grupo de alumnos de Schmitt que militaban en la izquierda social-demócrata. Pero lo más importante es que su trabajo de 1968, volvía a poner en marcha el viejo argumento de que la decisión y no el acuerdo, era el fundamento de la democracia. Una idea que era claramente tributaria de aquella afirmación schmittiana que, enlazando con un descontextualizado Rousseau, defendía la superioridad de democracia de la identidad sobre la democracia de la representación.

Como señalara Benjamín Constant, la Democracia de los Modernos implica asumir un planteamiento muy diferente de la idea de autogobierno colectivo que, a fin de cuentas, es lo que significa en sustancia la palabra democracia. Y en ese planteamiento no tiene cabida ni la «decisión» ni un modelo de referéndum construido desde un entendimiento de la democracia que aspire a conseguir la identidad gobernantes-gobernados. El referéndum en democracia constitucional es un mecanismo de control que opera en el proceso de formación del querer colectivo. Nunca la expresión de un «derecho a decidir», que sólo puede encontrar respaldo democrático si se consideran democráticas las tesis de Carl Schmitt.

Por eso, no se entiende bien el alcance último del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia 42/14 de 25 de marzo, en la que se acepta una lectura constitucional del «derecho a decidir» (Fundamento Jurídicos 3 y 4 y fallo, ya citados). Como tampoco resulta fácilmente comprensible el reconocimiento que la otra sentencia citada, la 103/2008 sobre la constitucionalidad de la ley del Parlamento Vasco de 9/2008, efectúa de dos formas diferentes de democracia. La democracia es una, constitucional y representativa, y se manifiesta a través de una pluralidad de mecanismo ordenados según criterios funcionales, sin que haya uno que tenga un peso cualitativamente superior a otro.

Esta es precisamente, la argumentación que lleva a considerar peligrosa y arriesgada, la jurisprudencia constitucional a este respecto. Una jurisprudencia que si bien ha tenido como consecuencia inmediata negar la constitucionalidad de los mecanismos jurídicos que desde determinados sectores se han esgrimido para intentar celebrar un referéndum de autodeterminación, no ha despejado la premisa principal. Es profundamente desatinado que el difuso y culturalmente poco construido concepto de referéndum que maneja el Tribunal deje una puerta abierta a una lectura «decisionista» de la democracia, y no se haya esforzado en construir un concepto constitucionalmente adecuado de esta figura coherente con el papel de control que en lógica democrática le corresponde. Y si alguien alberga alguna duda al respecto para despejarla lea las páginas iniciales del libro que recoge los dictámenes y trabajos con que se arropan la ley del Parlamento Vasco de 9/2008, donde se habla del «derecho a decidir» como el producto de un modelo de democracia cualitativamente diferente (Iñaki Lasagabaster, *Consulta o Referéndum*, Bilbao 2008, pág 8).

La preocupación por los riesgos que puede llevar implícita la referida doctrina jurisprudencial, no atiende tanto a la posible utilización de la figura del referéndum para procurar la autodeterminación de una Comunidad Autónoma, una vez se proceda a superar el obstáculo de la falta de competencia o incluso de la no-idoneidad del sujeto pueblo. La gran amenaza que pesa sobre la Constitución y la democracia es que invocando las consideraciones efectuadas por el Tribunal en sus sentencias, quede asentado un concepto de referéndum que incorpore «el derecho a decidir» como instrumento operativo de un valor cualitativo superior a la acción política ordinaria que sirve para construir el acuerdo.

Semejante interpretación del referéndum, ofrece un flanco desguarnecido para la cultura democrática en el momento actual. Y conviene insistir en lo que ello significa. Y, sin ánimo de incurrir en pretenciosidades que no vienen al caso, convendría recordar que una de las líneas de debate que actualmente agita al constitucionalismo alemán, discurre precisamente por este derrotero. Autores como Hanns Wiegand, Otmar Jung, Rehinard Schiffers o Frank Decker, desde distintas posiciones y creencias, han recordado muy recientemente que la contraposición democracia directa– representativa, además de haber deparado tristes experiencias históricas, adquiere en el momento presente un sesgo particularmente alarmante cuando permite que una minoría, con la simple pasividad de la

mayoría, se apropie del poder invocando una legitimidad democrática que la propia democracia no le reconoce.

Es este mismo sentido, Christopher Lasch ha venido señalando en los últimos años, las terribles consecuencias que derivan de las transformaciones operadas en la vida cultural de las sociedades contemporáneas. No se trata solamente de que una cultura activa esté siendo sustituida paulatinamente por una obrar pasivo que apoyado en los grandes medios virtuales permiten al hombre consumir bienes culturales sin tomar parte en su gestación y discusión y en definitiva construcción. Se trata, sobre todo, de que vivimos en un mundo en el que, los artificios que simplifican lo complejo nos presentan constantemente falsas apariencias de cosas que creemos conocer y en realidad no conocemos. En el que la estandarización y la homogeneización desdibujan los gustos y las aptitudes de los hombres para conocer y apreciar. En el que gigantescas fuerzas contribuyen a confundir a un hombre que cada vez tiende a dominar menos un mundo del que creía haberse enseñoreado.

En medio de toda esta pérdida generalizada de referentes culturales, en el que el saber se entremezcla y confunde con la información, admitir la pertinencia constitucional de un referéndum que por su supuesta idoneidad para identificar gobernantes y gobernados, sirva de cauce a una protesta democrática desordenada puede conllevar terribles riesgos.

En los próximos años es muy posible que asistamos a nuevas apelaciones a la superior voluntad del pueblo, para que se manifieste decidiendo como soberano. Nuevas demandas políticas y sociales pueden abocar a la búsqueda de soluciones que se presenten como cualitativamente superiores según los criterios de la identidad democrática. Nada tendría de extraño, entonces, que, contraponiendo la simplicidad de la decisión popular al lento y puede ser que degradado sistema representativo, creyendo mejorarlo, estemos contribuyendo a poner la bases para destruir la democracia— algo contras lo que con innegable sagacidad pone en guardia en un reciente artículo el gran intelectual alemán Heinrich Winkler («*La Gran Ilusión*» *Der Spiegel* 21. XI. 2011).

La democracia es acuerdo, pero el acuerdo sólo es posible cuando media suficiente claridad y transparencia, y ese es el gran riesgo que pende sobre la democracia contemporánea. En este sentido, no es casual que una de las contadas aportaciones del Consejo Constitucional Francés a la jurisprudencia constitucional comparada, se llame el «derecho a no

ser confundido», construida en una sentencia en la que el referéndum y la función electoral son puestas en conexión. Y es que frente a la decisión, la democracia constitucional precisa además de acuerdo, de claridad, una claridad que precisamente falta en un momento que nuestra cultura crítica parece estar desfalleciendo. En el siglo XXI, las palabras y los conceptos deben ser claros, porque de otra forma se impondrá las quimeras que prometiendo enseñar el verdadero camino de la democracia nos conducirán al viejo sendero de la tiranía, donde el gobierno del pueblo es solo una apariencia, un *flatus vocis*.

4.4. La cuestión catalana

Los acontecimientos sucedidos en Cataluña confirman las tesis aquí sostenidas. De una parte y desde la perspectiva jurídico-constitucional el conflicto sobre la posible modificación del estatuto de autonomía catalán se ha movido en un plano de conflicto entre legalidad-autonómica y legalidad-constitucional mediatizado por la idea de democracia y soberanía popular (legalidad-legitimidad). Para el gobierno de Madrid y la mayoría parlamentario que sostiene su postura, la soberanía popular se expresa en la Constitución (que se pronuncia por la indivisible unidad de la nación española. art. 2 CE) y en sus instituciones. Y corresponde al Tribunal Constitucional apreciar la violación de la norma fundamental e incluso desde la reforma de la Ley Orgánica de 2015 (Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre) sancionar pecuniariamente y promover directamente la ejecución de sus sanciones. En cambio, para el gobierno de la *Generalitat* catalana sustentado en el parlamento regional por la mayoría de un voto, la legalidad constitucional está sujeta al refrendo de una voluntad popular que debe manifestarse en referéndum. Por eso justamente el problema ha estado centrado en estos años en la pertinencia constitucional del referéndum para determinar el significado y alcance de una ampliación del techo competencial estatutario de Cataluña que en la lectura de los nacionalistas catalanes puede llegar hasta la independencia (autodeterminación) mientras que para el gobierno del Estado y la minoría representada en el parlamento catalán, semejante potestad invade la competencia del Estado recogida en el art. 92 CE y además, resulta imposible porque destruiría la soberanía nacional y la indisoluble unidad de la nación española establecidas en los artículos 1.2 y 2 de la CE. Así las cosas, el debate jurídico ha discurrido entre la pretensión de la comunidad catalana de dotarse de un

instrumento refrendatario que le permitiera consultar directamente al pueblo (Ley 10/2014, de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana) y la reiterada declaración de inconstitucionalidad de sus proyectos por el Tribunal Constitucional (Sentencia 31/2015, de 25 de febrero de 2015). Frente a estas declaraciones la *Generalitat* ha aducido el «derecho a decidir» del pueblo catalán, una variante de la democracia directa entendido como derecho a la autodeterminación, que requiere de la celebración de una consulta popular. Ello llevó a la aprobación de una segunda ley catalana del referéndum (Ley 19/2017 del referéndum de autodeterminación de Cataluña) nuevamente declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2017). En ambos casos tanto en 2014, como en 2017, la *Generalitat* negando toda legitimidad democrática al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, se dispuso a celebrar sendos referéndums que sin respetar los procedimientos legalmente establecidos y con abstenciones superiores al 50% del electorado, tuvieron como resultado pronunciamientos favorables a la independencia. El segundo de estos pronunciamientos, tachado de ilegítimo e inconstitucional por el Tribunal Constitucional y por el gobierno, dio lugar a una ambigua declaración de independencia y a la proclamación de la República catalana por el parlamento de Barcelona, que a su vez tuvo como respuesta la intervención de la autonomía catalana y a la convocatoria de elecciones al parlamento catalán por el Presidente del Gobierno al amparo del artículo 155 de la CE, apreciado por el Senado.

Pero, en segundo lugar, en un sentido más político, el conflicto se ha planteado en términos de confrontación entre ley y Constitución como orden racional y voluntad popular («derecho a decidir») expresado en clave de ilusión democrática y frecuentemente construido en clave virtual. Dicho de otro modo, frente a la declaración de inconstitucionalidad de los referéndums, la *Generalitat* amparada en la mayoría de un voto en el parlamento ha convocado y celebrado los referéndums y proclamado que sus resultados la vinculan, procediendo a crear una realidad virtual que soporta y desemboca la independencia. Estamos en definitiva ante un supuesto en que la ilusión democrática soportada en un referéndum inconstitucional pretende crear una nueva legalidad que choca con el texto constitucional pero que apela a la legitimidad democrática expresada en las movilizaciones callejeras, las redes sociales y los medios virtuales de comunicación. Un supuesto claro de enfrentamiento entre la

representación democrática tradicional y los nuevos modos de expresión virtual de la opinión democrática combinados con formas espurias de democracia directa.

5. LOS OTROS PAÍSES EUROPEOS

5.1. El referéndum en los otros países europeos

La mayoría de los sistemas europeos disponen el referéndum iniciado por petición de las instituciones del gobierno (el Presidente, el Gobierno o el Parlamento) y a veces a petición del electorado. En algunos casos, un referéndum es mandatario, especialmente sobre leyes para enmendar la Constitución.

Muchos referéndums en años recientes concernieron a la Unión Europea: hubo varios referéndums sobre el Tratado de Maastricht, sobre el Tratado para establecer la Constitución para Europa, y la incorporación de nuevos Estados a la Unión Europea. Casi todos los países que recientemente se han unido a UE, especialmente desde 2003, han llevado a cabo un referéndum de ascenso: Malta, Eslovenia, Hungría, Lituania, Eslovaquia, Polonia, República checa, Estonia y Letonia. En Croacia el referéndum para la membresía en la Unión Europea fue llevado a cabo en enero de 2012.

La Constitución de **Bélgica** no lo contempla y por lo tanto, de acuerdo a muchos, prohíbe el referéndum, el cual socava el sistema representativo y, más importante, el complejo balance entre las comunidades Flamenca y Francófonas. Esto es evidenciado por la experiencia de único referéndum nacional, el cual fue llevado a cabo en 1950 sobre la restauración de la monarquía bajo Leopoldo III, quien manifestaba tendencias fascistas y Nazis durante la Segunda Guerra Mundial. El resultado del referéndum fue favorable para el rey, con un voto de 57.68% pero Leopoldo III decidió abdicar de cualquier forma debido a la controversia que el referéndum había accionado y debido a que casi todos los votos favorables venían de la comunidad Flamenca.¹³⁸ El artículo 41 de la

¹³⁸ Véase, M. Pacífico, *Il referendum nel Benelux*, en *7 Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 1290 (2005). Véase también V. Bogdanor, *Western Europe*, supra Capítulo I, n. 186, pp. 87 ss

Constitución dispone referéndums, pero solamente a nivel municipal y de provincia.

Del mismo, la Constitución de **Holanda** no dispone el referéndum, pero este silencio no fue entendido para ser restrictivo, como en el caso de Bélgica.¹³⁹ Referéndums locales fueron llevados a cabo en Haarlem, Leiden, y Ámsterdam en 1991 y 1992. El primer referéndum nacional fue llevado a cabo el 1 de junio de 2005 sobre la Constitución Europea, y resulto en una votación negativa de 61.54%.

Solamente referéndums locales son permitidos en **Chipre**, donde la ley sobre municipios dispone que cualquier comunidad podría volverse un municipio a través d un referéndum local.

En el **Reino Unido**, hogar del Parlamento y la democracia representativa, el referéndum tuvo gran dificultad de establecerse, tanta que, hace poco años, el sistema británico fue rankeado entre aquellos en los cuales el referéndum estaba ausente o totalmente excepcional.¹⁴⁰ Uno de los más tempranos y más perceptivos teóricos de la democracia directa y de la posibilidad de su introducción en el Reino Unido, sin embargo, fue Albert Venn Dicey, un ilustre e incondicional promotor de la supremacía del Parlamento y el *rule of law*. En un excelente artículo, publicado en 1980 en el *Contemporary Review*,¹⁴¹ después de analizar los instrumentos de democracia directa, así como se habían desarrollado en Suiza y en Francia, Dicey se preguntaba si la democracia directa en el Reino Unido sería (a) posible y (b) deseable. La respuesta para el autor fue sí para las dos preguntas. Dicey primero sugiere una variedad de formas por las cuales las leyes más importantes aprobadas por la Cámara de los Comunes la cual tengan una orientación sobre la Constitución de la nación pueden ser sometidas al electorado por iniciativa de la Cámara de los Lores o de la Corona. Esto sería apropiado en un sistema con una Constitución flexible, como la del Reino Unido.¹⁴² El papel de la Cámara de

¹³⁹ Véase, M. Pacífico, *Il referendum nel Benelux*, supra n. 102, 1299 ss

¹⁴⁰ Véase, M. Duverger, *Referendum e sistemi politici*, en M. Lucinai & M. Volpi (coord.), *Referendum. Problemi teorici ed esperienze costituzionali*, supra n. 20, 178; M. Volpi, *Referendum nel diritto costituzionale*, supra n. 20, 507.

¹⁴¹ A.V. Dicey, *Ought the Referendum to be Introduced into England?*, supra Capítulo I n. 12, 498-511. Sobre la influencia de Dicey en el constitucionalismo británico, véase A. Torre, *Il referendum nel regno Unito: radici sparse, pianta rigogliosa*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.) *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Maggioli, Rimini, 2012, 21.

¹⁴² A.V. Dicey, *Ought the referendum*, supra Capítulo I n. 12, 502 y 505 ss

los Lores como guardián de la Constitución sería por lo mismo apoyado por la aprobación popular, mientras que la prerrogativa real sería transformada en un poder del pueblo.¹⁴³ Si los miembros del Parlamento sabían que sus decisiones serían o podrían ser objeto de la aprobación de la nación, estos ser inclinarían a tomar la mejor opción y de actuar transparentemente, sin sucumbir a los intereses partisanos.¹⁴⁴ Finalmente, el referéndum tendría efectos positivos sobre la educación política de la gente, como la ha tenido en Suiza, donde la educación política del electorado ha alcanzado el más alto nivel en Europa.¹⁴⁵

Sin embargo, tomó casi un siglo para que la sugerencia de Dicey fuera implementada. El primer referéndum tomó lugar en 1973 sobre la continuación de la membresía de Irlanda del Norte en el Reino Unido.¹⁴⁶ Y en 1975 sobre la entrada del Reino Unido a la Unión Europea.¹⁴⁷

El referéndum de 1975 fue llevado a cabo con la promesa del Partido Laborista a los Conservadores que este «experimento constitucional» permanecería como un evento único.¹⁴⁸ Sin embargo, cualquier gobierno encontraría ahora difícil de aprobar una gran reforma constitucional sin la aprobación por referéndum.¹⁴⁹ De los 90s en adelante, todas las mayores reformas fueron sujetas e referéndum. La mayoría de las reformas fueron sobre la devolución de procesos, otras sobre Europa, y en 2011 hubo referéndum sobre uno de los aspectos característicos del Reino Unido: el sistema electoral mayoritario. Aquel referéndum, solicitado por el Partido Liberal, fue llevado a cabo el 6 d mayo de 2011, pero la

¹⁴³ Id., 498.

¹⁴⁴ Id., 504.

¹⁴⁵ Id., 508 y 501.

¹⁴⁶ Véase G. Montella, *Il referendum nord-irlandese sui confini (Border Poll) del 1973*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, cit., pp. 175 ss.

¹⁴⁷ J.O. Frosini & Tagiuri, *Il referendum del 1975: quando i britannici decisero di rimanere nella Comunità economica europea*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, supra n. 105, pp. 155 ss

¹⁴⁸ D. Patel, *Referenda: Plebiscites or Opinion Polls. An Analysis of the Use, Constitutionality and Appropriateness of Direct Democracy in the British Constitution*, en *INTEGRAL STUDIES*, Guildford y Berlín, disponible en: www.iniref.org/ref.const.pdf 7.

¹⁴⁹ Id., 18. Sobre el referéndum llevado a cabo en el Reino Unido, véase A. Torre, *Un referendum per tutte le stagioni: sovranità del Parlamento e democrazia diretta nel Regno Unito*, en 7(3) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 1338 (2005); J.O. Frosini & A. Torre (coord.) *Democrazia rappresentativa e referendum*, supra n. 105, y en particular A. Torre, *Il referendum nel Regno Unito*, supra n. 105, pp. 11 ss

propuesta de introducir alguna flexibilidad en el sistema electoral mayoritario fue rechazada por 68.5% de la votación.¹⁵⁰

Después del referéndum de 1973 sobre Irlanda del Norte,¹⁵¹ referendums fueron llevados a cabo en 1979 sobre la devolución en Escocia¹⁵² y Gales,¹⁵³ con resultados negativos, en 1997 de nuevo en Escocia¹⁵⁴ y Gales,¹⁵⁵ esta vez exitoso, y en 1998 sobre Irlanda del Norte¹⁵⁶ el Gran Londres.¹⁵⁷ El resultado de estos referendums fue el Acta de Gobierno de Gales, el Acta de Escocia, y el Acta de Irlanda del Norte, todos de 1998, y el Acta de la Autoridad del Gran Londres de 1999.

Siguiendo estos importantes referendums, el de los Partidos Políticos, el Acta de Elección y Referendums fue promulgada en 2000 para proveer reglas para la conducta de los referendums. La regulación general del proceso del referéndum definitivamente significa que el referéndum ya no es más un excepcional «experimento constitucional». La promulgación de la ley 2000 lo ha transformado en una clase de reforma constitucional del contemporáneo orden legal el cual todavía permanece sin una Constitución escrita y por ello carece de un procedimiento específico

¹⁵⁰ Sobre este evento véase C. Martinello, *Molto rumore per nulla, ovvero il referendum elettorale nel Regno Unito*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referendum*, supra n. 105, pp. 375 ss

¹⁵¹ Véase G. Montanella, *I confini d'Irlanda: limiti e carenze del Northern Ireland (Border) Oll 1973*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referendum*, supra n. 105, pp. 175 ss

¹⁵² Véase M. Caielli, *La devolution scozzese: il referendum sullo Scotland Act 1978 del 1º marzo 1979*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referendum*, supra.

n. 105, 217 ss Sobre el origen del movimiento separatista escocés, véase A. Torre, *Referendum e sovranità parlamentare nel Regno Unito*, en E. Palici di Suni (coord.), *Democrazia diretta e partecipazione popolare nell'età di internet, special issue of Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2014(4), p. 1628.

¹⁵³ Véase G. Aravantinou Leonidi, *The Welsh Veto. Il referendum in Galles del 1979: gli esiti inattesi di un «espedito politico»*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referendum*, supra n. 105, pp. 261 ss

¹⁵⁴ Véase F. Del Conte, *Scotland said yes. Fli Scozzesi si pronunciano positivamente sull'attuazione della riforma devolutiva*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referendum*, supra n. 105, pp. 261 ss

¹⁵⁵ Véase F. Clemente, *Settemila voti che hanno fatto la differenza: il referendum sulla devolution in Galles del 1997*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referendum*, supra n. 105, pp. 277 ss

¹⁵⁶ Véase G. Caravale, *Un voto per la pace? Il referendum sul Belfast agreement del 22 maggio 1998*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referendum*, supra n. 105, p. 191 ss

¹⁵⁷ Véase S. Pennicino, *Un sindaco per Londra o the importante of being «elected». Il referendum sulla creazione della Greater London Authority*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.) *Democrazia rappresentativa e referendum*, supra n. 105, p. 309 ss

de revisión constitucional. Como Bogdanor¹⁵⁸ dice, «En la práctica, si no en la teoría, entonces, el referéndum constituye un método de demarcación de algunas leyes de otras fundamentales, tal cual que ellas requieren la ratificación por la gente». Sin embargo, «Desde que Bretaña tiene una Constitución elástica, yo sé que el uso del referéndum debe ser elástico».¹⁵⁹

Referéndums fueron de nuevo empleados para llevar a cabo cambios en los regimenes de poderes devueltos. En 2004 hubo un decisivo resultado negativo, por un 77.9% de los votos, en un referéndum para la creación de una Asamblea Regional en el Norte de Inglaterra. Este resultado desanimó la convocatoria de subsecuentes referéndums, ya planeados, por el Noreste de Inglaterra y para áreas de Yorkshire y Humber.¹⁶⁰ En 2011 hubo un referéndum exitoso sobre la devolución de los poderes a Gales,¹⁶¹ el cual inicialmente era solamente de naturaleza ejecutiva. El referéndum más importante fue llevado a cabo el 18 de septiembre de 2014, para decidir sobre la independencia de Escocia del Reino Unido. Independencia, la cual habría levantado muchas preocupaciones acerca de sus posibles consecuencias y cuyo resultado parecía muy incierto hasta el final, fue rechazado por el 55% de la votación.¹⁶² También, similar el referéndum de 2011 sobre el sistema electoral, era probable que el temor de un cambio muy radical, con sus consecuencias muy inciertas, fue lo que prevaleció, así como una preferencia por el *status quo*. El día 23 de

¹⁵⁸ Véase Bogdano, *Western Europe*, supra Capítulo I, n. 186, p. 46.

¹⁵⁹ Véase también D. Kavanagh, *Referendums in British Politics*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referéndum*, supra n. 105, 113 ss, en particular 122; P. Leyland, *The Case for the Constitutional Regulation of Referendums in the UK*, id., 125 et seq; M. Calamo Specchia, *Quale disciplina referendaria nel Regno Unito? Brevi note su di un approccio sistematico per un modello a-sistematico*, id., 139 ss, en particular 145 y 150 ss, G.G. Carboni, *I referendums mai realizzati e ancora da realizzare*, id., 399 et seq; A. Torre (coord.), *Referendum e sovranità parlamentare*, supra n. 116.

¹⁶⁰ Véase S. Parolari, *Il referéndum nel North-East e il fallimento del progetto regionalista per l'Inghilterra*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referendum*, supra n. 116.

¹⁶¹ Véase E. Gianfrancesco, *Devolution e referendum in Gales. Uno sguardo dal continente*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referendum*, cit., pp. 293 ss.

¹⁶² Véase G. Caravale, *Il referéndum del 18 settembre 2014: Scotland chooses the best of both worlds*, en *Federalism.it* No. 18/2014; A. Torre, *Referendum e sovranità parlamentare*, supra n. 116; R. De Caria, *I referéndum indipendentisti*, en E. Palici di Suni (coord.), *Democrazia diretta*, supra n. 116; 1611. Entre los comentarios que aparecen sobre la víspera del referéndum, véase G. Marzulli, *Il «prossimo» referéndum sull'indipendenza Della Scozia. Un'analisi costituzionale*, en J.O. Frosini & A. Torre (coord.), *Democrazia rappresentativa e referendum*, supra n. 105, pp. 427 ss; A. Torre, *Scozia: devolution, quasi federalismo, indipendenza?*, en *Revista AIC* No. 2/2013, en particular pp. 16 ss.; G. Milani, *Regno Unito – Firmato l'accordo per l'indipendenza Della Scozia*, en DPCE online 2013-2.

junio de 2016 se había realizado el referendun sobre la salida del Reino Unido de la Union europea: este referendun habia sido prometido por el premier David Cameron en un famoso discurso pronunciado el dia 23 de jenero de 2013: rompiendo con una tradicion de prudencia que siempre habia caracterizado el electorado britanico, en esta ocasion el 51,8% de los electores se ha pronunciado en favor de la salida de la Union Europea. Escocia, donde la mayoria de los votantes se habia manifestado en favor de la permanecencia en la Union europea, tiene planeado un nuevo referendun que tiene por objeto la secesion y una fuerte rechazo del resultado se ha expresado por parte de los electores contrarios a la salida, electores que representan un porcentaje muy elevado. Cameron se ha demitado de inmediato y Theresa May ha sido nombrada premier.

En **Malta** ha habido seis referéndums desde 1870. En 2003 hubo un referéndum respecto a la membresía de la Unión Europea; y en mayo de 2011 un referéndum respecto al divorcio. Malta fue el único país de la Unión Europea en no reconocer el divorcio. Una iniciativa sobre el divorcio fue propuesta por el Gobierno de Jeffrey Pullicino Orlando, un miembro del centro-derecha Partido Nacionalista. El Primer Ministro Lawrence Gonzi estaba profundamente en contra del divorcio, pero decidió que en este asunto era necesario el consultar a la gente a través del referéndum. Al final de una acalorada campaña de referéndum, en la cual la oposición apoyo el divorcio, el electorado votó a favor del divorcio por 54% de la votación, y el Primer Ministro al poco tiempo declaró que la ley del divorcio sería promulgada por el Parlamento.

Después del referéndum de 1974 para escoger entre monarquía y república, la Constitución de **Grecia** de 1975 dispuso, siguiendo el modelo francés, que el Presidente podría convocar a referéndums sobre asuntos nacionales críticos. Con la reforma constitucional de 1986, la cual reduce el papel del Jefe de Estado, la decisión de convocar a referéndum es ahora encomendada por el nuevo artículo 44 al Gobierno y también agrega al referéndum «nacional» el referéndum sobre leyes pasadas por el Parlamento, pero todavía no promulgadas, relacionadas con «serios problemas sociales». En este caso la propuesta debe ser sometida por dos quintas partes y entonces aprobada por tres quintas parte de los miembros el Parlamento.¹⁶³ En 2005, los partidos opositores propusieron un refe-

¹⁶³ Véase V. Perifanaki Rotolo, *Fra autoritarismo e democrazia: la difficile istituzionalizzazione del referéndum in Grecia*, en M. Caciagli & P.V. Uleri (coord.), *Democrazie e referéndum*,

réndum «social» sobre la ratificación de leyes sobre el Tratado que establecía una Constitución para Europa, pero la propuesta fue rechazada por la mayoría.¹⁶⁴ Un referéndum para decidir si Grecia iba a aceptar las condiciones del rescate propuesta por los acreedores internacionales y europeos en la crisis de la deuda del gobierno que tomó lugar el 5 de julio de 2015. Las propuestas fueron rechazadas por una mayoría de 61%, siguiendo el fuerte estímulo del Primer Ministro Alexis Tsipras. Después del referéndum, sin embargo, Tsipras tuvo que aceptar las duras condiciones para evitar el colapso financiero de Grecia y mantener el euro.

El artículo 43 de la Constitución de **Austria** dispone que cualquier ley antes de su promulgación puede ser sujeta de un referéndum a petición de la mayoría de los miembros del Consejo Nacional. Conforme al artículo 44, las leyes para una revisión total de la Constitución son sujetas de referéndum antes de su promulgación, y, a petición de un tercio de los miembros del Consejo Nacional, las leyes de parcial revisión, también. En Austria el referéndum ha sido raramente usado. En 1978 hubo un referéndum sobre energía nuclear y en 1994 sobre la incorporación a la Unión Europea. Como en Alemania, sin embargo, desde los 70s la democracia directa ha tenido varias aplicaciones a nivel de los *Länder* y, siguiendo la revisión constitucional de 1984, a nivel municipal también.¹⁶⁵

La Constitución de **Luxemburgo**, después de la revisión constitucional de 2003, dispone en el artículo 114 que en el proceso de enmienda constitucional la segunda lectura de la enmienda propuesta en el Parlamento puede ser reemplazada por un referéndum, a petición de un cuarto de los miembros del Parlamento o de 25,000 votantes. De acuerdo al artículo 51 de la Constitución, además, los votantes pueden ser convocados a decidir a través de referéndum sobre materias y en la manera prescrita por la ley. El 4 de febrero de 2005 una ley sobre el referéndum fue promulgada, y en julio del mismo año un referéndum fue llevado a cabo sobre la Constitución Europea,¹⁶⁶ la cual fue aprobada por 56.52% de los

supra n. 38, 234 ss; B. Berdardini d'Arnesano, *Il referéndum in Grecia: le molteplici potenzialità di un istituto ancora poco valorizzato*, en 7 *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 1236 (2005); C. Kyrkos & G. Makropoulou, *Referéndum*, supra Capítulo I n. 188, p. 4.

¹⁶⁴ B. Berdardini d'Arnesano, *Il referéndum*, supra n. 127, 1244; C. Kyrkos & Makropoulou, *Referéndum*, supra Capítulo I n. 188, 5.

¹⁶⁵ F. Palermo, *Il referéndum*, supra Capítulo n. 184, pp. 1312 ss

¹⁶⁶ Sobre el debate anterior al referéndum de 2005, véase A. Rigo, *The ratification process of the European Constitution in Luxemburg: a large consensus amongst the political class for hol-*

votantes. Esta actualmente bajo discusión una mayor reforma constitucional sobre la extensión de los derechos de votación de los no ciudadanos, quienes en Luxemburgo representan 45% de la población. El primer referéndum está planeado para la primera mitad del 2015, el cual presentará a los votantes un número de preguntas que podrían ser objeto de enmiendas constitucionales. Después del referéndum, el Parlamento preparará el texto de reformas propuestas, sobre el cual los votantes serán consultados en otro referéndum, antes de que entre en vigor. Actualmente, el texto de la reforma está bajo discusión en el Comité sobre las Instituciones y Revisiones Constitucionales (CIRC) y ha sido publicado en la página de Internet del Parlamento que publica su contenido al público en grande.

La Constitución de **Portugal** de 1976 no dispone instrumentos de democracia directa, lo cual fue después introducido por subsecuentes enmiendas constitucionales.¹⁶⁷ Actualmente, el artículo 115 dispone que un referéndum puede ser propuesto por ambos, el Presidente de la República bajo propuesta de la Asamblea de la República o desde el Gobierno, o por los ciudadanos, quienes deben, sin embargo, someter su petición a la Asamblea de la República. El referéndum debe concernir asuntos importantes de interés nacional en los cuales la Asamblea o el Gobierno es facultado para actuar para efectos de un tratado internacional o una ley, pero ciertas materias están excluidas (leyes de revisión constitucional, presupuesto e impuestos, leyes concernientes a los poderes del Parlamento). La Ley No. 15, de la Ley Orgánica sobre el Referéndum (LORR) fue promulgada el 3 de abril de 1998. El mismo año dos referéndums fueron llevados a cabo: uno sobre la despenalización del aborto y el otro sobre la creación de seis regiones administrativas. En ambos casos el quórum requerido de participación dispuesto por la Constitución no fue obtenido. Solamente el 31.94% de los votantes facultados participaron en el primer referéndum y 48,29% de los votantes facultados en el segundo. El referéndum sobre la despenalización del aborto durante las primeras diez semanas de gestación fue nuevamente sometido al electorado por el Gobierno en octubre de 2006. El referéndum fue llevado a cabo en febrero de 2007, pero de nuevo el quórum del 50% no fue alcanzado.

ding a referendum, disponible en www.unizar.es/euroconstitucion/library/working%20papers/Rigo,%20A._2005%20Luxemburg.pdf.

¹⁶⁷ Sobre el referéndum en Portugal, véase C. Bassu & T.E. Frosini, *Il referendum in Spagna e Portogallo*, adelante con juicio, en *7 Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 1227 (2005).

En **Irlanda** un referéndum es requerido para aprobar definitivamente una ley de enmienda a la Constitución, conforme al artículo 46 y 47 de la Constitución. Con la ley constitucional de 1972, Irlanda aceptó, con 83% de la votación, unirse a las Comunidades Europeas. Hubo resultados favorables sobre el referéndum de la ratificación del Acta Única Europea, el Tratado de Maastricht, el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Niza. El Tratado de Lisboa falló en el referéndum de 2008, con 53.4% de votos negativos. Un año después, sin embargo, un nuevo referéndum revirtió ese resultado, con 67% de los votos a favor de la ratificación. Una ley constitucional que autoriza el divorcio fue aprobada en 1995 con un 50.3% de votos positivos, mientras que en 2002 hubo un voto negativo al aborto. En octubre de 2013, un referéndum que proponía la abolición del Senado fue derrotada por el sorpresivo angosto voto del 51.7%. Estos referéndums (y por lo tanto las propuestas de enmienda constitucional) fueron más bien frecuentes. Menos puede ser dicho del procedimiento complejo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución, de acuerdo al cual el Presidente, ya sea por su propia iniciativa o por un conjunto de peticiones de la mayoría de los miembros del Senado, y al menos un tercio de los miembros de la Cámara, puede proponer un referéndum sobre una ley, todavía no promulgada, pasada por los dos cámaras.¹⁶⁸

Como hemos visto en el caso de Reino Unido, el referéndum se ha, de hecho, vuelto necesario para las más importantes leyes de carácter constitucional, incluso dentro del marco de un sistema constitucional flexible, uno sin Constitución escrita, el cual por lo tanto no estipula procedimientos específicos para la revisión constitucional. El sistema irlandés, con su rígida, Constitución escrita y procedimiento de enmienda constitucional regulada por ésta, se asemeja al sistema británico al disponer un referéndum sobre leyes de revisión constitucional, y en este aspecto difiere de todos los demás países europeos, los cuales tienen procedimientos constitucionales de revisión que no necesariamente requieren de cualquier tipo de referéndum¹⁶⁹ o lo disponen, como requerido u opcional, junto con otras formas de requerimientos legislativos agravados (e.g., mayo-

¹⁶⁸ Sobre el referéndum de Irlanda, véase M. Suski, *Bringing in the People*, supra n. 55, 186 ss; M. Gallagher, *Referendum e democrazia*, supra Capítulo I, n. 186, 183 ss Véase también V. Bogdanor, *Western Europe*, supra Capítulo I, n. 186, pp.80 ss; L. Volpe, *L'«Esmeralda virutosa»: la democrazia diretta in terra gaelica*, en 7(3) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 1838 (2005), pp.1289 ss

¹⁶⁹ Como es el caso de Alemania, Hungría o Portugal, donde las leyes de revisión constitucional debe ser aprobadas por el Parlamento por dos tercios de la mayoría.

rías especiales parlamentarias, disolución del Parlamento). Que un referéndum sea el único requerimiento agravado para la revisión de la Constitución en Irlanda es subrayado por el hecho que la jurisprudencia, desde *McKenna v. An Taoiseach* (1995), ha reafirmado que el Gobierno debe permanecer neutral y por ende no financiar la campaña en apoyo a un resultado de un referéndum en particular. Los ciudadanos deben ser libres de decidir entre un sentido u otro.¹⁷⁰ El Parlamento, por ende, tiene el papel de legislador, pero la enmienda a la Constitución requiere, además, la directa, aprobación del pueblo soberano, sin las restricciones por el Gobierno o los cuerpos representativos. Paradójicamente, por lo tanto, Irlanda, el cual ha introducido el referéndum en su Constitución para diferenciarse del Reino Unido, haciendo énfasis en la soberanía popular, en lugar que la soberanía parlamentaria,¹⁷¹ se encuentra como el único país europeo, junto con Reino Unido, donde las leyes constitucionales son distinguidas de las leyes ordinarias solamente por los propósitos del referéndum.

Entre los países escandinavos, **Dinamarca** es el único que reconoce el referéndum en su extensión más amplia. La Constitución dispone por un referéndum obligatorio para la aprobación final de las leyes constitucionales (artículo 88)¹⁷² y para las leyes que determinan la edad para votar (artículo 29). Un referéndum puede ser también pedido por un tercio de los miembros del Parlamento sobre leyes ordinarias que han sido aprobadas, pero todavía no promulgadas (artículo 42) y por el Gobierno para leyes que transfieren poderes constitucionales a cuerpos internacionales, cuando la ley no ha sido aprobada por una mayoría de cinco sextos (artículo 20). En la historia constitucional danesa, ha sido el referéndum empleado muchas veces en todas las situaciones dispuestas por la Constitución.¹⁷³

¹⁷⁰ El acercamiento en el caso *McKenna* fue reafirmado en 2012 por la Suprema Corte en *McCrystal v. Minister for Children and Youth Affairs*, un caso concerniente a la Enmienda treinta y uno sobre los derechos del niño. Véase M. Cerroni, *Irlanda —Approvato con referéndum il trentunesimo alla Costituzione sui diritti del bambini*, en DPCE online 2013-2.

¹⁷¹ Véase el capítulo precedente, subsección 3 y nota 146.

¹⁷² En Dinamarca, como en los otros países escandinavos, el Parlamento el cual aprueba una ley que enmienda la Constitución debe ser disuelto y el nuevo Parlamento debe volver a promulgar el mismo texto que efectúa la enmienda constitucional.

¹⁷³ Sobre el referéndum en Dinamarca, véase P. Svennson, *I referendum nella politica danese*, en M. Caciagli & P.V. Uleri (coord.), *Democrazie e referéndum*, supra n. 38, pp. 135 ss; *Id. Denmark: the Referendum as Minority Protection*, en M. Gallagher & P.V. Uleri, *The Referendum Experience in Europe*, St. Martin Press New York, 1996, pp. 33 ss; M. Suski, *Bringing in the people*, supra n. 55, pp. 183 ss

En **Suecia**, las propuestas para introducir el referéndum datan de finales de 1800. El primer referéndum consultivo tomó lugar en 1922 sobre la prohibición del alcohol. Ha habido referéndums sobre el tráfico (1955), sobre rentas (1957) y sobre energía nuclear (1980). El Capítulo VIII de la Ley Básica sobre la Forma de Gobierno contiene una disposición de 1974 concerniente al referéndum consultivo (artículo 4), indicando que la mayoría social democrática pensó que un referéndum compulsivo sería contrario al sistema parlamentario sueco. En 1979, un gobierno no socialista introdujo la posibilidad de referéndum, a petición de una décima parte de los miembros del Parlamento y con el consentimiento de un tercio de ellos, como procedimiento para la adopción de una ley fundamental (artículo 15). Sin embargo, en Suecia no ha habido referéndums constitucionales conforme al artículo 15.¹⁷⁴ Otros referéndums consultivos fueron llevados a cabo respecto a la Unión Europea. En 1994, Suecia accedió a unirse a la Unión Europea, con un 83.3% de número de asistentes y 52.3% de la votación. El resultado fue un «triumfo personal» para el Primer Ministro Ingvar Carlsson.¹⁷⁵ El Euro falló en el referéndum en 2003, con 55.9% de votos negativos. La reforma constitucional de 2011 hizo sencillo el llevar a cabo un referéndum local: si una propuesta por un referéndum era firmada por al menos una décima parte de los votantes residentes en un municipio, esta propuesta no debería más ser apoyada por una mayoría de miembros de la asamblea local, pero solamente por un tercio de ellos.

La Constitución de **Finlandia** dispone en el artículo 53 la posibilidad de referéndums consultivos como dictamina la ley. Una ley general promulgada en 1987 estipula que cada referéndum y los procedimientos para su implementación deben ser de acuerdo a una ley especial.¹⁷⁶ Ya nos hemos referido a la página «Open Ministry-Corwssourcing Legislation», establecida en 2012 para promover entre los ciudadanos iniciativas y diálogo con las instituciones.¹⁷⁷ La Constitución de **Noruega** no prevé el referéndum, pero de acuerdo con una convención constitucional, refe-

¹⁷⁴ Sobre la evolución del referéndum en la historia constitucional de Suecia, véase M. Suski, *Bringing in the People*, supra n. 55, pp. 212 ss.

¹⁷⁵ Ch. Brown-Humes, Sweden en 1994, en Britannica, Online Encyclopedia <www.britannica.com/print/topic/576486>; A. Burke, *A doubtful Referendum*, en *Great European Expectations*, <https://www.nnn.se/n-model/eu/eu.html>.

¹⁷⁶ Sobre el referéndum en Finlandia, véase M. Suski, *Bringing in the People*, supra n. 55, pp. 219 ss.

¹⁷⁷ Véase Capítulo I, sección 1.

rédums pueden ser llevados a cabo y ha habido actualmente algunos referéndums consultivos.¹⁷⁸

En los países escandinavos, el uso del referéndum ha sido crucial en años recientes para las decisiones relativas a la Unión Europea.¹⁷⁹ El referéndum de 1994 relativo a unirse a la Unión Europea tuvo un resultado negativo en Noruega, pero fue positivo en Finlandia y Suecia. En un referéndum de 1998, Dinamarca voto a favor del Tratado de Maastricht, pero en 2000 votó en contra de la introducción el euro (como lo hizo Suecia en 2003).

El caso de **Islandia**¹⁸⁰ es algo inusual. En 1944 Islandia decidió por referéndum nacional su independencia de Dinamarca. La Constitución, redactada en un corto tiempo antes del final de la Segunda Guerra Mundial, fue inmediatamente aprobada. El texto, el cual fue destinado como temporal, que reproduce ampliamente la Constitución de Dinamarca, reemplazando al Rey con el Presidente. Desde entonces, la Constitución ha sido parcialmente revisada cuatro veces. Finalmente, la necesidad de acordar una nueva Constitución se sintió fuertemente en el despertar de la crisis financiera de 2008, la cual había causado el colapso de los grandes bancos y había mostrado la inhabilidad del Gobierno de actuar en una forma efectiva y a tiempo. Esto resultó en una serie de protestas que dieron lugar a la llamada «Guerra de los utensilios de comida». Los organizadores de las protestas hicieron cuatro peticiones específicas: remover el Gobierno, remover la junta directiva del Banco Central, remover la junta directiva de la agencia del gobierno encargada de monitorear los bancos (La Autoridad Supervisora Financiera), y llamar a nuevas elec-

¹⁷⁸ Véase T. Bjørklund, *Le consultazioni referendarie in Norvegia tra partiti e movimenti*, en M. Caciagli & P.V. Uleri (coord.), *Democrazie e referendum*, supra n. 38, pp. 160 ss

¹⁷⁹ Sobre los referéndums en los países del Norte de Europa, véase M. Suski, *Rappresentanza e referendum in Scandinavia e il caso Della Finlandia*, en M. Caciagli & P.V. Uleri (coord.), *Democrazie e referendum*, supra n. 38, 124 ss; F. Duranti, *Il referendum nei Paesi del Nord Europa: principi ed esperienze*, en 7(3) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 1268(2005).

¹⁸⁰ Véase H. Filimore-Patrick, *The Iceland Experiment (2009-2013): A Participatory Approach to Constitutional Reform*, DPC Policy Note, Sarajevo, August 2013, disponible en www.democratizationpolicy.org; E. Bergmann, *Reconstituting Iceland —constitutional reform in the wake of crisis*, Conference paper, Leiden, enero de 2013; A. Renwick, *Reconstituting Iceland —constitutional reform caught in a new critical order in the wake of crisis Iceland's Constitutional Reform Referendum*, Reading Politics, University of Reading, disponible en www.academia.edu; B. Bjarnason, *Iceland «crowd-sourced» constitution is dead*, 19 de marzo de 2013, disponible en: studiotendra.com/2013/03/29/icelands-crowd-sourced-constitution-is-dead/; Th. Gylfason, *Democracy on Ice: a post-mortem of the Icelandic constitution*, junio de 2013, disponible en: www.opendemocracy.net.

ciones. Todas estas peticiones fueron aceptadas y en abril de 2009 nuevas elecciones fueron llevadas a cabo, las cuales vieron la derrota del Partido Independentista, el cual había estado en el poder por 18 años, y el surgimiento de una nueva coalición, consistente de los Social-Demócratas y los Verdes. En 2010 y en 2011 el Presidente Ólafur Grímsson convocó a dos referéndums sobre con base en el artículo 26 de la Constitución, el cual nunca había sido aplicado anteriormente. Los artículos disponen que el Presidente al negarse a la promulgación de una ley, ésta será sometida al electorado, el cual decidirá si la aprueba o la rechaza. En los referéndums de 2010 y de 2011, la población estuvo del lado del Presidente y en contra de la resolución del Parlamento, la cual estaba destinada a asumir las deudas de los bancos de Islandia, y por lo tanto transfiriendo la deuda a los contribuyentes. Esto remarcó la importancia que el procedimiento del referéndum pudiera asumirse en Islandia. En noviembre de 2009, una asamblea nacional no oficial fue llevada a cabo en Reykjavik, sin la aprobación del Gobierno, para definir los valores considerados más importantes para la sociedad islandesa y de planificar el futuro el país. La reunión fue atendida por 1,200 ciudadanos islandeses seleccionados del registro nacional y representantes de grupos de interés. La población entera estaba involucrada en la iniciativa en ambas, en su inicio y después por redes sociales y mails (en 2009, 94% de los islandeses estaban usando el Internet). Lo siguientes valores fueron identificados como los más importantes de la sociedad islándica: integridad, derechos iguales, respecto, justicia, amor, libertad, responsabilidad, sustentabilidad y democracia. En junio de 2010, una ley fue promulgada para elegir la Asamblea Constituyente compuesta por 25-31 delegados electos directamente por los ciudadanos y encargados de preparar un proyecto de revisión de la Constitución para ser sometida al Parlamento. La Asamblea Constituyente fue precedida por el forum nacional, estructurado sobre el modelo de la Asamblea Nacional, de miles de votantes elegidos del registro nacional, que podrían sugerir propuestas no vinculantes y recomendaciones sobre la nueva Constitución. El forum fue llevado a cabo el 6 de noviembre de 2010, e insistiendo, entre otras cosas, en la necesidad de un referéndum sobre asuntos mayores, incluyendo la membresía en la Unión europea. Las elecciones de la Asamblea Constituyente fueron llevadas a cabo al final del mismo mes, el 27 de noviembre de 2010, pero en enero de 2011, la Suprema Corte invalidó las elecciones por defectos procesales. El Parlamento entonces seleccionó un Comité Constituyente que prepararía el proyecto y lo sometería a los votantes a través de la

web. Un gran número de propuestas fueron incluidas en el proyecto que fue descrito como la «primera constitución de fuente pública». Como dispone la ley, en octubre de 2012, un referéndum no vinculante fue llevado a cabo sobre la Constitución propuesta, el cual 49% de los votantes facultados para votar participaron, quienes aceptaron la propuesta del Comité Constituyente. En marzo de 2013, la constitución propuesta fue aceptada por el Parlamento el cual fue disuelto. El nuevo Parlamento, sin embargo, contenía una mayoría de la coalición formada por el Partido Independentista y los Progresistas, quienes no pretendían proceder con la reforma constitucional. Es por ello, que, por el momento, ésta es la última noticia sobre uno de los experimentos más interesantes en la democracia directa, iniciado directamente por el electorado y subsecuentemente endorsado, por necesidad, por las instituciones representativas.

Las constituciones de los países de Europa del este, aprobaron después del colapso de la Unión Soviética, acorde al significativo papel del referéndum, como reacción al excesivo estatismo que había caracterizado al periodo de la dominación soviética, pero también sobre la base de las tradiciones constitucionales, ya discutidas, de Checoslovaquia y los países Bálticos.¹⁸¹

La Constitución de **Bulgaria** confió a la Asamblea Nacional la tarea de decidir el convocar a un referéndum (artículo 84) y dispone un alcance amplio para los referéndums locales (artículo 136). La Constitución de **Eslovenia** dispone que la Asamblea Nacional puede llamar a referéndum por iniciativa propia o por propuesta de un tercio de los miembros del Consejo Nacional o por 40,000 votantes: Si treinta miembros de la Asamblea Nacional lo piden, una propuesta por una revisión constitucional debe ser sometida a los votantes. De acuerdo a la Constitución de **Hungría**, un referéndum nacional *debe* ser llevado a cabo por el Parlamento bajo la propuesta de al menos 200,000 votantes, mientras un referéndum *puede* ser llevado a cabo bajo propuesta del Presidente de la República, el Gobierno, o 100,000 votantes. El resultado del referéndum es vinculante y es valido si la mitad más uno de los votantes participa y el si el resultado produce una mayoría más uno de los votos. El referéndum puede ser relativo a cualquier materia que entre dentro de las competencias y responsabilidades del Parlamento, pero los referéndums están

¹⁸¹ Véase A. Ciammariconi & A. Di Gregorio, *Il referéndum nei nuovi Stati membri dell'Unione Europea*, en 7(3) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1406 (2005).

prohibidos en las áreas enumeradas en el artículo 8 (revisión de la Constitución, presupuesto, elecciones, obligaciones internacionales, recursos humanos, organizaciones dentro de la jurisdicción del Parlamento, disolución del Parlamento u otros cuerpos representativos, declaraciones de guerra, estado de emergencia, o crisis nacional, y declaraciones o extensiones del estado de defensa, operaciones de participación militar, y otorgamiento de perdón).

La Constitución de **Eslovaquia** contiene unas extensivas y complejas disposiciones sobre el referéndum. Un referéndum es requerido para aprobar una ley constitucional que ratifique los acuerdo entre Eslovaquia y otros Estados (artículo 7). Un referéndum puede ser empleado para decidir otros asuntos de interés público. El referéndum es proclamado por el Presidente a petición de 450,000 ciudadanos o sobre la base de una decisión del Consejo Nacional. Para que el referéndum sea válido, la mitad de los votantes facultados debe participar y la propuesta debe recibir una mayoría de los votos. La propuesta aprobada por referéndum debe ser promulgada como una ley. El Consejo Nacional debe enmendar o actualizar la decisión del referéndum solamente con una ley constitucional y no dentro de tres años. El Presidente de la República puede ser removido de su cargo por un referéndum convocado por una resolución adoptada por el Consejo Nacional con una mayoría de tres quintas partes de los diputados (artículo 106).¹⁸² La Constitución de la **República Checa** está limitada a proveer que una ley constitucional pueda requerir en cambio un referéndum en lugar de la ley para la ratificación de un tratado internacional. Un referéndum está expresamente dispuesto para la entrada a la Unión Europea (artículo 62(1)).

La Constitución de **Letonia** dispone un referéndum nacional para decidir sobre la entrada a la Unión Europea (artículo 68), pero también requiere referéndums sobre otras materias, aunque, lo cual hace de un modo algo inusual. Una décima parte del electorado puede de hecho iniciar un referéndum en conexión con una ley suspendida por el Parlamento antes de su promulgación (artículo 72) o someter una propuesta para una ley constitucional o ordinaria: si el Parlamento no aprueba esta propuesta sin una modificación, es sujeta a referéndum (artículo 78). El Presidente de Letonia puede también proponer la disolución del Parla-

¹⁸² Véase A. Ciammariconi & A. Di Gregorio, *Il referendum nei nuovi Stati membri*, supra n. 144, p. 1418.

mento, pero, en este caso, la cuestión de la disolución debe ser sometida a un referéndum. Si la población está a favor de la disolución, el Parlamento es disuelto, pero si el referéndum falla, el Presidente debe renunciar y el Parlamento elige a un nuevo Presidente. En Letonia hubo un referéndum en 1991 sobre su declaración de independencia y otros referéndums siguientes de acuerdo a los varios procedimientos encontrados en la Constitución.¹⁸³

En **Lituania** un referéndum puede ser propuesto por 300,000 votantes o por una cuarta parte de los miembros del Parlamento. En adición al quórum se requiere la participación de la mayoría de los votantes facultados, la ley requiere el voto favorable de una mayoría absoluta, i.e., una mayoría, no solamente de aquellos que votaron, pero de todos aquellos facultados para votar. Desde 2002, la mayoría de aquellos que votan es suficiente, pero que sean al menos un tercio de aquellos autorizados para votar. Después del referéndum respecto la declaración de independencia, hubo once referéndums en Lituania, incluyendo, como vimos, aquel de 2003 respecto a unirse a la Unión Europea, el cual fue el primero en el cual una mayoría absoluta de los votantes ya no era requerida. De acuerdo al artículo 105 de la Constitución de **Estonia**, el Parlamento tiene el derecho de someter a referéndum actas u otras materias de interés nacional. Si la propuesta sometida a referéndum no es aceptada por la mayoría de los votantes, el Presidente disolverá el Parlamento y llamará a nuevas elecciones. En todas las tres Repúblicas Bálticas, un referéndum es requerido para enmiendas constitucionales concernientes a los principios fundamentales de la Constitución.

Respecto a enmiendas constitucionales concernientes a principios fundamentales, de acuerdo a la Constitución de Polonia, el referéndum

¹⁸³ En 1998, hubo un referéndum sobre el sensible problema de la ciudadanía. 53.9% de los votantes se opusieron a revocar la ley que permitía condiciones más favorables que aquellos establecidos antes por adquirir la ciudadanía de Letonia. En 1999 un referéndum concerniente a las pensiones no alcanzó el quórum de participación requerido (al menos la mitad de los votantes en la última elección); en 2002, hubo un referéndum sobre la UE, el cual ha sido ya discutido. En 2007 un referéndum convocado conforme al artículo 72 sobre dos leyes de seguridad nacional las cuales han sido suspendidas por el Presidente, no alcanzó la proporción de votantes requeridos para su validez, pero en vista de el alto número de votos recabados en contra de esta ley, éstas fueron revocadas después. En el 2011, un referéndum para la propuesta de la disolución del Parlamento fue favorecido por el 93,3% de lo votantes! En 2009, un referéndum bajo una propuesta, pedida por una décima parte de la población, de incorporar en la Constitución la posibilidad de referéndum sobre la disolución del Parlamento no alcanzó el quórum requerido de participación. En 2012, una propuesta para incluir en la Constitución el ruso como segunda lengua oficial fue rechazada por el 74,8% de los votantes.

es opcional y puede ser propuesto por una quinta parte de los diputados, o por el Senado, o por el Presidente de la República. Conforme al artículo 125, un referéndum sobre materias de particular importancia para el Estado también pueden ser propuestas por una mayoría absoluta de la Cámara de representantes o por el Presidente de la República con el consentimiento del Senado.

En **Rumania**, nacida en 1859 de la unión de los principados de Moldavia y Wallachia producto de un referéndum,¹⁸⁴ da un mayor papel a la democracia directa. Con una formula similar a la contenida en el artículo 3 de la Constitución francesa, la Constitución de Rumania dispone, en el artículo 2, que la soberanía nacional reside en el pueblo que la ejerce por medio de sus representantes escogidos de manera libre, justa y en elecciones periódicas, así como el referéndum. El referéndum, sobre materias de interés nacional, es convocado por el Presidente, después de haber consultado el Parlamento. Un referéndum es siempre requerido para la aprobación final de las enmiendas constitucionales. En el caso de suspensión del Presidente por graves violaciones a la Constitución, la decisión de la Cámara del Parlamento en sesión conjunta es sometida a referéndum. Dos casos así han sucedido. En abril de 2007, el Presidente Traian Băsescu fue suspendido por el Parlamento en sesión conjunta, pero la propuesta de removerlo de su cargo fue rechazada por la larga mayoría del electorado en el referéndum del 19 de mayo de 2007. Băsescu, reelecto por sufragio universal directo en diciembre de 2009, fue de nuevo suspendido por el Parlamento en sesión conjunta el 6 de julio de 2012. Un referéndum nacional tomó lugar el 29 de julio de 2012, pero esta vez el quórum requerido de participación, una mayoría de los votantes registrado, no fue obtenido. Después de la decisión del 21 de agosto de 2012, en la cual la Corte Constitucional validó el resultado del referéndum, el Presidente resumió sus funciones.¹⁸⁵

¹⁸⁴ Seguido del Congreso de París de 1856, los grandes poderes de Europa decidieron unificar los principados de Moldavia y Wallachia en lo que se convertiría en Rumania. Las poblaciones de Moldavia y Wallachia eligieron sus propios representantes respecto «diván», los cuales, en 1857, votaron casi unanimemente en apoyo de la unión de los dos principados: Véase Y.Bruley, *L'affaire des «divans ad hoc»: Concert européen et consentement des populations Dans la naissance de la Roumanie (1856-1859)*, en M. Ortolani & B. Berthier (coord.), *Consentement des populations, plébiscites et changements de souverainetés*, Serre, Nice, 2013, pp. 217 ss

¹⁸⁵ Véase D. Bosioc, *Romania: la sospensione del Presidente Traian Basescu e il referéndum revocatorio del 29 luglio 2012*, en *15 Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 271 (2013); Id., *Referendum e riforma costituzionale in Romania: a good practice?*, en E. Palici di Suni (coord.), *Democrazia diretta*, supra n. 116, p. 1729.

La Constitución de **Croacia** dispone un referéndum opcional y uno mandatario, así como la posibilidad de una ley que pueda disponer por un referéndum consultivo.¹⁸⁶ De acuerdo al artículo 87, un referéndum bajo propuesta para una enmienda de la Constitución, sobre un acta, u otro asunto dentro de la competencia del Parlamento, puede ser requerida por el Parlamento, el Presidente de la República bajo la propuesta del Gobierno, o por un 10% del electorado.¹⁸⁷ El Artículo 142 estipula que cualquier decisión concerniente a la entrada de Croacia a la unión con otros Estados debe ser ratificada por referéndum. Un referéndum sobre la independencia fue llevado a cabo en 1991, y en 2012, un referéndum respecto a la membresía en la Unión Europea. Temiendo que un bajo de número de participante pudiera descarrilar un referéndum tan importante para Croacia, el quórum de la mayoría de los votantes, el cual había sido inicialmente requerido para la validez del referéndum, fue abolido en 2010. 43.51% de los votantes facultados participó y los votos favorables fueron del 66.27%. En 2013, un referéndum fue llevado a cabo para prohibir los matrimonios del mismo sexo. En 2003 una ley fue promulgada que permitía el reconocimiento de las parejas homosexuales después de cohabitar un periodo de al menos tres años. Para oponerse al reciente proyecto de ley del gobierno centro-derecha, el cual apuntaba a extender de los derechos de las parejas homosexuales, permitiéndoles el registrarse como «parejas de vida», un grupo llamado «En nombre de la familia», temiendo que esto podría llevar a la introducción del matrimonio del mismo sexo en Croacia, pidió un referéndum conforme al artículo 87 de la Constitución, para enmendar la Constitución y especificar que el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer. El referéndum tomó lugar el 1 de diciembre de 2013, y, aunque la mayoría del Gobierno estaba opuesta, 65% de los votantes estaban a favor de la propuesta. Solamente el 35% de la población participó en la votación, pero eso, como resulta, no importa para la validez del referéndum, el cual fue vinculante, de acuerdo al artículo 87. La nueva disposición fue por ende incluida en el artículo 62, segundo párrafo, de la Constitución.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Tal posibilidad fue dispuesta para solamente el 2010.

¹⁸⁷ En el texto original de la Constitución, no había disposición para la iniciativa popular, la cual más tarde fue introducida por la revisión constitucional de 2000.

¹⁸⁸ Sobre el régimen del referéndum en Croacia, sobre su aplicación, y sobre sus aspectos problemáticos, véase T. Cerruti, *Il referéndum nella Repubblica di Croazia: un istituto in fase di evoluzione*, E. Palici di Suni (coord.), *Democrazia diretta*, supra n. 116, p. 1714.

El Artículo 34 de la Constitución de la **Confederación Suiza** reconoce los siguientes derechos políticos para proteger la libre formación de la voluntad e integridad del voto:

- El derecho de petición (artículo 33);
- La iniciativa popular para la total revisión de la Constitución Federal (artículo 138)
- La iniciativa popular para la parcial revisión de la Constitución Federal (artículo 139);
- El referéndum obligatorio (artículo 140);
- El referéndum opcional (artículo 141).

Una completa o parcial revisión de la Constitución puede ser propuesta por 100,000 votantes. La iniciativa para la parcial revisión puede ser formulada como una propuesta general (en tal caso debe ser elaborada por la Asamblea Federal) o como un acta detallada (en tal caso la Asamblea Federal podría poner en oposición una contrapropuesta).

Es obligatorio el someter modificaciones a la Constitución, membrecías a organizaciones colectivas de seguridad o comunidades supranacionales, o leyes federales adoptadas como urgentes por la Asamblea Federal para el voto de ambos, el pueblo y los cantones. Por otro lado, iniciativas populares para la revisión total de la Constitución, aquellas para la revisión parcial que han sido rechazadas por la Asamblea Federal, y una propuesta para la revisión total de la Constitución en el caso de un desacuerdo entre las dos cámaras debe ser sometido al electorado.

Un referéndum opcional sobre leyes federales y decretos y tratados fuera de aquellos sujetos al referéndum obligatorio pueden ser pedidos por 50,000 votantes o por ocho cantones. Entre 1848 y 1995, fueron llevados a cabo 437 referéndums, de los cuales 311 fueron obligatorios y 126 opcionales.¹⁸⁹ Una completa revisión de la Constitución fue toma-

¹⁸⁹ J.F. Aubert, *Leçon suisses, en Pouvoirs No. 77 (1996)*, pp. 125 ss Véase también K.W. Kobach, *Switzerland*, supra n. 55, 108 et seq; H. Kriesi, *La lunga e complessa vicenda della Confederazione elvetica*, en M. Caciagli & P.V. Uleri (coord.), *Democrazie e referendum*, supra n. 38, pp. 67 ss; A. Auer, *L'esperienze del referendum in Svizzera e negli Stati Uniti*, en M. Luciani & M. Volpi (coord.), *Referendum. Problemi teorici ed esperienze costituzionali*, supra n. 20, pp. 72 ss; G. Malinverni, *Gli istituti di democrazia diretta in Svizzera*, en *8 Annali Della Scuola post universitaria di Studi Europei 76 (Roma 1986)*.

da en el año 2000 a través de un referéndum obligatorio.¹⁹⁰ En 2013, la gente y los cantones rechazaron la propuesta por una enmienda constitucional de la elección directa de los miembros del Consejo Federal y la elección anual por Consejo (en lugar de por Asamblea Federal) del Presidente y el Vicepresidente de la Confederación.¹⁹¹ El referéndum que fue llevado a cabo en febrero de 2014 «en contra de la masiva inmigración» y en medio de un gran número de comentarios de otros países europeos, de acuerdo al cual, dentro de tres años el Gobierno Federal debe establecer toques de permisos de residencia y cuotas anuales para todos los extranjeros, calculados de acuerdo a las necesidades de la economía. El referéndum, iniciado por el partido de ala derecha y opuesto por las otras fuerzas políticas, fue aprobado por 17 de 36 cantones, pero solamente 50.3% de la población. Así que Suiza tendrá que renegociar los acuerdos con la Unión Europea, sobre todo el Acuerdo Schengen sobre el libre tránsito de personas al cual accedió en 2002.¹⁹²

Finalmente, es de mencionar que desde 1998 la Confederación ha empezado a experimentar con el uso del voto electrónico, primero para los votantes Suizos viviendo en el extranjero y entonces, gradualmente, a nivel de cantones y nacional.¹⁹³

5.2. La iniciativa popular en Europa

5.2.1. La iniciativa popular en los países europeos

Como hemos visto, el referéndum sobre la iniciativa popular se ha propagado en un número de países europeos, tales como Suiza, Letonia, Croacia, y Francia, así como algunas regiones italianas, a través del cual

¹⁹⁰ Véase M.P. Viviani Schlein, *Uno strumento insostituibile per la democrazia: il referendum in Svizzera*, en 7(3) *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* 1371 (2005).

¹⁹¹ Véase V. Fara, *Svizzera, Il popolo rifiuta l'elezione popolare del Consiglio federale*, en DPCE online 2013/3.

¹⁹² Sobre las consecuencias del referéndum para las relaciones entre Suiza y la Unión Europea, véase, R. Kunz, *Schweiz-EU: Wohin führt der bilaterale Weg nach der Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung»?*, en *ZaiRV* 74 (2014), 329 ss; S. Gerotto, *L'iniziativa popolare svizzera «contro l'immigrazione di massa». Qualche considerazione non del tutto «a caldo»*, en *federalismi*, No. 4/2014.

¹⁹³ Véase P. Macchia, *La democrazia semi-diretta: il caso Della Svizzera*, en E. Palici di Suni (coord.), *Democrazia diretta*, supra n. 116, p. 1654.

el electorado es llamado a decidir sobre una propuesta de ley ordinaria o constitucional presentada por un número de ciudadanos o, en el caso de Francia, por una quinta parte de los miembros del Parlamento con el apoyo de una décima parte del electorado.

El poder de iniciativa legislativa en varios países, particularmente Europa del Norte, es atribuido solamente al Gobierno y a los parlamentarios. Algunos países europeos mediterráneos y del este han dado tal poder al electorado, con diferencias relacionadas en su mayor parte al número requerido de votantes facultados para someter una propuesta de ley y por ende representan una actitud diferente hacia la participación popular en la formación de las leyes.

Se requieren 50,000 votos en Italia (Constitución, artículo 7) y el mismo número es requerido en la mucho más pequeña Lituania (Constitución, artículo 68). 50,000 votantes podrían proponer una ley en Hungría bajo la antigua Constitución, pero tal posibilidad está ahora excluida de la Constitución la cual entró en vigor en 2012. Toma alrededor de 100,000 firmas en Polonia (Constitución, artículo 118) y en Austria las propuestas pueden venir de una sexta parte de los votantes en al menos tres *Linder* (Constitución, artículo 41). En Rumania el derecho de iniciativa está reconocido a 100,000 votantes, quienes deben sin embargo venir de al menos un cuarto de los condados y en cada uno de estos condados la propuesta debe ser firmada por al menos 5,000 votantes; la iniciativa popular no está disponible para materias concernientes a impuestos, asuntos internacionales, amnistía, y perdón (Constitución, artículo 74). En España la iniciativa popular está hecha en cambio de una forma difícil porque requiere de 500,000 votantes (Constitución, artículo 87), mientras que en Portugal solamente 35,000 (Constitución, artículo 167 y Ley No. 17/2003) y en Eslovenia 5,000 (Constitución, artículo 88). En Letonia, como hemos visto, una décima parte del electorado puede someter al Presidente un proyecto para ser sometido al Parlamento (*Saeima*) (Constitución, artículos 65 y 78).

5.2.2. *La iniciativa popular en la Unión Europea*

Aunque la iniciativa popular no es un rasgo distintivo en todos los países europeos, la Unión Europea, en el Tratado de Lisboa, ha introducido el derecho de iniciativa para los ciudadanos europeos como una

forma de compensar y de atenuar el déficit de democracia, como un paso hacia la democratización de la Unión y su legitimidad popular, un paso hacia la construcción de una ciudadanía política europea.

El Artículo 11(4) del Tratado sobre la Unión Europea dispone que: «No menos de un millón de ciudadanos que son nacionales de un significativo número de Miembros de los Estados puede tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, dentro del marco de sus poderes, de someter cualquier propuesta sobre materias donde los ciudadanos consideran que un acto legal de la Unión es requerido para los propósitos de implementar los tratados.¹⁹⁴

Los requerimientos fueron especificados en la Regulación No. 211/2011, la cual entro en vigor el 1º de abril de 2012. El número mínimo de Estados Miembros a los cuales los ciudadanos deben pertenecer fue estipulado de ser un cuarto de ellos (y por ende, hasta hoy, siete) y por cada Estado el mínimo de firmas requerido es igual al número de miembros del Parlamento Europeo electos en cada Estado miembro multiplicado por 750, determinado de acuerdo a la tabla anexada a la Regulación y después enmendada por la Comisión Delegada de Regulación (UE) No. 531/2014 del 12 de marzo de 2014.¹⁹⁵

El número relativo, por ende, por un lado, del número de Estados y por el otro de ciudadanos en proporción a la población de cada Estado: unión de Estados y unión de ciudadanos, representación de los Estados y repre-

¹⁹⁴ Véase G. Bordino (coord.), *Un nuovo diritto per la democrazia e lo sviluppo in Europa. L'iniziativa dei cittadini europei (Ice)*, il Mulino, Bologna, 2013; C. Bova, *Il diritto d'iniziativa dei europei ed i confermati limiti dell'iniziativa legislativa popolare in Italia*, en Forum dei Quaderni Costituzionali, 2010; G. Allegri, *La partecipazione delle sosita civili nazionali ed europee all'iniziativa dei cittadini europei (Ice), in attuazione dell'art 11, par. 4 del TUE e del regolamento UE n. 211/2011*, en Rivista AIC No. 2/2012; F.R. Dau, *La democrazia partecipativa alla prova dell'ordinamento comunitario. L'iniziativa legislativa dei cittadini europei*, en DPCE online 2014-1; G. De Togni, *L'iniziativa dei cittadini europei (Ice). Tra democrazia rappresentativa e prove di democrazia partecipativa*, en Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, septiembre 2014; G. Porro, *Democrazia diretta e Unione europea: il ruolo dell'iniziativa dei cittadini europei (ICE)*, en E. Palici di Suni (coord.), *Democrazia diretta*, supra n. 116, 1558; A. Manzella, *La democrazia del processo legislativo dell'Unione Europea*, en Il Filangieri, Quaderno 2014, 7; N. Lupo, *L'iniziativa legislativa nella forma di governo dell'Unione europea ed il ruolo dei Parlamenti nazionali*, id., 17; F. Ferraro, *L'iniziativa dei cittadini europei alla prova dei fatti*, id., 53; A. Maffeo, *Il procedimento dell'iniziativa dei cittadini europei tra presente e futuro*, id., 71; P. Ponzano, *La iniziativa dei cittadini europei: teoria e pratica*, id., 91.

¹⁹⁵ Por ejemplo, para Alemania el cual tiene 96 diputados en el Parlamento Europeo 72,000 firmas son requeridas. Francia con 74 diputados, 55,500 firmas, Dinamarca con 13 diputados 9,750, y Chipre con 6 diputados 4,500 firmas.

sentación de los ciudadanos, democracia directa para los ciudadanos europeos, pero basado en la ciudadanía de los Estados miembros, y sobre la población de los Estados y sus respectivos pesos en Europa.

El número de firmas requerido fuera del millón de ciudadanos es proporcional y tal vez un poco debajo del número promedio de firmas requeridas para la iniciativa en los países en los cuales existe: un millón de firmas para los veintiocho países corresponde a un promedio de aproximadamente 35,700% firmas de cada país. Así que los diferentes requisitos de los países individualmente para la iniciativa, su presencia o ausencia, y las formas de hacerlo más o menos inevitable desaparecen a nivel europeo.

El recolectar un millón de firmas en al menos siete países no parece sencillo, pero la tecnología es de gran ayuda: la Regulación expresamente refiere a sistemas electrónicos de colección (artículo 6). Para la recolección de firmas, un comité organizador consistente de al menos siete individuos de los siete diferentes Estados debe aplicar su registro a la Comisión, anterior a la propuesta. La Comisión evalúa la aceptabilidad dentro de dos meses (artículo 4). Sobre recibo de peticiones debidamente firmadas para la iniciativa, dentro de un periodo de tres meses, la Comisión establece en un comunicado por escrito sus conclusiones legales y políticas, y qué acción, si alguna, que intenté tomar, y sus razones de actuar así (artículo 10).

En un corto tiempo desde su entrada en vigor la iniciativa europea ha sido utilizada varias veces. Hay una página de Internet especial de la Unión Europea,¹⁹⁶ la cual contiene información oficial pertinente al derecho de iniciativa de los ciudadanos europeos y una riqueza de información sobre los procedimientos a ser seguidos y sobre los resultados de las iniciativas ya presentadas. Aprendemos del sitio que dos iniciativas han alcanzado la etapa final con las comunicaciones de la Comisión: «Right-2Water» (¡Agua y saneamiento son derechos humanos! ¡El agua es un bien público, no una comodidad!) y «One of Us» (protección jurídica de la dignidad, el derecho a la vida y de la integridad de cada ser humano a partir desde la concepción en las áreas de las competencias de la UE en las cuales tal protección es de particular importancia).

¹⁹⁶ < ec.europa.eu/citizens-initiative/public/welcome?!g=en >.

La iniciativa «Right2Water» empujó a la Comisión Europea a proponer legislación que incluye el derecho humano universal a beber agua y saneamiento, como reconocen las Naciones Unidas, y esto promovería la disposición del agua y servicios de sanidad como un servicio público para todos: Con su comunicado del 19 de marzo de 2014, la Comisión ha tomado algunas actividades concretas: el intensificar los esfuerzos por una implementación completa de la legislación del agua en la Unión Europea por los Estados Miembros; el lanzar un diálogo público a nivel europeo sobre la directiva de beber agua para evaluar sus alcances y modalidades para su mejora; el incrementar el conocimiento de los ciudadanos al hacer más transparente y simplificado el manejo y diseminación de información sobre aguas residuales urbanas y agua potable, el considerar la empresa de un análisis comparativo de la calidad del agua; el promover un diálogo estructurado entre las partes interesadas sobre la transparencia en el sector del agua; el colaborar con otras iniciativas para expandir el rango de criterios para los servicios del agua y mejorar la transparencia y responsabilidad de proveedores de servicios de agua y permitir a los ciudadanos el acceder a información equiparable sobre indicadores económicos claves y calidad; el alentar acercamientos innovadores para desarrollar asistencia y promover mejores prácticas en los Estados Miembros; el defender el acceso universal a agua potable y el saneamiento como área de prioridad en el contexto de las metas de desarrollo sustentable de 2015; y finalmente, invitar a los Estados Miembros, dentro del marco de sus competencias, de tomar en cuenta la preocupaciones expresadas por sus ciudadanos a través de esta iniciativa y de alentarlos de intensificar sus esfuerzos de asegurar que todos puedan tener acceso a agua segura, limpia y asequible. Para dar seguimiento a la iniciativa, el 23 de junio de 2014, la Comisión lanzó una consulta pública sobre la directiva respecto de tomar agua («consulta sobre la Calidad del Agua Potable en la Unión Europea»).

El 28 de mayo de 2014, la Comisión europea respondió a la iniciativa ciudadana europea «One of Us» al decidir no presentar una propuesta legislativa. La iniciativa «One of Us» pedía a la Unión Europea el parar de financiar actividades que involucraran la destrucción de embriones humanos, en particular en las áreas de investigación, desarrollo de ayuda y salud pública. La Comisión, sin embargo, consideró que el marco de financiamiento, recientemente discutido y acordado por los Estados Miembros y por el Parlamento Europeo, era apropiado.

CAPÍTULO III.

1. LOS ESTADOS UNIDOS

1.1. El resurgimiento de la democracia directa

Massachusetts y Dakota del Norte adoptaron la iniciativa legislativa popular y el referéndum en 1918. Fueron los últimos Estados que lo hicieron durante la *Época Progressive*. No fue hasta más de cuarenta años más tarde cuando otros Estados adoptaron estos instrumentos de democracia directa. Alaska fue admitido en los Estados Unidos como Estado en 1959, con disposiciones relativas a la iniciativa y al referéndum en su Constitución. Durante los años 60 del siglo XX, y a continuación en las décadas que siguieron, siete Estados y el Distrito de Columbia adoptaron la iniciativa legislativa popular o el referéndum, o ambos. En 2013, veinticuatro Estados y, aproximadamente la mitad de las ciudades de América, contemplaban la iniciativa legislativa popular. Hoy en día, alrededor del 70% de la población vive en o una ciudad o un Estado que permite la iniciativa legislativa popular¹. Diez Estados han adoptado la recusación de los titulares de cargos estatales y locales durante la *Época Progressive* y dos más durante la década siguiente. Después de 1959, ocho Estados más adoptaron la recusación (*recall*)².

¹ Véase en general, John G. Matsusaka, *For the Many or the Few: The Initiative, Public Policy, and American Democracy*, Chicago, University of Chicago Press 2004, 1-9. En 2000, la iniciativa legislativa popular estaba disponible en quince de las veinte ciudades más grandes. V. *ibidem*, pp. 160-161.

² Para las referencias a las disposiciones de las constituciones y leyes estatales que prevén la recusación de titulares de cargos estatales y locales v. National Council of States Legislatures,

Sin embargo, el actual regreso de la democracia directa en los Estados Unidos, como factor importante en la política estadounidense, se podría remontar a la aprobación en 1978 de la *Proposition 13* en California a través de una iniciativa ciudadana³. El éxito de esta iniciativa de los ciudadanos para limitar los impuestos de propiedad causó un renovado interés hacia la iniciativa legislativa popular y al referéndum para responder a preocupaciones de los electores que no parecían susceptibles de ser solucionadas por parte de las legislaturas estatales. En cuanto a la recusación, aunque hubo algunas elecciones de recusación durante la *Época Progressive* y las décadas que siguieron, el número de elecciones de recusación para los cargos estatales y locales se incrementó significativamente después de 1980.

El renovado interés en la democracia directa a partir de 1978 se puede atribuir a varios factores. En primer lugar, como se evidencia mediante la *Proposition 13* y muchos otros intentos de los ciudadanos para reducir los impuestos, está la llamada «rebelión de impuestos». Como resultado del enorme gasto público necesario para continuar la Segunda Guerra Mundial y más tarde la Guerra Fría, las pretensiones fiscales a nivel nacional aumentaron a niveles sin precedentes. Impuestos más altos se requerían también a nivel nacional, estatal y local para sustentar el *welfare state*, muy ampliado, y una gama más extensa de servicios y actividades del gobierno. En aquellos Estados donde los instrumentos de democracia directa ya estaban disponibles, los ciudadanos recurrieron cada vez más a la iniciativa legislativa popular y al referéndum para limitar o reducir los impuestos, para tener más control local sobre los ingresos fiscales, y para desplazar la financiación de actividades guber-

Recall of State Officials, disponible en <<http://www.ncsl.org/legislatures-elections/elections/recall-of-state-officials.aspx>>.

³ Durante los años 1911-1920 hubo 293 iniciativas legislativas populares a nivel de todo un Estado. Después, el número de iniciativas legislativas populares a nivel de todo un Estado cayó bruscamente y luego aumentó significativamente después de 1978. Hubo 389 iniciativas legislativas populares a nivel de todo un Estado durante los años 1991-2000 y 346 entre 2001 y 2010. M. Dane Waters, *Initiative and Referendum Almanac*, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press 2003, 8 (para los períodos 1911-1920 y 1991-2000); Initiative and Referendum Institute, *IRI Historical Database*, disponible en <<http://www.iandrinstitute.org/data.htm>> (para el período 2001-2010 y para obtener una lista de todas las iniciativas legislativas populares a nivel de todo un Estado de 1904 a 2010).

namentales desde la fiscalidad general hacia tasas pagadas por los usuarios de cada servicio⁴.

En segundo lugar, durante los últimos treinta años aproximadamente, hubo un creciente descontento de los electores en relación con el funcionamiento del proceso político, tanto a nivel nacional como estatal. Por parte de las asambleas legislativas estatales no llegaban reformas, ya que sus miembros tenían un gran interés en no intervenir en un proceso que habían utilizado con éxito para lograr y mantener sus cargos. En consecuencia, los electores utilizaron los procedimientos de iniciativa legislativa popular y el referéndum para varias medidas de reforma electoral, como la regulación de la financiación electoral, el establecimiento de límites de mandato para los miembros de las asambleas legislativas, y la subdivisión y redistribución de los distritos electorales.

En tercer lugar, en las últimas décadas surgieron una serie de cuestiones relacionadas con los derechos económicos, sociales, ambientales y civiles que, en opinión de muchos ciudadanos, el proceso legislativo normal había abordado de manera inadecuada, si no es que ignorado por completo. Por ejemplo, las reformas en materia de educación, medio ambiente, aborto, derechos de los homosexuales y matrimonio entre personas del mismo sexo, control sobre el uso de armas, derecho penal y pena de muerte, responsabilidad civil, legislación laboral, políticas sobre drogas, juegos de azar y derechos de los animales. En todos estos ámbitos se llevaron a cabo referéndums por iniciativa popular.

El retorno de la democracia directa en los Estados Unidos se limitó en su mayor parte a Estados en la parte occidental del País. Durante los años 80 y 90 del siglo XX, se propusieron leyes para introducir el proceso de iniciativa legislativa popular en casi todos los Estados de la nación, pero se aprobaron solo en uno, Mississippi, y en cualquier caso, con importantes restricciones en su uso⁵. La reflexión sobre la falta de atractivo del procedimiento de iniciativa legislativa popular tras la adopción de la *Proposition 13* por parte de California se ha centrado en el ejemplo negativo que dicha experiencia supuso para muchos: es decir, el hecho de que la intervención *ad hoc* del pueblo en el proceso legislativo conduce

⁴ John G. Matsusaka, *For the Many or the Few: The Initiative, Public Policy, and American Democracy*, Chicago, University of Chicago Press 2004, p. 13.

⁵ Richard J. Ellis, *Democratic Delusions: The Initiative Process in America*, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 2002, pp 38-42.

a una disfunción en el gobierno y aumenta el poder de los intereses particulares⁶.

1.2. La iniciativa legislativa popular y el referéndum

La iniciativa legislativa popular y el referéndum no existen a nivel nacional en Estados Unidos. La Constitución de Estados Unidos no permite a los electores participar directamente en el proceso de enmienda constitucional o en el proceso legislativo. El artículo I de la Constitución confiere «todos los poderes legislativos aquí otorgados al Congreso de Estados Unidos». Haría falta una enmienda a la Constitución para establecer la iniciativa legislativa popular o el referéndum a nivel nacional, y la Constitución es muy difícil de cambiar. Por lo tanto, la iniciativa legislativa popular y el referéndum sólo existen a nivel estatal y local en Estados Unidos y para su existencia dependen de las Constituciones o leyes estatales⁷.

A nivel estatal, todos los Estados excepto Delaware requieren ahora que los electores aprueben las enmiendas a la Constitución del Estado por referéndum, pero solamente 18 estados permiten a los electores proponer enmiendas constitucionales a través de una iniciativa legislativa popular. En todos los demás Estados, las enmiendas constitucionales solamente pueden ser propuestas por la asamblea legislativa. Veinticuatro Estados y el District of Columbia permiten a los electores emprender medidas legislativas. El uso de la iniciativa legislativa popular, tanto para las enmiendas constitucionales como para la adopción de medidas legislativas, está concentrado en cinco Estados del Oeste: California, Oregón, Colorado, Washington y Arizona⁸.

⁶ *Ibidem*.

⁷ En un famoso pasaje, citado a menudo, el juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Louis Brandeis escribió: «Es una de las coincidencias felices del sistema federal que un solo Estado valiente pueda, si sus ciudadanos así lo deciden, servir de laboratorio; e intentar nuevos experimentos económicos y sociales sin riesgo para el resto del País *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), 311 (opinión discrepante). Los «experimentos» de Oregón y California con la democracia directa, tanto durante la Época *Progressive* como más recientemente, ofrecieron los «laboratorios» sugeridos por el juez Brandeis.

⁸ Initiative and Referendum Institute, *Initiative Use*, Jan. 2013, disponible en <hiip://www.iandrinstitute.org/IRI%20Initiative%20Use%20%282013-1%29.pdf>; Initiative and Referendum Institute, *Constitutional Amendments*, Report 2006-3, Oct, 2006, disponible en hiip://www.iandrinstitute.org/REPORT%202006-3%20Amendments.pdf>.

Cada Estado tiene sus propios requisitos y procedimientos para hacer llegar a las urnas una medida de iniciativa popular, pero el proceso básico es el mismo. Tomemos como ejemplo Oregón⁹. En primer lugar, la Constitución de Oregón reserva específicamente al pueblo los poderes de iniciativa legislativa popular y referéndum:

(1) El poder legislativo del Estado, con la excepción de los poderes de iniciativa legislativa popular y referéndum reservados al pueblo, se asigna a una Asamblea Legislativa, que consta de un Senado y una Cámara de Representantes.

(2)(a) El pueblo reserva para sí mismo el poder de iniciativa legislativa popular, que es el de proponer leyes y enmiendas a la Constitución y aprobarlas o rechazarlas en una elección independientemente de la Asamblea Legislativa.

[...]

(3)(a) El pueblo reserva para sí mismo el poder de referéndum, que es el de aprobar o rechazar en una elección cualquier ley, o parte de ella, de la Asamblea Legislativa [...] ¹⁰. La Constitución también reconoce los poderes de iniciativa legislativa popular y referéndum a las unidades políticas locales¹¹.

La Constitución de Oregón establece que una iniciativa de ley popular puede ser propuesta solamente a través de una petición firmada por un número de electores con derecho a voto igual al 6% del número total de votos atribuidos a todos los candidatos a gobernador en la última elección a gobernador. Una petición para una iniciativa para modificar la Constitución debe ser firmada por un número de electores con derecho a voto igual al 8% del número total de votos atribuidos a todos los candi-

⁹ „Oregón tiene el récord por el mayor número de iniciativas legislativas populares a nivel de todo un Estado, con 363 entre 1904 y 2013. Initiative and Referendum Institute, *Oregon*, disponible en <<http://www.iandrinstitute.org/Oregon.htm>>.

¹⁰ Constitución de Oregón, Art. IV, Sec. 1, disponible en <<http://bluebook.state.or.us/state/constitution/constitution04.htm>>.

¹¹ Art. IV, sec. 1(5): «Los poderes de iniciativa legislativa popular y referéndum reservados al pueblo por las subsecciones (2) y (3) de esta sección están aún más reservados para los electores que tengan derecho de cada municipio y distrito con respecto a toda la legislación local, especial y municipal de cualquier tipo en o para su municipio o distrito. La forma de ejercicio de estos poderes estará reglamentada por leyes generales, pero las ciudades pueden reglamentar la manera de ejercer estos poderes con respecto a su legislación municipal. En una ciudad, no se puede requerir más de un 15% de los electores con derecho para proponer un acto a través de la iniciativa legislativa popular, y no más de un 10% para un referéndum sobre leyes».

datos a gobernador en la última elección a gobernador. Un referéndum sobre una ley o parte de una ley de la Asamblea Legislativa puede ser impuesto a través de una petición firmada por un número de electores con derecho a voto igual al 8% del número total de votos atribuidos a todos los candidatos a gobernador en la última elección a gobernador¹².

A diferencia de algunos otros Estados, Oregón no establece ninguna restricción sobre el tema de las iniciativas legislativas populares ni requiere que la iniciativa legislativa popular especifique una fuente de fondos para los gastos que conlleva. Oregón no tiene requisitos de distribución geográfica para las firmas de las peticiones, como, por el contrario, hacen algunos otros Estados, que requieren que se recoja un cierto número de firmas en diferentes subdivisiones políticas del Estado. Además, Oregón no pone límites de tiempo al intervalo después del cual una iniciativa legislativa popular puede ser sometida otra vez a votación. Una petición de iniciativa legislativa popular debe incluir el texto completo de la ley o enmienda a la Constitución que se propone. La ley o enmienda constitucional que se propone solamente puede cubrir un tema y los asuntos apropiadamente relacionados con éste. La ley de Oregón requiere que el voto sea organizado de una manera tal que incluya los siguientes elementos: una leyenda de no más de 15 palabras, una explicación sencilla y comprensible del resultado si la medida es aprobada, sin que exceda de 25 palabras, una explicación sencilla y comprensible del resultado si la medida es rechazada, un resumen imparcial de la iniciativa legislativa y sus principales consecuencias de no más de 125 palabras. Después de haber sido preparados por el *Attorney General* y aprobados por el Secretario de Estado, bajo el control del Tribunal Supremo, estos elementos dan el lenguaje que aparece en la papeleta y en una guía para los electores preparada por el Secretario de Estado de Oregón¹³. La Constitución también establece que «queda prohibido pagar o recibir dinero u otros beneficios en función del número de firmas recogidas por una solicitud de iniciativa legislativa popular o referéndum»¹⁴.

¹² Por ejemplo, en 2014, el número de firmas necesarias para llevar a las urnas una iniciativa legislativa popular o un referéndum es: para una enmienda a la Constitución, 116.284; para la aprobación de una ley, 87.213; para un referéndum de veto, 58.142.

¹³ V. State of Oregon, Secretary of State, *State Initiative and Referendum Manual* (2012), disponible en <<http://www.oregonvotes.org/doc/publications/stateI&R.pdf>>.

¹⁴ *Ibidem*, Art. 1, Secc. 1b.

El proceso de iniciativa legislativa popular ha sido criticado por el hecho de sustraer muchas de las decisiones públicas a los representantes electos por el pueblo, para entregarlas de hecho a las grandes empresas, grupos de interés, y opositores de los intereses de las minorías¹⁵. Estos críticos ven la iniciativa legislativa popular como una negación del objetivo constitucional fundamental de establecer un gobierno representativo, cuyo proceso legislativo asegure la capacidad de decidir, el compromiso, y la protección de los intereses de las minorías, que está incluido en la *Guarantee Clause* de la Constitución de los Estados Unidos («Los Estados Unidos garantizarán a todo Estado de esta Unión una forma republicana de gobierno [...]» Art. IV, secc. 4). La regulación o reforma del procedimiento de iniciativa legislativa popular ha demostrado ser difícil por una serie de razones, tales como el derecho a la libertad de expresión de los promotores de la iniciativa legislativa popular a gastar cantidades ilimitadas de dinero en la recogida de firmas y campañas a favor o en contra de medidas de iniciativa legislativa popular¹⁶. El mejor indicador de los problemas que se observan en relación a la iniciativa constitucional o legislativa popular es, quizás, su no adopción a nivel nacional y en la mitad de los Estados del País aproximadamente.

1.3. La recusación

La recusación (*recall*) es un método de acción directa por parte del pueblo para destituir a un titular de un cargo público antes del final de su mandato electoral¹⁷. La recusación no existe a nivel nacional en los Estados Unidos; no hay recusación de cargos federales. La recusación de los cargos locales fue adoptada por primera vez por la ciudad de Los Ánge-

¹⁵ V. por ejemplo Cody Hoesly, *Reforming Direct Democracy: Lessons from Oregon*, 93 California Law Review 1191 (2005). V. también David S. Broder, *Democracy Derailed: Initiative Campaigns and the Power of Money*, New York, Harcourt Inc., 2000.

¹⁶ Por ejemplo *Meyers v. Grant*, 486 U.S. 414 (1988) (que anuló una medida que prohibía cobrar por la recogida de firmas para las iniciativas legislativas populares); *Citizens Against Rent Control v. City of Berkeley*, 454 U.S. 290 (1981); *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 U.S. 765 (1978).

¹⁷ V. Thomas Cronin, *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*, Cambridge, MA, Harvard University Press 1989, pp. 125-156; Larry Gersten & Terry Christensen, *Recall!: California's Political Earthquake*, Armonk, N.Y. & London, M.E. Sharpe, 2004; Henry S. Noyes, *The Law of Direct Democracy*, Durham, N.C., Carolina Academic Press 2014, pp. 31-68; Joseph Zimmerman, *The Recall: Tribunal of the People*, Albany, State University of New York Press 2013; National Conference of State Legislators, *Recall of State Officials* (June 6, 2012) (<<http://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/recall-of-state-officials.aspx>>).

les en 1903. Poco después, Oregón (1908), Michigan (1908) y California (1911) adoptaron la recusación de los cargos estatales a través de una enmienda a sus respectivas Constituciones. Los últimos Estados que adoptaron la recusación fueron Nueva Jersey (1993) y Minnesota (1996). Hasta la fecha, 19 Estados tienen disposiciones en sus Constituciones o leyes que permiten la recusación de titulares de cargos estatales y 28 Estados permiten la recusación de titulares de cargos locales. La recusación es diferente del *impeachment*, porque en la mayoría de los casos un titular de cargo puede ser recusado por cualquier razón. A diferencia de la separación del cargo a través del *impeachment*, la recusación no requiere, por lo general, que el titular del cargo sea acusado de ciertos delitos o acciones¹⁸. En la mayoría de los casos, está permitido usar el procedimiento de recusación para destituir a un titular de un cargo sobre la base de motivaciones políticas. La Constitución de California es un ejemplo típico. Afirma que «la recusación de un titular de un cargo estatal se inicia con la entrega al Secretario de Estado de una petición que explique el motivo de la recusación. La suficiencia de las razones expuestas no se puede someter a escrutinio»¹⁹. Cabe señalar que, de cierta manera, el procedimiento de *impeachment* se ha utilizado con más frecuencia que la recusación para destituir a titulares de cargos estatales (en particular gobernadores y jueces). El procedimiento de *impeachment*, sin embargo, no está disponible para el pueblo; debe emprenderse, desarrollarse y ser llevado a cabo por legisladores estatales. La recusación, en cambio, es un instrumento de democracia directa; deja la destitución de titulares de cargos estatales y locales en manos de los electores.

El procedimiento de recusación se inicia con la distribución de una petición para solicitar una elección de recusación para un titular de un cargo estatal (gobernador, legislador estatal, juez, etc.) o local (alcalde, consejero municipal, consejero escolar, etc.). Se necesita un cierto número de firmas de electores con derecho a voto, recogidas en un período de tiempo determinado. Las firmas son verificadas después por las autorida-

¹⁸ Por ejemplo, la Constitución de los Estados Unidos establece lo siguiente: „El Presidente, el Vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán separados de sus puestos al ser acusados y declarados culpables de traición, cohecho u otros delitos y faltas graves. „ Art. II, secc. 4.

¹⁹ Constitución de California, Art. 2, secc. 14(a). Ocho Estados, sin embargo, requieren que la recusación ocurra por una razón específica, por ejemplo, Alaska (falta de salud, incompetencia, negligencia en el servicio, o corrupción); y Minnesota (actos u omisiones graves contrarios a sus deberes en el ejercicio de las funciones del cargo, o condena durante el cargo por un delito grave).

des electorales; de alcanzarse el número requerido de firmas válidas, la elección de recusación puede celebrarse. La razón por la cual hay tan pocas elecciones de recusación a nivel estatal es que en la mayoría de los Estados el número de firmas requeridas es bastante alto y los períodos de tiempo para la recogida de las mismas son cortos. En Colorado, por ejemplo, el número requerido de firmas de electores con derecho a voto es el 25% de los votos emitidos en la última elección para el cargo objeto de recusación, y el período de tiempo durante el cual deben ser recogidas está limitado a 60 días. Ocho Estados más tienen un requisito del 25% y la gran mayoría de los demás Estados que prevén la recusación requieren un 15% o más. En casi todos los Estados que prevén la recusación, el plazo para la distribución de las peticiones es de 90 días o menos.

Hubo solamente tres elecciones de recusación de gobernadores en la historia americana: el gobernador de Dakota del Norte fue destituido de su cargo en 1921, el gobernador de California fue destituido de su cargo en 2003, mientras que el gobernador de Wisconsin sobrevivió a una elección de recusación en 2012. En otras ocasiones se distribuyeron peticiones para recusar gobernadores, pero no consiguieron lograr los requisitos para llegar a una elección de recusación. Aunque el número de elecciones de recusación para el cargo de gobernador es demasiado pequeño para sacar conclusiones, es posible que las elecciones de recusación a nivel estatal *se estén volviendo cada vez más frecuentes*. Las elecciones de recusación para miembros de las asambleas legislativas estatales, que son más comunes, también se han incrementado en número en los últimos años.

Las recientes elecciones de recusación para el cargo de gobernador, en California en 2003 y en Wisconsin en 2012, así como las recientes elecciones de recusación que han involucrado a miembros de las asambleas legislativas y los tribunales estatales, podrían ser un primer paso hacia una participación más directa del pueblo en la vida política del Estado en el período intermedio entre una elección y la siguiente. Las experiencias recientes de California y Wisconsin indican que un gran esfuerzo de una facción política (líder del partido y apoyo financiero), que explote el descontento general por la situación económica y/o el descontento por decisiones específicas tomadas por el gobierno, podría tener éxito para provocar un cambio de gobernador o una modificación en el control de las asambleas legislativas estatales (y, por lo tanto, cambiar la filosofía de gobierno) durante el mandato de un gobernador o una asamblea legislativa estatal. La recusación del gobernador demócrata

Gray Davis en California y su sustitución por el republicano Arnold Schwarzenegger en 2003 ofrecieron, a los electores de todos los Estados que prevén la recusación, un ejemplo de alto perfil, que gozó de amplia cobertura mediática, del procedimiento de recusación y de su funcionamiento. Esto se discutirá más adelante, en la sección 2.6.

Las elecciones de recusación en Wisconsin en 2011 y 2012 son mejores ejemplos aún del intento del pueblo de cambiar la orientación política del Estado sin esperar a la siguiente elección a gobernador o legislativa. Wisconsin, un Estado situado al Norte del Medio Oeste, había estado durante mucho tiempo a la vanguardia en cuanto a políticas progresistas. Durante la *Época Progressive*, Wisconsin representó un modelo para la nación en la protección de los derechos de los trabajadores, puesta en marcha de programas sociales, promoción de las escuelas públicas, adopción de un impuesto progresivo sobre la renta, y lucha contra el poder de las grandes corporaciones. En muchos casos, las acciones de Wisconsin dieron el ejemplo que otros Estados y el gobierno federal siguieron en un segundo momento. Durante las décadas siguientes, la política en Wisconsin retrocedió hacia el centro, pero el ambiente político se caracterizó, en general, por la cooperación y acuerdo, como testimonian las políticas moderadas del gobernador Tommy Thompson, un republicano centrista, que estuvo en el cargo desde 1987 hasta 2001. A Thompson le sucedieron otros dos gobernadores moderados, un republicano y un demócrata. Durante la legislatura 2009-2010, los demócratas superaron a los republicanos tanto en el Senado como en la Asamblea de ese Estado.

Sin embargo, en las elecciones a gobernador y legislativas de noviembre de 2010, los republicanos conservadores obtuvieron tanto el cargo de gobernador como las dos cámaras de la asamblea legislativa del Estado. Bajo el agresivo liderazgo del nuevo gobernador, Scott Walker, la asamblea legislativa aprobó cambios radicales en las leyes de Wisconsin, desplazando al Estado hacia una dirección muy conservadora y rechazando las filosofías políticas liberales y moderadas de su pasado. La reacción a las nuevas medidas (sobre todo, la gran limitación de los poderes y derechos de los sindicatos del sector público) provocó protestas fuertes y duraderas en todo el Estado. En un momento dado, catorce senadores estatales demócratas abandonaron el Estado para evitar que el Senado tuviera quórum suficiente para aprobar una medida fiscal que se consideraba crucial en el programa del gobernador.

En 2011, los opositores a las políticas del gobernador llevaron a cabo una operación de recusación en contra de seis senadores republicanos del Estado, con la esperanza de destituirlos, sustituirlos por demócratas, y tomar el control del Senado. Los partidarios del gobernador respondieron tratando de recusar tres senadores estatales demócratas. En las elecciones de recusación que siguieron, los senadores demócratas mantuvieron sus escaños. Dos de los seis republicanos fueron recusados y reemplazados por demócratas, pero los republicanos todavía mantenían su mayoría en el Senado con un margen de un voto.

En 2012, los opositores al gobernador y la mayoría republicana en la asamblea legislativa presentaron peticiones con las firmas suficientes para requerir una elección de recusación para el gobernador, así como por cuatro senadores estatales republicanos. La elección de recusación para el gobernador pedía a los electores elegir entre las orientaciones políticas bastante diferentes del gobernador Walker y su oponente demócrata, Tom Barrett. Después de una campaña electoral muy reñida y enormemente dispendiosa, lo que atrajo el interés nacional, el gobernador Walker fue reelegido. De hecho, la afluencia a las elecciones de recusación fue mayor que en las elecciones a gobernador en 2010, y la ventaja de Walker sobre Barrett, quien había sido el candidato demócrata también en las elecciones a gobernador de 2010, resultó ser aún más grande que entonces.

¿Qué se puede aprender de la experiencia de Wisconsin con la recusación en 2011 y 2012? Ni el gobernador Walker ni los senadores estatales objetos de elecciones de recusación estaban acusados de delitos, corrupción o abusos. Los que exigían su recusación simplemente estaban en desacuerdo con las políticas que ellos estaban llevando a cabo a través de los cauces de gobierno normales. Sin embargo, debido a las acciones del gobernador Walker y de la asamblea legislativa republicana, Wisconsin había tomado un camino político que marcaba una ruptura significativa de sus tradicionales valores y orientaciones políticas. Como mostraron las masivas protestas y manifestaciones contra (pero también a favor de) las nuevas políticas, las emociones del pueblo estaban muy encendidas. Los que más involucrados estaban eran los miembros de los sindicatos del sector público (docentes, policías, bomberos, personal de administración y servicios estatal y local, etc.) cuyos derechos de negociación con sus patrones se habían reducido drásticamente. La situación era caótica. Al permitir a los electores responder inmediatamente a las acciones del

governador y de la asamblea legislativa del Estado, el procedimiento de recusación proporcionó un recurso por el cual se oponían al completo reposicionamiento que estaba teniendo lugar en la política de Wisconsin. La reafirmación por parte de los electores de su apoyo al gobernador Walker y a los senadores sometidos a elecciones de recusación tuvo un efecto tranquilizante. Los derrotados sabían ahora que la voluntad de la mayoría de los votantes era, claramente, que Wisconsin tomase opciones políticas nuevas y diferentes. Para invertir esta dirección, los que se oponían a estas nuevas políticas sabían que ahora tenían que convencer al pueblo votante para que cambiase sus opiniones, y, por lo tanto, las políticas estatales, en las siguientes elecciones regulares. El procedimiento de recusación, por consiguiente, aunque no pudo destituir al gobernador ni cambiar el control político de la asamblea legislativa, sirvió de todas formas para un objetivo muy útil, es decir, presentar opciones claras y dejar que los electores tomaran una decisión al respecto.

Dos elecciones de recusación recientes en Colorado plantean un conjunto de problemas y preocupaciones diferentes. En 2012 la asamblea legislativa de Colorado aprobó una ley para el control de armas, que requería la verificación de antecedentes para todas las compras de armas de fuego y prohibía cargadores con más de 15 cartuchos. La ley fue aprobada en respuesta a una serie de tiroteos masivos en una escuela secundaria de Columbine, Colorado (1999, 15 muertos), una sala de cine en Aurora, Colorado (2012, 12 muertos), y una escuela primaria en Newtown, Connecticut (2012, 28 muertos). Los partidarios del derecho a la posesión de armas reunieron suficientes firmas para exigir elecciones de recusación para dos senadores del Estado, una de las cuales implicaba al presidente del Senado. Además de expulsar a estos líderes de los esfuerzos legislativos para limitar el uso de armas, los proponentes de la recusación estaban tratando de enviar un mensaje a los legisladores estatales no sólo de Colorado, sino de todos los Estados Unidos: al apoyar leyes más restrictivas para el control de armas, serán sometidos a elecciones de recusación. Después de una campaña financiada masivamente por la National Rifle Association y por otros partidarios del derecho a llevar armas, ambos senadores fueron destituidos en la elección de recusación de septiembre de 2013, aunque los sondeos de opinión de aquel momento mostraban un apoyo abrumador a mayores controles relativos el pasado de los compradores de armas de fuego. La participación fue baja, el voto por correo no fue admitido, e incluso se dijo que algunos de los colaboradores de los senadores desafiados fueron acosados e intimidados por los partidarios

del derecho a llevar armas. Otro senador estatal y partidario de leyes más restrictivas sobre las armas dimitió poco después, para no tener que enfrentarse a una elección de recusación que hubiera podido costar a su partido el control del Senado²⁰.

1.4. La democracia directa a nivel local.

La democracia directa en los Estados Unidos comenzó a nivel local. Las asambleas municipales constituyen su símbolo más duradero y potente²¹. La disponibilidad de instrumentos de democracia directa a nivel local depende de la constitución o de las leyes estatales. Hoy en día, más del 70% de los estadounidenses vive en ciudades que tienen el procedimiento de iniciativa legislativa popular o el referéndum, o ambos²². Más del 80% de las ciudades de Estados Unidos con una población de más de 250.000 habitantes tiene la iniciativa legislativa popular y/o el referéndum²³. De las 20 ciudades más pobladas, todas excepto Chicago, Filadelfia, Indianápolis, Memphis y Boston requieren la participación de los electores en la modificación de los estatutos y en la aprobación de determinadas ordenanzas municipales y/o permiten la participación de los electores en general en el proceso de aprobación (o rechazo) de ordenanzas municipales²⁴. Como la iniciativa legislativa popular y el referéndum a nivel estatal, la iniciativa legislativa popular y el referéndum a nivel local son más frecuentes en los Estados del Oeste que en las demás zonas del País²⁵.

En los últimos años, los electores locales decidieron una amplia gama de problemas, bien a consecuencia de peticiones populares, bien porque eran interpelados por las autoridades municipales²⁶. Las enmiendas a los

²⁰ Jack Healy, *Official Quits In Backlash On Gun Vote in Colorado*, *New York Times*, 28 de noviembre de 2013, A16. V. también Jack Healy, *Facing a Recall After Supporting Stronger Gun Laws in Colorado*, *New York Times*, 28 de julio de 2013.

²¹ V. en general Frank M. Bryan, *Real Democracy: The New England Town Meeting and How It Works*, Chicago, University of Chicago Press 2004.

²² John G. Matsusaka, *I&R in American Cities*, en *Initiative and referendum Almanac*, op. cit., 31.

²³ *Ibidem*, 36.

²⁴ *Ibidem*, 32.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Para la historia de la democracia directa a nivel local en los primeros tiempos, v. Winston W. Crouch, *Municipal Affairs: The Initiative and Referendum in the Cities*, 37 *The American Political Science Review* 491 (1943).

estatutos municipales requieren, por lo general, la aprobación de los electores. Aunque muchas propuestas de cambios estatutarios sean técnicas y poco atractivas para el interés de los electores, otras pueden ser bastante controvertidas y dar lugar a un acalorado debate y despertar un intenso interés. Por ejemplo, en 2010 la pequeña ciudad de Portland, Maine (65.000 habitantes), llevó a cabo un referéndum sobre si su estatuto debería modificarse para establecer que el alcalde fuera elegido directamente por el pueblo, sobre cuáles deberían ser los poderes del alcalde electo directamente por el pueblo, y sobre si el método de «segunda vuelta inmediata»²⁷ debería ser utilizado para la elección del alcalde. Antes de eso, el alcalde era elegido por los miembros del consejo municipal y como alcalde sólo tenía una función formal. Los electores de Portland aprobaron los cambios propuestos después de una intensa campaña electoral durante la cual las consecuencias políticas y financieras de las modificaciones propuestas se discutieron en profundidad. Del mismo modo, en 2002, los electores de San Francisco, California, como resultado de una iniciativa popular, adoptaron una modificación del estatuto municipal que estableció la segunda vuelta inmediata para las elecciones a la junta de revisores de la ciudad y la mayoría de los demás cargos municipales. Algunos estatutos municipales requieren que ciertas acciones de las autoridades legislativas municipales, además de los cambios en el estatuto, estén sujetas a consulta popular antes de entrar en vigor. Los ejemplos más comunes de esta categoría son la emisión de títulos de deuda por parte del ayuntamiento, o la asunción de obligaciones financieras por encima de un determinado umbral²⁸.

Las decisiones municipales con respecto al uso del suelo son, a menudo, objeto de iniciativa legislativa popular o referéndum²⁹. Las decisiones

²⁷ La segunda vuelta inmediata es un método de llevar a cabo elecciones con múltiples candidatos, cuando los electores no votan por un solo candidato, sino que indican sus preferencias en orden de aceptación. Si ningún candidato recibe más del 50% de primeras preferencias, el ganador se determina mediante la distribución de los votos de los electores cuyos candidatos recibieron menos votos al candidato indicado por ellos como segunda preferencia.

²⁸ V. por ejemplo City of Portland, Maine, *Code of Ordinances*, Part I, Charter, article VII, section 16, disponible en <<http://www.portlandmaine.gov/DocumentCenter/Home/View/1102>> (16)>.

²⁹ V. Initiative & Referendum Institute, Phyllis, Meyers, *Report on Direct Democracy and Land Use: Eminent Domain and Big Box Development at the Local Ballot Box* (2007), disponible en <<http://www.iandrinstitute.org/REPORT%20Myers%20Land%20Use.pdf>>. V. también Clayton P. Gillette, *Voting with Your Hands: Direct Democracy in Annexation*, 78 *Southern California Law Review* 835 (2005).

sobre el uso del suelo son muy importantes y sensibles. Tienen implicaciones significativas para el valor de las propiedades inmuebles, los impuestos locales, el desarrollo económico, las características de los barrios y ciudades, y la calidad de vida de los residentes. La iniciativa legislativa popular y el referéndum se utilizan con frecuencia para tratar de limitar o impedir el desarrollo residencial o comercial (viviendas populares o centros comerciales), a través de la aprobación de restricciones para la expansión en general o medidas para parar proyectos específicos³⁰. Los constructores inmobiliarios y los que dan prioridad al desarrollo económico han emprendido acciones judiciales contra de estas medidas. En los últimos años, los constructores inmobiliarios y otros grupos de interés comercial han recurrido ellos mismos a los instrumentos de democracia directa para obtener la aprobación de los electores para sus proyectos. Las impugnaciones por parte de los intereses favorables al desarrollo a las restricciones impuestas por los electores se basan en una serie de teorías jurídicas, pero sobre todo en el hecho de que las medidas especiales adoptadas por iniciativa legislativa popular o referéndum son de naturaleza administrativa «antes que ... legislativa», y por lo tanto no forman parte de las competencias de los electores³¹. El Tribunal Supremo de Estados Unidos, sin embargo, ha interpretado de manera amplia la acción legislativa «y ha considerado legítimas las medidas restrictivas locales sobre el uso del suelo adoptadas por los electores»³².

Los tribunales estatales también han considerado estas cuestiones. Por ejemplo, en una decisión reciente, el Tribunal Supremo de Maine ha considerado legítimo el voto de toda una ciudad sobre la cuestión de si la ciudad podría vender una parte de un parque local a un constructor inmobiliario y la posibilidad de adoptar medidas más restrictivas sobre la venta de espacios de propiedad pública. Un grupo de electores presentó una petición para modificar una ordenanza de la ciudad de Portland. La ciudad argumentaba que las cuestiones planteadas tenían carácter «administrativo» antes que «legislativo», y por lo tanto no podían ser legítimamente objeto de iniciativa popular. La disposición pertinente del *Portland City Code*, en la parte que nos interesa, afirma:

³⁰ Craig N. Oren, *The Initiative and Referendum's Use in Zoning*, 64 *California Law Review* 74 (1976), 76-77.

³¹ V. por ejemplo *City of Eastlake v. Forest City Enterprises, Inc.*, 426 U.S. 668 (1978).

³² *Ibidem*.

El sometimiento a votación popular de cualquier propuesta de ordenanza *sobre cuestiones legislativas sobre asuntos de la ciudad* o cualquier ordenanza similar aprobada por el consejo municipal que aún no ha entrado en vigor puede realizarse con la presentación de una petición a tal efecto al consejo municipal [. . .]³³.

La Corte declaró que interpretaría de manera amplia las facultades de iniciativa legislativa popular y los poderes para celebrar referéndums, con el fin de «facilitar, en lugar de restringir, el ejercicio por parte del pueblo de su poder soberano para legislar»³⁴. Al decidir que la iniciativa en cuestión era legislativa y no administrativa, la Corte se basó en un enfoque funcional, centrándose «en los *efectos* del ejercicio del poder de iniciativa legislativa popular antes que en las características intrínsecas del acto en cuestión [...]: un acto sobrepasa los límites del poder de iniciativa legislativa popular si ordena o prohíbe la acción de un titular de cargo electo que dificultaría enormemente las funciones de gobierno»³⁵.

Los representantes de grupos minoritarios, tales como individuos de renta baja o minorías raciales o étnicas, también han cuestionado planes para el uso de suelo municipal aprobados por los electores y proyectos especiales sobre la base de que les discriminaban, y por lo tanto violaban la Constitución de los Estados Unidos. Examinaremos esta cuestión detalladamente a continuación (v. 1.5, *La democracia directa en los tribunales*).

1.5. La democracia directa en los tribunales³⁶.

Como ya sabemos, uno de los principales objetivos de los redactores de la Constitución de los Estados Unidos fue la de limitar la democracia mediante el establecimiento de una forma de gobierno representativo que fue diseñado específicamente para constituir un nivel separado del pueblo, estar compuesto por ciudadanos capaces y desinteresados, y trabajar de manera deliberativa. Los *Federalist Papers*³⁷ declaran este obje-

³³ *Portland, Maine City Code*, section 9-36(a) (cursiva añadida), disponible en <http://www.portlandmaine.gov/DocumentCenter/Home/View/1073 (22)>.

³⁴ *Friends of Congress Square Park v. City of Portland*, 2014 ME 63 (2014), § 8.

³⁵ *Ibidem*, § 16.

³⁶ Para una discusión completa sobre la reglamentación de la democracia directa en los Estados Unidos hoy en día, en forma de libro de casos, v. Henry S. Noyes, *The Law of Direct Democracy*, Durham, N.C., Carolina Academic Press 2014.

³⁷ V. Capítulo I. 2.1.2.

tivo de manera bastante explícita (al distinguir claramente la «forma republicana de gobierno» de la Constitución de una «democracia») y la propia Constitución contiene una disposición según la cual «Los Estados Unidos garantizarán a todo Estado comprendido en esta Unión una forma republicana de gobierno [...]»³⁸. Aunque se hicieron progresos significativos desde la aprobación de la Constitución en 1788 en la expansión de la democracia (por ejemplo la participación del pueblo en el proceso político) a nivel nacional, todos estos avances (como la extensión del derecho al voto a los antiguos esclavos, mujeres y personas de entre 18 y 21 años; la protección legal y judicial del derecho al voto; la elección directa de los senadores de los Estados Unidos, etc.) fueron destinados a hacer al gobierno más representativo, y no a permitir la participación directa del pueblo en el proceso legislativo. A diferencia de algunas constituciones extranjeras, la Constitución de los Estados Unidos no contiene ninguna norma que regule la adopción de leyes o la modificación de la Constitución mediante voto popular. Además, la Constitución, como ley suprema del Estado, establece una serie de derechos que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos y los tribunales federales de rango inferior tienen la responsabilidad de proteger, incluso en contra de las mayorías populares, en las asambleas legislativas nacional o estatales. Así que por estas dos razones - el compromiso constitucional con la forma representativa de gobierno y los derechos que impone la Constitución - las cuestiones planteadas por la democracia directa se han sometido con frecuencia a la atención de los tribunales para una solución. Según el politólogo Kenneth Miller,

El conflicto entre la democracia directa y los tribunales se ha vuelto más intenso en la medida en que ambos poderes han ganado fuerza. Veinticuatro Estados permiten ahora a los ciudadanos promulgar leyes directamente, y el uso del procedimiento de iniciativa legislativa popular en los Estados Unidos ha aumentado varios órdenes de magnitud a partir de los años 70 del pasado siglo XX. En varios Estados, especialmente en los del Oeste, los ciudadanos han intentado cada vez más utilizar el procedimiento de iniciativa legislativa popular para conseguir determinadas medidas en las áreas más importantes de la jurisdicción estatal, incluyendo las políticas fiscales y de gasto, la educación, la reglamentación ambiental, el derecho electoral, y las políticas en materia de justicia penal.

³⁸ Constitución de los Estados Unidos, Art. IV, Sec. 4.

Al mismo tiempo, el poder judicial se ha expandido considerablemente, en la medida en que los tribunales han utilizado el *judicial review* para garantizar una esfera cada vez más amplia de derechos de las minorías e individuales, especialmente en los ámbitos de la igualdad, el *due process* la intimidad, la libertad de expresión, y el procedimiento y sistema de sanciones penales. Al redefinir muchas disputas políticas en términos de derechos, los tribunales han desplazado la producción de una gran cantidad de normas desde los procesos políticos de tipo mayoritario hacia el ámbito judicial³⁹.

Desde el punto de vista de los tribunales, los derechos constitucionales están en posición prominente con respecto a la política democrática normal y es responsabilidad de los tribunales proteger estos derechos, no solamente contra una lesión por parte del legislador, sino también contra su violación por el pueblo directamente a través de los procesos de iniciativa legislativa popular y referéndum⁴⁰.

En una serie de casos antiguos, los tribunales estatales y federales consideraron legítima la legislación popular a través de la iniciativa legislativa popular y el referéndum en contra de algunos recursos fundamentados en la *Guarantee Clause* de la Constitución. En *Pacific Telephone & Telegraph Co. v. Oregon* (1912), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos consideró como legítimas las disposiciones de la Constitución de Oregón sobre la iniciativa legislativa popular y el referéndum en contra de la afirmación de que «el ejercicio directo de los poderes de gobierno por el pueblo en su conjunto quitaría a una república el carácter que la distingue de una democracia»⁴¹. El Tribunal, sin embargo, no abordó la cuestión de si la democracia directa era compatible con el gobierno republicano. Consideró el asunto una «cuestión política» y por lo tanto no sujeta a *judicial review*. De acuerdo con la Corte:

³⁹ Kenneth P. Miller, *Direct Democracy and the Courts*, New York, Cambridge University, Press 2009, 3.

⁴⁰ *Ibidem*, 9. El Tribunal Supremo declaró ilegítimas las leyes aprobadas por el voto popular en una serie de decisiones importantes. V. por ejemplo *Guinn & Beal v. United States*, 238 U.S. 347 (1915); *Pierce v. Society of Sisters*, *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965); *Lucas v. Forty-Fourth General Assembly of Colorado*, 377 U.S. 713 (1964); *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967); *Washington v. Seattle School Dist. No. 1*, 458 U.S. 457 (1982); *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995); *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996); *American Tradition Partnership, Inc. v. Bullock*, 567 U.S. — (2012). Cf. *Hollingsworth v. Perry*, — U.S. — (2013).

⁴¹ *Pacific States Telephone & Telegraph Co. v. Oregon*, 223 U.S. 118, 124 (1912).

«Dado que las cuestiones presentadas, en su esencia misma, son, y han sido durante mucho tiempo consideradas en vía definitiva por este tribunal como políticas y de gobierno, e incluidas dentro de las atribuciones del Congreso, y por lo tanto no referentes a las competencias del poder judicial, se deduce que el caso presentado no entra dentro de nuestra jurisdicción [...]»⁴².

Algunos años atrás, sin embargo, el Tribunal Supremo de Oregon había abordado la cuestión de la compatibilidad de la iniciativa legislativa popular y del referéndum con el requisito constitucional de «una forma republicana de gobierno». En su *opinión* en *Kadderly v. City of Portland* (1903)⁴³, explicó: «El gobierno sigue dividido entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, cuyas funciones son llevadas a cabo por representantes electos por el pueblo [...]. Los poderes legislativo y ejecutivo no se destruyen, ni tampoco sus poderes y autoridad se limitan materialmente. Además, las leyes de iniciativa popular deben respetar la Constitución y podrían ser modificadas o abrogadas por los legisladores electos»⁴⁴.

Aunque las decisiones de los tribunales durante la *Época Progressive*, tanto a nivel estatal como nacional, afirmaron la legitimidad constitucional de la iniciativa legislativa popular y el referéndum, surgieron preocupaciones sobre la constitucionalidad de estos instrumentos de democracia directa y algunas medidas adoptadas a través de su empleo tras el incremento sustancial en su uso originado por la adopción de la *Proposition 13* en California en 1978. De acuerdo con Kenneth Miller, «las cuestiones más preocupantes en el proceso de iniciativa legislativa popular van mucho más allá de los detalles de las medidas individuales sometidas a votación. Las preocupaciones más profundas son si la democracia directa, con el tiempo, y tal vez sin querer, pone en peligro las instituciones del gobierno representativo, y si representa una amenaza sistémica a los derechos individuales y de las minorías»⁴⁵. El sistema de

⁴² *Ibidem*, 151.

⁴³ *Kadderly v. City of Portland*, 44 Ore. 118, 74 710 (1903).

⁴⁴ *Ibidem*, 720. V. en general Hans Linde, *Kadderly at 100: The Oregon 'court's most fateful decision*, en *Oregon State Bar Bulletin*, Ott. 2003; David Schuman, *The Origin of State Constitutional Direct Democracy: William Simon U'Ren and «The Oregon System»*, 67 *Temple Law Review* 947 (1994). Véase también Hans Linde, *Who Is Responsible for Republican Government?*, 65 *University of Colorado law Review* 709 (1994) (que sostiene que es responsabilidad de los jueces supervisar la producción legislativa de tipo directo, proporcionando un valor efectivo a la *Guarantee Clause* y ejerciendo estrictamente su aplicación).

⁴⁵ Kenneth P. Miller, *Direct Democracy and the Courts*, op. cit., 67.

gobierno adoptado por los constituyentes confiaba esencialmente en los mecanismos institucionales de la separación de poderes y los *checks and balances* para asegurarse de que, mientras el gobierno actuaba en el interés de la mayoría, los derechos de las minorías fueran protegidos también. Sin embargo, el procedimiento de iniciativa legislativa popular estaba pensado específicamente para permitir al pueblo esquivar estos controles institucionales. Esto plantea un dilema para los tribunales: por un lado, en el nombre de la «soberanía del pueblo», se sienten obligados a respetar la voluntad del pueblo, expresada a través de los procedimientos de iniciativa legislativa popular y referéndum; por otro lado, sin embargo, ven a sí mismos como los guardianes de los derechos esenciales incluidos en la propia Constitución. Como subraya Kenneth Miller, «cuando un tribunal declara ilegítima una iniciativa legislativa popular aprobada por los electores, no está controlando a un poder expresión del gobierno representativo, sino al mismo pueblo»⁴⁶.

La primera cuestión que los tribunales que tenían que decidir sobre la legitimidad de leyes o enmiendas a constituciones estatales⁴⁷ aprobadas en aplicación de los procedimientos de iniciativa legislativa popular y referéndum tenían que resolver era qué nivel de *judicial review* debía aplicarse: el tribunal, reconociendo que el producto legislativo o constitucional de la democracia directa (antes que un acto de sus representantes) representa la voluntad soberana del pueblo, ¿debería reconocerle un mayor nivel de exención de escrutinio o debería aplicarle el mismo nivel de *judicial review* que se aplica a la legislación aprobada a través de los procedimientos legislativos ordinarios o de reforma constitucional? O incluso, como sostuvo un autor, ¿deberían los tribunales «requerir una atención judicial especial ya que [los productos legislativos y constitucionales de la democracia directa] eluden el sistema legislativo de filtro construido para proteger los intereses de las minorías»⁴⁸?

⁴⁶ *Ibidem*, p. 88. V. también Julian N. Eule, *Judicial review of Direct Democracy*, 99 *Yale Law Journal* 1503 (1990), 1503-1508.

⁴⁷ Desde la perspectiva de la ley federal, no hay diferencia entre una enmienda a una constitución estatal y las leyes ordinarias aprobadas por los Estados. Ambas están sujetas a la ley federal en razón de la *Supremacy Clause* de la Constitución de los Estados Unidos («Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella [...] serán la ley suprema del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlas, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado»; Constitución de los Estados Unidos, Art. VI(2)).

⁴⁸ Julian N. Eule, *ibidem*, 1503.

Un análisis de las decisiones del Tribunal Supremo de los Estados Unidos muestra que la corte somete las leyes estatales y las enmiendas constitucionales adoptadas en aplicación del procedimiento de democracia directa al mismo nivel de escrutinio al que somete las leyes y las enmiendas constitucionales adoptadas por las instituciones de democracia representativa. En pocos casos antiguos, algunos jueces discrepantes alegaron que las leyes y enmiendas constitucionales adoptadas directamente por el pueblo soberano deberían gozar de una mayor exención de escrutinio⁴⁹; hoy en día, sin embargo, el Tribunal Supremo examina regularmente los productos de las iniciativas legislativas populares y referéndums estatales y locales exactamente como examinaría los actos de los órganos representativos.

El Tribunal Supremo anuló los resultados de iniciativas legislativas populares y referéndums en una serie de áreas muy sensibles, como las relaciones raciales y la reforma del procedimiento electoral. En varios casos, los electores, a través de iniciativa legislativa popular y referéndum, pusieron en marcha enmiendas constitucionales, leyes estatales u ordenanzas municipales para abrogar leyes u ordenanzas que prohibían la discriminación racial o imponían una protección especial, o medidas positivas para los miembros de ciertos grupos minoritarios. El Tribunal anuló estas medidas aprobadas por el pueblo, juzgando que «sentaban condicionamientos específicos sobre las minorías raciales dentro del proceso de gobierno»⁵⁰. En opinión de la corte, las enmiendas a las constituciones estatales o la aprobación de leyes que pongan más difícil para las minorías raciales promover sus intereses a través del procedimiento

⁴⁹ V. por ejemplo. *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967) («[E]sta decisión [...] se entromete profundamente en los procesos políticos estatales», opinión discrepante del juez Harlan, 387), *Hunter v. Erickson*, 393 U.S. 385 (1969) («Es la opinión de la Corte, aquí, que disminuye el derecho a voto de los ciudadanos», opinión discrepante del juez Black, 397).

⁵⁰ *Hunter v. Erickson*, *ibidem*; *Washington v. Seattle School District No. 1*, 458 U.S. 457 (1982). V. también *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) (que sostuvo que una enmienda popular a la constitución de Colorado para prohibir leyes que prohíban la discriminación basada en la orientación sexual que violaba la *Equal Protection Clause*). Pero v. *James v. Valtierra*, 402 U.S. 137 (1971) (que sostuvo que el requisito de aprobación popular para proyectos de viviendas populares de renta pactada era constitucional, porque la raza no era necesariamente un factor determinante en la orientación del voto; escribiendo para la Corte, el juez Black afirmó: «las disposiciones sobre los referéndums demuestran devoción a la democracia, ni a los prejuicios o la discriminación», 143). Sin embargo, v. la opinión discrepante del juez Marshal, *ibidem*, 143-145, y una fuerte crítica de la decisión por Derrick A. Bell, Jr., *The Referendum: Democracy's Barrier to Racial Equality*, 54 *Washington Law Review* 1 (1978), 1-9.

legislativo normal, violan la *Equal Protection Clause* de la Constitución de los Estados Unidos.

Sin embargo, en un caso reciente de trascendencia considerable, el Tribunal convalidó una enmienda a la Constitución de Michigan, aprobada por sus electores a través de los procedimientos de iniciativa legislativa popular y referéndum, para prohibir el «trato preferencial [...] en lo que atañe a cualquier individuo o grupo sobre la base de raza, sexo, color, etnia, u origen nacional en la gestión de los empleos públicos, educación pública, o concesiones públicas» en contra de una prohibición constitucional fundamentada en la *Equal Protection Clause*⁵¹. Esta prohibición se aplicaba a todos los *colleges* y universidades públicas y a todos los *community college* y los distritos escolares del Estado. Esta enmienda respondía a una anterior decisión del Tribunal Supremo que había permitido a la *law school* de la Universidad de Michigan un uso limitado de las preferencias raciales en sus procedimientos de admisión⁵². El Tribunal definió de manera restringida la cuestión que tenía que afrontar: consideró que el caso no planteaba el tema de la «legitimidad constitucional de las políticas de admisión conscientemente fundamentadas en motivos de raza, pero si, y cómo, los electores de los Estados pudieran decidir prohibir la consideración de las preferencias raciales en las decisiones del gobierno, en particular con respecto a la admisión escolar»⁵³. Según el Tribunal, puesto que la prohibición de políticas de admisión conscientemente fundamentadas en la raza podría realizarse a través de una acción legislativa normal, el hecho de que en este caso esto se había realizado por los electores no podía considerarse una violación constitucional. Pero, ¿acaso no es este ejemplo una ilustración perfecta del problema planteado por un experto, para quien el proceso legislativo representativo está estructurado para permitir la toma de decisiones y la protección de los derechos de las minorías, pero dichas protecciones no existen en los procedimientos de iniciativa legislativa popular y referéndum?⁵⁴

⁵¹ *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action, Integration and Immigration Rights and Fight for Equality by Any Means Necessary*, — U.S. — (2014).

⁵² *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

⁵³ *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action, Integration and Immigration Rights and Fight for Equality by Any Means Necessary*, — U.S. — (2014), *Slip Opinion*, 4.

⁵⁴ V. Julian N. Eule, *Judicial review of Direct Democracy*, 99 *Yale Law Journal* 1503 (1990).

Otro importante grupo de casos concierne a las acciones de los electores para reformar el proceso político y electoral. En un número significativo de estos casos, las medidas adoptadas por iniciativa popular y referéndum a nivel estatal o local fueron anuladas, porque eran contrarias a determinadas disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos. Por ejemplo, en un caso reciente, el Tribunal Supremo revocó una ley estatal, aprobada por el pueblo, que prohibía las contribuciones de las empresas a las campañas electorales⁵⁵ y en una resolución anterior la Corte había revocado una medida municipal, aprobada por el pueblo, que ponía límites a las contribuciones electorales⁵⁶. En ambos casos, la Corte consideró que los límites establecidos violaban la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda⁵⁷.

El Tribunal Supremo también anuló enmiendas a Constituciones y leyes estatales aprobadas por el pueblo que ponían límites de duración para los cargos de Representante y Senador de ciertos Estados en el Congreso de los Estados Unidos. En *U.S. Term Limits, Inc. v Thornton*, los electores del Estado de Arkansas adoptaron una enmienda a la Constitución del Estado que limitaba el mandato de sus Representantes en el Congreso a tres periodos (de dos años), y el de los Senadores a dos periodos (de seis años). El preámbulo de la enmienda propuesta declaraba:

El pueblo de Arkansas considera y declara que los titulares de cargos electivos que permanecen en el cargo demasiado tiempo terminan por ensimismarse en su reelección e ignorar su función de representantes del pueblo. La estancia en el cargo de los electos ha mermado la participación de los electores y ha dado lugar a un sistema electoral que es menos libre, menos competitivo y menos representativo que el sistema establecido por los Padres Fundadores. Así que el pueblo de Arkansas, en el ejercicio de sus poderes reservados, limitaba aquí temporalmente el mandato de los titulares de cargos electivos.

⁵⁵ *American Traditional Partnership v. Bulloch*, 567 U.S. — (2012).

⁵⁶ *Citizens Against Rent Control/Coalition for Fair Housing v. City of Berkeley, California*, 454 U.S. 200 (1981).

⁵⁷ Las principales decisiones sobre la relación entre financiación electoral y la protección que la Primera Enmienda da a la libertad de expresión son *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976) y *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010). V. también *McCutcheon v. Federal Election Commission*, — U.S. — (2014).

El Tribunal Supremo juzgó que la enmienda de Arkansas violaba las *Qualification Clauses* de la Constitución de los Estados Unidos⁵⁸ al imponer un requisito más para aquellos que se presentan como candidatos al Congreso de los Estados Unidos (por ejemplo, el hecho de no haber aún desempeñado tres mandatos en la Cámara de Representantes o dos en el Senado)⁵⁹.

En cuanto al funcionamiento de la democracia directa en sí misma, los tribunales de los Estados Unidos han protegido a los procedimientos de iniciativa legislativa popular y referéndum ante lo que han considerado como limitaciones o interferencias inconstitucionales. Por ejemplo, en un caso el Tribunal Supremo revocó una ley de Colorado que consideraba un crimen al pagar a personas para que distribuyesen peticiones para una iniciativa legislativa popular. La Corte consideró la ley de Colorado como una restricción de la libertad de expresión protegida por la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos⁶⁰. Los tribunales estatales también han participado activamente en la definición de la estructura y funcionamiento de los procedimientos de iniciativa popular y referéndum, abordando cuestiones tales como los requisitos de firmas para las iniciativas legislativas populares, las restricciones de materias, el contenido y la redacción de las peticiones, su distribución, la comprobación de las firmas, los requisitos de financiación electoral, las obligaciones de transparencia, etc.⁶¹. Por ejemplo, en un caso importante decidido en 1998, el Tribunal Supremo de Oregón anuló una iniciativa legislativa popular aprobada por el pueblo sobre los «derechos de las

⁵⁸ «No será representante ninguna persona que no haya cumplido 25 años de edad y sido ciudadano de los Estados Unidos durante siete años, y que no sea habitante del Estado en el cual se le designe, en el momento de la elección», Constitución de los Estados Unidos, Art. I, sec. 2, cl. 3. Una disposición similar se aplica al Senado (Constitución de los Estados Unidos, Art. I, sec. 3, cl. 3).

⁵⁹ *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779 (1995). V. también *Cook v. Gralike*, 531 U.S. 510 (2001) (que anuló una enmienda popular a la Constitución de Missouri, que requería que las urnas para las elecciones del Senado y la Cámara de Representantes de los Estados Unidos llevaran la leyenda: «ha ignorado las instrucciones de los electores sobre los límites del mandato» al lado del nombre de un candidato que no hubiera recogido ninguno de los ocho actos legislativos enumerados para apoyar los límites de mandato).

⁶⁰ *Meyer v. Grant*, 486 U.S. 414 (1988). V. también *Buckley v. American Constitutional Law Foundation, Inc.*, 525 U.S. 182 (1998). V. también *Prete v. Bradbury*, 438 F.3d 949 (9th Cir. 2006) (que consideró como legítima una iniciativa legislativa popular aprobada por el pueblo que hacía ilegal «queda prohibido pagar o recibir dinero u otros beneficios en función del número de firmas recogidas por una solicitud de iniciativa legislativa popular o referéndum»).

⁶¹ V. en general Henry S. Noyes, *The Law of Direct Democracy*, op. cit., 69-332.

víctimas del delito», basándose en que la medida aprobada por los electores era una «revisión» en vez de una «enmienda» a la Constitución de Oregón, ya que violaba la regla del «objeto único», establecida para las enmiendas a la Constitución de Oregón⁶². Examinando de cerca las iniciativas legislativas populares sometidas a votación y anulándolas si no cumplían con los requisitos constitucionales o normativos de forma y contenido, los tribunales estatales, como lo demuestra la decisión de la Corte de Oregón, son capaces de impedir la aplicación de medidas que confunden o desorientan, o derivan de compromisos políticos de naturaleza manipuladora.

Como hemos visto, no es raro que los tribunales anulen la voluntad del pueblo, expresada a través de los procedimientos de iniciativa legislativa popular y referéndum. Si la decisión es tomada por un tribunal federal sobre la base de la Constitución de los Estados Unidos, el pueblo no tiene la oportunidad de apelar esta decisión⁶³. Sin embargo, si la decisión es tomada por un tribunal estatal, el pueblo, al menos en algunos Estados, no está desprovisto de medios. Hay dos caminos que los electores pueden recorrer, a nivel estatal, si no comparten una decisión judicial que anula unas medidas aprobadas por los electores: las votaciones para la recusación y el mantenimiento de los jueces. Ocho Estados permiten la recusación de los jueces estatales⁶⁴; y veinte Estados tienen elecciones para el mantenimiento de los jueces cuando expire su mandato⁶⁵. Aunque no constan votaciones para la recusación o el mantenimiento de jueces estatales como reacción a la decisión de jueces de tribunales estatales de anular una ley o una enmienda constitucional aprobada por el pueblo, esta es, por cierto, una posibilidad en la mitad de los Estados. Y es bastante significativo que, al evaluar la constitucionalidad de una medida aprobada por los electores, los jueces de los

⁶² *Armatta v. Kitzhaber*, 959 P.2d 47 (Or. 1998) («Llegamos a la conclusión de que, a pesar de que se haga pasar por una única enmienda a la Constitución de Oregón, la *Measure 40* contiene dos o más enmiendas constitucionales que deben ser votadas por separado [...] »).

⁶³ «Los jueces, tanto del Tribunal Supremo como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán, en periodos fijos, una remuneración por sus servicios que no se verá disminuida durante el tiempo en su cargo», Constitución de los Estados Unidos, Art. III, Secc. 1. V. también Alexander Hamilton, *Federalist No. 78*, en *The Federalist Papers* (coord. Clinton Rossiter), New York, 2003, 463-471.

⁶⁴ Arizona, California, Colorado, Minnesota, Nevada, Dakota del Norte, Oregón y Wisconsin.

⁶⁵ Alaska, Arizona, California, Colorado, Florida, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maryland, Missouri, Nebraska, Nuevo México, Oklahoma, Pennsylvania, Dakota del Sur, Tennessee, Utah y Wyoming.

tribunales estatales puedan ser llevados a decidir de una forma u otra debido a la posibilidad de recusación o derrota en la siguiente elección para el mantenimiento de los mismos jueces, en caso de no tener en cuenta los sentimientos del pueblo.

Dos ejemplos importantes de electores que apartan a unos jueces de su cargo después de decisiones impopulares ilustran bien el problema.

(1) La recusación del *Chief Justice* Rose Bird del Tribunal Supremo de California y dos *Associate Justices* del mismo Tribunal (Cruz Reynoso y Joseph Grodin) en 1986 debido a sus votos en una serie de casos en oposición a la pena de muerte. Quizás no sea casual, varios años más tarde, en 2002, el Tribunal Supremo de California se negó a revisar una sentencia de prisión «de 25 años a perpetua» emitida sobre la base de una ley aprobada por los electores que imponía una pena similar para una condena por un tercer delito⁶⁶. En este caso, la condena por un tercer delito que desencadenó la llamada «ley de los tres *strikes*» de California fue el robo de tres palos de golf por un valor de 399 dólares cada uno. La ley sobre los «tres *strikes*» fue aprobada por gran mayoría a través del procedimiento de iniciativa legislativa popular/referéndum en una atmósfera muy emotiva, cuando los electores de California expresaron un fuerte deseo de severidad ante los delincuentes, sobre todo los reincidentes. (2) La votación de noviembre de 2010 para recusar tres jueces del Tribunal Supremo de Iowa que habían votado para legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo⁶⁷. Quizás no sea casual, pero el Tribunal Supremo del vecino Estado de Wisconsin (que permite la recusación de los jueces), al emitir su propia decisión durante la campaña de recusación en Iowa, consideró legítima una enmienda aprobada por el pueblo a la Constitución de Wisconsin que prohibía el matrimonio homosexual⁶⁸.

⁶⁶ El Tribunal de Apelación de California confirmó la condena de Ewing en una *opinión* no publicada, No. B143745 (25 de abril de 2001). El Tribunal Supremo de California rechazó la solicitud de apelación de Ewing, *Ewing v. California*, 538 U.S. 11 (2003) (afirmando que la ley de California sobre las tres huelgas y su aplicación en este caso no violaban la prohibición de la Octava Enmienda en contra de penas crueles e inusuales).

⁶⁷ A.G. Sulzberger, *Ouster of Iowa Judges Sends Signal to Bench*, New York Times, 3 de noviembre de 2010.

⁶⁸ *McConkey v. Van Hollen*, 783 N.W.2d 855 (Wisc. 2010) (que consideró legítima una enmienda a la constitución de Wisconsin que prohibía el matrimonio entre personas del mismo sexo.) V. también Julian N. Eule, *Crocodiles in the Bathtub: State Courts, Voter Initiatives and the Threat of Electoral Reprisal*, 65 *University of Colorado Law Review* 733 (1994).

El papel de los tribunales en el examen de las leyes aprobadas a través del procedimiento de iniciativa legislativa popular les convierte en los árbitros finales en muchos sectores importantes de la vida pública. Esto dio lugar al resultado paradójico señalado por el profesor Ellis: «Esquivando las instituciones representativas, en las que los constituyentes confiaban para salvaguardar la democracia, la democracia directa, irónicamente, ha contribuido a aumentar nuestra confianza en la parte de gobierno menos responsable. Los propios jueces terminan [...] viéndose cada vez más obligados a actuar como principal control en contra de la voluntad populista»⁶⁹.

1.6. La democracia directa en California

Actualmente, el nuevo interés por la democracia directa en los Estados Unidos puede remontarse a 1978, con la aprobación por parte de los electores de California de la *Proposition 13*⁷⁰. Desde entonces, el procedimiento de iniciativa legislativa popular ha sido utilizado a nivel de todo el Estado en California y otros Estados muchas veces para convertir en ley una amplia gama de medidas significativas. Entre 1978 y 2000, por ejemplo, los californianos votaron sobre 117 diferentes medidas, 51 de las cuales fueron aprobadas. Entre las medidas convertidas en ley como resultado del procedimiento de iniciativa legislativa popular, muchas estaban pensadas para limitar los impuestos y establecer procedimientos para hacer más difícil aumentarlos (como por ejemplo exigir el voto de una mayoría determinada en la asamblea legislativa estatal),

⁶⁹ Richard J. Ellis, *Democratic Delusions*, op. cit., 176.

⁷⁰ La *Proposition 13 (People's Initiative to Limit Property Taxation)* fue aprobada por los electores en 1978. Estableció un límite en los impuestos de propiedad al 1% del valor y limitó los aumentos en las evaluaciones. También estableció el requisito de dos tercios de los votos en la asamblea legislativa estatal para cualquier cambio en una ley estatal que aumentase los impuestos. Hoy en día, la *Proposition 13* está contenida en el artículo 13A de la Constitución de California. Anteriormente, en 1933, los electores de California aprobaron una medida que exigía el voto de dos tercios para la aprobación del presupuesto del Estado. En 2010, sin embargo, los electores de California aprobaron la *Proposition 25*, que modificó la constitución al requerir una mayoría simple para aprobar el presupuesto del Estado (Constitución de California, Art. XII, Secc. 4). La *Proposition 13* fue considerada constitucionalmente legítima por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en contra de una reclamación basada en la *Equal Protection Clause*. *Nordlinger v. Hahn*, 505 U.S. 1 (1992). Los solicitantes alegaron que «al consentir que los inmuebles se revalorizen solamente al cambiar de propietario, la *Proposition 13* creaba enormes disparidades en las obligaciones tributarias entre californianos que tuvieran propiedades de valor similar o idéntico» Richard J. Ellis, *Democratic Delusions: The Initiative Process in America*, op. cit., 135.

establecer límites temporales para los titulares de cargos estatales (1990), prohibir que el Estado proporcione servicios sanitarios, educación, u otros servicios sociales a los inmigrantes ilegales (1994), imponer penas de prisión en caso de reincidencia (1994), acabar con las leyes de preferencia racial (1996) y la educación bilingüe (1998).

La Constitución de California define la iniciativa legislativa popular como «el poder de los electores de proponer leyes y enmiendas a la Constitución y aceptarlas o rechazarlas» (Artículo 2, Sección 8 (a)). «Se puede proponer una medida de iniciativa legislativa popular que enuncie el texto de la ley o enmienda constitucional que se propone y esté acompañada de las firmas certificadas de un número de electores igual al 5% para las leyes, y del 8% para las enmiendas constitucionales, de los votos a favor de todos los candidatos a gobernador en la última elección a gobernador» (Artículo 2, Sección 8 (b)). El referéndum «es el poder de los electores para aprobar o rechazar leyes o partes de una ley, y puede ser propuesto por la presentación de una petición acompañada de las firmas certificadas del 5% de los votantes para el cargo de gobernador en la última elección a gobernador» (Artículo 2, Sección 9). La Constitución reconoce que «el poder legislativo de este Estado se atribuye a la asamblea legislativa de California, que está compuesta por el Senado y la Asamblea, pero el pueblo se reserva los poderes de iniciativa legislativa popular y referéndum» (Artículo 4, Sección 1). La Constitución también garantiza los poderes de iniciativa legislativa popular y referéndum a «los electores de cada ciudad o condado» (Artículo 2, Sección 11 (a)).

California ofrece un excelente laboratorio para examinar el funcionamiento y los efectos de la democracia directa en un territorio político amplio y variado⁷¹. En primer lugar, California es un Estado extenso y rico, con una población en 2014 de aproximadamente 38 millones de habitantes y un producto interno bruto en 2012 de alrededor de 2000 millones de dólares. Es con diferencia el Estado más poblado de los Estados Unidos y, si se tratara de un País independiente, se colocaría en la trigésimo cuarta posición con respecto a la población y la novena con

⁷¹ Las disposiciones relativas a la iniciativa legislativa popular, el referéndum y la recusación están contenidas en el Art. 2 de la Constitución. Las previsiones detalladas sobre la estructura y funcionamiento de la iniciativa legislativa popular y el referéndum están contenidas en los *California Statutes*, Arts. 9000-9295. Las sanciones por violación a las leyes relativas a la iniciativa legislativa popular y al referéndum están contenidas en los *California Statutes*, Artt. 18600-18680.

respecto al producto interior bruto. La economía de California es muy diversificada: los principales sectores económicos son la industria manufacturera y la ingeniería, la agricultura y los recursos naturales, la informática, la industria biomédica, las finanzas, las artes y el turismo. También es variada a nivel étnico y cultural: en 2012 los blancos no hispanos y los hispanos representaban cada uno alrededor del 39% de la población, los asiáticos alrededor del 13% y los negros aproximadamente el 6%. Existen importantes diferencias regionales entre las zonas septentrional y meridional del Estado, así como entre la zona costera y la zona agrícola y forestal de las partes central y oriental. ¿En qué medida el proceso político representativo ha sido capaz de dar espacio a la amplia gama de intereses originados por esta diversidad? ¿La democracia directa representa una ayuda o más bien un perjuicio para la vida del gobierno representativo? Vamos a considerar dos áreas en las que las medidas aprobadas a través del proceso de iniciativa legislativa popular han tenido un impacto significativo: (1) la política presupuestaria estatal y local; y (2) los derechos de las minorías.

La *Proposition 13* fue solamente el comienzo de un esfuerzo prolongado por parte de los electores de California para establecer su política de impuestos y el gasto estatal y local a través del proceso de iniciativa legislativa popular. Como hemos visto, la enmienda constitucional introducida por la *Proposition 13* limita en gran medida el poder de las autoridades gubernamentales para aumentar los impuestos sobre los bienes inmuebles. Esta limitación adquiere un significado adicional cuando se considera a la luz del enorme incremento en el valor de los bienes inmuebles durante las últimas décadas. El proceso de iniciativa legislativa popular también se ha utilizado para imponer limitaciones al impuesto estatal sobre la renta⁷² y al impuesto estatal sobre las ventas⁷³, y para la abolición de los impuestos estatales sobre sucesiones y donaciones⁷⁴. En cuanto al gasto, el proceso de iniciativa legislativa popular se ha utilizado para requerir un cierto nivel de financiación para una serie de objetivos específicos, tales como la educación⁷⁵ (con diferencia el más importante),

⁷² *Proposition 63* (2004) (sobretasa mínima del 1% sobre los ingresos de los millonarios).

⁷³ *Proposition 163* (1992) (prohibición de los impuestos sobre las ventas de los productos alimenticios).

⁷⁴ *Proposition 6* (1982).

⁷⁵ *Proposition 98* (1988). La *Proposition 98* (llamada «*Classroom Instructional Improvement and Accountability Act*») fue aprobada con un voto del 50,7% frente al 49,3%. Modificó la

programas para después de la escuela⁷⁶ y el desarrollo de la infancia⁷⁷, la investigación sobre células madre⁷⁸, la protección de la naturaleza salvaje⁷⁹, etc. Además, el requisito de una mayoría cualificada para la ejecución de cualquier medida legislativa para aumentar los impuestos supone una limitación adicional significativa de la posibilidad de que el representante del pueblo en la asamblea legislativa del Estado gestione el presupuesto de aquel Estado⁸⁰.

Las restricciones sobre las fuentes de ingresos impuestas por los electores, las obligaciones de gasto impuestas por los electores y los requisitos de mayoría cualificada impuestos por los electores para medidas legislativas destinadas a aumentar los impuestos, sustraen una gran parte del presupuesto del Estado del proceso político representativo. Las prioridades en los ingresos y el gasto en gran medida ya no están determinadas por un proceso legislativo deliberativo que considera el presupuesto en su conjunto y permite intercambios y compromisos entre grupos con intereses y preferencias políticas diferentes. Además, el enfoque fragmentado hacia la política presupuestaria, permitido por el procedimiento de iniciativa legislativa popular, allana el camino a individuos y grupos que desean proteger o promover sus intereses particulares a través de gastos o beneficios fiscales diseñados específicamente para ellos y aprobados por los electores⁸¹. Además, el procedimiento de iniciativa legislativa popular, de la manera en la que funciona en la práctica hoy en día en California, requiere un gasto y una organización considerables para recoger el número de firmas necesarias para someter una medida a votación, así como los recursos suficientes para construir una campaña de éxito en su apoyo⁸². Algunos ven ahora al elector medio

Constitución de California al requerir que el 40% de los gastos del Estado fueran para la educación primaria y secundaria. Constitución de California, Art. 13B.

⁷⁶ *Proposition 49* (2002).

⁷⁷ *Proposition 10* (1998).

⁷⁸ *Proposition 71* (2004).

⁷⁹ *Proposition 117* (1990).

⁸⁰ La *Proposition 13* impuso una mayoría de dos tercios para aumentar los impuestos.

⁸¹ La constitución de California establece que „[u]na iniciativa que cubre más de un objeto no puede ser sometida al electorado o tener efecto. Art. 2, secc. 8(d). V. por ejemplo Norimitsu Onishi, *California Ballot Initiatives, Born in Populism, Now Come From Billionaires*, New York Times, 17 de octubre de 2012, p. A15. V. también *The Perils of Extreme Democracy*, The Economist, 20 de abril de 2011.

⁸² En la elección para gobernador de noviembre de 2010 se emitieron poco más de 10 millones de votos. Así que ahora se necesitarían 504,760 firmas certificadas para una petición para votar sobre una iniciativa legislativa popular y más de 800.000 para una enmienda constitucio-

como nada más que una herramienta de los grupos de interés que buscan promover su propia agenda sin pasar por los representantes de pueblo debidamente electos que trabajan dentro del marco constitucional de pesos y contrapesos.

Otros observadores de los procedimientos de iniciativa legislativa popular y referéndum en California llegan a conclusiones diferentes. John Matsusaka, por ejemplo, después de un análisis detallado de las limitaciones de ingresos y gastos requeridas por los electores, concluye:

Las iniciativas legislativas populares han impuesto algunas restricciones importantes, pero menos de cuanto suele afirmarse. El 33%, como máximo, de los gastos estatales de California en el período 2000-2010 ha sido bloqueado por iniciativas legislativas populares, y parece probable que la mayor parte de ese dinero se hubiera gastado para el propósito para el que fue destinado, aunque no fuera obligatorio. Desde el punto de vista de los ingresos, las iniciativas legislativas populares no ha planteado ninguna limitación significativa a la capacidad de la asamblea legislativa para utilizar las dos fuentes más importantes de ingresos para el gobierno estatal, es decir, los impuestos sobre la renta y las ventas⁸³.

Otro autor ve a «la iniciativa legislativa popular como parte del sistema de gobierno representativo, donde la legislación directa subsana algunas de las deficiencias de la asamblea legislativa y actúa como complemento adecuado para el proceso legislativo»⁸⁴. El mismo autor también sostiene que es injusto comparar el procedimiento de iniciativa legislativa popular/referéndum con una versión idealizada del proceso legislativo representativo, donde *insiders* con una extensa red de conocimientos, los intereses particulares, y los que son bien organizados y ricos consiguen,

nal. Desde 2010, el coste medio para recoger las firmas necesarias para una iniciativa legislativa popular fue de aproximadamente 2 millones de dolares. La recogida de firmas es hecha, generalmente, por una empresa de servicios profesionales. V. en general David S. Broder, *Democracy Derailed: Initiative Campaigns and the Power of Money*, New York, 2000 (especialmente el capítulo 2, titulado «The Initiative Industry»). Según Broder, «las campañas para las iniciativas legislativas populares se han convertido en una cuestión de dinero, donde los ciudadanos comunes están sujetos a las incursiones publicitarias de la distorsión y medias verdades [...]». *Ibidem*, 18.

⁸³ John G. Matsusaka, *A Case Study on Direct Democracy: Have Voter Initiatives Paralyzed the California Budget?*, The Council of State Governments, The Book of the States (2010), 337, disponible en <<http://www.iandrinstitute.org/7-Matsusaka.pdf>>.

⁸⁴ Richard Briffault, *Distrust of Democracy* (Review of David B. Magleby, *Direct Legislation: Voting on Ballot Propositions in the United States*, Baltimore, 1984), 63 *Texas L. Rev.* 1347 (1985), 1350.

a menudo, promocionar sus propios programas a expensas del público más amplio⁸⁵. Además, es posible que algunos problemas de gastos e ingresos creados por iniciativa legislativa popular se resuelvan mediante iniciativas legislativas populares posteriores⁸⁶.

Durante las últimas dos décadas, los electores de California aprobaron una serie de medidas que han tenido un impacto negativo en las minorías. Por ejemplo: el requisito de que los materiales electorales se impriman solamente en inglés (1984), el establecimiento del inglés como lengua oficial del Estado (1986), el fin de las preferencias raciales (1996), el fin de la educación bilingüe (1998), el reconocimiento exclusivo del matrimonio entre un hombre y una mujer (2008)⁸⁷. La mayor parte de estas medidas fue impugnada en los tribunales sobre la base de que violaban una disposición de la Constitución de los Estados Unidos, en la mayoría de los casos la cláusula relativa a la *Equal Protection* de la Decimocuarta Enmienda. ¿Deberían los tribunales permitir que los resultados de las iniciativas legislativas populares se mantuvieran, o al menos mostrarán un mayor respeto por sus resultados, ya que representan la expresión directa de la voluntad del pueblo soberano? ¿O deberían revisar estas medidas a la luz de las mismas normas constitucionales que se aplican a la legislación ordinaria? Estas preguntas, que fueron planteadas con un énfasis particular en California, han sido consideradas en el apartado anterior (v. 1.5, *La democracia directa en los tribunales*, más arriba).

La democracia directa es también significativa en California a nivel local⁸⁸. Los Ángeles aprobó la iniciativa legislativa popular en 1903, y pronto fue seguida por una serie de otras grandes ciudades de California. En 1911, los electores aprobaron una enmienda a la Constitución de California que extendía la iniciativa legislativa popular, el referéndum y la

⁸⁵ «Cuando la legislación directa» en el campo «está escrita sobre la base de una interpretación idealizada del proceso legislativo, está condenada al fracaso», *Ibidem*.

⁸⁶ V. por ejemplo *Proposition 25 (Majority Vote for Legislature to Pass the Budget Act)* (2010) (que eliminaba el requisito de un voto de dos tercios de la asamblea legislativa estatal para aprobar el presupuesto del Estado); *Proposition 30 (Temporary Taxes to Fund Education)* (2012) (que imponía aumentos temporales a los impuestos estatales sobre las rentas y las ventas para financiar las escuelas públicas en California).

⁸⁷ *Proposition 8* (2008). V. en general Derrick A. Bell, Jr., *The Referendum: Democracy's Barrier to Racial Equality*, 54 *Washington Law Review* 1 (1978); Kevin R. Johnson, *A Handicapped, Not «Sleeping» Giant: The Devastating Impact of the Initiative Process on Latina/o and Immigrant Communities*, 96 *California Law Review* 1259 (2008).

⁸⁸ V. en general Tracy M. Gordon, *The Local Initiative in California*, Public Policy Institute of California, San Francisco, 2006.

recusación al Estado en su conjunto y todas las ciudades y condados. California ha sido durante mucho tiempo el líder en la democracia directa local en los Estados Unidos. Los sectores más comunes para las iniciativas legislativas populares a nivel estatal en California son los impuestos y las finanzas públicas; en cambio, los sectores más comunes para las iniciativas legislativas populares locales son el uso del suelo, el gobierno local y la seguridad pública⁸⁹. Mientras que el uso de la iniciativa legislativa popular a nivel estatal ha sufrido la crítica de haber sido atrapado por los intereses particulares de los ricos, el principal estudioso de la iniciativa legislativa popular a nivel local llegó a la conclusión de que:

Las principales críticas a la iniciativa legislativa a nivel estatal, por ejemplo, el hecho de que beneficia a los intereses particulares, disminuye la afluencia [de los electores], o lesiona los derechos de las minorías, no parecen aplicarse a la iniciativa legislativa popular local. Los electores locales parecen utilizar este procedimiento para abordar cuestiones que no son tratadas adecuadamente por sus representantes electos o por las políticas estatales, y no hay evidencia de que deje al elector medio en peor estado⁹⁰.

La recusación (*recall*) también jugó un papel importante en California⁹¹. California es el Estado con el mayor número de elecciones de recusación para los legisladores estatales. La recusación también es significativa a nivel local (alcaldes, concejales y otros titulares de cargos locales). En 2003, los electores de California recusaron a su gobernador de entonces, Gray Davis, a mitad de su mandato de cuatro años, y lo reemplazaron por Arnold Schwarzenegger. Un intento anterior de recusar al gobernador Davis, en 1999, no había conseguido recoger el número de firmas necesarias para las peticiones para solicitar una elección de recusación. El intento de 1999 contra el gobernador Davis estaba motivado principalmente por el hecho de que había impedido la entrada en vigor de la *Proposition 187* (que negaría la asistencia social a los inmigrantes ilegales) y firmado dos leyes restrictivas sobre el control de armas. El intento de 2003 se centró principalmente en la supuesta mala gestión por Davis de las finanzas de California, sobre todo por su gestión de los

⁸⁹ *Ibidem*, 22.

⁹⁰ *Ibidem*, 55.

⁹¹ El *Office of the California Secretary of State* redactó un detallado *Procedure for Recalling State and Local Officials* (coord. revisada de mayo de 2014), disponible en <<http://www.sos.ca.gov/elections/recalls/recall.pdf>>.

acontecimientos que habían conducido a la «crisis eléctrica» de California en 2001-2002, que había dañado considerablemente la economía del Estado. Otro tema importante fue la impopularidad de una tasa sobre la matriculación de los vehículos, introducida por Davis para hacer frente a un déficit en los ingresos del Estado. Sin embargo, la diferencia más importante entre los intentos de 1999 y 2003 para convocar una elección de recusación fue una contribución de 2 millones de dólares de un republicano con la ambición política de reemplazar al gobernador Davis, que era un demócrata. Esta importante inyección de efectivo en el esfuerzo de recogida de firmas marcó la diferencia entre los intentos de recusación de 1999 y 2003 para hacer llegar a las urnas la cuestión de la recusación.

En otro intento de recusación de perfil muy alto y controvertido, los californianos recusaron el *Chief Justice* del Tribunal Supremo de California y dos *Associate Justices* después de que el tribunal hubiera emitido una serie de decisiones impopulares sobre la pena de muerte y las sanciones penales (v. párrafo 1.5, *supra*, para una discusión de la recusación del *Chief Justice* del Tribunal Supremo Bird Rose, y sus consecuencias para la independencia judicial).

A pesar de las complicaciones causadas por la democracia directa para los procesos presupuestarios y la definición de las prioridades del gobierno del Estado, así como la posible violación de los derechos e intereses de las minorías por las mayorías electorales, los californianos están, generalmente, satisfechos con la iniciativa legislativa popular. Las enmiendas y las leyes adoptadas por iniciativa legislativa popular que, posteriormente, se consideren como poco inteligentes, pueden ser canceladas o modificadas por iniciativas legislativas populares posteriores. En aquellos casos en que la medida adoptada viole la Constitución estatal o federal, los tribunales pueden cancelarla, y lo han hecho en numerosas ocasiones. Aunque los instrumentos de la democracia directa presentan ciertamente defectos en varios aspectos, la posibilidad de que los californianos los utilicen y participen directamente en el proceso legislativo (a través de la iniciativa legislativa popular y el referéndum) y en el administrativo y judicial (mediante la recusación), tanto a nivel nacional como local, es considerado una ayuda o un correctivo saludable para el gobierno representativo⁹².

⁹² Pero v. Fareed Zakaria, *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York, W.W. Norton & Co., 2003, que llega a las siguientes conclusiones después de

1.7. La democracia directa en la era de informática

Algunos ven a Internet como un vehículo de importantes perspectivas para una mayor participación de los electores en el proceso legislativo. De acuerdo con el líder activista para la democracia directa en Internet, «Internet ofrece para la democracia directa un potencial tan profundo que fácilmente podría transformar no solamente nuestro sistema político, sino también nuestra propia forma de gobierno»⁹³. En opinión de este autor, la democracia directa fue rechazada por los electores simplemente porque no era realizable en una nación geográficamente extensa y poblada. Hoy en día, sin embargo, la tecnología de Internet ha hecho posible la democracia directa. Los electores tienen un acceso fácil a la información a través de Internet, la comunicación con los electores y entre los electores es fácil gracias al correo electrónico, y las preferencias de los electores pueden conocerse con rapidez y precisión a través de Internet⁹⁴. Otros tienen una opinión diferente. Parten de la consideración de que los constituyentes establecieron una forma de gobierno representativo no porque la democracia directa no fuera factible en un territorio político vasto y extenso, sino por los beneficios inherentes al gobierno representativo: leyes hechas a través de un proceso de deliberación y compromiso entre representantes elegidos por su competencia, sabiduría y honestidad. Como un estudioso ha afirmado, «cuando el proceso de votación a través de Internet se combina con la iniciativa legislativa popular y el referéndum

examinar de cerca los procesos de iniciativa legislativa popular y referéndum en California: «los referéndums y las iniciativas legislativas populares han acelerado el proceso de sustracción del poder a los políticos para atribuirlo al „pueblo“», pero siempre a través de una clase en expansión de consultores políticos profesionales, grupos de presión, encuestadores y activistas. En nombre de la democracia, hemos creado un nuevo nivel de élite con enorme potencial. [...] Los que han perdido con el progreso de esta revolución son las instituciones de la democracia representativa: el Congreso, los políticos, los partidos políticos, los organismos administrativos, el propio gobierno. Las nuevas élites están sometidas a un control menos fuerte al que fueron sometidas las que les habían precedido. Los viejos partidos tenían sus raíces en una base social, una tradición filosófica, eran visibles y responsables. [...] Pero, ¿quién controla los consultores, *fundraisers*, encuestadores y grupos de presión que reinan hoy en la política estadounidense? Al declarar la guerra al elitismo, hemos creado la política de una élite oculta, irresponsable, no representativa, indiferente y a menudo desinteresada en cualquier interés del público en general». 197-198.

⁹³ Dick Morris, *Direct Democracy and the Internet*, 34 Loyola of Los Angeles Law Review 1003 (2001), 1003. V. también Dick Morris, *Vote.com*, Los Angeles, Renaissance Books, 2001.

⁹⁴ Los mecanismos de votación a través de Internet todavía no se han perfeccionado. Para un examen detallado de cómo podría estructurarse el voto a través de Internet, v. California Secretary of State, California Internet Voting Task Force, *A Report on the Feasibility of Internet Voting* (2000), disponible en Internet https://www.sos.ca.gov/elections/ivote/final_report.pdf.

dum, este nuevo sistema de votación puede socavar nuestra democracia representativa republicana»⁹⁵. Otro autor ha criticado la democracia directa por el hecho de socavar el proceso electoral, el cual es esencial para el gobierno representativo. Según él, «la baja participación en las elecciones generales y la proliferación de referéndums con objeto único [han] debilitado la confianza y el orgullo de la democracia representativa»⁹⁶. El efecto de un aumento de democracia directa hecho posible por los medios electrónicos solamente serviría para disminuir aún más (no para corroborar) el proceso de democracia representativa.

Partiendo de la afirmación de que «en la actualidad el proceso de iniciativa legislativa popular es cualquier cosa menos democrática [...] ya que llevar las iniciativas legislativas populares a las urnas y hacerlas aprobar ya no es una iniciativa del pueblo, sino que se ha convertido en una compleja industria política, gestionada por profesionales», combinada con el hecho de que «las iniciativas legislativas populares, por su propia naturaleza, son asuntos negro o blanco» que tienden a polarizar a la gente dos importantes estudiosos de la democracia electrónica llegan a la conclusión de que «Internet tiene el potencial para polarizar a los estadounidenses aún más»⁹⁷.

Sin embargo, Internet podría resultar una herramienta eficaz para promover la democracia *representativa*. En principio, permite a los ciudadanos tener acceso a información y opiniones de una variedad de fuentes. Tiene el potencial para conectarles con diferentes opiniones sobre temas determinados y les permite acceder en tiempo real al intercambio y al debate entre los partidarios de diferentes posiciones. También proporciona una plataforma de comunicación y organización para los ciudadanos con intereses o inquietudes comunes, que les permite reunirse y participar como grupo en el proceso político⁹⁸.

⁹⁵ Rebekah K. Browder, *Internet Voting with Initiatives and Referendums: Stumbling Towards Direct Democracy*, 29 Seattle University Law Review 485 (2006), 490. V. en general Cass Sunstein, *Republic.com*, Princeton, Princeton University Press 2001.

⁹⁶ C. Jon Delogu, *Tocqueville and Democracy in the Internet Age*, Ann Arbor, Mich., Open Humanities Press 2014, 182-83.

⁹⁷ R. Michael Alvarez & Thad E. Hall, *Point, Click, and Vote: The Future of Internet Voting*, Washington, D.C. Brookings Institution Press 2004, 71, 74.

⁹⁸ V. Hans K. Klein, *Tocqueville in Cyberspace: Using the Internet for Citizen Associations*, 15 The Information Society Journal 213 (1999), disponible en <<http://www.indiana.edu/~tisj/readers/full-text/15-4%20klein.pdf>>.

2. CANADÁ

2.1. Democracia y forma de gobierno en Canadá: los orígenes ingleses y franceses, la tradición parlamentaria, el gobierno «representativo» y «responsable»

La democracia directa tiene un papel limitado en Canadá, casi exclusivamente a los niveles provincial y local. En la medida en que posee este papel, el gobierno canadiense a cualquier nivel (nacional, provincial o local), es casi siempre de tipo consultivo más que vinculante⁹⁹. Casi siempre toma la forma de un referéndum o de lo que a veces se denomina un plebiscito¹⁰⁰.

Es necesario comprender las actitudes canadienses en lo que concierne al gobierno, en el papel de las instituciones representativas, y en el papel del pueblo, a fin de comprender las actitudes canadienses ante la democracia directa. Canadá es un Estado federal, formado por un gobierno central y diez gobiernos provinciales. También hay tres territorios. Las provincias tienen muchas diferencias entre su historia, religión y cultura, y todo esto influye en sus actitudes hacia el papel del pueblo en el gobierno. Las principales divisiones históricas y actuales son entre la provincia de Quebec, la provincia de Ontario, las cuatro Provincias Marítimas (Newfoundland and Labrador, Nueva Escocia, New Brunswick, y Prince Edward Island), y las cuatro provincias occidentales (Manitoba, Saskatchewan, Alberta, and British Columbia). Las diferencias más consistentes están entre Quebec y las otras nueve provincias.

La presencia europea en lo que hoy es Canadá se inició en los primeros años del siglo XVII, con la institución de los establecimientos franceses que son ahora las Provincias Marítimas y Quebec. En los años sucesivos, los franceses desarrollaron una considerable industria de captura de animales de peletería, que se extendió mucho hacia el oeste y al sur,

⁹⁹ Según un cronista, la democracia directa es una denominación impropia por la clase de participación popular que existe en Canadá: Dan Rowat, *Our Referendums are not Direct Democracy*, *Canadian Parliamentary Review* (Autumn 1998), 29, disponible en <http://www.revparl.ca/21/3/21n3_98e_Rowat.pdf>.

¹⁰⁰ En Canadá, los términos «referéndum» y «plebiscito» han sido usados de manera intercalada, aunque el término «plebiscito» parece ser actualmente obsoleto tanto en inglés como en francés: *Instruments of direct democracy in Canada and Quebec*, 3ª coord., 2001, disponible en <<http://www.electionsquebec.qc.ca/documents/pdf/DGE-6350.3-va.pdf>, 3-4>.

lo que son hoy los Estados del Upper Midwest de los Estados Unidos y descendiendo por el valle del río Mississippi hasta el Golfo de México. Más tarde, los colonos británicos se trasladaron a áreas que hoy son parte de Canadá, y la *British Hudson Bay Company* avanzó sus pretensiones sobre una amplia área que se extendía desde la Hudson Bay hasta el Océano Pacífico. En los años 50 del siglo XVIII, un conflicto armado estalló entre Gran Bretaña y Francia por el control de la parte septentrional del continente norteamericano. Los británicos salieron victoriosos, poniéndose fin al conflicto con el Tratado de París de 1763. Francia cedió todas sus posesiones norteamericanas (excepto Luisiana, que se cedió a España, y dos pequeñas islas en el Océano Atlántico, que mantuvo) a Gran Bretaña. La Proclamación Real Británica de 1763 instituyó oficialmente la colonia británica de Quebec unificando una parte del territorio a la colonia británica existente de Nueva Escocia. En la época de la «Conquista» británica, la población del territorio implicado era de manera preponderante francesa. No obstante, la Proclamación de 1763 estableció una forma de gobierno de tipo inglés (un Gobernador, nombrado por el rey, un Consejo elegido, y una Asamblea General electa por el pueblo) y les atribuyó el poder de hacer las leyes «tan cercanas como puedan ser deseables a las leyes de Inglaterra», así como de establecer los tribunales de justicia para decidir «todas las causas [...] de la manera más cercana que puedan ser deseables a las leyes de Inglaterra»¹⁰¹.

Once años después, no obstante, con sentimientos separatistas que se desarrollaban en las colonias británicas de Norteamérica, el Parlamento británico aprobó el *Quebec Act de 1774*¹⁰², para asegurarse una mayor lealtad de Quebec, ya que en la época rondaba el 99% de predominio francés. El *Quebec Act* amplió notablemente el territorio de Quebec como se dejó definida en la Proclamación de 1763, permitiendo a los católicos ejercer cargos públicos (eliminando las referencias a la fe protestante en el juramento obligatorio para los cargos públicos), eliminó la Asamblea General elegida, y permitió que el *civil law* francés (más que el *common law* inglés) disciplinase las materias civiles. Durante los años sucesivos a la «Conquista», un fuerte nacionalismo se desarrolló en Quebec. Según el histórico Kenneth McNaught, «el nacionalismo [de Quebec] fue complejo, una amalgama vitalde ideas, sentimientos y ambiciones. Combinó,

¹⁰¹ *Royal Proclamation of 1763*, R.S.C. 1985, App. II, No. 1.

¹⁰² *British North America (Quebec) Act 1774* (U.K.), 14 Geo. III, c. 83.

junto con el clericalismo agrícola de la variante más conservadora, una identidad racial y la búsqueda oportunista de privilegios por parte de un grupo de juristas profesionales que eran mucho más conscientes del control del poder económico por parte de los ‘extranjeros’ [es decir, de los británicos]»¹⁰³.

Durante el fin de los años 70 y de los años 80 de 1700, como resultado de la Revolución Americana (1776-1783), cerca de 40 mil lealistas ingleses dejaron las colonias americanas y se trasladaron a Quebec y a las Provincias Marítimas, así aumentaron significativamente la presencia inglesa. En los años siguientes, continuó la creación de una inmigración inglesa consistente de los Estados Unidos, en particular, en aquellas zonas que son ahora Ontario y las Western Provinces. La época de la Revolución americana ejerció una enorme influencia sobre Canadá. En primer lugar, según se ha incorporado en el *Quebec Act*, los esfuerzos británicos para mantener la lealtad de la población francesa de Quebec llevaron a Gran Bretaña a consentirles mantener sus propias tradiciones e instituciones católicas, autoritarias del *civil law*, en vez de buscar fomentar el desarrollo de una cultura protestante, democrática y de la *common law*. En segundo lugar, la migración de los lealistas ingleses desde las colonias americanas de reciente independencia, introdujo una fuerte orientación política monárquica, anti-republicana e anti-democrática¹⁰⁴. Los lealistas rechazaron los valores políticos (democráticos) y sociales (igualitarios) de la Revolución Americana y se resistieron con firmeza a su introducción en las áreas de Canadá donde se instalaron.

En 1791, para tener cuenta la influencia de los lealistas ingleses en la parte occidental de la provincia de Quebec durante y después de la Revolución americana, Quebec fue dividido en dos partes en el *Constitutional Act de 1791*¹⁰⁵: la mitad occidental se convierte en el Upper Canada (lo que es hoy el sur de Ontario) y la mitad oriental se convierte el

¹⁰³ Kenneth McNaught, *The History of Canada*, New York, Praeger Publishers, 1970, 67.

¹⁰⁴ «Para comprender Canadá es necesario comprender las dos filosofías que la sustentan [...] [en la Revolución Americana] las dos asociadas con el francés y el inglés. Este continente materialista se basa en fundamentos idealísticos: en las fuertes convicciones religiosas de Nueva Francia y de Nueva Inglaterra, que producían la antítesis principal, catolicismo contra protestantismo; y en las convicciones políticas casi igualmente fuertes que producían la segunda antítesis, monarquía y republicanismo. De estas cuatro importantes creencias está hecha la Canadá moderna»: Arthur R.M. Lower, *Colony to Nation: A History of Canada*, Toronto, Longman, Green & Co., 1946, 109.

¹⁰⁵ Constitutional Act (U.K.), 31 Geo. III, c. 31.

Lower Canada (lo que es hoy el sur de Quebec). Las instituciones inglesas y el *common law* inglés fueron instituidos en el *Upper Canada*, mientras el *Lower Canada* mantuvo las instituciones y los derechos instituidos por parte del *Quebec Act* de 1774, con la asignación de una Asamblea electiva. El *Constitutional Act de 1791* creó aquello que sería, al final, convertido en la provincia francesa y católica del Quebec y la provincia inglesa y protestante de Ontario. La ley de 1791 fue una reacción consciente de los líderes ingleses a la Revolución Americana, que ellos pensaban hubiera sido causada por ‘demasiada democracia’, falta de una componente aristocrática suficiente en las colonias, falta de una iglesia establecida. [...] ‘La democracia’ debía ser confinada dentro de límites razonables, por el Consejo Legislativo nombrado, y especialmente la creación de una clase noble colonial, con derechos hereditarios a determinados asientos en el Consejo, que iba a ser una especie de Cámara de los Lores colonial¹⁰⁶.

En 1837, estallaron rebeliones tanto en Upper como en Lower Canada contra el gobierno británico. Las rebeliones fueron repelidas el año siguiente, pero el descontento por el gobierno británico continuó. En 1840, con el *Act of Union*¹⁰⁷, Upper y Lower Canada fueron unidas en una sola colonia, la Provincia Unida de Canadá. En el informe que recomendaba los cambios constitucionales que fueron incorporados en el *Act of Union*, su autor, Lord Durham, hizo la famosa afirmación que había encontrado «dos naciones en guerra en el seno de un solo Estado»¹⁰⁸. Su esperanza era que al final los canadienses de origen francés se convirtiesen en, como escribe el historiador Robert Bothwell, «una minoría artificial, porque los anglófonos de Montreal y Eastern Townships [del sur de Quebec] unidos a los anglófonos de Upper Canada, crearían una mayoría permanente en la asamblea legislativa»¹⁰⁹.

Unos pocos años después, en 1848, un alejamiento del control británico de Canadá colonial dio lugar a la aceptación por parte de Gran Bretaña del principio de «gobierno responsable»: las decisiones que afectaban solo a Canadá (es decir aquellas que no tenían impacto sobre

¹⁰⁶ Arthur R.M. Lower, *Colony to Nation: A History of Canada*, Toronto, Longmans, Green & Co., 1946, 124.

¹⁰⁷ Act of Union (U.K.), 3 & 4 Vict., c. 35.

¹⁰⁸ Lord Durham, *Report on the Affairs of British North America*, vol. 2, Sir C.P. Lucas, coord., Oxford, Clarendon Press 1912.

¹⁰⁹ Robert Bothwell, *The Penguin History of Canada*, Toronto, Penguin Canada, 2006, 185.

el Imperio Británico) deberían ser tomadas sobre la base de un consejo de parte de las personas que disfrutaban de la confianza de la asamblea electiva. La implementación británica de la política del gobierno responsable calmó el descontento canadiense por el gobierno británico y marcó un paso importante hacia la independencia de Canadá. Desde sus inicios, el principio del gobierno responsable ha sido un hito de la tradición constitucional canadiense¹¹⁰.

El siguiente cambio importante en la evolución de Canadá fue la aprobación por parte del Parlamento británico del *British North America Act* en 1867¹¹¹. Renombrado *Constitution Act, 1867* en 1982, continúa hoy definiendo el marco de base para el gobierno de Canadá¹¹². La ley instituye el *Dominion* de Canadá, que comprende las provincias de Ontario (el anterior *Upper Canada*), de Quebec (el anterior *Lower Canada*), de Nueva Escocia y de New Brunswick «con una constitución igual en los principios a aquella del Reino Unido». De particular interés para nuestro análisis de la democracia directa es el principio central de la tradición constitucional británica: la supremacía del Parlamento. Este principio triunfó en los controvertidos y a veces violentos choques entre Parlamento y Monarquía en la Inglaterra del siglo XVII. La supremacía del Parlamento significó que todo el poder legislativo residía en el Parlamento. Ni el rey ni las cortes tenían el poder para resistir a la voluntad del Parlamento como se expresa en las leyes por él promulgadas. Así, en las palabras del preámbulo del *British North America Act*, visto que el momento que Canadá tiene «una constitución igual en los principios a aquella del Reino Unido», el principio de supremacía del parlamento, como se entiende en el Reino Unido, está profundamente integrado en la tradición constitucional canadiense¹¹³.

¹¹⁰ V. Patrick J. Monahan, Byron Shaw, *Constitutional Law*, Toronto, Irwin Law, Inc., 4th coord. 2013, 41-48; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 5^a coord. integrada y actualizada anualmente, 9(2).

¹¹¹ Constitution Act, 1867 (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3.

¹¹² V. en general Patrick J. Monahan, Byron Shaw, *Constitutional Law*, Toronto, Irwin Law, Inc., 4^a coord. 2013, 53-162.

¹¹³ Los desarrollos constitucionales en Canadá, sin embargo, han dado lugar a dos cambios en el principio de supremacía parlamentaria: (1) el *Constitution Act, 1867* estableció un estado federal así que algunas limitaciones constitucionales están ahora impuestas al poder legislativo del parlamento nacional a favor de los parlamentos de las Provincias; y (2) la adopción de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms* en 1982 establece la supremacía de los principios de la Carta y exige a los tribunales derogar las leyes que violan aquellos principios: v. Patrick J. Monahan & Byron Shaw, *Constitutional Law*, Toronto, Irwin Law Inc., 4^a coord. 2013, 85-86.

Pero entonces ¿la democracia directa es compatible con la tradición parlamentaria como era y es entendida en Gran Bretaña? El referéndum, por ejemplo, ¿está expuesto a la objeción que disminuye la importancia del debate parlamentario y del compromiso, y por lo tanto reduce la influencia del parlamento?¹¹⁴ A. V. Dicey, tal vez el más ilustre constitucionalista británico, sostiene en un artículo de 1890 que la democracia directa puede ser una opción en el sistema constitucional británico. «La Cámara de los Comunes ha dejado» de ser un cuerpo de hombres a los que los electores asignaban plena autoridad para legislar de acuerdo con la sabiduría o de los intereses de los miembros del Parlamento. En realidad, es un cuerpo de personas seleccionadas con el fin de llevar a cabo la política del partido predominante. No es el hecho que los electores elijan un respetable terrateniente o un mercader de éxito porque saben que es un hombre digno, y que legislará más sabiamente de cuanto no podrían hacer por ellos mismos; ellos eligen un representante [...] debido a que se compromete, más o menos directamente, a votar sobre determinadas medidas y sostener determinados líderes políticos¹¹⁵».

Dicey sugiere después que el referéndum pueda corregir algunas de las deficiencias del gobierno: «El sistema de partidos, cualquiera que sea su ventaja [...], es opuesto a la soberanía del pueblo, que es el dogma fundamental de la democracia moderna. Dicho sistema pone el control de la legislación en manos de un partido, y, por lo tanto, en manos de la parte más activa o más numerosa de ese partido. Pero ese partido puede ser, y probablemente es, una mera fracción de la nación. El principio de referéndum, en cambio, es poner en cualquier nivel lo que concierne a las leyes importantes, partidos, facciones, y partes bajo el control de la mayoría nacional. [...] Ha llegado el momento en el que todos tenemos que considerar la posible ventaja de introducir en Inglaterra la llamada al pueblo, que es la creación original más grande de la democracia suiza¹¹⁶».

A pesar de los análisis y de las recomendaciones de Dicey, la democracia directa no fue introducida realmente en Gran Bretaña hasta hace poco. Si bien había habido algunos referéndums (el primero en 1973),

¹¹⁴ V. A. V. Dicey, *Ought the Referendum To Be Introduced into England?*, op. cit., 502. V. Capítulo I.1 y Capítulo II.5.

¹¹⁵ *Ibidem*, 506.

¹¹⁶ *Ibidem*, 510-511.

habían sido infrecuentes y no vinculantes¹¹⁷. Solo hubo dos referéndums nacionales (en 1975, sobre si el Reino Unido debería permanecer en la Unión Europea; y en el 2011, sobre si el sistema de elección de parlamentarios debía ser cambiado) y nueve referéndums regionales (tres en Gales, tres en Escocia, dos en Irlanda del Norte, y uno en la *Greater London*), todos sobre cuestiones políticas sensibles y controvertidas. Estos referéndums se caracterizan más bien como parte del proceso político, más que como la participación directa de los electores en el proceso legislativo.

A principios del siglo XX los tribunales de Canadá y Gran Bretaña tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad entre la promulgación de leyes por referéndum popular y la constitución canadiense¹¹⁸. *In re the Initiative and Referendum Act*¹¹⁹ era una apelación de la Corte de Apelación de Manitoba al *Privy Council* británico para examinar la cuestión si el *Initiative and Referendum Act of 1916* de Manitoba, pretendía que las leyes pudieran ser aprobadas y derogadas por el voto directo de los electores de la provincia, extralimitando los poderes de la asamblea legislativa provincial. El Comité Judicial del *British Privy Council* declaró ilegítima la ley porque, en su opinión, violaba los poderes legislativos que el artículo 92 del *British North America Act* atribuía a la asamblea legislativa provincial. En una decisión posterior, en cambio, el *Privy Council* mantuvo la validez de una ley aprobada por la asamblea legislativa provincial de Alberta después de que un referéndum en la provincia hubiera aprobado la ley y la ley provincial sobre el referéndum requiriera que el legislador aprobase la medida si esta había sido aprobada por los votantes¹²⁰. Sin embargo, la decisión de 1919 del *Privy Council* ha ejercido y sigue ejerciendo una influencia significativa en la opinión canadiense sobre la cuestión de si la democracia directa es compatible con el principio de supremacía del parlamento.

¹¹⁷ V. in general House of Lords, Select Committee on the Constitution, *Referendums in the United Kingdom*, 12th Report of Session 2009-2010, disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldconst/99/99.pdf>.

¹¹⁸ La Corte Suprema de Canadá fue constituida en 1875, pero las apelaciones al *Judicial Committee del British Privy Council* no fueron abolidas hasta 1949. V. Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 5^a coord. ampliada, 8-3—8-4

¹¹⁹ *In re The Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935. («El artículo 92 de la ley de 1867 confía el poder legislativo en una Provincia a su asamblea legislativa, y solamente a aquella asamblea legislativa» 945).

¹²⁰ *Rex v. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128.

Una revisión constitucional importante tuvo lugar en 1982 con la aprobación por parte del Parlamento británico del *Canada Act 1982*¹²¹. Con esta ley, el Parlamento británico cedió toda su autoridad para legislar sobre Canadá. El *Canada Act 1982* aprobó también el *Constitution Act, 1982*¹²², que, en su artículo 52(2), establece que la Constitución de Canadá incluye los siguientes actos normativos: el *Constitution Act, 1867*; el *Canada Act 1982*; el *Constitution Act, 1982* (que incluye el *Canadian Charter of Rights and Freedoms*); y una lista de leyes y reglamentos específicamente aprobados ente 1867 y 1982 que tienen un rango constitucional. Es importante tener en cuenta que el artículo 52(2) establece que la Constitución «incluye» las fuentes mencionadas. Por lo tanto, de acuerdo con la tradición constitucional británica, también puede haber fuentes no escritas de derecho constitucional que se derivan de la costumbre, el uso, la tradición, las practicas comunes, o los principios generalmente aceptados también por parte de la constitución canadiense.

¿Qué conclusiones podemos sacar sobre el concepto y la práctica de la democracia de la historia del desarrollo constitucional canadiense, de sus lazos originarios con Francia, de su larga relación con el Reino Unido, de su evolución hacia la independencia jurídica, y la situación especial de Quebec, una poblada provincia francesa, católica, con fuertes tradiciones autoritarias y clericales, en una nación que es ahora mayoritariamente protestante y cuyo desarrollo ha estado influenciado por las costumbres inglesas y americanas en su modo de pensar en el gobierno? Consideramos dos aspectos de esta cuestión: lo jurídico y lo socio-cultural.

En una larga y ponderada sentencia de 1998, *Reference re Secession of Quebec*¹²³, el Tribunal Supremo de Canadá consideró el significado jurídico de la democracia en Canadá en su respuesta a una de las preguntas que se les habían planteado: «¿de acuerdo con la constitución de Canadá, puede la Asamblea Nacional, la asamblea legislativa o el gobierno de Quebec lograr la secesión de Quebec de Canadá unilateralmente?». Según el tribunal, la democracia es uno de los «cuatro principios funda-

¹²¹ *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11. Una ley del Parlamento británico era necesaria para modificar la constitución canadiense. En el marco del *Statute of Westminster of 1931*, el Parlamento británico renunciaba a cualquier autoridad legislativa sobre Canadá, pero las enmiendas a la *British North America Act* fueron excluidas de la aplicación del *Statute*.

¹²² La *Constitution Act, 1982* es el Anexo B de la *Canada Act 1982* (U.K.), 1982 c 11.

¹²³ *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 S.C.R. 217.

mentales y organizadores de la constitución que son relevantes para abordar el tema que nos ocupa [...]»¹²⁴. Después de afirmar que «la democracia es un valor fundamental en nuestro derecho constitucional y cultura política»¹²⁵, el tribunal procede a definir exactamente qué significa «democracia» como principio de derecho constitucional canadiense. La Corte afirma que «la democracia se entiende comúnmente como un sistema político de gobierno de la mayoría». Pero según el Tribunal, para determinar lo que esto significa, debemos seguir la evolución de la tradición democrática desde sus orígenes en la Carta Magna (1215) y antes, a través de la larga lucha por la supremacía parlamentaria, que culminó en el *Bill of Rights* inglés de 1689, en la aparición de las instituciones políticas representativas en la época colonial, en el desarrollo de un gobierno responsable decimonónico y finalmente en la consecución de la propia Confederación en el 1867. «La tradición canadiense» [...] es «una tradición de democracia evolutiva que se mueve a pasos desiguales hacia el objetivo del sufragio universal y una representación más efectiva»¹²⁶.

El Tribunal, por lo tanto, concibe la democracia en «términos institucionales»: «históricamente, esta Corte ha interpretado la democracia como sinónimo del proceso de gobierno representativo y responsable y del derecho de los ciudadanos a participar en el proceso político como electores»¹²⁷. En cuanto a la soberanía del pueblo, mientras «es naturalmente verdad que la democracia expresa la voluntad soberana del pueblo, [...] Canadá en su conjunto es también una comunidad democrática en la que los ciudadanos construyen y logran objetivos en un nivel nacional a través de un gobierno federal. [...] Sería un grave error equiparar la legitimidad con únicamente la «voluntad soberana» o la regla de la mayoría, sin tener en cuenta otros valores constitucionales. [...] Tanto a nivel federal como provincial, por propia naturaleza, la necesidad de crear mayorías requiere el compromiso, la negociación, y la deliberación»¹²⁸.

¹²⁴ *Ibidem.*, 240. Los otros tres principios son el federalismo, el constitucionalismo y el *rule of law*, y el respeto de las minorías. «Estos principios y reglas emergen desde una comprensión del texto constitucional mismo, desde el contexto histórico, y desde interpretaciones judiciares precedentes del significado constitucional» *Ibidem.*

¹²⁵ *Ibidem.*, 252.

¹²⁶ *Ibidem.*, 254. El texto entre comillas está extraído de la *Reference re Provincial Electoral Boundaries* (Sask.), [1999] 2 S.C.R. 158, 186.

¹²⁷ *Reference re Secession of Quebec* [1998] 2 S.C.R., 254.

¹²⁸ *Ibidem.*, 255-256.

Por último, el Tribunal responde a la objeción de que el constitucionalismo es incompatible con el gobierno democrático. «Esta sería una opinión errónea. El Constitucionalismo facilita – de hecho, hace que sea posible – un sistema político democrático, creando un marco ordenado dentro del cual el pueblo puede tomar decisiones políticas. Vistas correctamente, el constitucionalismo y el *rule of law* no están en conflicto con la democracia, más bien son esenciales a la misma»¹²⁹.

Moviéndose desde el nivel jurídico e institucional al nivel socio-cultural, incluso sobre este plano, los canadienses pueden no estar muy cómodos con la democracia directa. Patrick Boyer, antiguo miembro del parlamento e importante promotor de la democracia directa, sostiene «fuertes valores conservadores en la sociedad canadiense que, en sus orígenes enfatizaban los mandos, la autoridad, el orden y la jerarquía, reforzaron [...] el respeto a la autoridad, animando y encaminando la vida hacia una comunidad integrada, donde el bien político prevalece sobre la preocupación por los derechos individuales. Como resultado, los individuos han desarrollado instintivamente una concepción de su lugar en el gran orden de las cosas, y era básicamente un lugar del que nadie puso en duda la autoridad. [...] Buscando consentimiento, esperando obtener la aprobación, sospechosos del desorden, entusiastas de la regulación, los canadienses han vivido en un ambiente que hasta ahora ha producido la aparición de una forma de democracia tímida»¹³⁰.

Boyer, sin embargo, sostiene que las actitudes canadienses podrían estar en vías de cambio, ya que existe un cinismo creciente sobre la política y especialmente sobre la democracia parlamentaria¹³¹. Afirma que reforzaría y estimularía el impulso democrático y revitalizaría la identidad canadiense si los canadienses, de vez en cuando, se dedicasen al

¹²⁹ *Ibidem.*, 260-261.

¹³⁰ Patrick Boyer, *Direct Democracy in Canada: The History and Future of Referendums*, Toronto, Dundurn Press 1992, 10. V. también Patrick Boyer, *The People's Mandate: Referendums and a More Democratic Canada*, Toronto, Dundurn Press 1992, 3 («Canadá mantuvo una democracia tímida. El *establishment* que ha gobernado nuestro país ha procedido de manera confortable– no siempre en los intereses del pueblo, ni en realidad del propio país – con el apoyo de la deferencia canadiense por la autoridad y desde una extraña voluntad de ser espectadores pasivos en nuestra tierra»).

¹³¹ V. en particular Boyer, *The People's Mandate*, *ibidem*, 13-21. V. también Stéphane Dion, *Rising Cynicism: Who Is to Blame?*, Canadian Parliamentary Review (Winter 1993-94), 33-35, disponible en <http://www.revparl.ca/16/4/16n4_93e_Dion.pdf>; David E. Smith, *A Question of Trust: Parliamentary Democracy and Canadian Society*, Canadian Parliamentary Review (Spring 2004), 2429, disponible en <http://www.revparl.ca/27/1/27n1_04e_Smith.pdf>.

debate público sobre las políticas nacionales importantes, lo que se origina al activarse el proceso de referéndum.¹³²

2.2. La democracia directa a nivel nacional.

Los instrumentos de la democracia directa son la iniciativa legislativa popular, el referéndum, y la recusación de los titulares de cargos. El referéndum es el único que se usa en Canadá¹³³, y casi exclusivamente en los niveles provincial y local. La Constitución canadiense, tal como se define en el artículo 52(2) del *Constitution Act, 1982*¹³⁴, no contiene ninguna disposición para la participación directa del pueblo en la aprobación de las leyes o en la modificación de la Constitución. El *Constitution Act, 1867* fue aprobado sin ninguna participación directa del pueblo, aunque sí hubo peticiones de algunos líderes políticos de entonces en Quebec y Ontario para someter a los electores las enmiendas constitucionales propuestas¹³⁵. No hubo una participación directa del pueblo, ni siquiera en los cambios constitucionales fundamentales que tuvieron lugar en 1982. Hubo tres referéndums nacionales en Canadá: 1898, 1942 y 1992. Los tres fueron consultivos y no vinculantes. Los dos primeros fueron llevados a cabo sobre la base de las leyes que autorizaban específicamente el referéndum en cuestión¹³⁶. En 1992, el Parlamento aprobó el *Act to Provide for Referendums on the Constitution of Canada (Referendum Act)*¹³⁷, que proporcionó la base legal para el tercer referéndum nacional y está ahora disponible para futuros referéndums nacionales «sobre cualquier asunto relativo a la Constitución de Canadá»¹³⁸. Según la ley, un referéndum solamente puede celebrarse

¹³² Boyer, *The People's Mandate*, *ibidem*, 6.

¹³³ *Instruments of direct democracy in Canada and Quebec*, 3ª coord., 2001, disponible en <<http://www.electionsquebec.qc.ca/documents/pdf/DGE-6350.3-va.pdf>, p. 12>.

¹³⁴ «La Constitución de Canadá incluye (a) el *Canada Act 1982*, que incluye esta ley; (b) las leyes y ordenanzas recordadas en la tabla; y (c) cualquier modificación en cualquier ley o ordenanza en la cual se haga referencia a los apartados (a) o (b)».

¹³⁵ Boyer, *Direct Democracy in Canada*, *op. cit.*, 14-16.

¹³⁶ *Prohibition Plebiscite Act*, S.C. 1898, 61 Victoria c. 51; *Dominion Plebiscite Act* S.C. 1942-43, c. 1.

¹³⁷ S.C. 1992, c. 30.

¹³⁸ *Ibidem*, la sección 3(1) de la ley establece: «Cuando el Gobernador en Consejo considera que sea en el interés del pueblo obtener mediante referéndum la opinión de los votantes sobre cualquier cuestión relativa a la Constitución de Canadá, el Gobernador en Consejo puede, mediante proclamación, establecer que la opinión de los electores sea obtenida sometiendo la cuestión

previa solicitud oficial del gobierno; el pueblo no tiene poderes para llevar a cabo un referéndum sobre una cuestión constitucional. La ley especifica el procedimiento legislativo para la adopción de una propuesta de referéndum por parte del Parlamento, establece competencias y procedimientos para la realización de los referendos, establece reglas detalladas para la formación y el funcionamiento de «comités registrados referendarios», disciplina los gastos y las contribuciones de los comités registrados referendarios, y establece normas para los programas de radio y televisión que se refieren a la campaña del referéndum.

El referéndum de 1898 plantea la pregunta: «¿Estás a favor de la aprobación de una ley que prohíba la importación, la producción o la venta de licores, vino, cerveza, sidra y todas las demás bebidas alcohólicas?». Aproximadamente el 44% de los electores acudieron a las urnas. Había una pequeña mayoría a favor de la prohibición (278.487 estaban a favor de la prohibición y 264.571 en contra). La prohibición ganó en todas las provincias excepto en Quebec, donde fue claramente derrotada (122.614 contra 25.582). El tema de la prohibición de bebidas alcohólicas era muy controvertido y levantó fuertes ampollas en toda Canadá en aquel momento. Patrick Boyer mira hacia el referéndum del 1898 de una manera positiva desde el punto de vista de la democracia participativa. Aunque no vinculante, «finalmente se dio una oportunidad plena a cualquiera para presentarse y expresar su propia opinión. Las argumentaciones y los hechos ya no se limitaban a su presentación en una asamblea de personas que pensaban de la misma manera. El País explotó, no en una furia de masas, sino en un ejercicio profundamente democrático»¹³⁹. Dado el bajo margen del voto y un claro rechazo del prohibicionismo por parte de Quebec, el gobierno canadiense decidió no proceder con la prohibición a nivel nacional, sino más bien dejar el asunto a las provincias individualmente. Poco después, todas las provincias excepto Quebec aprobaron leyes prohibicionistas.

En 1942, al electorado canadiense se le presentó un referéndum nacional sobre el servicio militar obligatorio. El tema suscitó una gran controversia en Canadá, especialmente en la provincia de Quebec, donde el servicio militar nacional había tenido históricamente una fuerte resis-

a los votantes de Canadá o de una o más provincias especificadas en la proclamación de un referéndum convocado para este objetivo».

¹³⁹ Boyer, *Direct Democracy in Canada*, op. cit. 24.

tencia. El gobierno elegido en 1940 había asegurado durante la campaña electoral que no iba a establecer el reclutamiento para el servicio militar en el extranjero. La situación en Europa, especialmente la grave amenaza a Gran Bretaña, convenció al gobierno canadiense de que podría haber sido necesario el envío de las tropas de combate al extranjero. Así, el gobierno intentó librarse de su promesa electoral. La pregunta planteada a los canadienses fue: «¿Estás a favor de liberar al gobierno de la obligación que surja de cualquier compromiso anterior para restringir los métodos de reclutamiento de hombres para el servicio militar?». El voto a favor de la liberación del gobierno de su compromiso fue de 2,95 millones en contra a 1,65 millones. Todas las provincias excepto Quebec votaron para liberar al gobierno de su compromiso. Quebec votó en abrumadora mayoría (78,9% de votos «no») para no liberar el gobierno. El referéndum resultó políticamente útil para el gobierno para argumentar que tuvo en cuenta la voluntad del pueblo y darle tiempo para desactivar el tema del servicio militar obligatorio¹⁴⁰.

El referéndum de 1992, en nueve de las diez provincias, se llevó a cabo en virtud del *Referendum Act*, recién aprobado. El referéndum en Quebec fue realizado de manera separada, en virtud de la legislación de autorización. La pregunta fue la misma en el referéndum de Quebec y el nacional: «¿Está de acuerdo que la Constitución de Canadá debería ser cambiada sobre la base al Acuerdo alcanzado el 28 de agosto de 1992?». Esta pregunta permitió a los electores expresar su opinión con referencia a los cambios constitucionales propuestos en el Acuerdo de Charlottetown, un acuerdo alcanzado entre el primer ministro y el gobierno de Canadá y los gobiernos de todas las provincias. El acuerdo representaba una reconfiguración del equilibrio entre los poderes de las provincias (estableciendo la igualdad de representación de todas las provincias en un Senado elegido), la adopción de una Carta de los Derechos y el reconocimiento de Quebec como «una sociedad distinta dentro de Canadá». Para Quebec fueron también reconocidos una serie de derechos y poderes, como una garantía del 25% de los escaños en la Cámara de los Comunes y en el Senado, una garantía de tres jueces sobre nueve en el Tribunal Supremo de Canadá, y una transferencia de competencias sobre una serie de funciones específicas del gobierno nacional al gobierno de Quebec. En conjunto, el voto nacional fue de 44,8% a favor del Acuerdo

¹⁴⁰ Boyer, *Direct Democracy in Canada*, op. cit. 42.

y de un 54,2% en contra. El voto en Quebec fue de 55,4% en contra del Acuerdo y el 42,4% a favor. El voto en la provincia más poblada de Ontario fue dividido casi por igual a la mitad: 49,8% de sí contra el 49,6% de no. Según el constitucionalista canadiense Peter Hogg, «El resultado del referéndum [...] llevó a cabo la búsqueda de una solución constitucional para Quebec [...] y dio lugar a un resurgimiento del apoyo popular al movimiento separatista de Quebec».

2.3. Quebec: la *société distincte*¹⁴¹

La provincia de Quebec es muy diferente a las otras nueve provincias de Canadá: a nivel lingüístico, religioso, cultural, en su sistema jurídico, así como en su experiencia histórica y en su particular «Conquista» por los británicos en 1760. Desde aquella época hasta hoy, Quebec y el resto de Canadá han tratado de buscar una solución constitucional y jurídica apropiada a su relación para afrontar estas diferencias. Es interesante observar aquí las opiniones expresadas por Alexis de Tocqueville en los años 30 del siglo XIX. Según Tocqueville, «no creo que ellos [los franceses y los ingleses] se fusionen nunca en una unión indisoluble»¹⁴². Más específicamente, escribe, «los *Canadiens* [de origen francés] forman un pueblo separado en América, un pueblo que tiene una nacionalidad distinta e inventada [...], que tiene su lengua, su religión, sus leyes, sus usos, que está más unido que cualquier otra población del nuevo mundo, que podría ser conquistado, pero no integrado por la fuerza en la raza anglo-americana»¹⁴³.

Esta diferencia ha recibido reconocimiento legal del *Quebec Act* de 1774. Mientras Canadá se estaba comprometiendo para llevar a cabo su independencia constitucional de Gran Bretaña durante los años 70 y 80 del siglo XIX (esfuerzo que culminó con el *Canada Act* de 1982) y más recientemente para encontrar una solución a las implicaciones constitu-

¹⁴¹ V. in general Brian O'Neal, *Distinct Society: Origins, Interpretations, Implications*, Background Paper, Library of Parliament, 1995, disponible en <<http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/researchpublications/bp408-e.htm>>. V. también Peter W. Hogg, 1 *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 5ª coord. Ampliada, 4-10—4-11.

¹⁴² Alexis de Tocqueville, *Tocqueville au Bas-Canada : Écrits datant de son voyage en Amérique et après son retour en Europe, 1831 à 1859*, Montreal, Les Éditions du Jour, 1973, 61, disponible en <http://classiques.uqac.ca/classiques/De_tocqueville_alexis/au_bas_canada/tocqueville_au_bas_canada.pdf>.

¹⁴³ *Ibidem*, 123.

cionales de la independencia, Quebec intentó asegurarse un reconocimiento constitucional claro de su diferencia con las otras provincias de Canadá, así como algunas protecciones basadas en la Constitución para estas diferencias¹⁴⁴.

En 1980, justo antes de los importantes cambios constitucionales que se produjeron en 1982, se celebró un referéndum en Quebec sobre una propuesta adoptada por la Asamblea Nacional sobre hacer entrar al gobierno de Quebec en las negociaciones con el resto de Canadá para permitir a Quebec ser un estado soberano, pero asociado económicamente con el resto de Canadá (lo que era llamado «soberanía-asociación»)¹⁴⁵. Los electores de Quebec rechazaron esta propuesta: el 60% votó no y el 40% votó sí.

Poco después, en 1982, el *Canada Act* y el *Constitution Act de 1982* entraron en vigor realizando importantes cambios constitucionales. Quebec, sin embargo, rechazó aprobar estas medidas y continuó sosteniendo que la Constitución canadiense no podría ser cambiada sin su consentimiento. El Tribunal Supremo canadiense, sin embargo, decidió de una manera distinta¹⁴⁶. No obstante, Quebec se negó a participar en posteriores modificaciones previstas por el *Constitution Act* de 1982 y se negó a vincularse a las disposiciones de la Carta de los Derechos al más alto nivel posible¹⁴⁷. Para responder a las preocupaciones de Quebec, el primer ministro de Canadá y los diez primeros ministros de las provincias

¹⁴⁴ Para la opinión de Quebec sobre la historia de la relación jurídica entre Quebec y el resto de Canadá desde la Royal Proclamation de 1763 hasta hoy, v. Gouvernement du Québec, *Québec's Political and Constitutional Status: An Overview*, 1999, disponible en https://www.saic.gouv.qc.ca/publications/documents_inst_const/statut-pol_en.pdf.

¹⁴⁵ «El gobierno de Quebec ha hecho pública su propuesta de negociar un nuevo acuerdo con el resto de Canadá, basado en la igualdad de las naciones; este acuerdo permitiría a Quebec adquirir la facultad exclusiva de aprobar sus propias leyes, imponer sus propios impuestos y establecer relaciones con el extranjero – en otras palabras, la independencia – y al mismo tiempo mantener con Canadá una asociación económica que incluye una moneda común; ningún cambio de estatus político resultante de estas negociaciones será efectuado sin ser aprobado por el pueblo a través de otro referéndum; sobre la base de estos términos, ¿otorgáis al gobierno de Quebec el mando de negociar el acuerdo propuesto entre Quebec y Canadá?».

¹⁴⁶ *Reference re Amendment of Constitution of Canada*, [1981] 1 S.C.R. 753 (*Patriation Reference*); *Reference re Amendment of Canadian Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793 (*Quebec Veto Reference*).

¹⁴⁷ «El Parlamento o la asamblea legislativa de una provincia puede declarar expresamente en una ley del parlamento o de la asamblea legislativa, depediendo de los casos, que la ley o su disposición tengan efecto a pesar de una disposición incluida en el artículo 2 o en los artículos desde el 7 al 15 de esta Carta»: *Constitution Act, 1982*, artículo 33(1). V. también Peter Hogg, *1 Constitutional Law of Canada*, 4-8.

acordaron en el Acuerdo de Meech Lake en 1987 incluir en el texto del *Constitution Act* de 1867 una cláusula que reconocería explícitamente a Quebec como diferente del resto de Canadá y que se le atribuiría a la *National Assembly* de Quebec el poder para proteger la especificidad de Quebec. Sin embargo, El Acuerdo de Meech Lake no fue implementado, debido a la decisión de dos provincias que no estaban de acuerdo con las modificaciones constitucionales. Un intento posterior de constitucionalizar explícitamente la particularidad de Quebec, conocido como el Acuerdo de Charlottetown, fue rechazado en un referéndum nacional celebrado en octubre de 1992.

En las elecciones provinciales de Quebec de 1994, el *Parti Québécois* que, de ser elegido, se habría comprometido a celebrar un referéndum sobre la independencia, salió victorioso. La pregunta del referéndum puesta a los electores de Quebec en octubre de 1995 fue la siguiente: «¿Estáis de acuerdo en que Quebec deba convertirse en estado soberano después de haber hecho una oferta formal a Canadá sobre una nueva relación económica y política dentro del ámbito del proyecto de ley sobre el futuro de Quebec y del acuerdo firmado el 12 de junio de 1995?». Los votantes de Quebec rechazaron la independencia por un margen muy bajo (50,6% contra 49,4%). Reaccionando al margen tan bajo del voto en Quebec, la *House of Commons* federal aprobó una resolución introducida por el gobierno nacional para responder a las preocupaciones de Quebec sobre su posición en el sistema de gobierno canadiense. Esta resolución reconoce a Quebec como «sociedad distinta»¹⁴⁸. La resolución es de valor legal cuestionable. Ciertamente no tendrá influencia sobre la interpretación y aplicación de la Constitución por parte del Tribunal Supremo canadiense¹⁴⁹. El Parlamento aprobó también la llamada ley sobre el veto regional, que atribuyó un poder de veto sobre futuras enmiendas consti-

¹⁴⁸ «Mientras el Pueblo de Quebec ha expresado el deseo de un reconocimiento de la sociedad de Quebec como distinta, (1) la Cámara reconoce que Quebec es una sociedad distinta dentro de Canadá; (2) la Cámara reconoce que la sociedad distinta de Quebec incluye su mayoría de lengua francesa, su cultura única y la tradición del *civil law*; (3) la Cámara se compromete a guiarse por esta realidad; (4) la Cámara anima a todos los componentes de las ramas legislativas y ejecutivas del gobierno a tomar nota de este reconocimiento y a ser guiados en consecuencia en su conducta», Resolución del Parlamento de Canadá que reconoce a Quebec como una sociedad distinta dentro de Canadá, Parlamento de Canadá, Journal No. 267, 16971 (29 de noviembre de 1995).

¹⁴⁹ *Ma v. Melvin Smith, The Implications of Recognizing Quebec as a Distinct Society in the Constitution*, Public Policy Sources, No. 7 (1997), disponible en <<http://oldfraser.lexi.net/publications/pps/7/>> (argumenta que una cláusula de «sociedad distinta» de Quebec en la misma constitución tendría un impacto significativo en la interpretación de la constitución).

tucionales a Quebec, Ontario, British Columbia y a la mayoría de las *Prairie Provinces*; y a una mayoría de las Provincias Atlánticas¹⁵⁰. En 2006, todavía con dificultades para encontrar la manera de dar expresión a la autopercepción de Quebec como algo diferente del resto de Canadá, la Cámara de los Comunes aprobó una resolución que reconocía «que los habitantes de Quebec forman una nación dentro de Canadá»¹⁵¹.

Si se mira a los referéndums nacionales y de Quebec en 1992 sobre el Acuerdo de Charlottetown, al referéndum de Quebec en 1995 sobre la independencia, a las sucesivas resoluciones de la Cámara de los Comunes, y a la legislación del Parlamento como parte de un proceso en curso, o diálogo, entre Quebec, las otras nueve Provincias, y el gobierno nacional de Canadá sobre la estructura constitucional apropiada de Canadá, se puede concluir que el referéndum nacional de 1992 y el referéndum de Quebec de 1995, aunque no vinculantes, ayudaron a aclarar la relación entre Quebec y el resto de Canadá ofreciendo la base política para la resolución parlamentaria y la legislación que le seguirán. En este sentido, la participación del pueblo, incluso los importantes debates a nivel nacional y provincial activados a partir del referéndum canadiense y de Quebec, permitieron al proceso político continuar hacia delante y tal vez de manera más significativa, permitieron a las personas percibir que sus voces eran escuchadas y tenidas en consideración en las decisiones jurídicas y políticas relativas a las relaciones entre Quebec y el resto de Canadá. El hecho de que una solución final, satisfactoria para todas las partes, todavía no haya surgido, refleja la indecisión continua de los electores tanto en Quebec como en el resto de Canadá. La valoración del proceso referendario desde la perspectiva del Parlamento, no obstante, es claramente negativa. Un *Background Paper* preparado por la Biblioteca del Parlamento afirma que «los referéndums que hagan diferencias incompatibles más aparentes no pueden beneficiar al sistema político, y aún menos a la unidad canadiense»¹⁵². Además, «el uso de los referéndums en Canadá en el pasado podría no haber hecho otra cosa que agravar las diferencias en nuestra sociedad que iluminan la identidad canadiense; por otra parte, se ofreció a los gobiernos un mecanismo cómodo

¹⁵⁰ *Act respecting constitutional amendments (regional veto)*, S.C. 1996, c. 1.

¹⁵¹ Propuesta adoptada el 11 de noviembre de 2006.

¹⁵² Pierre Marquis, *Referendums in Canada: The Effect of Populist Decision-Making on Representative Democracy*, Library of Parliament, 1993, 13, disponible en <hiip://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/bp328-e.htm>.

para eludir sus compromisos, mientras se desplazaba la responsabilidad al electorado»¹⁵³.

2.4. La democracia directa a nivel provincial.

En su sesión legislativa 1912-1913, la asamblea legislativa de Saskatchewan aprobó la primera legislación provincial para consentir la democracia directa, el *Direct Legislation Act*. La ley preveía tanto legislación de iniciativa popular como el referéndum. Poco después, la Provincia de Alberta aprobó su *Direct Legislation Act* (marzo 1913), que permitía también a los electores ejercer la iniciativa legislativa y emitir su voto en referéndum. El *Initiative and Referendum Act* de Manitoba (1916) y el *Direct Legislation Act* de British Columbia (1919) siguieron poco después. Estas leyes, sin embargo, tuvieron poco impacto. La ley de Saskatchewan de 1913 fue revocada más adelante en aquel mismo año. La ley de Alberta, aunque sobrevivió a una cuestión de legitimidad constitucional en 1922, fue muy poco usada y al final fue derogada en 1958. La ley de Manitoba fue considerada inconstitucional en 1919. La ley de British Columbia se convirtió esencialmente en papel mojado después de la decisión de 1919 sobre la inconstitucionalidad de la ley Manitoba.

Careciendo en gran mayoría de leyes generales sobre la iniciativa legislativa popular, las provincias, de vez en cuando, aprobaron leyes específicas para proponer a los electores cuestiones individuales. Estos referéndums, aunque no fueran realizados por los electores ni tampoco vinculantes, permitieron a los electores expresar sus propias opiniones sobre algunas cuestiones importantes y controvertidas, actuando, de esta manera, en función complementaria al procedimiento legislativo ordinario. Los referéndums provinciales, sin embargo, han sido raros. Entre 1878 y 2000, sólo hubo 56 referéndums provinciales, y más de la mitad (33) se ocuparon de la prohibición o de la regulación de bebidas alcohólicas¹⁵⁴. Algunos de estos referéndums, no obstante, fueron significativos y ayudaron efectivamente a resolver importantes problemas políticos contemporáneos.

¹⁵³ *Ibidem*, 15.

¹⁵⁴ *Appendix I – Referendums held in Canada*, in *Instruments of direct democracy in Canada and Quebec*, 3ª coord., 2001, 65-67, disponible en <http://www.electionsquebec.qc.ca/documents/pdf/DGE-6350.3-va.pdf>.

Según Patrick Boyer: «Los Canadienses en varias Provincias desde 1916 a 1992 acudieron a las urnas para expresar un veredicto sobre, entre otras materias, si las mujeres deberían votar (British Columbia, 1916), si un programa de seguro de salud pública debería llevarse en contra de las objeciones de los médicos (British Columbia, 1937), cuándo deberían unirse o separarse de la Confederación (Newfoundland, 1948) las Provincias, qué huso horario adoptar (British Columbia, 1952; Saskatchewan, 1956; Alberta, 1967 y 1971), si las compañías eléctricas deberían ser propiedad del gobierno (Alberta, 1948), si los productos agrícolas deberían ser vendidos de una forma u otra (Manitoba, 1951; Ontario, 1957), si una carretera elevada debería ser construida para la Prince Edward Island (Prince Edward Island, 1988), si los derechos relativos a la lengua francesa deberían dejarse a parte (Manitoba, 1983), si el gobierno del Saskatchewan tendría que pagar los abortos (Saskatchewan, 1991), si los Northwest Territories deberían estar divididos (Northwest Territories, 1982, 1992) e incluso si nuevos instrumentos de democracia directa deberían crearse por ley en British Columbia (British Columbia, 1991) y en el Saskatchewan (Saskatchewan, 1991)»¹⁵⁵.

Entre 2000 y 2014, diez referéndums provinciales se llevaron a cabo en seis provincias (Ontario, British Columbia, Nova Scotia, Newfoundland and Labrador, New Brunswick, Prince Edward Island) sobre una serie de cuestiones: reforma electoral, juego de azar, apertura en domingo de los negocios, impuestos, y la educación pública. Todas las provincias, excepto Ontario, tienen ahora leyes que prevén referéndums a nivel provincial, también si las leyes varían de una provincia a otra¹⁵⁶. Algunas permiten referéndums sobre «cualquier asunto de interés público o de relevancia», pero solamente algunas permiten el referéndum

¹⁵⁵ Boyer, *Direct Democracy in Canada*, op. cit., 96.

¹⁵⁶ Alberta, *Constitutional Referendum Act*, R.S.A. 2000, c. C-25; Alberta, *Election Act*, R.S.A. 2000, c. E-1, secc. 128; British Columbia, *Constitutional Amendment Approval Act*, R.S.B.C. 1996, c. 67; British Columbia, *Referendum Act*, R.S.B.C. 1996, c. 400; Manitoba, *The Balanced Budget, Fiscal Management and Taxpayer Accountability Act*, S.M. 2008, c. 44; C.C.S.M. c. B5, secc. 10(1) (referéndum exigido para cambios fiscales); Quebec, *Referendum Act*, R.S.Q. 1978, c. C-64.1; New Brunswick, *Elections Act*, R.S.N.B. 1973, c. E-3, secc. 129; Nueva Escocia, *Liquor Control Act*, R.S.N.S. 1989, c. 260, secc. 43 (consiente el referéndum sobre materias referidas a la venta de bebidas alcohólicas); Prince Edward Island, *Plebiscites Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-10; Saskatchewan *Referendum and Plebiscite Act*, R.S.S. 1990-1991, c. R-8.01 (el artículo 7 consiente a los ciudadanos de iniciar un plebiscito, la única Provincia en hacerlo). Los plebiscitos pueden tener lugar en los Territorios de Canadá: v. ad es. *Northwest Territories, Elections and Plebiscites Act*, S.N.W.T. 2006, c. 15; Nunavut, *Plebiscites Act*, S.Nu. 2013, c. 25.

sobre cuestiones específicas. En una sola provincia, Saskatchewan, los electores tienen el derecho de iniciativa legislativa popular¹⁵⁷. En las otras, los referéndums deben estar propuestos por determinados funcionarios públicos designados, como el *Lieutenant Governor* o el Ministro de justicia de la Provincia. Además, en la gran mayoría de los casos, el referéndum no es vinculante. De nuevo, Saskatchewan atribuye más influencia a los electores: un referéndum es vinculante si más del 60% de los votos emitidos lo apoyan, pero para ser vinculante al menos el 50 % de los electores deben emitir su voto.

Referéndums provinciales particularmente significativos, con implicaciones constitucionales relevantes para las provincias individuales, así como para Canadá en su conjunto, tuvieron lugar en Newfoundland el 3 de junio de 1948 y el 22 de julio de 1948, y en Quebec en 1980, 1992 y 1995. Los referéndums en Quebec han sido examinados en las secciones anteriores. Los dos referéndums de Newfoundland de 1948 se llevaron a cabo para establecer qué forma de gobierno querían los habitantes de Newfoundland¹⁵⁸. En aquella época Newfoundland no era parte de Canadá, era una colonia británica. En 1934, debido a una serie de dificultades financieras que la colonia estaba sufriendo, los británicos sustituyeron el gobierno representativo de Newfoundland por una comisión designada, con poderes ejecutivos y legislativos. De hecho, Newfoundland estaba gobernada directamente desde Londres. Con la mejora de la situación financiera, Gran Bretaña decidió restablecer el gobierno representativo: ¿pero qué forma de gobierno se debía establecer? Los británicos sugirieron un referéndum, que fue llevado a cabo en junio de 1948. Tres opciones fueron propuestas a los votantes de Newfoundland: (1) la continuación del gobierno de la comisión, (2) la confederación con Canadá, o (3) vuelta al «gobierno responsable» como existía en 1933 (lo que significaba independencia de facto para Newfoundland dentro del imperio británico). Ninguna de las tres opciones obtuvo una mayoría en la votación de junio de 1948 (gobierno responsable: 44,5%; confederación con Canadá:

¹⁵⁷ El Ministro de justicia debe realizar un plebiscito cuando él o ella reciba una petición, firmada por al menos el 15% de los electores, los cuales requieren que una cuestión relativa a un asunto dentro de las competencias del gobierno sea sometida a los electores.

¹⁵⁸ V. Patrick Boyer, *Direct Democracy in Canada*, 119-123; *Instruments of direct democracy in Canada and Quebec*, 3ª coord., 2001, 65-67, disponible en <hiip://www.electionsquebec.qc.ca/documents/pdf/DGE-6350.3-va.pdf>, 21-22; Neil Penney, *The Parliamentary Tradition in Newfoundland*, 4 *Canadian Parliamentary Review*, No. 2, 1981, 14-15, disponible en <hiip://www.revparl.ca/4/2/04n2_81e_Penney.pdf>.

41,1%; gobierno de la comisión: 14,3%). Seis semanas más tarde, un referéndum de segunda vuelta ofrecía a los habitantes de Newfoundland la posibilidad de elegir entre las dos opciones más votadas: gobierno responsable o confederación con Canadá. Después de una campaña muy disputada, los habitantes de Newfoundland votaron un 52,3% para la confederación y un 47,4% para el gobierno responsable. A pesar de la baja participación, Canadá aceptó Newfoundland como su décima provincia y los británicos, deseosos de ser liberados de la responsabilidad de su colonia en dificultades financieras, apoyaron firmemente la confederación con Canadá. Newfoundland se unió oficialmente a Canadá el 31 de marzo de 1949. Es digno de destacar que ningún referéndum se llevó a cabo sobre la adhesión de Newfoundland a la confederación canadiense en las otras nueve provincias canadienses.

2.5. La democracia directa a nivel municipal

De acuerdo con la estudiosa de ciencias políticas canadiense Louise Quesnel, «la política municipal en Canadá de habla inglesa está caracterizada [...] por un enfoque *nonpartisan*, por la ausencia de un sistema de partidos y por un proceso de toma de decisiones cuyo objetivo es el consenso, incluso en las grandes ciudades»¹⁵⁹. Dadas estas actitudes hacia la política local, continúa, los instrumentos de democracia directa, como el referéndum «no son la mejor fórmula para proteger la solidaridad y favorecen la definición del interés común; [ellos tienen], además, la clara desventaja de aumentar el anonimato y el aislamiento»¹⁶⁰.

No obstante, incluso en el espíritu *nonpartisan* y dirigido a la creación de consenso del gobierno municipal canadiense, la participación directa de los ciudadanos en la determinación de la política municipal puede desempeñar un papel útil. En las ciudades canadienses este papel tiene, normalmente, forma de «consulta» en lugar de procedimientos antagonistas de iniciativa legislativa popular o referéndum. Algunas ciudades han establecido comités de residentes y consejos de barrio para permitir la expresión de opiniones del pueblo como parte del proceso de decisiones del

¹⁵⁹ Louise Quesnel, *Public Consultation: A Tool for Local Democracy*, Toronto, ICURR Press 2000, 2, disponible en <https://www.muniscope.ca/_files/file.php?fileid=fileRQNHUd-bLia&filename=file_Public_consultation.pdf>.

¹⁶⁰ *Ibidem* (con citación a Jane J. Mansbridge, *Beyond Adversary Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press 1983, 275).

municipio. En todos los casos, sin embargo, el papel de estos comités y consejos es meramente «consultivo». El poder real de decisión sigue siendo territorio exclusivo de los representantes elegidos por los municipios. Los principales ejemplos son los *Resident Advisory Groups* instituidos por la ciudad de Winnipeg en 1971 y los consejos de barrio instituidos en Montreal en 1989 (nombre cambiado posteriormente a *District Advisory Committees*) y en Quebec City en 1993. Estos grupos consultivos toman formas diversas. En Quebec City, por ejemplo, los miembros son elegidos por el pueblo; en Montreal, los miembros son nominados por el consejo municipal y se entienden mejor como subcomisiones del consejo.

La base jurídica para la participación del público en el proceso decisonal del municipio se encuentra en la legislación provincial, o en una ley general (como el *Municipal Act*), en una ley especial (como el *Planning Act*), o en un estatuto municipal aprobado por la asamblea legislativa provincial¹⁶¹. La mayor parte de las leyes provinciales permiten aun municipio llevar a cabo un referéndum sobre cualquier asunto en el interior de la competencia municipal. Solo tres Provincias permiten que los referéndums municipales sean iniciados con peticiones populares (British Columbia, Alberta, y Saskatchewan); en las demás, los referéndums municipales deben ser propuestos por el consejo municipal. En todas las provincias excepto Saskatchewan y New Brunswick, los referéndums no son vinculantes, sino solo consultivos, aunque algunas provincias requieren referéndums vinculantes para el endeudamiento más allá de un cierto umbral por parte del municipio (British Columbia, Quebec, New Brunswick). Requisitos específicos (como audiencias públicas o referéndums obligatorios) existen para otros tipos de acciones municipales (por ejemplo, la adopción y la modificación de estatutos de planificación urbanística y edilicia, unión de municipios, o proyectos de desarrollo local).

¹⁶¹ V. por ejemplo *British Columbia, Local Government Act*, R.S.B.C., 1996, c. 323; Vancouver, *Vancouver Charter*, S.B.C., 1953, c. 55; Alberta, *Municipal Government Act*, R.S.A., 2000, c. M-26; Saskatchewan, *Urban Municipality Act*, R.S.S., 1983-1984, c. U-11; Manitoba, *Municipal Act*, 1996, C.C.S.M., c. M225; Ontario, *Municipal Act*, 2001, S.O., c. 25; Quebec, *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, 1987, R.L.R. Q., c. E-2.2. Para una discusión útil de la relación jurídica entre las autoridades provinciales y locales, v. Donald Lidstone, *Assessment of the Municipal Acts of the Provinces and Territories* (2004), disponible en <http://www.fcm.ca/Documents/reports/Assessment_of_the_Municipal_Acts_of_the_Provinces_and_Territories_EN.pdf>.

3. LA AMÉRICA LATINA

1. Liminar

La aparente novedad que supone la inclusión de diversos mecanismos de democracia directa en las más recientes constituciones de las repúblicas de la América Latina, puede conducir a la conclusión apresurada y errónea de que en esta región la participación directa de los ciudadanos en los asuntos políticos se limita al sufragio y ocurre sólo cuando hay elecciones. Si bien es cierto que las constituciones vigentes pueden ser las más prolíficas en reconocer y en regular estos mecanismos en los dos siglos de existencia de estas repúblicas, no lo es menos que en los principales hitos históricos de algunas de estas repúblicas, la participación directa del pueblo ha sido crucial para la formación, consolidación y defensa de sus instituciones políticas y jurídicas, y para preservar su talante democrático, pese a los muchos desafíos que antaño y hogaño ha planteado su complejo devenir histórico.

El tránsito de la monarquía a la república, pasa, de manera necesaria, por la voluntad de los ciudadanos, sin la cual y contra la cual, ninguna empresa emancipadora habría sido posible ni duradera. De las añejas instituciones castellanas, que durante tres siglos es el eje principal del gobierno en la América Latina, es el cabildo. En tan vasto y distante territorio el poder real es atemperado por las autoridades locales, que están conformadas por los vecinos de las ciudades americanas y que, ayuntadas en cabildo son las que se ocupan del gobierno, de la justicia y del bien común. El amplio poder local en América decantará a muchas de sus repúblicas hacia modelos federales y, en todo caso, suscitará una tensión muy fuerte, que aún no está del todo definida, incluso en las repúblicas unitarias, frente a la idea y a la práctica de un poder central. Ante el vacío de poder de la monarquía castellana, por la prisión de Fernando VII en Francia, la América española responde, en buena parte, por medio de sus cabildos. El Cabildo de Santa Fe, el 20 de julio de 1810, en una sesión extraordinaria, abre sus puertas para sesionar con el pueblo de la ciudad, para deliberar sobre la necesidad de asumir un gobierno, así fuere provisional, y, al hacerlo, genera el momento fundacional de lo que luego será la República de Colombia. En el acta de dicho cabildo, se reconoce que los hechos ocurrieron «*en virtud de haberse juntado el pueblo en la plaza pública*» con

el propósito de «*depositar el Supremo Gobierno del Reino*». Para tal propósito los vecinos de Santa Fe proclaman a Regidor José Acevedo y Gómez como su diputado y conforman una diputación compuesta por los señores Manuel de Pombo, Miguel de Pombo y Luis Rubio, también vecinos de esta ciudad, para que fuesen donde el Virrey: Antonio José Amar y Borbón, y le hicieran conocer sus solicitudes, entre las que estaba el poner a disposición de este cuerpo las armas, a lo que el Virrey accedió. De esta manera el cabildo depositó el Gobierno Supremo del Reino en una junta interina de gobierno, con las vivas y las aclamaciones del pueblo. Esta junta ejercería el poder político hasta cuando se formase una Constitución. Los cabildos de las demás ciudades del Nuevo Reino de Granada decidirán de manera autónoma: unos se unirán a Santa Fe, otros se inclinarán por crear la Confederación Granadina y los demás, persistirán en su lealtad al monarca y se resistirán a sumarse a algunas de las empresas anteriores.

Apartir de la separación de la monarquía castellana, los otrora virreinos, capitanías generales y presidencias, entraron en múltiples conflictos internos, en un siglo convulso y sangriento, el Siglo XIX, para forjarse a sí mismos como repúblicas. En el caso de la República de Colombia la sucesión de constituciones efímeras y de proyectos fallidos, culminará con el proceso constituyente de 1886, del que resultará la Carta que durante más de un siglo regirá sus destinos y que le permitirá crear un proyecto común. En este proceso la participación ciudadana tuvo también un papel crucial, pues fue ella la que aprobó, en el ámbito de cada municipalidad, que era la legataria de la tradición del cabildo, los principios que servirían de base al Consejo Nacional de Delegatarios y el procedimiento que debería seguir el cuerpo constituyente. El «*Acuerdo sobre reforma constitucional*» del 30 de noviembre de 1885, es, en realidad, la Ley Fundamental de la República. Sus dieciocho principios son los pilares de la Constitución de 1886 y su fuerza obligatoria -y también su legitimidad-, según lo hace explícito el artículo 3 del Capítulo II del acuerdo, relativo a la tramitación del proceso constituyente, se afianza en la aprobación popular. Son los ciudadanos de ese entonces los que, en el primer referendo de la historia de esta República, aprueban la Ley Fundamental de la República. De las municipalidades existentes en esa época 605 aprobaron dicho acuerdo y 14 no lo hicieron. Al escrutador, que fue la Corte Suprema de Justicia, muchos ciudadanos de tales municipalidades hicieron llegar sus memoriales.

Las dos breves y dolorosas interrupciones que sufrió la tradición democrática de la República de Colombia en el Siglo XX dejaron importantes lecciones para los ciudadanos. La primera, acaecida al empezar el siglo, con la disolución del Congreso y la elección, en nombre del pueblo, pero sin su participación, de una asamblea constituyente y legislativa, le mostró a los ciudadanos la necesidad del control popular del poder político, para asegurar el imperio de la ley, y a los partidos políticos el deber de superar las facciones para recuperar la democracia. De esta unión surge el republicanismo, cuyo principal legado en materia jurídica es el Acto Legislativo 3 de 1910, por medio del cual se modificó la Constitución Política para introducir el control de constitucionalidad de la ley, al acoger la visionaria propuesta del constituyente Nicolás Esguerra Ortiz. Desde esa época y hasta ahora, ciento cinco años después, en esta República cualquier ciudadano puede ejercer la acción pública de inconstitucionalidad y, en consecuencia, demandar ante el tribunal constitucional que declare la inexequibilidad de una ley o de una norma con rango y jerarquía de ley, por ser contraria a la Constitución. En esta tradición de control, garantizada por un tribunal constitucional independiente y por una ciudadanía acuciosa y crítica, ha transcurrido más de la mitad de la historia de la República de Colombia. La segunda, ocurrida en la quinta década del siglo, también exigió mucho de los ciudadanos y de los partidos políticos. Los líderes de los principales partidos políticos tuvieron que dejar de lado las facciones y el furor, para construir un acuerdo de convivencia, que se llegará a conocer como el acuerdo del Frente Nacional. Los ciudadanos, entre los cuales están por primera vez en la historia republicana las mujeres, tendrán la responsabilidad de pronunciarse directamente, en el segundo referendo de la historia de esta república, sobre la aprobación o importación de dicho acuerdo el primer domingo de diciembre de 1957. En virtud de la voluntad de los ciudadanos se reformó la Constitución Política y se superó la crisis¹⁶².

El origen de la constitución actual de la República de Colombia tampoco es ajeno a la participación popular. El proceso que llevará a una Asamblea Constituyente comienza con un movimiento estudiantil que buscó incluir una «*séptima papeleta*» en las urnas, en las elecciones del

¹⁶² Si bien en la correspondiente convocatoria se aludió a un plebiscito, circunstancia de la que ha hecho eco una buena parte de la doctrina, lo cierto es que el objeto de la convocatoria al pueblo fue aprobar o improbar un texto de reforma a la Constitución y este fenómeno, según los términos constitucionales actuales, se considera un referendo.

11 de marzo de 1990, con el propósito de apoyar la convocatoria a dicha asamblea. Estas papeletas se escrutaron de manera informal y los más de dos millones de apoyos dados desencadenaron los acontecimientos que a la postre culminaron con la promulgación, el 4 de julio de 1991, de la Constitución Política. Casi la mitad de los documentos que dan cuenta de la actividad de la asamblea, publicados en la Gaceta Constitucional, contienen numerosos proyectos presentados por ciudadanos. En esta Constitución, como se verá más adelante, la participación del ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder político tiene un lugar preponderante.

2 . El derecho a participar en la conformación, el ejercicio y el control del poder político

Los Estados que reconocen a la democracia como el sistema de interacción entre las personas y las autoridades públicas tienen que enfrentar complejos desafíos a fin de articular correctamente sus diferentes dimensiones. En efecto, la manera de coordinar la democracia típicamente representativa -usualmente contraída a regular los procesos de elección de los representantes así como las formas que deben seguirse para la adopción de las decisiones que les corresponden- y la democracia participativa -cuyo propósito consiste en ampliar las posibilidades de intervención de los ciudadanos en la gestión de los asuntos públicos de manera tal que puedan tomar decisiones directamente- no es siempre una cuestión sencilla. Así por ejemplo suscitan complejas discusiones teóricas y prácticas, preguntas relativas (i) a cuáles son las decisiones que pueden solo tomar los representantes electos y cuáles aquellas que corresponden directamente a los ciudadanos, (ii) a quién tiene la iniciativa para impulsar procesos de producción normativa, (iii) a si es o no posible que los elegidos o los electores revoquen una decisión adoptada por estos o aquellos como ocurre, por ejemplo, en los casos en los que se reconoce la procedencia de un referendo derogatorio respecto de una reforma aprobada por el Congreso o (iv) a cuáles son las hipótesis en las que se debe involucrar la intervención del pueblo para arbitrar un controversia entre poderes públicos. Igualmente se plantean difíciles interrogantes acerca (v) de las posibilidades que deberían tener ciudadanos para el control de la gestión de las autoridades públicas, así como (vi) la relación de tales ciudadanos con los órganos del Estado encargados de controlar la actividad estatal.

Además de esta consideración general entre los problemas de la democracia representativa cuando entra en tensión con demandas propias de la democracia participativa, se encuentra también aquella que indica la importancia de establecer una distinción analítica de la democracia según si la participación de los ciudadanos tiene por objeto conformar, ejercer o controlar el poder político dando lugar, por ejemplo, a que algunos Tribunales Constitucionales establezcan una distinción entre la democracia como representación, la democracia como decisión y la democracia como control¹⁶³.

A cada una de esas dimensiones se anuda un haz de derechos constitucionales de diferente contenido y cuyo reconocimiento es, prima facie, esencial para un sistema democrático. Así, por ejemplo, a la democracia como representación (conformación del poder político) se vincula el derecho a tomar parte en elecciones de representantes a corporaciones públicas o a cargos uninominales, así como el derecho a presentarse como candidato. A su vez a la democracia como decisión (ejercicio del poder político) se asocian diversos tipos de derechos entre los que se encuentran, por ejemplo, el derecho a presentar propuestas normativas ante corporaciones públicas, el derecho a promover mecanismos de modificación normativa tomando parte en las decisiones correspondientes o el derecho a pronunciarse sobre asuntos sometidos a consideración de la ciudadanía por parte de las autoridades públicas. Finalmente a la democracia como control (control del poder político) se adscriben diferentes garantías como el derecho a presentar acciones judiciales en defensa de la Constitución o de la ley, a revocar el mandato de los elegidos cuando no han cumplido el programa propuesto a la ciudadanía, a participar en cabildos abiertos o en procesos de rendición de cuentas dirigidos a examinar la gestión de las autoridades, a intervenir en actividades de presuestación participativa y, en general, a auditar la gestión pública concreta de las diferentes autoridades.

Es entonces evidente que uno de los desafíos más importantes para los sistemas democráticos cuando ellos operan en Estados que asignan a las autoridades públicas un creciente número de obligaciones para el cumplimiento de sus fines, consiste en la profundización de la democracia participativa y, en esa medida, en las dimensiones relativas a la democracia

¹⁶³ En esa dirección se encuentra por ejemplo el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-150 de 2015.

como ejercicio del poder político y a la democracia como control de dicho poder. Una revisión de los textos constitucionales de la América Latina permite constatar que en varios de ellos, mediante diversos instrumentos y con intensidad variable, se reconocen estas dimensiones de la democracia al prever no solo las tradicionales instituciones de la democracia representativa, sino también formas complejas de democracia directa o semi-directa, que habilitan a los ciudadanos no solo para tomar directamente determinadas decisiones sino también para emprender acciones encaminadas a vigilar o auditar la actividad de quienes ejercen el poder político.

La democracia participativa revitaliza el agudo reconocimiento de que la soberanía se encuentra radicada en el pueblo y que, pese a que puede delegarse su ejercicio en los representantes, los ciudadanos siempre conservan la facultad para expresarse directamente. Esta posibilidad de manifestación no intermediada suscita diferentes problemas relacionados (i) con la manera en que se institucionaliza para expresarse y (ii) con las relaciones que deben existir entre el pronunciamiento directo del pueblo y las competencias de actuación asignadas a los funcionarios electos. Así, por ejemplo, los ordenamientos prevén reglas diferentes en relación con las materias que pueden ser objeto de referendo evidenciando, en algunos casos, altos niveles de confianza acerca de la posibilidad de los ciudadanos de decidir asuntos especialmente complejos y, en otros casos, limitando sus posibilidades de intervención en consideración al objeto de la decisión. Igualmente, las reglas relacionadas con el nivel de apoyo para las diferentes iniciativas no son uniformes registrándose diferencias tanto en el porcentaje del censo electoral que debe apoyar una determinada iniciativa, como en el nivel de participación en la votación cuando ella se requiere.

La participación de los ciudadanos mediante el control tiene también diferentes variantes al menos desde una perspectiva constitucional. En algunos casos se reconoce de manera muy explícita como parte de los derechos políticos la posibilidad de los ciudadanos de participar, emprendiendo actividades de control, en determinadas instancias públicas, al paso que en otros casos dicho reconocimiento no resulta explícito. Al margen de ello los modelos democráticos de la América Latina sí reconocen en algún grado y al menos formalmente, la facultad de los ciudadanos para hacer seguimiento a la actuación pública y a promover las acciones, más allá de las elecciones periódicas, para cuestionar y sancio-

nar a los funcionarios públicos. Así ocurre, por ejemplo, con el reconocimiento de la posibilidad de acudir a la revocatoria del mandato de funcionarios electos, prevista en varios ordenamientos. En estos casos el pueblo, elector en su momento, ejerce el derecho a revocar a quienes, por ejemplo, no han honrado las promesas de campaña, incumpliendo así el mandato impuesto al ejercer el derecho al voto.

El presente trabajo se ocupa principalmente de describir de manera general los referentes más importantes para comprender los sistemas democráticos desde la perspectiva de su dimensión participativa. En ese contexto la preocupación central gira alrededor de los mecanismos a disposición de la ciudadanía o bien para ejercer el poder político mediante el impulso de iniciativas o la toma de decisiones en asuntos que pueden afectarla, o bien para controlarlo efectivamente mediante el seguimiento de las actuaciones de los órganos del Estado y de las autoridades públicas. El balance acerca de la regulación vigente no permite concluir la uniformidad de los diferentes ordenamientos jurídicos. Por el contrario, son evidentes las diferencias normativas en asuntos relacionados (i) con el grado de reconocimiento constitucional de instrumentos de participación ciudadana, (ii) con la profundidad con que ella puede manifestarse y (iii) con los supuestos en los que el recurso al pueblo, propio de la constituciones republicanas, se hace posible. Este trabajo se ocupa entonces de presentar una visión panorámica al respecto que pueda contribuir con la descripción del estado actual en la materia.

3. El ejercicio popular del poder político

La democracia directa, entendida como ejercicio popular del poder político, en las constituciones de las repúblicas de la América Latina, tiene tres elementos jurídicos relevantes a considerar: (i) la cláusula definitoria del Estado Social y Democrático de Derecho, (ii) los derechos políticos del ciudadano y (iii) los mecanismos de participación propiamente dichos. Enseguida se dará cuenta de cada uno de estos elementos según un orden alfabético.

La cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho tiene las siguientes formulaciones¹⁶⁴: Argentina tiene un gobierno representativo re-

¹⁶⁴ En cada caso, la referencia se hace a partir del artículo correspondiente de la constitución de la república.

publicano federal¹⁶⁵; Bolivia es un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías¹⁶⁶; Brasil es un Estado Democrático de Derecho¹⁶⁷; Chile es una república unitaria¹⁶⁸ y democrática¹⁶⁹; Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma unitaria, descentralizada, democrática, participativa y pluralista¹⁷⁰; Costa Rica es una república democrática, libre e independiente¹⁷¹ con un gobierno popular, representativo, participativo, alternativo y responsable¹⁷²; Ecuador es un Estado Social de Derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico¹⁷³; El Salvador es un estado soberano¹⁷⁴ y su gobierno es republicano, democrático y representativo¹⁷⁵; Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, cuyo sistema de gobierno es republicano, democrático y representativo¹⁷⁶; Honduras es un Estado de

¹⁶⁵ Artículo 1°.- La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución.

¹⁶⁶ Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

¹⁶⁷ Art. 1. La República Federal del Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: 1. la soberanía; 2. la ciudadanía; 3. la dignidad de la persona humana; 4. los valores sociales del trabajo y la libre iniciativa; 5. el pluralismo político. Párrafo único. Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos directamente, en los términos de esta Constitución.

¹⁶⁸ Artículo 3°. El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley.

¹⁶⁹ Artículo 4°. Chile es una república democrática.

¹⁷⁰ Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹⁷¹ Aerículo 1°.- Costa Rica es una república democrática, libre e independiente.

¹⁷² Art. 9. — El Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y responsable. Lo ejercen el pueblo y tres Poderes distintos e independientes entre sí. El Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. (Así reformado por la Ley N° 8364 de 01 de julio de 2003).

¹⁷³ Art. 1.- El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.

¹⁷⁴ Art. 83.- El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución.

¹⁷⁵ Art. 85.- El Gobierno es republicano, democrático y representativo.

¹⁷⁶ Artículo 140.- Estado de Guatemala. Guatemala es un Estado libre, independiente y soberano, organizado para garantizar a sus habitantes el goce de sus derechos y de sus libertades. Su sistema de Gobierno es republicano, democrático y representativo.

Derecho, soberano, constituido como República libre, democrática e independiente¹⁷⁷; la República Dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho¹⁷⁸, cuyo pueblo puede ejercer el poder político por medio de sus representantes o en forma directa¹⁷⁹; México es una república representativa, democrática, laica y federal¹⁸⁰; Nicaragua tiene un gobierno republicano y democrático representativo¹⁸¹; Panamá es un Estado soberano e independiente, con un gobierno unitario, republicano, democrático y representativo¹⁸²; Paraguay es un Estado Social de Derecho, unitario, indivisible y descentralizado, que adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista¹⁸³; Perú es una república democrática, social, independiente y soberana¹⁸⁴; Uruguay tiene un gobierno democrático republicano¹⁸⁵; y Venezuela es un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia¹⁸⁶.

La mayoría de las constituciones de las repúblicas de la América Latina reconocen que la soberanía reside en el pueblo, con la excepción de

¹⁷⁷ Artículo 1. Honduras es un Estado de Derecho, soberano, constituido como República libre, democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social.

¹⁷⁸ Artículo 7.- Estado Social y Democrático de Derecho. La República dominicana es un Estado Social y Democrático de Derecho, organizado en forma de República unitaria, fundado en el respeto de la dignidad humana, los derechos fundamentales, el trabajo, la soberanía popular y la separación e independencia de los poderes públicos.

¹⁷⁹ Artículo 2.- Soberanía popular. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, de quien emanan todos los poderes, los cuales ejerce por medio de sus representantes o en forma directa, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes.

¹⁸⁰ Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental. *Artículo reformado DOF 30-11-2012.*

¹⁸¹ Art. 9.- El Gobierno del Estado es republicano y democrático representativo.

¹⁸² Artículo 1.- La Nación panameña está organizada en Estado soberano e independiente, cuya denominación es República de Panamá. Su gobierno es unitario, republicano, democrático y representativo.

¹⁸³ Artículo 1 - DE LA FORMA DEL ESTADO Y DE GOBIERNO. La República del Paraguay es para siempre libre e independiente. Se constituye en Estado social de derecho, unitario, indivisible, y descentralizado en la forma que se establecen esta Constitución y las leyes. La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.

¹⁸⁴ Artículo 43. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

¹⁸⁵ Artículo 82. La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana.

¹⁸⁶ Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

las de Chile y Costa Rica, en las cuales se alude a la Nación. La circunstancia de que algunas repúblicas tengan por soberano al pueblo y otras a la Nación, no tiene mayores implicaciones para el ejercicio popular del poder político, pues esto en realidad depende del modelo democrático que se elige, que puede ser representativo, participativo o mixto. Esto depende en buena parte de los derechos políticos que se reconocen al ciudadano y de los instrumentos o mecanismos de participación de que dispone para ejercer dicho poder de manera directa.

La historia de cada una de las repúblicas de la América Latina ha propiciado la aparición de diversas instituciones en cuanto atañe a los derechos y a los mecanismos de participación democrática de los ciudadanos, que pueden caracterizarse en una fenomenología común.

En la República de Argentina, acaso por las recurrentes y dolorosas interrupciones sufridas por su tradición democrática, se reconoce a los ciudadanos el «*derecho a la resistencia*» contra quienes ejecuten actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático¹⁸⁷ y, en materia de democracia directa, se prevé la iniciativa legislativa popular¹⁸⁸ y dos tipos de consulta popular¹⁸⁹: la vinculante, que versa sobre un proyecto de ley, la plantea el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, y de ser acogida implica que el proyecto se convierte en ley y se promulga de manera automática, y la no vinculante, que puede ser convocada por el Congreso o el Presidente, dentro de sus respectivas competencias. En este evento el voto no será obligatorio.

En la República de Bolivia, que tiene una numerosa población aborigen, la democracia es participativa, representativa y comunitaria. La democracia comunitaria y, en general, la acepción comunitaria, que se emplea también en otros contextos, se refiere a las naciones y pueblos indígenas. En este contexto los ciudadanos tienen derecho a participar en la formación, el ejercicio y el control del poder político¹⁹⁰ y, en materia de democracia directa, está previsto un amplio número de mecanismos de participación¹⁹¹, que incluye el referendo, la iniciativa legislativa popular, la revocatoria del mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta

¹⁸⁷ Artículo 36 de la Constitución.

¹⁸⁸ Artículo 39 de la Constitución.

¹⁸⁹ Artículo 40 de la Constitución.

¹⁹⁰ Artículo 26 de la Constitución.

¹⁹¹ Artículo 11 II de la Constitución.

previa. En esta última es evidente la influencia del Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales. En cuanto a la regulación de estos mecanismos, la Constitución prevé: (i) que toda persona elegida, salvo el órgano judicial, puede ser revocada de su mandato, cuando haya transcurrido al menos la mitad de su período y no se esté en el último año de gestión, en un «*referendo revocatorio*»¹⁹²; (ii) que el pueblo, por medio de la sociedad civil, puede participar en el diseño de políticas públicas y ejercer el control de las entidades que administren recursos fiscales y de la calidad de los servicios públicos¹⁹³; (iii) que, para formar parte del ordenamiento jurídico interno, los tratados internacionales relativos a cuestiones limítrofes, cesión de competencias institucionales en procesos de integración, o, con indiferencia de su materia, cuando así lo solicite el 5% del padrón electoral o el 35% de los representantes de la Asamblea Plurinacional, deben ser aprobados por el pueblo en referendo, y que esta misma iniciativa puede emplearse para solicitar la suscripción de un tratado¹⁹⁴; y (iv) que la constitución de una autonomía indígena originario campesina debe ser sometida a consulta previa y la conversión de un municipio en autonomía indígena originario campesina debe ser aprobada mediante referendo¹⁹⁵.

En la República de Brasil el pluralismo político se reconoce como una de sus bases¹⁹⁶, de tal suerte que el voto es obligatorio y, además, el ciudadano puede manifestarse por medio del plebiscito, el referendo y la iniciativa popular¹⁹⁷. El plebiscito tiene incidencia en materia territorial, pues para la integración, subdivisión o desmembración de los Estados miembros de la Federación, es necesaria la aprobación popular de las personas directamente interesadas mediante un plebiscito¹⁹⁸. Tanto la convocatoria de un plebiscito como la autorización de un referendo, son de competencia exclusiva del Congreso Nacional¹⁹⁹. Si bien la regulación de la iniciativa popular está deferida a la ley²⁰⁰, el texto constitucional prevé que para su ejercicio se requiere que el proyecto venga suscrito por

¹⁹² Artículo 240 de la Constitución.

¹⁹³ Artículo 241 de la Constitución.

¹⁹⁴ Artículos 257 y 259 de la Constitución.

¹⁹⁵ Artículo 294 de la Constitución.

¹⁹⁶ Artículo 1 de la Constitución.

¹⁹⁷ Artículo 14 de la Constitución.

¹⁹⁸ Artículo 18 de la Constitución.

¹⁹⁹ Artículo 49.15 de la Constitución.

²⁰⁰ Artículo 27 de la Constitución.

al menos el 1% del electorado nacional, distribuido en al menos cinco estados, con no menos de 3/10% de los electores de cada uno de ellos²⁰¹.

En la República de Chile no es infrecuente la necesidad de acudir al pueblo en determinadas materias, de manera institucional y ordinaria, tal y como ocurre con las elecciones periódicas. El mecanismo de democracia directa empleado es el plebiscito²⁰². El pueblo, por medio del plebiscito, define la controversia que puede surgir entre el Presidente de la República y el Congreso, cuando el primero decide rechazar el proyecto aprobado por las dos cámaras del segundo y éstas insistieren, con un voto calificado en su aprobación²⁰³, evento en el cual el Presidente de la República puede hacer la correspondiente convocatoria²⁰⁴, la cual tiene un control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional²⁰⁵.

Dado que a la República de Colombia se dedicará un análisis más detallado en una sección ulterior de este escrito, no es necesario referirse a ella en este momento, sino que basta remitir al lector a dicha sección.

En la República de Costa Rica los ciudadanos tienen una iniciativa popular en materia de reforma constitucional y en materia legislativa²⁰⁶. Si bien la regulación de esta iniciativa está deferida a la ley, la Constitución precisa que para su ejercicio se requiere del 5% del padrón electoral y que, en algunas materias como las presupuestarias, tributarias, fiscales, de aprobación de empréstitos, contratos y actos de naturaleza administrativa, no procederá.

En la República de Ecuador es evidente el predominio del poder del Presidente en el diseño de los mecanismos democráticos, lo que podría explicarse a partir de las continuas y delicadas crisis de gobernabilidad acaecidas en las últimas décadas. Los ciudadanos pueden participar en asuntos de interés público y, en consecuencia, tiene a su disposición varios mecanismos de democracia directa, como la iniciativa popular normativa, la consulta popular y la revocatoria del mandato²⁰⁷. La iniciativa popular puede ejercerse para promover la creación, reforma o derogatoria

²⁰¹ Artículo 61.2 de la Constitución.

²⁰² Artículos 5 y 15 de la Constitución.

²⁰³ Artículo 128 de la Constitución.

²⁰⁴ Artículo 32.4 de la Constitución.

²⁰⁵ Artículo 93 de la Constitución.

²⁰⁶ Artículo 123 de la Constitución.

²⁰⁷ Artículo 61 de la Constitución.

de normas dictadas por el legislador o por cualquier otro órgano con competencia normativa; debe estar respaldada por al menos el 0.25% de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente; el órgano ante el cual se ejerza tiene un término perentorio de 180 días para estudiar la propuesta y, si no lo hace, ésta entrará en vigencia; si se trata de un proyecto de ley, el Presidente podrá enmendarlo pero no vetarlo totalmente; si se trata de un proyecto de reforma constitucional, el respaldo debe ser no menos del 1% de las personas inscritas en el registro electoral y, mientras se tramita, no puede presentarse otro proyecto de reforma constitucional de iniciativa popular²⁰⁸. La consulta popular está prevista en los más amplios términos, pues el Presidente de la República puede convocarla «sobre los asuntos que estime convenientes», por sí mismo o a solicitud de los gobiernos autónomos descentralizados o de la ciudadanía, que no pueden hacer esta solicitud respecto de asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país y, en todo caso, las preguntas propuestas requerirán el dictamen previo de la Corte Constitucional²⁰⁹. La revocatoria del mandato procede respecto de todas las autoridades de elección popular, y se puede presentar después del primer año del período del elegido y antes del último año del mismo, cuando se tiene el respaldo de no menos del 10% de las personas inscritas en el registro electoral, aunque si se trata del Presidente de la República este porcentaje se incrementa al 15%.

En la República de El Salvador, en cierta forma como se hace en Argentina y probablemente por una causa parecida, se reconoce a los ciudadanos el «derecho a la insurrección», para restablecer el orden constitucional alterado por la transgresión de las normas relativas a la forma de gobierno, al sistema político establecido o por graves violaciones a los derechos constitucionales²¹⁰. No obstante, en cuanto atañe a la democracia directa, la Constitución no prevé ningún mecanismo de participación popular, sino que más bien reitera que la democracia es representativa, que trata de proteger con medidas como la prohibición de un partido único oficial y como la exigencia de que los partidos deben sujetarse a los principios de la democracia representativa²¹¹.

²⁰⁸ Artículo 103 de la Constitución.

²⁰⁹ Artículo 104 de la Constitución.

²¹⁰ Artículos 87 de la Constitución.

²¹¹ Artículo 85 de la Constitución.

En la República de Guatemala la situación de los ciudadanos no es muy diferente, pues el poder político es ejercido por los delegados del pueblo²¹², de tal suerte que no se hace mención alguna de los mecanismos de participación ciudadana. Se alude sí, a un especial tipo del derecho de petición, en materia política, que sólo puede ser ejercido por los guatemaltecos, respecto de la cual se prevé que, si no se resuelve en menos de ocho días, se tendrá por negada²¹³.

En la República de Honduras, según la reforma constitucional de 2011, para fortalecer la democracia representativa, los ciudadanos tienen a su disposición dos mecanismos de participación directa: el referendo y el plebiscito. El referendo puede convocarse para aprobar o improbar una ley ordinaria, una norma constitucional o una reforma constitucional. El plebiscito se convocará para solicitar a los ciudadanos un pronunciamiento sobre asuntos constitucionales, legislativos o administrativos, respecto de los cuales las autoridades no hayan tomado una decisión previa. Para solicitar el referendo o el plebiscito, entre otros, se reconoce iniciativa legislativa a los ciudadanos, cuando cuenten con el respaldo del 2% de los inscritos en el censo; el Congreso deberá tramitar el proyecto y determinar los extremos de la consulta, que sería el género más próximo de las especies referendo y plebiscito, por mayoría simple si se trata de leyes y por mayoría calificada de 2/3 cuando se trata de asuntos constitucionales; las consultas se deben hacer preferentemente en la fecha de las elecciones generales; la participación en ellas es obligatoria para los ciudadanos; para su aprobación se requiere de una participación no inferior al 51% de la participación de la última elección general y el voto afirmativo de la mayoría de los votos válidos; de aprobarse, la nueva norma no requiere de sanción del Presidente, ni puede ser vetada por éste, sino que debe publicarse para entrar en vigor; las normas que resulten del ejercicio de estos mecanismos sólo pueden ser derogadas o reformadas mediante el mismo proceso de su aprobación²¹⁴.

En la República Dominicana, cuya constitución es también muy reciente, se reconocen a los ciudadanos la posibilidad de ejercer la iniciativa legislativa popular y la posibilidad de decidir los asuntos que se les propongan mediante referendo, sin perjuicio del derecho a formular

²¹² Artículo 141 de la Constitución.

²¹³ Artículo 137 de la Constitución.

²¹⁴ Artículo 5 de la Constitución.

peticiones a los poderes públicos²¹⁵. La iniciativa popular legislativa requiere para su ejercicio del apoyo de no menos del 2% de los inscritos en el registro de electores²¹⁶, los demás elementos de su regulación están deferidos a la ley. En el ámbito municipal los ciudadanos pueden ejercer, además de la iniciativa normativa y el referendo, el plebiscito, pero sobre esta materia la regulación se defiere a la Ley Orgánica de Administración Local²¹⁷. El referendo, que se denomina también consulta popular, también estará regulado por la ley. No obstante, hay tres reglas constitucionales relativas a él, a saber: las dos primeras, previstas en el artículo 210 de la Constitución, son la de que el referendo no puede tener por objeto la aprobación ni la revocación del mandato de ninguna autoridad, sea electa o sea designada, y la de que para su aprobación se requerirá el voto de 2/3 de los presentes en cada cámara; la tercera, prevista en el artículo 272 de la Constitución, establece que las reformas constitucionales relativas a derechos, garantías fundamentales y deberes, ordenamiento territorial y municipal, régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, régimen de moneda, y los procedimientos de reforma de la Constitución, requieren de la ratificación de los ciudadanos por medio de un referendo aprobatorio.

En la República de México, los pueblos y las comunidades indígenas tienen una autonomía²¹⁸, dentro de la cual sus miembros pueden tener diversos mecanismos de participación ciudadana, conforme a sus propias tradiciones. Como ya se vio en otras repúblicas de Centroamérica, se reconoce a los ciudadanos un derecho de petición en materia política, que sólo pueden ejercer los ciudadanos²¹⁹. A partir de las reformas hechas en los últimos años, en especial de las introducidas en 2013 y 2014, la Constitución prevé el mecanismo de planeación democrática, para permitir la participación y la consulta popular en la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y de los programas de desarrollo²²⁰. Esta novedad bien puede deberse, al menos en parte, como ya se dijo en el caso de Bolivia, al Convenio 169 de la OIT, que en su artículo 7 establece la participación de los pueblos indígenas y tribales en la planeación.

²¹⁵ Artículo 22 de la Constitución.

²¹⁶ Artículo 97 de la Constitución.

²¹⁷ Artículo 203 de la Constitución.

²¹⁸ Artículo 2 de la Constitución.

²¹⁹ Artículo 8 de la Constitución.

²²⁰ Artículo 26 de la Constitución.

Además de este mecanismo, en materia de democracia directa, los ciudadanos tienen iniciativa legislativa y consulta popular²²¹. Los ciudadanos, en un número no menor al 0.13% de la lista nominal de electores, tienen el derecho de iniciar leyes o decretos²²². La consulta popular, cuando es sobre temas de trascendencia nacional, puede ser convocada, entre otros, por los ciudadanos con el respaldo de al menos 2% de la lista nominal de electores, sin necesidad de la aprobación de la mayoría de cada cámara del Congreso; si la participación es de al menos el 40% de la lista nominal de electores, su resultado será vinculante para las autoridades; no puede ser objeto de la consulta la restricción de los derechos humanos reconocidos por la Constitución, los principios previstos en el artículo 40 (ver nota 19), la materia electoral, los ingresos y gastos del Estado, la seguridad nacional y la organización, funcionamiento y disciplina de la fuerza armada permanente; la consulta se hará el mismo día de la jornada electoral federal; antes de su convocatoria, la Corte de Justicia de la Nación resolverá sobre su constitucionalidad²²³.

En la República de Nicaragua no se hace mención a ningún mecanismo de democracia directa, sino que se repite la fórmula, tan común en esta parte de la América Latina, de que los ciudadanos tienen derecho a hacer peticiones para fines políticos²²⁴.

En la República de Panamá prevé tanto la iniciativa popular como el referendo en los asuntos atribuidos a los concejos²²⁵. La iniciativa se prevé también tramitar la fusión de dos municipios²²⁶ y para convocar una asamblea constituyente paralela²²⁷. Por su parte, el referendo está previsto, además, para aprobar reformas a la Constitución hechas por medio de Actos Constitucionales por la Asamblea Nacional²²⁸ o por la Asamblea Constituyente Paralela²²⁹ y para aprobar tratados internacionales relativos al canal interoceánico²³⁰.

²²¹ Artículo 35 de la Constitución.

²²² Artículo 71 de la Constitución.

²²³ Artículo 35 VII de la Constitución.

²²⁴ Artículo 29 de la Constitución.

²²⁵ Artículo 239 de la Constitución.

²²⁶ Artículo 238 de la Constitución.

²²⁷ Artículo 314 de la Constitución.

²²⁸ Artículo 313 de la Constitución.

²²⁹ Artículo 314 de la Constitución.

²³⁰ Artículo 325 de la Constitución.

En la República de Paraguay se reconocen los que, hasta altura del asunto, parecen ser los mecanismos de democracia directa más usuales en la América Latina, la iniciativa legislativa y el referendo. El artículo 123 de la Constitución reconoce el derecho a la iniciativa popular legislativa, pero deja su regulación a la ley. En cuanto al referendo la Constitución va un poco más allá, pues precisa que, sin perjuicio a las reglas que fije la ley, éste puede ser, como en el caso de Argentina, vinculante o no vinculante, y señala que las relaciones internacionales, los tratados internacionales, las expropiaciones, la defensa nacional, la limitación de la propiedad inmobiliaria, los sistemas monetarios y bancarios, los empréstitos, el presupuesto y las elecciones, no pueden ser objeto de referendo²³¹. También se prevé que los ciudadanos, con el respaldo de 30 electores, pueden proponer enmiendas a la Constitución, las cuales deben ser aprobadas por ambas cámaras y por el pueblo en referendo²³².

En la República de Perú los mecanismos de democracia directa son el referendo, la iniciativa legislativa, la revocatoria del mandato de algunas autoridades y la demanda de rendición de cuentas²³³. Se puede someter a referendo los proyectos de normas constitucionales, de normas legales, de normas municipales y las normas sobre proceso de descentralización, pero no puede ser objeto de referendo la supresión o disminución de los derechos fundamentales, las normas tributarias o presupuestales ni los tratados internacionales en vigor²³⁴. Las reformas de la Constitución deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de los congresistas y ser ratificadas por referendo. Esto último puede obviarse si la reforma es aprobada en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una mayoría de 2/3 de los congresistas²³⁵. Por medio de referendo se puede, también, integrar dos o más departamentos para constituir una región, o dos o más provincias y distritos para cambiar de circunscripción regional²³⁶. Los ciudadanos tienen iniciativa para la formación de las leyes²³⁷, conforme a lo previsto en la ley correspondiente, y de las reformas constitucionales²³⁸, cuando se cuente con el respaldo del 0.3% de la población electoral. Es posible

²³¹ Artículos 121 y 122 de la Constitución.

²³² Artículo 290 de la Constitución.

²³³ Artículos 2 y 31 de la Constitución.

²³⁴ Artículo 32 de la Constitución.

²³⁵ Artículo 206 de la Constitución.

²³⁶ Artículo 190 de la Constitución.

²³⁷ Artículo 107 de la Constitución.

²³⁸ Artículo 206 de la Constitución.

revocar el mandato de los alcaldes y regidores, que son autoridades de elección popular y pueden ser reelegidos²³⁹.

En la República de Uruguay el ciudadano tiene iniciativa legislativa y referendo derogatorio, pero no puede ejercer estos mecanismos de democracia directa respecto de leyes que establezcan tributos, ni en aquellos casos que sean de iniciativa privativa del poder ejecutivo²⁴⁰. La iniciativa puede ejercerse para reformar la Constitución, por al menos el 10% de los ciudadanos inscritos en el Registro Cívico Nacional; las cámaras pueden formular proyectos sustitutivos al presentado por los ciudadanos; si el proyecto es de iniciativa popular o no, se deben someter a referendo popular y serán aprobados por la mayoría absoluta de los ciudadanos que acudan a los comicios, cuyo número debe ser por lo menos del 35% del total de inscritos en el Registro Cívico Nacional; también se debe someter a referendo el o los proyectos redactados por la Convención Nacional Constituyente, si se llegare a convocar²⁴¹.

En la República de Venezuela, como ocurre en Ecuador y en Colombia, el elenco de mecanismos de participación democrática es amplio, pues incluye el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa constituyente, constitucional y legislativa, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos, cuya decisión es vinculante²⁴². El referendo, que está previsto para materias de especial trascendencia nacional, puede llevarse a cabo por iniciativa del Presidente de la República, de la mayoría de la Asamblea Nacional o de al menos el 10% de los ciudadanos inscritos en el registro civil y electoral²⁴³. Se puede someter también a referendo los proyectos de ley en trámite en la Asamblea Nacional, si así lo decide 2/3 de sus miembros y los tratados internacionales que pudieren comprometer la soberanía o transferir competencias a órganos supranacionales, cuando así lo decida el Presidente de la República, 2/3 de los miembros de la Asamblea Nacional o el 15% de los electores inscritos en el registro civil y electoral²⁴⁴. El referendo puede ser abrogatorio de leyes o de decretos con fuerza de ley, pero no es posible proponer este tipo de referendo respecto de leyes de presupuesto, de

²³⁹ Artículo 194 de la Constitución.

²⁴⁰ Artículo 79 de la Constitución.

²⁴¹ Artículo 331 de la Constitución.

²⁴² Artículo 70 de la Constitución.

²⁴³ Artículo 71 de la Constitución.

²⁴⁴ Artículo 3 de la Constitución.

impuestos, de crédito público, de amnistía, o que protejan, garanticen o desarrollen derechos humanos y aprueben tratados internacionales²⁴⁵. La revocatoria del mandato es posible respecto de todos los cargos de elección popular y puede proponerse después de la mitad del período, por no menos del 20% de los electores; para aprobarse la revocatoria se requiere una participación superior al 25% de los electores inscritos, y que la votación a favor de la revocatoria tenga un número igual o superior al número con el cual se eligió al funcionario²⁴⁶. La iniciativa popular constituyente, es decir, para convocar a una Asamblea Nacional Constituyente, puede ser ejercida por al menos el 15% de los electores inscritos²⁴⁷; la iniciativa popular constitucional, valga decir, para proponer enmiendas necesita del 15% de los ciudadanos inscritos²⁴⁸; la iniciativa popular legislativa requiere de al menos un 0.1% de los electores inscritos²⁴⁹. En la conformación del Poder Ciudadano, se prevé que, en caso de no haber acuerdo entre en la Asamblea Nacional, en cuanto a la escogencia del titular de dicho poder, se someterá la terna elaborada por el Consejo Moral Republicano a consulta popular²⁵⁰.

4 . El control popular del poder político

La apretada síntesis precedente, da cuenta de que el fenómeno de la democracia directa, al menos en los últimos años, ha tenido una gran acogida en las constituciones de la América Latina. Ante un panorama así, es fácil caer en la tentación de pensar que la democracia directa en este continente se agota en los mecanismos de ejercicio popular del poder político. Sin embargo, como se advirtió desde el comienzo de este escrito, una de las facetas más importantes de la democracia, al menos en lo que ha sido la tradición jurídica *sub examine*, es la del control de los actos de las autoridades públicas.

Este control, que en no pocas ocasiones implica manifestaciones sociales, como ocurre con lo que en Colombia se conoce como redes de veedores, tiene una faceta jurídica de la mayor importancia: el control de

²⁴⁵ Artículo 74 de la Constitución.

²⁴⁶ Artículo 72 de la Constitución.

²⁴⁷ Artículo 348 de la Constitución.

²⁴⁸ Artículo 341 de la Constitución.

²⁴⁹ Artículo 204 de la Constitución.

²⁵⁰ Artículo 279 de la Constitución.

constitucionalidad de las normas jurídicas, que ha venido permeando con notable éxito nuestras constituciones y que incluso ha llegado a generar, en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la propuesta de ejercer otro control normativo, esta vez de convencionalidad, sobre la validez de las normas jurídicas internas de los estados que hacen parte del sistema interamericano de derechos humanos.

La faceta democrática del control de constitucionalidad, en una característica que parece ser peculiar de la tradición jurídica de esta parte del mundo, es la posibilidad de que la acción de inconstitucionalidad contra las normas jurídicas sea ejercida por cualquier ciudadano, como un verdadero derecho político. En esta senda, que en el caso de la República de Colombia es más que centenaria y, por qué no decirlo, ha marcado su tradición democrática, también transitan otras repúblicas, al punto de convertir a sus tribunales constitucionales en lugares en los cuales el débil ciudadano puede hacer frente a los poderes públicos, para defender la Constitución y, con ella, el imperio del derecho. Por ello, quizá merezca la pena decir algo sobre la suerte de este control judicial democrático.

El Supremo Tribunal Federal de Brasil tiene competencia para conocer y juzgar la acción directa de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales²⁵¹; el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia conoce de la acción de inconstitucionalidad²⁵² que puede presentar contra toda norma jurídica contraria a la Constitución cualquier persona²⁵³; la Corte Constitucional de Ecuador también tiene esta competencia respecto de las acciones públicas de inconstitucionalidad²⁵⁴; igual ocurre con la Corte Suprema de Honduras²⁵⁵, con la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador²⁵⁶, con la Corte Suprema de Panamá²⁵⁷, con el Tribunal Constitucional del Perú²⁵⁸, con el Tribunal Constitucional de la República Dominicana²⁵⁹.

²⁵¹ Artículo 102.1 de la Constitución.

²⁵² Artículo 202.1 de la Constitución.

²⁵³ Artículo 132 de la Constitución.

²⁵⁴ Artículo 436.2 de la Constitución.

²⁵⁵ Artículo 185.1 de la Constitución.

²⁵⁶ Artículo 174 de la Constitución.

²⁵⁷ Artículo 206.1 de la Constitución.

²⁵⁸ Artículo 202.1 de la Constitución.

²⁵⁹ Artículo 185.1 de la Constitución.

5. La experiencia de la República de Colombia.

La adopción de la Constitución Política en Colombia fue el resultado de un proceso democrático de enorme complejidad. En dicho proceso, luego de múltiples obstáculos e incluso a pesar de lo prescrito en la Constitución en ese entonces vigente conforme a la cual su modificación solo procedía mediante decisión del Congreso, se reconoció que el poder constituyente primario pretendía pronunciarse y, por virtud de ello, se permitió la conformación de la Asamblea Nacional Constituyente que, en un ambiente de nutrida participación y con la promesa de profundizar la democracia, expidió la Constitución en la actualidad vigente disponiendo, en su artículo 1º, que El Estado Colombiano es una República democrática, participativa y pluralista.

El carácter marcadamente democrático y participativo del proceso constituyente de 1991 se refleja con claridad en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia al declarar inexecutable los límites que el Gobierno Nacional pretendía imponer a la competencia de la Asamblea Constituyente. Indicó en ese entonces:

«No escapa a la Corte la trascendencia y alcance de la decisión que ahora profiere y los riesgos que algunos señalan en forma premonitória; pero también considera que dentro de la tradición política y jurídica de la República que arranca desde los albores de la Independencia, existe un plexo de convicciones y principios que legitiman la validez del sistema democrático y que de seguro obligaran a los ciudadanos a proceder con la mas elevada responsabilidad, y a la Asamblea Nacional Constitucional a interpretar las necesidades y esperanzas de la Nación que tiene derecho a buscar nuevos caminos que garanticen un mejor proyecto de vida de normal convivencia, paz, libertad y justicia social.

(...)

En efecto, por cuanto la Asamblea Nacional Constitucional que será conformada por el pueblo como Constituyente Primario en las elecciones que se convocan para el próximo 9 de diciembre no puede ser limitada en su competencia, como lo señala el Decreto 1926 de 1990, la Corte procederá a declarar como inexecutable todas aquellas limitaciones que en la parte motiva y en la parte resolutive implican restricción al ejercicio pleno de su soberanía. Entre ellas, particularmente, las referentes al temario acordado por las fuerzas políticas; las que contienen el numeral 4º

de las bases del Acuerdo político; las del numeral 15 de las mismas que facultan a la Corte para revisar los actos del constituyente primario y las demás expresiones que tienen igual o similar alcance.»²⁶⁰

En vigencia de la Constitución de 1991 pueden constatarse esfuerzos normativos muy importantes en orden al reconocimiento de diferentes instrumentos para fortalecer la dimensión participativa de la democracia. Además de tales esfuerzos es posible también identificar algunas experiencias específicas que han puesto en marcha algunos de los mecanismos de participación previstos en la Carta Política y en la ley.

La Constitución Política aprobada en 1991 por una Asamblea Constituyente hizo explícito en el artículo 1° el tránsito de un sistema democrático marcadamente representativo a uno en el que la participación directa de los ciudadanos resulta fundamental. Este reconocimiento se expresa con claridad en el artículo 3° del texto constitucional al prescribir que la soberanía reside únicamente en el pueblo, quien puede ejercerla a través de sus representantes o directamente. Es entonces claro que la doble dimensión de la democracia es objeto de reconocimiento prescribiendo, en todo caso, un único titular o depositario de la soberanía: el pueblo.

Esta regulación se concreta de manera específica en el artículo 40 de la Constitución al establecer el derecho de todos los ciudadanos a participar en la conformación, en el ejercicio y en el control del poder político. Como derechos específicos, adscritos a ese derecho general, se establece en primer lugar el derecho -central en una democracia representativa- a elegir a los representantes o a ser elegido en esa condición. Como manifestación específica de la democracia participativa se reconoce (i) la posibilidad de participar en plebiscitos, referendos, consultas populares y demás formas de participación democrática, (ii) el derecho a revocar el mandato de los funcionarios electos, (iii) la facultad de tener iniciativa en las corporaciones públicas y (iv) la facultad de interponer acciones en defensa de la Constitución y la ley. Además de estos instrumentos, en otras disposiciones se reconoce la existencia de mecanismos de seguimiento a la gestión pública, tal y como ocurre, por ejemplo, (v) con el cabildo abierto -art 103 C.P.-, (vi) con el derecho de petición para conocer y controlar la actividad de las autoridades públicas -art. 23 C.P.-. Con el mismo propósito (vii) se establece el deber del Estado de contribuir a

²⁶⁰ Sentencia 138 de octubre 9 de 1990.

la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, a fin de que se erijan en mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión a cargo del Estado –art. 103 C.P.-, (viii) se impone al legislador la obligación de regular la organización de las formas y sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública–art. 270 C.P.- y (ix) se consagra la regla que permite participar en los procesos relativos a la destinación de los recursos públicos y al seguimiento de su ejecución -arts. 340 y 356 C.P.-.

La disciplina de los diferentes mecanismos de participación ciudadana por parte del Congreso de la República se encuentra comprendida por una reserva legal estatutaria –arts. 152 y 153 C.P- que impone para su aprobación el seguimiento de un procedimiento legislativo más complejo y agravado al final del cual, y como paso previo a la sanción presidencial de la ley, se lleva a efecto el control previo y definitivo de constitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional (art. 241.8). Se trata de un tipo especial de leyes que dada su naturaleza temática y relativa estabilidad, ocupan un lugar especial en el sistema de fuentes a tal punto que, en ocasiones, ha conducido permitido afirmar su condición de parámetro para juzgar la validez de otras disposiciones por virtud de su integración al denominado bloque de constitucionalidad²⁶¹.

Con fundamento en su competencia en esta materia, el Congreso de la Republica ha expedido varias leyes que se ocupan de disciplinar los mecanismos de participación ciudadana. En ese sentido, ha expedido las leyes 131 de 1994, 134 de 1994, 741 de 2002, 850 de 2003 y 1757 de 2015 mediante las cuales fueron adoptadas reglas dirigidas (i) a garantizar la efectividad de los mecanismos mencionados y desarrollados por la Carta Política, (ii) a configurar los elementos centrales de aquellos mecanismos apenas enunciados por la Constitución y (iii) a prever instrumentos adicionales de participación. Este grupo de leyes, entre otras que se ocupan de la misma materia, pone de presente la existencia de un verdadero régimen jurídico de la participación ciudadana.

²⁶¹ En ese sentido se encuentran, por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia C-708 de 1999, C-774 de 2001 y C-238 de 2010

5.1. La iniciativa normativa

La Constitución y la ley prevén la posibilidad de que los ciudadanos presenten ante el Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales proyectos de normas jurídicas. La posibilidad de que la ciudadanía promueva este tipo de iniciativas exige para el caso de normas con fuerza constitucional o legal de un apoyo del cinco por ciento (5%) del censo electoral (arts. 155 y 375 C.P) y, en el caso de las normas con fuerza de ordenanza departamental o acuerdo municipal, un apoyo del diez (10%) del censo electoral (art. 106 C.P). El efecto de la presentación de tal iniciativa consiste en la imposición de un deber de tramitarla y votarla por parte de la corporación pública respectiva, siguiendo para ello el trámite de urgencia y asegurando la participación efectiva del vocero de la iniciativa en el trámite correspondiente. Adicionalmente se prescribe que tal tipo de iniciativas se encontrarán sometidas a términos improrrogables y tendrán prioridad en el orden del día (art. 20 –Ley 1757 de 2015).

El régimen jurídico vigente establece varios límites temáticos a este tipo de iniciativa. En primer lugar, la iniciativa solo puede versar sobre una materia cuya decisión le corresponda a la corporación pública ante quien se propone. En adición a ello la regulación estatutaria prevé que no podrán ser objeto de este mecanismo, entre otras, las relativas al presupuesto, a los tributos, a las relaciones internacionales o relativas a amnistías o indultos (art. 18 - Ley 1757 de 2015).

Se trata entonces de un derecho de participación con la aptitud de imponer a las autoridades encargadas de adoptar actos legislativos, leyes, ordenanzas y acuerdos, la obligación de tramitar y considerar seriamente las diferentes iniciativas ciudadanas. Esa obligación de tramitar no supone, en todo caso, una obligación de aprobar la propuesta normativa presentada. En el caso de que las iniciativas de leyes, ordenanzas o acuerdos no se tramiten o lo sean sin éxito, el legislador ha contemplado la posibilidad de los ciudadanos de solicitar la realización de un referendo con el objeto de que el pueblo, titular último de la soberanía, adopte una decisión sobre la aprobación o no de una determinada norma (art. 32 - Ley 134 de 1994). Este mecanismo pone de presente las tensiones existentes entre la democracia representativa y la democracia participativa puesto que, al agotarse la primera de las dimensiones, se activa una posibilidad

autónoma, correspondiente a la segunda de ellas, de apelar directamente a la ciudadanía.

5.2. El referendo

Este mecanismo de participación ciudadana tiene por objeto someter a consideración de los ciudadanos un proyecto de norma jurídica o una norma ya vigente con el propósito de que este decida, respectivamente, sobre su aprobación o derogación. El primer tipo, denominado también referendo aprobatorio, puede desarrollarse no solo en el nivel nacional para aprobar modificaciones constitucionales (art. 378 C.P.) o legales (art 20 – Ley 1757 de 2015), sino también en el nivel territorial a fin de aprobar normas que sean de competencia de los respectivos departamentos o municipios (art. 32 - Ley 134 de 1994 y arts. 19 y 20 - Ley 1757 de 2015). Para la segunda clase de referendo, denominado derogatorio, existen disposiciones constitucionales específicas que lo permiten no solo en materia constitucional cuando el Congreso de la Republica ha reformado la Constitución en materias especialmente importantes (art. 377 C.P.) sino también respecto de disposiciones legales (art. 170 C.P.), ordenanzas departamentales o acuerdos municipales (art. 32 – Ley 134 de 1994) . Cabe destacar aquí que el referendo constitucional derogatorio reviste al pueblo de un poder de contrarreforma cuando el Congreso, en ejercicio de su poder de revisión constitucional (art. 375 C.P.) ha incorporado modificaciones referidas a los derechos fundamentales, a la participación ciudadana o al Congreso de la República.

De la Constitución, de la ley y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se desprenden algunas restricciones a las materias que pueden ser objeto de referendo. Así por ejemplo el artículo 170 de la Carta Política prevé que no podrán ser sometidos a este trámite asuntos relativos a los tratados internacionales o a materias fiscales o presupuestales. Adicionalmente en el nivel territorial y con la finalidad de proteger el carácter unitario de la Republica se prevé que el referendo puede versar únicamente respecto de asuntos que sean competencia de la respectiva entidad territorial. De manera especial para el caso del referendo constitucional aprobatorio, la Corte Constitucional ha señalado que no puede tener por objeto la sustitución total o parcial de la Constitu-

ción²⁶² en tanto ello está reservado a la Asamblea Nacional Constituyente expresamente encargada para tal propósito de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 376 de la Constitución²⁶³.

La regulación en materia de promoción de la iniciativa no ha sido uniforme siendo adoptadas reglas diferenciadas de legitimación. Así por ejemplo, en el referendo constitucional aprobatorio tienen iniciativa el Gobierno Nacional y el Pueblo en un porcentaje del cinco (5%) del censo electoral (art. 378 C.P. y art. 9 de la Ley 1757 de 2015) correspondiéndole al Congreso de la República decidir si aprueba o no la convocatoria (art. 378). En el caso del referendo aplicable en las entidades territoriales su impulso es procedente en varios supuestos ampliamente previstos en las leyes 134 de 1994 y 1757 de 2015 que prevén (i) el referendo obligatorio cuando se agota sin éxito una iniciativa normativa ((art. 32 - Ley 134 de 1994), (ii) un referendo a iniciativa ciudadana o gubernamental previa aprobación de la corporación pública del correspondiente nivel territorial (art. 20 – Ley 1757 de 2015) y (iii) un referendo sin intervención previa de tales corporaciones cuando la iniciativa es apoyada por parte del veinte (20%) del censo electoral (art. 19 – Ley 1757 de 2015).

Cabe advertir que la realización del referendo constitucional y de los referendos territoriales se encuentra sometido a un procedimiento de control judicial previo que adelantan en el orden nacional la Corte Constitucional (art. 241.2 C.P.)²⁶⁴ y en el orden territorial los Tribunales administrativos (art. 21 - Ley 1757 de 2015). En el caso de los referendos legales se ha señalado que el control es posterior a su realización (art. 241.3 C.P.) lo que plantea muy complejas tensiones entre el principio

²⁶² Sobre el particular pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-551 de 2003 y C-141 de 2010.

²⁶³ Al respecto la sentencia C-1040 de 2005 indicó: «La Corte enfatiza que el único titular de un poder constituyente ilimitado es el pueblo soberano, en virtud del artículo 3° de la Carta. En 1991 el poder constituyente originario estableció un poder de reforma de la Constitución, del cual es titular, entre otros, el Congreso de la República que es un órgano constituido y limitado por la propia Constitución y, por lo tanto, solo puede ejercer sus competencias en los términos que esta Constitución establece», no de manera ilimitada. El Congreso, aun cuando reforma la Constitución, no es el detentador de la soberanía que «reside exclusivamente en el pueblo», el único que puede crear una nueva Constitución. Adicionalmente, la Corte constató que «el pueblo puede investir a una Asamblea Constituyente de la competencia para expedir una nueva Constitución, posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta. Solo por medio de este mecanismo puede ser sustituida la Constitución vigente por una opuesta o integralmente diferente.».

²⁶⁴ Son útiles al respecto las sentencias C-551 de 2003 y C-141 de 2010.

democrático –una vez aprobada la ley por el pueblo- y la supremacía de la Constitución –en caso de ser demandada ante la Corte la norma aprobada por la ciudadanía–.

La aprobación de un referendo se encuentra sometida a umbrales mínimos de participación. En el caso del referendo constitucional aprobatorio se exige la participación de más de la cuarta parte (1/4) del censo electoral y que en su favor vote más de la mitad de los ciudadanos (art. 378 C.P.). En el caso del referendo constitucional derogatorio que debe realizarse cuando así lo solicite el cinco (5%) de los ciudadanos que integran el censo electoral, se requiere también la participación de la cuarta parte (1/4) del censo electoral y que vote en favor de la derogatoria más de la mitad de los ciudadanos habilitados para el efecto (art. 377 C.P.). En el nivel territorial se ha exigido por el legislador estatutario una participación equivalente a la antes referida según se desprende de lo prescrito en el artículo 41 de la Ley 1757 de 2015.

Una de las preocupaciones constitucionales más importantes alrededor del referendo ha sido la relativa a la forma de protección la libertad del elector. Para ello, la jurisprudencia constitucional y la ley han dispuesto, entre otras cosas, (i) la prohibición del denominado voto en bloque cuando se trate de referendos multitemáticos²⁶⁵, (ii) la prohibición de concurrencia con algunos certámenes electorales (art. 262 C.P.)²⁶⁶ y (iii) la prohibición de promover o premiar la participación en este mecanismo, en tanto la inacción puede erigirse en una forma legítima de partici-

²⁶⁵ Sobre el particular la sentencia C-551 de 2003 que se ocupó de examinar la constitucionalidad de la Ley que convocaba a un referendo constitucional indicó: «En efecto, un referendo es, como ya se explicó, la convocatoria que se hace al pueblo para que apruebe o rechace un proyecto de norma constitucional (art. 3º de la Ley 134 de 1994). La posibilidad de voto en bloque de un referendo referido a un mismo tema es entonces compatible con esa figura jurídica y con la protección a la libertad del elector, pues si varias preguntas versan sobre un mismo asunto, es razonable suponer que tienen una orientación semejante y persiguen propósitos comunes. Por consiguiente, la posibilidad de que el ciudadano pueda, si lo desea, votar en bloque esas disposiciones sobre una misma materia no desconoce la doble exigencia de lealtad y claridad, puesto que el ciudadano se pronuncia sobre un tema homogéneo regulado en diferentes disposiciones. En cambio, la situación varía sustancialmente si el referendo es multitemático con un alto grado de heterogeneidad, pues en ese evento, es obvio que la orientación de los distintos temas no es siempre la misma ya que se trata de asuntos independientes e inconexos. ¿Cuál puede ser la razón para que se autorice a los ciudadanos a apoyar o rechazar globalmente una serie de reformas muy diversas, si no es en el fondo permitir que se exprese una manifestación de confianza o desconfianza en los proponentes del referendo? Pero eso no es un referendo ya que éste es una decisión ciudadana sobre un proyecto de norma jurídica, y no una manifestación de apoyo o rechazo a un gobierno sea en su investidura o a políticas de su exclusiva competencia.»

²⁶⁶ Sobre esta prohibición puede consultarse la sentencia C-784 de 2014.

pación orientada a evitar que se alcancen los umbrales mínimos previstos en la Constitución o la Ley.

Dos referendos constitucionales se han promovido en el pasado reciente de Colombia. En primer lugar, en el año 2003 tuvo lugar, por iniciativa gubernamental, un referendo encaminado a la modificación de varias disposiciones de la Constitución. Luego de la aprobación de la Ley 796 de 2003 en la que el Congreso disponía su realización – con un total de diecinueve preguntas- y del control constitucional adelantado por la Corte Constitucional –en la que fueron declaradas contrarias a la Constitución cuatro de ellas- (sentencia C-551 de 2003), los ciudadanos solo aprobaron una de las normas propuestas, relacionadas con la pérdida de derechos políticos de las personas que en determinadas condiciones causaran un daño patrimonial al Estado²⁶⁷. En segundo lugar, en el año 2010 y luego de haber sido promovida por la ciudadanía y aprobada por el Congreso la Ley 1354 de 2009 que convocaba a un referendo constitucional con el propósito de modificar el artículo 197 de la Constitución permitiendo una segunda reelección presidencial, la Corte Constitucional dispuso declarar su inexecutable en la sentencia C-141 de 2010 resultando imposible, en consecuencia, el pronunciamiento del pueblo. La decisión de la Corte concluyó que durante la expedición de la ley se había producido varios vicios de procedimiento que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 241.2 de la Constitución, daban lugar a declarar su inexecutable.

5.3. Consulta Popular

La Consulta Popular *general* se encuentra prevista en los artículos 104 y 105 de la Constitución. En ellos se autoriza que el Presidente de la República, así como los Gobernadores y Alcaldes soliciten el pronunciamiento del Pueblo para pronunciarse sobre asuntos de transcendencia nacional o local según el caso²⁶⁸. En estos eventos, a diferencia del referendo, no se somete a consideración del pueblo un proyecto de norma jurídica, sino una pregunta de interés para el respectivo nivel

²⁶⁷ Fue publicado como Acto Legislativo 01 de 2004. Las preguntas restantes no obtuvieron el nivel mínimo de participación requerido para su aprobación.

²⁶⁸ Según el artículo 18 de la Ley 1757 de 2015 a este mecanismo se le aplican las mismas restricciones establecidas para la iniciativa normativa.

territorial. La regulación contenida en la Ley 134 de 1994 y en la Ley 1757 de 2015 ha previsto que el pronunciamiento del pueblo es obligatorio y, en consecuencia, las autoridades competentes deberán adoptar la regulación que corresponda. Incluso, se prescribe que en el caso de que se requiera la intervención de una Corporación Pública y esta no actúe, el Presidente, el Gobernador o el Alcalde deberán expedir las normas que se requieran.

No obstante que la Constitución se refería únicamente a la iniciativa gubernamental, la Ley 1757 de 2015, estableció también que el pueblo podría promover la realización de una consulta popular. Esta disposición fue encontrada compatible con la Constitución al considerar que su adopción profundizaba el principio democrático y daba cuenta de su carácter expansivo. Según la citada ley se trata de una consulta popular del nivel nacional, el respaldo popular para su promoción deberá ser del cinco por ciento (5%) del censo electoral al paso que si se trata de una iniciativa local se requerirá del apoyo ciudadanos del diez por ciento (10%) del censo electoral (art. 9 – Ley 1757 de 2015). La aprobación requiere una participación mínima de la tercera parte del censo electoral y una votación favorable de la mitad más uno de los ciudadanos (art. 41 – Ley 1757 de 2015).

Al lado de la anterior, la Constitución se ha ocupado de regular especialmente la consulta popular que tiene por objeto la convocatoria a una asamblea constituyente. Para este caso, el artículo 376 establece que previa decisión del Congreso puede disponerse la convocatoria del Pueblo para que este decida si se convoca a la Asamblea en las condiciones de composición, periodo y competencia que se establezca en la misma ley. En este caso la decisión sobre si se convoca exige la más alta de las participaciones dado que a favor de la misma debe votar al menos la tercera parte del censo electoral (art. 376 C.P.). Esta tercera parte no es un umbral de participación sino, como se deduce de la Constitución, una mayoría especialmente cualificada. Prevé la Constitución que en el evento de resultar favorable a la convocatoria el pronunciamiento popular, deberá procederse a la elección de sus integrantes.

Cabe advertir que la jurisprudencia constitucional ha señalado de manera expresa que la competencia de la Asamblea se limita a los temas definidos por el pueblo y que, en consecuencia, un ejercicio excesivo de la facultad constituyente puede ser objeto de control judicial por parte de

la Corte Constitucional²⁶⁹. Adicionalmente, como se recordó más arriba, el Tribunal Constitucional de Colombia ha señalado que solo mediante este mecanismo resulta posible materializar una sustitución total o parcial de la Carta siempre y cuando, naturalmente, el Pueblo lo ha dispuesto expresamente.

5.4. El plebiscito

Esta expresión participativa es de iniciativa exclusiva del Presidente de la República y tiene por objeto someter a consideración del pueblo la aprobación o no de una determinada decisión del ejecutivo (art. 7 – Ley 134 de 1994). Se ha previsto en la ley que este mecanismo no puede recaer en ningún caso sobre la modificación de la Constitución o el periodo presidencial. Adicionalmente la jurisprudencia constitucional ha indicado que el plebiscito no puede referirse a leyes aprobatorias de tratados internacionales, de presupuesto ni a materias fiscales o tributarias²⁷⁰. Adicionalmente, al regular este mecanismo la ley establece, además de la obligación del Presidente de la República de informar la realización del plebiscito al Congreso de la República (art. 20 – Ley 1757 de 2015) que la decisión será obligatoria siempre y cuando participe más del cincuenta por ciento (50%) del censo electoral, bajo la condición, naturalmente, que se obtenga la mitad más uno de los votos a favor.

5.5. La revocatoria del mandato

La Constitución y las diferentes leyes estatutarias han previsto la posibilidad de revocar el mandato de los alcaldes y los gobernadores (art.

²⁶⁹ Sentencia C-150 de 2015. Sobre ello tuvo la oportunidad de indicar: «La Asamblea Constituyente convocada no es omnímoda para ocuparse de cualquier asunto constitucional, en tanto su actuación debe ser el reflejo de la voluntad del Pueblo expresada en el acto electoral de consulta mediante el cual ha decidido conformarla. De esta manera, el Pueblo en quien reside la soberanía –C.P., art 3º– determina el ámbito de su actuación. Al hacerlo, la Asamblea exclusivamente podrá desarrollar los temas para los que fue convocada y sólo sobre ellos adoptará decisiones que tendrán rango constitucional. Las normas constitucionales que llegare a expedir más allá de los límites temáticos dispuestos por el Pueblo, carecerían de validez y, en consecuencia, podrían ser objeto de control judicial ante la Corte Constitucional por vía de demanda ciudadana en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, en virtud de lo establecido en el artículo 379 de la Constitución.».

²⁷⁰ Sentencia C-150 de 2015.

103 C.P). Esta posibilidad es una consecuencia del reconocimiento que la Carta Política hace del denominado voto programático (art. 259 C.P.) en virtud del cual se impone al elegido la obligación de cumplir con el programa propuesto. De acuerdo con ello, la revocatoria del mandato ha sido entendida como un derecho de los ciudadanos para desvincular de su cargo a las autoridades referidas anteriormente manifestándose entonces como una forma de conformar y controlar el poder político²⁷¹. No se trata, según su configuración constitucional y legal vigente, de un derecho que pueda ejercerse respecto de todos los funcionarios públicos –tal y como ocurre en otros ordenamientos de América del Sur– y tampoco respecto de todos aquellos popularmente electos y, en consecuencia, no procede la revocatoria del Presidente de la República, de los Congresistas o de los miembros de las corporaciones públicas territoriales (diputados y concejales).

Las cuestiones más complejas que alrededor de este mecanismo se han suscitado se refieren principalmente a las exigencias de apoyo y participación para la prosperidad de la revocatoria. Eso ha motivado sucesivas reformas estatutarias en las leyes 131 de 1994, 134 de 1994, 741 de 2002 y 1757 de 2015 flexibilizando los requerimientos. Así, en la actualidad se ha previsto que la convocatoria al pueblo para la revocatoria debe estar respaldada por un número de firmas equivalente al treinta por ciento (30%) de los votos obtenidos por el elegido y que en la votación debe participar al menos el cuarenta por ciento (40%) de la votación total válida registrada el día de la elección, procediendo la revocatoria si en favor de la misma vota la mitad más uno de quienes participen en el respectivo certamen electoral. La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que la disminución de las condiciones de participación en el caso de la revocatoria del mandato implementada en las sucesivas reformas no resulta contraria a la Carta Política en tanto exige, en todo caso, un nivel de participación suficiente.

La revocatoria del mandato supone un valioso instrumento de control de la gestión pública y tiene por objeto crear incentivos de actuación administrativa eficiente. Promover ese objetivo plantea sin embargo diversos dilemas al momento de establecer las reglas que disciplinan la revocatoria dado que no puede erigirse en un instrumento de retaliación

²⁷¹ En la sentencia C-011 de 1994 la Corte se refirió genéricamente a que se trataba de una manifestación del ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos.

política ni tampoco ser sometido a exigencias excesivas que limiten u obstaculicen su ejercicio. Adicionalmente desde una perspectiva constitucional es siempre necesario ponderar la importancia de la participación con la necesidad de garantizar cierta estabilidad de las autoridades electas y por ello se establece, en el caso colombiano, que la revocatoria no puede iniciarse antes de un año de iniciado el periodo ni cuando falte menos de un año para su culminación.

5.6. Cabildo Abierto

El cabildo abierto tiene apenas una mención en el artículo 103 de la Constitución lo que implica el reconocimiento de una amplia potestad de configuración legislativa. En esa dirección la Ley 134 de 1994 primero y la Ley 1757 de 2015 después, regularon este mecanismo disponiendo su procedencia en el orden territorial –departamentos y municipios- y definiéndolo como la reunión de las corporaciones públicas (por ejemplo, asambleas departamentales y concejos municipales) a fin de discutir asuntos de interés territorial. La jurisprudencia de la Corte señaló que se trata de «*la congregación del pueblo soberano para discutir libremente, acerca de los asuntos que le interesen o afecten*»²⁷² erigiéndose, en consecuencia, en un escenario de interacción directa entre la administración pública y los ciudadanos, en los que procede la citación de los alcaldes y gobernadores. La ley ha previsto la obligación de las autoridades, en sesión realizada posteriormente, de dar respuesta a las preguntas planteadas por los ciudadanos.

5.7. Las veedurías y otros mecanismos de participación ciudadana orientados al control

El legislador estatutario ha regulado las veedurías como uno de los mecanismos para el control de la gestión pública por parte de la ciudadanía. En esa dirección la Ley 850 de 2003 prescribe que la se trata de un «*mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercervigilancia sobre la gestión pública, respecto a las autoridades administrativas,*

²⁷² Sentencia C-180 de 1994.

políticas, judiciales, electorales, legislativas y órganos de control, así como de las entidades públicas o privadas, organizaciones no gubernamentales de carácter nacional o internacional que operen en el país, encargadas de la ejecución de un programa, proyecto, contrato o de la prestación de un servicio público.»

A partir de esta definición, a quienes desarrollan estas actividades les son reconocidas varias posibilidades de actuación relacionadas, por ejemplo, con la posibilidad de formular solicitudes de información a las autoridades públicas a efectos de emprender las actividades de control o de presentar las denuncias que correspondan. Adicionalmente se ha previsto una obligación a cargo de algunas entidades del Estado para apoyar a estas organizaciones de manera tal que puedan cumplir adecuadamente las funciones de control social de la gestión pública.

En estrecha conexión con esta materia la ley 1757 de 2015 ha previsto una definición de control social indicando que *«es el derecho y el deber de los ciudadanos a participar de manera individual o a través de sus organizaciones, redes sociales e instituciones, en la vigilancia de la gestión pública y sus resultados»* y ha reconocido otros mecanismos de participación que se enfocan en las actividades de control. Entre ellos se encuentran, por ejemplo, la rendición pública de cuentas (art. 48), los presupuestos participativos (art. 100) y las alianzas para la prosperidad (art. 105).

5.8. La acción pública de inconstitucionalidad

La Constitución de 1991 reconoció diversas acciones para la defensa de la Constitución y la ley. Se destacan entre ellas la acción pública de inconstitucionalidad que se ejercita ante la Corte Constitucional y le permite a cualquier ciudadano demandar disposiciones con fuerza de ley o actos reformativos de la Constitución cuando los considere contrarios a la Carta Política. En ejercicio de esta acción basta la formulación de un cargo de inconstitucionalidad que cumpla condiciones argumentativas mínimas para propiciar un pronunciamiento por parte de dicho Tribunal que, previa la adopción de la decisión, abre la posibilidad para que cualquier ciudadano o autoridad intervenga para defender o impugnar la constitucionalidad de la norma acusada. Es por ello que la jurisprudencia constitucional ha señalado que se trata de un proceso esencialmente pú-

blico y participativo (arts. 239, 241 y 242)²⁷³. Se trata entonces de un poderoso instrumento de control –con acentuados rasgos contra mayoritarios– que le permite al ciudadano controvertir la validez de las decisiones normativas adoptadas por funcionarios electos y, en consecuencia, suscita naturalmente, una tensión entre democracia representativa, democracia participativa y supremacía de la Constitución²⁷⁴.

Un último aspecto cabe destacar respecto de la regulación vigente en Colombia. En efecto, la Ley 1757 de 2015 no solo dispuso la creación de organismos para coordinar y promover la participación en los diferentes niveles de actuación del Estado, tal y como ocurre con el Consejo Nacional de Participación Ciudadana, sino que impuso la obligación de las entidades del Estado de apropiar recursos para la promoción de la participación ciudadana estableciendo la categoría de «Gastos en participación.» (art. 94) A partir de ello la jurisprudencia de la Corte Constitucional estableció que era deber de las autoridades correspondientes garantizar la existencia de tales recursos y que su incumplimiento haría posible formular un reclamo judicial a efectos de obtener su presupuestación²⁷⁵.

6 . Conclusiones

Los mecanismos de democracia directa en la América Latina, pese a su aparente novedad, se enmarcan en una larga tradición republicana, e incluso colonial, en la que los vecinos y sus cabildos tuvieron y han tenido una importante intervención en los momentos más importantes de la historia política y constitucional de algunas de estas repúblicas.

²⁷³ Esta acción se encuentra regulada en el Decreto 2067 de 1991.

²⁷⁴ La jurisprudencia constitucional se ha referido a la acción pública indicando – sentencia C-1052 de 2001- que en virtud de su reconocimiento «se desarrolla una de las herramientas más preciadas para la realización del principio de democracia participativa que anima la Constitución (artículo 1 C.P.), permitiendo a todos los ciudadanos, a través de la acción pública de inconstitucionalidad, ejercer un derecho político reconocido por el propio Ordenamiento Superior (artículo 40 C.P.) y actuar como control real del poder que ejerce el legislador cuando expide una ley.»

²⁷⁵ Sobre el particular señaló: «De esta manera, las autoridades competentes serán responsables por omitir la inclusión de las correspondientes asignaciones presupuestales en el proceso de preparación y elaboración del presupuesto general y de los presupuestos de las entidades y dependencias obligadas; y las leyes y demás actos de aprobación presupuestal, podrán ser revisados judicialmente por omisión normativa de este mandato estatutario. Igualmente, para la realización efectiva de este mandato, el concepto de «Gasto Público en Participación» deberá ser objeto de precisa reglamentación por parte de la autoridad ejecutiva.»

La participación de los ciudadanos en la conformación, ejercicio y control del poder político, no está exenta de dificultades. Para algunos implica poner en entredicho la democracia representativa y, con ella, a los partidos políticos. Para otros debe verse, más bien, como una manera de fortalecer dicha democracia representativa, al darle al pueblo la oportunidad de tomar parte, con mayor frecuencia y con una agenda más precisa en el debate público. Lo cierto es que estos mecanismos, al ser una consecuencia necesaria de la soberanía popular, han sido, son y serán un elemento necesario en la tradición política y jurídica de estas repúblicas.

En el ámbito de la América Latina hay dos experiencias diferenciables respecto de la democracia directa. Algunas repúblicas, principalmente de Centroamérica, cuyas constituciones no han sido reformadas recientemente, muestran cierta desconfianza hacia ella y se limitan a reconocer al ciudadano un derecho de petición en materia política. Otras, con constituciones más recientes, principalmente de Suramérica, no sólo reconocen y regulan los mecanismos de la democracia directa, sino que los vinculan a cuestiones tan importantes como la reforma a la Constitución y, en algunos casos, los convierten en un asunto cotidiano, aunque con algunos riesgos generados por los desmedidos poderes y atribuciones que les dan, con ocasión de ellos, a algunos poderes constituidos.

En la experiencia democrática de la América Latina, que no ha estado libre de tropiezos y de dolorosos episodios, además de la intervención del ciudadano en el ejercicio del poder político, ha sido y es muy importante su participación en el control de constitucionalidad, por medio de la acción pública de inconstitucionalidad, como garante de primer orden de la supremacía de la Constitución y, en último término, del orden jurídico.

La experiencia constitucional colombiana evidencia un esfuerzo por profundizar la participación ciudadana estableciendo, al lado de las tradicionales instituciones representativas, mecanismos a disposición de los ciudadanos para ejercer y controlar directamente el poder político. Para ello diferentes institutos de democracia participativa han sido objeto de regulación legislativa y de pronunciamientos judiciales encaminados a permitir su articulación con el propósito constituyente de asegurar la vigencia de un orden jurídico fundado en la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afectan. En esa dirección es posible identificar un arsenal de posibilidades de participación entre las que se destacan, por ejemplo, la iniciativa normativa, el referendo, la consulta

Los instrumentos de democracia directa en el derecho comparado

popular, el plebiscito, la revocatoria del mandato, el cabildo abierto, las veedurías, los presupuestos participativos y la acción pública de inconstitucionalidad.

