

# ¿Derechos Humanos sometidos a referéndum? Superando la regla de las mayorías desde la progresividad de los derechos humanos

Arturo Carballo Madrigal\*

---

## Nota del Consejo Editorial



**Recepción:** 30 de octubre de 2015.

**Revisión, corrección y aprobación:** 21 de diciembre de 2016.

**Resumen:** La premisa básica del artículo es cuestionar la denominada regla de la mayoría y su aplicación inmediata sin tomar en cuenta las particularidades de cada referéndum. La posición jurídica presentada es explicada desde la doctrina de derechos humanos y del estudio de casos en particular. El texto presenta al lector un estudio de casos que apoyan la construcción teórica de lo que el autor denomina como referéndums “progresivos” y “regresivos”. Dicha clasificación es explicada con mayor propiedad partiendo de las particularidades de cada subclasificación en referéndums celebrados o propuestos en Bolivia, Costa Rica, Irlanda y EE.UU.

**Palabras clave:** Referéndum / Democracia directa / Derechos de las minorías / Derechos humanos.

**Abstract:** The basic premise of this article is to question the so-called rule of the majority and its immediate application without taking into account the particularities of each referendum. Everything is explained based on the doctrine of human rights and the study of particular cases. It presents the reader with case studies that support the theoretical construction of what the author calls “progressive” and “regressive” referenda. Said classification is more thoroughly explained from the particularities of each sub-classification in referenda that were carried out or proposed in Bolivia, Costa Rica, Ireland and the United States of America.

**Key Words:** Referendum / Direct democracy / Minority rights / Human rights.

---

\* Costarricense, abogado, correo [arturocarballo264@hotmail.com](mailto:arturocarballo264@hotmail.com). Bachiller en psicología, becario del curso anual sobre derecho ambiental de la Universidad de Florida y el Centro de Estudios Tropicales, énfasis en manejo de cuencas (2014), licenciado en Derecho Universidad de La Salle. Asistente Cátedra Unesco de DDHH ULASALLE-CEDE. Coordinador del proyecto de ley para reformar la Ley de Vida Silvestre Ley N.º 7317. Galardonado en la publicación anual del año 2012 del periódico El Financiero, como uno de los 40 menores de 40 años. Reconocimiento anual a las cuarenta personas menores de cuarenta años con logros destacados en diferentes áreas.

## I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente se ha entendido que aquellas normas versadas sobre derechos humanos no pueden ser sometidas a referéndum. Los defensores de esta regla argumentan que el hecho de que alguna mayoría, cuyas particularidades como la orientación sexual, creencias religiosas, edad, nacionalidad, etnia o alguna otra, decida sobre los derechos de una minoría, hacen que se presuma una potencial y casi segura injerencia negativa sobre una minoría desprotegida.

El planteamiento defendido en este trabajo es que las propuestas de referéndums sobre materia de derechos humanos son jurídicamente viables, lo anterior en observancia de los principios de progresividad y *pro homine*, ambos inherentes a la materia de derechos humanos, siguiendo además en el caso de Costa Rica, el rango supra legal dado a los convenios internacionales sobre derechos humanos. La regla acá discutida, derivada de la llamada regla de las mayorías, ha sido generalmente aceptada sin mayor discusión, convirtiéndose en una regla seguida inclusive por tribunales constitucionales; recitándola muchas veces casi como estribillo.

La Sala Constitucional de Costa Rica (2010) reiteró mediante la sentencia 2010-13313 que los derechos humanos de una minoría no pueden ser objeto de referéndum. En esa oportunidad la Sala declaró con lugar un recurso de amparo en contra de una resolución del Tribunal Supremo de Elecciones (en adelante TSE) que autorizaba la recolección de firmas para someter a referéndum la decisión sobre las uniones civiles homosexuales.

La mayoría de la Sala estimó que los derechos de las minorías no pueden ser sometidos al voto popular en vista de que la mayoría heterosexual podría incidir negativamente sobre los derechos de la minoría homosexual.

Sin embargo, debe recalcar -y ya desde este momento comienza el cuestionamiento de la premisa seguida por la Sala- que en caso de haberse celebrado el referéndum en cuestión, y de haberse aprobado la propuesta, las parejas homosexuales podrían tener acceso a un nivel superior en la protección de sus derechos; ya que en aquel momento las parejas homosexuales carecían de la oportunidad de que sus relaciones de hecho surtieran efectos civiles, dicha imposibilidad persiste hasta la fecha.

En caso de someterse el proyecto de ley en cuestión a la voluntad popular, existían solamente dos opciones. En primer lugar, la posibilidad de que las parejas homosexuales, ciertamente una minoría, obtuviesen un nivel de protección superior, en consonancia con el principio de progresividad y no regresión de los derechos humanos. El otro resultado posible es que el nivel de derechos de la minoría en cuestión se mantuviera exactamente igual, como de hecho ha sucedido al no celebrarse el referéndum, de manera que no existe una posible regresión ni detrimento en los derechos.

Así, el resultado de este referéndum en particular no podría tener un efecto negativo sobre la minoría y no es sostenible el alegato del recurrente, ni el voto mayoritario de la Sala. Es así como la regla doctrinaria abstracta puede carecer de sustento al ser aplicada a casos reales, si bien es cierto que la regla también puede ser aplicable en otros casos, todo dependerá de la propuesta y de los posibles resultados.

El criterio defendido en esta disertación comparte lo dicho por el constitucionalista costarricense Rubén Hernández Valle quien afirma: “en el caso del régimen de los derechos fundamentales, la reforma parcial de la Constitución solo es jurídicamente válida cuando a través de ella se mejoren o refuercen aquellos, pero cuando la reforma constitucional los restrinja o limita, la respectiva modificación es competencia exclusiva de una Asamblea Constituyente convocada al efecto”. (Hernández, 2004, p. 27).

La Constitución italiana resalta en su artículo 2 que los derechos fundamentales son inviolables. Al respecto, Hernández Valle señala que la doctrina “considera unánimemente que estos «no pueden ser derogados ni modificados, salvo para otorgarles más garantías»”. (Hernández, 2004, p. 23).

Continúa el citado autor “Por tanto, el Poder Reformador de la Constitución no puede modificar el régimen de los derechos fundamentales para desmejorarlos o incluirle limitaciones no autorizadas por el constituyente originario, es decir, solo puede modificarlos para otorgarles mayores garantías para fortalecerlos”. (Hernández, 2004, p. 28).

Lo anterior ha sido también compartido por el Dr. Sobrado González, a propósito de la propuesta de referéndum sobre uniones civiles homosexuales en Costa Rica. Criterio además reiterado por el pleno del TSE (2008) en la resolución n.º 3894-E9-2008.

Tomando como punto de partida la progresividad de los derechos humanos, es necesario analizar los dos posibles resultados que presenta cada referéndum, para determinar si efectivamente habría incidencia de la

mayoría sobre la minoría en detrimento del grado de protección alcanzado; o si, por el contrario, a partir del referéndum puede alcanzarse un nivel superior de protección.

Todo referéndum propone dos alternativas al electorado, si mediante la alternativa del "Sí" se logra alcanzar un nuevo nivel de protección, el cual garantiza de manera superior un derecho, entonces no hay ninguna incidencia negativa sobre los derechos ya adquiridos.

Lo anterior puede ser ejemplificado con la pena de muerte. Si esta se encuentra vigente en un país y mediante referéndum se propone eliminarla, entonces el resultado mayoritario a favor de la abolición brinda un nivel superior de protección al derecho a la vida de la minoría que pudiese verse afectada por pena de muerte. Mientras que en caso de imponerse popularmente el "No" o la propuesta de que la norma siga vigente, el estado de las cosas se mantiene tal cual estaba antes de la votación; es decir, no hay retroceso en el nivel de protección del derecho previamente adquirido; no hay, entonces, injerencia de la mayoría votante sobre la minoría que pudiese verse afectada. Todo lo contrario, el voto popular podría más bien otorgarle una nueva condición jurídica de protección superior a la minoría.

Distinto es aquel referéndum donde en caso de aprobarse la propuesta, pudiera decrecer el nivel de protección. Siguiendo el ejemplo de la pena de muerte, si un país ha derogado la pena de muerte y se propone aprobarla vía referéndum, como efectivamente se le solicitó al TSE en el año 2008; en ese caso, la votación afirmativa para volver a la pena de muerte efectivamente tiene un impacto negativo sobre la minoría y violenta la progresividad de la protección de los derechos humanos. En

esa oportunidad el TSE rechazó la propuesta de referéndum, fundamentando su decisión en la inviolabilidad de la vida humana al tenor del artículo 21 de la Constitución Política de Costa Rica.

Ante la falta de referentes doctrinales, para efectos de esta investigación, han sido denominados como “referéndums regresivos” aquellos donde los dos posibles resultados de la votación conlleven como resultado i. El detrimento del nivel de protección previamente alcanzado del derecho en cuestión, contraviniendo el principio de progresividad; o ii. Mantener el nivel de protección en el estado previo a la votación.

Por otra parte, aquellos referéndums cuyos dos posibles resultados sean i. Establecer un nivel de protección superior de los derechos; o, ii. Mantener el nivel de protección en el mismo estado previo a la votación, han sido denominados dentro de esta investigación como “referéndums progresivos”.

A continuación, algunos ejemplos de ambas categorías, cuyos resultados confirman la propuesta teórica presentada.

## **II. REFERÉNDUMS REGRESIVOS**

Previamente, ha sido expuesto el criterio de que no es absoluta la regla que establece que los derechos humanos no pueden ser sometidos al voto popular de las mayorías, previniendo así la presunta injerencia de estas sobre las minorías. A continuación, se presentan ejemplos de casos donde esa regla resulta aplicable.

**a. PROHIBICIÓN DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL, CALIFORNIA**

En el año 2004, miles de parejas homosexuales contrajeron matrimonio en la ciudad de San Francisco. Posteriormente, el 15 de mayo de 2008, la Corte Suprema de Justicia de California declaró ilegal la prohibición del matrimonio homosexual. No obstante, previo a dicha sentencia fue presentada una solicitud de referéndum para prohibir los matrimonios homosexuales.

Finalmente, en noviembre de 2008, en una votación reñida de 52% contra 48% (Ega, 2009) se impuso la prohibición a los matrimonios homosexuales y no fue hasta que la Corte Suprema de los EE.UU. legalizara nuevamente los matrimonios homosexuales en California que el detrimento de los derechos fue restituido.

Este referéndum nos presenta dos posibles resultados los cuales no podrían ayudar a la minoría homosexual a obtener un resultado ventajoso ni un nivel superior de protección de sus derechos. En caso de aprobarse la propuesta, el resultado es regresivo con respecto al estado de las cosas vigente en ese momento, pues pasan de tener el derecho al matrimonio a perderlo.

Por otra parte, en caso de no aprobarse la reforma, siendo este el mejor escenario posible, entonces sus derechos continúan en el mismo estado anterior a la celebración del referéndum.

Estamos de nuevo ante un “referéndum regresivo”; conviene aclarar que en este caso no se defiende que el resultado de la votación deba ser necesariamente favorable a lo que la población homosexual desea. Lo que se plantea es que aquel referéndum, cuyos dos posibles resultados sean

uno lesivo de los derechos ya adquiridos y el otro apenas mantenga las cosas en su estado anterior a la votación son contrarios a la progresividad inherente a los derechos humanos.

*A contrario sensu*, aquellos referéndums definidos acá como progresivos, donde un resultado pueda suponer la obtención de un grado de protección superior de un derecho humano; mientras el otro resultado posible sea mantener las cosas en el mismo estado anterior a la celebración de la consulta, no presentan conflicto con la progresividad inherente a los derechos humanos.

#### **b. PENA DE MUERTE CONTRA LOS HOMOSEXUALES, CALIFORNIA**

En febrero de 2015 fue presentada en California una propuesta de referéndum cuyo resultado eventual sería groseramente lesivo de los derechos humanos de la comunidad homosexual.

Con la propuesta, presentada por un abogado, se buscaba aprobar la pena de muerte contra las personas homosexuales. De la lectura inicial es posible concluir que los efectos de este referéndum serían sumamente regresivos en cuanto al nivel de protección del derecho a la vida de un grupo específico, simplemente por su orientación sexual, lo cual contraviene numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos.

La propuesta sería a toda luz inconstitucional dentro del marco normativo costarricense y rechazada *ad portas*. En vista de que atenta contra la prohibición de discriminación; y además por estar prohibida en Costa Rica la pena de muerte desde 1882.

La materialización de esta propuesta de referéndum sería violatoria de la dignidad humana. El matrimonio homosexual es permitido dentro de



la jurisdicción californiana. De manera que en caso de que la propuesta superara todos los requisitos de admisibilidad, su aprobación popular vendría en detrimento de los derechos de la comunidad homosexual en California. Planteando además muchas otras lagunas, como por ejemplo ¿Qué hacer ante una pareja homosexual de paso por California? Más allá de estos matices derivados de esta propuesta discriminatoria, debe analizarse que el segundo resultado posible, es decir la no aprobación de la norma, simplemente mantendría los mismos derechos que ya ostentan las parejas homosexuales en California; de manera que los resultados posibles son mantener las cosas en el mismo estado o una violenta regresión en cuanto a los derechos en cuestión.

La fiscal general de California, Kamala Harris, declaró en marzo que se estaban preparando las acciones legales para que la propuesta fuera desechada y no superara la fase de admisibilidad, e impedir la posibilidad de la recolección de firmas para una eventual votación. En palabras de Harris: "Esta propuesta no sólo amenaza la seguridad pública, es evidentemente inconstitucional, totalmente reprobable, y no tiene lugar en una sociedad civil" (Rueda, 27 de marzo de 2015).

El 23 de junio de 2015, la Corte Superior de Sacramento denegó la posibilidad de continuar con el proceso en vista de que era ilegal. Al respecto el juez Cadei expresó que la propuesta era "manifiestamente inconstitucional" (Peters, 2015).

### **III. REFERÉNDUMS PROGRESIVOS**

En las páginas precedentes han sido presentados ejemplos de referéndums cuyos resultados serían regresivos, violatorios de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. No obstante, en

este apartado se analiza todo lo contrario. Son presentados al lector ejemplos de “referéndums progresivos”, donde los resultados permitieron la obtención de un grado superior en la protección de los derechos de un grupo determinado y donde el resultado contrario mantendría las cosas en el estado vigente antes de la consulta, de manera que no hay regresión.

#### **a. ABOLICIÓN DE LA PENA DE MUERTE, IRLANDA**

En Irlanda han sido celebrados al menos 45 referéndums desde 1937 (Irlanda, 2014), de manera que la experiencia irlandesa representa un buen parámetro para analizar esta figura legal. También debe notarse que las reformas constitucionales en Irlanda deben ser aprobadas por la vía del referéndum. A partir de 1937, han sido planteadas 38 propuestas de reforma constitucional, de las cuales 28 fueron aprobadas y 10 (Irlanda, 2014) fueron denegadas por el voto popular.

La enmienda número 21 de la Constitución irlandesa tuvo lugar en junio de 2001, mediante la propuesta fueron reformados dos artículos que cerraron la posibilidad de aprobar la pena capital en el futuro, al establecerse claramente la prohibición al Congreso para promulgar leyes que aprobaran la pena máxima.

Con esta reforma, el pueblo irlandés y sus autoridades aprobaron un referéndum sobre materia de derechos humanos, que regula el derecho a la vida, y establece un nuevo grado de protección, superior al vigente al momento de la votación y, mediante el cual una mayoría compuesta por las personas que no delinquen votó afirmativamente para eliminar una pena que afectaría solamente a una minoría, compuesta por los delincuentes, esto no significa que la norma no tuviese alcance general.

Lo relevante del caso para lo defendido en este trabajo es que la posibilidad del "Sí", la cual finalmente se impuso, estableció la prohibición de la pena de muerte, mientras la posibilidad de improbar la propuesta simplemente mantendría las cosas en el mismo estado vigente previo al momento de la consulta. No existió, entonces, la posibilidad de reducir el grado de protección establecido en ese momento.

Para ilustrar mejor la propuesta sobre la cual el pueblo irlandés se pronunció, es relevante conocer el texto presentado ante el electorado.

Del artículo 13.6 fue eliminada la frase "excepto en casos de pena capital" (Irlanda, 2014, p. 30). A su vez, una cláusula fue agregada al artículo 15.5 para que se leyera: "El Congreso<sup>1</sup> no aprobará ninguna ley que imponga la pena de muerte".

A las urnas se hicieron presentes 610 455 votantes quienes emitieron voto afirmativo para prohibir la pena de muerte, en contraparte, 372 950 emitieron su voto para rechazar la propuesta. Se registraron además 14 480 votos nulos, y la consulta tuvo una participación del 34.7% (Irlanda, 2014, p. 63).

#### **b. ESTADO LAICO, BOLIVIA**

Dentro del entorno costarricense, mucho se ha argumentado a favor y en contra de la confesionalidad del Estado. Inclusive, la Sala Constitucional (2010) ha sostenido mediante la sentencia 2010-2023 que el oficialismo religioso del Estado costarricense no riñe con la libertad religiosa. Sin embargo, la posición defendida en este trabajo comparte el

---

<sup>1</sup> Denominado "Oireachtas" en Irlanda.

criterio del profesor Heiner Bielefeldt quien, en su calidad de relator especial sobre la libertad de religión o creencias de Naciones Unidas, ha expresado:

Con arreglo al derecho internacional, los Estados son los garantes oficiales de los derechos humanos, incluida la libertad de religión o de creencias. A fin de actuar como garantes fidedignos de la libertad de religión y de creencias para todos, los Estados deben ofrecer un marco abierto e incluyente en el que el pluralismo religioso o de creencias pueda desarrollarse libremente y sin discriminación. **Ello requiere superar los entornos exclusivistas. Sobre todo, lo que debe superarse es la idea de que el Estado se identifica con una religión o creencia particular a expensas de un trato igual y no discriminatorio de los seguidores de otras confesiones.** (Informe A/HRC/25/58., 2013, párr. 37) (El resaltado no es del original).

En el tanto que el Estado predica el oficialismo religioso, abre las posibilidades de actos discriminatorios por motivos religiosos; dichos actos pueden materializarse de distintas maneras, desde el uso de recursos públicos para patrocinar a la religión oficial, hasta la enseñanza exclusiva de la religión oficial dentro de la educación pública en perjuicio de las demás. Otras discriminaciones de hecho y/o de derecho pueden materializarse a partir del oficialismo religioso. En ese sentido, Bielefeldt también señala "...parece difícil, si no imposible, concebir una aplicación del concepto de "religión oficial del Estado" que en la práctica no tenga efectos adversos sobre las minorías religiosas, esto es, que no discrimine a sus miembros". (Informe A/HRC/19/60 2012, párr. 66).

Cada vez es mayor el consenso internacional en cuanto a que el ejercicio y la protección del derecho humano a la libertad religiosa se ven fortalecidos, en la medida que el Estado se aparte de la confesionalidad.

Inclusive, varios Estados confesionales han sido declarados internacionalmente responsables por violaciones al derecho a la libertad religiosa, el cual a su vez se encuentra estrechamente concatenado a la libertad de expresión y de pensamiento. Al respecto, pueden verse las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos contra el Estado griego, en los casos *Mannoussakis y otros* (1996), y *Alexandridis* (2008).

El oficialismo religioso tarde o temprano entra en conflicto con la libertad plena, derivada del ejercicio del pluralismo religioso. Por estas razones, la posición presentada al lector sostiene que los referéndums tendientes a eliminar el oficialismo religioso refuerzan el ejercicio de la libertad religiosa, otorgando un nivel superior de protección en atención de lo definido en este trabajo como referéndums progresivos.

En enero de 2009, Bolivia, mediante la vía del referéndum, decidió abandonar la confesionalidad estatal.

El proceso de convocatoria de este referéndum presentó hechos interesantes, por ejemplo, la participación de aproximadamente 100 mil personas (Misión de Observación Electoral de la Unión Europea, 2010, p. 7) en una marcha desde Oruro hasta La Paz, solicitando la convocatoria del referéndum.

La participación en el Referéndum Constituyente de Bolivia fue sumamente alta, el 90,26% del electorado emitió su voto. Finalmente, la reforma constitucional fue apoyada por 2 064 397 personas que representaban el 61,43% del padrón, en contraposición, la tendencia del "No" fue apoyada por 1 296 175 votos, los cuales equivalen al 38,57% del padrón (Misión de Observación Electoral de la Unión Europea, 2010, p. 37).

La reforma que permitió el cambio de un Estado confesional hacia un Estado laico fue aprobada, pese a que en Bolivia predomina la religión católica y se estima que aproximadamente el 78% (Pew Research Center, 2014) de la población profesa dicha religión. Aun con ese elevado porcentaje la reforma fue aprobada, lo cual evidencia que no es necesariamente cierto ni puede tomarse como una regla absoluta el hecho de que una mayoría, en este caso religiosa, apoye o no una propuesta de referéndum que proponga un Estado laico. En el caso boliviano, mediante la reforma a través de referéndum, la libertad religiosa se encuentra hoy en un nivel superior de protección, justamente en atención del principio de progresividad de los derechos humanos.

**c. Referéndum sobre el reconocimiento de religiones específicas, Irlanda**

El referéndum para decidir sobre el oficialismo religioso en Irlanda tuvo lugar hace cuatro décadas, específicamente, el siete de diciembre de 1972 (Irlanda, 2014). La propuesta representó la quinta enmienda de la Constitución irlandesa.

Mediante este referéndum, fue sometida a votación la posibilidad de eliminar los incisos segundo y tercero del artículo 44 (Irlanda, 2014, p.28) de la Constitución.

El inciso segundo indicaba: "El Estado reconoce la posición especial de la Santa Iglesia, Católica, Apostólica, Romana como guardiana de la Fe profesada por la gran mayoría de los ciudadanos" (Irlanda, 2014, p.28).

Mientras que el inciso tercero establecía el reconocimiento estatal de otras religiones, como la metodista y el judaísmo. Empero, no les otorgaba el estatus especial dado a la religión católica.

La propuesta presentó una nueva redacción del artículo 44 dentro del cual se leería que el Estado no patrocinaría a ninguna religión, así como el reconocimiento de todas las religiones que respetaran el orden público y la moral.

Un total de 721 003 votantes estuvieron de acuerdo con la reforma, mientras que se contabilizaron 133,430 votos en contra. De esta manera, la reforma fue firmada por el presidente el 5 de enero de 1973 (Irlanda, 2014).

Este referéndum, celebrado hace ya 43 años, comprueba, al igual que el referéndum boliviano, que resultaría sumamente temerario afirmar que el hecho de que la mayoría de la población de un país profese un credo particular o inclusive oficial conlleva necesariamente al rechazo de una propuesta referendaria para establecer el Estado laico.

#### **d. UNIONES CIVILES HOMOSEXUALES, COSTA RICA**

En varias oportunidades se ha hecho referencia a la sentencia 2010-13313 de la Sala Constitucional, mediante la cual fue anulada la convocatoria del TSE para realizar un referéndum, donde se decidiera sobre las uniones civiles homosexuales en Costa Rica.

La posibilidad de realizar ese referéndum plantearía dos posibilidades al electorado; por un lado, en caso de aprobarse la propuesta, las parejas homosexuales alcanzarían un nivel superior de protección de sus derechos, al aprobarse las uniones civiles. En caso de que la propuesta no fuera aprobada, las personas homosexuales mantendrían el mismo nivel de protección vigente previo a la consulta. Por ende, no habría retroceso

en sus derechos ni injerencia de la mayoría heterosexual sobre la minoría homosexual. De manera que estaríamos ante un “referéndum progresivo”.

Como parte del expediente, el Dr. Sobrado González, en su calidad de magistrado presidente del TSE, presentó ante la Sala algunas precisiones sobre los alegatos del recurrente.

Tanto el recurrente como la Sala Constitucional fundamentaron sus razones en la imposibilidad de que una mayoría -heterosexual- decida sobre los derechos de una minoría, en este caso -homosexual- ante lo cual el magistrado Sobrado señaló:

En su segundo planteamiento el recurrente indica que el referéndum que eventualmente deba convocarse “... se trataría... de que la mayoría heterosexual... decidan (sic) sobre si la minoría homosexual puede contar con su propia normativa, lo cual es discriminatorio a todas luces bajo el ordenamiento jurídico internacional... Sobre este argumento, el suscrito debe hacer dos aclaraciones. Primero, que ciertamente un referéndum como el descrito por el recurrente comportaría una violación a los derechos humanos y, por ende, resultaría groseramente inconstitucional. Así, de ser ese el contenido del Proyecto de Ley que los gestores presentaron ante el Tribunal Supremo de Elecciones, sin lugar a dudas esa pretensión habría sido rechazada... Es imperioso que la ciudadanía costarricense, si desea incorporar a la dinámica institucional del Estado los mecanismos de democracia directa (como lo han hecho las democracias suiza y uruguaya), supere el tremendismo que sobredimensiona las consultas populares... (Oficio TSE-1786, 2010, pp. 12-13).

Para efectos del planteamiento teórico presentado en este trabajo con respecto a los “referéndums progresivos” y la presunta violación a los derechos humanos de la propuesta de referéndum analizada, resulta



sumamente relevante el siguiente extracto de la defensa planteado por el magistrado Sobrado:

Es cierto que la discriminación por orientación sexual es violatoria de los derechos humanos y es cierto, también, que en nuestro ordenamiento jurídico los instrumentos internacionales de derechos humanos, en tanto confieran mayor protección que la reconocida por el Estado costarricense, están sobre la Constitución Política. **De lo anterior no se sigue, sin embargo, que los proyectos de ley tendientes a desarrollar y ampliar el goce de esos derechos –que es el caso de la iniciativa que eventualmente se sometería a referéndum- no puedan ser discutidos, ya sea por el Soberano, de manera extraordinaria, o por sus representantes políticos, en la Asamblea Legislativa** (Oficio TSE-1786, 2010, p. 14) (El resaltado no es del original).

Continúa la intervención de Sobrado agregando: **“...no se ha autorizado la recolección de firmas para un referéndum que someta a votación, debe insistirse, ni un proyecto de ley cuya aprobación constituiría un retroceso en materia de derechos humanos, ni una legislación tendiente a limitar un derecho ya regulado en el ordenamiento jurídico costarricense.** No se trata de un referéndum abrogativo o derogatorio”. (Oficio TSE-1786, 2010, p. 15) (El resaltado no es del original).

Nótese que el magistrado Sobrado argumenta sobre aquellos proyectos de ley tendientes a ampliar el goce de los derechos y señala que la convocatoria del referéndum discutido encaja dentro de esa categoría.

Los extractos resaltados son sumamente relevantes para el caso de análisis, ya que plantean uno de los puntos medulares en la tesis que acá se presenta el cual es que no es inquebrantable la regla de excluir toda

consulta popular sobre materia de derechos humanos, atendiendo el argumento de que las mayorías no pueden decidir sobre las minorías.

#### **e. MATRIMONIO HOMOSEXUAL, IRLANDA**

Muy recientemente en Irlanda se ha desarrollado otro referéndum relativo a materia de derechos humanos. Nuevamente, la nación europea aporta ejemplos concretos en la práctica que demuestran que la regla de las mayorías sobre las minorías no es absoluta ni insuperable.

Celebrado el 22 de mayo de 2015, el último referéndum irlandés permitió a la ciudadanía resolver sobre dos temas, la edad mínima para aspirar a la presidencia de la República y la aprobación o improbación del matrimonio homosexual. El caso que interesa, para efectos de los argumentos presentados en contra del uso a ultranza de las reglas de las mayorías, es el del matrimonio homosexual.

La participación fue considerablemente mayor a la registrada en otras oportunidades, el 60.5% del electorado empadronado se hizo presente a las urnas. Así, la propuesta del "Sí" registró el 62.07% para un total de 1 201 607 votos afirmativos; como contraparte 734 300 votantes manifestaron su oposición a la propuesta, los cuales representaron el 37.93% del total de votos válidos. De esta manera, Irlanda se convirtió en el primer país del mundo en legitimar el matrimonio homosexual por la vía del referéndum. (McDonald, 23 de mayo 2015).

De la propuesta y del resultado es posible extraer varias conclusiones. En primer lugar, este es un ejemplo claro donde los dos resultados posibles garantizaban obtener un grado de protección de los derechos superiores o mantenerlos en el estado vigente previo a la

consulta. Si la consulta era aprobada, como efectivamente lo fue, entonces las parejas homosexuales adquirirían el derecho constitucional a unirse en matrimonio, como efectivamente hoy pueden hacerlo. Por otra parte, si la voluntad popular rechazaba la propuesta y se mantenía la prohibición, entonces no había retroceso alguno en cuanto a los derechos de la población homosexual. Este es un ejemplo de lo que ha sido definido en este trabajo investigativo como “referéndum progresivo”, ya que cualquiera de los dos resultados posibles garantizaba que no habría una injerencia negativa de una mayoría sobre una minoría.

La propuesta para reformar el artículo 41 de la Constitución irlandesa presentó la siguiente pregunta ante el electorado irlandés: “El matrimonio será celebrado en observancia de la ley por dos personas, sin distinción de sexo” (Referendum Commission, 2015).

Varios líderes de la comunidad mundial se han pronunciado sobre este referéndum, de manera que el referéndum irlandés de mayo, ha trascendido sus fronteras y ha abierto el debate en otros países.

Al respecto, el secretario general de las Naciones Unidas Ban Ki – Moon expresó: “El resultado envía un mensaje importante al mundo: Todas las personas son titulares para disfrutar sus derechos humanos no importa quiénes son o a quiénes aman” (Connor, 25 de mayo de 2015).

De ninguna manera debe interpretarse ni pretende afirmarse que toda propuesta versada sobre derechos humanos, sometida a referéndum, garantice un resultado favorable. La diferencia que debe hacerse desde los controles constitucionales previos es el necesario análisis, según el caso concreto, para determinar si un referéndum puede definirse como regresivo o progresivo en materia de derechos humanos. Si un

referéndum presenta dos posibles resultados donde uno de estos implique la posible regresión en cuanto a derechos humanos vigentes; y la otra opción represente mantener las cosas en el mismo estado en que se encuentran sin someterlo al voto popular, entonces estaremos ante un “referéndum regresivo”, cuyo resultado efectivamente puede ser discriminatorio o lesivo de los derechos humanos.

Sin embargo, en aquellos casos donde los posibles resultados del referéndum sean uno el mantener las cosas en el mismo estado previo a la consulta popular, y el otro posible resultado sea obtener un nivel superior al vigente antes de la consulta; estaremos ante un “referéndum progresivo” donde no hay riesgo que atente contra los derechos humanos.

Sirvan estos ejemplos para demostrar que no todo referéndum sobre los derechos de una minoría será necesariamente discriminatorio de ese grupo, y que independientemente del resultado, ya desde las fases de admisibilidad es posible delimitar los alcances y la legitimidad y congruencia entre la propuesta, sus resultados posibles, la independencia entre el poder soberano del voto popular y los derechos humanos.

Dentro del marco jurídico costarricense es posible abrir una interrogante para futuros debates. La Constitución Política costarricense establece en su artículo 105 que no serán sometidos a referéndum proyectos referidos a materia presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa. No obstante, en la referida sentencia 2010-13313 la Sala Constitucional estableció una nueva prohibición referendaria para la materia sobre derechos humanos. En ese sentido, merece ser objeto de reflexión jurídica si un tribunal judicial tiene

competencia para adelantar criterio sobre el resultado de una elección popular. Hecho que, además, podría considerarse sumamente cuestionable y digno de análisis bajo otra investigación.

A manera de cierre, con base en los ejemplos presentados, es posible concluir que la hipótesis planteada ha sido confirmada; de esta manera es también posible afirmar que “no es necesariamente cierto que la materia de derechos humanos no puede someterse a referéndum, partiendo de la premisa de que las mayorías no pueden votar sobre los derechos de las minorías”. La hipótesis ha sido comprobada con base en el análisis jurídico presentado en relación a los denominados referéndums progresivos y regresivos sobre los cuales ha sido presentada previamente una extensa argumentación, con lo que se ha demostrado que la regla cuestionada no es absoluta. El tema del referéndum y la democracia directa no se agota, será posible en otra oportunidad profundizar sobre los referéndums en materia ambiental y sobre el control de constitucionalidad de la democracia directa; por lo pronto sirva este trabajo teórico apoyado con ejemplos prácticos para derribar el uso a ultranza y sin mayor análisis de la regla de las mayorías, a partir de los ejemplos presentados y otros tantos analizados como parte de esta investigación; más bien pareciera que la realidad nos está indicando lo contrario, por lo cual es posible proponer que efectivamente hay referéndums regresivos y progresivos.

**LITERATURA CONSULTADA**

Bisacretti di Ruffia, P. (1973). Derecho constitucional. Madrid: Editorial Tecnos.

Bielefeldt, H. (2012) Informe del Relator Especial sobre la libertad de religión o de creencias (A/HRC/19/60).

Bielefeldt, H. (2013) Informe del Relator Especial sobre la Libertad Religiosa y otras Creencias (A/HRC/25/58).

Conor, K. (25 de mayo de 2015). "Ban Ki-moon hails "historic" marriage referendum result" En: *Irish Times*, Recuperado de: Irlanda. <http://www.irishtimes.com/news/ireland/irish-news/ban-ki-moon-hails-historic-marriage-referendum-result-1.2224497>

Costa Rica (Ley n.º 8492, 2006). *Ley de regulación del referéndum*. Publicada en La Gaceta N.º 67 del cuatro de abril.

Costa Rica. Tribunal Supremo de Elecciones (5 de julio de 2010). Oficio TSE-1786, respuesta al proceso de recurso de amparo expediente 10-008331-0007-CO, presentado ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Egan, P. and Sherrill, K. (2009). California's Proposition 8: What Happened, and What Does The Future Hold?. United States of American: National Gay and Lesbian Task Force Institute.

Gamboa, C. (2007). Democracia directa: referéndum, plebiscito, iniciativa popular derecho comparado., México D.F: Centro de Documentación, Información y Análisis.

Girón, J. (1997) Cuestiones de derecho comunitario europeo. Sevilla, España: Universidad de Sevilla.

Hernández, R. (2004). "Los límites del poder reformador de la constitución". En: *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, 5:15-31.

Ireland. Department of Environment. Community and Local Government (2015). *The referendum in Ireland* (2015). Recuperado de: [www.environ.ie](http://www.environ.ie)

Ireland. Department of Environment. Community and Local Government Referendum (2014). Results 1937-2013 (2014). Recuperado de: [www.environ.ie](http://www.environ.ie)

- McDonald, H. (23 de mayo de 2015) "Ireland becomes first country to legalise gay marriage by popular vote". En: *The Guardian*, Recuperado de: <http://www.theguardian.com/world/2015/may/23/gay-marriage-ireland-yes-vote>
- Moderne, F. (marzo, 2002). "Las instituciones de democracia semidirecta en la Europa contemporánea" En: *Revista Costarricense de Derecho Constitucional*, 3:111-151.
- Mijangos, J. (2008). La Doctrina de la Drittwirking Der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Nikken, P. (julio-diciembre, 2010). "La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales". En: *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 52:55-140.
- Nohlen, D. y Zovatto, D. (Comp.) (2007). Tratado de derecho electoral comparado de América Latina. 2.<sup>a</sup> edición. San José, C.R.: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Peters, A. (2010). "El referéndum suizo sobre la prohibición de minaretes". En: *Teoría y Realidad Constitucional*, (25): 429-438.
- Peters, S. (23 de junio de 2015). "Judge Rules Proposed CA "Sodomite Suppression Act" Is "Patently Unconstitutional". En: *HRC Blog*. Recuperado de: <http://www.hrc.org/blog/judge-rules-proposed-ca-sodomite-suppression-act-is-patently-unconstitution>
- Pew Research Center (13 de noviembre, 2014). *Religion in latin america widespread change in a historically catholic región*. Recuperado de: <http://www.pewforum.org/2014/11/13/religion-in-latin-america/>
- Rueda, A. (27 de marzo de 2015). "California trata de frenar referendo que propone ejecutar gais". Recuperado de: <http://www.ameliarueda.com/nota/california-trata-de-frenar-referendo-que-propone-ejecutar-gais>
- Soto, F. (2013). "El referéndum en Latinoamérica: un análisis comparado". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (136):317-346.
- Unión Europea. Misión de Observación Electoral (2009). Informe final referéndum constituyente Bolivia. Recuperado de: [http://eeas.europa.eu/eucom/missions/2009/bolivia/pdf/eucom\\_bolivia\\_20\\_09\\_final\\_report\\_es.pdf](http://eeas.europa.eu/eucom/missions/2009/bolivia/pdf/eucom_bolivia_20_09_final_report_es.pdf)

**Resoluciones:**

Corte Europea de Derechos Humanos, Manoussakis y otros. Grecia. Sentencia del 29 de setiembre de 1996.

Corte Europa de Derechos Humanos, Alexandridis. Grecia, Sentencia del 21 de febrero de 2008.

Corte Suprema de Costa Rica. Sala Constitucional (2010). Sentencia 2010-2023 del 2 de febrero.

Corte Suprema de Costa Rica. Sala Constitucional (2010). Sentencia 2010-13313 del 10 de agosto.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional (2010). Voto disidente del magistrado Castillo Víquez de la Sentencia 2010-13313 del 10 de agosto.

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional (2010). Voto disidente del magistrado Armijo Sancho de la Sentencia 2010-13313 del 10 de agosto.

Tribunal Supremo de Elecciones (2008). Resolución n.º 3401-E9-2008 del 30 de setiembre.

Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica (2008). Resolución n.º 3894-E-2008, del 5 de noviembre.