



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú
Perú

Josi, Claudia

Democracia directa: ¿voluntad del pueblo versus los derechos fundamentales? Análisis
comparativo entre Suiza y California

Derecho PUCP, núm. 75, julio-diciembre, 2015, pp. 191-205

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656134009>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Democracia directa: ¿voluntad del pueblo versus los derechos fundamentales? Análisis comparativo entre Suiza y California

Direct democracy: What if there is a conflict between the will of the people and fundamental rights? A comparative analysis between Switzerland and California

CLAUDIA JOSI*

Resumen: En muchos países, los ciudadanos tienen la facultad de proponer nuevas leyes o modificaciones a la Constitución mediante iniciativas populares. Dado que las mismas gozan de una legitimación especial muchas veces se regulan por procedimientos diferentes a la legislación promulgada por la legislatura y pueden ser usados por sus proponentes para esquivar las restricciones a las que la legislación «ordinaria» está sujeta. Eso ha llevado a que, recientemente, se han presentado varias iniciativas populares que han entrado en conflicto con los derechos de las minorías, derechos fundamentales de otros grupos afectados, y otras garantías constitucionales. Desde una perspectiva de análisis comparativo, este artículo explora si las legislaciones en Suiza y California establecen restricciones procedimentales y sustantivas a este mecanismo de democracia directa y en qué medida. En este contexto, cuestiona si el alcance y el disfrute de los derechos fundamentales pueden estar sujetos a iniciativas populares. Finalmente, este artículo hace ciertas recomendaciones destinadas a mejorar los límites legales de las iniciativas populares y de sus mecanismos de control para garantizar que el alcance y el disfrute de los derechos fundamentales no estén sujetos al contenido de iniciativas populares.

Palabras clave: Democracia directa – límites de iniciativas populares – derechos fundamentales – derecho constitucional comparativo

Abstract: In many countries, citizens have the power to propose new laws or amendments to their constitutions by popular initiatives. Provided that they have a special legitimacy, they are often regulated by different procedures to the legislation enacted by the legislature and may be used by their proponents to avoid the restrictions that the “ordinary” legislation is subject to. Recently, this has led that several popular initiatives which have come into conflict with the rights of minorities, fundamental rights of other affected groups, and other constitutional guarantees have been submitted. From the perspective of a comparative analysis, this article explores whether the laws in Switzerland and California set the procedural and substantive restrictions to this mechanism

* Es experta suiza-peruana en derechos humanos, derecho constitucional y derecho internacional. Abogada de la Universidad de Friburgo y con Maestría en Estudios Internacionales con mención especial en Derecho Internacional. Correos electrónicos: cjosil@scu.edu/claudia.josi@gmail.com. Ponencia presentada en el IX Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (Oslo, Noruega, 16-20 de junio de 2014) bajo el título original «Direct Democracy: What if there is a Conflict between the Will of the People and Fundamental Rights?» dentro del taller «Democracia directa».

of direct democracy and to what extent. In this context, the author questions whether the scope and enjoyment of fundamental rights may be subject to popular initiatives. Finally, several recommendations are made to improve the legal limits of popular initiatives and their control mechanisms to ensure that the scope and enjoyment of fundamental rights are not subject to the content of popular initiatives.

Key words: Direct democracy – limits of popular initiatives – fundamental rights – comparative constitutional law

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. RESTRICCIONES EN EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS INICIATIVAS POPULARES.– II.1. RESTRICCIONES EN LA MATERIA EN SUIZA.– II.2. RESTRICCIONES EN LA MATERIA EN CALIFORNIA.– III. EJEMPLOS RECIENTES DONDE LA MATERIA DE LAS INICIATIVAS PROPUESTAS HA ENTRADO EN CONFLICTO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.– III.1. LA INICIATIVA SOBRE LOS MINARETES EN SUIZA.– III.2. «PROP 8» EN CALIFORNIA.– IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS DE MEJORA.– IV.1. ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS INICIATIVAS POPULARES EN SUIZA.– IV.2. ANÁLISIS CRÍTICO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS INICIATIVAS POPULARES EN CALIFORNIA.– V. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE UNA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS INICIATIVAS POPULARES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La iniciativa popular es uno de los mecanismos de democracia directa y de participación ciudadana más conocido en todo el mundo. A pesar de las diferencias en la forma en que los diferentes países desarrollan este mecanismo, existen ciertos elementos básicos comunes a la aplicación del mismo en todos los países. Mediante iniciativas populares, los ciudadanos tienen la facultad de proponer nuevas leyes o modificaciones a la Constitución. Por lo general, iniciativas populares son propuestas por grupos de ciudadanos organizados (como grupos de interés o partidos políticos). Además, normalmente las iniciativas pueden iniciarse sin el consentimiento del Poder Legislativo; o incluso, a pesar de la oposición del Congreso o Parlamento. De esta manera, las iniciativas populares pueden ser un medio poderoso para que los ciudadanos propongan activamente nueva legislación.

Igual que en cualquier otro proceso legislativo, puede haber restricciones legales relativas a la forma así como al contenido o a la materia de este mecanismo de democracia directa. Por ejemplo, posibles restricciones con relación a la materia podrían incluir el limitar la posibilidad de proponer ciertas iniciativas relacionadas con los derechos humanos u otros temas como la organización constitucional del Estado o el derecho internacional aplicable. Sin embargo, dado que las iniciativas populares gozan de una

legitimación especial y, muchas veces, se regulan por procedimientos diferentes a la legislación promulgada por la legislatura, a veces pueden ser usadas por sus proponentes para esquivar las restricciones a las que la legislación «ordinaria» está sujeta. Eso ha llevado a que, recientemente, se presenten varias iniciativas populares que entran en conflicto con los derechos de las minorías, derechos fundamentales de otros grupos afectados y otras garantías constitucionales.

Desde una perspectiva de análisis comparativo, este artículo explora si, y en qué medida, las legislaciones en Suiza y California establecen restricciones procedimentales y sustantivas a este mecanismo de democracia directa. Posteriormente, el artículo analiza dos ejemplos recientes —uno de Suiza y otro de California— donde surgieron conflictos entre las iniciativas populares y los derechos fundamentales. En este contexto, cuestiona si el alcance y el disfrute de los derechos fundamentales pueden estar sujetos a iniciativas populares. Finalmente, este artículo hace ciertas recomendaciones destinadas a mejorar los límites legales de las iniciativas populares y de sus mecanismos de control, tales como el control administrativo (preelectoral) o la revisión judicial (pre y postelectoral), para garantizar que el alcance y el disfrute de los derechos fundamentales no estén sujetos al contenido de iniciativas populares.

II. RESTRICCIONES EN EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS INICIATIVAS POPULARES

Las iniciativas populares pueden ser objeto de restricciones relacionadas con la forma y la materia. De importancia para este análisis son aquellas restricciones relacionadas con la materia. Estas son leyes que limitan el alcance o el contenido de las medidas electorales. Normalmente, estas restricciones impiden que las leyes aborden ciertos temas, tales como las libertades y derechos fundamentales, las instituciones religiosas u otras cuestiones políticamente complejas, tales como los impuestos y el presupuesto del Estado. En el siguiente capítulo, analizaremos las restricciones que Suiza y California han delimitado en cuanto al contenido de las iniciativas populares.

II.1. Restricciones en la materia en Suiza

El Artículo 139, párrafo 3 de la Constitución Federal de Suiza (1999) establece tres criterios para determinar la admisibilidad de una iniciativa popular¹. Los primeros dos se refieren a restricciones de

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

¹ En el artículo 139, párrafo 3 de la Constitución Federal de Suiza se definen las condiciones de iniciativas populares de la siguiente manera: «Cuando una iniciativa popular no respete el principio de unidad de la forma, el de unidad de la materia o las disposiciones imperativas de derecho internacional, la Asamblea federal la declarará total o parcialmente nula».

forma². El tercer criterio se refiere a la restricción material y establece que la iniciativa debe estar en armonía con las «disposiciones imperativas del derecho internacional», el denominado *ius cogens* internacional. Si una iniciativa popular entra en conflicto con el *ius cogens* internacional, el Parlamento Federal tiene la potestad de declararla inválida, con lo cual no se llevaría a cabo el voto sobre dicha iniciativa.

No obstante, esta restricción material a la posibilidad de que los proponentes puedan definir el contenido de una iniciativa es en sí limitada, ya que solo se refiere a las «disposiciones imperativas del derecho internacional», pero no al derecho internacional en general. Esto significa que si una iniciativa va en contra de acuerdos o normas internacionales que no forman parte del *ius cogens* internacional, el Parlamento no tiene la autoridad para declararla inválida y está obligado a presentar la iniciativa al voto popular³.

II.2. Restricciones en la materia en California

En los Estados Unidos, varios Estados que otorgan a los ciudadanos la iniciativa legislativa a través del mecanismo de la iniciativa popular han adoptado restricciones y regulaciones que limitan el alcance y contenido de dichas iniciativas. En California, el artículo 2 de la Constitución del Estado (1879) establece los límites de las iniciativas populares⁴. En la sección 12 de la Constitución del Estado de California se define el único límite material de iniciativas populares⁵ al establecerse que las iniciativas populares no pueden nombrar personas para ciertos mandatos o empresas para que presten ciertos servicios. En consecuencia, fuera de la exclusión de esas «iniciativas personalizadas», California no establece ninguna restricción relacionada con el contenido de una iniciativa.

2 En primer lugar, la iniciativa debe ser coherente en su forma. Este criterio requiere que una iniciativa sea formulada como un proyecto legislativo concreto o como una propuesta general. En segundo lugar, la iniciativa debe ser coherente en su contenido. Este criterio requiere que cada iniciativa aborde únicamente aquellas cuestiones que están estrechamente relacionadas entre sí. La vinculación de las diferentes materias que no están conectadas en una sola iniciativa no es permitida, ya que esto posiblemente confundiría a los votantes y impediría la expresión clara de su voluntad. Esta limitación tiene como objetivo garantizar que los ciudadanos puedan expresar claramente su opinión en el voto.

3 En el caso de una aceptación, su texto será interpretado como consistente con las obligaciones del derecho internacional como sea posible, con el fin de evitar un conflicto con estas obligaciones. Sin embargo, de no ser esto posible, la aprobación de una iniciativa con el voto popular debe ser entendida como un mandato implícito al Consejo Federal (Poder Ejecutivo) para derogar dicho tratado internacional.

4 En el artículo 2, sección 8 de la Constitución del Estado de California se establecen algunos criterios formales. Por ejemplo, al igual que la legislación suiza, la legislación del Estado de California establece la «regla de una sola materia», es decir, cada medida propuesta debe abordar un solo tema.

5 «No amendment to the Constitution, and no statute proposed to the electors by the Legislature or by initiative, that names any individual to hold any office, or names or identifies any private corporation to perform any function or to have any power or duty, may be submitted to the electors or have any effect» (Constitución del Estado de California, artículo 2, sección 12).

III. EJEMPLOS RECIENTES DONDE LA MATERIA DE LAS INICIATIVAS PROPUESTAS HA ENTRADO EN CONFLICTO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

III.1. La iniciativa sobre los minaretes en Suiza

En los últimos años, Suiza ha experimentado una serie de iniciativas populares que han desafiado el balance entre la voluntad del pueblo y el respeto de los derechos fundamentales de las minorías. Entre dichas iniciativas, la iniciativa sobre los minaretes fue uno de los momentos más oscuros de la democracia directa en Suiza. En noviembre de 2009, los ciudadanos suizos aceptaron una iniciativa popular que estableció una prohibición constitucional sobre la construcción de minaretes en el país. Desde que fue presentada como iniciativa popular, la propuesta levantó dudas sobre su legalidad. El gobierno suizo, así como una gran mayoría del Parlamento Federal de Suiza, estaba en contra de tal prohibición constitucional. Sin embargo, de acuerdo con las condiciones establecidas en el artículo 139 (3) de la Constitución Federal, el Parlamento solo puede rechazar una iniciativa si viola «disposiciones imperativas del derecho internacional». En general, se acepta que estas normas de *iustitia cogens* incluyen la prohibición de crímenes de lesa humanidad, el genocidio, la esclavitud y la tortura. Sin embargo, en el caso de la iniciativa sobre los minaretes, se disputó si el derecho afectado a la libertad religiosa ya había surgido como *iustitia cogens*. Después de largos debates, el Parlamento decidió que si bien la libertad religiosa era un derecho humano garantizado tanto por la Constitución como por estándares internacionales, el estado actual del derecho no permitía afirmar que ya formaba parte del *iustitia cogens* internacional. Por ende, no tuvo fundamento para declarar la iniciativa inválida y la presentó al voto popular. Finalmente, la iniciativa ganó con el 57,5% de los votos (Oficina Federal de Estadísticas de Suiza, 2009; Asamblea Federal de Suiza, 2009), a pesar de la fuerte oposición del gobierno suizo, del Parlamento, de grupos de defensa de los derechos humanos, de iglesias y de los partidos liberales.

Debido a la organización particular del Poder Judicial suizo y la falta de un tribunal constitucional, el resultado de esta votación es vinculante y no está sujeto a una revisión judicial (*abstracta*). Eso se debe a que, en Suiza, el Tribunal Federal (la corte más alta del Estado) no tiene competencia para anular o derogar leyes. Como consecuencia, en Suiza, solo un acto administrativo concreto que aplique la legislación pertinente (por ejemplo, una decisión concreta de una entidad administrativa) puede ser impugnado como inconstitucional (ver más detalles en el apartado IV.1. del presente texto).

En este sentido, en el año 2009, el Tribunal Federal rechazó dos peticiones contra la nueva norma constitucional, ya que los peticionarios no pudieron

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

demonstrar una afectación directa a sus derechos constitucionales por una decisión concreta y, por ende, no tenían legitimación para presentar dicha petición. De la misma manera, la Corte Europea de Derechos Humanos rechazó por razones procesales, en el año 2011, dos peticiones contra la nueva interdicción de construir minaretes. En consecuencia, después de la aprobación de la iniciativa por voto popular, una nueva norma constitucional que prohíbe la construcción de minaretes fue incluida en la Constitución Federal de Suiza.

III.2. «Prop 8» en California

Varias iniciativas populares en California también han aumentado las tensiones entre la voluntad expresada por el pueblo y la obligación del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales. Una de las más emblemáticas fue la aceptación por voto popular de la iniciativa popular número 8 (también llamada «Prop. 8») en noviembre de 2008.

«Prop. 8» fue una iniciativa popular que proponía una enmienda constitucional de la Constitución del Estado de California para definir el matrimonio como exclusivamente aplicable a parejas de distinto sexo⁶. La aprobación de esta propuesta añadió una nueva disposición en la Constitución del Estado de California, la cual establece que «solo el matrimonio entre un hombre y una mujer es válido o reconocido en California» (Constitución del Estado de California, artículo 1, sección 7.5.).

Los partidarios de «Prop 8» argumentaban que la iniciativa no era un ataque al «estilo de vida» gay, sino más bien un esfuerzo por preservar lo que ellos consideran como valores fundamentales en torno a la visión del matrimonio tradicional. Por otra parte, los opositores de «Prop. 8» argumentaban que la iniciativa era inconstitucional por razones de debido proceso e igualdad ante la ley, ya que codificaba la discriminación de las parejas del mismo sexo y no proporcionaba igualdad de condiciones en los matrimonios. Finalmente, «Prop. 8» fue aprobada por voto popular con una mayoría del 52% en noviembre de 2008.

El debate sobre la constitucionalidad de «Prop. 8» ha recorrido un largo camino, a través del sistema judicial de California, desde su aprobación por voto popular en 2008. En el caso Perry contra Schwarzenegger, de 4 de agosto de 2010, el juez de distrito Vaughn Walker declaró inconstitucional esta prohibición, ya que violaba las garantías del debido proceso y la igualdad ante la ley (Corte de Distrito de los Estados

⁶ El texto original de la propuesta era el siguiente: «Section I. Title: This measure shall be known and may be cited as the “California Marriage Protection Act. Section 2. Article I: Section 7.5 is added to the California Constitution, to read: Sec. 7.5. Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California”».

Unidos (Distrito Norte de California), 2010, p. 927). Esta decisión fue confirmada por la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito de Estados Unidos, el 7 de febrero de 2012, en el caso Perry contra Brown. Según la Corte, lo que hizo inconstitucional a «Prop 8» era que parejas del mismo sexo ya tenían el derecho a casarse en el Estado de California, un derecho que les fue quitado por la iniciativa. «Retirarle a un grupo desfavorecido un derecho con consecuencias sociales importantes, es diferente a dejar de extender ese derecho [a ese grupo] en primer lugar», escribió el juez Stephen Reinhardt (Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito de Estados Unidos, 2012, p. 1080).

En el año 2013, el caso fue considerado por la Corte Suprema de EE.UU. (Thomaston & otros, 2012). Sin embargo, en su decisión, la Corte evitó decidir si la iniciativa violaba las garantías del debido proceso y la igualdad ante la ley a la luz de la Constitución de los EE.UU. Más bien, decidió desestimar el recurso de apelación presentado por los proponentes de «Prop 8» por razones de jurisdicción, al dictaminar que los particulares no tenían legitimación para defender iniciativas aprobadas por los votantes de California (Corte Suprema de los Estados Unidos, 2013).

A pesar de que esta decisión fue un tanto decepcionante para los partidarios del matrimonio entre personas del mismo sexo, al desestimar el caso, la Corte dejó en efecto la decisión de primera instancia que permitía la reincorporación del matrimonio entre personas del mismo sexo en el orden jurídico del Estado de California. Pocas horas después de la sentencia, el gobernador de California, Jerry Brown, ordenó a los condados estatales que debían comenzar a emitir licencias de matrimonio a parejas del mismo sexo en California y, tan pronto como el Noveno Circuito confirmó la sentencia, la suspensión fue retirada. Brown sostuvo que él interpretaba la decisión del Tribunal en el sentido de que «Prop 8» había sido inconstitucional e inaplicable desde un inicio (Mears, 2013).

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTAS DE MEJORA

El debate en torno a la constitucionalidad de «Prop 8», así como el dilema relativo a la legalidad de la «iniciativa sobre los minaretes» han planteado interrogantes importantes con respecto a las restricciones legales sobre el contenido y el objeto de las iniciativas populares, así como con respecto a sus mecanismos de control. En el siguiente apartado, intentaremos analizar y comparar las limitaciones legales existentes para la presentación de iniciativas populares y sus mecanismos de control, asimismo, buscaremos desarrollar propuestas de mejora de la organización legal actual.

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA
DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

IV.1. Análisis crítico del régimen jurídico de las iniciativas populares en Suiza

En los últimos diez años, las iniciativas populares, como la iniciativa contra los minaretes, han entrado en conflicto cada vez de manera más frecuente con los derechos fundamentales y otras obligaciones de derecho internacional. Si bien en el pasado también se habían presentado iniciativas que eran, hasta cierto punto, incompatibles con los derechos fundamentales, el hecho de que dichas iniciativas sean aceptadas por el voto popular es una tendencia reciente (Ritter, 2012).

Estos conflictos son aun más críticos debido a la estructura del Poder Judicial de Suiza. Como resultado de la falta de un tribunal constitucional como tal en Suiza, donde la legislación pueda ser impugnada, el resultado de una consulta popular es vinculante y no está sujeto a la revisión judicial (abstracta). La Constitución Federal Suiza establece en el artículo 190 que la administración federal y las Cortes Federales están obligadas a aplicar las leyes federales y el derecho internacional. Este mandato de aplicación imperativa de la ley federal se aplica también a la Corte Federal de Suiza (el más alto tribunal del Poder Judicial suizo, similar a la Corte Suprema de los EE.UU.) y le niega competencia a la Corte para anular, derogar o rechazar su aplicación, incluso en caso encuentre una incompatibilidad entre una ley federal y la Constitución (Constitución Federal de Suiza, artículo 189). Si bien la Corte puede determinar cuándo una ley federal es incompatible con la Constitución Federal, no tiene competencia para anular o derogar dicha ley. Por ello, en Suiza, solo un acto administrativo concreto (por ejemplo, una decisión concreta de una entidad administrativa) puede ser impugnado como inconstitucional y anulado por la Corte Federal en caso que esta establezca una violación de derechos constitucionales. Sin embargo, esto no afecta la validez de la ley en cuestión y los tribunales suizos continúan estando obligados a aplicar dicha ley.

Andreas Gross, un miembro del Partido Social Demócrata de la Cámara de Representantes de Suiza, sostiene que los resultados de la votación minarete contribuirán a un replanteamiento de la democracia Suiza. «Los suizos han aprendido ahora que hay un problema [con la democracia directa] y que no se puede votar sobre los derechos humanos básicos», dijo en 2010 (Slater, 2010). En respuesta a varias iniciativas populares que han entrado en conflicto con derechos fundamentales en los últimos años, el gobierno suizo está considerando distintas medidas para fortalecer las restricciones a tales iniciativas y aumentar el control respecto del contenido de las mismas.

Una de las propuestas se centra en el fortalecimiento de la capacidad del Parlamento para declarar inválida una iniciativa cuando esta entra en conflicto con los derechos fundamentales. Como se mencionó en

el punto II, hasta ahora, el Parlamento solo puede declarar inválida una iniciativa popular cuando esta es incompatible con el *ius cogens* internacional. La moción parlamentaria presentada hace dos años por Daniel Vischer, un miembro de la Comisión sobre Instituciones Políticas de la Cámara de Representantes, quiere ampliar las limitaciones materiales de las iniciativas populares para prohibir aquellas que pretendan menoscabar los derechos fundamentales (Slater, 2009). Aquí, sin embargo, se presenta la pregunta sobre el alcance de los «derechos fundamentales» que tienen que ser protegidos. ¿Son estos los derechos fundamentales garantizados por la Constitución o los derechos humanos reconocidos a nivel internacional? ¿Y quién ha de definir estos límites —una corte nacional o un Tribunal Internacional como la Corte Europea de Derechos Humanos—? Un análisis sobre dónde se deben establecer exactamente estos límites excede el alcance de este artículo. Sin embargo, la necesaria redefinición de la limitación de la materia se podría basar en el concepto del «núcleo de los derechos fundamentales», tal como lo ha definido la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. En todo caso, se ha demostrado que la restricción actual del *ius cogens* internacional es insuficiente.

Andreas Auer, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Zúrich y director del Centro para la Democracia Directa en Aarau, concuerda con que Suiza tiene que desarrollar propuestas para «evitar que la gente ponga en marcha iniciativas que violan directamente los derechos humanos garantizados internacionalmente» (Slater, 2009). Sin embargo, considera que el Gobierno y el Parlamento no deberían tener la última palabra sobre si un voto puede someterse o no a votación del pueblo. Para él, y para muchos otros, la última palabra la deben tener jueces en una corte (Slater, 2009).

IV.2. Análisis crítico del régimen jurídico de las iniciativas populares en California

Tal y como la experiencia con «Prop 8» ha demostrado, también en California, la falta de una limitación clara sobre la materia que puede estar sujeta a iniciativa popular ha llevado a conflictos entre la voluntad del pueblo y los derechos fundamentales. Sin embargo, a pesar que la legislación de California no proporciona mayor regulación respecto a los límites materiales de las iniciativas populares, en esta jurisdicción el Poder Judicial ha desarrollado importantes condiciones para determinar la validez de una iniciativa. A través de los años, las cortes en California reiteradamente han interpretado que las iniciativas deben cumplir con el requisito de constitucionalidad de la misma manera que otras piezas legislativas promulgadas por el Poder Legislativo (Corte Suprema de California, 1983, p. 27). Esta práctica de revisión judicial ha producido abundante jurisprudencia con respecto a la constitucionalidad de las

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

iniciativas populares y, en varios casos, ha llevado a la anulación de iniciativas aun después de ser aprobadas por el pueblo. En este sentido, las cortes pueden declarar la invalidez de aquellas iniciativas que entren en conflicto con una disposición constitucional existente, ya sea del Estado o de la Constitución de los EE.UU. (Westen, 2008).

El caso emblemático que ha desarrollado este principio del requisito de constitucionalidad que limita el poder legislativo del pueblo es el caso de la Legislatura contra Deukmejian (Corte Suprema de California, 1983). En este caso, los proponentes de una iniciativa popular trataron de argumentar que las iniciativas deben estar exentas de las reglas constitucionales aplicables al proceso legislativo de elaboración de las leyes. La Corte Suprema de California rechazó este argumento y afirmó que el poder de iniciativa es una forma de poder legislativo «que de otra forma residiría en la Legislatura» y, por lo tanto, estaba sujeto a las mismas reglas y limitaciones (Corte Suprema de California, 1983, p. 27). En el mismo sentido, en el caso de Wallace contra Zinman (Corte Suprema de California, 1927), la Corte inequívocamente confirmó que las iniciativas tienen que cumplir con los mismos límites constitucionales y normas que las leyes ordinarias.

Como resultado de lo anterior, en California puede ser impugnada la legalidad de una iniciativa popular en las cortes, incluso después de haber sido aceptada por el voto popular. Así, aproximadamente dos tercios de las iniciativas populares aceptadas por voto popular han sido impugnadas posteriormente por sus opositores. De 1964 a 2007, al menos un tercio de las iniciativas aceptadas (21 de 65) han sido anuladas por las cortes ya sea completamente o al menos parcialmente (Westen, 2008). Las iniciativas han sido impugnadas sobre la base de una amplia variedad de argumentos, pero a menudo las cortes estatales y federales han anulado iniciativas por violar algún principio constitucional (Holman & Stern, 1998). En consecuencia, la revisión judicial (y con esto la protección de los derechos fundamentales individuales) es desarrollada de mejor manera en California que en Suiza, donde el Parlamento tiene la última palabra con relación a la validez de una iniciativa popular, y no existe un control de constitucionalidad después de la votación del pueblo.

Sin embargo, la pregunta es si esta fuerte revisión postelectoral (sin ningún control previo que impida que iniciativas claramente inconstitucionales sean sometidas a votación en primer lugar) es la mejor solución. A diferencia de Suiza, la legislación de California no requiere ninguna revisión de la forma o el contenido de una iniciativa popular como paso previo al proceso de recolección de firmas. Esto significa que ningún control previo revisa la legalidad o constitucionalidad de las iniciativas antes de la votación popular. En consecuencia, la revisión judicial postelectoral ha llevado a la frustración entre los ciudadanos de

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

California, en la medida en que se presentan iniciativas populares, se llevan a cabo campañas electorales gastando millones de dólares, se les pide a los votantes que decidan y voten sobre la materia y, al final, las cortes invalidan las reformas legislativas o constitucionales ya aceptadas por votación popular.

Una solución a este problema podría ser una revisión judicial preelectoral de las iniciativas populares. Sin embargo, a pesar de que el principio de la revisión judicial de las iniciativas aparece firmemente consolidado en los EE.UU., los estudios han demostrado que los tribunales de algunos Estados, California inclusive, expresan deferencia considerable a las iniciativas y han mostrado renuencia a eliminar una iniciativa de la boleta antes de una elección (Holman & Stern, 1998). Además, la mayoría de los tribunales actúa con moderación cuando se trata de la revisión de iniciativas populares, especialmente en cuestiones materiales y no procesales (Holman & Stern, 1998). Esta moderación se debe a la idea de que una iniciativa aún no está al alcance del poder judicial, para ello debe pasar de ser una simple propuesta de ley a ley vigente (Gordon & Magieby, 1989, p. 311). La Corte Suprema de California ha declarado que «por lo general es más apropiado revisar la constitucionalidad y otras impugnaciones hechas a las propuestas electorales o a las medidas de iniciativa, después de una elección, en lugar de perturbar el proceso electoral, obstaculizando el ejercicio del sufragio del pueblo, en ausencia de una muestra clara de nulidad» (Corte Suprema de California, 1982, p. 4). En consecuencia, en California, solo seis iniciativas han sido sometidas a revisión judicial preelectoral. De estas, tres han sido eliminadas de la papeleta de votación. Con mayor frecuencia, en California las iniciativas son verificadas después de que los votantes las han aprobado (Holman & Stern, 1998). Sin embargo, una verificación sistemática y previa de la legalidad y de la constitucionalidad de una iniciativa ayudaría a prevenir la frustración del pueblo al votar sobre algo que posteriormente será anulado por un tribunal.

Otra opción sería un control administrativo, similar al suizo, o una revisión judicial preelectoral de carácter obligatorio. Un sistema de revisión judicial preelectoral se ha establecido en el Estado de Florida, donde la Constitución requiere que la Corte Suprema del Estado revise los aspectos formales y materiales de una iniciativa popular cuando esta haya logrado recoger el 10% de las firmas requeridas. El umbral del 10% evita sobrecargar al tribunal con propuestas que probablemente no irían a votación, pero garantiza una revisión judicial preelectoral de aquellas que eventualmente podrían llegar a votación (California Commission on Campaign Financing, 1992, pp. 108-109).

Por supuesto, la revisión preelectoral de una iniciativa popular tendría que hacerse tomando en cuenta el derecho a la libertad de expresión. Mucho más que en Suiza, este derecho está profundamente arraigado en los valores constitucionales de Estados Unidos. Algunos especialistas en la materia sostienen que la revisión judicial de las iniciativas antes de la votación violaría la libertad de expresión garantizada por la Primera Enmienda de la Constitución de EE.UU. (Radcliffe, 1994, pp. 430-431). Asimismo, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró, en el caso Meyer contra Grant, que el discurso político en un proceso de iniciativa debe estar libre de interferencias estatales relacionadas con el contenido (Corte Suprema de los Estados Unidos, 1988; Radcliffe, 1994). Este asunto merece un análisis más profundo que excede el alcance de este artículo, pero basta señalar que la experiencia de Florida ha demostrado que la revisión judicial previa a las votaciones no necesariamente entraña en conflicto con el derecho a la libertad de expresión (California Commission on Campaign Financing, 1992, pp. 108-109).

V. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE UNA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS INICIATIVAS POPULARES

Desde las primeras experiencias democráticas en Roma y Atenas, los mecanismos de democracia directa han fortalecido la participación ciudadana en el proceso de la toma de decisiones políticas. Sin embargo, hay buenas razones para proceder con cautela, especialmente cuando se trata de permitirle a una mayoría modificar o restringir los derechos constitucionales o derechos de las minorías. En este sentido, hacen falta dos tipos de medidas: por un lado, una mejor limitación de la materia sujeta a votación popular; por otro lado, la mejora de los mecanismos de control. En cuanto a lo primero, la experiencia de la «iniciativa sobre los minaretes» (y otras iniciativas similares en Suiza) ha demostrado que las disposiciones imperativas del derecho internacional o el *ius cogens* internacional son una limitación insuficiente para las iniciativas populares. Por lo tanto, Suiza debería desarrollar nuevas condiciones para el ejercicio de la democracia directa, a fin de garantizar una mejor protección de los derechos fundamentales de las personas. Como es el caso en California, Suiza debería considerar como límite a las iniciativas populares los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, o los derechos humanos, tal como están garantizados en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el Estado sea Parte.

Con relación a lo segundo, se ha visto que también los mecanismos de control requieren ser fortalecidos. La experiencia suiza ha puesto de manifiesto que es necesario un mecanismo de revisión judicial preelectoral o postelectoral. A pesar de que el control administrativo

existente es un medio conveniente y eficiente para que el Estado regule determinados aspectos del proceso de iniciativa popular, las posibilidades de fracaso o abuso son altas. Dado que los miembros del Parlamento están bajo la presión de una reelección, son susceptibles de tomar decisiones acerca de la legalidad de una iniciativa electoral sobre la base de consideraciones más políticas que jurídicas. Gracias a la independencia judicial, los jueces son menos propensos a ser afectados por estas consideraciones. Con el fin de garantizar el imperio de la ley y la igual protección de todos los ciudadanos, es necesaria la revisión judicial por tribunales independientes. Esto es aun más necesario cuando se trata de la protección de los derechos de las minorías.

Al mismo tiempo, para California, la revisión judicial preelectoral podría ser una solución que ayudaría a evitar la frustración que provocan las iniciativas populares cuando son declaradas inconstitucionales solamente después de la votación por parte de los ciudadanos. Un sistema de control administrativo previo, similar a una opinión consultiva (como la propuesta presentada por Suiza) o la revisión judicial preelectoral sistemática similar a la de Florida, ayudaría a garantizar de mejor manera los derechos fundamentales y constitucionales, evitando al mismo tiempo la frustración de los votantes en California.

Los mecanismos de democracia directa son una herramienta importante en el orden jurídico y la concepción de la democracia. Sin embargo, la democracia es más que la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones. Es también la protección de las minorías y el respeto del imperio de la ley. Por ello, los mecanismos de democracia directa deben estar sujetos a ciertos límites, en la medida en que la voluntad de las personas puede llegar a convertirse en ley.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Federal Suiza (2009). Volksabstimmung vom 29. November 2009. Recuperado de <http://www.parlament.ch/d/wahlen-abstimmungen/volksabstimmungen/volksabstimmungen-2009/abstimmung-2009-11-29/seiten/default.aspx>.

California Commission on Campaign Financing (1992), *Democracy by Initiative: Shaping California's Fourth Branch of Government*. Los Angeles. Recuperado de <http://policyarchive.org/handle/10207/bitstreams/215.pdf>.

Constitución del Estado de California (1879).

Constitución Federal de Suiza (1999).

Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito de Estados Unidos (2012). *Perry v. Brown*. *Federal Reporter. Third Series*, 681, 1065. 681 F.3d 1065 (9th Cir. 2012)

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA

Corte de Distrito de los Estados Unidos (Distrito Norte de California) (2010). *Perry v. Schwarzenegger*. C 09-2292 VRW. 4 de agosto de 2010. *Federal Supplement. Second Series*, 704, 921-1004. 704 F. Supp 2d 921 (N.D. Cal. 2010).

Corte Suprema de California (1927). *Wallace v. Zinman*. 4 de marzo de 1927. *Pacific Reporter*, 254, 946. 254 P. 946 (Cal. 1927).

Corte Suprema de California (1982). *Brosnahan v. Eu*. 11 de marzo de 1982. *California Reports. Third Series*, 31, 1. 31 Cal.3d 1 (Cal. 1982).

Corte Suprema de California (1983). *Legislature v. Deukmejian*. *Pacific Reporter. Second Series*, 669, 17. 669 P.2d 17 (Cal. 1983).

Corte Suprema de los Estados Unidos (1988). *Meyer v. Grant*. 6 de junio de 1988. *United States Reports*, 486, 414-428. 486 U.S. 414 (1988).

Corte Suprema de los Estados Unidos (2013). *Hollingsworth et al. v. Perry* et al. 26 de junio de 2013. *United States Reports*, 570, expediente 12-144. 570 U.S. __ (2013).

Gordon III, James D. & David Magieby (1989). Pre-Election Judicial Review of Initiatives and Referendums. *Notre Dame Law Review*, 64 (3), 298-320.

Holman, Craig B. & Robert Stern (1998). Judicial Review of Ballot Initiatives: The Changing Role of State and Federal Courts. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 31 (4), 1239-1266. Recuperado de <http://digitalcommons.lmu.edu/llr/vol31/iss4/6>.

Mears, Bill (2013). Supreme Court dismisses California's Proposition 8 appeal. CNN, 27 de junio. Recuperado de <http://www.cnn.com/2013/06/26/politics/scotus-prop-8/>.

Oficina Federal de Estadísticas de Suiza (2009). Abstimmungen – Indikatoren. Eidgenössische Volksabstimmungen 2009 – Übersicht. Recuperado de <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/17/03/blank/key/2009/01.html>.

Radcliffe, M. Sean (1994). Pre-Election Judicial Review of Initiative Petitions: An Unreasonable Limitation on Political Speech. *Tulsa Law Review*, 30 (2), 425-445.

Ritter, Adrian (2012). Kalifornien als Vorbild. *UZH News*, 23 de agosto. Recuperado de <http://www.uzh.ch/news/articles/2012/kalifornien-als-vorbild.html>.

Slater, Julia (2009). Defending popular rights — by limiting them?. *Swissinfo*, 1 de diciembre. Recuperado de http://www.swissinfo.ch/eng/politics/internal_affairs/Defending_popular_rights_by_limiting_them.html?cid=7813618.

Slater, Julia (2010). The Swiss vote more than any other country. *Swissinfo*, 29 de marzo. Recuperado de http://www.swissinfo.ch/eng/specials/switzerland_for_the_record/world_records/The_Swiss_vote_more_than_any_other_country.html?cid=8483932.

Thomaston, Scottie & otros (2012). Supreme Court Will Hear Challenges to Prop 8, DOMA. *The Huffington Post*, 7 de diciembre. Recuperado de http://www.huffingtonpost.com/scottie-thomaston/supreme-court-will-hear-challenges-to-prop-8-domab_2260539.html.

Westen, Tracy (2008). *Democracy by Initiative: Shaping California's fourth branch of government* (segunda edición). Los Ángeles: Center for Governmental Studies. Recuperado de <http://www.policyarchive.org/handle/10207/bitstreams/5800.pdf>.

Recibido: 09/09/2015
Aprobado: 01/10/2015

DEMOCRACIA
DIRECTA:
¿VOLUNTAD DEL
PUEBLO VERSUS
LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES?
ANÁLISIS
COMPARATIVO
ENTRE SUIZA Y
CALIFORNIA

DIRECT
DEMOCRACY:
WHAT IF THERE
IS A CONFLICT
BETWEEN THE
WILL OF THE
PEOPLE AND
FUNDAMENTAL
RIGHTS? A
COMPARATIVE
ANALYSIS
BETWEEN
SWITZERLAND
AND CALIFORNIA