

N.º 8132-E9-2018.-TRIBUNAL SUPREMO DE ELECCIONES. San José, a las quince horas del veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho.

Gestión presentada por el señor Pablo Antonio Morales Rivera con el objeto de que este Tribunal autorice la recolección de firmas para someter a referéndum –por iniciativa ciudadana– el proyecto de ley denominado “Ley de Garantías Sociales Bicentenarias”.

RESULTANDO

1.- Por escrito del 5 de julio de 2018, recibido en la Dirección General de Registro Electoral el día siguiente, el señor Pablo Antonio Morales Rivera, cédula de identidad n.º 1-1251-0862, solicitó autorización a este Tribunal para iniciar el trámite de recolección de firmas con el propósito de someter a referéndum, por iniciativa ciudadana, el proyecto de ley denominado “Ley de Garantías Sociales Bicentenarias” (folios 1 a 58).

2.- En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Sobrado González**; y,

CONSIDERANDO

I.- Sobre la gestión formulada y la naturaleza del proyecto de ley que se solicita someter a referéndum. El interesado solicita que se autorice la recolección de firmas para someter a referéndum -por iniciativa ciudadana- un proyecto tendiente a reformar distintas leyes.

Este Tribunal, del análisis de la iniciativa propuesta por el señor Morales Rivera, verifica que el texto normativo que se procura someter a referéndum agrupa nueve proyectos de ley que versan sobre distintos ejes temáticos y que se tramitan o que se tramitaron en la Asamblea Legislativa; incluso, uno de ellos culminó todo el procedimiento parlamentario, pero el Poder Ejecutivo, por razones de constitucionalidad, lo vetó (oficio n.º DP-7472-08 del 24 de noviembre de 2008).

De seguido se enumeran los proyectos, así como el número de expediente asignado en la Asamblea Legislativa: **1)** Salario mínimo vital de los trabajadores (expediente n.º 19.312); **2)** Protección de los usuarios de los medicamentos (n.º 17.738); **3)** Derechos y protección de los usuarios de la Red Mundial Internet (n.º 20.241); **4)** Derechos y protección de usuarios de la educación superior privada (n.º 18.011); **5)** Autorización a RECOPE para producir energías limpias (expediente n.º 19.498); **6)** Prevención y sanción del acoso callejero como forma

de violencia (n.º 19.737); **7)** Combate a la corrupción y transparentar los patrimonios y los intereses económicos de altos mandos en sector público (n.º 20.604); **8)** Autorización al ICE para realizar obra pública (n.º 19.793); y, **9)** Participación organizada en materia ambiental (Decreto Legislativo n.º 8.681).

II.- Cuestión preliminar sobre la admisibilidad de las solicitudes de referéndum. El derecho constitucional de los ciudadanos de aprobar o derogar leyes y hacer reformas parciales a la Constitución Política no es ilimitado. Por esa razón, este Tribunal -como parte de los actos preparatorios previstos en el artículo 6, incisos a) y b) de la Ley sobre Regulación del Referéndum- tiene la potestad de hacer un primer examen de admisibilidad del texto a consultar en referéndum con el fin de determinar, de previo, si procede autorizar la solicitud de recolección de firmas planteada.

Este examen puede conllevar el rechazo de la solicitud, básicamente, en las siguientes hipótesis: **a)** si este Tribunal detecta o concluye que el texto del proyecto se refiere a ámbitos que no pueden ser decididos por el Soberano mediante referéndum, ya que la Carta Fundamental, en el numeral 105, especifica que existen ciertas materias en las que no procede el referéndum, como lo son: la presupuestaria, tributaria, fiscal, monetaria, crediticia, de pensiones, seguridad, aprobación de empréstitos y contratos o actos de naturaleza administrativa; **b)** cuando el proyecto tiene, como propósito, hacerle reformas parciales a la Constitución Política y no ha sido aprobado por la Asamblea Legislativa en primera legislatura según lo exige el artículo 195, inciso 8) de la Constitución Política (esta doctrina sobre el análisis previo de las iniciativas ha sido desarrollada por este Pleno, entre otras, en las resoluciones n.º 797-E9-2008, 2202-E9-2008, 3894-E9-2008, 3280-E9-2011, 4279-E9-2012 y 4902-E9-2013); y, **c)** cuando se trate de un proyecto que presenta vicios groseros y evidentes de constitucionalidad.

III.- Sobre la gestión formulada. Además de los requisitos antes expuestos, este Tribunal considera que el diseño constitucional vigente en nuestro país y la misma naturaleza del instituto del referéndum imponen otros requerimientos que deben ser valorados, a la luz del Derecho de la Constitución y, de ser inobservados, también darían mérito al rechazo de la iniciativa legislativa planteada.

En efecto, una gestión referendaria, en tanto tiene como fin último solicitar a la ciudadanía que manifieste su voluntad en relación con la aprobación de un proyecto de ley, debe respetar una serie de principios y reglas generales para asegurar que el acto comicial que, eventualmente, sería llevado a cabo

pueda realizarse no solo de manera eficiente y adecuada, sino que permita una participación libre de los electores, con el fin de que estos puedan manifestar con claridad y transparencia su voluntad. Como correlato de esa garantía, el ordinal 95 de la Constitución Política impone a la Autoridad Electoral la obligación de velar porque esa manifestación de voluntad de los electores sea efectuada de manera ordenada, pacífica y, ante todo, libre.

En razón de lo anterior, le corresponde a este Tribunal asegurar que la solicitud de referéndum planteada cumpla adecuadamente con esos fines: ser una herramienta idónea y eficaz para consultar la voluntad del electorado. Como punto de partida de dicho examen, esta Magistratura debe analizar si el contenido de la propuesta de ley comporta algún impedimento para el ejercicio libre e informado del voto por parte de los ciudadanos. De acuerdo con esa tesitura, es necesario verificar que el proyecto, por su contenido, no se convierta en un obstáculo para garantizar -como mínimo- dos garantías político-electorales fundamentales: el derecho a la información y el derecho a la autodeterminación del votante.

El Consejo Constitucional francés, en su decisión n.º 2000-428DC, señaló que las iniciativas referendarias deben observar una "doble exigencia de lealtad y claridad" (*double exigence de loyauté et clarté*), en virtud de la cual el texto del proyecto de ley sometido a consulta popular no debe incluir, en su redacción, elementos que, por su poca claridad o ambigüedad, induzcan al votante a incurrir en errores, o impidan que tome una decisión libre e informada.

De esta forma, el Tribunal, al estudiar la admisibilidad de una solicitud de referéndum, debe verificar no solo el cumplimiento de los requisitos formales, sino que el proyecto de ley guarde identidad o conexidad temática (principio de unidad de la materia, según lo entiende la doctrina), de manera tal que la iniciativa persiga un objetivo uniforme y que, entre sus diferentes partes, exista un nexo intrínseco. La ausencia de un eje temático en un proyecto sometido a consulta podría convertirse en un obstáculo para el libre ejercicio del sufragio, porque obliga al elector a formarse una única opinión frente a una variedad de temas, respecto de los cuales, incluso, podría tener opiniones favorables y desfavorables, sin que se tome en consideración que en el proceso de referéndum el elector únicamente cuenta con dos opciones al manifestar su voluntad: votar "SÍ" o "NO", lo que significa estar en favor o en contra de la totalidad del proyecto de ley.

Por ello, resulta improcedente someter a referéndum una iniciativa que regule temas inconexos o hasta contradictorios porque impone una obligación irracional a los electores, puesto que los obliga, como se indicó, a unificar su criterio sobre tópicos diversos que, naturalmente, suscitan opiniones divergentes y usualmente carecen de consenso. Cabe aclarar que la Ley sobre Regulación del Referéndum (art. 10) autoriza que, en un solo acto comicial, se decidan popularmente distintos asuntos. Sin embargo, esta posibilidad está prevista para cuando estén en curso varias solicitudes de convocatoria a referéndum debidamente diferenciadas, habilitándose al Tribunal para acumularlas; supuesto en que, naturalmente, el ciudadano tendrá a su disposición tantas papeletas como proyectos de ley estén por votarse, de modo que podrá expresar un criterio particular sobre cada uno de ellos. El caso que nos ocupa, como insistiremos luego, es distinto: se trata de una iniciativa de ley única que agrupa un conjunto de propuestas heterogéneas, como una suerte de plataforma programática que se pretende validar por la vía del referéndum, lo que evidentemente excede la posibilidad prevista en la indicada ley.

En ese orden de ideas, esta Magistratura logra determinar que la propuesta de ley bajo estudio carece de una lógica temática homogénea, de manera tal que su contenido y técnica de redacción impiden que se pueda determinar, con precisión y claridad, un objeto con unidad de sentido. En efecto, si se analiza el contenido de la iniciativa legislativa en cuestión, se torna evidente que las reformas introducidas por ella no guardan coherencia entre sí ni se refieren a un mismo eje temático, sino que, por el contrario, constituyen un amplio catálogo de disposiciones normativas que, como se indicó en el primer considerando, reúne nueve proyectos de ley diversos y heterogéneos que se tramitan o tramitaron en la Asamblea Legislativa.

Así, por ejemplo, en ese documento se agrupan reformas relativas al salario mínimo vital, al precio de los medicamentos, a la ampliación de los derechos y protección de los usuarios en internet, a la regulación de los servicios de educación privada, a la inclusión de mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones en materia ambiental, a la autorización para que RECOPE pueda producir energías limpias, a la penalización del acoso callejero, al combate a la corrupción en el sector público y a otras normas relacionadas con la autorización para que el Instituto Costarricense de Electricidad pueda construir obra pública.

Es claro que la cantidad de temas inconexos y complejos que componen la iniciativa, obligarían al electorado a unificar su criterio en relación con la

totalidad de esos contenidos para, de esta forma, poder votar por una de las dos opciones que tendría a su disposición, lo cual, según se expuso, comporta una violación a los principios de lealtad al elector y autodeterminación del votante.

En virtud de lo expuesto, este Tribunal estima que resulta jurídicamente improcedente someter a referéndum este proyecto y, por ello, se rechaza la solicitud de recolección de firmas formulada.

IV. Motivos adicionales que justifican el rechazo de la solicitud. No obstante que lo antes expuesto justifica el rechazo de plano la solicitud de recolección de firmas formulada, se debe indicar que, adicionalmente, existen vicios en la propuesta normativa que impiden someter a referéndum el proyecto: contiene disposiciones que rozan los límites materiales previstos constitucionalmente para el ejercicio de este instituto y, además, algunas de las normas presentan vicios groseros de constitucionalidad; motivos que, como se indicó, también justifican el rechazo de la gestión presentada.

A modo de ejemplo y sin ser exhaustivos, se citan los siguientes casos:

a) Título VIII del proyecto que regula “la prevención y sanción del acoso sexual callejero como forma de violencia y afectación de la dignidad personal”. Este apartado contiene regulaciones procesales y sustantivas de naturaleza penal. En el artículo 41 de la iniciativa, titulado “Manifestaciones típicas del acoso sexual”, enumera diversas conductas catalogadas como ilícito penal, las cuales se sancionan con pena de multa. De igual manera, los artículos 42 y siguientes señalan algunas pautas procedimentales que permiten deducir que la sanción pecuniaria es de naturaleza penal, por cuanto se indica, entre otras cosas, que la denuncia puede ser presentada ante el juez competente o el Ministerio Público (artículo 43) y que el procedimiento “*será impulsado oficialmente por el Poder Judicial, previa denuncia de parte*” (artículo 42).

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de establecer -vía referéndum- sanciones de naturaleza penal, este Tribunal ha precisado que, al encontrarse cualquier regulación sobre materia penal dentro del elemento “seguridad” (límite material previsto constitucionalmente para legislar vía referéndum), resulta improcedente autorizar la recolección de firmas de un proyecto de ley que contenga, entre su contenido esencial, la incorporación o modificación de sanciones penales, ya sean penas privativas de libertad o multas pecuniarias. Este Pleno consideró que, además de la incorporación

de normas penales sustantivas, también se encontraba prohibida la creación de normas penales adjetivas o de orden procesal, tales como las contenidas en los artículos 42 a 52 de la iniciativa presentada.

En concreto, esta Magistratura, en la resolución n.º 4295-E9-2015 de las 13:30 horas del 10 de agosto de 2015, indicó:

Con base en los precedentes electorales transcritos –que se nutren a su vez de la discusión parlamentaria, sea, de la voluntad del constituyente derivado– se logra determinar que la volatilidad del colectivo social frente a los hechos delictivos fue un aspecto tomado en consideración: **el poder reformador incluyó dentro de los tópicos contenidos en la materia excluida bajo la denominación “seguridad”, lo relativo al ejercicio del poder punitivo del Estado**, pues las discusiones sobre ese tema suelen presentar una “excesiva pasionalización”, distanciándose de la sesuda reflexión que debe acompañar toda modificación al ordenamiento jurídico. En otros términos, conscientemente se descartó que, a través del referéndum, el pueblo conociera de proyectos estrictamente relacionados con materia penal.

Debe tenerse presente que “materia penal” no solo incluye los aspectos del derecho sustantivo (la tipificación de conductas), sino además contempla las normas adjetivas que permiten el ejercicio del ius puniendi del Estado: para la persecución y juzgamiento de conductas de relevancia jurídico penal es necesario un aparato procesal que, evidentemente, está regulado por preceptos legales, cuyo fin no es otro que hacer efectiva la política criminal. [El resaltado es suplido).

De esa suerte, resulta evidente que, al menos los citados artículos de la iniciativa, violentan los límites establecidos en el ordinal 105 de la Constitución Política, por cuanto incorporan ilícitos penales sancionados con penas de multa (normas penales sustantivas) y, además, regulan procesalmente el ejercicio de la potestad punitiva del Estado para la persecución de esos ilícitos en particular (normas penales adjetivas).

b) Título III del proyecto, denominado “De la Protección de los usuarios de los medicamentos”. Este apartado contiene una serie de disposiciones normativas que regulan el mercado de los productos farmacéuticos. Este Tribunal considera que las disposiciones que regulan la libertad o facultad de los médicos, odontólogos, veterinarios y obstetras de prescribir medicamentos, mediante la reforma al artículo 55 de la Ley General de Salud (artículo 16 del proyecto), comporta una violación al derecho a la salud de las personas, no solo por cuanto obligaría a estos profesionales a prescribir únicamente “*medicamentos por el nombre del equivalente genérico disponible en el mercado*”, sino que limitaría el derecho a la salud de las personas al someterlas únicamente a ese tipo de medicamentos, negándole la posibilidad de obtener un mejor tratamiento o más favorable de acuerdo con sus necesidades.

En efecto, a Sala Constitucional ha definido la libertad a la prescripción médica como “*la capacidad o posibilidad de brindar al enfermo lo mejor para él en cuanto a pronóstico y calidad de vida*” y, además, le ha otorgado un valor preponderante a este criterio técnico, incluso sobre consideraciones de carácter económico. En la resolución n.º 4820-04, de las 15:23 horas del 4 de mayo de 2004, indicó cuando sigue:

Este Tribunal recuerda (...) que en resguardo del derecho a la salud y a la vida de sus pacientes, tiene el deber de suministrar los medicamentos que los médicos tratantes consideren se adecuan a las condiciones particulares de cada persona, esto con el fin de mejorar su estado de salud y consecuentemente la calidad de vida, ambos derechos supremos en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la Procuraduría General de la República, en la opinión jurídica n.º OJ-017-2013 del 1.º de abril de 2013, al conocer en consulta este mismo proyecto de ley (expediente n.º 17738 “Control de Precios de los Medicamentos”), hizo ver que la iniciativa presentaba vicios de constitucionalidad porque la propuesta de reforma del artículo 55 de la Ley General de Salud implicaba la lesión a los derechos antes indicados. Al respecto indicó:

En este sentido, debe indicarse que el acto de prescripción es un acto médico, sujeto esencialmente al principio de beneficencia y al deber de no maleficencia. Esto según el artículo 37 LGS.

En efecto, el acto de prescribir un medicamento tiene una finalidad indudablemente terapéutica.

Lo anterior implica que, por consecuencia, el acto de prescribir un medicamento – y por tanto de resolver sobre su dosis y demás elementos de su administración, incluyendo si receta un medicamento genérico o no – es una decisión del médico tratante que por su inmediata relación con el paciente, es quien posee elementos suficientes para valorar la pauta terapéutica más adecuada, durante el tiempo que sea necesario y de forma que suponga el menor riesgo posible para el paciente. Esta tesis ha sido la incorporada en la jurisprudencia de la Sala Constitucional.

(...)

Así las cosas, la imposición, aún por vía de Ley, de la obligación de los médicos de prescribir los medicamentos por su principio activo, podría constituir un quebranto de la libertad de los médicos de prescribir los medicamentos que se estimen más adecuados desde la perspectiva terapéutica y, de forma refleja, podría acarrear una violación del derecho a la salud de las personas. [El subrayado no es del original].

Así las cosas, la iniciativa tendiente a reformar el citado artículo 55 de la Ley General de Salud, en los términos propuestos, vulneraría de forma grosera el derecho de la Constitución, toda vez que, como se indicó, la obligación que impone al médico tratante de prescribir únicamente medicamentos genéricos, desconoce que este acto implica una valoración de carácter técnico respecto de la dosis, el tipo de fármaco (genérico o no) y otros elementos sobre su administración, cuya decisión está protegida constitucionalmente con el fin de garantizar el derecho a la salud. Tal resguardo ha sido tutelado por la Sala Constitucional debido a que el médico tratante, por su inmediata relación con el paciente, es quien posee los elementos de juicio suficientes para valorar el medicamento más adecuado, el tiempo de la dosis y la forma de aplicación que suponga el menor riesgo posible para el paciente, esto con la finalidad, como se indicó, de mejorar su estado de salud y garantizar efectivamente ese derecho.

V.- Consideración adicional. En virtud de que la iniciativa presentada, en su Título II, incorpora modificaciones relacionadas con la regulación del salario mínimo vital de los trabajadores (artículos 3 al 5 del proyecto), se hace ver al gestionante que, pese a que este Tribunal ya se pronunció sobre

la procedencia de autorizar la recolección de firmas sobre este mismo proyecto de ley (ver resolución n.º 2360-E9-2016 de las 10:50 horas del 5 de abril de 2016), lo cierto es que contra dicha autorización se presentó una acción de inconstitucionalidad que fue cursada, razón por la cual la Sala Constitucional ordenó la suspensión de la recolección de firmas, con lo cual la procedencia de la iniciativa presentada por el señor Morales Rivera estaría supeditada, sobre este extremo, a lo que se resuelva definitivamente y ello también impediría la autorización de recolección de firmas del proyecto tal y como se planteó.

VI.- Conclusión. En virtud de los aspectos indicados, procede rechazar la gestión presentada por el señor José Pablo Morales Rivera, como en efecto se dispone.

POR TANTO

Se rechaza la gestión para que este Tribunal autorice la recolección de firmas para someter a referéndum –por iniciativa ciudadana– el proyecto de ley denominado “Ley de Garantías Sociales Bicentenarias”. Notifíquese al gestionante.

Luis Antonio Sobrado González

***Max Alberto Esquivel Faerron
Riggioni***

Fernando del Castillo

Exp. n.º 262-2018
Democracia Directa
Pablo Antonio Morales Rivera
JLRS/snz.-