

*Alejandro J. Robles Leal**

INTRODUCCIÓN

La ola referendaria que se desató en América Latina en la última década del siglo XX y la primera del XXI provocó un ejercicio intensivo de este mecanismo de la democracia directa en diversos Estados de la región, ello si se toma en cuenta que su empleo había sido modesto hasta ese momento en el continente. Sin embargo, como bien lo han visto diversos países en estas latitudes, el empleo de estas y otras herramientas para la participación ciudadana no necesariamente ha tendido al fortalecimiento del sistema democrático. En diversas oportunidades, estos instrumentos fueron usados con el único propósito de legitimar decisiones que, en sí mismas, atentan contra la democracia, resultando ser los ejemplos más notables los intentos por extender de manera indefinida los mandatos de diversos jefes de Estado.

Ahora bien, la cuestión de fondo es si cualquier decisión adoptada por el pueblo, a través de los mecanismos de participación ciudadana debe ser incorporada al ordenamiento, sin estar sujeta a mayor examen, o si, por el contrario, esas decisiones pueden someterse a determinados límites para asegurar la convivencia democrática dentro de un Estado. En ese sentido, no se puede entender la intervención del pueblo en la resolución de asuntos de relevancia pública desenganchada del contexto que el Estado de Derecho implica.

De esta forma, la cuestión que acá se trata tiene que ver sobre todo con la definición de fronteras a la producción normativa a través de los mecanismos de participación ciudadana. En otras palabras, lo que acá se pretende dejar asentado es que la democracia directa no puede servir de instrumento para demoler los pilares esenciales sobre los cuales reposa el edificio del Estado Democrático de Derecho.

Por ello, la fijación de límites a la participación ciudadana no necesariamente implica un ejercicio antidemocrático por parte de los poderes públicos, sino que, en

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Egresado del Máster Oficial en Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla. Letrado del Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica. Contacto: aroblesleal@gmail.com.

determinadas circunstancias, puede ser la diferencia entre el mantenimiento del Estado de Derecho y su festinación por parte de la ciudadanía.

Esos límites no necesariamente deben aparecer de forma expresa en un texto normativo, sino que, mientras existan órganos que controlen el ejercicio de la participación ciudadana, pueden ser establecidos incluso interpretando y aplicando las cláusulas del Estado Democrático de Derecho. Precisamente, la estipulación de esos límites y la manera en que los órganos encargados de hacerlos respetar ejercitan esa tarea, principalmente en el caso costarricense, resultan ser el objeto de este breve trabajo. En tal dirección, nuestra postura ciertamente parte de una visión organicista del pueblo, asimilándolo a uno más de los poderes públicos dotados de la competencia necesaria para adoptar decisiones relevantes e incluso dictar normas jurídicas.

Como se verá, la imposibilidad de destruir la obra del constituyente, la obligación de conservar el Estado Democrático de Derecho y la necesidad de respetar la dignidad humana son los valladares infranqueables que de manera consistente se han señalado como fronteras a la participación de la gente. Con pocas excepciones, en la región se admite, de forma pacífica, que la noción de “el pueblo” no puede servir de excusa para oprimir minorías o dinamitar las bases del edificio democrático. En ese sentido, bien vale señalar que diversos tribunales constitucionales y cortes regionales han establecido la imposibilidad de que el pueblo cruce esos límites.

Ahora bien, como se apreciará, el ejercicio de control de esos límites no es necesariamente sencillo, pues la postura de órganos de balance contramayoritario en la que se encuentran los encargados de vigilar esos linderos los puede llegar a colocar en la incómoda situación de evitar o incluso contradecir la expresión de una mayoría considerable manifestada a través de estos mecanismos.

Precisamente, sobre estas cuestiones, polémicas por demás, es que trata este breve texto, que intenta afirmar la existencia de tales límites no contemplados de forma expresa en el ordenamiento y la posibilidad de controlarlos.

EL PUEBLO COMO ÓRGANO SUJETO A LÍMITES

La comprensión del pueblo como un órgano o poder público más, que se expresa a través de determinados mecanismos que permiten su intervención en la adopción de decisiones de relevancia pública, no es del todo pacífica en doctrina, de hecho, existen dogmáticos que aseguran que es equivocada la asimilación del pueblo a un poder público más (De Vega García, 2011: 110-112). No obstante, cuando la gente interviene a través de mecanismos de participación ciudadana que le permite incorporar disposiciones normativas al ordenamiento jurídico, no hay otra forma de entenderlo. En efecto, en ese caso se convierte en un órgano productor de normas, que ejecuta esa tarea a través de un determinado procedimiento que ha sido definido por intermedio de un grupo de normas habilitantes que fijan y determinan la competencia del pueblo.

Sobre esa base, al entender al pueblo como un órgano más que, a través de los mecanismos de participación ciudadana, produce normas se lo ve igualmente como un órgano limitado por las disposiciones mismas que lo habilitan como tal y por el resto del entramado normativo que asegura la permanencia del Estado Democrático de Derecho y el respeto por la dignidad humana.

De esa forma, es posible inferir los límites que se imponen al pueblo como órgano productor de normas a través de los mecanismos de participación ciudadana. Esa tesis es la que han sostenido diversos tribunales constitucionales nacionales así como cortes regionales, que han establecido la necesidad de definir fronteras a la participación ciudadana para asegurar la convivencia en democracia. En ese sentido, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) sostuvo en la sentencia del caso Gelman contra Uruguay que el solo respaldo de la gente no le concede, por sí mismo, legitimidad a una norma jurídica, postura semejante a la sostenida por la Suprema Corte de Justicia del Uruguay en la sentencia n.º 365 del año 2009 que resolvió el caso Sabalsagaray Curutchet. Posturas muy semejantes han sostenido la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, que han definido que existen contenidos intangibles para el pueblo, es decir, materias que no pueden ser tratadas ni siquiera a través de los mecanismos de participación ciudadana.

Ahora bien, importante es definir cuáles son esos límites que debe observar el pueblo cuando pretende adoptar decisiones de relevancia pública.

LOS LÍMITES IMPLÍCITOS A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

La comprensión del pueblo como un órgano o poder público más permite entenderlo como un órgano esencialmente limitado, pues en un Estado de Derecho no puede haber poderes sociales ilimitados o absolutos (García de Enterría, 2001: 46), esto sobre todo si se toma en cuenta que todo cuerpo creador de derecho surge intrínsecamente acotado por la misma norma que lo habilita a ejecutar esa labor (García de Enterría, 2001: 49). Justamente por eso es que se afirma que el pueblo, cuando surge como cuerpo creador de normas a través de mecanismos de participación ciudadana, tiene capacidades demarcadas. Es decir, no es un poder supremo o soberano.

Por lo anterior es que la doctrina hoy considera inadmisibile la tesis de que la expresión del pueblo es la expresión de la soberanía nacional cuando este actúa como cuerpo creador de derecho. En ese sentido, se debe tener en consideración que no es posible confundir al pueblo como soberano y como gobernante, ya que, ciertamente este último será un órgano esencialmente limitado (Fatin-Rouge Stéfanini, 2004: 81). Tales cuestiones permiten asimilar al pueblo a un órgano constituido y limitado.

En este sentido, bien vale señalar que la tarea de definirle límites a la participación da la ciudadanía en asuntos de relevancia pública no es sencilla, y lo es menos aún cuando estos no se encuentran explicitados en el ordenamiento. Así, algún sector de la doctrina sostiene que inútil inferir límites donde estos no han sido dispuestos de forma expresa, y se debe entender que donde la letra de las normas calla, ahí aparece el espacio para que los poderes públicos actúen sin mayores obstáculos (Aragón Reyes, 2002: 17). No obstante, nos parece más sensata la lectura de un sector importante de la doctrina que sostiene que el hecho de que haya un silencio en cuanto a los valladares a la participación de los poderes públicos no implica, por si mismo, la inexistencia de frenos en la actuación de estos, pues esta última hipótesis conduciría a confundir a los gobernantes con poderes soberanos, inexistentes en un Estado de Derecho (De Vega García, 2011: 220).

Ahora bien, se estima que los límites que aparecen para el pueblo, aun cuando no estén expresamente señalados en el ordenamiento, tienen que ver con la imposibilidad de rebasar la misma norma habilitante; de quebrantarla, destruirla o sustituirla; de atentar contra la cláusula del Estado Democrático de Derecho; y, de menoscabar la dignidad humana y los derechos fundamentales.

La supremacía constitucional como límite a la participación ciudadana

En doctrina actualmente no hay debate sobre el hecho de que el ordenamiento se encuentra presidido por la Constitución como norma suprema, es decir, esta se encuentra en la cúspide del sistema de producción de normas. En ese sentido, esta fija las fuentes del Derecho positivo, pero, además, esta es la fuente de las fuentes del Derecho, pues establece cuáles son los actos o hechos capaces de producir normas jurídicas (Molas Batllori, 1998: 199). Ahora bien, para que una ley suprema pueda ser considerada como una Constitución en sentido estricto es necesario que esta (a) establezca un orden político determinado, definido en su estructura básica y en su función ; (b) que esa estructura fije un ejercicio limitado del poder; y, (c) esa limitación del poder debe estar determinada por el reconocimiento de una serie de libertades, derechos y garantías a los individuos, que se reconocen como producto de la dignidad que, se entiende, le es inherente a todo ser humano.

De esta forma, si se toma en cuenta que es la Constitución la que, generalmente, fija las condiciones para que el pueblo produzca normas a través de los mecanismos de participación ciudadana o de democracia directa, entonces, es esta misma su primer valladar, su primer límite, pues ningún acto de un órgano constituido puede ser contrario a la norma que lo constituyó (Rodríguez Gaona, 2006: 146). Así, solo si una norma se dicta con apego a lo dispuesto por la Constitución (en lo referente al órgano que la decreta, que debe ser diseñado por el propio Texto Fundamental, fijando su composición, competencia y el procedimiento que debe seguir) esta será válida y vinculante; en tal sentido, la Constitución “[...] es la primera de las «normas de producción», es la norma normarum, la fuente de las fuentes. [...]” (García de Enterría, 2001: 49). En consecuencia, un órgano habilitado para producir de normas al amparo de otra disposición no puede ser soberano en el tanto se encuentra limitado por esta última.

Lo expuesto confirma lo que sostuvo hace más de dos siglos el juez Marshall en la sentencia del caso Marbury vs. Madison, cuando afirmó que no existe forma de que un órgano supeditado a la Constitución la modifique sin que ello acarree la nulidad de la disposición normativa.

Por lo anterior, el pueblo no puede intervenir como cuerpo productor de reglas jurídicas por fuera o en contravención de la norma misma que lo habilita, siendo esta el primer límite a la participación ciudadana como mecanismo para producir normas, pues la ciudadanía debe someterse al procedimiento que esta le defina y al contenido que esta disponga. En ese sentido, la gente no puede efectuar su intervención si no es dentro de los cauces procedimentales que la regla habilitante así lo disponga.

Es decir, serán nulas todas aquellas decisiones adoptadas por la gente, que impliquen la introducción de reglas jurídicas en el sistema, en caso de no efectuarse de acuerdo con el procedimiento que establezca la norma que habilitó la participación de la ciudadanía.

Ello ha conducido a que el Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica desarrollara la tesis de la inconstitucionalidad grosera y manifiesta. Esta doctrina jurisprudencial construida por ese órgano implica que, cuando una propuesta normativa se pretende introducir al ordenamiento a través de un mecanismo de participación ciudadana, lo primero que se revisa es que esta no sea grosera y abiertamente contraria al contenido del Derecho de la Constitución. En ese sentido, es posible interpretar que el Tribunal ha entendido que tiene funciones propias de defensa del Texto Fundamental y parte de esas tareas incluye la limitación de la participación ciudadana cuando esta pueda representar una amenaza a la supremacía de la Carta Magna. En efecto, el órgano electoral ha sostenido:

El derecho constitucional de los ciudadanos para aprobar o derogar leyes y hacer reformas parciales a la Constitución Política no es ilimitado, de acuerdo con el marco normativo bajo estudio. Por esta razón este Tribunal, como parte de los actos preparatorios del 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 por consultar en referéndum para determinar, de previo, si procede autorizar la solicitud de recolección de

firmas planteada, caso en el cual procedería la respectiva remisión al Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa para su evaluación formal.

Este examen puede conllevar el rechazo de la solicitud, básicamente, en las siguientes hipótesis: a) si el TSE detecta o concluye que el texto del proyecto se refiere a materias que no pueden ser conocidas 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 se trate de un proyecto que pretende modificar determinada ley pero que presenta vicios groseros y evidentes de inconstitucionalidad; c) 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.¹

De esta forma, la Constitución, como norma habilitante, surge como el primer límite a la participación ciudadana. Así, el pueblo no puede adoptar decisiones que vacíen, destruyan o sustituyan la Constitución misma. En efecto, es imposible para el pueblo, a través de estos mecanismos, crear disposiciones que, por su contenido, desbaraten la obra esencial desarrollada por el poder constituyente, limitación que incluye la imposibilidad de introducir modificaciones en la propia Carta Magna que acarreen ese efecto. Esto por cuanto la idea que subyace es la de evitar que una norma espuria se convierta en parámetro de validez de otras normas, ya que esto afectaría el sistema desde el momento en que se demanda la obligatoriedad a un precepto supremo que no es tal (Rodríguez Gaona, 2006: 146).

Ahora bien, como se verá más adelante, la encargada de hacer respetar este y los demás límites es la justicia constitucional, pues esta es la que se debe avocar a expulsar del ordenamiento aquellas disposiciones que contravengan la norma suprema, pues es este el

¹ Esa postura ha sido sostenida, de forma consistente, entre otras, en las resoluciones n.º 797-E9-2008, 2202-E9-2008, 3894-E9-2008, 3280-E9-2011 y 4279-E9-2012.

órgano que ha sido investido con la competencia para revisar las decisiones que implican la introducción de normas jurídicas en el ordenamiento (Kelsen, 2001: 51-52).

El clausulado del Estado Democrático de Derecho como límite a la participación ciudadana

El pueblo mismo, cuando acepta someterse al Estado Democrático de Derecho, se coloca en una posición tal que se encuentra impedido para destruir sus contenidos esenciales. Esto significa que no puede adoptar ninguna decisión que implique introducir normas en el ordenamiento que contravengan los postulados mínimos de este sistema de gobierno. Esto por cuanto, en las palabras de la Corte Constitucional de Colombia, el pueblo, de tan heterogénea composición, al escoger un modelo de democracia constitucional acepta que todo poder debe tener límites y, por lo tanto, acuerda constituirse y autolimitarse.

Esa postura implica que la modificación de determinadas cuestiones significa, más allá de meras reformas dentro del ordenamiento, su revolución completa. En ese sentido, Rawls afirma que, en el caso estadounidense, la modificación de la primera enmienda no acarrearía solo una reforma, sino que sería una revolución en sentido estricto, que volcaría por completo el sentido de la Constitución de ese país (Rawls, 1996: 273-274). En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional de Colombia que ha sostenido que el pueblo actúa en un referéndum de reforma de la Constitución como un órgano constituido, por lo que su intervención a través del voto popular no tiene la suficiente fortaleza para modificar el núcleo o los aspectos primordiales consagrados en la Carta Magna. En ese sentido, sublimar, a través del expediente retórico de la voz popular o la voz del pueblo, los intereses y tensiones que subsisten a lo interno de cualquier cuerpo social solo puede tener la virtud de funcionar como instrumento para oprimir o aplastar a un determinado grupo dentro de ese entramado. Esa opresión, al fin y al cabo no tendrá otra consecuencia que el menoscabo de su situación jurídica. De hecho, en su sentencia C-141/2010 ese Tribunal afirmó:

La institucionalización del pueblo como titular de la soberanía impide que ésta que en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite jurídico y desvinculado de toda modalidad de control. El

proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo e incorporen a las minorías en el proceso político, pues son parte del pueblo y también están asistidas por el derecho a servirse de esas reglas comunes que constituyen el presupuesto de la igualdad con la que todos, ya pertenezcan a la mayoría o las minorías, concurren a los certámenes democráticos.

Muy similar es la postura de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pues esta ha indicado que los poderes constituidos -y el pueblo actuando a través de mecanismos de participación ciudadana es uno de ellos- no pueden modificar las decisiones políticas fundamentales consagradas en la Carta Magna, de esta manera no pueden atentar contra el clausulado mínimo del Estado Democrático de Derecho, que tiene entre sus contenidos la división de poderes, como mecanismo esencial para el ejercicio de control, freno y contrapeso entre los diversos órganos del Estado; la alternancia en el ejercicio del poder, pues es contrario a la esencia de la democracia la permanencia indefinida de una sola fuerza en el gobierno; y, las garantías necesarias para el pluralismo político, pues en el corazón de la democracia está la posibilidad de que las diversas posturas que permean el debate social encuentren una representación que les sirva de vehículo para el acceso al poder.

Desde esa perspectiva, las decisiones que adopte el pueblo e impliquen la introducción de disposiciones normativas en el ordenamiento mediante los mecanismos de participación ciudadana pueden ser controlados por los órganos que tienen a su cargo la defensa de la Constitución. En efecto, ello se debe a que el Estado Democrático de Derecho no es más que una herramienta para asegurar la convivencia pacífica de la ciudadanía y no otra cosa, pero es, además, una garantía de cada persona, que dispondrá de la posibilidad de hallar instancias de control al ejercicio del poder.

En este sentido, la posibilidad que efectivamente tiene el pueblo de hacer modificaciones dentro de los límites de la democracia no le da el derecho de destruir el sistema mismo, en otras palabras, y parafraseando a Marbury, los ajustes que se hacen en el marco del Estado Democrático de Derecho no incluyen la posibilidad de destruirlo.

Por esa razón es que se entiende la decisión de la Corte Constitucional de Colombia, adoptada en la sentencia C-141/2010, por medio de la cual bloqueó la posibilidad de que se celebrara en ese país un referéndum para que el pueblo decidiera si reformaba la Constitución para permitir una segunda reelección consecutiva y con ello un tercer mandato presidencial en ese país. En esa dirección, la Corte entendió que formaba parte de la esencia del régimen democrático y republicano el ejercicio temporalmente limitado de la Presidencia de la República, por lo que consideró que acudir periódicamente a mecanismos de participación ciudadana para extender sucesivamente el plazo del mandato de quien ocupaba ese cargo significaba la sustitución de la Constitución y el falseamiento del sistema mismo.

El respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales como límite a la participación ciudadana

Existe un consenso importante, sobre todo en América Latina, aunque allende nuestra región la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania es un buen ejemplo de ello, en el sentido de que el respeto de la dignidad humana y los derechos fundamentales son un valladar infranqueable para cualquier poder público. En otras palabras, este es un límite que no puede ser atravesado por ningún órgano dentro del Estado, y cualquier decisión adoptada que ponga en entredicho la integridad de estos debe ser anulada y expulsada del ordenamiento.

Esa prohibición de menoscabar la dignidad humana o los derechos fundamentales cubre, también, al pueblo mismo, que no puede, a través de mecanismos de participación ciudadana, adoptar decisiones que coloquen en riesgo esas garantías mínimas dentro de cualquier Estado. Así, la participación ciudadana no puede ser utilizada como pretexto para abolir las garantías mínimas que se deben asegurar a cualquier persona dentro de un Estado Democrático de Derecho. Así, se sostiene, de manera consistente, que la participación del pueblo no puede servir para legitimar medidas que son sustancialmente disconformes con los contenidos mínimos de los derechos fundamentales y con los compromisos que los Estados han asumido, en el Derecho Internacional, para la protección de estas libertades.

De esta manera, se desecha la idea de que la participación ciudadana sea la *pila bautismal* en la que se lavan los *pecados* de origen de cualquier propuesta normativa para

degradar el núcleo de los derechos fundamentales. Así, se entiende que la participación del pueblo no puede ser la excusa para oprimir a la ciudadanía haciendo retroceder las libertades que el Estado le ha reconocido a cada persona. Justamente, esta fue la tesis que sostuvo la Corte IDH en la sentencia del caso *Gelman vs. Uruguay*, cuando entendió contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, n.º 15.848.

En esa misma dirección se pronunció la Corte Constitucional de Colombia, órgano que sostuvo que ni siquiera la reforma de la Constitución a través de mecanismos de participación ciudadana puede servir para afectar las garantías mínimas reconocidas a las personas en ese país².

Una postura idéntica asumió la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el año 2010, este órgano, en la sentencia n.º 2010-13313 sostuvo que las mayorías no pueden ampararse en el recurso de los mecanismos de participación ciudadana para, impunemente, oprimir a las minorías, sobre todo cuando estas han sido colocadas, tradicionalmente, en una postura de desventaja. Así, este órgano impidió que se celebrara un referéndum para aprobar o improbar una ley que regulara las uniones civiles entre personas del mismo sexo pues entendió que esas cuestiones solo podían ser discutidas en la sede parlamentaria. No obstante, lo más notable de ese fallo fue que ese Tribunal Constitucional dejó sentado, de una vez por todas, que ni siquiera acudiendo a mecanismos de participación ciudadana es posible incorporar normas al ordenamiento jurídico que pretendan socavar los derechos reconocidos por el Derecho de la Constitución, lo cual incluye aquellas libertades enunciadas en los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que el Estado haya suscrito. En efecto, en esa resolución se argumentó:

[...] una hermenéutica sistemática y finalista de las normas constitucionales, conduce, irremisiblemente, a concluir que los límites a la potestad legislativa impuestos por el párrafo 1º del numeral 105, resultan, igualmente, aplicables, por identidad de razón, a los procesos de referéndum para aprobar una ley. En efecto, ese párrafo establece que la potestad legislativa está sujeta a los límites dispuestos “por los tratados, conforme a los principios del Derecho Internacional”. Es así como los derechos humanos

² Sobre el particular puede verse la sentencia n.º C-141/2010.

establecidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público - Declaraciones y Convenciones sobre la materia-, resultan un valladar sustancial a la libertad de configuración del legislador, tanto ordinario como, eminentemente, popular a través del referéndum.

En este caso se observa el celo con que ese Tribunal defiende el núcleo duro de los derechos fundamentales, de manera tal que interpretó que ni siquiera los ciudadanos pueden consentir de manera legítima una degradación de las libertades mínimas que el Estado les asegura.

EL CONTROL DE LOS LÍMITES IMPLÍCITOS A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Como bien lo señala De Vega, hablar de límites y de fronteras en derecho carece de sentido, y se convierte en meras disquisiciones teóricas más propias de la metafísica política que de la teoría del Estado, si no existe un órgano al que se le haya atribuido el ejercicio del control de esos límites (De Vega García, 2011: 296). Es decir, si se estipulan limitaciones a la participación ciudadana, deben existir órganos o poderes públicos con la capacidad para hacerlos respetar, de lo contrario resulta vana la pretensión de que el pueblo no participe en determinadas decisiones.

Ahora bien, acá precisamente surgen dos cuestiones que deben ser abordadas con atención. Por un lado está el ejercicio mismo del control, pues como bien lo señala Herdegen, esta es una tarea compleja que además demanda muchísima inteligencia y prudencia por el órgano encargado del control, sobre todo por el hecho de que esos límites surgen a partir de interpretaciones y no de un texto en específico (Herdegen, 2005: 13-14). Pero antes que eso se halla un tema vital y es el de la legitimidad del órgano con la competencia para efectuar el control, pues, al funcionar como órgano contramayoritario, siempre se cuestionara la aparentemente escasa o inexistente legitimidad democrática de este para oponerse al deseo -de manifestarse o ya manifestado- de un sector importante de la población de intervenir en la decisión de asuntos políticamente relevantes.

La legitimidad del órgano de control

Este es, tal vez, el obstáculo más notable que se debe superar para justificar teóricamente el control de los límites implícitos a la participación ciudadana. La gran incógnita que se plantea y que no es fácil de despejar es ¿pueden 5, 7, 9, 11, 12 o 15 ciudadanos oponerse a la voluntad expresada o que pretenden expresar en las urnas cientos de miles de personas, pueden ir en contra del deseo manifestado por el colegio electoral entero?

La cuestión no es menor pues, como bien lo señala Fatin-Rouge Stéfani, una de las razones más frecuentemente empleadas para argumentar en contra de la revisión por parte de la jurisdicción constitucional de los mecanismos de participación ciudadana es aquella que sostiene que no resulta posible que un grupo de personas que no ha sido escogido democráticamente controle una decisión normativa adoptada por el pueblo en las urnas (Fatin-Rouge Stéfani, 2004: 73).

Siguiendo a Prieto Sanchís, si esas limitaciones se desprenden de una norma, y esta será generalmente la Constitución, esta requiere de un órgano que la defienda, que le sirva de guardián para que pueda ser calificada como una norma jurídica (Prieto Sanchís, 2001: 23). Esto sucede, de la misma forma, con el resto de las jurisdicciones, que tienden a garantizar unas determinadas normas que regulan cierta rama del Derecho, así, por ejemplo, a nadie se le ocurriría pensar que las relaciones entre el Estado y los particulares con los que él contrata deberían dejarse, únicamente, a la buena fe de los contratantes, se entiende que es necesario un órgano que, ante un eventual conflicto, como un incumplimiento, resuelva cuál de las partes tiene la razón. Exactamente lo mismo sucede con los límites a la participación ciudadana, si se considera que estos existen y se derivan de la Constitución misma, sería lo lógico sostener que un determinado órgano -idealmente tendría que ser la jurisdicción constitucional- debería estar investido de la autoridad suficiente para vigilar esos límites.

Entonces, lo que resulta indispensable para asegurar la legitimidad de esa tarea es la existencia de una norma habilitante que permita ese control, es decir, de una regla que dote con las potestades suficientes al órgano respectivo para vigilar las restricciones a la participación del pueblo. No obstante, la existencia de esa habilitación genérica, esta tarea debe efectuarse con extrema precaución, pues, al fin y al cabo, de lo que se trata es de la

limitación a un derecho fundamental. Como bien lo señala Gómez Corona, esta clase de tareas deben ejecutarse con suma prudencia, haciendo gala de autocontención por parte del órgano encargado de custodiar esas fronteras y, en cualquier caso, al detectar la transgresión de estos debe evitarse la emisión de juicios de valor o de oportunidad política, pues ello atenta contra la legitimidad del órgano de control (Gómez Corona, 2008: 36).

Sin embargo, la complejidad del asunto radica en que, a pesar de la intervención de la gente, no se debe reparar en tal cuestión a la hora de supervisar su sujeción a los límites que el órgano de control haya interpretado que existen. En este sentido, Miller afirma que en los Estados Unidos la postura predominante es aquella que sostiene que la participación ciudadana debe ser controlada tan intensamente como la intervención de cualquier otro poder estatal, al respecto, este sostiene:

The doctrine of the judicial review and an expanding conception of judicial power have placed courts in a strong position to counter initiatives. In determining how to exercise this responsibility, courts have a range of choice. The prevailing rule is that judges should review initiatives using the same standards they use when reviewing act of legislatures. (Miller, 2009: 100).

Desde esta perspectiva, queda claro que lo que interesa es la existencia de una norma habilitante de la competencia de control, a partir de esta y del adecuado ejercicio de la tarea es que se deriva la legitimidad del órgano de control.

Las tareas de control de los límites a la participación ciudadana

Evidentemente todo lo explicado y argumentado hasta ahora intentaba sustentar, a través de una justificación teórica tan robusta como fuera posible, una hipótesis que ha aparecido a lo largo de esta exposición: la justicia constitucional posee la competencia suficiente para controlar los límites que de forma implícita existen a la participación ciudadana cuando esta sirve de vehículo para incorporar propuestas normativas al ordenamiento.

Por lo analizado hasta ahora, no hay mayores dudas de que los mecanismos de participación ciudadana no pueden servir de excusa para sustituir o destruir el sistema democrático, por lo que existen límites a su ejercicio y estos pueden ser controlados jurisdiccionalmente. Ese control se entiende que es posible practicarlo antes o después de la

intervención del pueblo, aunque diversos autores prefieren que el ejercicio de revisión de los límites se efectúe *ex ante* (Brewer Carías, 2012 y Hess Herrera, 2009). En todo caso, de lo que no hay duda es de la posibilidad de controlar el respeto de esos valladares a la intervención de la gente.

Ahora bien, a nuestro juicio ese ejercicio de control debe verificarse en relación con los límites sustantivos y con los formales o procedimentales.

En el caso de esos últimos, es claro que el órgano encargado de la revisión debe analizar cuidadosamente que la gente haya tomado sus decisiones a través de mecanismos existentes en el ordenamiento, respetando los cauces que estos prevén para habilitar la participación de la ciudadanía y bloqueando, en el caso de los controles previos, aquellas iniciativas que flagrantemente contradigan el ordenamiento vigente.

En cuanto al control sustantivo, es indispensable que se supervise que no se pretendan utilizar los mecanismos de participación ciudadana para legitimar decisiones intrínsecamente injustas, que atenten contra la dignidad humana o los derechos fundamentales. De esta misma forma, se debe revisar que estas propuestas no pretendan subvertir o destruir la estructura del Estado Democrático de Derecho, rompiendo o haciendo desaparecer el esquema de división de poderes como instrumento de freno y control a los poderes públicos, debilitando el pluralismo político o reduciendo las posibilidades de acotar temporalmente los mandatos de cada uno de los gobernantes. Por último, acudir a las herramientas que permiten la participación ciudadana no puede servir de excusa para eludir el carácter supremo de la Constitución, procurando introducir en el ordenamiento infraconstitucional disposiciones manifiestamente contrarias al contenido de la Carta Fundamental.

Esto es relevante en el tanto ningún poder público, ni siquiera el pueblo, puede quedar exonerado de controles y límites dentro de un Estado de Derecho, por ello, son indispensables las tareas de control que de manera efectiva ejecuten los órganos encargados de esas labores. En un escenario distinto a este, el Estado estaría en riesgo permanente, y las garantías de los ciudadanos también, pues bastaría que el pueblo salga de su letargo, que salga de su autoexilio, para que, a través de los mecanismos de participación ciudadana, se encamine a destruir los pilares de la convivencia democrática, ello en virtud de su ilimitación (De Vega García, 2011: 108-109).

En todo caso, como bien lo señala Herdegen, la definición de esos límites y la ejecución de las tareas de control de estos es bastante delicada y requiere la pericia del órgano encargado de esa tarea, pues para preservar su integridad es indispensable que este actúe con extrema cautela al señalar la existencia de límites no contemplados expresamente en el ordenamiento y, junto con la prudencia que exige esa tarea, se debe tener en cuenta que la explicación de esos valladares a la participación ciudadana demanda una gran habilidad argumentativa, precisamente para justificarlos (Herdegen, 2005: 13-14).

CONCLUSIONES

En ningún Estado de Derecho puede haber poderes públicos exentos de límites, pues esa noción, en sí misma, atenta contra su sentido. Es por ello que se deben establecer fronteras a la participación del pueblo en la adopción de decisiones de relevancia pública, aunque estas no se encuentren trazadas de manera expresa en el ordenamiento. Por esa razón, nada obsta para que, a falta de linderos expresamente enunciados para la participación ciudadana, estos sean inferidos del contenido mismo del resto del sistema, esto con el fin de preservar los pilares mismos que sostienen el edificio que aloja al Estado Democrático de Derecho.

En ese sentido, los demás poderes públicos deben velar porque el pueblo no atente, a través de propuestas normativas concretas, contra la supremacía que le ha reconocido a la Constitución y la cual no solo lo vincula sino que es la que fija la manera en que este puede intervenir a través de los mecanismos de participación ciudadana útiles para la producción normativa. Precisamente, la gente y los demás poderes deben entender que la Constitución es, por ella misma, una garantía para la ciudadanía frente al poder del Estado, por lo que reducir su contenido a un conjunto de fórmulas que no vinculan a la ciudadanía representa un serio peligro para el Estado de Derecho.

Por razones similares, es indispensable preservar, más allá de la voluntad de la ciudadanía, la estructura esencial del Estado Democrático de Derecho, asegurando la permanencia de los mecanismos de frenos y contrapesos que este ofrece como garantía para todos, resultando ser uno de los más esenciales el de la división de poderes, puesto que la concentración de potestades en uno o muy pocos órganos es la vía idónea para el descarrilamiento del sistema democrático, que ha demostrado ser el más adecuado para las libertades intrínsecas al ser humano.

El otro reducto inalcanzable incluso para el pueblo mismo es el de los derechos fundamentales. De esta manera, se debe definir como uno de los valladares infranqueables para la ciudadanía misma es el contenido esencial o el núcleo de estos. Así, se garantiza la imposibilidad de que las mayorías opriman a quienes se encuentran en una posición de desventaja o monopolicen las posiciones favorables dentro de una sociedad. Bien vale la pena recordar, en todo caso, que los derechos fundamentales son el último reducto de garantía de los ciudadanos frente a los poderes públicos, son su último bastión de defensa

frente a estos, por ello, ni siquiera el pueblo está autorizado para degradar su contenido. Esa postura es sostenida con relativa armonía en América Latina y ejemplo de ello lo representan decisiones concretas de la Corte IDH, la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, la Corte Constitucional de Colombia y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, órganos que han sostenido de manera consistente que los derechos fundamentales y sus contenidos esenciales son indisponibles, en virtud de su trascendencia para la convivencia y la sostenibilidad del Estado Democrático de Derecho.

En ese sentido, la inexistencia de límites expresos a la participación ciudadana no impide que estos se deduzcan del ordenamiento mismo, en el entendido que esos valladares implícitos se formulan para garantizar el mantenimiento del orden democrático y la plena eficacia de los derechos fundamentales. Sin importar el o los órganos que la personifiquen, la justicia constitucional es, en ese sentido, la llamada a determinar esos linderos, pues se entiende que esa es una de sus competencias naturales como defensora de la Constitución y guardiana de los derechos fundamentales.

No obstante, esa tarea demanda una demostración extraordinaria de prudencia y pericia por parte del órgano encargado del control, pues al fin y al cabo está fungiendo como poder contramayoritario, impidiendo o contradiciendo la voluntad de una mayoría de electores, por lo que la determinación de esos límites debe hacerse desde la autocontención que debe caracterizar a esta clase de órganos y esgrimiendo con gran habilidad los argumentos que sustentan esos valladares.

En todo caso, las tareas de control que ejecute el órgano competente de para revisar los límites a la participación ciudadana, no deben realizarse con menos rigurosidad por tratarse del pueblo, pues este, al ser entendido como un poder público más, debe concebirse como limitado por el ordenamiento jurídico y sometido a este, razón por la que nada debe obstar para que el control se efectúe de una forma tan intensiva como si se hiciera con cualquier otro órgano o poder público.

En última instancia la determinación de estos límites no pretende otra cosa que asegurar, precisamente, la posibilidad de que el pueblo pueda continuar expresando libremente sus opiniones en los asuntos públicamente relevantes, para ello es indispensable garantizarle a la ciudadanía la posibilidad de que las decisiones que adopte tengan impacto en el entramado normativo que sostiene el Estado de Derecho y esto solo es posible a través

del aseguramiento de la convivencia en democracia, solo en ella la voz de la ciudadanía puede llegar a ser escuchada por los gobernantes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Altman, David. 2005. “Democracia directa en el continente americano: ¿autolegitimación gubernamental o censura ciudadana?”, *Política y gobierno*, vol. XII, núm. 2, II semestre, pp. 203-232.

Aragón Reyes, Manuel. 1995. *Constitución y control del poder*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.

--: 2002. *Constitución, Democracia y Control*. Mexico: UNAM.

--: 1986. “Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, marzo-abril, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 9-30.

Armijo Sancho, Gilbert. 2007. “Conflictos entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo I, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 15-36.

Bryce, James. 1988. *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Cappelletti, Mauro. 2010. *¿Jueces legisladores?*. Lima: Comunitas.

Cronin, Thomas. 1999. *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*. Massachusetts: Harvard University Press.

De Vega García, Pedro. 2011. *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos, 2011.

Deploige, Simon. 1898. *The referendum in Switzerland, with a letter on the referendum in Belgium*. Montana: Kessinger Publishing.

Esteva Gallicchio, Eduardo. 2006. “La inconstitucionalidad de oficio en el Derecho Constitucional Uruguayo”, *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, noviembre, Talca, Universidad de Talca, pp. 251-262.

Fatin-Rouge Stéfani, Marthe. 2004. *Le contrôle du référendum par la justice constitutionnelle*. París: Economica-Presses universitaires d’Aix-Marseille.

Ferrajoli, Luigi. 2010. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta, 2a ed.

Garrorena Morales, Ángel. 2011. *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

García de Enterría, Eduardo. 2001. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 3a ed.

Gomes Canotilho, Jose Joaquim. 2003. Teoría de la Constitución. Madrid: Dykinson.

Gómez Corona, Esperanza. 2008. Las Cortes Generales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Congreso de los Diputados.

González Rissotto, Rodolfo. 2007. Democracia Directa: El caso de Uruguay. Buenos Aires: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

Hamon, Francis. 1995. Le référendum: étude comparative. París: Librairie générale de droit et jurisprudence.

Herdegen, Matthias. 2005. “La reforma constitucional: Criterios de justiciabilidad”, Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.

Hess Herrera, Ingrid. 2009. El control jurisdiccional de los límites de la Constitución (la interpretación del juez). San José: Investigaciones Jurídicas.

Kelsen, Hans. 2001. La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia constitucional). México: UNAM.

Loewenstein, Karl. 1995. Teoría de la Constitución. Barcelona: Ariel.

Miller, Kenneth. 2009. Direct Democracy and the Courts. New York: Cambridge University Press.

Molas Batllori, Isidre. 1998. Derecho Constitucional. Madrid: Tecnos.

Orozco Solano, Víctor. 2008. La fuerza normativa de la Constitución. San José: Investigaciones Jurídicas.

Prieto Sanchís, Luis. 2001. “Constitución y Parlamento”, Parlamento y Constitución. Anuario, Castilla-La Mancha, Universidad de Castilla-La Mancha, núm. 5, pp. 10-37.

Rawls, John. 1996. El liberalismo político. Barcelona: Crítica.

Rodríguez Gaona, Roberto. 2006. El control constitucional de la reforma a la Constitución. Madrid: Dykinson.

Sobrado González, Luis Antonio. 2007. “Primera experiencia de referéndum en Costa Rica: regulación y alcances”, *Revista de Derecho Electoral*, núm. 4, segundo semestre, San José, Tribunal Supremo de Elecciones, pp. 161-175.

Thayer, James Bradley. 1893. “The origin and scope of the American doctrine of constitutional law”, *Harvard Law Review*, Boston, Harvard Law School, núm. 3, vol. VII, pp. 129-156.

Zagrebelsky, Gustavo. 2008. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la Política*, Madrid: Trotta.

Zovatto Garetto, Daniel. 2007. “Las instituciones de la democracia directa a nivel Nacional en América Latina: un balance comparado: 1978-2007”, *Revista de Derecho Electoral*, núm. 4, segundo semestre, San José, Tribunal Supremo de Elecciones, pp. 97-130.