

El “coto vedado” de la democracia y las restricciones jurídicas a la consulta popular en México: los derechos humanos y la voluntad republicana*

The “coto vedado” on democracy and the legal restrictions on the referendum in Mexico: human rights and the republican voice (mind)

O “coto vedado” da democracia e as restrições jurídicas à consulta popular no México: os direitos humanos e a vontade republicana

Joaquín Ordóñez¹

 <http://orcid.org/0000-0002-6447-7188>

Enrique Uribe Arzate²

 <http://orcid.org/0000-0003-2381-232X>
Universidad Autónoma del Estado de México, México

DOI: <http://dx.doi.org/10.21803%2Fpenamer.11.20.498>

Resumen

El objetivo primordial de este artículo es presentar la relación existente entre las categorías principales de la teoría democrática del Coto Vedado y las restricciones jurídicas establecidas constitucional y legalmente al derecho político de consulta popular en México, específicamente se analizan dos de las restricciones: los derechos humanos y la voluntad republicana. Esta última considerando dos elementos: la voluntad del pueblo y el carácter republicano, como dos de los principios incluidos en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los resultados fueron obtenidos mediante el análisis de las categorías y constructos que integran, por un lado, la teoría mencionada, y por otro lado, las limitaciones establecidas para el derecho a la consulta popular, lo anterior para determinar la cualidad de democrática de dicha consulta con base en el respeto o infracción a los límites prohibidos derivados de la naturaleza de las restricciones jurídicas que le fueron impuestas jurídicamente. En este estudio se encontró que los derechos humanos y la voluntad republicana son sustancialmente límites prohibidos, ya que de existir la posibilidad de que sean sometidos a la negociación y al disenso, se puede poner en riesgo la pauta de corrección moral que la democracia debe proteger.

Palabras clave: Coto vedado, Democracia, Consulta popular, Derechos humanos, Voluntad republicana.

Abstract

The primary objective of this article is to present the relation between the main categories of democratic theory of prohibited limits and legal restrictions established constitutionally and legally to the political right of referendum in Mexico, specifically two constraints are discussed: human rights and the Republican voice. The second one is considering two elements: the will of the people and the republican character, as two of the main principles contained in Article 40 of the Constitution of the United Mexican States. The results were obtained by analyzing the categories and constructs comprising, on the one hand, the theory mentioned, and on the other hand, the limits for the right to referendum, the first one to determine the quality of democratic of such consultation based on respect or violation of the prohibited limits resulting from the nature of the legal restrictions that were imposed in a juridical way. In this study we found that human rights and the republican voice (mind), are substantially prohibited limits, since the possibility exists that they are subject to negotiation and dissent, it can put under risk the pattern of moral correctness that democracy must protect.

Keywords: Prohibited limits, Democracy, Referendum, Human rights, Republican mind.

Resumo

O objetivo principal desse artigo é apresentar a relação existente entre as categorias principais da teoria democrática do “Coto Vedado” e as restrições jurídicas estabelecidas constitucional e legalmente ao direito político de consulta popular no México. Especificamente, se analisam duas dessas restrições: os direitos humanos e a vontade republicana. Esta última considerando dois elementos: a vontade do povo e o caráter republicano, como dois dos princípios incluídos no artigo 40 da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos. Os resultados foram obtidos mediante a análise das categorias e construções que integram, por um lado, a teoria mencionada, e por outro lado, as limitações estabelecidas para o direito à consulta popular; e o anterior para determinar a qualidade democrática de tal consulta com base no respeito ou infração aos limites proibidos derivados da natureza das restrições jurídicas que foram impostas jurídicamente. Neste estudo, os direitos humanos e a vontade republicana são substancialmente limites proibidos, já que existindo a possibilidade de que sejam submetidos à negociação e ao dissenso, pode-se colocar em risco a pauta de correção moral que a democracia deve proteger.

Palavras chave: Limites proibitivos, Democracia, Referendum, Direitos humanos, Vontade republicana.

Cómo referenciar este artículo: Ordóñez, J. & Uribe, E. (2018). El “coto vedado” de la democracia y las restricciones jurídicas a la consulta popular en México: los derechos humanos y la voluntad republicana. *Pensamiento Americano*, 11(20), 93-115. <http://dx.doi.org/10.21803%2Fpenamer.11.20.498>



Recibido: Octubre 27 de 2017 • Aceptado: Enero 10 de 2018

* Este trabajo es resultado del proyecto de investigación básica con la clave 4224/2016SF, autorizado por la Secretaría de Investigación y Estudios Avanzados de la Universidad Autónoma del Estado de México.

1. Doctor en Derecho. Profesor e Investigador de Tiempo Completo por oposición adscrito al Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) nivel 1. joaquin.o@me.com, jordonezs243@profesor.uaemex.mx
2. Doctor en Derecho. Profesor e investigador de tiempo completo por oposición, adscrito al Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Líder del cuerpo académico consolidado “Estudios constitucionales”. vercingtx@hotmail.com

Introducción

Con una reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos [DOF], 9 de agosto de 2012) se hace posible la consulta popular en México, misma que dio pauta a la nueva Ley Federal de Consulta Popular (DOF, 2014). Básicamente, ese instrumento democrático tiene como finalidad la emisión, por parte de la ciudadanía, de una opinión sobre temas de trascendencia nacional que pueden llegar a ser vinculantes si se reúnen los requisitos establecidos constitucional y legalmente. En América Latina la consulta popular ya ha sido instituida en diversos países con la finalidad de examinar a la sociedad sobre reformas constitucionales planteadas por el Poder Legislativo o por el Ejecutivo. A modo de ejemplo, en Bolivia una reforma total o parcial de la Constitución se puede llevar a cabo por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el 20 % del electorado, dirimiéndose, finalmente, en un referendo; en Colombia el artículo 374 de su Constitución define que "La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo"; en Ecuador, el único mecanismo de democracia directa para el cambio de Constitución requiere que un mínimo del 1 % de los electores patrocine una Reforma Constitucional, si los congresistas no tratan la propuesta en un año, los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular; en Paraguay luego de tres años de la promul-

gación de la Constitución, se podrán realizar enmiendas y podrán proponer cambios: el Presidente, las Cámaras del Congreso o treinta mil electores; en Perú se establece que toda Reforma Constitucional debe ser aprobada por la mayoría absoluta del Congreso, y ratificada por referendun, la iniciativa de Reforma Constitucional puede nacer por parte del Presidente de la República, los congresistas o un número de ciudadanos que represente el 0,3 % de la población electoral; en Uruguay el 10 % de los ciudadanos inscritos en el Registro Cívico Nacional pueden presentar una propuesta de reforma, luego de eso, el Presidente de la Asamblea General deberá someterlo a referendo (Red Política, 2014).

En México, la reforma al artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos incluye una fracción VIII donde establece como un derecho del ciudadano "Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional..." y deberán ser convocadas por el Congreso de la Unión a petición de a) el Presidente de la República, b) el equivalente al 33 % de los integrantes de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión, o c) los ciudadanos, en un número equivalente, al menos, al 2 % de los inscritos en la lista nominal de electores. A pesar de lo anterior, existen restricciones al ejercicio del mismo que constituyen un límite prohibido en términos de la teoría del Coto Vedado (Garzón, 2005; 1989), la cual establece qué no hacer, pero también implanta, *a contrario sensu*, qué sí se puede hacer.

Algunas de esas restricciones pueden infringir el coto vedado ya que podrían limitar de forma excesiva la participación de los ciudadanos haciendo dicho coto democrático más restrictivo y, por tanto, menos democrático; sin embargo, otras podrían estar adecuadamente establecidas, ser congruentes con las limitaciones del coto vedado y estar acordes con la democracia. Los derechos humanos y la voluntad republicana como parte de los principios consagrados en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son dos restricciones para la consulta popular, y a pesar de que la voluntad del pueblo se ha considerado tradicionalmente la máxima autoridad en términos de la decisión acerca de los actos de gobierno, es posible cuestionar sobre las limitantes que ya se han puesto con las referidas reformas y con la puesta en vigencia de la referida Ley. En este punto es pertinente cuestionar: ¿Las restricciones establecidas en el derecho a la consulta popular, establecido constitucional y legalmente, limitan de forma excesiva ese derecho de consulta popular? ¿es antidemocrático infringir el coto vedado? ¿es antidemocrática la Ley Federal de Consulta Popular por exceder el coto vedado?

Para responder de forma tentativa a lo anterior, se puede decir que si los requisitos (en forma de límites) establecidos jurídicamente para la consulta popular (como las restricciones relativas a los derechos humanos y a la voluntad republicana) son excesiva e injustificadamente restrictivos, entonces atentan (*a contrario sensu*, o por exceso) contra lo establecido por la

teoría del coto vedado de la democracia, la cual establece límites de otra índole (derivados de lo democrático) para la prohibición de actos y conductas no democráticos, por tanto, sería antidemocrática la Ley Federal de Consulta Popular.

Por ello, se hace pertinente realizar un análisis sobre tres aspectos: el primero de ellos relacionado con la teoría del coto vedado para determinar si se trata de una postura aplicable a la consulta popular en la democracia mexicana, esto es, una especie de validación de la misma para su aplicación en los preceptos establecidos formalmente en la Constitución y en las leyes, y con esto determinar si, además de decirnos qué no hacer, nos indica *a contrario sensu* qué sí se puede hacer; en este aspecto es importante explorar la posibilidad de que algunas restricciones infrinjan el coto vedado y otras sean congruentes con el mismo y, con ello, saber si las limitaciones a la consulta popular son un límite prohibido (de los que se establecen por virtud de ese coto) con la característica de congruente; al final y derivado de todo lo anterior, en este apartado será importante determinar si los derechos humanos y la voluntad republicana deben ser un límite prohibido. En el segundo aspecto, indago acerca de los derechos humanos reconocidos por la Constitución para determinar si se trata de un límite prohibido válido para la consulta popular; en este apartado realizo una exploración sobre los derechos humanos mencionados por la teoría mencionada y determinar si reúnen las características y elementos suficientes para

ser protegidos por los límites prohibidos de la democracia, bajo la hipótesis de que, tal vez, los derechos humanos son prerrogativas ampliadas pero también son límites. Finalmente, en el tercer aspecto abordó el concepto de voluntad republicana como otro límite prohibido para la consulta popular, lo anterior bajo las categorías relativas a la voluntad del pueblo y a su carácter republicano como dos de los principios establecidos en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que posiblemente constituyan, también, un coto vedado para la consulta popular.

a) El coto vedado: una postura aplicable a la consulta popular en la democracia mexicana

El vocablo “consulta” hace referencia a un parecer o dictamen que por escrito o de palabra se pide o se da acerca de algo (Diccionario de la Real Academia Española [DRAE], 2016), mientras que el concepto “popular” se orienta a una forma democrática de decisión ciudadana en la que prevalece la participación directa y se ejercita la deliberación de los problemas o consultas sometidos al conocimiento de la ciudadanía votante; se trata de una institución del área política-electoral relacionada con la teoría de la democracia. Aunque en otros países, como Estados Unidos, llevan más de cien años aplicando instrumentos de democracia directa, como la consulta popular, en ese país el referendium se remonta a la época independiente: en 1778, Massachusetts sometió su primera Constitución a la aprobación de los votantes; Connecticut, New Hampshire y Rhode Island

hicieron lo mismo, y aunque todas fueron rechazadas se inició una tradición de uso del plebiscito para tratar asuntos constitucionales; también a finales del siglo pasado Dakota del Sur, Utah y Oregón introdujeron la fórmula de la iniciativa popular para enmendar sus Constituciones y crear nuevas leyes; entre 1906 y 1918, 19 Estados más adoptaron este procedimiento y en 1959 otros cuatro se sumaron, por lo que se ha considerado que la democracia directa se convirtió en parte de la política estadounidense (Prud’Homme, 2001).

Históricamente no es la primera vez que se pone en práctica esta institución, pero en México es un novedoso avance democrático, ya que como tal se ha puesto en vigencia muy recientemente. El objeto de la consulta popular es que el pueblo –más específicamente la ciudadanía– pueda rechazar o modificar algunas decisiones tomadas (o por tomar) por sus representantes. Jurídicamente, en el primer párrafo del artículo 4 de la Ley Federal de Consulta Popular (DOF, 14 de marzo de 2014) se establece que *La consulta popular es el mecanismo de participación por el cual los ciudadanos ejercen su derecho, a través del voto emitido mediante el cual expresan su opinión respecto de uno o varios temas de trascendencia nacional*, por ello, en la democracia mexicana se erige como uno de sus instrumentos para dar cumplimiento a la dimensión sustancial de la democracia, en contraste con la dimensión formal de la misma. Al respecto, es pertinente referir a Luigi Ferrajoli (2004), para quien los derechos fundamentales forman el fundamen-

to y parámetro de la igualdad jurídica y de la dimensión sustancial democrática (ya que corresponden a los intereses y a las expectativas de todas las personas); por el contrario, la otra arista del objeto en cuestión lo es la dimensión formal, la cual se apoya en los poderes de la mayoría.

Ahora bien, cabe cuestionarse si los instrumentos democráticos en general son ilimitados, si el poder soberano del pueblo no tiene límites. La pregunta se legitima cuando nos percatamos de que, generalmente, en la teoría, en la doctrina e incluso en la legislación y en ocasiones hasta en los preceptos constitucionales, se percibe una suerte de capacidad ilimitada para el ejercicio soberano del pueblo. Razonablemente, el instrumento democrático en específico de la consulta popular –o de cualquiera que consista en la participación directa de la población– no puede ser ilimitado, es decir, no puede constituir la panacea para tomar todas las decisiones estatales, ya que la población, si bien es la depositaria de la soberanía (tal como lo reconoce la Constitución), no es un poder ilimitado, antes bien, existen –y deben existir– ciertos límites al ejercicio de ese derecho ciudadano. Ahí es donde tiene aplicación el *coto vedado*. Pero ¿qué constituye el límite para el poder soberano –y casi entendido como ilimitado– del pueblo? Aquí es donde la teoría del *coto vedado* nos proporciona un sustento explicativo, ya que, de acuerdo con Ernesto Garzón Valdés, el *coto vedado* es aquel que

...han de resguardarse los derechos fundamentales no negociables, como condición necesaria de la democracia representativa. Solo fuera de este “coto vedado” cabe el disenso, la negociación y la tolerancia. Quien pretenda abrir la puerta del “coto vedado” y transformar derechos fundamentales en objeto de disenso y negociación elimina la posibilidad de que la democracia pueda satisfacer la pauta de corrección moral que de ella se espera. (Garzón, 2005)

Uno de los fundamentos para que existan límites al casi ilimitado poder soberano de la población es la posibilidad –en palabras del autor, pero más adecuadamente: la necesidad– de que la democracia pueda satisfacer la pauta de corrección moral que de ella se espera; es decir, cuando no es esa la meta manifiesta de la actividad del poder soberano de la población, entonces no es legítima dicha actuación y se debe constreñir a los límites prohibidos de la teoría del *coto vedado*. La situación se radicaliza cuando la población se ve en la necesidad de realizar su labor decisoria a través del sistema de representación. Una democracia representativa funciona en aquella sociedad en la que el tamaño de la población tiene una repercusión en la manera de llevar a cabo sus procesos democráticos, de tal forma que a mayor población mayor es la necesidad de que las decisiones tomadas sean a través de algún instrumento que erradique los problemas logísticos derivados de la cantidad poblacional; para ello, el mecanismo de la representación

ha sido una opción viable: "... al no ser posible la democracia directa, es necesario recurrir a un sistema de representantes, es decir, a un sistema parlamentario..." (Garzón, 2005). Así, existen varias condiciones necesarias para su eficacia y operabilidad, las cuales van desde las instrumentales dadas por las instituciones jurídicas relacionadas con la celebración de los comicios, hasta las que tienen relación directa con la cultura y la educación de la población y de sus gobernantes. Dentro de esas condiciones necesarias se encuentran los derechos fundamentales, los cuales, usando la terminología del autor, no son negociables y, por tanto, deben ser tutelados y salvaguardados de posibles violaciones. Fuera de todo ello, cabe el disenso, la negociación y la tolerancia. Por ello: *El disidente no puede pues abrir todas las puertas. En una democracia representativa que acepte el núcleo inviolable del "coto vedado" es decir, la vigencia del "principio de la mayoría" y no el "dominio de la mayoría" (...) la disidencia vale solo en el ámbito de lo negociable* (Garzón, 2005).

Ahora bien, se debe distinguir entre *principio de mayoría* y *dominio de la mayoría*. El principio de mayoría tiene mayor aplicabilidad en una sociedad democrática, más aún que el llamado dominio de la mayoría. Con esto el autor quiso poner de manifiesto la importancia que tiene el principio (el cual es deseable) frente al dominio (el cual es fáctico y plausible) de la mayoría, aunque estrictamente se trata de un verdadero dominio de parte de las mayorías sobre las minorías, independientemente de cuál haya sido de inicio el nombre que se le

haya dado al mecanismo adoptado para lograr la toma de decisiones. Un principio hace una mayor referencia al valor intrínseco, mientras que el dominio siempre ha sido más entendido en un sentido no adecuado con las reglas sociales o estatales. Solamente se puede disentir en cuanto a temas que se encuentran fuera del *coto vedado*, aunque el disidente podría tratar de abrir todas las puertas (como el autor llama a la serie de circunstancias en las que se podría debatir dentro de los límites prohibidos de la democracia), pero entonces tendría que entrar en acción el Estado a través de sus medios institucionales para evitar que se discuta o, incluso, que se pongan en situación de juicio dichas circunstancias (Higuera, 2017).

Por otro lado, el principio de mayoría es también muy discutido en términos de la comprensión de esos instrumentos democráticos de participación directa de la población y de sus capacidades para la toma de decisiones bajo el auspicio de su soberanía y poder público; así: ... *que la adopción de decisiones de acuerdo con el principio de la mayoría significa una restricción de la libertad de quienes integran la minoría es obvio. Pero que la viabilidad de las democracias en las sociedades con un número apreciablemente grande de miembros tiene que aceptar este tipo de restricciones es también un hecho cierto...* (Garzón, 2005).

No necesariamente la decisión de las mayorías tiene que implicar la restricción en la libertad de las minorías. No es una condición necesaria. Las minorías pueden verse incluso

satisfechas en sus necesidades primarias con la decisión adoptada por las mayorías y esto no necesariamente tendría que representar alguna restricción. Se encuentra dentro de lo posible el hecho de que las mayorías en un acto protector (incluso paternalista, si se quiere) hayan tomado una serie de decisiones que podrían incluso ampliar las libertades de los miembros de las minorías, sin que esto tampoco tenga que ser obvio, tal como la obviedad que plantea el autor. El riesgo de que se vean vulnerados los derechos de las minorías existe, aunque no es obvio, y por ello, la misma posibilidad existe de que sean disminuidos sus derechos como de que sean ampliados o de que no sean alterados ni mínimamente. Dice Garzón (2005) que *El principio de mayoría requiere la exclusión de algunos temas básicos de la negociación parlamentaria o de la votación ciudadana*, y propone que dichos temas y el criterio de exclusión sean los siguientes:

1. No se negocia sobre aquellos bienes considerados como básicos para la realización de todo plan de vida, ya que Garzón asevera que los derechos incluidos en ese límite prohibido son los relativos a la satisfacción de los bienes básicos o también llamados “necesidades básicas” y distingue dos tipos: naturales y derivadas (Garzón, 1989). El autor aclara que incluso *la determinación de este campo de exclusión no puede quedar librada al consenso fáctico ni de los representados ni de los representantes...* lo que significa que el coto vedado vale inclusive para los temas que se decidan incluir dentro de los límites prohibidos de negociación en democracia.
2. La vigencia de los derechos a los bienes básicos en el coto vedado es *indiferente* a la voluntad o deseos de la población. Aquí se permite, según el autor, la actitud paternalista para salvaguardar el ejercicio de dichos bienes básicos e incluso una dictadura, ya que al mencionar que no rige el *principio de no dictadura* lo que hace es establecer que incluso omitiendo algunos otros medios democráticos o institucionales se deben proteger esos bienes básicos.
3. El autor, apoyándose en una supuesta tendencia a la expansión de la ética afirma que el coto vedado de los bienes básicos también tiende a expandirse. Aunque, desde luego, la ética *per se* no puede tender a la expansión, ya que es una disciplina o un área del conocimiento que de expandirse dicha expansión no tendría relación alguna con la amplitud o restricción en la protección de los bienes básicos, desde el punto de vista benéfico; más bien, lo que dice el autor se debe interpretar como una tendencia a la expansión de lo bueno y todo lo que ello conlleva, lo cual sí se relaciona con una actitud expansiva respecto de la tutela de esos bienes.
4. Con base en tales límites, dice el autor, el ámbito de gestión del representante se circunscribe (quiso decir que se debe circunscribir) al afianzamiento de la vigencia efectiva de los bienes básicos. Es posible, dice Garzón, que sea también un campo de negociación y compromiso respecto al deseo de bienes secundarios de la población representada, pudiendo ser respetados de

forma cautelar, pues solamente podrán ser satisfechos siempre que con su satisfacción no se sacrifique algún bien básico. El autor remata diciendo que *El campo de la negociación y el compromiso es el ámbito adecuado para la persecución de los intereses secundarios, sobre la base de la evaluación de costos y beneficios...* (Garzón, 1989).

La teoría del coto vedado se corresponde con la dimensión sustancial de la democracia, no con la formal (a menos de que lo formal sí corresponda con lo sustancial, lo cual sería idóneo en un sistema democrático en el que los límites a lo antisustancial son indispensables para el desarrollo estatal), ya que la formalidad puede ser incongruente con la sustancialidad y, por tanto, con lo postulado por dicha teoría. Sin embargo, lo formal adquiere importancia en proporción directa con su correspondencia con lo sustancial, de tal manera que si formalidad jurídica y sustancialidad democrática son congruentes una con la otra entonces habrá posibilidad de aplicación categórica de los postulados fundantes de la teoría del coto vedado. El problema se presenta cuando la producción legislativa se distancia de la realidad democrática social y de sus necesidades inherentes, pues entonces el principio de mayoría estaría siendo un instrumento no del pueblo –a quien originariamente le corresponde la soberanía– sino del sector gubernamental, abriendo la posibilidad de que sea en abuso y perjuicio de la población.

Por tanto, la teoría del coto vedado nos

dice qué no hacer, pero, *a contrario sensu*, nos dice también lo que sí se puede hacer, ya que el conjunto de categorías contenido en la prohibición de los límites establecidos por el coto vedado representa –al mismo tiempo que dicha restricción– una permisión respecto de los que no se encuentran en tal conjunto. En tal sentido, la democracia y su ejercicio a través de ciertos instrumentos de participación directa cobra legitimidad dependiendo de en cuál de los conjuntos prohibido-permitido se halle, para entonces poder considerar su ejercicio o no dentro de lo permitido, con lo que se evitaría cualquier lesión a la esfera de los derechos democráticos de las personas, del pueblo e incluso de los gobernantes (Higuera, 2017).

Ahora bien, en el acto de establecer –o reconocer– los derechos fundamentales y los no fundamentales, por medio de la codificación de preceptos constitucionales (o convencionales, si se quiere) y de los legales y reglamentarios necesarios para ello, puede ser que se tenga o no en cuenta los requisitos derivados de la teoría del coto vedado, con la finalidad de que tal codificación sea congruente con el conjunto de circunstancias prohibidas –y también de las permitidas– para respetar los derechos y evitar su lesión. Lo anterior significa que existe la posibilidad de que algunas restricciones infrinjan los límites prohibidos (y, con ello, lo postulado por la teoría del coto vedado), pero también cabe la razonable posibilidad de que otras sean congruentes con tal postura.

Al autor le preocupa la actividad política de

la población en contraste con la de la clase gobernante con relación a la manera de tomar las decisiones a través del instrumento democrático de la mayoría. El mayor temor del autor es que esa mayoría se exacerbe en sus facultades decisorias y rompa con el paradigma democrático deseable en un Estado de Derecho; lo anterior lo lleva a idear una manera en la que se podría evitar que esa mayoría se convierta en una masa incontrolada de decisiones públicas o en una élite política manipuladora de los instrumentos de la democracia formal. Todo ello en detrimento de la dimensión sustancial democrática que está directamente ligada a las reales y verdaderas necesidades políticas de la población. Como filósofo del derecho, tal preocupación lo lleva al extremo de considerar que las causas de ese fenómeno que infringe la sustancialidad de la democracia pueden restringirse con la expresión (más allá del establecimiento o reconocimiento) meridiana e indubitable de los límites que le corresponden a cada uno de esos sectores democráticos, de tal manera que el sector decisonal no deba rebasarlos y el sector de la ejecución no los manipule para su particular beneficio.

Por ello, con base en esa reflexión teórica realizada por el autor, se puede establecer que algunas restricciones pueden infringir el coto vedado, pero otras pueden ser congruentes. Lo anterior es así, ya que los elementos incluidos en la zona permisiva del coto vedado son, *a contrario sensu*, elementos prohibidos para su inejecución o indecisión, es decir, el discurso jurídico formal puede establecer limitantes in-

congruentes con la teleología de la democracia y que por tal razón deberían estar excluidos del ámbito de negociación, pero que sustancialmente sí deberían estar incluidos y al no estarlo infringen la postura del *coto vedado*.

La cuestión siguiente es: ¿Las restricciones a la consulta popular son un límite prohibido congruente? Esas restricciones ya representan, *prima facie*, un límite prohibido, un coto vedado, ya que el constituyente y el legislador pretendieron dejar en claro que el poder soberano de la población no tiene el carácter de ilimitado, para lo cual tuvo que hacer uso de lo esencial que postula la teoría del coto vedado: no permitir –es decir, prohibir– la ejecución de actos lesivos de otros derechos, incluso fundamentales, bajo el auspicio del ejercicio del derecho, fundamental también, de participación ciudadana directa en los asuntos públicos del Estado. Lo anterior se contesta analizando la posibilidad de que la ejecución de los actos incluidos en el conjunto prohibido sea realmente lesiva o no para los demás derechos democráticos, fundamentales e, incluso, secundarios o reglamentarios. De ser así, es decir, en caso de que tales restricciones representen una potencial lesión en tales derechos, entonces tales restricciones infringen al coto vedado y deben ser consideradas como incongruentes con la teoría que lo sustenta.

Consecuentemente, el *coto vedado* y la teoría que lo postula es aplicable a la consulta popular en la democracia mexicana como uno de los instrumentos de participación directa que

se le otorgan a su población con base en sus derechos democráticos. Lo siguiente es determinar si los derechos humanos y el principio que llamaré de *voluntad republicana* deben ser o no un *coto vedado* para el ejercicio de la consulta popular.

b) Los derechos humanos reconocidos en la Constitución: ¿Un coto vedado para la consulta popular?

Existen ejemplos en los que por medio de instrumentos democráticos se ha obtenido la opinión de la población sobre temas que inciden en los derechos humanos, con la existencia de casos específicos en los que la población organizada y haciendo uso de los instrumentos democráticos que les reconocen y/o les otorga el derecho, ha rechazado alguna decisión gubernamental por considerar que afecta a tales derechos o, al menos, de forma indirecta a otros. Un ejemplo paradigmático es el de Perú, en el caso de la entrega que realizara Fujimori en 1999 de 89 mil hectáreas de tierras a una empresa canadiense (Manhattan Sechura S.A.) para una explotación polimetálica a cielo abierto; en esa ocasión varias comunidades de agricultores y campesinos de Tambogrande en el valle de San Lorenzo, en el Departamento de Piura, vieron amenazado su derecho a un ambiente sano. Las comunidades locales, apoyadas por organizaciones internacionales, han logrado que se llevara a cabo una consulta vecinal convocada por la Municipalidad Distrital para que la población se pronunciara al respecto. La oposición fue contundente y aunque la consulta era voluntaria, hubo un altísimo

grado de participación, mayor que en las elecciones nacionales: 74 % de los tambograndinos participó y de los que votaron el 98,05 % se opuso al proyecto minero. Este caso constituye un ejemplo de cómo una sociedad organizada puede defender sus derechos humanos (WRM Movimiento mundial por los bosques tropicales, 2002). Otros casos también significativos que plantean la importancia y problemática de la consulta previa en ese país son el del área de conservación regional Maijuna-Kichwa (ACR Maijuna Kichwa), el de los lotes petroleros Perupetro S. A. y Pluspetrol y el caso Cañaris (SJB Cañaris) (Sanborn & Paredes, 2015).

Pero ¿Cuáles son los parámetros o las directrices que se deben observar para que el ejercicio de la democracia por medio de los instrumentos de participación directa –como la consulta popular– cobren legitimidad? Ya dejé establecido que lo anterior depende de la ubicación del acto –que puede ser tanto gubernamental como soberano-poblacional– dentro de los conjuntos prohibido-permitido, lo anterior para evitar lesiones jurídicas o, incluso, ius-fundamentales; por lo que los parámetros deben ser esas directrices de fundamentalidad jurídica y de derechos humanos, pero también los derechos político-electorales son la base y punto de partida para su análisis, los cuales se encuentran en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo segundo establece: *La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad*

y la resistencia a la opresión (Asamblea Nacional Francesa, 1789). Derivado de esto la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 21 establece:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Por su parte, el artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su fracción VIII, establece como derecho del ciudadano *Votar en las consultas populares sobre temas de trascendencia nacional...* y en el párrafo tercero de dicha fracción establece que *No podrán ser objeto de consulta popular la restricción de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución...* Por su parte, la Ley Federal de Consulta Popular, en su artículo 11, fracción I, establece que no podrán ser objeto de consulta popular *La restricción de los derechos humanos reconocidos por la Constitución*. Se trata de los límites expresos que el constituyente y legislador, respectivamente, establecieron para el ejercicio de ese derecho de participación democrática. Cuestiones fundamen-

tales no deben ser objeto de la consulta popular. La restricción es clara: no se debe afectar lo fundamental en el ejercicio de derechos no fundamentales ni en el de los sí fundamentales, es decir, no afectar lo fundamental ni en el ejercicio de lo fundamental. Aunque el pueblo tiene el derecho de participar de forma directa por medio de los instrumentos democráticos ya vistos (y esto está basado en derechos humanos, universales y fundamentales) no puede ejercitarlo para disminuir tales derechos que se encuentran en el conjunto de lo prohibido dentro del universo del *coto vedado*.

El catálogo de los derechos humanos en México (positivizados) están relacionados con el derecho a la no esclavitud, a la no discriminación, a la libre determinación de los pueblos indígenas, a la educación, a la igualdad, a la familia, a la alimentación, a la salud, al medioambiente sano, al acceso al agua, a vivienda digna y decorosa, a la identidad, a la cultura y bienes servicios estatales, a la cultura física y deporte, a la libertad de profesión, industria, comercio o trabajo, al acceso a la información, a la libertad de expresión, al derecho de petición, a la asociación, a poseer armas en domicilio, a entrar, salir y viajar en el país, a la igualdad en la impartición de justicia, a la protección de los datos personales, a la administración de justicia y sus garantías relacionadas (como el debido proceso), a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión y al de votar y ser votado. Todo esto independientemente de la existencia de otros derechos humanos que no se encuentran establecidos en la Constitución

Política pero que por virtud de la convencionalidad se deben respetar. Efectivamente, los derechos humanos han sido un tema añejo en su reflexión y un poco menos en su institucionalización. La corriente que tradicionalmente se ha considerado como el sustento de los derechos humanos es el ius-naturalismo, el cual ha sostenido tradicionalmente dos posturas: la del derecho natural que considera la existencia de principios morales y de justicia válidos de forma universal, que son asequibles a la razón humana, y la postura de que un sistema normativo no puede ser jurídico si contradice dichos principios morales o de justicia. Las dos grandes posturas se pueden resumir en la teológica y en la racionalista. En cuanto al iusnaturalismo teológico, se considera que el Derecho Natural es parte del orden eterno originado en Dios asequible a la razón humana; Tomás de Aquino es un referente al respecto, ya que establece sus ya clásicas cuatro clases de leyes: a) la ley eterna; b) la ley natural; c) la ley divina; y d) la ley humana. Respecto al iusnaturalismo racionalista, se postula que el Derecho Natural no deriva de Dios sino de la naturaleza o de la razón humana; la referencia aquí está dada por algunos autores como Spinoza, Pufendorf, Wolf y Kant; posterior a esos autores, surge la escuela neokantiana con la referencia de Stammler; otras concepciones son la historicista que busca inferir normas universalmente válidas a partir del desarrollo de la historia humana (con autores como Savigny & Puchta) y la referente a la naturaleza de las cosas en la que ciertos aspectos de la realidad poseen fuerza normativa

a los cuales debe adecuarse el Derecho positivo (con autores como Dietze, Maihofer & Welzel).

De esa corriente ius-natural se deriva que los derechos humanos (o derechos del hombre, si se prefiere) son el mínimo que se debe considerar para el establecimiento de los demás derechos, incluidos aquellos que tengan que ver con otros derechos humanos. Son el punto de partida axiológico para el desarrollo –positivo o no– de las demás reglas jurídicas que afectan al ser humano: ... solo podremos apreciar el desarrollo de la democracia y las oportunidades de la libertad mediante el reconocimiento de la institución de los derechos del hombre, de los signos del surgimiento de un nuevo tipo de legitimidad y de un espacio público donde los individuos son a la vez producto y agente (Lefort, 1991, p.41). Los límites sobrevienen con el reconocimiento, aceptación y establecimiento de los derechos del hombre, ya que desde los postulados jurídicos (a través de los cuales se da dicha aceptación, reconocimiento y posterior establecimiento o codificación) el hombre puede controvertir la pretensión o concreción del abuso arbitrario del poder. Por ello, los derechos humanos deben ser una constante en la actividad legislativa de un Estado y en la reflexión permanente de sus instancias educativas; mientras mayor sea la cobertura legal acerca de los derechos humanos y en tanto los instrumentos institucionales sean reforzados y robustecidos para cumplir con esas finalidades, la democracia y sus postulados tenderán hacia su realización. Por ello:

Desde el momento en que los derechos del hombre son planteados como última referencia, el derecho establecido queda sujeto a cuestionamiento. Está cada vez más en tela de juicio, a medida que voluntades colectivas o, si se prefiere, agentes sociales portadores de reivindicaciones nuevas, movilizan una fuerza que se opone a la que tiende a contener los efectos de los derechos reconocidos... (Lefort, 1991, p.54)

Ahora bien, una de las categorías principales para el desarrollo de los cotos vedados en el ejercicio de los derechos democráticos –o no– de los ciudadanos y de los gobernantes, lo es la representatividad como uno de los elementos –tal vez axiomático– de la democracia. La satisfacción de las categorías principales de la teoría del coto vedado en la representatividad política se encuentra en la plausibilidad (y, en última instancia, necesidad) de que la mayoría no domine, sino que se legitime:

... he sostenido la existencia de una vinculación conceptual entre democracia representativa y “coto vedado”. Esta vinculación es válida si se acepta que la democracia representativa no significa el “dominio de la mayoría” sino la vigencia del “principio de mayoría” dentro de un marco de homogeneidad social que permita alentar la esperanza de la autodeterminación individual. (Garzón, 1989)

Cuando los límites prohibidos son respe-

tados, el resultado de la toma de decisiones proporciona una legitimidad en los efectos de la misma, por mucho que tales efectos produzcan un impacto no deseado y aunque se limite en sus derechos al sector de la población que representa la minoría por haber sustentado la decisión que no fue adoptada, ya que se genera un vínculo de validez entre tales límites y el ejercicio de la representatividad en un Estado democrático. El autor menciona la homogeneidad como punto de partida para la autodeterminación individual, sin embargo, es discutible considerando que lo deseable no es abatir las diferencias, sino que dichas diferencias sean consensuadas bajo la perspectiva del respeto mutuo de los puntos de vista e incluyendo ciertos cotos para la discusión y negociación que den como resultado la toma de decisiones. Otro parámetro para determinar la posibilidad o no de negociar sobre un tema específico para la eventual toma de decisiones, es la consideración de los *bienes básicos*:

Los derechos incluidos en el “coto vedado” son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también “necesidades básicas” en su doble versión de naturales o derivadas. Un ejemplo de necesidad básica natural es el comer o el contar con vivienda y vestido para protegerse de las inclemencias del clima. Una necesidad básica derivada es, en nuestras sociedades, el saber leer y es-

cribir y estar vestido con un mínimo de decencia. Mientras las necesidades básicas naturales son las mismas en todas las sociedades, las derivadas cambian según los tiempos y las sociedades. Tienen además una tendencia a la expansión... (Garzón, 1989)

Con esto, los elementos que se deben incluir en el conjunto de lo prohibido se aclaran. No solamente los derechos humanos pueden ser un punto de partida para incluir elementos en tal conjunto, sino que también son otros que atienden a la satisfacción de las necesidades de la persona, del hombre. Se podría incluso revisar la conexión conceptual entre las categorías axiológicas de los derechos humanos y las características de los bienes básicos (los cuales, al final, son la base para el establecimiento de las reglas de tipo jurídico) y tal vez, hipotéticamente, los bienes básicos son los que sustentan a los derechos del hombre, o viceversa.

Ante la pregunta de ¿cómo se conocen los derechos que deben ser incluidos en el *coto vedado* y cómo se los introducen en el mismo?, el autor de la teoría del coto vedado responde que dicha cuestión equivale a preguntarse cómo se conocen los derechos fundamentales que están incluidos en todas las Constituciones democráticas y que si el término *conocer* significa tan solo enterarse de su existencia universalmente aceptada entonces una vía fácil es recurrir al catálogo de derechos humanos incluidos en las Declaraciones de las Naciones Unidas y aprobados internacionalmente, pero

si *conocer* significa fundamentar o justificar, entonces nos encontramos ante un problema de ética normativa que puede ser solucionado pensando en las propuestas del objetivismo ético (Garzón, 1989). En efecto, son dos las vías para determinar lo que se debe incluir en el conjunto de lo prohibido: la primera corresponde a la verificación positiva de las reglas jurídicas –tanto constitucionales como legales– y la segunda correspondería a la revisión meta-jurídica que atienda al aspecto epistémico de la creación –o tal vez reconocimiento– de las normas fundamentales (objetivo que no es de este trabajo). Haciendo de lado esa reflexión, la manera concreta y específica –el autor diría: positiva– para determinar lo que se debe incluir en el conjunto de lo prohibido, es revisar las normas constitucionales (especialmente las que establecen y/o reconocen derechos humanos) y la legislación positiva, pero con base en las consideraciones sobre los bienes básicos. La conclusión a esto es la siguiente:

Desde el punto de vista jurídico positivo, la conclusión (...) es que los derechos incluidos en el coto vedado de los intereses universalizables o derechos humanos no pueden ser objeto de recortes productos de negociaciones parlamentarias. Ellos constituyen el núcleo no negociable de una constitución democrático-liberal que propicie el Estado social de derecho... (Garzón, 2005)

También surge la cuestión acerca de ¿quién es el que introduce el catálogo de derechos

humanos en el coto vedado? Y el autor responde categóricamente que es la Asamblea Constituyente, es decir, el primer legislador, y aclara que esto es solamente bajo la condición de que dicho cuerpo constituyente esté o haya estado interesado en el establecimiento de una democracia representativa, caso contrario, interpretando al propio autor, no sería necesario que dicha Asamblea incluya un listado de los derechos fundamentales del hombre (Garzón, 1989). Vuelve más adelante el autor a mencionar el carácter *expansionista* de las necesidades básicas derivadas y se basa en ello para establecer la probabilidad de que ... *con el transcurso del tiempo haya que introducir nuevos elementos en la clase de los derechos del coto vedado...* lo anterior si es que ... *se quiere mantener la homogeneidad social...* y es la razón por la que, dice, los derechos humanos de últimas generaciones suelen estar vinculados con esa tendencia expansionista (Garzón, 1989). El autor cierra esta idea de la siguiente manera: ... *quien pretenda abrir la puerta del “coto vedado” y transformar derechos fundamentales en objeto de disenso y negociación elimina la posibilidad de que la democracia pueda satisfacer la pauta de corrección moral que de ella se espera* (Garzón, 2005). De aquí podemos partir para cuestionar sobre si los derechos humanos poseen las características suficientes para ser considerados como un coto vedado, tal como lo hace la norma constitucional y la legal que instituye a la consulta popular.

La *pauta de corrección moral* que esperamos sea satisfecha por la democracia es uno

de los vínculos metajurídicos de los derechos fundamentales, tomando en cuenta que estos últimos son configurados como ciertos vínculos sustanciales impuestos normativamente a las decisiones de la mayoría (Ferrajoli, 2004), de lo cual se puede inferir que la democracia no es simplemente el gobierno de la mayoría (tal como se ha postulado a partir de ese principio sustentante democrático) sino que es más complejo que eso, llegando a la necesidad de que esas mayorías puedan actuar en cuanto a decisiones y lo hagan dentro de la zona permitida por el coto vedado, no fuera de ella, no rompiendo los límites establecidos por los principios democráticos; para lo anterior se debe considerar además al otro gran componente de la sociedad democrática: las minorías, que pueden potencialmente cuestionar –incluso jurídicamente impugnar– la actividad de las mayorías. Bajo ese esquema, en el que las mayorías no se rigen de forma independiente o separada del resto de los actores sociales, sino que se convierte en uno más de los elementos conectados causal y consecuentemente en el complejo sistema democrático, la democracia es el gobierno de las mayorías con autorización de las minorías. En tal virtud, los derechos humanos, en tanto derivados y dirigidos –destinatarios, pero también originadores– a la tutela de muchos de los bienes básicos que se encuentran en riesgo de ser lesionados, son parte del conjunto de prohibiciones –en el universo del coto vedado– para el ejercicio de la consulta popular.

Por otro lado, existen diversos elementos

en la conformación de un Estado democrático para la adecuada realización y consecución de las metas en la consulta popular, las cuales están referidas de manera concreta a los derechos humanos, a la justicia constitucional –que también es uno de los elementos indispensables para el desarrollo democrático estatal– y al Estado Constitucional; todos esos elementos se conforman sistemáticamente dentro de la complejidad democrático-estatal para el acercamiento a las finalidades últimas del Estado con relación a la existencia de la población en sociedad; el rasgo estructural de dicha sistematización se conforma de ciclos de creación-aplicación-recreación de los límites previstos para la salvaguarda de los derechos democráticos (en especial, de los referidos a la consulta popular como una forma de participación de la ciudadanía en los asuntos públicos). Las fases de ese ciclo son esenciales e insustituibles, ya que la democracia sería incompleta si no existiera en su esencia jurídica, a su vez, un subsistema de protección y defensa de los derechos humanos, con el peligro latente de volver al absolutismo. En tal ciclo se puede detectar la existencia de una dimensión vivencial-pragmática de los derechos humanos que es irremplazable, ya que en caso de no ser ejercidos esos derechos podrían deformarse en solamente una serie de reglas que, aunque bienintencionadas, serían ineficaces e inútiles abriendo la posibilidad al abuso y al ejercicio incontrolado del poder (Uribe, 2011, p.253).

Como corolario y prospectiva para lo reflexionado (y sin que sea objetivo de este traba-

jo) es importante plantearnos si ¿existen –o deben existir– límites al coto vedado? y, en caso afirmativo, ¿cuáles serían? Es decir, ¿cuál es el límite para el límite? ¿hay algún parámetro que limite o regule el establecimiento de límites? ¿o debe haberlo? Es altamente plausible que el gran límite sea la *pauta de corrección moral* que se espera de la democracia; tal vez el parámetro debería ser la madurez y compromiso demostrado y efectivo del gobierno, cuyas decisiones, bajo esas características, no podrían vulnerar los derechos humanos de la población. Si el gobierno y quienes lo personifican poseyeran la efectiva calidad requerida para gobernar, si su actuación estuviera verdaderamente regulada por la ética y si sus decisiones surgieran de la real intención de mejorar al Estado y a la comunidad en la que viven y de hacer realidad esa *pauta de corrección moral*, entonces tal vez un *coto vedado* para la consulta popular lo serían los derechos humanos. Por el contrario, si el gobernante no cumple con esas características y cualidades, entonces no podríamos estar seguros de que su actuación sería protectora de los intereses de la ciudadanía (como se supone que los gobernantes deben actuar) y entonces la consulta popular como instrumento democrático no debería tener como *coto vedado* a los derechos humanos.

c) La voluntad republicana: ¿Otro coto vedado para la consulta popular?

El artículo 35 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su fracción VIII, establece como derecho del ciudadano *Votar en las consultas populares sobre temas de*

trascendencia nacional... y en el párrafo tercero de dicha fracción establece también que *No podrán ser objeto de consulta popular (...)* los principios consagrados en el artículo 40 de la misma [Constitución]... Por su parte, la Ley Federal de Consulta Popular, en su artículo 11, fracción II, establece que no podrán ser objeto de consulta popular los principios consagrados en dicho artículo 40 constitucional, el cual a su vez instituye lo siguiente: *Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental;* este artículo se encuentra incluido en el Título segundo, capítulo I, titulado “De la soberanía nacional y de la forma de gobierno”, y concretamente dicho artículo 40 está referido a la forma de gobierno. Una definición para efectos del presente trabajo sería innecesaria, considerando la complejidad sistemática que representa la forma de gobierno, al estar entrelazados muchos conceptos y categorías en los cuales a su vez existen ramificaciones e imbricaciones de elementos, tanto formales como extraídos necesariamente de la realidad social o estatal, además de que inciden conceptos e instituciones, algunos de ellos yuxtaponiéndose entre sí o a otros pertenecientes al mismo sistema o subsistema, por ejemplo, sistema político, sistema jurídico, fórmula política, forma estatal, estructura política, estructura estatal, sistema de vida, etc., lo cual lo hace sumamente complejo. Por ello, no es objetivo de este tra-

bajo plantear una reinterpretación categorial de forma de Estado o forma de gobierno, basta con que se tenga presente el hecho de que se trata de ciertos subsistemas relacionados con el poder político en un Estado y su ejercicio.

Partiendo de esa concepción mínima y de su referencia al ejercicio del poder público, se justifica la limitante que se establece para el ejercicio de la consulta popular, ya que el ejercicio del poder siempre ha sido un tema delicado tanto por las implicaciones que representa en el funcionamiento estatal como para los análisis realizados desde el punto de vista teórico. Por tal razón, no se debe perder de vista que ... *si se quiere hablar de producción normativa con relación al coto vedado, ella debe ser entendida primordialmente en el sentido de la realización efectiva de los derechos incluidos en él...* (Garzón, 1989).

En algunos países se ha utilizado el instrumento de democracia directa para la modificación o implementación de reglas jurídicas de mucha relevancia, algunos de ellos, incluso, para la modificación o aprobación de la Constitución o de leyes de trascendencia nacional, es decir, es posible que incluso sus principios constitucionales se hayan sometido a aprobación, a pesar de que dichos principios se erigen en enunciados básicos que sustentan los fundamentos sostenedores de un Estado y sin los cuales no podría funcionar o funcionaría de forma deficiente. Como ejemplo de esto se tiene a Francia, con su larga tradición de consulta directa, en donde, por ejemplo, se ha utilizado el plebiscito para aprobar Constituciones

después de la revolución; también, Napoleón convocó a plebiscitos para ratificar los cambios constitucionales que lo hicieron Cónsul, Cónsul Vitalicio y Emperador; en el caso de la restauración del imperio en 1815 se utilizó similar instrumento; después, el golpe de Estado de 1851 fue legitimado por veredicto popular, la restauración del imperio, la anexión de Niza y Saboya y sus reformas liberales; también la aprobación de la Constitución de la "Quinta República", la Ley de Gobierno sobre la Autodeterminación de Argelia, los acuerdos de Evián, la elección de presidente por sufragio universal, la creación de regiones y la reforma del Senado; el ingreso de Dinamarca, Gran Bretaña, Irlanda y Noruega a la Comunidad Económica Europea y los acuerdos de Maastricht, fueron temas sometidos a la aprobación ciudadana (Prud'Homme, 2001). Por ello, deben estar incluidos en el conjunto prohibido de los derechos democráticos. Son un coto vedado, exento de la discusión, negociación y deliberación por parte de la ciudadanía. Significa que no se puede someter a la discusión para su modificación a la voluntad de la ciudadanía, ya que se corre el riesgo de que se tome una decisión que vaya en contra de seguir salvaguardando tales principios.

Como principio constitucional, la voluntad del pueblo no puede someterse (de acuerdo con lo establecido por la citada Ley Federal de Consulta Popular) a la consulta popular del mismo pueblo, es decir, constituye uno de los límites prohibidos. Se trata de uno de los medios eficaces para la autodeterminación colectiva:

Por "voluntad del pueblo" entiendo un proceso deliberado, emancipatorio e incluyente de autodeterminación colectiva. Al igual que un soberano de cualquier tipo, su ejercicio es voluntario y autónomo, un asunto de libertad práctica; al igual que cualquier forma de acción colectiva, implica reunión y organización (...) significa insistir en que en una secuencia de emancipación política lo "determinante en primera instancia" es la voluntad de los pueblos para prescribir, a través del terreno que los confronta, el curso de su propia historia. Significa privilegiar la voluntad resuelta de los pueblos para tomar y mantener su puesto (...) por encima de la complejidad del contexto y de las formas de conocimiento y autoridad que gobiernan un comportamiento que se "adapta" a este... (Hallward, 2009)

Otro de los principios constitucionales para un Estado democrático es el republicanismo, el cual no debe ser sometido a la consulta popular, ya que se estaría en la posibilidad de que fuera modificado o, en un extremo, eliminado como principio del Estado mexicano, para dar paso a otro menos deseable o menos congruente con los demás principios o con la misma forma de gobierno democrática. Lo anterior considerando que el republicanismo no se refiere exclusivamente a la forma constitucional de un Estado, sino a la eficacia de la ley para servir al bien común:

...este es (...) el argumento republicano permanente. En último extremo no se

refiere a la forma constitucional del Estado como tal. Se trata de la eficacia que posee una ley de la “res publica” para servir al bien común, un bien que es él mismo definido por el saber dominante en una comunidad. Esto es lo que dirige la coacción legítima y no arbitraria de la virtud ciudadana hacia el fin de la paz y de la seguridad de la vida. Esto es lo que permanece con el transcurso del tiempo en el concepto de república, lo que hace república a una república, y no una tiranía... (Coleman, 2005)

Ahora bien, ¿porqué estos principios –voluntad del pueblo y republicanismo– son un *coto vedado* de la democracia para la consulta popular? Se trata de un principio de control para el control, un límite para el límite. Lo anterior basado en que existe la posibilidad de que la voluntad popular, a través del ejercicio del republicanismo estatal (voluntad republicana), exacerbe sus funciones al grado de lesionarse a sí misma o a otros derechos fundamentales. Es un autocontrol para el control, un *autolímite*. La voluntad republicana debe tener a su propia esencia como limitante para el caso de una posible autolesión. Si el objetivo de servir al bien común no se cumple, si ese *saber dominante* de una comunidad no es en realidad dominante en el sentido amplio del concepto (es decir, si la ciudadanía no ejerce dominio republicano ni democrático) entonces la *pauta de corrección moral* inherente a la protección democrática se puede poner en riesgo. También ese saber dominante se manifiesta en esa coacción legítima y no arbitraria (de la que habla el autor) de la

virtud ciudadana dirigida hacia el logro de la paz y de la seguridad.

Finalmente, la teoría del coto vedado ha servido hasta ahora para justificar el cúmulo de reglas jurídicas que existen en torno del instrumento democrático de la consulta popular, ya sea en relación con los derechos humanos o con los principios establecidos en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sin embargo, dicha teoría deja también algunas cuestiones que son dignas de revisión con relación a dicho instrumento de participación ciudadana, por ejemplo, queda clara la existencia de límites para el ejercicio decisional de las mayorías (voluntad republicana) y que estas se conviertan en las formadoras legítimas de gobierno con la autorización de las minorías (que también forma parte del universo democrático estatal), pero no queda clara aún –al menos desde el punto de vista epistémico– la forma o el procedimiento por el que se deben –o se pueden– establecer los elementos conceptuales y meramente prácticos del ejercicio democrático en conjuntos de lo prohibido-permitido, en congruencia con la pauta de corrección moral basada en la virtud ciudadana; lo anterior sin detrimento de otros derechos –como los humanos– que no poseen una precisión limítrofe conceptual en cuanto a sus alcances y que, por ende, se podrían prestar para el abuso.

El *coto vedado* en materia de consulta popular también requiere de una revisión desde el punto de vista de los derechos humanos o de los postulados del artículo 40, es decir, como

ya quedó establecido, los límites también requieren del respeto de ciertos límites, esto es, los límites ejerciendo un autocontrol conceptual en la creación del derecho regulador de la actividad participativa del ciudadano en instrumentos democráticos como la consulta popular, de lo contrario se podría incurrir en el abuso conceptual de los derechos democráticos otorgados a la población en perjuicio de aquellos que son inherentemente relativos a los gobernantes o viceversa. La consulta popular ha sido un tema muy debatido en los sectores académicos y políticos, por lo que ha habido varias posturas tanto a favor como en contra de su establecimiento; por lo que respecta a los límites que debe tener para su adecuado ejercicio por parte de la voluntad republicana y que no vulnere la esencia de la democracia, se tiene a favor el argumento de que la noción de autogobierno debe incluir la participación directa de los ciudadanos, lo cual significa que los límites democráticos se amplían para el caso de que sea la ciudadanía la que deba hacer uso de ciertos derechos de carácter democrático.

Junto a esta, hay otras razones a favor del establecimiento de este instrumento democrático, por ejemplo: a) la democracia debe ser dinámica en su forma, b) la consulta directa favorece la responsabilidad ciudadana, c) el electorado debe tener una voz más directa en la elaboración de las leyes, d) los mecanismos de la democracia directa alientan a los ciudadanos a tener más interés en los asuntos públicos, fomentan la educación política y estimulan la participación electoral, e) son un arma eficaz para reducir la influencia de los grupos

de presión sobre el Congreso, f) aumentan la responsabilidad política de la clase política y de los medios de comunicación de masas, g) conducen a la rápida toma de decisiones sobre temas controvertidos, y h) propician la creación de foros públicos para debatir temas nacionales críticos y permiten a los líderes nacionales conocer el punto de vista de la ciudadanía (Prud'Homme, 2001). La ciudadanía es el elemento esencial del funcionamiento de la democracia y es dicho elemento el que debería de establecer los requisitos para los límites, para el *coto vedado*, de tal forma que lo prohibido no sea parte del ejercicio que el propio ciudadano o la población deban ejercer en democracia, sino otros que no se afecten a ese grado.

Por su parte, los detractores de las formas de participación directa en la democracia argumentan, con relación al establecimiento de los límites prohibidos o del *coto vedado*, que gran parte de la ciudadanía no está preparada para intervenir en dichos procesos y los derechos y libertades de las minorías se pueden ver amenazado; por ello, es necesario que en la implementación de cualquier forma democrática directa se prevean los alcances y limitaciones de las mismas, ya que instituir las sin considerar las particularidades de la realidad social a la cual va dirigido, probablemente traerán más como consecuencia un perjuicio que un beneficio. También existen posturas detractoras, por ejemplo: a) la participación directa del electorado en los procesos legislativos debilita las bases fundamentales del gobierno representativo, desaparecen las nociones de debate, deliberación y compromiso y se desvanece la

responsabilidad legislativa, b) presentar opciones excluyentes alimenta la división y la polarización de la nación, c) los grupos de interés, bien organizados y financiados, terminan dominando esos procesos y los emplean para rodear de obstáculos a los procesos legislativos tradicionales, d) la fragmentación étnica, geográfica, profesional, etc., se fomenta cuando las decisiones se plantean a partir de una sola alternativa: no hay lugar para el compromiso, y e) los temas que pertenecen a la agenda federal son mucho más complejos que los que son sometidos a la aprobación pública a nivel estatal y local (Prud'Homme, 2001).

Por lo que respecta a los límites, en efecto, las particularidades de la ciudadanía deben ser parámetros indicadores de la regulación y establecimiento de los cotos, ya que no es lo mismo una voluntad republicana culta y activa políticamente que una ignorante y pasiva que podría requerir de la implementación de otro tipo de límites; no parecer ser muy congruente con la democracia el hecho de que a una sociedad carente de ciertas cualidades culturales y de interés por participar en los asuntos de Estado se le den mayores derechos e insumos jurídicos y políticos, ya que el producto a esperar no podría ser el más óptimo, por el contrario, si se tratara de una ciudadanía que sí gozara de esas características, entonces sería diferente. Con relación al otro aspecto, el de que los derechos y las libertades de las minorías se pueden ver amenazados, es también un aspecto a considerar en cuanto al diseño e institución de los límites, ya que la democracia tiene como una de sus finalidades, precisamente, que no se vean

afectados los derechos de los ciudadanos (al respecto, el principio de legalidad puede informar sobre esto, como una característica democrática de los Estados constitucionales), de tal manera que si se afectaran dichas prerrogativas de las minorías, se estaría siendo antidemocrático y, por tal razón, ese aspecto debe ser considerado para el buen diseño del *coto vedado* democrático.

Conclusiones

Primera. La teoría del coto vedado se corresponde con la dimensión sustancial de la democracia y no con la formal; no obstante, lo formal adquiere importancia en proporción directa con su correspondencia con lo sustancial, por lo que, si la formalidad jurídica y la sustancialidad democrática son congruentes entre sí, entonces habrá posibilidad de aplicación de sus postulados en una realidad democrática. El problema surge si la producción legislativa se distancia de la realidad democrática social y de las necesidades inherentes a la misma, ya que entonces el instrumento de la mayoría sería un instrumento del gobierno con posibilidad de abuso.

Segunda. La teoría del coto vedado establece prohibiciones, pero también permisiones, ambas dentro de conjuntos separados y diferenciados pero pertenecientes al mismo universo jurídico-democrático, ya que las categorías contenidas en la prohibición representan, simultáneamente, una permisión respecto a lo que no se encuentra en tal conjunto. Por tal razón, el ejercicio democrático se legitima dependiendo de en cuál de los conjuntos de pro-

hibición-permisión se halle, para poder determinar su ejercicio o no dentro de lo permitido.

Tercera. Algunas de las restricciones constitucionales o legales establecidas para ciertos derechos pueden infringir lo establecido por la teoría del coto vedado pero otras pueden ser congruentes; lo anterior en virtud de que los elementos incluidos en la zona permisiva del coto vedado son, *a contrario sensu*, elementos prohibidos para su inejecución o indecisión, es decir, el discurso jurídico formal puede establecer limitantes incongruentes con la teleología de la democracia y que por tal razón deberían estar excluidos del ámbito de negociación, pero que sustancialmente sí deberían estar incluidos y al no estarlo infringen la postura del *coto vedado*.

Cuarta. Los derechos humanos, como destinatarios, pero también como originadores, que están dirigidos a la tutela de muchos de los bienes básicos en potencial riesgo de ser lesionados, son parte del conjunto de prohibiciones para el ejercicio de la consulta popular; por tanto, esta última goza de la característica de democrática.

Quinta. La voluntad republicana es un *coto vedado* de la democracia para la consulta popular, ya que existe la posibilidad de que esa voluntad, a través del ejercicio del republicanismo estatal, exacerbe sus funciones al grado de lesionarse a sí misma o a otros derechos fundamentales. La voluntad republicana debe tener a su propia esencia como limitante; si el objetivo de servir al bien común no se cumple

o si ese saber no es dominante (lo que significa que la ciudadanía no ejerce dominio republicano ni democrático), entonces la pauta de corrección moral inherente a la protección democrática se puede poner en riesgo. Dicho saber dominante se manifiesta en la coacción legítima y no arbitraria de la virtud ciudadana dirigida hacia el logro de la paz y la seguridad.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional Francesa (1789). *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Francia: Autor.
- Coleman, J. (2005). El concepto de República. Continuidad mítica y continuidad real. En *Res Publica*, (15), 27-47.
- Diario Oficial. Órgano Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (5 de febrero de 1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México: Autor.
- Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos (9 de agosto de 2012). *Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política*, tomo DCCVII, No. 7, México, D. F.
- Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos (30 de noviembre de 2012). *Decreto por el que se reforma el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, tomo DCCX, No. 24, México, D.F.

- Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos (14 de marzo de 2014). *Decreto por el que se expide la Ley Federal de Consulta Popular*, tomo DC-CXXVI, No. 10, México D.F.
- Diario Oficial de la Federación. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos (29 de enero de 2016). *Decreto por el que se declaran reformadas y derogadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de la reforma política de la Ciudad de México*, tomo DCCXLVIII, No. 21, México D.F.
- Diccionario de la Real Academia Española (2016). Recuperado de: <http://dle.rae.es/?id=ASYEVzT>
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del “coto vedado”. En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 6, 209-213.
- Garzón Valdés, E. (2005). El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías. En *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 12, 7-34.
- Hallward, P. (31 de octubre de 2009). La voluntad del pueblo: notas para un voluntarismo dialéctico. En *Nómadas, Universidad Central Colombia*, 31, 92-111.
- Higuera, D. (2017). Límites al poder de reforma, modificaciones y alteraciones a la Constitución. Medellín. *Opinión Jurídica*, 32.
- Lefort, C. (1991). *Ensayos sobre lo político*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara.
- Organización de las Naciones Unidas & Asamblea General. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pub. L. No. Resolución 217 A (III) (1948). Recuperado de: <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>
- Prud'Homme, J. F. (2001). *Consulta popular y democracia directa*. México: Instituto Federal Electoral.
- Redacción Red Política (2014). Los países de América Latina que ya aplican la consulta popular. México: Autor. Recuperado de: <http://www.redpolitica.mx/nacion/los-paises-de-al-que-ya-aplican-la-consulta-popular>
- Sanborn, C. & Paredes, Á. (2015). Consulta previa: Perú. *Americas Quarterly*. Recuperado de: <http://www.as-coa.org/sites/default/files/ConsultaPreviaPeru.pdf>
- Uribe Arzate, E. (2011). Una aproximación epistemológica a los derechos humanos desde la dimensión vivencial-pragmática. En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (132).
- WRM Movimiento mundial por los bosques tropicales (2002). Perú: Consulta popular dice NO a la minería en Tambogrande. Recuperado de <http://wrm.org.uy/oldsite/boletin/59/Peru.html>