Información Importante

La Universidad Santo Tomás, informa que el(los) autor(es) ha(n) autorizado a usuarios internos y externos de la institución a consultar el contenido de este documento a través del Catálogo en línea del CRAI-Biblioteca y el Repositorio Institucional en la página Web de la CRAI-Biblioteca, así como en las redes de información del país y del exterior con las cuales tenga convenio la Universidad.

Se permite la consulta a los usuarios interesados en el contenido de este documento, para todos los usos que tengan **finalidad académica**, nunca para usos comerciales, siempre y cuando mediante la correspondiente cita bibliográfica se le dé crédito al trabajo de grado y a su autor.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 30 de la Ley 23 de 1982 y el artículo 11 de la Decisión Andina 351 de 1993, la Universidad Santo Tomás informa que “los derechos morales sobre documento son propiedad de los autores, los cuales son irrenunciables, imprescriptibles, inembargables e inalienables.”

**Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación, CRAI-Biblioteca
Universidad Santo Tomás, Bucaramanga**

**Garantías del derecho fundamental a la democracia e idoneidad de los mecanismos para su
disfrute: análisis a partir de la valoración de casos**

Juliana Giraldo Torres

Trabajo de grado para optar el título de Magíster en Derecho

Directora

Ana Patricia Pabón Mantilla

Doctora en Derecho

Universidad Santo Tomás, Bucaramanga

División de Ciencias Jurídicas y Políticas

Maestría en Derecho

2018

Tabla de Contenido

	Pág.
Resumen.....	5
Abstract.....	6
Introducción	7
1. La democracia como derecho fundamental	15
1.1. Discusiones sobre el concepto de democracia	16
1.2. La democracia en la Constitución de 1991 en Colombia.....	20
1.3. La noción de derechos fundamentales	23
1.4. La democracia como derecho fundamental.	32
2. Garantías a la Democracia como Derecho Fundamental en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.....	34
2.1. Garantías a los derechos constitucionales en la Constitución Política de 1991	40
2.1.1 Las garantías normativas.	40
2.1.2 Las garantías jurisdiccionales.....	42
2.1.3 Las garantías extrajudiciales.....	44
3. Un juicio de idoneidad: análisis de casos	47
3.1. Tutela del derecho de participación democrática - Sentencia T-587 de 2001	49
3.2 Sustitución de la Constitución - Sentencia C-141 de 2010.....	54
3.3. Consulta Popular en el Municipio de Cajamarca, un mecanismo de participación ciudadana aún sin efectos.....	59
Conclusiones	71

Referencias bibliográficas.....	78
---------------------------------	----

Resumen

Aunque la democracia ha sido concebida como una forma de gobierno, actualmente es posible definirla como un derecho fundamental. Sin embargo, es pertinente analizar si se han otorgado garantías idóneas a la democracia como derecho fundamental, para preservar el ejercicio de este derecho.

En primera instancia, se analizará el derecho fundamental a la democracia, para posteriormente identificar las garantías que protegen este derecho, con el fin de construir criterios que permitan valorar su idoneidad, a partir de casos en los que se han aplicado distintos mecanismos de protección.

Lo anterior se hará a través de una valoración argumentativa y desde la teoría de los derechos fundamentales, como categoría de derechos de rango superior que dan sustento al modelo mismo de Estado.

Palabras clave: Derechos humanos, derechos fundamentales, democracia, garantías constitucionales.

Abstract

Although democracy has been conceived as a form of government, it is now possible to define it as a fundamental right. However, it is pertinent to analyze whether suitable guarantees have been granted democracy as a fundamental right, in order to preserve the exercise of this right.

In the first instance, the fundamental right to democracy will be analyzed, in order to identify the guarantees that protect it, with the purpose of constructing criteria that allow assessing their suitability, from cases in which different protection mechanisms have been applied.

This will be done through an argumentative assessment and from the theory of fundamental rights, as a category of higher-ranking rights that support the State model itself.

Keywords: Human rights, fundamental rights, democracy, constitutional guaranties.

Introducción

El Preámbulo de la Constitución Política de Colombia contiene algunos de los principios esenciales para un Estado Social de Derecho, como lo es el colombiano. El artículo 1° establece el principio democrático, al definir el ordenamiento jurídico colombiano como un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, entre otros elementos característicos. Por su parte, el artículo 40 de la Carta Política consagra la democracia como derecho fundamental, en virtud del cual, “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” (Const., 1991).

¿Qué implica que la democracia haya sido dotada del rango de derecho fundamental? De acuerdo con la tesis del Profesor Chinchilla (2009), la dogmática constitucional denomina derechos fundamentales a aquellos derechos humanos que cumplen “dos requisitos esenciales: a) el reconocimiento explícito o implícito en textos constitucionales vigentes, y b) para su defensa han sido blindados con el máximo nivel de garantías reforzadas (institucionales, sustantivas y judiciales) que el derecho positivo hoy puede otorgar” (p.104). Ejemplos de dichas garantías son: la protección del derecho mediante acción de tutela y la reserva de ley estatutaria para su regulación (Vila, 2012, pp. 501-542).

Adicionalmente, el autor plantea que debe ser posible identificar cinco elementos esenciales, sin los cuales un derecho fundamental no tendría esta categoría jurídica. Uno de ellos es el *núcleo axiológico*, compuesto por “valores o principios ético-políticos explícitos o implícitos, de los cuales el derecho es concreción inmediata y necesaria” (Chinchilla, 2009, p. 115)¹. En este

¹ Los cinco elementos esenciales sin los cuales un derecho es impensable como categoría jurídica, son: 1) un núcleo axiológico, 2) existencia de un bien jurídico protegido, 3) un titular de ese bien jurídico, 4) un conjunto de deberes de *dar, hacer o no hacer*, y 5) un conjunto de garantías constitucionales cualificadas o reforzadas.

sentido, es preciso cuestionar si ese núcleo axiológico de la democracia como derecho fundamental es salvaguardado de elementos externos que desnaturalicen el mismo derecho, convirtiéndolo en simple ideal constitucional del Estado, mas no en su propia razón de ser.

De acuerdo con Vila (2012), se viola el núcleo esencial² de un derecho fundamental cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable. De manera que, para determinar cuál es el núcleo esencial del derecho fundamental a la democracia, debe recurrirse a la Corte Constitucional como intérprete legitimado de la Constitución. Esta corporación ha definido que en este caso, la esencia del derecho a la democracia está en la posibilidad de ejercer este derecho, es decir, la participación.

Sin embargo, el ejercicio de la participación como esencia del derecho fundamental a la democracia se desvirtúa en función de intereses políticos, económicos, entre otros. Esto se observa, por ejemplo, a través de la figura de la delegación de facultades extraordinarias al Presidente de la República para que actúe como legislador extraordinario cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconsejen (Const., 1991).

De acuerdo con Caldera (2011), actualmente se acepta que la democracia es un derecho fundamental, más allá de un principio inherente y estructural del Estado constitucional, consagrado en su Carta Política. Así lo desarrolla en su texto, “La democracia como derecho fundamental una aproximación dogmática desde el garantismo” (p. 1). Sin embargo, esta tesis aún requiere justificaciones para ser plenamente aceptada, pues el concepto clásico de

² Aunque la Corte Constitucional, en diversas jurisprudencias, desarrolló y aplicó la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamental, según cual cada derecho tenía un contenido mínimo intocable por parte del legislador, y que constituía una garantía reforzada de eficacia normativa (Cfr. Sentencia C-756, 2008), actualmente este concepto ha sido reemplazado por términos como *presupuestos necesarios*, o *condiciones indispensables* para el ejercicio del derecho.

democracia remite a consideraciones en torno a formas de gobierno, sistemas políticos o estructura del Estado, conceptos ampliamente desarrollados y debatidos por autores, tanto clásicos, como contemporáneos.

Lo anterior trae como consecuencia el hecho de que aún en el ámbito académico se generen ciertas dudas y reservas a la hora de asumir que la democracia, al menos en la Constitución Política de 1991, fue dotada del rango de derecho fundamental. Esta afirmación puede deducirse de la opinión de Chinchilla (2009), quien plantea:

Lo que hoy llamamos derechos fundamentales no fueron derechos en un sentido jurídico pleno, lo fueron sólo como componentes nucleares del nuevo discurso ético-político que sella la concepción liberal-humanista del Estado. Los derechos individuales —la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad, ante todo—, considerados naturales, inalienables e imprescriptibles de todo ser humano, tuvieron el estatus normativo de axiomas del discurso ético-político, postulados supremos que sirvieron como fundamento, directriz orientadora y razón legitimadora del poder público. Tímida y progresivamente tales derechos fueron entrando al mundo del derecho positivo —reconocimiento constitucional expreso— hasta ganar juridicidad funcional —vinculación al poder legislativo, garantías judiciales objetivas y subjetivas frente a su vulneración o desconocimiento—.

Hoy es innegable la plena naturaleza jurídica de los derechos fundamentales. Sin embargo, algunos elementos estructurales y rasgos definitorios de tales derechos muestran que estamos frente a un tipo de derechos que no encajan cómodamente en el formato de los demás derechos subjetivos (pp. 29-30).

Incluso la Corte Constitucional ya se ha visto enfrentada con este hecho, un tanto novedoso, puesto que ha sido necesario determinar quién es el sujeto activo legitimado para solicitar al Estado, sujeto pasivo, la tutela del derecho fundamental a la democracia. No obstante, al aplicar la teoría de los derechos fundamentales a la democracia como derecho perteneciente a esta categoría superior y prevalente, pueden surgir diversos interrogantes que requerirían un trabajo doctrinal profundo que brinde conceptos claros que sirvan de base para el ejercicio efectivo del derecho a la democracia, dentro de los límites constitucionales que impone la Carta Política.

Un ejemplo que evidencia la problemática en torno a la discusión del derecho fundamental a la democracia, es la postura que presenta la española Esther Martín Núñez (2008), al realizar un comentario a la jurisprudencia de su país. Aunque se trate de una perspectiva ajena a nuestro ordenamiento jurídico, ésta evidencia que no hay consenso absoluto en cuanto al contenido del derecho fundamental a la democracia, pues según el alto Tribunal "no todo derecho de participación ha de ser siempre un derecho fundamental y sólo disfruta de rango de derecho fundamental la participación exclusivamente política" (p.3).

En el marco de este debate se justifica la pregunta de investigación propuesta, que tiene como tema central la noción de democracia. Analizar el concepto de democracia como derecho fundamental es relevante en el curso de una Maestría en Derecho, cuyo principal objeto de estudio es la teoría del derecho, por tratarse de la esencia de un modelo de Estado constitucional, declarado así en el Preámbulo de la Constitución Política (Constitución Política de Colombia, 1991), norma que preside el ordenamiento jurídico.

Igualmente, aplicar la teoría de los derechos fundamentales a la democracia, con el fin de analizar si existe concordancia con la necesidad de un nivel máximo de garantías para el ejercicio de este derecho, de manera que se preserve el orden constitucional, puede aportar al

proceso de consolidación de una teoría un tanto incipiente en el ordenamiento jurídico colombiano, acerca de cómo opera la democracia como derecho fundamental, superando las concepciones tradicionales sobre ésta como modelo de Estado o forma de gobierno únicamente.

Por estas razones, la presente investigación pretende responder el siguiente interrogante: ¿Qué grado de idoneidad se puede reconocer a las garantías otorgadas a la democracia como derecho fundamental, para salvaguardar el ejercicio de este derecho en Colombia? A partir del abordaje de esta pregunta, se podrá reflexionar acerca de qué mecanismos de protección o qué discusión debería proponerse con el fin de preservar la democracia frente al ejercicio del poder y los diversos intereses que giran en torno a éste.

El tipo de investigación que se llevará a cabo tendrá un enfoque de tipo Dogmático – Cualitativo, debido a que se plantea un problema jurídico y la investigación es en derecho, pues se trata de analizar una categoría de derechos de rango superior que dan sustento al modelo mismo de Estado. A su vez, es de tipo cualitativo, porque se busca llegar a una respuesta acerca de la máxima garantía constitucional para la democracia como derecho fundamental desde una valoración argumentativa.

Por otra parte, el diseño metodológico empleado con el fin de desarrollar la pregunta de investigación, el objetivo general e igualmente los objetivos específicos, se estructurará a partir de la hermenéutica crítica, en cuanto supone la integración de la hermenéutica y la dialéctica, categorías que:

Ofrecen al investigador de los fenómenos histórico-sociales elementos mutuos que no se excluyen sino que, por el contrario, se complementan para alcanzar una interpretación más amplia y profunda de la realidad del hombre, abriendo así la

posibilidad (...) de asumir la transformación de lo comprendido como un momento necesariamente complementario al estrictamente conceptual (Mejía, 2014, p. 48).

Asimismo, el diseño metodológico se fundamentará en una investigación de tipo documental, que partirá del análisis y relación de los datos obtenidos, con base en fuentes de información secundarias, como libros especializados sobre doctrina constitucional, artículos de revista, jurisprudencia y el sistema de fuentes del derecho.

El método que se utilizará será deductivo, desde el punto de vista metodológico; y analítico, desde el ámbito jurídico. Se partirá de conceptos generales y esenciales para el derecho, como lo son: los principios, la democracia y los derechos fundamentales, entre otros. Lo anterior se realizará con el objetivo de extraer herramientas que permitan contrastar dichos conceptos con las garantías constitucionales previstas por el ordenamiento jurídico para su preservación. Es lo que Mejía (2014) denomina como una conexión dinámica que opera como categoría de la razón histórica y que permite “comprender los hechos, las obras, los testimonios de la traducción, de la historia o de la vida” (p. 37). Su finalidad es presentar la relación del concepto con las demás realidades con las cuales coexiste, el todo con la parte y en sentido contrario.

La metodología empleada será de tipo analítico, pues se hará una revisión por categorías para el análisis secuencial del concepto de democracia desde los derechos fundamentales. Finalmente, la presente investigación tendrá una fundamentación teórica asumida desde la doctrina, la jurisprudencia, la teoría general del derecho y la filosofía jurídica, con el fin de darle un alcance explicativo, pasando por las fases exploratoria y descriptiva.

El objetivo general que permite abordar el problema de investigación es el siguiente: evaluar la posibilidad de ejercer el derecho a la democracia a través de mecanismos idóneos, a partir de

la revisión de las garantías reforzadas otorgadas a la democracia como derecho fundamental. Con el fin de dar cumplimiento al objetivo general, se trazaron los siguientes objetivos específicos:

1. Analizar el concepto de democracia como derecho fundamental.
2. Identificar las garantías que protegen el derecho a la democracia, con el fin de construir criterios que permitan valorar su idoneidad.
3. Valorar el ejercicio de la democracia en Colombia, a partir de casos emblemáticos en los que se hayan aplicado distintos mecanismos de protección.

Los criterios para la valoración de las garantías que protegen el derecho a la democracia, con el fin de establecer si pertenecen al máximo rango constitucional que exige un derecho fundamental, correspondiente al segundo objetivo específico, serán: la finalidad de dichas garantías, así como su rango dentro del ordenamiento jurídico y su idoneidad para la protección del derecho fundamental a la democracia.

Para la presentación de los resultados de la investigación, se expone en primer lugar, el cumplimiento del primer objetivo específico. En el capítulo uno se desarrolla el análisis del concepto de democracia como derecho fundamental, con el fin de defender la noción de democracia como derecho fundamental. Posteriormente, se identifican los diversos tipos de garantías que existen en el sistema jurídico colombiano, para finalmente construir los criterios de idoneidad que orientarán el análisis de los casos seleccionados y dar cumplimiento al segundo objetivo específico.

Para el desarrollo del tercer capítulo, correspondiente al último objetivo específico, se seleccionaron tres casos que permiten el análisis teórico y jurídico del ejercicio del derecho fundamental a la democracia. Se abordaron distintos mecanismos de protección, con el propósito de determinar su idoneidad de acuerdo con los criterios elaborados en el capítulo dos. Los casos

se escogieron a partir de dos criterios: el primero, que cumplieran con las condiciones teóricas para ser valorados como asuntos en los que la democracia fuera valorada con un derecho fundamental, y el segundo, que se hiciera uso de un mecanismo de protección del derecho. Los casos que finalmente se valoraron, se escogieron a conveniencia, pues se trataba de tres mecanismos distintos de protección. La valoración de la idoneidad se hizo en términos cualitativos, a partir de la aplicación de los criterios de evaluación.

Finalmente, se presentan las conclusiones a las que se llegó después del estudio realizado, que se orientan a dar respuesta a la pregunta de investigación planteada, y concluir que, si bien el ordenamiento jurídico blinda formalmente la democracia, en la realidad, no se salvaguarda su esencia, sino que prevalecen distintos intereses. Las conclusiones, por el tipo de investigación no son de tipo probabilístico.

1. La democracia como derecho fundamental

La finalidad de este primer capítulo es sustentar que la democracia es un derecho fundamental, para ello se propone analizar las fuentes que permiten hacer esta afirmación desde la teoría y la regulación para el caso colombiano. Lo anterior se llevará a cabo desde un análisis del concepto de democracia desde la doctrina y en nuestra Constitución Política, con el fin de evidenciar la voluntad del Constituyente de 1991, año en que tuvo origen este texto constitucional.

Para el desarrollo de este fin, es preciso abordar algunos conceptos fundamentales a saber: concepciones teóricas de la democracia; posteriormente cómo fue definida la democracia por el constituyente y los diversos matices que este concepto adquirió dentro de la Constitución Política. Finalmente se presenta la noción de derechos fundamentales³ y a partir del análisis de dichas concepciones, se puede sostener la tesis de que en la actualidad la democracia es un derecho de rango fundamental, que debe contar con unas garantías constitucionales propias, necesarias para la protección de derechos de esta jerarquía normativa.

El sustento doctrinario para responder a la pregunta de investigación parte de las teorías clásicas sobre la democracia y sobre los derechos fundamentales, más concretamente el profesor alemán Robert Alexy (1993), en su libro “Teoría de los derechos fundamentales”, plantea que el sentido de los derechos fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo (p. 412). De igual forma, el autor italiano Luigi Ferrajoli aportará grandes luces al respecto, con sus textos “Los

³ Se utilizará el concepto de derechos fundamentales, en vez de derechos humanos, puesto que se refieren, no sólo a elementos inalienables de la persona, sino a derechos constitucionales que constituyen una categoría normativa con implicaciones jurídicas especiales, tales como el reconocimiento, por parte de la Constitución, de un nivel reforzado de protección o garantía muy superior al que se otorga a cualesquiera otras situaciones (Chinchilla, 2009).

fundamentos de los derechos fundamentales” (2001), “El derecho como sistema de garantías” (1999), entre otros; en los cuales plantea sus teorías sobre los dos grandes conceptos que articularán el desarrollo del presente trabajo: la democracia y los derechos fundamentales.

A su vez, el catedrático colombiano Tulio Elí Chinchilla (2009), con su texto “¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?”, propone unos interrogantes interesantes en relación con la identificación de un derecho como fundamental. Otros autores relevantes que han desarrollado el concepto de democracia y que sirven de fundamento conceptual para el presente trabajo, son: Luigi Ferrajoli (2003), con su texto “Sobre la definición de ‘democracia’. Una discusión con Michelangelo Bovero”; Jürgen Habermas (2005), autor de “Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa.”; Zaida Mireya Osto (2010), catedrática de la universidad de Carabobo, quien presenta “Los modelos contemporáneos de democracia y las teorías sociológicas del Estado, el poder y la sociedad civil.”; y Chantal Mouffe (2003), filósofa y politóloga de origen belga defensora de la democracia radical, como se plasma en su libro “La Paradoja Democrática” .

La teoría de la democracia como derecho fundamental, de desarrollo aún incipiente, es la concreción de las teorías generales mencionadas anteriormente, por lo que se trata de una teoría sustantiva. Al respecto, resulta relevante desde la perspectiva de Luigi Ferrajoli, doctrinante reconocido por su tendencia de pensamiento garantista de los derechos, intentar una caracterización del derecho fundamental a la democracia.

1.1. Discusiones sobre el concepto de democracia

Es importante comenzar por definir el concepto de democracia que se utilizará, con el fin de relacionarlo posteriormente con la teoría de los derechos fundamentales, y así responder al

interrogante sobre la posibilidad de considerar a la democracia como un derecho de esta categoría dentro del ordenamiento jurídico colombiano. A lo largo de la historia, la democracia ha sido analizada y conceptualizada por autores clásicos como Platón en el “Político” (En Ferrajoli, 2016, p. 93), o el filósofo Aristóteles, para quien se trata de una forma de gobierno según la cual la soberanía reside en el pueblo, es decir, éste es el titular del poder político para darse el modelo de Estado que considere deseable (Brugger, 2000, p. 154).

Desde otro punto de vista, la democracia ha sido definida como sistema político, por ser un concepto más incluyente con respecto a la manera como interactúan los diversos elementos que componen un Estado, tales como: poder político, sociedad civil, función pública, entre otros. Todos ellos regidos por un marco axiológico que orienta el desarrollo de funciones tendientes a la realización de los fines de dicho Estado.

En consecuencia, un sistema político de esta índole, menciona Osto (2010): “Será entonces un arreglo sistémico en atención a los postulados democráticos, donde el objetivo central es la realización de la voluntad popular secular (en este caso una voluntad mayoritaria), y donde el tipo de autoridad ejercida es de carácter participativo” (p.17). Adicionalmente, este modelo de sistema político traza el diseño estructural del Estado, de forma que las instituciones y órganos que hagan parte de dicha estructura, deberán atender a las normas constitucionales bajo las que se rija el Estado, con el correspondiente respeto por las decisiones mayoritarias, adoptadas de manera consensual por el órgano legislativo.

Por su parte, Bobbio *et al.*, (en Osto 2010) definió la democracia como “un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establece quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos” (p.201). De tal forma que la democracia como sistema político, debe delegar la función legislativa en un cuerpo colegiado, que actúa bajo la regla de la

mayoría, y sus decisiones son vinculantes para el pueblo. En este mismo sentido, Touraine (1998) citado por Ostó (2010), afirma:

La democracia es el régimen en el que la mayoría reconoce los derechos de las minorías dado que acepta que la mayoría de hoy puede convertirse en minoría mañana y se somete a una ley que representara intereses diferentes a los suyos, pero no le negará el ejercicio de sus derechos fundamentales (p.203)

De esta forma las decisiones adoptadas por la mayoría, gozarán de legitimidad jurídica y política, por cuanto son el resultado de un proceso discursivo, incluyente de las diversas realidades que integran el país, representadas en las minorías con la intención de dar cumplimiento a los fines del Estado y proteger los derechos. Por tanto, como lo ha expresado Habermas, la democracia es la única fuente de legitimidad de las sociedades complejas (en Mejía, 1997, p. 19). En términos de Ferrajoli (2003):

La democracia consiste únicamente en un método de formación de las decisiones colectivas: precisamente, en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, y por lo tanto a la mayoría de sus miembros, el poder —directo o a través de representantes— de asumir decisiones. Esta no es sólo la acepción etimológica de ‘democracia’, sino también la concepción unánimemente compartida —desde Kelsen a Bobbio, de Schumpeter a Dahl— de la teoría y de la filosofía política (p. 227).

Sin embargo, en otro texto, el mismo autor sostiene que la democracia no es sólo un conjunto de ‘reglas de juego’, como lo es la democracia representativa que, en este sentido, se identifica con una democracia formal o procesal (Ferrajoli, 2016. P. 94). Por su parte, Chantal Mouffe (2003) asegura que, refiriéndose concretamente a la democracia liberal, se trata de algo más que una mera forma de gobierno.

Es la forma específica de organizar políticamente la coexistencia humana, lo que se produce como resultado de la articulación entre dos tradiciones diferentes: por un lado, el liberalismo político (imperio de la ley, separación de poderes y derechos individuales) y, por otro, la tradición democrática de la soberanía popular (p. 37).

En conclusión, diversas son las acepciones que ha tenido el término democracia con el fin de responder más adecuadamente a los postulados del tipo de Estado de que se trate, ya sea liberal, de derecho o social de derecho.

De manera contemporánea se ha abordado la democracia como un derecho de rango fundamental. En esta línea teórica se ubica a Ferrajoli y en el contexto de la doctrina nacional a Caldera (2011 y 2017)⁴. Este último sustenta las razones por las cuales, pese a la tradición, se pasa de las distintas concepciones de democracia, a la democracia como derecho autónomo.

En lo que sigue se analizará el concepto de democracia tal como fue dispuesto en la Constitución de 1991, posteriormente se caracterizará la noción de derecho fundamental a partir de Alexy y Ferrajoli, con el fin de aplicar estos criterios a la democracia y así concluir que se trata de un derecho fundamental.

Lo anterior permite mostrar cómo pese a que en el caso colombiano, el constituyente no lo afirme, desde la teoría de los derechos fundamentales de estos dos autores y desde la hermenéutica de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se han construido precedentes que sustentan esta tesis para Colombia.

⁴ En la tesis de Caldera se expone el desarrollo de la discusión sobre la democracia desde una perspectiva de su evolución histórica.

1.2. La democracia en la Constitución de 1991 en Colombia

En el caso de Colombia, la actual Carta Política, forjada en el año 1991, adoptó la democracia como sistema político, con el objetivo de dar cumplimiento a los fines del Estado, definidos en el artículo 2º de la Constitución:

Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Const., 1991, art. 2).

Es así como la democracia adquirió diversos matices en el texto constitucional. En primer lugar, el Constituyente incluyó en el Preámbulo los principios inherentes a su modelo de Estado, a partir de los cuales define sus instituciones. El artículo 1º consagra el principio democrático, al establecer que Colombia: “Es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista” (Const., 1991). La Corte Constitucional, en la sentencia T-263 del año 2010, recordó que por esta razón: Desde el preámbulo de la Carta, se indicó que la Asamblea Nacional Constituyente obraba ‘(...) con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus

integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico democrático'.s

En segundo lugar, la Constitución Política determina que la democracia constituye un pilar fundamental del Estado. En la sentencia referenciada, la Corte Constitucional estableció que “desde el artículo 1º de la Carta se apunta que una de las características dentro de la organización del Estado Social de Derecho es la democracia”. Por otra parte, continúa la sentencia T-263 (2010):

En el artículo 2º, también perteneciente a los principios fundamentales de la Constitución, se establece que la democracia tiene otra dimensión trascendental, ya que es un fin esencial del Estado en cuanto al deber de fomentarla y protegerla. De ahí se desprenden varias obligaciones para este último, al igual que para todo servidor público y persona en cuanto al desarrollo democrático de la sociedad, pues existe un mandato para que ese fin se materialice (Corte Constitucional de Colombia, T-263, 2010).

Aunado a lo anterior, ya desde el año 1994, esta Corporación había destacado la relevancia de la democracia, en los siguientes términos:

La breve relación anterior de las normas constitucionales sobre las que se edifica la democracia participativa, es suficiente para comprender que el principio democrático que la Carta prohija es a la vez universal y expansivo. Se dice que es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación de poder social.

El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción (Corte Constitucional de Colombia, C-098, 1994).

¿Por qué la Corte Constitucional consideró en su jurisprudencia que la democracia como fin del Estado es algo trascendental? Al otorgarle dicha característica, este Tribunal pretendió establecer la importancia que tiene el principio democrático, así como su perdurabilidad, incluso de manera prevalente frente a otros componentes del ordenamiento jurídico. El concepto trascendental implica que va más allá, por ejemplo, de intereses políticos. Finalmente, la democracia fue consagrada como derecho fundamental, en el artículo 40, con la consecuencia de que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” (Const., 1991).

¿Qué implica entonces que la democracia haya sido dotada del rango de derecho fundamental? De acuerdo con la tesis del Profesor Chinchilla (2009), la dogmática constitucional denomina derechos fundamentales a aquellos derechos humanos que cumplen unos requisitos esenciales: “a) el reconocimiento explícito o implícito en textos constitucionales vigentes, y b) para su defensa han sido blindados con el máximo nivel de garantías reforzadas (institucionales, sustantivas y judiciales) que el derecho positivo hoy puede otorgar” (p. 104). Adicionalmente, el autor plantea que un derecho fundamental debe integrar cinco elementos esenciales, sin los cuales no tendría esta categoría jurídica. Uno de ellos es el núcleo axiológico, compuesto por:

“valores o principios ético-políticos explícitos o implícitos, de los cuales el derecho es concreción inmediata y necesaria” (Chinchilla, 2009, p. 106). En este sentido, es preciso cuestionar entonces si ese núcleo axiológico de la democracia como derecho fundamental es salvaguardado de elementos externos que desnaturalicen el mismo derecho, convirtiéndolo en simple ideal constitucional del Estado, mas no es su propia razón de ser.

En conclusión, la democracia, por su rol estructural dentro del Estado, fue dotada de un valor superior dentro del ordenamiento jurídico y de unos mecanismos propios para su defensa, como la acción de tutela, entre otros. Por esta razón, cualquier figura jurídica prevista por la Constitución Política debe respetar los límites que la misma naturaleza del modelo de Estado exige. De igual forma, en consonancia con el planteamiento del Profesor Chinchilla (2009), las instituciones estatales deben velar porque la democracia, en su esencia, sea preservada y no resulte desvirtuada como efecto del uso indebido o desmesurado del poder público.

1.3. La noción de derechos fundamentales

En el presente acápite se tratará el concepto de derechos fundamentales y qué elementos son determinantes para que éstos reciban el calificativo de fundamentales, así como la posición que ocupan dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Para abordar el concepto de derechos fundamentales se hará referencia, como marco teórico, principalmente al autor Robert Alexy, por tratarse de uno de los dogmáticos que ha desarrollado una teoría específica sobre este tema, con una importante repercusión en nuestro ordenamiento jurídico.

La centralidad del debate sobre los derechos en Colombia, pero sobre todo su desarrollo dogmático y eficacia práctica, es deudora de la teoría de Alexy, una de las que mayor influencia ha ejercido en la renovación del discurso jurídico en América

Latina, fundamentalmente en tres campos: la argumentación jurídica, los derechos fundamentales y la concepción no positivista del derecho. (García, 2015)

Adicionalmente, en este capítulo se tomarán como sustento algunas de las teorías de Luigi Ferrajoli, uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, que resulta pertinente para los temas que se pretenden abordar en este trabajo, en tanto este autor plantea que la garantía y la protección de los derechos fundamentales es el presupuesto para lograr una democracia sustancial (Aguilera, 2009, p. 55).

Asimismo, se considera relevante presentar los postulados del autor Tulio Chinchilla (2009), quien plantea: “en qué consiste la fundamentalidad de un derecho y (...) cuáles derechos participan de esa calidad, como calidad jurídico-positiva” (p. 3).

De manera preliminar, se mencionará la diferencia que existe entre derechos fundamentales y derechos humanos, con el fin de delimitar la categoría jurídica a la que se hace referencia en adelante.

Los derechos humanos, de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece que son aquellos derechos de carácter universal, inherentes al ser humano, sin distinción alguna, que deben ser garantizados no sólo por el Estado, como ente jurídico titular de obligaciones frente a sus particulares, sino también por cualquier persona, individualmente.

Como propone Amuchástegui (2002), el concepto de derechos humanos contiene un ideal de justicia y de orden social que corresponde a las necesidades y expectativas de sus asociados, de manera que todos los seres humanos son titulares de estos derechos, y de la protección a éstos se les confiere. “En este sentido, los derechos humanos son los derechos que los seres humanos tienen atribuidos en un sistema normativo ideal -en un conjunto de normas no positivizado-

construido por las teorías de los derechos humanos” (p. 20). De esta manera, puede concluirse entonces que los derechos humanos son inherentes a la persona, en virtud de su dignidad humana, sin que ello implique que necesariamente estén reconocidos y garantizados por un ordenamiento jurídico determinado, de forma que hagan parte de su derecho positivo. Este último hecho es, más bien, el ideal al que deben acercarse tanto el derecho nacional, como el internacional (Amuchástegui, 2002, p. 20).

En cuanto al concepto de derechos fundamentales, éstos han sido definidos como “aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana” (Fernández-Galiano, 1983, pp. 139-140, en Sánchez, 2014). Por ende, ambas categorías de derechos implican el reconocimiento de la dignidad humana como presupuesto fundamental que requiere una protección y unas garantías por parte del Estado, entre otros agentes llamados a posibilitar el ejercicio y goce de estos derechos.

Sin embargo, la diferencia radica entonces en que los derechos humanos tienen un origen convencional (Agüello, 2015, p. 96), mientras que los derechos fundamentales son un tipo de derechos, de rango superior, incluidos dentro de un texto constitucional, es decir, positivizados. En consecuencia, se utilizará el concepto de derechos fundamentales, en vez de derechos humanos, puesto que se refieren, no sólo a elementos inalienables de la persona, sino a derechos constitucionales que forman una categoría normativa con implicaciones jurídicas especiales, tales como el reconocimiento, por parte de la Constitución, de un nivel reforzado de protección o garantía muy superior al que se otorga a cualesquiera otras situaciones (Chinchilla, 2009).

El presente apartado no pretende describir y analizar la teoría de los derechos fundamentales del alemán Robert Alexy, ampliamente desarrollada en su libro *Teoría de los derechos*

fundamentales. Por el contrario, se mencionan algunas ideas que el autor propone para identificar los derechos fundamentales, dentro de todo el conjunto de derechos existentes en un ordenamiento jurídico, con el fin de establecer, en el acápite de conclusiones del presente capítulo, a cuál caracterización correspondería el derecho a la democracia.

En primer lugar, Alexy (1993) opta por una teoría estructural, en contraposición a una de tipo general, o una específica, o *unipuntual*, como él la denomina, debido a que considera que la primera logra un mayor grado de integración que la segunda (p.38). Adicionalmente, considera que la teoría estructural aporta un carácter normativo-analítico que genera mayor claridad conceptual respecto al tema (p. 39). Por ende, sostiene que la única idea clara, es decir, de corte *unipuntual*, que puede ser aceptada, consiste en admitir que: “El fin último de los derechos fundamentales es asegurar la dignidad humana” (p. 37).

No obstante, como ya se mencionó, puede resultar confuso diferenciar, dentro de un amplio catálogo de derechos, aquellos que ostentan la categoría de derechos fundamentales, con las implicaciones que esto conlleva, en cuanto a mayor jerarquía en el sistema normativo, garantías específicas, mecanismos previstos para su adecuada protección, entre otros⁵. Debido a lo anterior, Alexy (1993) considera necesario tener claridad sobre la estructura de los derechos fundamentales, con el fin de obtener mayor claridad en la fundamentación de los mismos (p. 41). Por lo tanto, es preciso analizar la estructura de las normas de derecho fundamental, para definir cuáles derechos son iusfundamentales y cuáles no. Como primera medida, se dice que todo derecho fundamental es un enunciado normativo.

Sin embargo, ¿qué criterios pueden ser útiles para identificar este tipo de derechos? En este punto, Alexy se opone a la tesis de Carl Schmitt (1932), quien recurre a un criterio compuesto

⁵ Este tema se desarrollará con mayor amplitud en el siguiente capítulo.

por elementos materiales y estructurales, a partir de los cuales el autor precisa que los derechos fundamentales son “sólo aquellos que pertenecen al fundamento mismo del Estado y que, por lo tanto, son reconocidos como tales en la Constitución” (Schmitt (1932) citado por Alexy (1993, p. 63). En la anterior definición se evidencia el elemento material, por tratarse del sustento del Estado; mientras que el elemento estructural se concreta en el derecho individual de libertad, como única categoría de derechos que se encuentra en el fundamento del Estado. Por lo tanto, derechos fundamentales en sentido estricto “serían sólo los derechos que presentan una determinada estructura, la del derecho individual de libertad” (Schmitt (1932) citado por Alexy (1993, p. 64).

Por el contrario, Alexy recurre únicamente a criterios estructurales y formales, según los cuales, un derecho será catalogado como fundamental, si confiere derechos subjetivos (criterio estructural), y se corresponde a una determinada forma de positivización (criterio formal) (p. 65). Por tanto, cabe preguntarse cuál es la estructura de los derechos subjetivos, en la cual pueden enmarcarse los derechos fundamentales. Alexy (1993) plantea que existen diversos tipos de derechos, tales como: derechos a algo, libertades y competencias (p. 186). Únicamente se hará mención de la primera categoría de derechos, pues se considera que el derecho a la democracia puede ser catalogado como tal, debido a su estructura, que se explicará a continuación.

De acuerdo con Alexy, los derechos a algo poseen una estructura tripartita, compuesta por: el titular, el destinatario y el objeto del derecho. Este último elemento corresponde a una acción del destinatario del derecho, que puede identificarse con una persona particular o con el Estado. Si se toma al Estado como destinatario del derecho y la acción que se espera de él es negativa, es decir, una omisión, los derechos a algo se dan de tres formas diferentes (Alexy, 1993, p. 189).

Menciona Alexy (1993):

1. No impedir u obstaculizar las acciones del titular del derecho.
2. No afectar la propiedad o situaciones del titular del derecho.
3. No eliminar posiciones jurídicas del titular del derecho.

Por el contrario, cuando la acción que constituye el objeto del derecho es positiva, ello implica por parte del Estado, la realización de una acción fáctica o de una normativa. (p. 195). En conclusión, puede decirse que esta caracterización de los derechos a algo, teniendo al Estado como destinatario, es aplicable al derecho a la democracia, en ambas vías, es decir, cuando se trata de acciones positivas, como cuando se esperan acciones negativas. No obstante, este tema será desarrollado con mayor amplitud en el siguiente acápite.

Aunado al planteamiento de Robert Alexy, el catedrático italiano Luigi Ferrajoli (2001), aporta una definición de los derechos fundamentales, desde una perspectiva puramente teórica, formal, con el objeto de definir esta categoría de derechos prescindiendo de circunstancias particulares o de contingencias, como pueden ser: el modelo de Estado que se pretenda analizar, el sistema de gobierno, la norma fundamental que rija dicho gobierno, entre otros. En consecuencia, este autor define que los derechos fundamentales son: “Todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (p. 19). Lo anterior, además, denota el parámetro de igualdad, como criterio rector de los derechos fundamentales.

A partir de la definición anterior, Ferrajoli (2001) sostiene que es posible hablar de cuatro tipos de derechos: los *derechos humanos*, los *derechos públicos*, los *derechos civiles* y los *derechos políticos*. De tal forma que a partir de estas categorías podrá predicarse la existencia de derechos fundamentales, con independencia, como ya se mencionó, incluso del modelo de

Estado que rija a una sociedad. Es por ello que el autor italiano afirma que, gracias a su definición puramente teórica, es posible concluir que: “Son derechos fundamentales todos y sólo aquellos que resulten atribuidos universalmente a clases de sujetos determinados por la identidad de ‘persona’, ‘ciudadano’ o ‘capaz de obrar’” (p. 23).

En consecuencia, Ferrajoli (2001) plantea cuatro tesis, a partir de su definición de derechos fundamentales, que serán esenciales en una democracia constitucional y que servirán de criterio identificador de este tipo de derechos. La primera de las tesis hace referencia a la estructura universal que poseen los derechos fundamentales, a diferencia, por ejemplo, de los derechos patrimoniales, que se predicen de un sujeto individualmente. La segunda tesis, que a su vez se deriva de la anterior característica de universalidad, se relaciona con la igualdad jurídica, cuyo parámetro lo aportan precisamente los derechos fundamentales. De tal suerte, que éstos se convierten en una especie de termómetro del nivel de igualdad jurídica garantizada por el Estado frente a los particulares, lo cual constituye la dimensión sustancial de la democracia (Ferrajoli, 2001, p. 25). La tercera tesis sostiene que a los derechos fundamentales se les atribuye una naturaleza supranacional⁶. En este sentido se superan criterios como el de la ciudadanía, o la nacionalidad.

En particular y, sobre todo, después de su formulación en convenciones internacionales recibidas por las constituciones estatales o en todo caso suscritas por los Estado, se han transformado [los derechos fundamentales] en derechos supraestatales: límites externos y ya no sólo internos a los poderes públicos y bases

⁶ Ferrajoli utiliza indistintamente los conceptos supranacional y supraestatal. Cfr. Ferrajoli (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales, pp. 25, 26.

normativas de una democracia internacional muy lejos de ser practicada pero normativamente prefigurada por ellos (Ferrajoli, 2001, p. 26).

Por último, en la cuarta tesis, Ferrajoli plantea la importante relación que debe existir entre derechos y garantías, como concreción de los mismos, de manera que los derechos fundamentales no se reduzcan a planteamientos idealistas o aspiraciones teóricas de los Estados.

Retomando la segunda tesis del profesor Ferrajoli, se considera relevante analizar el vínculo que se genera entre derechos fundamentales y democracia sustancial, de forma que los primeros son expresión de ésta. El término democracia sustancial, en contraposición con el concepto de democracia formal, hace referencia al contenido, al *qué*, en vez del *cómo*. Sin embargo, ambas realidades se requieren mutuamente, hasta lograr un armónico equilibrio. En consecuencia, “una democracia perfecta, debe serlo tanto en lo formal como en lo material” (Osto, 2010, p. 2003).

En este punto surge entonces el interrogante sobre cuál es el contenido de los derechos fundamentales. La respuesta está dada, en parte, por las características que se mencionaron anteriormente, tales como la universalidad, la igualdad, el rango constitucional y supraestatal, y la tutela de tales derechos. De esta manera: “La forma universal, inalienable, indisponible y constitucional de estos derechos se revela, en otras palabras, como la técnica -o *garantía*- prevista para la tutela de todo aquello que en el pacto constitucional se ha considerado ‘fundamental’” (Ferrajoli, 2001, p. 35).

Por ende, los derechos que cumplan con los presupuestos mencionados, representan una imposición para las decisiones de la mayoría y el libre mercado (Ferrajoli, 2010, p. 35). Es en este sentido que los derechos fundamentales son considerados por Ferrajoli como lo sustancial de un Estado democrático. De lo anterior se deriva una función deslegitimadora de los actos que impliquen ejercicio de poder, por parte del Estado, en el entendido de que son los derechos

fundamentales los límites a “lo que no es lícito y a lo que no es lícito no decidir” (Ferrajoli, 2001, p. 37), es decir, estos derechos serán un límite tanto a la acción positiva, como a las omisiones de quienes ostentan el poder. Unido a ello y de forma paralela necesariamente, los derechos fundamentales generan una función de validez de los derechos de los particulares frente al Estado, o, en expresión de Ferrajoli (2001), “contra el Estado, o sea, contra los poderes públicos, aunque sean democráticos o de mayoría” (p. 37).

Como conclusiones a las tesis sobre los derechos fundamentales, Ferrajoli plantea, en primer lugar, que es este tipo de derechos el que permite concebir el constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho, en oposición al positivismo estricto. En segundo lugar, el autor sostiene que se da un sometimiento de la ley a vínculos sustanciales impuestos por principios y derechos fundamentales, contenidos en las constituciones (Ferrajoli, 2001, p. 53).

Adicionalmente, se dice que hay un cambio en la naturaleza en la legalidad positiva de Estado constitucional de derecho, de forma que este principio ya no es entendido como una legalidad condicionante, sino como una legalidad condicionada por elementos sustanciales, es decir, el contenido de los derechos fundamentales. El primero de ellos es la “situación ventajosa, beneficiosa o favorable de la cual alguien puede sacar partido, y que se concreta en un conjunto de facultades” (Chinchilla, 2009, p. 115), es decir, en la potestad para exigir algo de alguien.

Finalmente, de acuerdo con la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, la democracia es un derecho a algo, cuyo destinatario puede ser el Estado, o particulares que actúen en representación de éste, de quienes se espera la realización de acciones positivas y negativas, con el fin de preservar el derecho.

1.4 La democracia como derecho fundamental.

A partir de las consideraciones anteriores, se asumirá entonces que la democracia es un derecho fundamental, sin que ello implique desconocer los diversos roles que la democracia puede asumir en el ordenamiento jurídico, ya sea como principio estructural, fin del Estado, entre otros.

Caldera (2011) afirma que, si se entiende la democracia, no sólo desde un punto de vista formal o procedimental, esto es, como sistema político de mayoría, sino desde su dimensión sustancial o material, entonces la democracia puede adquirir un “doble rol de derecho humano fundamental y parte medular del estado social de derecho” (p. 5). Otro autor que apoya esta teoría es el alemán Häberle (como se citó en Caldera, 2011), quien afirma que: “Los derechos fundamentales tienen una doble configuración en tanto organizan la estructura estatal (lado objetivo) y atribuyen normas de competencia (lado subjetivo), son una pieza de legitimación democrática para la interpretación constitucional” (p.12).

En Colombia, el Constituyente primario otorgó el rango de derecho fundamental a la democracia, al consignar en el artículo 40 de la Constitución Política de 1991, que: “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” (Const., 1991). Aplicando a este artículo la caracterización de Alexy ya mencionada, este derecho fundamental implica que todo ciudadano, quien actúa como titular, puede exigir del Estado, destinatario del derecho, que éste no impida u obstaculice su participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, ya sea porque dificulte dicho ejercicio o porque realice acciones excluyentes frente a quienes desean hacer efectivo su derecho.

Un ejemplo de lo anterior, en el que se evidencia la estructura de derecho subjetivo, con un titular, un objeto y un destinatario del derecho a la democracia, fueron los hechos que dieron origen al fallo de la Corte Constitucional, Sentencia T-587 del año 2001, que será objeto de

análisis en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación. En la situación que se presentó en la Universidad Industrial de Santander, en la ciudad de Bucaramanga, se desconocieron unos acuerdos realizados con los estudiantes, en cuanto a la elección de un Director de Escuela en dicha institución. En consecuencia, algunos de ellos presentaron acción de tutela para solicitar de la Administración de Justicia, la protección de su derecho fundamental a la democracia. En ese caso, el Tribunal constitucional, retomando jurisprudencia de la misma Corporación, sostuvo que la posibilidad de elegir y ser elegido, es la concreción del derecho fundamental a la democracia (Corte Constitucional de Colombia, T-587, 2001).

Puede decirse que, el hecho de contradecir una de las formas de materialización del mencionado derecho fundamental, podría considerarse un impedimento a una acción del titular del derecho, lo cual constituye una de las acciones negativas que se le exigen al Estado como destinatario del mismo, según el planteamiento de Robert Alexy. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que: “Resultaría contrario al principio de democracia participativa que el legislador o las autoridades administrativas impongan cargas desproporcionadas u obstáculos irrazonables, que de otra manera hagan nugatorio el ejercicio de sus derechos políticos” (Corte Constitucional de Colombia, T-066, 2015).

Como conclusiones de este capítulo se puede afirmar que, a partir del análisis de la teoría de los derechos fundamentales y sus características, es posible defender que la democracia es un derecho de rango fundamental, en razón a su estructura, puesto que es posible identificar un titular, un destinatario y el objeto del derecho.

Adicionalmente, es un derecho que confiere derechos subjetivos, como se verá en el caso de los estudiantes de la UIS que reclamaban la tutela de su derecho a participar en la elección de su Director de Carrera. Esto en el entendido de que el destinatario del derecho es el Estado.

Finalmente, desde un punto de vista formal, como lo plantea Alexy (1993), la democracia ha sido positivizada específicamente como derecho fundamental.

En el caso del ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia constitucional ha interpretado que la democracia es un derecho fundamental lo cual se sigue de la voluntad del Constituyente Primario, quien incorporó la protección del derecho a la participación, derecho que hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la democracia. Luego, aunque exegéticamente no se consagró como tal, la interpretación sistemática de la Corte permite defender su extensión por vía de precedentes.

2. Garantías a la Democracia como Derecho Fundamental en el Ordenamiento Jurídico

Colombiano

El presente capítulo pretende identificar las garantías que protegen el derecho fundamental a la democracia en el ordenamiento jurídico colombiano. Como ya sostuvo dado que la democracia es un derecho fundamental y dado que todo derecho fundamental necesita de un mecanismo para su garantía, se sigue que la democracia debe estar dotada de instrumentos para su protección. Para ello, se parte de algunos planteamientos de Luigi Ferrajoli, denominado como “uno de los principales teóricos del garantismo iusfilosófico” (Contreras, 2012), para posteriormente determinar cuál es la tipología de las garantías (normativas, jurisdiccionales, extrajudiciales), así como el rango que tienen dentro del sistema jurídico. Esto con el fin de argumentar que no es suficiente considerar la democracia como un derecho fundamental, es necesario a su vez dotarla de mecanismos para garantizar su protección.

A partir de lo anterior, es un propósito establecer cómo se protege el derecho fundamental a la democracia en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de evaluar la idoneidad de

las garantías aplicadas a casos concretos que serán el objeto de análisis del tercer capítulo. De manera preliminar, se mencionarán algunas discusiones de carácter teórico sobre las garantías constitucionales en un sistema jurídico, antes de centrarme en el ámbito propio en el cual se desarrollará este capítulo, a saber, las garantías constitucionales a la democracia como derecho fundamental, previstas por nuestro ordenamiento jurídico colombiano.

Una de las acepciones del concepto de garantía puede encontrarse en el autor mexicano Burgoa (2008), quien sostiene que:

El concepto "garantía" en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones en favor de los gobernados dentro de un Estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno está sometida a normas pre-establecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional (p.162).

Por tanto, es posible deducir que, al hablar de garantías, se hace referencia a la existencia de unas condiciones acordadas por los individuos, como constituyente primario, contenidas en la Carta Política que preside un ordenamiento jurídico, cuya finalidad es preservar la misma Constitución, así como los derechos de los gobernados, especialmente aquellos que ostentan un rango superior por ser derechos fundamentales.

Es por ello la importancia de identificar la afirmación de Ferrajoli (2008), para quien “las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia” (p. 7). Y en otra ocasión afirma que: “Las garantías no son otra cosa que técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (Ferrajoli, 1999, p. 68).

En consecuencia, podrá predicarse un mayor o menor nivel de garantismo de un sistema jurídico, y por ende, su eficacia, según las cargas positivas o negativas que impongan las normas constitucionales a los poderes públicos. Ahora bien, es preciso establecer de qué clase de garantías se trata. Ferrajoli las clasifica en función de las cuatro clases de derechos, dentro de los cuales se enmarcan a su vez, los derechos fundamentales (políticos, civiles, liberales, sociales). Por consiguiente, si se limita a clasificar el derecho fundamental a la democracia, se tendría que:

1. La democracia política está asegurada por las garantías propias de los derechos políticos.
2. La democracia civil está asegurada por las garantías de los derechos civiles.
3. La democracia liberal está asegurada por los derechos de libertad.
4. La democracia social está asegurada por los derechos sociales.

No obstante, continuando con el planteamiento del mismo autor, las garantías a los derechos fundamentales no se dan por descontadas (Ferrajoli, 2001, p. 49), lo cual implica que es necesaria su positivización. O como afirma en otro texto, la existencia de un derecho no presupone la garantía, porque ésta necesita una norma que la produzca (Ferrajoli, 2008 p. 7).

Como ya se había mencionado, la democracia sustancial es una aspiración de la mayoría de los Estados, al menos de aquellos que han definido su estructura, fines e instituciones, a partir de los postulados de un Estado Constitucional de Derecho. Una manifestación de ello se evidencia en el planteamiento de Ferrajoli (1999), para quien la conquista más importante del derecho contemporáneo es regular el derecho positivo no sólo en cuanto a las formas de producción normativa, sino también en cuanto a su contenido (p. 63).

Como consecuencia, este autor concibe el derecho como un “sistema artificial de garantías” (Ferrajoli, 1999, p. 63), que propende por la protección de los derechos fundamentales. Lo

anterior, gracias al cambio de paradigma que implicó el constitucionalismo como fenómeno que permeó, de manera progresiva y sistemática, todos los escenarios en los que se desarrolla el derecho. En este sentido, Ferrajoli (2008) sostiene la tesis de la rigidez de la Constitución, no como garantía en sí misma, sino como presupuesto necesario para la existencia de garantías constitucionales (p. 8).

Como ya se había anunciado en el primer capítulo al presentar la caracterización que hace Robert Alexy sobre los derechos subjetivos, la democracia puede enmarcarse dentro de esta categoría de derechos, concretamente como derecho a algo. Si, con el fin de alcanzar la pretensión de establecer cuáles son las garantías que protegen el derecho fundamental a la democracia, se limita al tomar al Estado como destinatario de ese derecho, se podría afirmar entonces que el titular del derecho está facultado para exigir el cumplimiento de garantías, tanto negativas, como positivas, como exigencia misma de la rigidez de las normas constitucionales (Ferrajoli, 2008, p. 9).

Las garantías negativas consisten en la prohibición de disponer de las normas relativas a los derechos fundamentales, que, para el caso colombiano, podría tratarse entonces de la garantía de la reserva de ley estatutaria, para regular lo relacionado con esta categoría de derechos tal como lo establece el artículo 152 de la Constitución Política de Colombia.⁷ Éstas, a su vez, se dividen en garantías primarias y secundarias. Las primarias son aquellas que establecen la imposibilidad de reformar la Constitución, o prevén requisitos que hagan el procedimiento más exigente para el legislador ordinario; así como un control constitucional formal y material sobre los actos reformativos de la Constitución.

⁷ La Corte Constitucional se ha pronunciado ampliamente sobre la naturaleza jurídica de la reserva de ley estatutaria, en las Sentencias: C-319 de 2006, C-307 de 2004, C-902 de 2011, entre otras.

En Colombia, la Constitución Política incluye ambos tipos de garantías, al determinar, para el primer caso, por ejemplo, que las reformas constitucionales mediante acto legislativo, deberán ser aprobadas en dos períodos legislativos ordinarios consecutivos, y por mayoría absoluta de los miembros del Congreso en la segunda vuelta (Vila, 2012, p. 201).

Los límites a la potestad de reformar la Constitución son un control al poder absoluto que puede llegar a poseer el constituyente, a través de la regla de la mayoría, como método de participación en la conformación del poder público. Tal como lo manifestó uno de los Magistrados de la Corte Constitucional, al presentar su salvamento de voto en la Sentencia en la cual se falló sobre la posibilidad de reformar la Constitución Política, con el fin de permitir una nueva reelección presidencial para los comicios que se darían en el año 2010, dicho jurista advirtió que:

En este orden de ideas, la función del Tribunal Constitucional es la guarda y defensa de la supremacía de la Carta Constitucional, de la constitucionalidad, aún en contra de las mayorías, por cuanto no se podría aceptar un escenario en el cual las mayorías estén de acuerdo en la vulneración de derechos fundamentales, o repriman a las minorías. (Corte Constitucional, Auto 156 de 2008)

De acuerdo con el anterior planteamiento del Magistrado Jaime Araújo Rentería, de esta teoría se deriva del concepto mismo de la democracia,

ya que de conformidad con la teoría de la democracia de un Estado constitucional y democrático de derecho, el concepto de democracia no es un concepto empírico o fáctico, sino un concepto jurídico-normativo, esto es, no hace relación simplemente a un *hecho o factum* de unos votos o unas mayorías, sino que hace relación a un marco de presupuestos jurídicos y normativos que son los que otorgan validez y legitimidad

a los votos y a la democracia, esto es, el respeto de principios, valores y derechos incorporados en la Carta Política que fijan las reglas del juego democrático constitucional y legal, y configuran el marco para que sea posible un ordenamiento jurídico y social justo (Corte Constitucional de Colombia, Auto 156, 2008).

Por otro lado, en cuanto al control constitucional, nuestro ordenamiento jurídico opta por un sistema mixto que se manifiesta en la existencia de un Tribunal Constitucional Supremo, pero sin relevar a los operadores judiciales de la responsabilidad de salvaguardar la primacía de la Constitución. Por ello cuentan con la figura de la excepción de inconstitucionalidad, con fundamento el artículo 4º de la Carta Política, como mecanismo garantista.

Como segunda categoría de las garantías negativas, se encuentran las garantías secundarias, que comportan el deber jurídico de protección judicial y de reparación, ante la lesión de un derecho. La existencia de este tipo de garantías, tiene relación directa con la materialización del derecho, pues de lo contrario, “un derecho formalmente reconocido, pero no *justiciable* –es decir, no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales con procedimientos definidos- es un derecho inexistente” (Ferrajoli, 2012, p.14).

Las garantías positivas, por el contrario, se refieren a la obligación que tiene el legislador, como garante de derechos, de “introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos fundamentales estipulados” (Ferrajoli, 2008, p. 12). Es decir, positivizar las garantías, en aras de lograr una democracia sustancial efectiva. De lo contrario, en opinión del autor italiano, se estaría en presencia de lagunas y antinomias, consistentes en la existencia de un derecho, sin la correlativa obligación que garantice su eficacia.

En conclusión, es necesario, no sólo que el legislador aplique las disposiciones constitucionales, sino que además produzca las normas que contengan las garantías a los

derechos, como se evidencia en el ejemplo anterior sobre los límites a la reforma de la Constitución colombiana. En este caso, es posible identificar la garantía negativa primaria, que hace referencia a las imposiciones constitucionales ya mencionadas, así como las garantías positivas, materializadas en la ley 5 de 1992, que contiene los parámetros que obligan al Legislador en el proceso de creación de la normatividad.

2.1. Garantías a los derechos constitucionales en la Constitución Política de 1991

Este apartado se remitirá a la clasificación propuesta por el jurista Iván Vila Casado (2012), quien plantea que en la Carta Magna pueden identificarse tres clases de garantías a los derechos constitucionales: normativas, jurisdiccionales y extrajudiciales.

2.1.1 Las garantías normativas. Son aquellas garantías previstas para lograr la eficacia del derecho de que se trate, mediante la imposición de límites, así como las sanciones correspondientes cuando se haya dado la vulneración del derecho.

1. La presunción de buena fe: prevista en el artículo 83, constituye una garantía, en cabeza del Estado, frente a los particulares, que conlleva al ejercicio de acuerdo con parámetros de honestidad y lealtad, que conducen a la prestación efectiva del servicio público. La Corte Constitucional ha considerado que:

En tanto la buena fe ha pasado de ser un principio general de derecho para transformarse en un postulado constitucional, su aplicación y proyección ha adquirido nuevas implicaciones, en cuanto a su función integradora del ordenamiento y reguladora de las relaciones entre los particulares y entre estos y el Estado (Corte Constitucional de Colombia, C-071, 2004).

Por ende, al tratarse de un principio constitucional, cumple la función inherente a la Constitución Política, esta es la de irradiación, en el caso concreto, a las relaciones jurídicas entre los particulares y el Estado, y entre ellos mismos (Corte Constitucional de Colombia, C-1194, 2008).

2. La prohibición de exigencias no previstas en las normas generales: se encuentra en el artículo 84 e implica una garantía, por cuanto se impone la reserva legal a la regulación de los derechos y libertades.

El sistema de garantías de los derechos que contempla la Constitución apunta en esta norma a contrarrestar las consecuencias nugatorias que sobre los derechos tienen la negligencia y la corrupción del Estado, dos de sus más señalados en el caso colombiano y en el de otros países de América Latina (Barreto y Sarmiento, 1997).

3. La responsabilidad patrimonial del Estado: el artículo 90 de la Constitución Política se denomina como la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en virtud de la cual se le impone el deber de reparar todo daño antijurídico que le sea imputable. Esto constituye una garantía constitucional, en cuanto impone una sanción ante una afectación indebida, sufrida por un individuo. La Corte Constitucional, al pronunciarse sobre el alcance de este artículo de la Carta Política, determinó que “el actual mandato constitucional es no sólo imperativo -ya que ordena al Estado responder- sino que no establece distinciones según los ámbitos de actuación de las autoridades públicas” (Corte Constitucional de Colombia, C-333, 1996).

4. La responsabilidad personal de los agentes públicos: prevista en los artículos 90, numeral 2, y siguientes, es una garantía constitucional que confiere al Estado la posibilidad de repetir

contra su agente causante del daño, siempre y cuando se dé el cumplimiento de los requisitos previstos en los artículos 91 y 92 de la Constitución Política.

2.1.2 Las garantías jurisdiccionales. Esta tipología de garantías hace referencia a los medios de que disponen los particulares para solicitar ante la jurisdicción la protección de sus derechos constitucionales, ya sea por amenaza o por su efectiva vulneración. Se trata una vez más, en mi concepto, de una manifestación de la democracia sustancial.

1. Habeas corpus: El artículo 1° de la Ley 1095 de 2006, la cual reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política, define el Habeas Corpus como:

Un derecho fundamental y, a la vez, una acción constitucional que tutela la libertad personal cuando alguien es privado de la libertad con violación de las garantías constitucionales o legales, o esta se prolongue ilegalmente. Esta acción únicamente podrá invocarse o incoarse por una sola vez y para su decisión se aplicará el principio pro homine. El Hábeas Corpus no se suspenderá, aun en los Estados de Excepción (Ley 1095, 2006).

2. Acción de tutela: consagrada en el artículo 86 constitucional, la acción de tutela se considera una de las principales conquistas de la Constitución de 1991, como mecanismo idóneo de protección de derechos fundamentales, siempre de acuerdo con la reglamentación impuesta para el ejercicio de dicha acción, es decir, sin pretender abusar del instrumento, hasta convertirlo en hecho generador de congestión de los despachos judiciales⁸. Como menciona Guevara (2016), retomando un pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre el recurso de amparo, la población reclama la protección ágil y eficaz de sus derechos fundamentales, y

⁸ Cfr. Decreto 2591 de 1991.

es la acción de tutela el mecanismo que la Carta Política ha puesto a su alcance. A lo anterior se suma la situación de vulnerabilidad extrema y de debilidad manifiesta que afecta a los colombianos y “los vuelve merecedores de una protección constitucional reforzada, por lo cual la acción de tutela resulta ser el mecanismo judicial idónea, efectivo y adecuado.” (p. 11).

3. Acción de cumplimiento: implica la posibilidad de requerir la observancia de una ley o de un acto administrativo, por parte de quien está sujeto a su cumplimiento. Como menciona Vila (2012), esta acción, menciona

Se nutre del principio constitucional de la efectividad de los derechos, anejo al Estado Social de Derecho, pues si éste busca crear unas condiciones materiales de existencia que aseguren la vida en condiciones dignas y justas a los integrantes de la comunidad, y los poderes públicos para lograr estos propósitos se traduce en leyes y actos administrativos, toda persona, como integrante de la comunidad, tiene un poder activo para instar el cumplimiento de dichas leyes y actos, acudiendo para ello al ejercicio de una acción judicial (p. 526).

4. Acción popular y de grupo: este mecanismo de defensa judicial de los derechos e intereses colectivos tiene un carácter preventivo en el caso de la acción popular, y adicionalmente una función indemnizatoria de un perjuicio causado a un número determinado de personas, para el caso de la acción de grupo. En mi concepto, estas acciones constituyen una de las garantías más valiosas en un Estado Social de Derecho, por cuanto son manifestación directa de la voluntad de dar cabal cumplimiento a los fines estatales previstos en el Preámbulo de la Constitución, en su artículo 2º, concretamente, aquel que se refiere a la garantía de la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución.

5. Acciones y recursos legales: el artículo 89 confiere al legislador la competencia general para los mecanismos que considere necesarios e idóneos, en aras de proteger los derechos constitucionales y legales de los individuos.

Tal es la voluntad del constituyente en este sentido que en el artículo 89 de la Carta se señala como competencia y deber del legislador, el establecimiento de otras vías judiciales complementarias a las anteriores que se estimen necesarios para la protección de los derechos individuales, de grupo o colectivos ante la acción o la omisión de las autoridades públicas (Corte Constitucional de Colombia, SU-067, 1993).

Por tanto, este artículo 89 constitucional contiene la facultad legislativa de crear y desarrollar los mecanismos jurídicos que sean necesarios para lograr de forma efectiva la protección de derechos y, por ende, de la dignidad humana, según las nuevas exigencias y retos que se le planteen al derecho (Barreto y Sarmiento, 1997). Un ejemplo de ello son las normas referentes a la protección de los derechos de los menores.

2.1.3 Las garantías extrajudiciales. Finalmente, se hará referencia a un tipo de garantías en virtud de las cuales, por mandato constitucional, distintas instituciones que no ostentan la naturaleza jurisdiccional, tienen la obligación de salvaguardar derechos constitucionales. Según la Constitución Política de Colombia, existen cinco autoridades e instituciones que deben cumplir con dichas obligaciones:

1. El Presidente de la República, como símbolo de unidad nacional, comprometido con la garantía de los derechos y libertades de los colombianos. Esta garantía puede hacerla efectiva a través de la declaratoria de estado de excepción, entre otras facultades constitucionales.

2. La Policía Nacional, según el artículo 218 constitucional, debe velar por que se mantengan las condiciones necesarias que permitan el ejercicio efectivo de los derechos y libertades.
3. Las Fuerzas Militares, al velar por la defensa del territorio y el orden constitucional, tal como lo establece el artículo 217 de la Carta Política, se constituye en garante de los derechos humanos dentro del conflicto armado.
4. El Procurador General de la Nación ha sido dotado de la potestad para velar por la protección efectiva de los derechos constitucionales, en especial los derechos humanos, así como los intereses colectivos. Por tanto, cuenta con la posibilidad de intervenir en el ejercicio de control constitucional que lleva a cabo el máximo Tribunal de esta jurisdicción, así como con la potestad para investigar y sancionar disciplinariamente a los funcionarios públicos.
5. El Defensor del Pueblo cuenta con la función de velar por la salvaguarda de los derechos humanos, en los términos del artículo 282 de la Constitución, que definen sus competencias específicas.

En consecuencia, y tras haber reafirmado, en el primer capítulo de la presente investigación, que la democracia es un derecho fundamental, y la Constitución Política de Colombia así lo reconoce en su artículo 40; y después de presentar las garantías constitucionales que contiene nuestra Carta Política de 1991, es posible identificar cuáles son los criterios para valorar la idoneidad de los mecanismos de protección con que cuenta un individuo para exigir la salvaguarda de su derecho fundamental a la democracia. Estos criterios permitirán evaluar la idoneidad de las garantías, y serán aplicados a los casos objeto de análisis del siguiente capítulo.

- En primer lugar, con el fin de que la garantía constitucional sea idónea, es preciso que exista una norma positiva que la produzca. De lo contrario, actuará sólo como un ideal de garantía.

- En segundo lugar, con fundamento en los planteamientos de Ferrajoli, se requiere contar con unas garantías negativas que prohíban disponer de las normas relativas a los derechos fundamentales, que para el caso Colombia son:
 - (a) Aquellas que contienen los límites a la reforma de la Constitución.
 - (b) Las normas relativas al control constitucional.
- En tercer lugar, que las garantías, como concepto genérico, permitan reducir la distancia entre la normatividad y la efectividad, pues éstas posibilitan “la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”. (Ferrajoli, 1999, p. 68).

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico colombiano, podría decirse que de las clases de garantías que contiene la Constitución Política, aquellas de tipo jurisdiccional serían las que podrían proteger de forma más directa y eficaz el derecho fundamental a la democracia, concretamente la acción de tutela, las acciones populares y de grupo, y a manera de cláusula general de protección, el artículo 89 de la Constitución, así como la reserva legal dispuesta en el artículo 84 constitucional.

Sin embargo, no es suficiente con la incorporación de garantías jurisdiccionales. El Estado debe promover acciones que permitan cumplir con las órdenes que se emitan producto de las garantías jurisdiccionales, con el fin de reducir la distancia entre normatividad y efectividad, y evitar que las garantías se queden sólo en un nivel formal.

En conclusión, es posible establecer que en el sistema jurídico colombiano se han fijado como garantías para la protección del derecho desde la doctrina, las garantías negativas, tanto primarias, como secundarias, y las positivas, según las teorías de Robert Alexy y de Luigi Ferrajoli, principalmente. Desde lo normativo, las garantías normativas, las jurisdiccionales y las

extrajudiciales, que se derivan de la Constitución Política, como fuente normativa primigenia, así como la legislación que incorpora dichas garantías y desarrolla su ejercicio.

Sin embargo, no es suficiente con que se enuncien las garantías previstas para la protección del derecho fundamental a la democracia, éstas deben ser idóneas, de forma que el derecho no se torne nugatorio y se aleje de la pretensión de una democracia sustancial, no sólo formal.

3. Un juicio de idoneidad: análisis de casos

El propósito del presente capítulo es analizar el ejercicio del derecho a la democracia en Colombia, en casos en los que se hayan empleado mecanismos de protección, esto con el objetivo de valorar de manera cualitativa si en dichos casos han sido idóneos los mecanismos de protección. Para ello se han elegido tres casos paradigmáticos que reúnen las condiciones teóricas y jurídicas que configuran el análisis desde la perspectiva de la democracia como derecho fundamental:

1. El primer caso se trata de la Sentencia T-587 de 2001: en esta decisión la Corte Constitucional revisa dos sentencias de tutela interpuestas por estudiantes de la Universidad Industrial de Santander (UIS), en el año 2001, con el fin de obtener la protección de su derecho a la participación.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional reitera que la democracia es un derecho fundamental, susceptible de ser salvaguardado por vía de acción de tutela, siempre y cuando la vulneración persista al momento de solicitar la intervención judicial. De lo anterior se deriva entonces la relevancia de este fallo de la Corte, y su pertinencia para el objeto de mi trabajo de investigación.

2. El caso resuelto en la Sentencia C-141 de 2010: En ejercicio del control constitucional que corresponde a la Corte, ésta revisa la Ley 1354 de 2009, que pretendía convocar a un referendo constitucional y someter a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional.

En este caso, la Corte Constitucional decide declarar la inexecutable de la ley, y salvaguardar la integridad de la Carta Magna, aplicando la teoría de la sustitución de la Constitución.

3. El caso de la consulta popular realizada en el Municipio de Cajamarca: En este caso se trata del ejercicio de la consulta como mecanismo de participación ciudadana que se implementó con el fin de determinar la postura de la comunidad sobre la presencia de actividad minera en su territorio, la cual ya viene ejerciéndose por parte de una compañía multinacional. Ante la respuesta negativa de la población, con un porcentaje del 97,9, se verán enfrentadas la legitimidad de la opinión popular y la de las decisiones administrativas previas que otorgaron las licencias ambientales correspondientes.

Sin embargo, el principal cuestionamiento surge en torno a la trascendencia de los resultados de la Consulta y su vinculatoriedad. En consecuencia, este caso se analiza desde el punto de vista de la Consulta Popular como garantía al ejercicio del derecho fundamental a la democracia, pero principalmente, la idoneidad de este mecanismo constitucional, al momento de ser aplicado materialmente.

3.1. Tutela del derecho de participación democrática⁹ - Sentencia T-587 de 2001

En sede de revisión, la Corte Constitucional revisó el caso de unos estudiantes de la Universidad Industrial de Santander (UIS), en el año 2001, que dio origen a la Sentencia T-581 del mismo año, con fundamento en los fallos de tutela T-437.423 Y T-446.449, en contra de la mencionada Institución.

De acuerdo con el Estatuto General que rige al interior de la UIS, la elección del Director de Escuela corresponde a los profesores. Sin embargo, para las votaciones que debían realizarse en 2001, con el fin de proveer un Director para dicho cargo, se decidió que la elección se llevaría a cabo de una forma más representativa, pues la elección no contaba con la participación de ningún estudiante. En consecuencia, se acordó que los estudiantes podían hacer exigible su derecho de participación estudiantil, previsto constitucional y legalmente, contemplado además por el Estatuto General, entre otros, en su artículo 93.

Artículo 93°. El Reglamento Estudiantil que expida el Consejo Superior desarrollará los siguientes aspectos principales: Requisitos de inscripción, admisión y matrícula; Derechos y deberes; Régimen disciplinario; Situaciones que conducen a la suspensión o pérdida de la calidad de estudiante y Régimen de estímulos y distinciones.

Parágrafo. Las normas contempladas en el reglamento estudiantil de la Universidad respetarán a los estudiantes la libertad de opinión, expresión,

⁹ Se usan indistintamente los conceptos de derecho a la democracia, y derecho de participación democrática, en cuanto la participación es un elemento inherente al ejercicio del derecho a la democracia, y en concordancia con el parecer de la Corte Constitucional, manifestado en el fallo objeto de análisis del presente capítulo, la sentencia T-587 de 2001.

participación, asociación y organización de acuerdo con lo estipulado en el Estatuto y en los Reglamentos de la institución.

Por lo que se acordó realizar una consulta, con el fin de establecer las preferencias de los estudiantes frente a la elección de director de escuela y que dicha consulta tuviera efectos vinculantes. Los profesores, sobre quienes recaía el derecho a la elección se comprometieron a respetar la decisión que resultara mayoritaria en la consulta.

A pesar de lo anterior, las directivas de la Universidad desconocieron el resultado de la consulta y al candidato electo por la participación de los estudiantes, con fundamento en el artículo 54 del Estatuto General, que determina que “El rector nombrará director a quien resulte elegido mediante votación secreta de los profesores adscritos a la respectiva Escuela y cumpla los requisitos exigidos para tal cargo” (Estatuto General, 2012). Con fundamento en los hechos narrados, unos estudiantes presentaron acción de tutela para la protección de su derecho vulnerado, en este caso, el de participación.

Las pretensiones de dicha tutela eran:

1. Piden que se revoque el nombramiento del director encargado de la Escuela de Derecho y Ciencia Política, no sólo por la forma como fue designado, sino, además, porque no cumple los requisitos exigidos en los Estatutos, pues no tiene título de abogado.
2. Que se respete la voluntad mayoritaria de la Asamblea, y que el Rector convoque a nueva elección para director de la Escuela, en la que se vote por quien resultó favorecido por las mayorías, es decir, por el doctor Bernardo Díaz.
3. Que el Consejo Superior Universitario proceda a la inmediata reforma del Estatuto de la UIS en lo referente a la elección de los Directores de Escuela y Decanos de las Facultades, para armonizarlos con la democracia participativa contenida en la Constitución Política. Es decir, que participen los estudiantes y todos los estamentos universitarios.

4. Finalmente, que el juez de tutela ordene a las directivas que no se tomen represalias contra los alumnos y profesores que apoyaron el plebiscito y que se respete la libertad de pensamiento, el libre examen y el libre desarrollo de la personalidad (Corte Constitucional de Colombia, T-525, 2001).

En consideración de la Corte, se vulneró el derecho de participación, pues se desconoció la decisión de los estudiantes, además, sin la debida motivación que exigía el acto administrativo de nombramiento del candidato que no fue elegido por la mayoría en la consulta. Según lo estableció el Tribunal Constitucional:

El derecho fundamental de participación democrática que se plantea en el caso bajo estudio, encuentra su base constitucional en los artículos 1 y 2 de la Carta, que define al país como un Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista (artículo 1), y en el que consagra que uno de los fines esenciales del Estado es facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan (artículo 2), asuntos que se desarrollan en el artículo 40 de la Constitución, así : “Artículo 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido”, que está consagrado, a su vez, como derecho fundamental. En lo que atañe al caso de los establecimientos educativos universitarios, los artículos 68 y 69 de la Constitución consagran la autonomía universitaria y la participación de la comunidad. Dicen, en lo pertinente, estas normas: “Artículo 68. (...) La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación. (...)”. “Artículo 69. Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por

sus propios estatutos, de acuerdo con la ley (...)” (Corte Constitucional de Colombia, T-525, 2001).

En este sentido, la Corporación retomó su jurisprudencia anterior¹⁰ sobre el derecho de participación encuentra su origen en la Constitución Política y consiste básicamente en que aquellas personas llamadas a ejercerlo, pues para ello se requieren ciertas condiciones, puedan hacerse presentes y participar en todos los procesos de toma de las decisiones que les interesen, tales como elecciones, plebiscitos, referendos, ingresar o conformar partidos políticos e, incluso, la posibilidad de ejercer control sobre las personas u órganos que detentan el poder político.

Es un claro desarrollo del Preámbulo y los artículos 1 y 2 del Estatuto Fundamental, en los cuales el Constituyente expresamente le señala al Estado colombiano un *“marco jurídico, democrático y participativo”*, con la finalidad de, entre otras, *“facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan”*, lo cual guarda estrecha relación con el aspecto político del Estado, consistente en las múltiples relaciones de poder que se desenvuelven en el interior de la comunidad. Así, un Estado constitucionalmente denominado “democrático”, lo menos que puede garantizar es la injerencia de quienes van a ser afectados con el ejercicio de tales relaciones de poder, traducidas generalmente en decisiones con incidencia sobre sus libertades, derechos, patrimonio y demás ámbitos propios del desenvolvimiento en sociedad.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencias C-145 de 1994, [M.P. Alejandro Martínez Caballero]; C-089 de 1994, [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]; C-180 de 1994, [M.P. Hernando Herrera Vergara]; C-194 de 1995, [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]; C-586 de 1995, [MM.PP. José Gregorio Hernández Galindo y Eduardo Cifuentes Muñoz]; y C-275 de 1996, [M.P. José Gregorio Hernández Galindo], entre otras.

Luego, la participación de los gobernados en los procesos de toma de decisiones y en el fondo de estas mismas, es una de las tantas manifestaciones del derecho fundamental al que se alude en esta oportunidad, derecho amparable por medio de la acción de tutela cuando, por acción u omisión, se ve amenazado o ha sido efectivamente vulnerado, siempre que, como en el siguiente apartado se analiza, la vulneración o amenaza subsistan en el momento de pronunciarse el juez constitucional. (Corte Constitucional, Sentencia T-235 de 1998).

Vale la pena resaltar que el fallo constitucional de 1998 menciona de forma expresa que el derecho de participación puede ser protegido mediante el mecanismo constitucional de la acción de tutela, pero sólo de forma excepcional (Corte Constitucional de Colombia, T-235, 1998).

Por el contrario, en el año 2001, en la sentencia objeto de análisis, si bien la Corte Constitucional aún menciona la necesidad de que la vulneración se evidencie al momento del pronunciamiento judicial, es decir, que no puede tratarse de un hecho superado, ya no hace referencia explícita a que la acción de tutela procederá excepcionalmente. Sin embargo, la Corte limitó su pronunciamiento al reconocimiento de la vulneración, y ordenó a la Universidad que motivara la decisión de desconocer la elección realizada por los estudiantes, pero no exigió la revocatoria del acto administrativo de nombramiento del Director de la Escuela de Derecho y Ciencia Política, con el fin de convocar una nueva elección que garantizara la participación estudiantes.

Por tanto, la UIS, aún con posterioridad al fallo, estaría vulnerando el derecho de participación, ya que éste se concreta en que haya representación de la comunidad en la elección de las Directivas. Es decir, en palabras de la Corte, que el derecho de participación se refleja en

que ella efectivamente se dé, y no tanto en la forma que adopte (Corte Constitucional de Colombia, T-525, 2001).

En conclusión, conforme a uno de los criterios de idoneidad establecidos en el capítulo precedente, según el cual una garantía debe reducir la distancia entre la normatividad y la efectividad, y posibilitar “la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (Ferrajoli, 1999, p. 68), la acción de tutela pareciera el mecanismo idóneo para preservar el derecho fundamental a la democracia.

No obstante, si una de las pretensiones de la acción de tutela consistía en proteger el ejercicio del derecho a la democracia, materializado en la participación, la orden proferida en la sentencia de la Corte Constitucional, no resulta ser una garantía idónea ante la vulneración del derecho fundamental a la democracia, pues no dio el alcance necesario a su fallo, de forma que la participación se hiciera efectiva, a través de una nueva elección del Director de Escuela.

3.2 Sustitución de la Constitución - Sentencia C-141 de 2010

La Ley 1354 de 2009 pretendía convocar a un referendo, con el fin de modificar el artículo 197 de la Constitución Política de Colombia, que estipula las condiciones y los requisitos para ser elegido Presidente de la República. De ser aprobada la pregunta refrendataria, el Jefe del Ejecutivo que finalizaba su período en el año 2010, Álvaro Uribe Vélez, podría ser reelegido para su tercer mandato. En este sentido, el artículo 1º de la Ley 1354 de 2009, planteaba al pueblo la posibilidad de pronunciarse al respecto, en los siguientes términos:

Artículo 1º. El inciso 1º del artículo 197 de la Constitución Política quedará así:

"Quien haya sido elegido a la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, podrá ser elegido únicamente para otro período".

Aprueba usted el anterior inciso.

Sí: ()

No: ()

Voto en Blanco: ()

La Corte Constitucional, en ejercicio del control constitucional automático debía conocer el texto de la Ley y analizar su adecuación con la Constitución Política. En primera medida, la Corporación determinó su competencia para conocer el tema, en los siguientes términos:

Para el caso de los referendos de iniciativa popular, el análisis de esta Corporación abarcará el estudio de la validez de las actuaciones adelantadas por los promotores de la iniciativa ante las autoridades que conforman la Organización Electoral en Colombia, es decir, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral, sin que se excluya, de manera alguna, el examen de la Corte acerca de los posibles vicios de procedimiento en los que se pudo haber incurrido a lo largo de la formación de la iniciativa popular de reforma a la Carta Política, pues los denominados “vicios de procedimiento en su formación”, según las voces del artículo 241.2, no se limitan a aquellos acaecidos durante el trámite en el Congreso del proyecto de ley mediante la cual se convoca al pueblo a un referendo constitucional, sino que abarcan las etapas anteriores, por cuanto se trata de un acto jurídico complejo, al igual que la fase comprendida entre la sentencia de la Corte Constitucional y la promulgación del acto reformativo de la Constitución, esta última mediante la acción pública de inconstitucionalidad. (Corte Constitucional de Colombia, C-141, 2010).

Posteriormente, la Corte identificó que se había incurrido en vicios insubsanables durante el trámite legislativo, tales como:

1. Se superaron los topes globales de financiación del Referendo, en una proporción de seis veces más de lo autorizado y treinta veces más de lo permitido. Adicionalmente, no se presentó el certificado requerido sobre el manejo de estos dineros. Al respecto, en la sentencia se menciona que:

Para la Corte, el artículo 27 de la LEMP¹¹, se encamina a asegurar la vigencia de principios constitucionales referentes a la legitimidad de los mecanismos de participación democrática dirigidos a reformar la Carta Política, en punto específicamente a la financiación de aquéllos, de donde una interpretación sistemática de los artículos 24 y 27 de la LEMP asegura que un mecanismo de participación ciudadana, mediante el cual se pretende reformar el Texto Fundamental sea legítimo en una doble dimensión: en cuanto a que tal iniciativa cuente con un respaldo popular importante y auténtico y a que igualmente tales apoyos ciudadanos se hayan alcanzado luego de la realización de una campaña electoral limpia y transparente. (Corte Constitucional de Colombia, C-141, 2010).

2. Se incurrieron en vicios procedimentales, relacionados con irregularidades en la recolección de firmas; modificación, por parte de una de las Comisiones del Congreso, de la pregunta que se sometería a la decisión popular; no se respetó el requisito constitucional que estipula que debe dársele trámite en 4 sesiones.
3. Otro de los requisitos omitidos fue la certificación del Registrador Nacional, necesaria con posterioridad a la recolección de firmas.

¹¹ Ley Estatutaria de Mecanismos de Participación Ciudadana (cita fuera del texto original).

4. Por otra parte, la Corte concluyó que la reforma al artículo 197 de la Constitución, con el fin de permitir la reelección del Presidente, debía haberse llevado a cabo a través de un plebiscito, mas no de un referendo, por cuanto la naturaleza de este último es reformatoria, mas no sustitutivo.

5. Asimismo, se identificó una falencia por parte del Congreso, que implicó una extralimitación en sus funciones de legislador, por cuanto modificó la pregunta inicial.

- i. El texto que recibió el apoyo de más del 5% de los ciudadanos que integran el censo electoral vigente preguntaba sobre la reforma a la Constitución, en el sentido de permitir la segunda reelección del Presidente de forma mediata.
- ii. El articulado aprobado por el Congreso de la República pregunta a los ciudadanos sobre la reforma a la Constitución, en el sentido de permitir la segunda reelección del Presidente de forma inmediata.
- iii. Esta modificación tiene un carácter sustancial, pues el texto plasmado en la ley contempla un supuesto completamente distinto al que recibió inicialmente el apoyo popular.
- iv. Al realizar una modificación sustancial el Congreso excedió las limitaciones que el principio de democracia participativa le impone a su labor respecto de los proyectos de ley de iniciativa ciudadana.

De esta forma queda demostrada la existencia de un vicio de procedimiento por extralimitación del Congreso en la facultad de enmienda, que desconoce la voluntad popular manifestada en la iniciativa legislativa ciudadana. (Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010).

En consecuencia, al haberse alterado la pregunta que sería sometida a votación popular, por parte del Congreso de la República, órgano que ostenta el poder constituido, se alteró la voluntad del Constituyente. En este caso se evidencia la trascendencia del control constitucional previo y automático, toda vez que actúa como garantía para prevenir que al pueblo se le consulte algo viciado.

Finalmente, uno de los puntos más relevantes del fallo objeto de análisis es la conclusión a la que arriba la Corte, al analizar la naturaleza y los efectos de los vicios cometidos en el proceso legislativo, por cuanto, de ello dependerá si éstos afectan la Constitución en su esencia o, por el contrario, únicamente en su forma.

Al respecto, es posible asegurar que, si el control constitucional se limitara a analizar los vicios formales o procedimentales como simples fallos que no afectan la esencia del mecanismo de participación y, en últimas la democracia, el principio de primacía de la Constitución, plasmado en el artículo 4º de la misma, sería una mera aspiración teórica, mas no uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico. Como afirma la Corte Constitucional:

La ley convocatoria a un referendo constitucional que tuvo origen en una iniciativa legislativa ciudadana, constituye un procedimiento de reforma constitucional implementado en el que se combinan formas típicas de la democracia representativa –el procedimiento legislativo que culmina con la expedición de la Ley 1354 de 2009– con mecanismos propios de la democracia participativa –la iniciativa popular en la cual tuvo origen–, de manera tal que la observancia estricta de las reglas que ordenan este tipo de procedimientos es una condición necesaria para la validez de toda la actuación adelantada, sobre todo, si se tiene en cuenta el propósito final que ésta persigue que es modificar la Constitución Política. De ahí la importancia del análisis

de las reglas procedimentales previstas para su implementación, que le otorgan validez tanto al procedimiento inicial, cuya finalidad es concitar el apoyo ciudadano a una propuesta de reforma, como la actuación final que pone término al proceso de reforma, en la cual están llamados los ciudadanos a participar mediante la votación del texto sometido a su consideración. En el examen del trámite legislativo de la iniciativa popular ciudadana revisten especial significado la actuación adelantada al interior del Congreso para garantizar la plena vigencia del principio democrático (Corte Constitucional de Colombia, C-141, 2009).

En consecuencia, tal como se evidenció por parte de la Corte Constitucional, al viciarse la voluntad del constituyente, se vulnera, por tanto, la democracia.

Como conclusión al análisis de este tercer caso, es posible aplicar uno de los criterios de idoneidad señalados en el capítulo precedente, que hace referencia a la necesidad de contar con unas garantías negativas que prohíban disponer de las normas relativas a los derechos fundamentales, que para el caso de Colombia son: (a) Aquellas que contienen los límites a la reforma de la Constitución, y (b) Las normas relativas al control constitucional. Entonces, se considera que el mecanismo de garantía a la democracia fue idóneo, en tanto se evitó una sustitución de la Constitución Política, gracias al control realizado por el órgano competente para ello por antonomasia.

3.3. Consulta Popular en el Municipio de Cajamarca, un mecanismo de participación ciudadana aún sin efectos.

Como tercer caso objeto de análisis del presente capítulo se abordó la Consulta Popular realizada en el Municipio de Cajamarca, en el Departamento del Tolima, por tratarse de un mecanismo diferente al anterior, esto es, la acción de tutela, lo cual permitirá estudiar, desde una perspectiva

comparada, cómo se da la protección al derecho fundamental a la democracia, pero más especialmente, la idoneidad de la Consulta Popular y su aplicación material, vista como una garantía democrática.

Los antecedentes del presente caso se dan en el año 2016, cuando unos estudiantes de la Universidad de Antioquia presentaron acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 37 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas. El mencionado artículo negaba a las autoridades regionales la competencia para intervenir en los asuntos relacionados con la explotación minera de sus territorios, en los siguientes términos:

Artículo 37. Prohibición legal. Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo. (Ley 685, 2001)

El fundamento de la acción de inconstitucionalidad consistía en que las leyes que otorgan competencias normativas a los territoriales, deben ser de rango superior a una ley ordinaria, de acuerdo con el artículo 151 de la Constitución Política de Colombia.¹² Por tanto, el artículo 37 del Código de Minas, que es una ley ordinaria, debía ser reglamentado a través de una ley orgánica. Al respecto, la Corte Constitucional sostiene lo siguiente:

El constituyente de 1991 quiso avanzar algunas precisiones acerca de los contenidos y alcances que debería contener la futura ley orgánica de ordenamiento territorial, tema inconcluso, inacabado y polémico, que apunta, en definitiva, a la determinación

¹² En concordancia con el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia.

del modelo de Estado que se quiere construir. De allí que el artículo 228 Superior disponga que, mediante ley orgánica se establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales. A renglón seguido, enuncia los principios que deben gobernar tal reparto competencial, a realizar por el legislador: (i) coordinación; (ii) concurrencia y (iii) subsidiariedad. Adviértase, desde ya, que la Constitución no enumeró, ni confeccionó un listado de temas específicos o concretos sobre los que versaría tal reparto competencial. Por el contrario, se limitó a indicar que, mediante una ley orgánica, es decir, una ley que sirve de parámetro para adoptar otras futuras leyes, se regularían tales relaciones, sobre temas ya concretos, basándose para ello en unos principios específicos. En otras palabras, mediante la ley orgánica de ordenamiento territorial se regula principalmente la actividad legislativa que debe desplegar el Congreso de la República en punto a la determinación de las relaciones entre la Nación y las entidades territoriales, mas no se regula directamente tema alguno. (Corte Constitucional de Colombia, C-1042, 2007).

De manera que, siguiendo el concepto de la Corte Constitucional, “una de las garantías institucionales consiste en reservar la regulación de ciertas materias a determinados tipos de leyes, cuya expedición está sujeta a requisitos específicos” (Corte Constitucional de Colombia, C-273, 2016).

En consecuencia, del concepto del Tribunal Constitucional se deduce que la atribución de competencias que contenía el artículo 37 del Código de Minas, por tratarse de un tema que involucra a la Nación y a los entes territoriales, debía regularse mediante una ley orgánica, en consonancia con los principios fundantes de la Constitución Política, tales como la democracia, la jerarquía normativa, la reserva de ley orgánica y la primacía de la Carta Magna.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-273 de 2016, declaró inexecutable el artículo de referencia, con fundamento en la reserva de ley orgánica, y determinó lo siguiente:

En esa medida es necesario concluir que el ejercicio de la competencia que le corresponde al legislador ordinario para regular determinadas actividades económicas, como en este caso lo es la explotación de recursos naturales del subsuelo, confluye con otras competencias asignadas a las entidades territoriales de diverso orden, como la de definir los usos del suelo. En tales casos, están de por medio, por un lado, la autonomía de las entidades territoriales para desempeñar sus funciones de planeación y ordenamiento territorial, competencias que constituyen elementos fundamentales de su autonomía, y por el otro, la necesidad de garantizar que la explotación de los recursos del subsuelo beneficie a todas las entidades territoriales, incluyendo aquellas que no poseen dichos recursos.

(...)

En el presente caso, la disposición demandada prohíbe a las entidades de los órdenes “*regional, seccional o local*” excluir temporal o permanentemente la actividad minera. Más aun, esta prohibición cobija expresamente los planes de ordenamiento territorial. Al hacerlo afecta de manera directa y definitiva la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios. Por lo tanto, es una decisión que afecta bienes jurídicos de especial importancia constitucional, y en esa medida, está sujeta a reserva de ley orgánica. (Corte Constitucional de Colombia, C-273, 2016).

Con base en el aval concedido por el Tribunal Constitucional, la comunidad de Cajamarca inició los trámites para implementar una Consulta Popular a sus habitantes. Después de

superados diversos obstáculos jurídicos relacionados con el texto de la pregunta, finalmente el 26 de marzo de 2017 se llevó este mecanismo de participación ciudadana, con el fin de determinar la postura de la población sobre la presencia de actividad minera en su territorio, concretamente, en lo referente al proyecto de extracción de oro La Colosa, el cual ya viene ejecutándose por parte de una compañía multinacional, desde el año 2009.

A la pregunta: ¿Está de acuerdo, sí o no, con que en Cajamarca se ejecuten proyectos y actividades mineras?, la colectividad votó negativamente, con un porcentaje del 97.9, resultado ante el cual se ven enfrentadas la voluntad legítima representada en la opinión popular y las decisiones administrativas previas que otorgaron las licencias ambientales correspondientes. Sin embargo, el principal cuestionamiento surge en torno a la trascendencia de los resultados de la Consulta y su vinculatoriedad. En su momento, inmediatamente después de la votación, se decía que el Concejo Municipal debía expedir un Acuerdo en el que se prohibiera la minería en el territorio, lo cual conllevaría a que cesaran las labores de exploración en la zona, a cargo de AngloGold Ashanti, compañía de origen sudafricano, y una de las principales productoras de oro del mundo.

Hasta el momento, la decisión de la comunidad de Cajamarca ha suscitado diversas posturas frente al tema. En entrevista con la Revista Semana, el Ministro de Minas y Energía, Germán Arce, aseveró que el resultado de las consultas populares no puede anteponerse frente a la ley, puesto que la consecuencia sería “una anarquía institucional y legal que perjudicaría sectores claves para la economía del país. ‘El resultado no puede romper el Estado social de derecho.’”, afirmó” (Revista Semana, 2017). En este mismo sentido se manifestó en otros medios de comunicación, y reafirmó que:

La consulta minera en Cajamarca no tiene la capacidad de cambiar la ley (...) no tiene el poder de hacerse retroactiva, es decir, de invalidar decisiones tomadas hacía atrás (...) Esta decisión, de orden político, no tiene la capacidad de afectar un procedimiento administrativo que todavía no se ha adelantado.

Este mecanismo de participación ciudadana no tiene la capacidad de cambiar el Estado Social de Derecho, es decir, de alterar los equilibrios de los poderes entre el Ejecutivo, el Legislativo y las Cortes. Me refiero a que esta es una consulta, localizada en un municipio, donde se expresó la voluntad de las comunidades y que tiene el poder de darles una orden a su alcalde y a su concejo municipal, pero 6.100 personas no tienen la capacidad de romper el Estado Social de Derecho. Aquí quien define el manejo legal de esto es el Congreso de la República (El Espectador, 2017, 27 de marzo).

Sin embargo, no se trata de un número determinado de personas, sino de la voluntad del constituyente primario, manifestada mediante un mecanismo de participación ciudadana previsto por la Constitución Política. Igualmente, mantener un orden democrático, tal como la estipula el Preámbulo de la Constitución, es precisamente uno de los postulados del Estado Social de Derecho.

En consecuencia, si desconocer la participación ciudadana favorecería mantener un equilibrio jurídico, éste no sería el equilibrio que pretendió el Constituyente de 1991 cuando determinó, en su artículo 1º la preservación de la autonomía de las entidades territoriales, que se evidencia en la posibilidad que tiene ahora el Municipio de Cajamarca de decidir sobre la destinación de su suelo, concretamente a través de la actividad minera, y la afectación que se produzca en la

comunidad. En este mismo sentido, el artículo mencionado propende por la participación y el interés general, en los siguientes términos:

Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Por esa razón, en contravía con lo manifestado por el Ministro Arce, reconocer el resultado de la Consulta Popular es defender el Estado Social de Derecho.

Otra reacción sobre la situación en Cajamarca es la de la profesora de las Universidades Andes y Externado, Margarita Ricaurte (Revista Portafolio, 2017, 27 de marzo), experta en derecho minero, para quien, en este caso se confunde el derecho de participación ciudadano y de los entes territoriales, con el derecho de propiedad estatal, que son distintos, ya que el último pertenece al Estado, de manera que solamente a través de la autoridad minera y ambiental se pueden delimitar zonas excluidas o restringidas para actividades mineras, bajo procedimientos reglados, atendiendo los requisitos que para estos efectos ha establecido la ley. La consulta popular no puede estar por encima de la ley y de la Constitución, y eso es lo que ha pasado en este caso.

Así, añade la experta en derecho minero, la consulta popular refleja una postura de la comunidad, que las autoridades deben atender, sin que ello signifique que los resultados de ésta pueden sustituir las competencias legales de las distintas autoridades y usurpar el derecho del Estado sobre los recursos (Revista Portafolio, 2017, 27 de marzo), puesto que lo manifestado en

la Consulta “Es una opinión y las autoridades podrán considerarla, pero el principio de participación no es competencia para decidir” (Revista Dinero, 2017, 3 de marzo).

Desde el análisis que se ha venido desarrollando, contrario a lo que señala la Profesora Ricaurte, precisamente esta es la naturaleza del poder constituyente primario: el pueblo como único soberano. Por ende, la democracia, como derecho fundamental, materializado en la participación, sí está por encima de competencias legales. Lo opuesto, es decir, como afirma la experta, si la voluntad popular exteriorizada a través del mecanismo constitucional de la Consulta Popular, sólo genera efectos políticos, ¿no estaríamos retrocediendo hacia una democracia meramente representativa, contradictoria e insuficiente en un modelo de Estado Constitucional?

Como sostiene Habermas (2005), desde una concepción republicana de la política, el proceso democrático tienen un carácter reflexivo e integrador, de forma que:

La jurisdicción de la existencia del Estado no radica primariamente en la protección de iguales derechos subjetivos privados, sino en que garantiza un proceso inclusivo de formación de la opinión y la voluntad políticas, en el que ciudadanos libres e iguales se entienden acerca de qué fines y normas redundan en interés común de todos. Con eso a los ciudadanos republicanos parece estárseles pidiendo bastante más que una mera orientación por sus intereses privados.

(...)

El derecho de voto interpretado como libertad positiva se convierte en la tradición republicana en paradigma de los derechos en general, no sólo porque ese derecho es condición sine qua non de la autodeterminación política, sino porque en él queda claro cómo la inclusión en una comunidad de iguales depende de que los individuos

estén capacitados para hacer aportaciones autónomas y para posesionarse como consideren oportuno (pp. 2, 3).

En consecuencia, el derecho de participación no sólo implica decisión, sino autodeterminación del orden jurídico por el que el pueblo quiera regirse. Finalmente, según información obtenida de la Revista Portafolio, la compañía multinacional AngloGold, informó, en abril del presente año, que suspenderá las labores de exploración en el Municipio de Cajamarca e “indemnizará a unos 300 empleados que en promedio laboran al año en el proyecto y dejará solo unos 10 en labores administrativas mínimas mientras las autoridades gubernamentales y judiciales del país deciden el rumbo de la minería en el país.” (Revista Portafolio, 2017, 27 de abril).

En síntesis, podría decirse que se cumplió la finalidad de la Consulta Popular, pero por iniciativa de la empresa privada, mas no por las autoridades competentes para intervenir. En razón de ello, la vinculatoriedad de las consultas sigue generando posturas enfrentadas que evidencian la falta de claridad jurídica sobre el tema.

Al respecto, surge la pregunta acerca de cuáles son entonces los mecanismos que ofrece el sistema jurídico para cumplir con lo definido en una Consulta Popular, pues lo que se percibe hasta el momento es una sensación de ineficacia. Una evidencia de ella es el hecho de que los habitantes del Municipio de Cajamarca hayan anunciado que están dispuestos a optar por las vías de hecho, si se desconoce el resultado de la Consulta (RCN Radio, 2017, 26 de septiembre).

Lo anterior, a pesar de que la Ley 1757 de 2015, ley estatutaria que regula la protección del derecho a la participación democrática, en sus artículos 41 y 42 establece los requisitos para que el resultado de la votación tenga un carácter imperativo. Para el caso de la Consulta Popular, la ley definió lo siguiente:

Artículo 41. Carácter de la decisión y requisitos. La decisión del pueblo será obligatoria en todo mecanismo de participación democrática cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

(...)

c). En la Consulta popular que la pregunta sometida al pueblo haya obtenido el voto afirmativo de la mitad más uno de los sufragios válidos, siempre y cuando haya participado no menos de la tercera parte de los electores que componen el respectivo censo electoral. (Ley 1557, 2015).

Una vez verificados los anteriores requisitos, el responsable para dar cumplimiento a ella será el órgano competente para tomar decisiones en la materia de que se trate. En términos del artículo 42 de la Ley estatutaria:

Artículo 42. Consecuencias de la aprobación popular de un mecanismo de participación ciudadana que requiere votación. Los mecanismos de participación ciudadana, que, habiendo cumplido los requisitos contemplados en el artículo anterior, hayan sido aprobados tienen las siguientes consecuencias:

- a. Cuando el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria en una consulta popular, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva.
- b. Cuando para ello se requiera una ley, una ordenanza, un acuerdo o una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo período de sesiones o a más tardar en el período siguiente. Si vencido, este plazo el Congreso, la asamblea, el concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el Presidente de la República, el gobernador, el alcalde dentro de los quince (15) días siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o

resolución local, según el caso. En esta circunstancia el plazo para hacer efectiva la decisión popular será de dos meses. (Ley 1557, 2015).

En cumplimiento de lo preceptuado por la mencionada ley, el órgano competente para plasmar la decisión en una norma, en el caso de la Consulta Popular en Cajamarca, es el Concejo Municipal, a través de un Acuerdo. En el caso particular, los periodos de sesiones del Concejo comienzan en febrero y finalizan en noviembre, según información brindada por la Secretaría del Concejo. Es decir, el término para la regulación de la materia vence en noviembre de 2018.

No obstante, en aras de salvaguardar el derecho fundamental a la democracia, el Estado, como destinatario del mismo, tendría que asumir los costos, por ejemplo, de cancelar las licencias ambientales ya concedidas a la compañía minera, puesto que, en mi opinión, los actos administrativos previos son válidos, pero rompen con el principio democrático de las mayorías. Como lo afirman Garcés y Rapalino (2015)

Más que el tema minero lo que está en juego es la esencia del Estado Social de Derecho, pues si los ciudadanos no pueden adoptar decisiones sobre su entorno debido a los intereses económicos de la nación (sic) los valores y fundamentos de la carta política de 1991 habrían desaparecido. (P. 61)

Por último, es preciso analizar si en este caso se salvaguarda la democracia como derecho fundamental, siendo titulares los ciudadanos de Cajamarca. De manera preliminar podría decirse que sí se protege la democracia, de acuerdo con el primero de los criterios de idoneidad establecidos en el capítulo precedente, el cual determina que se requiere que exista una norma que produzca la garantía misma. Si se toma como garantía del cumplimiento de la decisión popular, y, por tanto, del derecho de participación, la norma que prescribe la obligatoriedad de la

consulta popular, entonces la idoneidad se materializa en los artículos 41 y 42 de la ley 1575 de 2015.

Empero, es una garantía que se queda un plano formal, y por ende, la idoneidad que podría predicarse de ella, también sería formal. Lo anterior, debido a que, como se evidenció en la presentación de los hechos que se han desarrollado en torno a la consulta popular efectuada en el Municipio de Cajamarca, la voluntad del pueblo no ha sido plasmada en una norma jurídica por parte del Concejo Municipal, como órgano competente en este asunto, tal como lo ordena la ley estatutaria encargada de proteger el derecho a la participación democrática, ley 1557 de 2015.

Adicional a lo anterior, si se analiza el caso a la luz de los demás criterios de idoneidad, puede concluirse que en el presente caso las garantías no posibilitan “la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”. (Ferrajoli, 1999, p. 68), ni reducen la distancia entre normatividad y efectividad, por los motivos ya mencionados.

En este mismo sentido, es preciso destacar que no se están prefiriendo las normas que garanticen el derecho fundamental a la democracia, en consonancia con los postulados de Ferrajoli (1999). Esto se demuestra en la inaplicación de la ley 1557 de 2015 y del artículo 40 de la Constitución Política de Colombia, que como se ha mencionado desde el inicio del presente trabajo, consagra el derecho fundamental a la democracia. De igual forma, se está desconociendo el Preámbulo de la Constitución, sustrato axiológico de la misma, lo cual conlleva la prevalencia de la legalidad, por encima del principio democrático. En conclusión, el análisis de los tres casos mencionados, permite demostrar que se pone en tela de juicio la idoneidad de la garantía del ejercicio del derecho a la democracia.

Conclusiones

A continuación, se presentarán las conclusiones derivadas del análisis del concepto de democracia como derecho fundamental, y de las garantías constitucionales que lo protegen en Colombia, concretamente en los casos estudiados en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación.

En primer lugar, del texto de la Constitución Política de 1991, norma rectora del ordenamiento jurídico colombiano, se deriva que la democracia fue dotada de diversas naturalezas, en el sentido de que se comporta de distintas maneras, según el matiz de que se trate. Así pues, la democracia es el fundamento de la estructura del Estado, el principio orientador de la actividad del mismo y un derecho fundamental que permite al ciudadano ser parte en la conformación y el ejercicio del poder de gobierno.

En este sentido, como derecho fundamental, la democracia implica la existencia de un núcleo axiológico que se compone de principios ético-políticos, que se concretan en las formas como se manifiesta el derecho, según concepto de Chinchilla (2009, p. 115). Al respecto, surgía el interrogante sobre la salvaguarda de dicho núcleo esencial, de forma que éste sea protegido de elementos externos que lo desnaturalicen o lo conviertan en una simple ideal formal. Tras analizar los tres casos seleccionados como objeto de estudio, puede concluirse en algunas ocasiones la esencia del derecho fundamental a la democracia que se desvirtúa en función de intereses diversos, tales como aquellos de índole económica, presentes en el caso de la consulta popular en el Municipio de Cajamara, Tolima, en cabeza de la multinacional dedicada a la explotación minera de la zona. Como se mencionaba en este punto, el Estado colombiano está en la obligación de proteger la decisión de la mayoría, evidenciada en el resultado de la consulta, y, en consecuencia, asumir los costos que ello implique.

En otros casos, se desvirtúa la democracia por falta de una materialización efectiva de la garantía constitucional, como se evidenció en el caso de la tutela del derecho de participación de los estudiantes de la UIS, que a pesar de haberse proferido una decisión del máximo tribunal constitucional, los titulares del derecho a la democracia, no obtuvieron la satisfacción del mismo.

En tercer lugar, puede concluirse que la democracia, al aplicarse la teoría de los derechos fundamentales de Alexy, posee una estructura de enunciado normativo, que obedece a criterios estructurales, en cuanto concede un derecho subjetivo; y a criterios formales, al encontrarse positivizado.

Siguiendo la idea anterior, la democracia podría enmarcarse dentro de la clasificación de un derecho a algo, cuya estructura es tripartita: Existe un titular, que es una persona individual; el objeto del derecho, que implica una acción destinatario, bien sea positiva o negativa; y, finalmente, un destinatario, que puede ser un particular, el Estado u otros agentes, tales como organismos internacionales. Este último es a quien se exige la protección del derecho.

En relación con el planteamiento anterior, puede establecerse, asimismo, que la democracia como derecho fundamental es parámetro de igualdad de un Estado, según criterio de Ferrajoli (2001), y puede verificarse la tutela del derecho, si éste cumple con los cuatro criterios determinados por el autor, tales como:

1. La estructura universal.
2. Atribuible a cualquier persona, en virtud de ese estatus.
3. De naturaleza supranacional.
4. Le corresponden unas garantías jurídicas.

En consecuencia, tal como se evidenció concretamente en la sentencia de la Corte Constitucional que decide la inconstitucionalidad del referendo reeleccionista, los derechos

fundamentales, en este caso, la democracia como principio rector del ordenamiento jurídico colombiano, comportan un límite al poder y a las actuaciones de la mayoría. Por tanto, son lo sustancial de un Estado democrático.

Las garantías, en términos generales, son mecanismos de protección, acordados por los individuos, contenidos en la Carta Política que preside, cuya finalidad es preservar la misma. Así pues, se determina que las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia, de acuerdo con Ferrajoli (2008, p. 7).

Si se afirma que la existencia de un derecho no presupone su garantía, se concluye entonces que es necesario que ésta sea positivizada. De lo contrario, podría predicarse la existencia del derecho subjetivo a la democracia, pero si no se contara con una norma que estableciera la garantía correspondiente a ese derecho, como se dijo en un comienzo, se incumpliría uno de los requisitos para la protección de los derechos fundamentales, este es, que sus garantías pertenezcan al máximo rango de jerarquía normativa.

No obstante, así la garantía se plasme en una norma positiva, si el núcleo axiológico del derecho queda desprotegido y, por tanto, se hace nugatorio el derecho, o se desvirtúa su naturaleza, entonces la garantía jurídica existe formalmente, pero no es idónea, y, en consecuencia, el ideal de democracia sustantiva sigue siendo una aspiración.

En el caso colombiano, como se presentó en el segundo capítulo del presente trabajo de investigación, el sistema jurídico nacional cuenta con garantías de tipo negativo, tanto primarias como secundarias, según la denominación de Ferrajoli, que prohíben disponer de las normas relativas a los derechos fundamentales, tales como:

1. Aquellas que contienen los límites a la reforma de la Constitución.
2. Las normas concernientes al control constitucional.

Al respecto, podría plantearse como conclusión que de las clases de garantías que contiene la Constitución Política, aquellas de tipo jurisdiccional son las que protegen de forma más directa y eficaz el derecho fundamental a la democracia, concretamente la acción de tutela, las acciones populares y de grupo, y a manera de cláusula general de protección, el artículo 89 de la Constitución, así como la reserva legal dispuesta en el artículo 84 constitucional.

Lo anterior se fundamenta, a su vez, en los casos analizados en el tercer capítulo, de los cuales se deduce que la acción de tutela, a priori, se considera el mecanismo apto para la protección del derecho a la democracia. No obstante, se evidenció que el fallo de la Corte Constitucional no materializa, necesariamente, el ejercicio del derecho a la democracia, concretamente a través de la participación, como en el caso de la tutela concedida a los estudiantes de la UIS.

Por otra parte, tras el estudio de las consecuencias que se han derivado del pronunciamiento de la comunidad de Cajamarca, mediante una consulta popular, es viable afirmar que se trata de una manifestación formal de la voluntad del pueblo, mas no de un proceso democrático sustancial, si bien se evidencia la participación efectiva de los ciudadanos. Lo anterior, en tanto el sistema jurídico no cuenta con un mecanismo para que el resultado de la votación tenga un carácter imperativo, aunque existe la norma positiva que contiene la garantía formal al derecho de participación, ley 1757 de 2015, artículos 41 y 42, ley estatutaria que regula la protección del derecho a la participación democrática; y aunque se prevea la posibilidad de ejercer la acción de cumplimiento, como mecanismo judicial cuya finalidad es propender por la efectividad de los derechos.

Como ya se había mencionado en el capítulo tercero, al analizar el caso de la consulta popular, surge el interrogante sobre la consecuencia que se genera en caso de que las garantías formales no sean idóneas para la protección del derecho fundamental a la democracia.

Aunado al planteamiento anterior, del estudio de las garantías constitucionales a la democracia en Colombia y tras evidenciar la falta de idoneidad de algunas de ellas, se deduce que el Legislador tiene, no sólo la competencia, sino también el deber de crear los mecanismos necesarios e idóneos que se requieran para la salvaguarda de los derechos de los individuos, tal como lo establece la cláusula general de protección, contenida en el artículo 89 de la Constitución Política de Colombia.

En el ejercicio de dicha facultad, el Congreso de la República podría proponer la existencia de garantías judiciales o administrativas. Finalmente, se concluye que, el caso de la consulta popular en Cajamarca evidencia la tensión entre Estado de Derecho y soberanía popular, denominada ‘la paradoja democrática’ (Mouffe, 2003). En este caso, la tensión se concreta en la primacía del principio de legalidad sobre el derecho de participación, como ejercicio de la soberanía, para garantizar la igualdad de la ciudadanía. Teóricamente, estos dos principios no son excluyentes, aunque en realidad se tornen irreconciliables.

A pesar de ello, esta situación se da como resultado, entre otros elementos que influyen en el escenario, al considerar la democracia únicamente como Estado de Derecho, menospreciando la soberanía popular, sin tener en cuenta los efectos peligrosos que ello genera. En términos de Mouffe (2003), se produce un déficit democrático (p. 21).

Desde otro punto de vista, Martínez (2010) plantea que no puede hablarse de Constitución si no se reconoce que la soberanía recae en el pueblo (p. 119). Pero son dos conceptos que se requieren mutuamente, puesto que el Soberano (el pueblo) se autolimita a través de la Constitución y ésta, a su vez, se fundamenta en la soberanía popular (p. 120). De tal forma que el autor puede concluir que en el Estado constitucional, la soberanía estatal sólo tiene sentido si está en una relación de dependencia de la popular, pues, de lo contrario, se niega el constitucionalismo democrático (p. 122). Como menciona Martínez (2010):

dicha relación necesita, por una parte, que el poder público radique en última instancia en la voluntad popular y, por otra parte, que permanezcan alerta los vínculos entre soberanía del pueblo y gobierno. En la base de esta afirmación se encuentra el hecho de que la cualidad democrática no se agota en el momento de la elección del detentor del poder público, sino que se desarrolla a través de un continuum entre el que detenta la soberanía y el que ejerce la acción de gobierno y donde entra en juego el concepto de control político. (p. 121)

Lo anterior es aplicable al caso de Cajamarca, en cuanto las decisiones que el Estado adopte en relación con la actividad minera que se desarrolle en este Municipio, deben estar supeditadas a la voluntad popular, expresada a través del mecanismo constitucional que se eligió para ello, en este caso, la consulta popular.

“En efecto, la plena libertad para la toma de decisiones trascendentales en una sociedad, que conlleva el ejercicio integrativo de la ciudadanía a través de la participación, está directamente relacionada con la emancipación popular y, por lo tanto, en la decisión sobre las prioridades y los fundamentos de la vida común.” (p. 110)

Teniendo en cuenta esta discusión y siguiendo lo planteado en el primer capítulo, se hace explícita la incongruencia de defender un ideal de democracia sustantiva, mientras se mantienen condicionamientos formales a las respuestas que se dan al ejercicio de las garantías, como se evidenció con el caso de los estudiantes de la UIS. Por lo anterior, es un contrasentido afirmar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, la democracia como derecho fundamental está formalmente blindada, debido a que cuenta con garantías que pueden aplicarse; mientras que, en

un caso real, dependiendo de los intereses que estén en juego, resultan prevaleciendo estos últimos, por encima de la democracia.

En términos de Ferrajoli (2016), una dimensión formal de la democracia “no garantiza, en absoluto ni la bondad de las decisiones políticas, ni su correspondencia a la (supuesta) voluntad popular” (p. 98). Por ello, es necesario que la democracia debe tener unos límites sustanciales, pues de lo contrario no puede sobrevivir, porque a través, incluso de métodos democráticos, puede anularse a sí misma (p. 98), como podría haber ocurrido en el caso del referendo reeleccionista, si no hubiera triunfado la tesis de la sustitución de la Constitución.

Referencias bibliográficas

- Aguilera, R., y López, R. (2012). Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli. En Rocha Wendy (Ed.), *Nuevas perspectivas y desafíos en la protección de los Derechos Humanos* (49-82). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2977/4.pdf>
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Amuchástegui, J. (2002). Las teorías de los derechos humanos. *Revista de Administración Pública* (105), p. 19-41. Recuperado de <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/revadministracionpublica/articloe/view/19121/17226>
- AngloGold suspende proyecto de oro La Colosa en el municipio de Cajamarca. (27 de abril de 2017). *Revista Portafolio*. Recuperado de: <http://www.portafolio.co/negocios/empresas/anglogold-suspende-proyecto-la-colosa-e-indemnizara-a-mas-de-400-trabajadores-505329>
- Argüello, J. (2015). Derecho Procesal Constitucional Transnacional: retos de los sistemas supranacionales. Una propuesta actual. *Revista Internacional de Justicia Constitucional*, (2), 93-103.
- Barreto, M., y Sarmiento, L. (1997). *Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas, Título II: “De los derechos, las garantías y los deberes”*. Bogotá, Colombia: Comisión colombiana de juristas.
- Beetham, D., y Boyle, K. (1995). *Democracia. Preguntas y respuestas*. París, Francia: UNESCO.
- Brugger, W. (2000). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Herder.

Burgoa, I. (2008). *Las garantías individuales*. Ciudad de México, México: Porrúa.

Caldera, J. (2011). *La democracia como derecho fundamental. Una aproximación dogmática desde el garantismo*. Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia.

Caldera, J. (2017). *La democracia: un derecho fundamental. Desde la doctrina de la integralidad en los derechos fundamentales y el enfoque basado en los derechos humanos o la democracia integral D+EBDH*. (Tesis Doctoral). Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia.

Chinchilla, T. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá, Colombia: Temis.

Congreso de la República de Colombia. (15 de agosto de 2001). Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. [Ley 685 de 2001]. DO: 44.545.

Congreso de la República de Colombia. (2 de noviembre de 2006) Por la cual se reglamenta el artículo 30 de la Constitución Política. [Ley 1095 de 2006.] DO: 46440.

Congreso de la República de Colombia. (08 de septiembre de 2009) Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional. [Ley 1354 de 2009]. DO: 47.466.

Congreso de Colombia. (06 de julio de 2015) Ley estatutaria. Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática. [Ley 1757 de 2015]. DO: 49565.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 1 [Título I]. 2da Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 2 [Título I]. 2da Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 40 [Título II]. 2da Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 68 [Capítulo 3]. 2da Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 69 [Capítulo 3]. 2da Ed. Legis.

Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Artículo 90 [Capítulo 4]. 2da Ed. Legis.

“Consulta minera en Cajamarca no tiene la capacidad de cambiar la ley”: Gobierno. (27 de marzo de 2017). EL ESPECTADOR. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/consulta-minera-en-cajamarca-no-tiene-la-capacidad-de-cambiar-la-ley-gobierno-articulo-686515>

Contreras, S. (2012). Ferrajoli y su teoría de los derechos fundamentales. *Estudios de filosofía práctica e historia de las ideas*, 14(2), 17-28. Recuperado de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S185194902012000200002&lng=es&tlng=es.

Corte Constitucional de Colombia. (24 de febrero de 1993) Sentencia SU-067. [MP. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón]

Corte Constitucional de Colombia. (24 de febrero de 1994) Sentencia C-071. [M.P. Álvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional de Colombia. (01 de agosto de 1996) Sentencia C-333. [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

Corte Constitucional de Colombia. (21 de mayo de 1998) Sentencia T-235. [M.P. Fabio Morón Díaz]

Corte Constitucional de Colombia. (07 de junio de 2001) Sentencia T-587. [M. P. Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Constitucional de Colombia. (18 de mayo de 2001) Sentencia T-525. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]

Corte Constitucional de Colombia. (04 de diciembre de 2007) Sentencia C-1042. [M.P. Humberto Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. (27 de junio de 2008) Auto 156. Salvamento de voto. Magistrado Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional de Colombia. (03 de diciembre de 2008) Sentencia C-1194. [M.P.: Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional de Colombia. (19 de abril de 2010) Sentencia T-263. [M.P. Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Constitucional de Colombia. (26 de febrero de 2010) Sentencia C-141. [M.P: Humberto Sierra Porto].

Corte Constitucional de Colombia. (16 de febrero de 2015) Sentencia T-066. [MS: Gloria Stella Ortiz Delgado]

Corte Constitucional de Colombia. (25 de mayo de 2016) Sentencia C-273. [M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado].

En Cajamarca se tomarían vía Panamericana si gobierno no respeta resultado de consulta popular. (26 de septiembre de 2017). RCN Radio. Recuperado de <http://www.rcnradio.com/nacional/en-cajamarca-se-tomarian-via-panamericana-si-gobierno-no-respeta-resultado-de-consulta-popular/>

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Trotta.

Ferrajoli, L. (2003, octubre). Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc5b0f5>

- Ferrajoli, L. (2016). La democracia constitucional. En Carlos Arturo Hernández y Santiago Ortega Gomero (Eds). *Derechos fundamentales, democracia fundamental y garantismo*. (92-181) Bogotá: Universidad Libre.
- Garcés, M y Rapalino, W (2015). La Consulta Popular como mecanismo de participación ciudadana para evitar actividades mineras. *Justicia Juris*, 11(1), 52-62.
- García, L. (2015). Análisis de ‘Teoría de los derechos fundamentales’, de Robert Alexy. *Departamento de Gobierno y Ciencias Políticas, Universidad EAFIT*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/administrativo-y-contratacion/analisis-de-teoria-de-los-derechos-fundamentales-de-robert-alexey>
- Guevara, L. (2016). *La tutela como garantía de los derechos fundamentales de las víctimas en Colombia frente al Proceso especial de Justicia y Paz* (Tesis de diplomado). Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, Colombia.
- Guzmán, C. y Insignares, S. (Eds.). (2010). *Política y Derecho: retos para el siglo XXI*. Barranquilla, Colombia: Ediciones Uninorte.
- Habermas, J. (2005). Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa. *POLIS, Revista Latinoamericana*, 4 (10), 1-16.
- Las consultas populares como la de Cajamarca van en contravía de la Constitución. (27 de marzo de 2017). *Revista Portafolio*. Recuperado de <http://www.portafolio.co/economia/gobierno/consulta-popular-de-cajamarca-va-en-contravia-de-la-constitucion-504466>
- Los coletazos de Cajamarca. (4 de enero de 2017). *Revista Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/economia/articulo/las-consecuencias-de-la-consulta-minera-en-cajamarca/520496>

- Mejía, O. (1997). La Teoría del Derecho y la Democracia en Jürgen Habermas: En torno a Faktizität und Geltung. *Ideas y Valores*, 46 (103), pp. 32-52.
- Mejía, O. (2014). Elementos para una hermenéutica crítica: una introducción al problema del método en las ciencias sociales y el derecho. *Pensamiento Jurídico*, 14 (39), pp. 15-53.
- Mouffe, C. (2003). *La paradoja democrática*. Barcelona, España: Gedisa.
- Osto, Z. (2010). Los modelos contemporáneos de democracia y las teorías sociológicas del Estado, el poder y la sociedad civil. *Revista Estudios Culturales*, (6), 185-220.
Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3739718>
- Qué significa el No de la consulta popular en Cajamarca. (3 de marzo de 2017). Revista Dinero..
Recuperado de: <http://www.dinero.com/edicion-impres/pais/articulo/cajamarca-consulta-popular-contra-anglogold-ashanti/243450>
- Sánchez, A. (2014). Concepto, Fundamentos y Evolución de los Derechos Fundamentales. *Eikasia: revista de filosofía*, (55), pp. 227-238.
- Vila, I. (2012). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá, Colombia: Legis.