DOI: http://dx.doi.org/ 10.18634/incj.20v.1i.866

Los derechos fundamentales de las minorías ante las decisiones democráticas mayoritarias*

The fundamental rights of minorities in the face of majority democratic decisions

*Jose Miguel Camacho-Castro** *María Camila Cifuentes Mejía*** *Natalia Cuartas Urrea****
*Joan Daniela Padilla Quiceno***** *Karla Tatiana Polanía Hincapié******

*Docente investigador de la Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt. Correo electrónico: jcamacho4@cue.edu.co
**Abogada. Semillero de Investigación en Teoría y Política de las Instituciones de la Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt. Correo electrónico: mcifuentes4220@cue.edu.co
***Estudiante de VIII Seminario Nuclear del Programa de Derecho de la Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt. Correo electrónico: ncuartas52314@cue.edu.co
****Abogada. Semillero de Investigación en Teoría y Política de las Instituciones de la Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt. Correo electrónico: dpadilla4217@cue.edu.co
*****Abogada. Semillero de Investigación en Teoría y Política de las Instituciones de la Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt. Correo electrónico: kpolania4211@cue.edu.co

Cómo citar: Camacho-Castro, J.M., Cifuentes, M.C., Cuartas, N., Padilla, J.D., Polanía, K.T. (2018) Los derechos fundamentales de las minorías ante las decisiones democráticas mayoritarias. *Inciso* 20 (1);124-136.

Recibido:06/03/2018 Revisado: 24/05/2018 Aceptado: 30/08/2018

Resumen

En este trabajo se estudia la tensión existente entre las decisiones democráticas mayoritarias y los derechos fundamentales de las minorías. A través de un estudio jurídico con enfoque cualitativo, se analizó la influencia que tienen dichas decisiones en la determinación del contenido de los derechos fundamentales, en especial los de los grupos minoritarios. Así, mediante el estudio de teorías democráticas y acogiendo una postura minimalista en cuanto a la comprensión del concepto de democracia, se concluyó que los derechos fundamentales son un límite a las decisiones democráticas mayoritarias y que hay buenas razones para proteger algunas instituciones jurídicas en aras de salvaguardar a las minorías de una posible tiranía de las mayorías.

Palabras clave: Deliberación, democracia, derechos fundamentales, mayorías, minorías.

Abstract

This paper studies the tension between majoritarian decisions and the fundamental rights of minorities. Through a legal study with a qualitative approach, the influence of these decisions on determining the content of rights, especially those of minority groups, was analyzed. Thus, through the study of democratic theories and accepting a minimalist position regarding the understanding of the concept of democracy, we concluded that fundamental rights are a limit to majoritarian democratic decisions and there are legal institutions that should be protected to safeguard minorities from a possible majorities' tyranny.

Keywords: Deliberation, democracy, fundamental rights, majorities, minorities

ISSN: 1794-1598

Introducción

En el Estado constitucional contemporáneo se ha discutido acerca de la tensión que puede presentarse entre ciertas decisiones políticas dictadas por la mayoría y algunos derechos establecidos en las Constituciones Políticas. No es extraño encontrar casos en los cuales las mayorías buscan la supresión, limitación o modificación de derechos de ciertos grupos, normalmente minoritarios, de la sociedad. Esto se debe a que en el ámbito electoral en un Estado democrático la atención se centra de forma exclusiva en el principio de la mayoría como regla única de juego. Aquí surge la principal preocupación en el ámbito constitucional, pues existe una posibilidad latente de que se aplaste el derecho de oposición de las minorías, dando paso a una forma despótica de democracia o, en otras palabras, a una tiranía de las mayorías.

Tradicionalmente se ha considerado que la democracia debe universalizarse, extendiéndose a todos los aspectos de la vida política contemporánea, supuestamente para la obtención de fines justos y racionales. Sin embargo, desde tiempos de los griegos, el mundo occidental ha sido testigo de que la democracia no garantiza ni justicia ni racionalidad. Esto implica que la democracia no es necesariamente la respuesta correcta a todos los dilemas éticos y políticos de nuestra era.

Al mismo tiempo, los derechos fundamentales pueden considerarse como un límite a la democracia, tal como lo propone la idea de *coto vedado,* al afirmar que ciertas características, temas y artículos de las constituciones deben permanecer incólumes, incluso si un gran número de personas desean lo contrario. A través de esta figura –y otras análogas– se ha logrado retirar del ámbito democrático la toma de ciertas decisiones, evitando que se deje en manos de las mayorías la última palabra sobre asuntos que pueden alterar el disfrute de los derechos y las condiciones de vida de las minorías.

Debido a la naturaleza de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta, es necesario valorar si pueden ser reformados conforme al devenir social o si es necesario preservarlos como prerrogativas básicas de que goza toda persona por el hecho de serlo. La cuestión de si el pueblo puede o no modificar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política a través de diferentes mecanismos de participación es una cuestión abierta, ambiguamente tratada y que no cuenta con respuestas determinantes.

Para analizar la tensión planteada, se realizará (i) una caracterización de las teorías de la democracia que incluye describir el concepto de decisión democrática mayoritaria, (ii) un acercamiento a los derechos fundamentales entendiéndolos como límites a las decisiones democráticas mayoritarias, (iii) una revisión de algunos mecanismos jurídicos que existen para la defensa de los derechos fundamentales de las minorías y (iv) una valoración de los criterios que justifican (o no) la prevalencia de las decisiones democráticas mayoritarias en la determinación del contenido de los derechos fundamentales.

Teorías democráticas y el concepto de decisión democrática mayoritaria

Joseph Schumpeter, defensor de una visión minimalista de la democracia, elaboró una crítica fundamental a lo que él denomina *teoría clásica* y señaló su distinción con la *otra teoría de la democracia,* formulada por él. La primera la define como:

> Aquel sistema institucional de gestación de las decisiones políticas que realiza el bien común, dejando al pueblo decidir por sí mismo las cuestiones en litigio mediante la elección de los individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad. (Schumpeter, 1968: 321).

Dicha definición concibe la existencia de un bien común como faro orientador de la política y una voluntad común del pueblo, que se corresponde con el bienestar común. Ciertamente, Schumpeter se muestra bastante escéptico con esta definición, al punto de advertir de manera jocosa que se trata de una teoría que adquiere un significado inequívoco y no plantea ningún problema, a excepción del de cómo implementarla. Afirma que la teoría clásica de la acción colectiva no puede ser apoyada por los resultados de un análisis empírico (Schumpeter, 1968: 339), es decir, soportada por los hechos.

Inicialmente, Schumpeter desvirtúa la existencia de un bien común claramente definido, pues en virtud de la argumentación racional no es posible que todo el mundo esté de acuerdo o pueda hacérsele estar de acuerdo sobre alguna decisión social. Esto no se debe exclusivamente a que los seres humanos tengan deseos y preferencias disímiles, sino que también para distintos grupos e individuos el bien común ha de significar cosas diferentes. (Schumpeter, 1968, pp. 322, 323). Igualmente, refuta la existencia de la *voluntad popular* en la medida en que:

> Para existir, la "voluntad del pueblo" o "voluntad general" no podría ser otra cosa que la suma perfecta de todas y cada una de las voluntades individuales, pero estas en la práctica no convergen –salvo en los escasísimos casos de unanimidad–, sino que tienden a la divergencia y por lo tanto resultan irreductibles a una sola voluntad. Así, la teoría clásica entraña una confusión que es menester despejar entre la supuesta "voluntad popular" y lo que en realidad es apenas la voluntad de la mayoría. "La voluntad de la mayoría es la voluntad de la mayoría, y no la voluntad del pueblo" (Schumpeter, 1968, p. 273).

Teniendo claro que la voluntad popular corresponde realmente a la voluntad de la mayoría, Schumpeter revela la irracionalidad de esta última indicando que la voluntad de los individuos se ve sesgada al momento de tomar tanto decisiones políticas como de cualquier otra índole, debido a la propaganda sugestiva y a intereses particulares.

Ahora, dada la inexistencia del interés general, Schumpeter aduce que la *otra teoría de la democracia* constituye un gran progreso respecto a la definición clásica en la medida en que permite que el papel del pueblo sea el de instaurar un *organismo intermediario* que se encargue de crear un ejecutivo nacional o gobierno. Es decir, el papel del elector se circunscribe a aceptar o rechazar propuestas elaboradas por "una élite de expertos profesionales, los cuales deberían ocuparse de unas pocas materias y estar asistidos por una burocracia estable y bien cualificada" (Simón, 2014).

En la obra del mencionado autor se evidencia gran influencia weberiana sobre la ética de la responsabilidad en la actividad política. Según Weber, si bien los procesos electorales constituyen un pilar básico en la eficiencia democrática, es una fuente de riesgos a la dinámica democrática: "Para él [Weber], entre estos riesgos, el mayor es el de que a través de las elecciones, lleguen a predominar los elementos emocionales en la configuración de las políticas estatales*."* (Rodríguez Arechavaleta, 2007, p. 7) De acuerdo con Schumpeter, el modelo democrático que se limita a permitir la participación de la ciudadanía a través del voto con el fin de seleccionar las élites políticas que se dedicarán a tomar decisiones colectivas es el más apropiado, pues elimina la volubilidad del público y permite que las decisiones se tomen por personas específicamente preparadas para esa labor.

Esta teoría ha sido altamente debatida bajo el argumento de que limita la participación directa de los ciudadanos en lo concerniente a las decisiones públicas. Pues, no conformes con el

ISSN: 1794-1598

modelo de democracia competitiva –en la que las élites compiten por los votos para hacerse con el poder de tomar decisiones colectivas–, hay quienes opinan que la democracia debe lograr la mayor participación posible del pueblo. Dichos autores han originado lo que se denomina la *teoría participativa de la democracia.* Esta modalidad hace referencia, de forma general, a la participación real y efectiva en el poder (Moncaleano Archila, 2005: 239). Procura incrementar el número de personas con derecho al voto y ampliar la participación ciudadana en la decisión de asuntos públicos (Sánchez Tórres & Muriel Ciceri, 2007:14), con el fin de que sea la voluntad de cada ciudadano elector la responsable del curso de las decisiones políticas.

> Sin embargo, el reconocimiento de la pluralidad humana se da no sólo a partir de la suspensión de la idea del bien común, como proponen Schumpeter, Downs y Bobbio, sino a partir de dos criterios distintos: el énfasis en la creación de una nueva gramática social y cultural y el entendimiento de la innovación social articulada como la innovación institucional, es decir, con la búsqueda de una nueva institucionalidad de la democracia (De Sousa Santos & Avritzer, 2004: 46).

De Sousa Santos se refiere a la teoría democrática defendida por Schumpeter como *la concepción hegemónica de la democracia*, dentro de la cual enfatiza la contradicción entre movilización e institucionalización como uno de sus principales elementos; igualmente, critica la valoración positiva de la apatía política: "una idea muy destacada por Schumpeter, para quien el ciudadano común no tenía capacidad o interés político sino para elegir los líderes a los cuales cabría tomar las decisiones" (De Sousa Santos & Avritzer, 2004,: 37). Además, revisa el tratamiento del pluralismo como forma de incorporación partidaria y disputa entre las élites y la solución minimalista al problema de la participación mediante la discusión de las escalas y la complejidad.

Indica que los mencionados elementos no logran enfrentar de forma adecuada el problema de la cualidad de democracia en la tercera oleada de democratización, pues cuanto más se insiste en la fórmula clásica de democracia de baja intensidad, menos se logra explicar la paradoja de que la extensión de la democracia conllevó a la degradación de la práctica democrática (De Sousa Santos & Avritzer, 2004: 35). Señala que la expansión global de la democracia liberal coincidió con una crisis que se manifiesta a través de dos patologías: primero, la patología de la participación, visible a través del considerable aumento del abstencionismo; segundo, la patología de la representación, ya que los ciudadanos se sienten cada vez menos representados por aquellos que eligieron.

Al considerar sobreestimados los mecanismos de representación en la democracia minimalista –el modelo de Schumpeter– y percibir este modelo como restrictivo de la participación directa de los ciudadanos en las decisiones colectivas, De Sousa propone un modelo de democracia contrahegemónico llamado también de alta intensidad. Este modelo está fundado en elementos inclusivos maximizando la participación política de cada uno de los ciudadanos.

> Estas corrientes de pensamiento democrático contrahegemónico tienen en común el hecho de entender la participación directa como un elemento imprescindible de la vida política y la plena ciudadanía y están comprometidas con la inclusión y la emancipación política y social de las personas, por eso están abiertas a las propuestas de los movimientos sociales de ampliar los espacios políticos y apuestan por establecer un nuevo contrato social caracterizado por la institucionalización de la diversidad cultural, el aumento de la ciudadanía y la prevalencia del principio de

> comunidad, en detrimento del protagonismo adquirido por el principio de mercado, especialmente en la época de la globalización económica neoliberal (Aguiló Bonet, 2009: 381).

En el pensamiento político de De Sousa Santos, la democracia se entiende como una forma de organización social cuya fuerza radica en su capacidad para perfeccionar la convivencia humana. Se inclina hacia la demo-diversidad, proponiendo la articulación entre democracia representativa y democracia participativa. No pretende entonces sustituir el modelo hegemónico de democracia liberal representativa, sino señalar que este es insuficientemente democrático y por lo tanto es necesario mejorarlo y complementarlo con formas participativas (Aguiló Bonet, 2009: 382).

Ahora, luego de haber descrito la teoría minimalista y participativa no es posible dejar de mencionar la teoría deliberativa de la democracia, pues ha influido considerablemente en el ámbito de la filosofía política, la política cotidiana y los medios de comunicación. El antecedente más antiguo se encontraría en la Atenas clásica, donde los ciudadanos deliberaban públicamente en asamblea sobre las ventajas y desventajas de las posibles alternativas antes de tomar decisiones (Cortina, 2007: 144). Sin embargo, esta teoría surgió formalmente en la década de los noventa del siglo XX a partir de lo que algunos autores han llamado *el giro deliberativo de la democracia.* (Cortina, 2004).

El filósofo y economista Amartya Sen, se ha constituido también como un autor que ha defendido la importancia del razonamiento público, del "debate abierto entre una pluralidad de personas, cada una de las cuales habla con su propia voz" (Piera, 2010). Para él la búsqueda de estas exigencias no puede hacerse de forma interna y personal, sino que es algo que surge del diálogo: "hay una íntima conexión entre justicia y democracia, que comparten características discursivas" (Sen, 2010, p. 356). Considera que la razón pública supone un diálogo que se desarrolla entre múltiples actores como los Estados, los medios de comunicación, las ONG, las Naciones Unidas, las campañas de derechos humanos o las actividades feministas. Además, la discusión sirve para solucionar los grandes problemas mundiales, como el terrorismo y las crisis económicas (Sen, 2010, p. 181).

Para concluir el presente capítulo es necesario realizar un acercamiento a la definición de decisión democrática mayoritaria. En primer lugar es importante señalar que este concepto ha de variar dependiendo de la teoría democrática en que se ubique. En términos generales decisión democrática mayoritaria, también denominada *regla de la mayoría* establece que para tomar una decisión en determinado grupo debe adoptarse aquella que sea soportada por la mayoría de los miembros.

Hans Kelsen sostiene que la única función verificable de las decisiones mayoritarias es servir de mecanismo transaccional pacífico entre intereses contrapuestos, canalizados a través de la función parlamentaria (Kelsen, 1934, p. 85). A su vez, al estudiar los procesos de toma de decisiones mediante el uso de la regla de la mayoría Flórez –de la mano de Caplan (Caplan, 2006)–, manifiesta que

> Ciertamente, no existe evidencia de que la democracia tenga valor epistémico; de que en procesos de toma de decisiones políticas la agregación de voluntades individuales se traduzca en la formación de una voluntad colectiva racionalmente superior, sobre todo debido al error sistémico al que tienden los ciudadanos por causa de su ignorancia y por la reafirmación de lugares comunes espurios en materias de alta complejidad (Flórez Ruiz, 2015, p. 92)

En dicha afirmación se evidencia la influencia

ISSN: 1794-1598

de la democracia minimalista de Schumpeter, ya que no es posible hablar de decisiones democráticas correctas o incorrectas, pues los resultados de una votación no pueden catalogarse como buenos o malos en función de su número de votantes. Esto se debe a que la democracia no está en condiciones de garantizar un valor de verdad. En cambio, sí se puede afirmar que el resultado fue el querido por el mayor número de personas, que en la dialéctica democrática debe ser suficiente. (Flórez Ruiz, 2015, p. 99).

Dentro del pensamiento común que concibe la democracia como la solución para todos los problemas sociales, se pretende que la participación de los ciudadanos aumente de manera gradual a fin de decidir sobre cada uno de los asuntos de carácter público. De ahí que se quieran implementar las decisiones democráticas mayoritarias sobre aspectos económicos, culturales, de conocimiento; sobre la comunicación, el poder, la riqueza y su distribución. Incluso se ha perseguido consultar la opinión mayoritaria sobre los derechos fundamentales, si se debe o no restringir su gozo a determinados grupos al interior de la sociedad –generalmente minoritarios– bajo el argumento del bienestar común. Sin embargo, no es positivo que se quiera implementar la democracia en absolutamente todos los asuntos, dándole a la mayoría un poder excesivo y, como lo describió Sartori, tiránico (Sartori, 1993, p. 89). Entre dichos asuntos están los derechos humanos, los cuales constituyen un límite a la democracia, como se verá a continuación.

Derechos fundamentales como límite a las decisiones democráticas mayoritarias

El constitucionalismo analizado básicamente involucra al menos dos fines que se encuentran constantemente en disputa: la idea de unos derechos inviolables e incondicionales y la garantía de decisiones democráticas.

> En definitiva, lo cierto es que tomarse en serio el constitucionalismo nos exige dar una respuesta acerca del modo en que nos enfrentamos a –y somos capaces de sortear– dicha tensión entre el ideal de la sociedad autogobernada y el del respeto por los derechos (Gargarella, 2005: 17).

Lo anterior revela la tensión latente entre la garantía de derechos humanos básicos y la garantía de los procesos democráticos sujetos a la regla de la mayoría que constitucionalmente se le debe otorgar al pueblo.

Tradicionalmente se ha desarrollado la concepción de que la garantía de derechos fundamentales son repercusiones ciertas y positivas de los regímenes democráticos. En efecto, algunos teóricos han manifestado que los derechos fundamentales son prerrogativas que ha traído consigo el constitucionalismo y los sistemas políticos democráticos. Estos autores en ocasiones desarrollan la idea de que los derechos fundamentales deben ser la base fundante de toda sociedad, y consideran que debe ser el primer acto político para que en un grupo social se puedan garantizar las condiciones de vida básicas inherentes al ser humano y necesarias para una convivencia sana y con dignidad. “Los derechos fundamentales o esenciales son derechos que están conectados a la idea de naturaleza humana, siendo derechos que universalmente pertenecen a todo individuo de la especie humana” (Caroca Paez & Cabello Osorio, 2011: 87).

Siguiendo una vía diferente, otros autores plantean que los derechos fundamentales no son un beneficio o la base fundante de un conglomerado social democrático, sino que deben entenderse como un límite o correctivo a la democracia –basada en la regla de mayoría–.

> (…) los derechos humanos se revelan como

> lo que realmente son, *correctivos* de uno de los más graves defectos de la democracia: la permanente amenaza de atropello de las minorías por parte de las mayorías parlamentarias mediante la expedición de leyes excluyentes o discriminatorias (Flórez Ruiz, 2015: 83 - 84).

Esta cita devela la democracia como un sistema político que también posee defectos, de los cuales los principales afectados pueden llegar a ser los grupos minoritarios. Se argumenta que las decisiones tomadas democráticamente pueden atropellar, desconocer, afectar y no respetar ciertos mínimos jurídicos, etiquetados bajo la idea del coto vedado de derechos. En esta tensión han intervenido los jueces constitucionales y, en particular, la Corte Constitucional, quienes hacen parte del esquema burocrático del Estado, conformando la llamada burocracia judicial.

Respecto a lo mencionado, se considera pertinente traer a colación el siguiente cuestionamiento: "¿Cuál es el límite que los derechos fundamentales establecen a las mayorías democráticas en Colombia?". (Durango Álvarez, 2015: 109). Al respecto, puede decirse que no existe una norma expresa que brinde una respuesta sólida a la tensión existente entre derechos fundamentales y decisiones democráticas (Durango Álvarez, 2015: 109). Es por ello por lo que la Corte Constitucional colombiana ha tomado ciertos matices contramayoritarios en su ejercicio, implementado figuras como el control de constitucionalidad, la acción pública de inconstitucionalidad y, en algunas ocasiones, figuras contra democráticas como el coto vedado de derechos.

Teniendo en cuenta lo desarrollado anteriormente, es importante comprender que el coto vedado de derechos es una teoría que plantea que existen algunos derechos que no deben ser modificados, lo que implica necesariamente que no deben encontrarse al alcance de las decisiones mayoritarias, sean parlamentarias o ciudadanas. Múltiples autores han realizado formulaciones de esta idea. Por ejemplo, Ronald Dworkin propuso la denominación de *derechos como cartas de triunfo* (Ruiz Schneider, 2008: 23), en la cual sostiene los derechos individuales evitan la prevalencia injustificada de metas colectivas:

> Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio (Dworkin, 1984, p. 37).

Por otra parte, Luigi Ferrajoli formuló la idea de *la esfera de lo indecidible* para denominar el "conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías" (Ferrajoli, 2008, p. 337). Antes que los mencionados autores, Kelsen había entendido el papel protector que los derechos fundamentales frente al poder de las decisiones democráticas mayoritarias, lo cual coincide con las nociones explicadas hasta ahora.

> Por su mismo concepto, la mayoría supone la existencia de una minoría, y, por consiguiente, el derecho de la primera también implica el derecho de la segunda a existir, resultando de ello, ya que no la necesidad, por lo menos la posibilidad de una protección para la minoría frente a la mayoría. Esta protección constituye la función esencial de los llamados derechos públicos subjetivos, derechos políticos o garantías individuales consignados en todas las Constituciones modernas de las democracias parlamentarias (Kelsen, 1934: 81).

La denominación de *coto vedado* ha sido divulgada con fuerza por Ernesto Garzón Valdés, quien establece que "Los derechos incluidos en el *coto vedado* son aquellos vinculados con la

ISSN: 1794-1598

satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida" (Garzón Valdés, 1989, p. 209). Se puede afirmar que a través de la teoría del coto vedado se pretende evitar la injerencia de las mayorías en los derechos individuales.

Se han planteado ciertas objeciones a la teoría del coto vedado, entre ellas su intemporalidad. Conservar una serie de derechos incólumes en el tiempo no permite que los mismos se adapten a la realidad social. Esta objeción parte del hecho de que los grupos sociales son cambiantes y señala que el coto vedado presupone que ni los grupos mayoritarios actuales ni los futuros tendrán la capacidad de deliberar moralmente acerca de las decisiones más apropiadas para su respectiva generación, al punto de que deben permanecer atados a lo dispuesto por generaciones pasadas. ¿Por qué las generaciones futuras han de estar obligadas por lo que decidieron las generaciones pasadas, si no han podido participar en dicho arreglo? (Linares, 2008).

Quienes se encuentran a favor de la teoría del coto vedado, contradicen la objeción en mención manifestando que no se duda de la capacidad de deliberación responsable de los actuales grupos mayoritarios, sino que por el contrario se les brinda la posibilidad de prever alteraciones futuras de su racionalidad. De hecho, "La misma autonomía de la voluntad es la que, consciente de sus propias tentaciones e inclinaciones irracionales, decide autorrestringirse (...) no se entiende cómo es que el establecimiento de un *coto vedado* puede vulnerar el respeto a la autonomía" (Linares, 2008: 50). Este argumento sugiere que el coto vedado es una forma en que las sociedades imitan la actitud de Ulises al amarrarse a sí mismo al barco cuando se acerca a las sirenas, previendo que no resistirá la tentación de sus maravillosos cantos (Elster, 1989).

El coto vedado es una teoría que ha sido ampliamente debatida y como ya se ha manifestado, se han propuesto objeciones en contra y a favor de esta que han abierto la discusión entre si es viable o no su implementación para la protección de los derechos de grupos minoritarios, teniendo en cuenta la pugna existente entre las decisiones democráticas mayoritarias y derechos fundamentales de las minorías. Para ello se relacionarán dos ejemplos de tribunales constitucionales en los cuales se ha implementado la teoría del coto vedado.

El primer ejemplo que se tendrá en cuenta es la sentencia No. 02111-2010 PA/TC expedida por el Tribunal Constitucional del Perú que en lo relevante aquí afirma lo siguiente:

> En segundo lugar, y derivado de lo anterior, la responsabilidad social empresarial, en tanto contenido esencial del Estado Constitucional, también se deriva de la tesis, asumida por este Colegiado, de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. De acuerdo a ésta, los derechos fundamentales no sólo suponen un "coto vedado" o ámbito de irreductible limitación para los poderes públicos, sino también, y de modo especial, para los *poderes privados* (Tribunal Constitucional del Perú, 2012: 23).

Es sumamente interesante cómo esta idea del coto vedado es aplicada por el Tribunal Constitucional del Perú no solo para limitar las posibles amenazas de grupos mayoritarios y poderes públicos, sino también para limitar la acción del poder privado, pues este también implica la sujeción de una persona a otra. Esta idea acerca al Tribunal Constitucional del Perú a Luigi Ferrajoli cuando afirma que la noción de *esfera de lo indecidible* "se refiere no solamente a los poderes públicos sino también a los poderes privados; no sólo al Estado, sino también al mercado" (Ferrajoli, 2008: 338).

También se traerá a colación el siguiente argumento utilizado en una importante providencia de la Corte Constitucional de

Colombia:

> En un Estado Social de Derecho existe un conjunto de derechos fundamentales, cuyos contenidos esenciales configuran un "coto vedado" para las mayorías, es decir, un agregado de conquistas no negociables, entre ellas, aquella que tiene todo ser humano, en condiciones de igualdad, para unirse libremente con otro y conformar una familia, con miras a realizar un plan de vida común" (Corte Constitucional de Colombia, 2016).

Es importante tener en cuenta que la providencia tomada como referencia marcó un momento coyuntural en el panorama político, jurídico y social en Colombia, puesto que la providencia fue la cúspide del debate que versa sobre la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, la misma Corte reconoció que "Es una realidad innegable que las mayorías políticas, tradicionalmente se han mostrado reacias al reconocimiento de derechos de quienes deciden vivir en pareja con otra persona del mismo sexo" (Corte Constitucional de Colombia, 2016). Es este caso, la Corte Constitucional decidió hacer contrapeso a la tendencia histórica de rechazo mayoritario al conjunto de derechos de las comunidades sexualmente diversas, decidiendo que las parejas conformadas por personas del mismo sexo o por personas sexualmente diversas constituyen familia y tienen el mismo tratamiento jurídico que reciben las parejas heterosexuales tradicionales.

Mecanismos jurídicos para la defensa de los derechos fundamentales de las minorías

En este capítulo se explica que el principal mecanismo jurídico para la defensa de los derechos fundamentales de las minorías es la denominada *burocracia judicial,* que no es otra cosa que las cortes y jueces que toman decisiones contramayoritarias estableciendo límites al poder las mayorías parlamentarias o ciudadanas y protegiendo los derechos de los grupos minoritarios. La burocracia judicial es un fenómeno jurídico que tiene gran importancia hoy. Para entender este fenómeno es necesario tener en cuenta que la cuestión del acceso al poder es diferente de la cuestión del ejercicio del poder. Mientras que el asunto de la democracia es un problema concerniente al acceso al poder, la burocracia –en general– es un problema del ejercicio del poder (Mazzuca, 2002).

Hacer esta diferenciación permite que ubiquemos a la democracia en el sitio que le corresponde y que a su vez podamos establecer la labor de las burocracias judiciales en el marco de la toma de decisiones no siempre respaldadas por las mayorías y, sin embargo, necesarias para el adecuado funcionamiento del Estado Social y Democrático de Derecho.

En el caso colombiano, la institución que ha asumido más decididamente ese rol contramayoritario ha sido la Corte Constitucional, que se ha erigido como uno de los principales mecanismos contemporáneos para la limitación de las decisiones democráticas, que pueden ser erradas y afectar derechos de grupos minoritarios.

Diferentes instituciones jurídicas han sido creadas con el objetivo de reconocer la existencia de minorías y de otro lado, establecer mecanismos efectivos para la protección de sus derechos. A fin de establecer cuáles son los mecanismos jurídicos para la defensa de los derechos fundamentales de las minorías, hace falta enmarcar quiénes forman parte de este concepto. Con arreglo al derecho internacional, se ha entendido que

> (…) la existencia de una minoría es una cuestión de hecho y que toda definición ha de incluir tanto factores objetivos (como la existencia de una etnia, de un lenguaje o de

ISSN: 1794-1598

> una religión compartidos) como factores subjetivos (en particular, que las personas de que se trate han de identificarse a sí mismas como miembros de una minoría) (Naciones Unidas, 2010: 3).

Así, el reconocimiento de la existencia de minorías es el primer paso en el camino hacia su protección. En Colombia, se ha reconocido la existencia de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas y, además, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha reconocido la existencia de minorías sexuales. Debe recordarse que los tribunales constitucionales son el principal mecanismo jurídico de protección de las minorías. Sin embargo, a esto hay que agregar que estas instituciones crean nuevos mecanismos a través de su actividad jurisprudencial. Tal es el caso de la consulta previa en Colombia, la cual contempla la obligación de consultar con las minorías éticas decisiones estatales de todo tipo –leyes, actos administrativos, proyectos, planes, programas o políticas– que puedan afectar sus territorios por la explotación de recursos naturales.

En este sentido la consulta previa busca que las minorías étnicas puedan tener una participación más activa en la toma de decisiones que puedan generar un detrimento en sus derechos fundamentales. Es aquí donde se evidencia claramente que la implementación de la consulta previa, además de ser considerada un derecho fundamental, aparece como un mecanismo jurídico para la protección de intereses de grupos minoritarios.

El resurgimiento del poder de las mayorías a través de la deliberación

Como se mostró en secciones anteriores, la idea de que los derechos fundamentales son un límite al poder de las mayorías parlamentarias o ciudadanas ha tenido buena recepción tanto en el campo académico como en el campo judicial. Es natural que existan intentos teóricos –provenientes de los sectores más proclives a sobrevalorar las virtudes de la democracia– para devolver la confianza en las decisiones democráticas basadas en la regla de la mayoría.

En procura de defender grupos de poblaciones minoritarias se ha disminuido el espectro en el cual pueden actuar e influir los grupos mayoritarios, lo cual puede generar fuertes descontentos. La idea de deliberación puede entenderse como un mecanismo que busca devolverle a las decisiones democráticas mayoritarias cierto prestigio del que ya no gozan. Querer darle fuerza a la deliberación es "un reflejo de la determinación popular de pelear por disponer de una voz efectiva en materia de participación política" (Sen, 2006, p. 10).

La teoría democrática minimalista –con Schumpeter como referente–, se concentra en que la participación de las personas se realiza a través de la elección de personas capacitadas para tomar decisiones públicas, pues se presume que las decisiones mayoritarias en las que intervienen todos los ciudadanos sean torpes. Teorías más recientes, como las de Amartya Sen, manifiestan que la clave de las elecciones es un debate previo transparente,

> En realidad, las elecciones son solo una forma –si bien muy importante– de hacer eficaces las discusiones públicas, especialmente cuando la posibilidad de votar se combina con la oportunidad de hablar y escuchar sin miedo a la represión. La fuerza y el alcance de las elecciones depende crucialmente de la existencia de un debate público y abierto (Sen, 2006: 12).

El concepto de deliberación implica un proceso de discusión donde se plantean argumentos entre iguales, con conocimiento previo y una eficiente documentación frente al tema para elaborar los argumentos y opiniones, con el fin de que la decisión, al estar precedida de una discusión, adquiera un carácter superior de razonabilidad.

Esto lleva a pensar que la revitalización de la confianza en las mayorías podría lograrse a través de un compromiso decidido de los ciudadanos con la argumentación detallada e informada de los asuntos públicos. Sin embargo, resulta paradójico que este tipo de compromiso es más aplicado por instituciones contramayoritarias como la Corte Constitucional. Así, instituciones contrademocráticas como los tribunales constitucionales terminan siendo más juiciosos que las mayorías.

Es importante mencionar que la deliberación para la toma decisiones actúa como un arma de doble filo ya que, al momento de aplicarla en el campo democrático, puede aparecer el fenómeno de la polarización de los grupos. En pocas palabras, Cass Sunstein lo define como una radicalización de las opiniones, ya que estas pueden estar influidas por sesgos cognitivos, intereses particulares, de clase o de cualquier otro tipo, lo que puede generar que la deliberación no sirva para el cambio o ampliación de las perspectivas, sino para que quienes deliberan busquen la manera de mantenerse en su posición a ultranza (Sunstein, 2005, 2009: 139).

En la actualidad colombiana, los temas más álgidos respecto a la opinión pública están siendo decididos por una autoridad contramayoritaria, esto es, más atenta a los derechos de las minorías que a los reclamos de las mayorías. La eutanasia, la dosis personal y el aborto son algunos ejemplos. Las decisiones sobre estos temas se han tomado en contraposición a las posiciones mayoritarias sobre el tema. Tal parece que la deliberación no puede hacer mucho por enriquecer el debate en el ámbito de la discusión parlamentaria o ciudadana, en tanto sí ha jugado un papel crucial al interior de la Corte, en cuyas sentencias son comunes las referencias a estudios serios sobre los temas objeto de decisión.

Si se mira de cerca, la promoción de la deliberación se ha realizado con el fin de lograr una mayor participación, pero no ha influido en la calidad de las decisiones colectivas provenientes del parlamento o la ciudadanía. Por el contrario, ha disminuido el peso relativo de la participación de cada uno:

> El participar es operable tal como una fracción cuyo denominador mide la parte (el peso) de cada participante, y en tanto el denominador crece, igualmente disminuye la potencia de la participación del individuo. De ello deriva que la participación es una panacea universal, general, desplegada por el participacionista. He ahí por qué el participacionista no se declara: no quiere admitir, ni siquiera para sí mismo, que sus piernas son mensurables y que son enanas. (Sartori, 2007:75)

En resumen, la deliberación no mejora el contenido de las decisiones democráticas y parece generar más paradojas de las que soluciona (Flórez Ruiz, 2015, p. 113)

Conclusiones

Existen al menos dos modelos para comprender la democracia. Uno que hace vehementes llamados para la ampliación de la participación y la deliberación y otro, más realista, que entiende que el proceso democrático es, ante todo, una competencia electoral que permite hacerse con la facultad de tomar decisiones públicas.

Los derechos fundamentales pueden ser entendidos como un límite a una de las reglas básicas de la democracia: la regla de las mayorías. A través de ideas como el coto vedado o la esfera de lo indecidible, es posible justificar que existen temas y derechos que no pueden ser manipulados a través de los procedimientos políticos, ni siquiera si una amplia mayoría así lo desea. Lo anterior tiene como consecuencia una garantía para los derechos de las minorías.

El papel de los tribunales constitucionales en general y de la Corte Constitucional de

ISSN: 1794-1598

Colombia en particular ha sido principalmente contramayoritario, lo cual ha tenido consecuencias en el alcance de las decisiones democráticas mayoritaria y ha producido descontentes.

El concepto de deliberación es utilizado para intentar mejorar el modo en que la ciudadanía participa. Sin embargo, los mecanismos propios de deliberación han hecho escuela en órganos contramayoritarios como la Corte Constitucional, lo cual resulta paradójico.

Referencias bibliográficas

Aguiló Bonet, A. J. (2009). Pasado, presente y futuro de la democracia de Boaventura de Sousa Santos: notas sobre un proyecto emancipador para el siglo XXI. In *Presente, pasado y futuro de la democracia* (pp. 377–383). Murcia: Universidad de Murcia. Retrieved from http://congresos.um.es/sefp/sefp2009/paper/viewFile/3511/3761

Caplan, B. (2006). *The Myth of the Rational Voter. Why democracies chooses bad policies*. Princeton: Princeton University Press.

Caroca Paez, L., & Cabello Osorio, S. (2011). El coto vedado como fundamento de la desobediencia civil. *Revista de Derecho y Humanidades*, (18). https://doi.org/10.5354/0719-2517.2012.19465

Corte Constitucional de Colombia. (2016). *Sentencia SU-214 de 2016*. Bogotá D.C. Retrieved from http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm

Cortina, A. (2004, August 24). Democracia deliberativa. *El Pais*. Madrid. Retrieved from https://elpais.com/diario/2004/08/24/opinion/1093298406_850215.html

Cortina, A. (2007). Democracia Deliberativa. *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, *Colección*, 143–161. Retrieved from http://www.revistas.uma.es/index.php/contrastes/article/view/1292/1248

De Sousa Santos, B., & Avritzer, L. (2004). Introducción: para ampliar el canon democrático. In B. De Sousa Santos (Ed.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa* (pp. 35–76). México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Durango Álvarez, G. A. (2015). Cláusulas de intangibilidad de protección de los derechos fundamentales como garantía frente a las mayorías-minorías democráticas. *Análisis Político*, *28*(84), 102–114. https://doi.org/https://doi.org/10.15446/anpol.v28n84.54641

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.

Elster, J. (1989). *Ulises y las sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

Ferrajoli, L. (2008). La esfera de lo indecidible y la división de poderes. *Estudios Constitucionales*, *6*(1), 337–343. Retrieved from http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82060116

Flórez Ruiz, J. F. (2015). *Todo lo que la democracia no es y lo poco que sí: defensa de una concepción democrática realista*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Gargarella, R. (2005). El constitucionalismo según John Rawls. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, *7*(14), 16–32. Retrieved from https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/1101/997

Garzón Valdés, E. (1989). Algo más acerca del «coto vedado». *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, (6), 209–213. https://doi.org/http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1989.6.12

Kelsen, H. (1934). *Esencia y valor de la democracia*. Barcelona: Editorial Labor S.A.

Linares, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.

Mazzuca, S. (2002). ¿Democratización o burocratización? Inestabilidad del acceso al poder y estabilidad del ejercicio del poder en América Latina. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, *4*(7), 0. Retrieved from http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28240703

Moncaleano Archila, A. (2005). Del liberalismo al comunitarismo de John Rawls a Chantal Mouffe. *Papel Político*, (17), 239–259. Retrieved from http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77720407007

Naciones Unidas. (2010). Derechos de las minorías. Normas internacionales y orientaciones para su aplicación. Retrieved May 21, 2018, from https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf

Piera, A. (2010). Reseña: Amartya Sen. La idea de Justicia. *Foro Interno. Anuario de Teoría Política*, *10*, 199–257. Retrieved from http://revistas.ucm.es/index.php/FOIN/article/view/FOIN1010110223A/7720

Rodríguez Arechavaleta, C. M. (2007). Redefiniendo la democracia. Los orígenes de la democracia competitiva: J. Schumpeter. *Iberoforum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, *II*(3), 1–15. Retrieved from http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=211015576010

Ruiz Schneider, C. (2008). Democracia y Liberalismo en Ronald Dworkin. *Revista de Derecho y Humanidades*, (14), 23–30. Retrieved from https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/16027/16542

Sánchez Tórres, C. A., & Muriel Ciceri, J. H. (2007). ¿Participación Ciudadana en la Democracia? *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, *7*(12), 11–29. Retrieved from http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=100220305002

Sartori, G. (1993). *¿Qué es la democracia?* México D.F.: Tribunal Federal Electoral.

Schumpeter, J. A. (1968). *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona: Ediciones Orbis S.A.

Sen, A. K. (2006). *El valor de la democracia*. Barcelona: El Viejo Topo.

Sen, A. K. (2010). *La idea de la justicia*. Bogotá D.C.: Taurus.

Simón, P. (2014). La democracia según Schumpeter. Retrieved August 26, 2018, from http://www.jotdown.es/2014/01/la-democracia-segun-schumpeter/

Sunstein, C. R. (2005). La ley de la poralización de grupos. *Revista Jurídica de La Universidad de Palermo*, *6*(1), 55–70.

Sunstein, C. R. (2009). *Leyes de miedo. Más allá del principio de precaución*. Madrid: Katz Editores.

Tribunal Constitucional del Perú. (2012). *Sentencia No. 02111-2010 PA/TC*. Lima. Retrieved from https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02111-2010-AA.pdf

ISSN: 1794-1598