

**Estudio y Análisis del Sistema de División de Poderes y el Principio de Frenos y
Contrapesos, para la Formulación de una Propuesta de Reforma de Equilibrio de Poderes
en Colombia**

Andrés Felipe González Montoya

Asesor
Fabian Alejandro Acuña

Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD
Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas (ECJP)
Maestría en gobierno, políticas públicas y desarrollo territorial

2023

Índice de Contenido

Lista de Figuras	3
Introducción	4
Contexto y Origen de la División de Poderes	5
El Principio de Frenos y Contrapesos	8
La Separación de Poderes en Colombia desde la Constitución de 1991	10
Cooptación y Corrupción entre las Ramas del Poder	10
Subordinación, Injerencias, Ataques y Efectos Problemáticos entre los Poderes Públicos	12
El rol Protagonico del Poder Judicial en el Modelo Constitucional de los Frenos y Contrapesos	26
Problema de Carácter Estructural sobre el Modelo Constitucional de los Frenos y Contrapesos	41
Actos Legislativos	43
Formulación de una Propuesta para la Reforma del Equilibrio de Poderes	59
El Predominio Desmedido del Poder Ejecutivo Frente al Legislativo.....	61
Descenso del Poder Legislativo	62
Extralimitación Competencial del Poder Judicial	63
Algunas Propuestas de Salida a la Encrucijada.....	65
Metodología de Investigación.....	71
Referencias Bibliográficas	72

Lista de Figuras

Figura 1 División de Poderes V-Dem.....	11
Figura 2 Ataques del Gobierno al Poder Judicial.....	14
Figura 3 Soborno Ejecutivo e Intercambios Corruptos.....	16
Figura 4 Malversación Ejecutiva y Robo.....	17

Introducción

La separación de poderes es un principio básico de los Estados constitucionales, que suponen, como es predecible, una supremacía constitucional que permea a todo el derecho doméstico compuesto por distintas disposiciones jurídicas en todas las especialidades del derecho. Lo anterior, no es otra cosa distinta a que todas las leyes, actos administrativos, las actuaciones del Poder Judicial, o alguna otra norma de categoría inferior, deberá ser analizada y compatible con la Constitución. La separación de poderes, o sea, la delimitación estricta de funciones en los tres poderes habituales (el Ejecutivo, el Judicial y el Legislativo) y el modelo constitucional de los frenos y contrapesos, instituido como mecanismo de autocontrol que permita un esquema institucional sólido y dotado de dispositivos en cabeza de los tres poderes con el fin de evitar posibles excesos, con el propósito de evadir injerencias y choques. Es la realización de una organización constitucional estable y duradera. Sin embargo, el diseño institucional (cimentado en la separación de poderes) merece ser revisado, modificado, ajustado de acuerdo con las necesidades y dramas de nuestra época.

Es oportuno señalar que en este trabajo se estudiará la división de poderes desde el origen y sus fundamentos, y el principio de separación de poderes. Es, además, especialmente crítico en cuanto a algunas situaciones problemáticas del funcionamiento y la puesta en escena del modelo constitucional de los frenos y contrapesos en Colombia. Para ello se toman en cuenta las experiencias cercanas y ligeramente compatibles entre sí. Desde luego, se evaluarán las problemáticas del sistema, para concluir en algunas propuestas que podrían ayudar a zanjar la discusión acerca de cómo atenuar de la existencia de una crisis de la separación de poderes hegemónica y tradicional, sobre todo, vigente en las constituciones (especialmente las de América

Latina) que evocan esta teoría. Este trabajo se realiza a partir del estudio de algunas vivencias presentes en la región, particularmente, a inicios del siglo XXI, en países como México, Perú, Brasil, y Venezuela; con personal detenimiento en las problemáticas más agudas en Colombia, en el caso de instituciones públicas como el Congreso de la República, la Corte Constitucional, y la Presidencia de República.

Contexto y Origen de la División de Poderes

La primera forma conocida de organización del Estado que incluía la división de poderes fue la declarada en el siglo II A/C por Polibio Walbank (1958, como se citó en González,

2020) afirmaba que la Monarquía, la Aristocracia y la República debían confluir entre sí en un mismo Estado, de ese modo, se permitía el fortalecimiento institucional, debido a que ninguna de las tres formas de poder prevalecería sobre las otras. Actualmente, este sistema se conoce como “sistema de frenos y contrapesos”, cuyo principal objetivo es garantizar que ningún poder se posicione sobre los demás.

En el devenir del posicionamiento mundial de la división de poderes, hay tres autores que por sus planteamientos y teorías se han destacado como los precursores, padres y maestros de esta: Locke, Montesquieu y Rousseau. El primero de ellos en realizar un planteamiento sobre la división de poderes fue John Locke, quien hacia 1690 señaló la necesidad de limitar el accionar de los poderes del Parlamento y del Rey a través de la institución del tercer poder, el cual sería independiente, autónomo e imparcial: “una ley establecida, fija y conocida, un juez público e imparcial, un poder que respalde y dé fuerza a la sentencia cuando ésta sea justa” (Locke, 1690, citado por González, 2020, p. 9a)

Para Locke, sin embargo, el poder primario o principal era el legislativo, pues en éste residía la voluntad del pueblo. Pero, también debía tener unos objetivos claros conducentes a la

realización de los fines del Estado, al mantenimiento de la libertad y a la supremacía legal; razón por la cual insistió en *Dos ensayos sobre el gobierno civil* y, sobre la necesidad de establecer límites al poder legislativo para que no se refundiera en otros objetivos distintos. Locke (1690, citado por González, 2020, p. 9b)

Locke señalaba, con relación al Poder Ejecutivo “que su existencia era fundamental para garantizar la ejecución de las leyes, dotándolo de prerrogativas que adoptaría en caso de interés general pero siempre subordinado al legislativo”. (Locke, 1690, citado por González, 2020, p. 10)

Montesquieu, por su parte, su libro *L'esprit des Lois* (El espíritu de las Leyes, 1748) señalaba lo siguiente:

En cada Estado hay tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo de las cosas pertenecientes al derecho de gentes, y el ejecutivo de las que pertenecen al civil. Por el primero, el príncipe o el magistrado hace las leyes para cierto tiempo o para siempre, y corrige o deroga las que están hechas. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones; y por el tercero, castiga los crímenes o decide las contiendas de los particulares. Este último se llamará poder judicial; y el otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado (...). Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en una misma persona o corporación, entonces no hay libertad, porque es de temer que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas para ejecutarlas del mismo modo. Así sucede también cuando el poder judicial no está separado del poder legislativo y del ejecutivo. Estando unido al primero, el imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, por ser uno mismo el juez y el legislador y, estando unido al segundo, sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un agresor. En el Estado en que un hombre solo, o una sola

corporación de próceres, o de nobles, o del pueblo administrase los tres poderes, y tuviese la facultad de hacer las leyes, de ejecutar las resoluciones públicas y de juzgar los crímenes y contiendas de los particulares, todo se perdería enteramente. (Montesquieu, 1748, citado por González, 2020, cap. IX, p. 6)

En otros apartes del libro, Montesquieu establece:

cada función del Estado y cuál debería ser el órgano competente para asumirlas, denominada por él como la racionalidad funcional, la que a su vez es la base para exponer la validez de su teoría a cualquier tipo de Estado en concreto; lo anterior, a través de métodos científicos propios de Newton sobre el equilibrio dinámico (la suma de todas las fuerzas que actúan sobre el cuerpo es igual a cero), que aplicado a la teoría política refiere que la fuerza de pesos entre los órganos estatales da como resultado la libertad individual. (Montesquieu, 1748 como se citó en González, 2020, p. 11)

Por último, Rousseau (1762) en su obra Contrato social:

concibe como un dato por medio de un proceso de socialización de la naturaleza humana: Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo...cualquiera que rehúse obedecer a la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo, lo cual no significa otra cosa, sino que se le obligará a ser libre. Así, el concepto de voluntad general asume el papel de instancia legitimante del Estado sobre la voluntad particular de los dirigentes cualquiera que sea el tipo de Estado. (Como se citó en González, 2020, p. 11).

Ahora bien, Kant (1785, como se citó en González, 2021), afirma:

la División trinitaria de poderes pasa a ser un elemento constitutivo de la teoría del Estado

de Derecho. La división kantiana de poderes no se sustenta en los frenos y contrapesos como los contractualistas, sino en los principios lógico-formales que debe contener una organización del Estado que pretenda asegurar la libertad bajo la primacía de la Ley. Es decir, Kant excluía toda actividad administrativa del Estado. (p. 11)

Luego Mohl (1829) “plantea que la actividad administrativa es imprescindible para la existencia del Estado generando el problema de la sumisión administrativa a la supremacía de la ley, provocando consecuencias para la estructura de la doctrina de división de poderes moderna”. (Como se citó en González, 2020, pp. 11 y 12). Kugler (2000), afirma que la trinidad clásica es una forma significativa de división de poderes, pero no es la única o la más importante de todos los tiempos (...), hace, además una invitación a desligarse de la trinidad dogmática en busca de nuevos modelos, que se abra la pluralidad de posibilidades de división del orden político. (Como se citó en González, 2020, p.12).

Con el propósito de entender cómo funciona el modelo dualista (de la división de poderes) es elemental conocer cómo funcionan los órganos estatales

Kugler (2000) se refiere a su modelo a partir del Gobierno y el Parlamento los cuales ¡no son sencillos de distinguir en cuanto al ámbito real de sus funciones, ni en cuanto a las fuerzas políticas que representan. Esto se debe a que ambos están bajo el control de los partidos políticos”. (Como se citó en González, 2020, pp. 12).

El Principio de Frenos y Contrapesos

La teoría de la división de poderes organiza y divide los poderes del Estado en especialidades con la finalidad objetivo de optimizar y viabilizar la estructura del Estado. No obstante, el sistema de frenos y contrapesos es aquel que, según Hamilton, Madison, y Jay (2013, como se citó en Martínez, 2022) consiente un sistema de control, además, dota de límites constitucionales a las

ramas del poder para evitar posibles choques o conflictos entre estas estructuras de poder (Cadena, 2022).

Ospina (2021, como se citó en Cadena, 2022)

Desde su enunciación paradigmática en el siglo XVIII, ambos principios (separación de poderes y frenos y contrapesos) han sido las bases del constitucionalismo liberal, influyendo incluso a filósofos como Kant, quien afirma que la constitución política de todos los Estados debe seguir el principio de separación de poderes y que los tres poderes deben estar tanto coordinados como subordinados entre sí (p. 79)

De esta forma, en la obra *El federalista* se establecieron algunos argumentos que sustentaban la necesidad de que un Estado contara con un sistema de frenos y contrapesos, al respecto, sobre el sistema de frenos y contrapesos Madison en su libro *El federalista* (1788) dijo:

la mayor seguridad contra la concentración gradual de los diversos poderes en un solo departamento reside en dotar a los que administran cada departamento de los medios constitucionales y los móviles personales necesarios para resistir las invasiones de los demás. Las medidas de defensa, en este caso como en todos, deben ser proporcionadas al riesgo que se corre con el ataque. La ambición debe ponerse en juego para contrarrestar a la ambición. El interés humano debe entrelazarse con los derechos constitucionales del puesto.... (Hamilton *et al.*, 2013, p. 202, como se citó en Cadena, 2022)

En atención a lo mencionado por James Madison se concluye que la importancia del sistema de frenos y contrapesos es la necesidad de un sistema que pueda corregir las insuficiencias humanas. Ahora bien, Gargarella (2014, como se citó en Cadena, 2022) afirma:

Por un lado, Madison dejó en claro, entonces, cuál era el objetivo del sistema institucional de frenos y contrapesos. El mismo, consciente con la idea general de evitar las mutuas

opresiones, se concentraba en la propuesta de resistir la intromisión de una rama de gobierno sobre las demás. Para ello, optaba por una estrategia institucional de paz armada, que consistía en otorgar a cada uno de los poderes de gobierno armas contundentes (“medios constitucionales”), capaces de prevenir los posibles ataques de los demás. Dotados, cada uno de los poderes, de armas defensivas, todas las ramas de gobierno podrían sentirse igualmente poderosas e intimidadas ante el poder de las demás, y tenderían por tanto a no excederse, temerosas del potencial “disparo defensivo” de las demás. (pp. 23). En ese sentido, Madison (1788, como se citó en Cadena, 2022) se entiende que uno de los postulados básicos del *check and balances* es limitar los excesos de los poderes públicos en su coexistencia mutua. El Federalista Madison (1788) decía que “cuanto mayor es el número de integrantes de una asamblea, cualquiera que sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón”. (p.25)

La Separación de Poderes en Colombia desde la Constitución de 1991

Hoy en día, Colombia es un país presidencialista y un Estado unitario con separación de poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. La Constitución Política vigente fue proclamada el 4 de julio de 1991 y establece la estructura del Estado colombiano mediante la división del poder público en tres ramas: la Ejecutiva, la Legislativa y la Judicial. Sin embargo, dado que existen funciones del Estado que no fueron asignadas a las ramas, se nombran órganos estatales para la realización de estas y se presentan como independientes a las tres ramas del poder.

Cooptación y Corrupción entre las Ramas del Poder

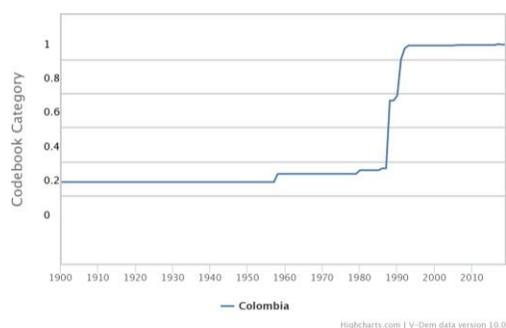
Son entidades del Estado, ajenas a las tres ramas del poder colombiano: Autoridad Nacional de Televisión, Auditoría General de la República, Banco de la República, Consejo Nacional Electoral, Corporaciones Autónomas Regionales, Contraloría General de la República,

Defensoría del Pueblo, Procuraduría General de la Nación, Registraduría Nacional del Estado Civil y Universidades Públicas. No obstante, lo anterior, las denuncias de los últimos cinco años en el país dan cuenta de la infiltración, cooptación y corrupción que se presenta en las tres ramas del poder, generando la descomposición de la gobernabilidad y la apreciación de legitimidad por parte de los ciudadanos.

A continuación, se presenta una gráfica de V-Dem que evidencia la variación en el índice de división de poderes hasta 2019.

Figura 1

División de Poderes V-Dem



Según V-Dem:

los puntajes se manifiestan así: el puntaje más bajo indica un país que no tiene gobiernos locales o regionales elegidos o donde casi todos los cargos electos están subordinados a cargos no electos en cualquier nivel que exista. Un puntaje alto para un país que cuenta con gobiernos locales y regionales que son elegidos y pueden operar sin restricciones por parte de actores no elegidos a nivel local o regional, a excepción de órganos judiciales. En ese sentido, se puede lograr un puntaje medio de varias maneras: hay gobiernos elegidos fuertes a nivel local pero no a nivel regional, o viceversa; o los gobiernos locales y regionales eligen un ejecutivo, pero no una asamblea; o los cargos elegidos y no electos

tienen aproximadamente el mismo poder en los niveles local y regional; o varias combinaciones de estos escenarios en el cual Colombia clasifica. (González, 2020, pp. 20-21)

La seguridad organizacional del Estado hace más de cuatro siglos que no se contemplan las formas en que se han encontrado a dirigentes dictatoriales ni las nuevas formas de Gobierno: desarrolladas actualmente:

“para hacerse al poder. En ese sentido, es claro que se necesita una reforma a la división de poderes, a su sistema de equilibrios, de frenos y contrapesos para que se adapte a las dinámicas estatales contemporáneas”. (González, 2020, p. 21)

En el caso de los sistemas presidenciales:

es evidente que los presidentes gozan defacultades de ejercicio en gran medida sin necesidad del legislativo, excepto para cuestiones puramente constitucionales. En el caso de los sistemas parlamentarios la cooptación es superior, ya que cuando se dan grandes mayorías de parlamentarios del mismo partido político que elige al primer ministro, los parlamentos quedan relegados frente al poder ejecutivo. (González, 2020, p.22a)

La crisis de la división de poderes es permanente y está “en todos los frentes y tipos de sistemas políticos. A pesar de ello, aún no hemos entrado a analizar el caso de la ramajudicial, que merecería un estudio de fondo particular” (González, 2020, p.22b).

Subordinación, Injerencias, Ataques y Efectos Problemáticos entre los Poderes Públicos

La subordinación de un poder a otro se origina en actos contrarios a la ley, que pueden promover o provenir de la corrupción. A continuación, se revisan algunos ejemplos de Latinoamérica sobre injerencias de un poder del estado en otro, en especial del Poder Ejecutivo

en el Poder Judicial En Venezuela la jueza María Lourdes Afiuni otorgó medidas sustitutivas de la prisión preventiva a un empresario que resulto ser de la oposición al gobierno venezolano, a efectos que este pudiera ser oído en libertad por cuanto legalmente procedía de acuerdo a la ley procesal de ese país, acto seguido la jueza fue mandada -a detener- por esa decisión jurisdiccional, lo cual obviamente la Prensa internacional ha resaltado que su detención desde hace dos años hasta la fecha, se produjo a lo interno del poder judicial por influencias del malestar que causó en el Poder Ejecutivo que el empresario de la oposición quedara en libertad, no obstante que a otros procesados se les ha brindado por otros jueces el mismo tratamiento procesal y no ha pasado nada; este hecho ha sido denunciado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y denunciado por la Federación Latinoamericana de Magistrados (FLAM) pero hasta la fecha no hay respuesta de las autoridades venezolanas a los llamados de justicia para la juez. En Argentina la jueza Sarmiento confirmó que la destitución por parte del Poder Ejecutivo del Presidente del Banco Central fue ilegal, por cuanto lo que él recomendó sobre un asunto de su competencia era lo legítimamente establecido por la ley, lo que provocó serias injerencias del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial por la resolución de la juez, se le atacó en los medios por funcionarios afines al Ejecutivo, denominándola como la “la juez delivery” de la oposición del gobierno quienes habían protestado por la decisión del Ejecutivo de separar al Presidente del Banco, llegando al grado de detener al padre de la juez por un corto tiempo por un asunto sin sustento legal, a manera de presión para que la juez resolviera conforme la posición del Ejecutivo; similar situación se dio en Honduras con motivo de la crisis política, cuando con una campaña diaria e incesante del Poder Ejecutivo de improbar la conducta de magistrados de la Corte Suprema, se logró que se anularan los juicios de corrupción contra un ex presidente, mismos que no tenían que ver con otros que se le amnistiaron por delitos políticos (Coto, 2017,

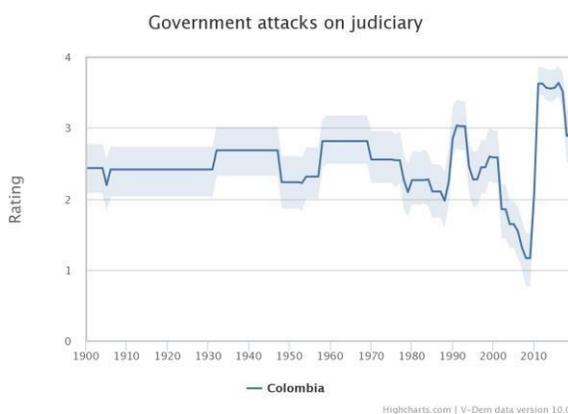
citado por González, 2020)

Los casos expuestos:

son un pequeño ejemplo de la cooptación de la rama ejecutiva sobre la judicial, lo anterior sin descartar la injerencia que tiene el ejecutivo en la elección de los magistrados en los países Latinoamericanos, con la teoría que autores como *Norma Iris Coto (IVLP, Honduras)*. *Magistrada de Apelaciones de la Corte Suprema de Justicia de Honduras* ha denominado “*no el cómo se imparte justicia, sino quién imparte justicia*” teoría que conlleva un solapado interés de dominar la postulación y designación del poder judicial por parte del ejecutivo, apartando a los jueces y a la ramajudicial de la independencia que necesitan. (González, 2020, p. 24)

Figura 2

Ataques del Gobierno al Poder Judicial



La figura muestra la intensidad con que el gobierno, es decir el ejecutivo, atacó la integridad del poder judicial. Lo anterior se puede traducir en afirmaciones de corrupción, incompetencia o que sus decisiones fueron influenciadas políticamente. Los ataques, según V-Dem, pueden manifestarse de diversas maneras, incluidas, declaraciones por medios de comunicación, conferencias de prensa, entrevistas y discursos. Con un puntaje de 2.5 y con base en la escala de V-Dem los ataques ocurrieron más de una vez.

(González, 2020, p.24)

Es de aclarar que no solo se coopta al poder judicial por parte del ejecutivo, sino que también hay casos en los que el legislativo se sobrepone al poder ejecutivo, un ejemplo de este tipo de casos es el de Perú, en el que una corriente política (el fujimorismo) con mayorías en el Congreso de ese país presionó a nivel legislativo a tal punto al poder ejecutivo que logró el indulto para Alberto Fujimori (Redacción Peru21, 2017, como se citó en González, 2020) “Es evidente, han ejercido una presión constante para lograr esta probabilidad del indulto humanitario”, sostuvo el parlamentario de apellido Quintanilla que, para conseguir

este propósito ha apelado a las sucesivas censuras e interpelaciones a los ministros de Estado.

Otros ejemplos son los expuestos en el artículo *independencia de poderes: elemento transversal de democracia para combatir la corrupción* en el que señala que en Honduras el Ejecutivo para realizar compras directas sin licitación argumenta estados de emergencia que no existen, o el Poder legislativo aprueba exoneraciones fiscales otorgadas a iniciativa del Poder Ejecutivo para favorecer determinados grupos de poder, lo que deviene en perjuicio de las arcas del estado y del pueblo en donde crece cada vez más la pobreza etc (Coto, 2017, citado en González, 2020)

En Colombia no es distinto el panorama, El fiscal General de la Nación Néstor Humberto Martínez, reveló que 400 jueces son investigados por corrupción. La Fiscalía señaló que magistrados del más alto nivel (Francisco Javier Ricaurte Gómez y José Leónidas Bustos Martínez) promovieron y dirigieron una organización criminal a la que integraron, entre otros, al exfiscal anticorrupción Luis Gustavo Moreno Rivera, extraditado en mayo pasado a Estados Unidos; el abogado Leonardo Pinilla y el exmagistrado Gustavo Malo Fernández. Esta

organización denominada 'el cartel de la toga' estaba “dedicada a cometer delitos indeterminados que afectaron la seguridad pública y la administración pública, siempre relacionados con actuaciones que se adelantaban en la jurisdicción penal a Congresistas y altos funcionarios del gobierno a los que les “manejaban los procesos” acambio de jugosas sumas de dinero (El Tiempo, 2017, como se citó en González, 2020)

La situación del poder legislativo no es menos preocupante, un total de 206 congresistas de esta y otras legislaturas serán investigados por cambiar votos por puestos y contratos. La Fiscalía General de la Nación reveló que al rededor del 10% del Congreso dela República que culmina este periodo legislativo, terminó siendo objeto de compulsas de copias para que la Corte Suprema de Justicia los investigue por actos de corrupción. (González, 2020, p. 26)

Figura 3

Soborno Ejecutivo e Intercambios Corruptos

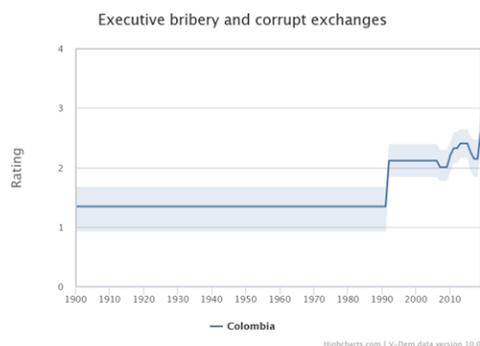
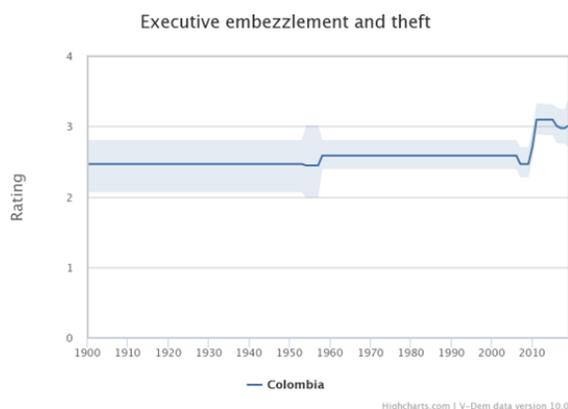


Figura 4

Malversación Ejecutiva y Robo



Se presentan dos gráficas que se describen a continuación:

la primera sobre el soborno ejecutivo e intercambios corruptos hasta el 2019; y la segunda sobre la mal versión ejecutiva y robo. La primera pregunta para entender la primera gráfica es, ¿Con qué frecuencia los miembros del ejecutivo (el jefe de estado, el jefe de gobierno y los ministros del gabinete), o sus agentes, otorgan favores a cambio de sobornos, sobornos u otros incentivos materiales? La respuesta, según la escala de V-Dem, es que sucede, pero es impredecible, es decir, para aquellos que tratan con el ejecutivo les resulta difícil predecir cuándo será necesario un incentivo. (González, 2020, p. 27)

Para la segunda gráfica,

la pregunta es, ¿Con qué frecuencia los miembros del ejecutivo (el jefe de estado, el jefe de gobierno y los ministros del gabinete) o sus agentes roban, malversan o malversan fondos públicos u otros recursos estatales para uso personal o familiar? El puntaje es 3,2

bajo la escala de V-Dem e indica que ocasionalmente los miembros del ejecutivo son administradores responsables de la mayoría de los recursos públicos, pero tratan a los seleccionados como propiedad personal. (González, 2020, p. 28a)

Pares (2018, como se citó en González, 2020) afirma que se presenta la puerta giratoria que es la entrada por salida de un corrupto por otro corrupto, en el caso del Congreso actual, artículos periodísticos señalan:

pensamos que se iban, pero volvieron para quedarse otros cuatro años. De los 70 candidatos cuestionados que la Fundación Paz y Reconciliación-Pares publicó, sólo 28 se quemaron. Es decir, 60 % de estos candidatos con deudas con la justicia y cuestionamientos por corrupción, serán parte de los nuevos órganos legislativos (p. 28b).

La cúspide de esta cadena de corrupción es lo que se ha titulado “la mermelada”: conocida como la cooptación legalizada del poder ejecutivo sobre el legislativo y el judicial. Como lo señala Darío Espinosa director de apoyos académicos en Quora el “Enmermelado en Colombia significa estar untado de la mermelada que reparte el gobierno a los congresistas para que solucionen necesidades y/o falta de inversión en las regiones que representan. El término mermelada fue acuñado por el ex-ministro de hacienda Juan Carlos Echeverry en el Gobierno de Juan Manuel Santos cuando decía: “es necesario distribuir la mermelada en toda la tostada” al proponer repartir estos recursos entre los departamentos y/o entes territoriales, generando un nuevo sistema de distribución de regalías por la explotación del petróleo y otros recursos naturales, que reemplazaba por ineficiente e inequitativo, al sistema usado durante el gobierno del presidente Álvaro Uribe en el cual se repartían las regalías entre los municipios donde se explotaba el mineral. La repartición de la mermelada en Colombia se ha convertido en la

causa principal de la corrupción política durante toda su historia como república, en la Constitución Política de 1886 se les llamó auxilios parlamentarios y fueron creados como un instrumento de negociación entre el presidente de la nación y sus congresistas. Debido al mal uso que siempre se hizo de estos auxilios, se eliminaron en la Constitución Política del año 1991 pero reaparecieron cinco años más tarde en el gobierno de Andrés Pastrana con el nombre de cupos indicativos, partidas del presupuesto nacional que eran distribuidas entre los congresistas, porque, según el gobierno, éstos conocían más que nadie los problemas y necesidades de sus regiones (González, 2020, pp. 28-29)

Teniendo en cuenta este panorama en el que las tres ramas del poder se cooptan entre sí, buscando un beneficio propio en vez de ejecutar el sistema de frenos y contrapesos como lo señala la Constitución, el gobierno nacional, en el año 2014, presentó una reforma ante el Congreso de la República que tituló “equilibrio de poderes” con la que buscaba generar nuevos mecanismos que protegieran la división de poderes. Veamos un poco cómo se desarrolló dicha reforma. Como Reforma de equilibrio de poderes se conoció el Acto Legislativo 02 de 2015 de iniciativa gubernamental que cursó en el Congreso de la República entre el segundo semestre del año 2014 y el primer semestre del año 2015, con el cual se adoptaron cambios en la estructura de poderes del país.

El 25 de septiembre del 2014, tras tres días seguidos de debate, la Comisión Primera del Senado aprobó en primer debate la iniciativa gubernamental; entre los aspectos principales de la reforma aprobada se encuentran la creación de un *Tribunal de aforados*, la implementación del voto obligatorio por tres periodos electorales, el fin de la reelección del Procurador y la posibilidad de que los Congresistas no deban renunciar un año antes para participar en las

elecciones de gobernador o alcalde, asimismo se aprobó abolir la reelección del Presidente de la República, se aumentaron las sanciones para los partidos que avalen candidatos que tengan problemas con la justicia o vínculos con grupos ilegales y se aprobó la lista cerrada para las elecciones que obliga a que los partidos presenten obligatoriamente un hombre y una mujer de manera sucesiva. (Az legislativa, 2014, como se citó en González, 2020)

Analizando los puntos fundamentales de la reforma de “equilibrio de poderes” se puede detectar que no es una reforma contra la cooptación de uno de los poderes del Estado sobre los otros, sino más bien una reforma política ajustada a intereses políticos.

Dicha reforma fue aprobada en el año 2015 y paso a revisión de la Corte Constitucional quien en múltiples sentencias sobre dicho acto legislativo ha señalado su inconstitucionalidad parcial.

Empecemos por las dos providencias proferidas por la Corte Constitucional contra el Acto Legislativo de Equilibrio de Poderes.

La primera, la Sentencia C-285 del 2016, tiene relación con la inexecutable del artículo 15, que creaba el Consejo de Gobierno Judicial y remplazaba la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Para la Corte, ese nuevo Consejo no podía ser creado por el Congreso, ya que sustituía la Constitución de 1991. El argumento del tribunal constitucional se fundamentó en que se violó el principio de autogobierno judicial y desconfiguró la separación de los poderes.

Esto quiere decir que la Corte Constitucional establece que el Congreso de la República no puede modificar la Rama Judicial, lo anterior lo sustenta la Corte

Constitucional invocando la “autonomía de la Rama Judicial y del autogobierno”. Curioso argumento que deja en el ambiente la idea de su imposibilidad de reforma, salvo asuntos sin importancia.

La segunda sentencia, la C-373 del 2016, tiene que ver con la inexecutable de varias disposiciones del mismo acto legislativo que contemplaban la existencia de la Comisión de Aforados para investigar, acusar y juzgar a los magistrados de las altas cortes y al Fiscal General de la Nación. En esta decisión, la Corte Constitucional impide que los 78 aforados que tiene el país tengan un juez de segunda instancia como cualquier ciudadano. Pensar que la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes pueda cumplir esa labor es un despropósito. Sus resultados son evidentes.

La razón es similar a la invocada en la Sentencia C-285 de 2016 señalando la “sustitución de la Constitución por violación del principio de ‘separación de poderes y autonomía e independencia judicial’”. La Corte, además, da cuatro argumentos atentatorios del Estado de derecho y de la igualdad que prescribe el artículo 13 de la Constitución Política de 1991. Estos fueron extraídos del comunicado 29, de julio 13 del 2016.

En primer lugar, no es admisible la remoción de los magistrados de las altas cortes o del Fiscal General de la Nación hasta que cumpla el periodo durante el cual se extiende su nombramiento. En ese sentido, cualquier funcionario tendría derecho a quedarse en el lugar por el tiempo de su cargo a pesar de delitos cometidos. Norma propia de un antiguo régimen monárquico.

Un segundo punto tiene que ver con que los procesos que se adelantan contra estos aforados no deben “tener en cuenta valoraciones en lo estrictamente jurídico, sino también aquellas relativas a la estabilidad institucional, al bien común o a la conveniencia”. En el régimen presidencial, el único aforado es el presidente de la República; increíble que los magistrados y el Fiscal General se apropien de un régimen que, por su propia naturaleza, no les pertenece.

En tercer término, aun existiendo fuertes pruebas contra un alto dignatario, el juzgador

puede estar convencido de que su destitución puede tener efectos catastróficos para el país, y, por ello, consultando el bien común, puede opinar y votar en favor del investigado. Sin palabras.

Por último, la Corte indica que la Comisión de Aforados no tendría fuente de legitimidad, porque es elegida por el Congreso. Para ellos, debe ser un órgano electo por el pueblo el que proceda a adelantar los juicios. En ese sentido, al estudiar las sentencias de la Corte Constitucional se puede determinar que ella se ha abrogado poderes y funciones pertenecientes a las demás ramas del poder demostrando una clara irrupción en los deberes de las ramas del poder y declarándose a sí misma como único órgano legítimo. (Barbosa, 2016)

Luego de revisar los planteamientos aquí expuestos que el principio de frenos y contrapesos ha sido soslayado por parte de las ramas del poder. El principio de “frenos y contrapesos” es, de alguna forma, similar al de apertura. Los “frenos y contrapesos” no son un fin en sí mismos, sino un instrumento para asegurar otros objetivos, tales como la equidad, el control de la corrupción, etc. (Red de Conocimientos Electorales, 2018, citado por González, 2020). De igual forma, es evidente la cooptación repetitiva en todos los países latinoamericanos del poder ejecutivo sobre el poder legislativo y judicial.

Sin división de Poderes no hay Democracia y sin Democracia no hay mecanismos efectivos que combatan la corrupción porque solo en un sistema de libertades públicas pueden ser denunciados y sancionados los hechos de corrupción en un Estado. Los casos en que un poder del Estado se alía con otro para lograr fines propios rara vez es contrarrestado por la Ley.

Es así como, Seña *et al.*, (2013, citado por González, 2020) afirma:

la consecuencia de que la justificación de poderes repose sobre dos principios distintos, es decir, uno sobre el modo más efectivo de gobernar y otro con la protección contra la tiranía gubernamental; es que es imposible que no haya la posibilidad de tensión como se

muestra en los ejemplos anteriormente mencionados. (p. 33)

Ahora bien, se presentan dos dilemas:

Por un lado, la división de poderes cuando actúa exitosamente previene un Estado absoluto. El sistema de frenos y contrapesos en exageración puede paralizar la actividad del Estado. Por consiguiente, los individuos quedan expuestos a los peligros que la existencia del Estado pueda pretender: interferencia arbitraria de terceros, se fracciona el poder político y puede volverse inoperante.

Por otro lado, si se exagera la necesidad de que las ramas del poder actúen mancomunadamente se pone en peligro de un Estado operativo pero despótico. Entonces, el desafío consiste en generar un equilibrio como bien lo dice, lograr resolver de una manera adecuada las pugnas generadas. (González, 2020, p. 33A)

Seña *et al.* (2013, citado por González, 2020) hace relación a algunas patologías identificadas en de la división de poderes:

En primer lugar, la obstrucción que es lo que se veía en la gráfica de ataques por parte del ejecutivo al poder judicial. En otras palabras, se da cuando un poder interfiere en el funcionamiento de otro, es decir, cuando un poder impide que otro tome decisiones que debería de acuerdo con sus funciones, está irrumpiendo en su accionar.. (González, 2020, p. 33b)

Como señala P.Andrés (2012, citado por González, 2020):

el legislador puede actuar invasivamente en esa esfera [la judicial] emanando leyes singulares o leyes dirigidas a intervenir sobre controversias ya instauradas, o, incluso, ya decididas en sede jurisdiccional. Las primeras son leyes cuyo contenido no sería “normativo”, por defecto de generalidad, sino más bien un acto impropio del legislador;

las segundas serán retroactivas y, en el último supuesto, irían contra la cosa juzgada

En segundo lugar, la inhibición, que provoca una forma de intervención más sutil y silenciosa. Es decir, interfiere de forma casi legítima e intencional, interviene en las decisiones de otro poder que no son de su exclusiva competencia. Lo anterior, se evidencia, por ejemplo, en la destitución de miembros.

En tercer lugar, la conducción, se busca es que el poder en el cual se interviene adopte una decisión con un determinado contenido en lugar de impedir que decida. En cuarto lugar, el congraciamiento, una vez más el poder de interferencia actúa sobre las decisiones que considera pueden ser de agrado a otro poder, es similar a la conducción, lo que cambia es el mecanismo. Este último, puede llegar a ser sumamente peligroso, verbigracia, en un sistema político donde el Ejecutivo pueda influir en la configuración de la Corte Suprema y lo hace por congratulación. (p. 33c)

En atención a lo ya expresado se puede concluir que es necesaria la modificación de la teoría de división de poderes y del sistema de equilibrio de poderes. En cuanto al sistema de equilibrio de poderes debe ser una reforma que no permita la concentración de poderes, con mecanismos claros y tipificados de gestión pública, con funcionamiento eficaz y honesto de los órganos de control, y con una Rendición Periódica de Cuentas.

Es permanente la crisis de la división de poderes en todos los frentes y tipos de sistemas políticos. Sin embargo, aún no hemos entrado a analizar los casos de cada rama del poder en particular, que merecerían cada uno un estudio de fondo particular. La subordinación de un poder a otro se origina en actos contrarios con la ley de la justicia, que pueden promover o provenir de la corrupción.

En el Congreso de la República desde la Constitución Política de 1991 se han presentado

reformas constitucionales que pretenden generar cambios estructurales o coyunturales al sistema de equilibrio de poderes.

De las anteriores reformas se pretende revisar con especial cuidado el Acto Legislativo 02 de 2015 de iniciativa gubernamental que cursó en el Congreso de la República entre el segundo semestre del año 2014 y el primer semestre del año 2015, con el cual se adoptaron cambios en la estructura de poderes del país. El 25 de septiembre del 2014, tras tres días seguidos de debate, la Comisión Primera del Senado aprobó en primer debate la iniciativa gubernamental; entre los aspectos principales de la reforma aprobada se encuentran la creación de un *Tribunal de aforados*, la implementación del voto obligatorio por tres periodos electorales, el fin de la reelección del Procurador y la posibilidad de que los Congresistas no deban renunciar un año antes para participar en las elecciones de gobernador o alcalde, asimismo se aprobó abolir la reelección del Presidente de la República, se aumentaron las sanciones para los partidos que avalen candidatos que tengan problemas con la justicia o vínculos con grupos ilegales y se aprobó la lista cerrada para las elecciones que obliga a que los partidos presenten obligatoriamente un hombre y una mujer de manera sucesiva. (Wikipedia, 2015, como se citó en González, 2020)

Analizando los puntos fundamentales de la reforma de “equilibrio de poderes” se puede detentar que no es una reforma contra la cooptación de uno de los poderes del Estado sobre los otros, sino más bien una reforma política ajustada a intereses políticos. Dicha reforma fue aprobada en el año 2015 y paso a revisión de la Corte Constitucional quien en múltiples sentencias sobre dicho acto legislativo ha señalado su inconstitucionalidad parcial.

Al estudiar las sentencias de la Corte Constitucional, se puede determinar que ella se ha abrogado poderes y funciones pertenecientes a las demás ramas del poder demostrando una clara

irrupción en los deberes de las ramas del poder y declarándose a sí misma como único órgano legítimo.

Podemos entonces concluir luego de revisar los planteamientos aquí expuestos que el principio de frenos y contrapesos ha sido soslayado por parte de las ramas del poder. El principio de "frenos y contrapesos" es, de alguna forma, similar al de apertura. Los "frenos y contrapesos" no son un fin en sí mismos, sino un medio para salvaguardar la integridad del Estado con objetivos claros de equidad, control y transparencia.

El rol Protagonístico del Poder Judicial en el Modelo Constitucional de los Frenos y Contrapesos

El Poder Judicial, particularmente referido al rol de los tribunales constitucionales en el Estado social de derecho (y hay consenso doctrinario), es el de ser órganos insoslayablemente independientes de las demás ramas de gobierno, entre otras funciones. La independencia judicial de los tribunales constitucionales es considerada una condición necesaria para que los jueces puedan evaluar y fallar los casos sin la injerencia e intrusión de las presiones políticas, mediáticas y económicas, condiciones que son propias de las sociedades contemporáneas. Como lo ha reseñado la doctrina del derecho constitucional, el diseño institucional del Estado debe diseñarse con el objeto de evitar las dependencias entre las ramas del poder público. Así entonces, Helmke y Ríos (2010) señalan que “los académicos han señalado una variedad de características institucionales dirigidas a producir un espacio autónomo para los Jueces, entre las cuales el modo del nombramiento, la duración en el cargo, y los mecanismos de remoción se consideran primordiales” (p. 51). Este aislamiento del Poder Judicial, al menos en la teoría, ha generado cierto grado de confianza en el sentido de percibir que el poder de gobierno está fragmentado o

distribuido, y no es viable, al menos en el papel, descubrir un tribunal constitucional sumiso, u obediente al poder ejecutivo, o legislativo; pero ese no es el único riesgo. La independencia y autonomía judicial, llevada al extremo y degradada por el autoritarismo o las imposiciones del Poder Judicial a las ramas de gobierno, representa una fractura en el aparato estatal, un escenario de conflicto entre los órganos de poder, lo que desemboca en una situación de ingobernabilidad, de incertidumbre, y congelamiento de las funciones de gobernanza.

Las constituciones latinoamericanas, como consecuencia de la tradición e inspiración norteamericana respecto de la creación del modelo constitucional de los frenos y contrapesos, o *check and balances*, han establecido que las ramas del poder público se endotan de medios constitucionales que les admitan, con aquiescencia, bloquear o contrarrestar las acciones que se consideran, en el peor de los casos como despóticas, desmesuradas, o abiertamente inconstitucionales, por parte de algunas de sus partes. En ese sentido, los tribunales juegan (y han jugado) un rol definitivamente protagónico y plausible en algunos casos, si se quiere, en lo que consta a la protección de los derechos constitucionales masivamente vulnerados y la garantía de las libertades individuales. No obstante, hay que mirar con sentido crítico y detenidamente, si en efecto, el rol de los tribunales constitucionales ha sido completamente plausible, o si, por el contrario, se develan algunas falencias, desde el punto de vista del principio de equilibrio de poderes.

En México, por ejemplo, según lo sostiene Helmke (2005), “las cortes votaron contra el presidente en Argentina porque temían ser castigadas por el siguiente gobierno, en el periodo de 1976-1999” (Como se cita en Cortez, 2014, p. 421). Esto, rompe por completo con la idea de la autonomía e independencia del Poder Judicial, pues, la Corte Constitucional, ajusta sus decisiones de acuerdo a una conveniencia política, en aras de mantener su estabilidad. Así lo

reseña Salinas (2014)

La inseguridad y la inestabilidad en el contexto político e institucional son factores que influyen en el hecho de que las cortes fallen contra el gobierno. Cuando éste va terminando y se debilita, en un contexto de fragilidad e inestabilidad política, la Corte se distancia de manera estratégica decidiendo en su contra. (p. 421)

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), se ha convertido en un órgano que dirime los conflictos entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, cuando el proceso de creación de leyes se trata. En el caso de la referencia, el Ejecutivo quiere poner su agenda en el Congreso, pero al no tener las mayorías suficientes para que sus proyectos legislativos logren su cometido, es imposible para el presidente impulsar sus iniciativas en ambas Cámaras. Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia, en este ámbito, se ha revestido del órgano que dirime dichos conflictos, y soluciona los choques entre los poderes. No obstante, según Cortez (2014), el órgano constitucional tiende a favorecer al Congreso, votando en contra del Ejecutivo cuando ninguno de los jueces ha sido nombrado por el presidente de turno, o cuando se trata de discusiones de agenda del Ejecutivo; así lo arguye:

La configuración causal suficiente para dar cuenta de los votos de la Corte contra el Ejecutivo es la siguiente: cuando ninguno de los jueces de la SCJN fue nombrado por el presidente en turno, y ésta enfrenta un tema de agenda de gobierno del presidente, es más probable que vote en contra del Ejecutivo. Esta configuración causal revela un efecto interactivo entre dos variables (nombramiento y agenda) que, combinadas, emergen como condición suficiente para crear un fallo adverso al Ejecutivo. (p. 425)

En este respecto, no hay duda sobre el rol que las Cortes Constitucionales han tenido en

la distribución del poder político, y en el panorama sociopolítico de las sociedades actuales. Ahora bien, a este fenómeno se le ha denominado por la doctrina del derecho comparado como “el giro de las cortes a nivel global” o el “nuevo constitucionalismo”; estos fenómenos contemporáneos han repercutido de forma importante en la judicialización de la política, particularmente con el control constitucional de las leyes, en donde las Cortes ostentan una calidad de guardas de los principios de las constituciones (Couso, 2004) se refiere a la gran conquista de los Estados que buscan una consolidación democrática, particularmente en América Latina, haciendo referencia al afianzamiento de un control judicial de las leyes, que permita sopesar el poder del Ejecutivo, y hacer respetar los derechos constitucionales. En ese entendido señala que “... la consolidación democrática depende de la existencia previa de un Estado constitucional de derecho, y atendido a que este último sólo sería posible con órganos judiciales que controlen la constitucionalidad de las leyes, ésta sería una condición necesaria para la consolidación” (p. 37).

Ahora bien, las particularidades del constitucionalismo latinoamericano hacen que sea digno de analizar con perspectiva sistemática y distancia. Por ejemplo, en los casos de control judicial de las leyes o control de constitucionalidad, Latinoamérica goza de Cortes Constitucionales que despliegan un activismo judicial bastante dinámico y proactivo. En esa medida las Cortes adquieren, particularmente, en el sur del mundo un rol protagónico que se adscribe a los problemas propios de la democracia y el déficit de la representación política del continente. Así lo refiere Gargarella (2021), pues vaticina, que el déficit democrático que padece América Latina no debe relacionarse únicamente con los gobiernos de turno, o con el simple cambio de ellos, sino más bien con un problema de carácter estructural que se deriva del diseño institucional con el que se concibe la organización del poder. Infiere entonces que “el tipo de

crisis que enfrentamos tiene que ver más con el déficit democrático (el modo en que nuestras instituciones resisten y bloquean el poder de decisión y el control ciudadano” (p. 17). En México, Cortez (2014) establece que la SCJN ha desempeñado un rol de contrapeso visible en contra del Ejecutivo. Así afirma:

En el contexto actual, la Corte limita al mandatario en sus objetivos, lo que le permite posicionarse como un órgano fundamental en el Estado mexicano. Al tener libertad para votar contra el presidente en temas de agenda de gobierno, la SCJN distribuye el poder institucional, imprime su sello en las políticas públicas y se afirma como un órgano fundamental para el Estado mexicano con peso en las deliberaciones sobre el rumbo del país. Las decisiones de la Corte distribuyeron el poder político y establecieron los límites en el ejercicio de las facultades de cada poder. (p. 432)

Caso contrario, sucede con la institución del control judicial de las leyes en países como Suecia, Canadá, o Nueva Zelanda. Profundizando en ello, la judicialización de la política no ha sido imperante, al menos en ese lado del mundo. En Palabras de Holland (1991):

El activismo judicial es un fenómeno distintivo del control judicial (de la Constitución). De hecho, aunque el control judicial se encuentra expresamente reconocido en las leyes de Suecia (...), la Corte Suprema de Suecia jamás ha encontrado que una ley del Riksdag contravenga la constitución. (p. 2)

En efecto, en algunos países esta institución es meramente nominal, es decir, no hace parte de la realidad en la práctica constitucional. Al respecto Couso (2004) reafirma “(...) dado que existen muchos países en los cuales el control judicial de la Constitución es una cuestión meramente retórica, se hace necesario construir indicadores que ayuden a distinguir entre

ejercicios efectivos del control judicial de ella y otros puramente nominales” (p. 37).

Ahora bien, desde la óptica de la politización de la justicia, instituciones jurídicas como el control de constitucionalidad ya no vendrían a ostentar una garantía de contrapeso contra los poderes ejecutivos, usualmente, desbordados. En ese marco, el control de constitucionalidad es permeado por los factores políticos, situación que afectaría de la autonomía e independencia de los jueces constitucionales, ideas defendidas por la doctrina del derecho constitucional. Pensar entonces, en una situación en donde la política permea la justicia (politización de la justicia, o de las altas cortes), no es especular en un escenario que no se haya vaticinado aún, no supone ningún descubrimiento que sea desconocido para las democracias, particularmente, de América Latina. No es novedad, que el constitucionalismo latinoamericano haya sufrido este fenómeno en cuestión. Según lo destaca Couso (2014), la historia reciente latinoamericana ha demostrado al menos tres casos, en los cuales el Poder Judicial ha sido intervenido por el Ejecutivo. Al respecto, los describe así:

... Argentina, cuando el Presidente Carlos Menem aumentó el número de jueces de la Corte Suprema para asegurarse una mayoría de partidarios suyos en ella (...) Perú, cuando Alberto Fujimori cerró la Corte Constitucional, por emitir un fallo que le fue adverso; y Venezuela, cuando Hugo Chávez obligó a la presidenta de la Corte Suprema a renunciar a su cargo, asegurándose luego una mayoría en ella. (p. 44)

En ese sentido, el rol de las Cortes Constitucionales en el modelo constitucional de los frenos y contrapesos ha significado una histórica conquista en materia de protección de los derechos constitucionales, en lo que va de la historia del constitucionalismo latinoamericano; el Poder Judicial en países en proceso de consolidación democrática juega un papel fundamental en lo que se refiere a frenar y controlar la producción legislativa en manos del Congreso, o

Parlamento, cuando aquella contrarié los principios constitucionales. No obstante, este activismo judicial supone en parte, ciertos riesgos sobre todo en países con una tradición democrática débil. Así concluye Couso (2004):

En países con una débil tradición de respeto al Estado de derecho, la judicialización de la política suele acabar con la independencia de la judicatura, ya que los gobernantes al advertir el potencial de poder político de las cortes sucumben a la tentación de intervenir la judicatura con personas que les parezcan confiables. (p.45)

Por otro lado, es de recibo advertir que, en ocasiones este “activismo judicial” evocado por los tribunales constitucionales, especialmente en las últimas décadas, suele ser menospreciado por cuanto no se está de acuerdo con las decisiones judiciales que emanan de los tribunales. Entonces, es insoslayable que en la existencia de tribunales constitucionales que desarrollen cierto tipo de activismo, este, pueda ser compatible con los principios constitucionales pactados como sociedad. No obstante, en palabras de Waldrom (2014) el Control Judicial podría desfigurarse en una supremacía de los jueces constitucionales. El punto es, en consecuencia, que ese “activismo judicial” debe ser exigido por la misma constitución para que no carezca de legitimidad constitucional. Como lo argumenta Dworkin, los términos de la constitución puede exigir que un tribunal sea activista, es decir, la fidelidad de la carta constitucional y el activismo pueden ser ideas que estén del mismo lado. Ahora bien, los tribunales constitucionales deben ser muy cuidadosos en sobreponerse a los demás órganos de poder, como resultado de aquel activismo judicial. En tal sentido Waldrom (2014), ha señalado en el caso del Control Judicial (mecanismo constitucional que acentúa el referido activismo) que:

(...) el control judicial no debería entenderse como una oportunidad de implementar

amplios programas sociales por medio de decisiones en casos sucesivos.

Igualmente, los jueces no deberían pensar que es su tarea, oponerse a la visión, programa, o política general de las ramas de gobierno votadas en elección popular. Es

responsabilidad de estas últimas configurar y perseguir programas sociales a gran escala.

(p. 144)

En segundo aspecto, las constituciones latinoamericanas en términos generales han logrado una inventiva extraordinaria conocida como la irrupción de los derechos sociales en sus textos constitucionales. En esa medida, si hay un rasgo diferenciador del constitucionalismo latinoamericano en relación con los demás en el mundo, es su iniciativa de incorporar los derechos sociales como parte dogmática de la constitución. No obstante, apesar de tan importante gesta, los reformadores de estas constituciones mantuvieron un diseño institucional similar al concebido en el siglo XIX, lo cual dificultaba la tarea de garantizar y proteger estos derechos constitucionales. Entre otras cosas, el presidencialismo se acentuó, y el modelo constitucional de los frenos y contrapesos no tuvo mayores ajustes. Así lo diserta Gargarella (2013):

(...) más allá de sus extraordinarias innovaciones en lo que concierne a los derechos sociales, los reformadores han preservado constantemente nociones anticuadas en torno a la organización política. Han aceptado una tradición constitucional latinoamericana que pone énfasis en la autoridad centralizada y el fortalecimiento del poder presidencial. A diferencia de constituciones más liberales, como la de Estados Unidos, las de América Latina confieren al presidente el poder de declarar el estado de sitio, el poder de intervención federal, el de designar y remover ministros discrecionalmente, y el de legislar en algunos casos. La concentración del poder en el ejecutivo (...) hace que las promesas constitucionales sigan siendo aspiraciones y no algo real. (pp. 246-247)

Lo anterior, puede ser sencillo de explicar, pues en algunos casos este nuevo proceso de creación de constituciones en América Latina surge como resultado de liderazgos políticos, encauzados por figuras presidenciales referentes en la región. Así lo explica Quiroz (2019), en donde particulariza que la expedición de las nuevas constituciones ha respondido “al hecho de que se pueda identificar cada uno de estos procesos con un nombre en particular. Así, en Bolivia es Evo Morales, en Ecuador es Rafael Correa, y en Venezuela, Hugo Chávez.” (p. 124)

En cualquier caso, el presidencialismo fuerte que ha caracterizado a América Latina surge como un proceso coyuntural, esporádico, o de data reciente. La profundización de los poderes del Ejecutivo y sus amplias facultades son el resultado de un proceso constitucional que la región ha presenciado desde sus primeros cimientos de constitucionalismo. A inicios del siglo XIX algunos países de América se dieron constituciones que se engloban en un elemento común: las amplias facultades extraordinarias para el Ejecutivo. Resulta necesario, entonces, describir algunas ideas nacientes de aquella época de organización constitucional que vivía la región, es lo que Gargarella (2014) denomina “el primer derecho constitucional latinoamericano (1810-1850)”. (p. 13)

Del mismo modo, los aportes, por ejemplo, de Simón Bolívar al constitucionalismo latinoamericano, tuvieron que ver, especialmente, con otorgarle amplias facultades y poderes a la institución presidencial. De hecho, algunas de las propuestas constitucionales de Bolívar con relación a la figura presidencial, sugerían fundamentalmente, la existencia de un Ejecutivo vitalicio, que incluso, tendría el derecho de escoger libremente a su sucesor. Así pues, Bolívar (1826) defendió estas tesis, particularmente, ante el Congreso Constituyente de Bolivia en 1826, de la siguiente manera:

El Presidente de la República (...) pasaría a ser en nuestra constitución, como el sol que,

firme en su centro, da vida al universo. Esta suprema autoridad debe ser perpetua; porque en los sistemas sin jerarquías se necesita más que en otros un punto fijo alrededor del cual giren los magistrados y los ciudadanos (...). Para Bolivia, este punto es el Presidente vitalicio. En él estriba todo nuestro orden. (Como se cita en Gargarella, 2014, p. 43)

Por el contrario, pensadores como Benjamin Constant proponían un modelo de la división de poderes, mucho más autónomo y moderador de la convivencia de los diferentes órganos de poder. A su tiempo, Constant había propuesto un modelo de monarquía constitucional que contemplara un “poder neutral o moderador” un cuarto poder disímil de los tradicionalmente estudiados por Montesquieu e implementados en los estados modernos. Este cuarto poder tendría la función de evitar posibles excesos de los poderes restantes, en todo caso, debía este poder ostentarse por el Monarca. Como lo señala Gargarella (2014) este poder era “reservado para el monarca, al que se le asignaba la idea de “balancear” a los restantes tres poderes, y evitar posibles excesos”. (p. 44).

Y aunque, esta propuesta de Constant tuvo grandes repercusiones en constituciones como la de Brasil en 1824 con la figura de un emperador poderoso con poderes de disolver la legislatura y suspender a los jueces, y en México de 1836 con la figura del “Supremo Poder Conservador”; lo cierto es que de todas maneras, la figura de una institución presidencial fuerte, más poderosa que las otras dos ramas, y con facultades de legislar, y reelegirse indefinidamente, fue una característica que imperó en los primeros años de vida constitucional de Latinoamérica, y que a juicio de algunos autores, hoy sigue dominando las esferas de poder. El presidencialismo predominante en América Latina ha permitido que el Poder Judicial se haya enmarcado como un Poder que hace contrapeso a las amplias facultades del Poder Ejecutivo, y a la aquiescencia, de los Parlamentos con las políticas y mandatos del Ejecutivo. Frente a este particular, Quiroz

(2019) ha reseñado:

Los amplios poderes otorgados al Presidente por el propio marco constitucional y el liderazgo político de este sobre la bancada mayoritaria en el Parlamento, dan lugar a lo que los politólogos llaman “presidencialismo fuerte”, caracterizado, no porque en el diseño institucional exista una anulación de los demás poderes del Estado por parte del Ejecutivo, sino porque, dada la correlación de fuerzas en el Parlamento, este termina siendo un espacio que refuerza el poder político del Presidente. (p. 125)

Así mismo, Bernal (2018) ha argüido que las Cortes Constitucionales mediante el activismo judicial han hecho un contrapeso importante a los poderes del Estado, particularmente a la institución presidencial, así lo establece:

El déficit de control político por parte del Congreso se ha intentado suplir con un activismo acentuado por parte de la jurisdicción, sobre todo de la jurisdicción constitucional. De este modo, con fundamento en el principio de constitucionalidad, las cortes constitucionales han intentado controlar el ejercicio excesivo de los poderes presidenciales, han buscado llenar el vacío de control político con una extensión de su control jurídico. (p.51)

Este tipo de procesos han sido estudiados por autores como O’Donnell, quienes lo describen como un tipo de democracia delegativa, en donde el poder presidencial se ve limitado por otras instituciones correlativas establecidas constitucionalmente, en ese sentido O’Donnell dice en esos términos, que ese tipo de democracias:

(...) se basan en la premisa de que quien sea que gane una elección presidencial tendrá el derecho a gobernar como él (o ella) considere apropiado, restringido sólo por la dura

realidad de las relaciones de poder existentes y por un período en funciones limitado constitucionalmente. El presidente es considerado como la encarnación del país, principal custodio e intérprete de sus intereses. (...) Otras instituciones, por ejemplo, los tribunales de justicia y el poder legislativo constituyen estorbos que acompañan a las ventajas a nivel nacional e internacional de ser un presidente democráticamente elegido. La rendición de cuentas a dichas instituciones aparece como un mero obstáculo a la plena autoridad que le ha sido delegada al presidente. (p. 12)

En ese orden de ideas, los poderes exorbitantes del Ejecutivo se deben, entre otras cosas, a que cuentan con aquiescencias del Legislativo, y ello profundiza aún más, sus amplios poderes ya auspiciados por el diseño institucional plasmado en la constitución misma. Así, concluye Quiroz (2019):

La exacerbación de los poderes atribuidos al Presidente, que algunos consideran como síntoma de un paulatino abandono de la senda democrática, se debe, en especial, a una situación contingente, en la cual el Presidente cuenta con el apoyo de la mayoría parlamentaria que, en vez de fungir como contrapeso, refuerza sus poderes (p. 125).

En el fondo, las facultades amplias de la institución presidencial han sido consentidas y auspiciadas por el aparato institucional y la configuración de los poderes públicos, alrededor de un modelo constitucional de frenos y contrapesos que es deferente de los que se ha denominado “el presidencialismo fuerte”. En el caso de Colombia, ha de argumentarse, que según Quinche (2020) la mayoría de las reformas constitucionales son iniciativas de la institución presidencial hegemónica. Por esa razón, no es de extrañarse que los Proyectos de Acto Legislativo (mecanismo constitucional utilizado por el Congreso colombiano para reformar la constitución) provienen, generalmente, del partido de gobierno, y su coalición. Además, según lo afirma Bañol

(2021) este poderío del presidente, particularmente, en Colombia, se extiende a los procesos de referendo constitucional:

Lo mismo sucede con el referendo constitucional, este mecanismo tiene como propósito aprobar, rechazar o derogar una norma vigente; que, para el caso de las normas constitucionales, su iniciativa puede provenir del gobierno nacional o de mandato popular, en todo caso, el primero tiene un papel fundamental en su convocatoria y trámite. (p. 90)

Del mismo modo, la doctrina de derecho constitucional ha sido muy crítica con los procesos de hiperpresidencialismo en América Latina. Para seguir con la experiencia colombiana, a inicios de los años 2000, en Colombia se perfiló la figura presidencial del expresidente Álvaro Uribe Vélez. Desde el punto de vista del modelo constitucional previsto en la Constitución de 1991, y la amplia popularidad que ostentaba el expresidente Uribe, se le permitió (avalado por el orden constitucional) tramitar algunas reformas constitucionales y electorales que dieran cumplimiento a su Plan de Gobierno, y a los clamores populares. No obstante, los ojos de la doctrina siempre fueron muy críticos con el contenido de dichas reformas, particularmente, con la reelección presidencial promovida por el expresidente en mención. Al respecto, Vargas (2004) indica que las referidas reformas, advertían ya un sistema de gobierno desestabilizante, que profundizaba aún más la superioridad de la institución presidencial. Así dispone:

Las tentaciones reeleccionistas, sumadas a otros proyectos de reforma constitucional y legal en marcha en el Congreso, parecen dar cuenta del deseo de configurar un nuevo tipo de régimen político. Se trataría de ir dibujando los trazos de un nuevo esquema presidencial caracterizado por un presidencialismo imperial, en el cual se desdibuja la clásica división de poderes tan cara al discurso democrático, subordinándose al Ejecutivo

con el argumento de que es la mejor fórmula para terminar la guerra interna y disciplinar a la sociedad, pero que realmente está tratando de instaurar un tipo de democracia restringida que se prolongue en el tiempo. (p. 96)

Resulta necesario, también, abordar la cuestión de “los jugadores con veto” de Tsebelis (2006) para entender la estabilidad política y las relaciones e interacciones entre los poderes públicos en el marco de una constitución, especialmente, la relación y el rol del Poder Judicial con el Poder Legislativo, en suma, de la interpretación constitucional abordada por las Cortes Constitucionales. A saber, Tsebelis (2006) define a los jugadores con veto como los “especificados en un país por la constitución (el presidente, la Cámara y el Senado en los Estados Unidos) o por el sistema político (los diferentes partidos que son miembros de una coalición gubernamental en Europa Occidental)”. (p. 2)

Asume, entonces, que los jugadores con veto tienen la capacidad de tomar decisiones políticas con el objetivo de transformar o cambiar el *statu quo*. Dado que, estos actores políticos son influyentes y controlan las políticas que cambian ese *status quo*, ellos, son establecedores de agenda, lo que Tsebelis (2006) define como aquellos “los cuales tienen que hacer propuestas aceptables a los otros jugadores con veto (de otro modo las propuestas serán rechazadas y el *statu quo* se conservará)” (p. 3). En ese punto, esa relación de los jugadores con veto dispuestos a persuadirse y a intercambiar razones para reformar el estado de cosas, puede percibirse como una relación de órganos de poder, de actores políticos, y ramas de gobierno que establecen una agenda con el propósito de generar cierta estabilidad política. Se advierte que, en todo caso, no puede avizorarse que las Cortes Constitucionales (al menos en la visión de Tsebelis) puedan denominarse en todos los casos posibles: jugadoras con veto. Tsebelis (2006), explica que, en Francia, por ejemplo, se tiene una revisión de la ley (creada por el Legislativo) a priori y en

abstracto, anulando leyes por motivos de constitucionalidad antes de que sean aplicadas. En este caso, el *Conseil Constitutionnel* de Francia actúa como una cámara agregada del parlamento y puede hacer acabar piezas completas de legislación o partes de ellas justo antes de que el presidente de la república firme esta legislación y la convierta en ley. Este rol de la Corte Constitucional francesa devela una interpretación constitucional rigurosa, que, en el caso en concreto, podría denominarse una jugadora con veto. Basado en lo anterior, Tsebelis (2006) afirma que solo en esos casos de interpretación constitucional, las Cortes pueden denominarse jugadoras con veto; lo cual a punta a la conclusión de que “las cortes constitucionales pueden hacer abortar la legislación, y por tanto son jugadores con veto”. (p. 291)

No obstante, Tsebelis niega categóricamente que nos encontremos ante un “gobierno de los jueces” por causa de sus facultades de abrogar leyes expedidas por los parlamentos. A juicio de Tsebelis, dicha afirmación parece exagerada y desmedida. Los argumentos que utiliza para negar rotundamente dicha consideración son los siguientes:

Las restricciones impuestas a la selección de los miembros de la institución más alta del poder judicial eliminan las posiciones extremas y prácticamente garantizan que la mediana de la corte estará ubicada centralmente en el espacio político. (...) primero, los jueces son seleccionados por su competencia y sus posiciones políticas (conocidas). Algunas de sus posiciones tal vez sean desconocidas debido a que no han deliberado sobre cada tema, y otras posiciones se considerarían secundarias, de modo que no están sujetas a pruebas de tornasol. (...) un veto por el Tribunal Supremo no se debe considerar necesariamente como una oposición a la acción gubernamental. (...) En conclusión, los jueces no son jugadores con veto cuando toman decisiones estatutarias. Son jugadores con veto cuando hacen interpretaciones constitucionales, pero la mayor parte del tiempo

son absorbidos por los jugadores con veto políticos existentes. (pp. 290-293)

En suma, Tsebelis (2006) arguye que los Tribunales Constitucionales son absorbidos por la esfera política, en tanto, son elegidos por los actores políticos (en la mayoría de los casos), y eso, disminuye la posibilidad de que los jueces ostenten posiciones extremas en contra de estos actores. No obstante, reconoce que la excepción podría darse en el caso, en el que los jugadores con vetos tengan posturas políticas extremas, como en el caso de “Francia durante el primer gobierno de Mitterrand (1981), donde el gobierno quería implementar una serie de cambios políticos importantes mientras la corte constitucional había sido nombrada por gobiernos de la derecha”. (p. 293)

Problema de Carácter Estructural sobre el Modelo Constitucional de los Frenos y Contrapesos

Uno de los desafíos que tiene el derecho constitucional contemporáneo, particularmente, en América Latina, es refundar el modelo constitucional de los frenos y contrapesos, con el objeto de garantizar una mayor confianza en las instituciones públicas, una mejor convivencia armónica entre poderes, una mejor independencia de poderes y cooperatividad en las ramas de gobierno, evitando principalmente los hiperpresidencialismos comunes de la región. Después de todo, se puede concluir que estas grandes reformas constitucionales estarían encaminadas, en por lo menos, reducir la fatiga y el cansancio de la ciudadanía en las instituciones. En México, Casar (2014) argumenta que existe un consenso frente a lo que hay que reformar, así expresa:

Existe una especie de consenso general entre todos los partidos incluido el partido en el poder que el sistema presidencial mexicano se encuentra agotado en su actual configuración. Según su diagnóstico, este agotamiento se refleja en ineficacia, falta de acuerdos, lentitud en la toma de decisiones, pleitos constantes, desprestigio de la política e insatisfacción con la

democracia. Hay además consenso sobre la necesidad de adecuar el marco institucional para promover la formación de mayorías, fomentar las coaliciones parlamentarias y dar impulso a la colaboración entre poderes. (p. 413)

En el caso de México, la discusión sobre la reforma del Estado (especialmente una relacionada con el viraje del modelo constitucional de los frenos y contrapesos) se ha dado alrededor de algunos temas en específico, estos son determinados por Casar (2014):

una mayor responsabilidad del titular del Ejecutivo y su gabinete ante el congreso, la eliminación de buena parte de los poderes de nombramiento del presidente, la creación de más órganos de autonomía y con mayores facultades y la sustracción de la definición y operación de la política social del ámbito del Ejecutivo. (pp. 415- 414)

A pesar de todo, hay algunos autores que consideran que las reformas al equilibrio de poderes y el sistema de balances y contrapesos, está en la dirección equivocada. Es decir, Gargarella (2021) plantea que el problema no consiste en el ajuste de algunas instituciones, o en cambios simples y modestos, por el contrario, se requiere de virar “(...) el modo en el que nuestras instituciones resisten y bloquean el poder de decisión y control ciudadanos (...) tales problemas tienen su base en instituciones de larga data (...) no basta con recambiar personas o realizar algunos arreglos técnicos” (p. 17). Encima de ello, Casar (2014) en México, también sugiere que los debates están bajo la dirección incorrecta; en otras palabras, plantea que la redistribución de facultades superiores del Ejecutivo al Congreso resultaría en el mismo problema inicial: la falta de convivencia y gobernabilidad entre poderes. En ese respecto, difiere así:

Si, como se afirma, el propósito es alcanzar una democracia más gobernable y eficiente a

través de facilitar la formación de mayorías, la promoción de coaliciones parlamentarias y el logro de los acuerdos, el eje de la reforma debiera desplazarse precisamente a la creación de incentivos para impulsar la colaboración entre los poderes. (p. 414)

Algunos puntos que propone Casar (2014) en México, se pueden resumir en estos puntos establecidos por la misma autora:

1. La introducción de incentivos a la cooperación.
2. La creación de mecanismos para evitar o solucionar las posibles situaciones de empate o parálisis.
3. La reducción de poderes compartidos o espacios de traslape, y la eliminación de “áreas grises” o imprecisiones que resultan materia de litigio e interpretación.

En Colombia, el debate sobre la reforma al equilibrio de poderes ha sido, especialmente, liderada por el Congreso de la República mediante la formulación de Proyectos de Actos Legislativos que pretenden atenuar la crisis del modelo de los frenos y contrapesos para establecer de una manera óptima la división de poderes. A continuación, se nombrarán algunos de los Actos Legislativos vigentes sobre algunos virajes que ha tenido el sistema de frenos y contrapesos en el modelo constitucional colombiano.

Actos Legislativos

— *AL. 02 del 2002*. Por el cual se modifica el período de los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y ediles. Este Acto Legislativo también modifica el artículo 314 de la Constitución Política para establecer que el presidente y los gobernadores, en

los casos taxativamente señalados por la ley puedan suspender o destituir a los alcaldes. Así mismo, señala que el abuso de estas atribuciones tendrá lugar a sanciones descritas por la ley.

— **AL. 03 del 2002.** Por el cual se reforma la Constitución Nacional. En este Acto Legislativo, se modifica el artículo 116 de la Constitución Política, otorgando excepcionalmente algunas funciones judiciales y disciplinarias al Congreso en relación con los más altos funcionarios del Estado.

— **AL. 01 del 2003.** Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones. Este Acto Legislativo modifica el artículo 314 de la Constitución Política para establecer que el presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, puedan suspender o destituir a los alcaldes. Así mismo, señala que el abuso de estas atribuciones tendrá lugar a sanciones descritas por la ley.

— **AL. 02 del 2004.** Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones. Este es el Acto Legislativo que permitió la reelección presidencial (luego esta disposición sería anulada por una nueva reforma política constitucional). Modificó los artículos 127, 197 y 204 de la Carta Política. Señaló que "nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos". Además, cita que "quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo sólo podrá ser elegido para un nuevo período presidencial"

— **AL. 02 del 2015.** Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones. Este Acto Legislativo iba a ser la reforma más amplia a la Constitución de 1991 al cambiar de manera sustancial aspectos del aparato político e institucional del Estado. Con sus 26 artículos se pretendían establecer nuevas instancias judiciales y de administración de la Rama Judicial; sin embargo, varios de ellos no pasaron el examen de la Corte Constitucional. No obstante, quedaron algunas disposiciones vigentes, las cuales se determinarán en la próxima sección. El Acto Legislativo adicionó tres incisos al artículo 112 de la Constitución que permitió que el candidato que le siga en votos al presidente de la República, al gobernador o al alcalde tendrá el

derecho personal a ocupar una curul en el Senado, la Cámara, la asamblea departamental o concejo municipal o distrital, según corresponda. Así mismo, con el Acto Legislativo se derogan los incisos 5 y 6 del artículo 127 de la Constitución. Se prohíbe la reelección presidencial. Se adiciona una competencia a la Corte Constitucional en el sentido de expedir su propio reglamento. Se modificó el artículo 267 de la Constitución para establecer la forma en que el Congreso elegiría al Contralor General de la Nación. Modifica el artículo 281 de la Constitución Política en el sentido de cambiar las condiciones de elección del Defensor del Pueblo. Esta es, quizá, la reforma constitucional más ambiciosa en términos de modificar el aparato institucional en materia de la división de poderes y el modelo constitucional de los frenos y contrapesos.

— *AL. 04 del 2019.* Por medio del cual se reforma el Régimen de Control Fiscal. En este Acto Legislativo se establece que la Contraloría General de la República, será la que vigilará la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes públicos, en todos los niveles administrativos y respecto de todo tipo de recursos públicos. También, la Contraloría General de la República tendría competencia prevalente para ejercer control sobre la gestión de cualquier entidad territorial. Se estableció que la Contraloría deberá presentar al Congreso de la República un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del ambiente.

Siguiendo, entonces, la lógica de Casar y Gargarella, los cuales suponen que los virajes al sistema deben darse desde una mirada estructural, histórica y coherente con el diagnóstico, en el caso colombiano, por ejemplo, la tradición constitucional se ha gestado en contextos de alta tensión entre conservadores y liberales, y entre grupos insurgentes y el establecimiento. En ese marco, la tradición del modelo constitucional de los frenos y contrapesos ha estado enmarcada, en la mayoría de los casos, en otorgarle al Ejecutivo facultades visiblemente superiores, si se compara con las funciones de las demás ramas de gobierno. Se sigue que, autores como Tuirán (2010) han señalado dicha superioridad desmedida, por caso, “desde la Constitución de Cúcuta

de 1821, los sistemas constitucionales colombianos han otorgado al ejecutivo amplios poderes que suponen el desbalance del modelo clásico de frenos y contrapesos” (p. 164)

En todo caso, los Proyectos de Acto Legislativo promovidos por el Congreso de la República (que se abordarán con detalle en la próxima sección), han estado direccionados, al menos en su intencionalidad, a mitigar los errores en el diseño institucional, si se quiere, de los constituyentes colombianos. Por caso, en ese marco de crítica del diseño, algunos autores han expuesto algunos puntos cuestionables del sistema actual. A saber:

La concesión presidencial, directa o indirectamente, de privilegios a miembros del legislativo con el fin de la aprobación de una determinada norma jurídica; la reforma a la Constitución de 1991 para permitir la reelección presidencial, sin tener

en cuenta los mecanismos de control y el impacto que esto tendría en el sistema de frenos y contrapesos; la elaboración de una terna de candidatos, siendo evidente que se prefiere sólo a uno de los candidatos y que los otros “son un simple relleno” (Velásquez, Gómez y Pineda, p. 169).

Análisis del Acto Legislativo 02 del 2015. El Congreso de la República mediante un acto reformativo de la constitución adelantó un reajuste institucional y cierto viraje al equilibrio de poderes. Estas reformas de carácter constitucional han sido las más importantes en materia de equilibrio de poderes y los llamados check and balances propios del constitucionalismo colombiano. Y, aunque la reforma constitucional, en principio, contenía más disposiciones, algunos artículos fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional; no obstante, este análisis se centrará en algunas de sus innovaciones más trascendentales en el viraje del orden constitucional de los frenos y contrapesos.

En ese marco, es menester estudiar el artículo uno (1) de la reforma constitucional en mención; al respecto, esta disposición permite que el candidato (a) que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido (a) como presidente (a), vicepresidente (a), gobernador (a), alcalde distrital o municipal, tendrá el derecho a ocupar una curul de representación política en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital, o Local, durante el periodo de cada corporación, respectivamente. Esto, es un derecho de la oposición política al gobierno de turno, una representación al electorado que votó por el o la beneficiaria de la curul, en cualquiera que sea la corporación correspondiente. Ello, dota de facultades políticas a la oposición, para que ejerza un control al gobierno que quedó elegido, haciendo provechosa la participación democrática de los “perdedores” en el marco de una posición que fortalece la democracia y la representatividad de los sectores minoritarios o los declarados en oposición.

En segunda medida, la reforma del 2015 prohibió categóricamente la posibilidad de reelección presidencial, bajo los principios constitucionales de alternancia presidencial, el pluralismo político, entre otros. La teleología de esta disposición era no ampliar (más de lo debido) las posibilidades de que el poder presidencial fuera concentrado y retenido en una sola cabeza por tiempo indefinido. La finalidad, entonces, se sostenía en la idea de que existían periodos establecidos constitucionalmente para que los funcionarios públicos ejercieran su mandato, en el marco de elecciones democrática, pluralistas, transparentes y periódicas. En este tener, la Corte Constitucional colombiana ha sido enfática argumentando que:

(...) los períodos constitucionales y legales predeterminados resaltan la idea de la finitud del ejercicio del poder político y ponen de relieve su carácter limitado y controlado, a la vez que impiden la concentración que resultaría de la posibilidad de detentarlo de manera indefinida. El carácter periódico de las elecciones obliga a los elegidos a rendir cuentas

ante los electores, de manera tal que el mandato de los primeros sólo será renovado de estar prevista la reelección cuando logren concitar el apoyo de los últimos, así mismo justifica la previsión de mecanismos para exigir la responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal de los elegidos. (Corte Constitucional, 2010, S. C-141)

Dentro del texto de reforma constitucional también se ajustó lo relativo a adicionar una competencia a la Corte Constitucional en el sentido de expedir su propio reglamento; se modificó el artículo 267 de la Constitución para establecer la forma en que el Congreso elegiría al Contralor General de la Nación; y se modifica el artículo 281 de la Constitución Política en el sentido de cambiar las condiciones de elección del Defensor del Pueblo. En otros términos, hay que señalar que algunas disposiciones de la reforma fueron declaradas inexequibles o inconstitucionales por la Corte Constitucional. A continuación, se mostrará un cuadro explicativo que establecerá las disposiciones que quedaron de la reforma constitucional, y las declaradas inexequibles por la Corte.

Tabla 1

Cuadro Explicativo sobre las Disposiciones Vigentes y Anuladas por Vicios de Inconstitucionalidad por la Corte Constitucional

Artículo del Acto Legislativo 02 del 2015	Estado conforme a la decisión de la Corte
Derecho personal a ocupar una curul en el Senado y otras corporaciones públicas de elección popular.	Vigente
Art. 1. Este artículo adicionó tres incisos al artículo 112 de la Constitución Política.	

El candidato que le siga en votos al presidente de la República, al gobernador o al alcalde tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, la Cámara, la asamblea departamental o concejo municipal o distrital, según corresponda.

Art. 2. Se modificó el artículo 126 de la Constitución, en el sentido de contemplar de manera taxativa una causal de incompatibilidad.

Vigente. La normativa se ha venido aplicando en las decisiones de las altas cortes.

Los servidores públicos no podrán, en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta:

Inexequible la expresión “miembro de la Comisión Nacional de Aforados”.

El cuarto grado de consanguinidad

Segundo de afinidad

Primero civil

Tabla 1 (Continuación)

Tampoco con su cónyuge o compañero permanente

Tampoco con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación

Reelección

Art. 3. Se derogaron los incisos 5 y 6 del artículo 127 de la Constitución. Estos incisos establecían límites temporales a la participación en política del presidente y Vicepresidente de la República, así como también prohibía de manera

Vigente

taxativa la utilización de bienes o recursos del Estado en
dichas campañas.

Prohibición miembros suplentes

Art. 4. Reforma el artículo 134 de la Constitución.

Elimina la posibilidad de establecer miembros suplentes de

las corporaciones públicas (asambleas y concejos).

En conclusión, estos solo serán remplazados por los

candidatos que le sigan en el orden de inscripción o

votación obtenida de forma descendente de la lista

electoral.

Vigente

Miembros de Comisión de Aforados

Art. 5. Modifica el artículo 174 de la Constitución.

Relacionados con quién conocerá de las acusaciones

formuladas contra el Presidente de la República o quien

Inexequible

Tabla 1 (Continuación)

haga sus veces y contra los miembros de la Comisión de

Aforados.

Modifica participación política

Art. 6. Modifíquense los incisos segundo y cuarto del

artículo 176 de la Constitución Política.

Vigente

Trata de las circunscripciones territoriales y especiales y la

participación política de los representantes a la Cámara.

Competencia para investigar Comisión de Aforados

Art. 7. El numeral tercero del artículo 178 de la

Constitución Política quedará así:

Define la competencia del Senado para investigar al

Inexequible

Presidente de la República o a los miembros de la

Comisión de Aforados.

Comisión de aforados

Art. 8. Adiciona un artículo a la Constitución Política

(178-A):

- Define la responsabilidad de los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y del Fiscal General de la Nación.

Inexequible

- Define la competencia de la Comisión de Aforados, organismo colegiado que era el competente para investigar y acusar a los funcionarios anteriormente señalados, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos.

Tabla 1 (Continuación)

Calidades y prohibiciones

Art.9. Modifica las calidades y establece las prohibiciones para ser presidente, vicepresidente, ministro o magistrado de alta Corte.

Inexequible la expresión “miembro de la Comisión Nacional de Aforados”.

Reelección del vicepresidente

Art. 10. Elimina los incisos 2 y 3 del artículo 204, donde se establecía la posibilidad de reelección del vicepresidente.

Vigente

Criterios para elección de magistrados

Art. 11. Se cambian los criterios para la elección de los magistrados de la Corte Suprema y del Consejo de Estado. Estos serían elegidos de una lista de diez elegibles enviada por el Consejo de Gobierno Judicial tras una convocatoria pública reglada de conformidad con la ley y adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial.

Inexequible las remisiones al Consejo de Gobierno Judicial y a la Gerencia de la Rama Judicial contenidas en los artículos 8, 11 y 19 de la reforma. Se declara que en las disposiciones constitucionales a las que tales artículos aluden la expresión “Consejo de Gobierno Judicial” se sustituye por “Consejo Superior de la Judicatura”, y se suprime la expresión

Tabla 1 (Continuación)

Requisitos de experiencia

Art. 12. Se modifica el requisito de experiencia contenido en el inciso 4 del artículo 232 de la Constitución para ser elegido como magistrado de las altas Cortes

“y adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial”.

Vigente

Atribución a la Corte Suprema

Art. 13. Adiciona una atribución a la Corte Suprema de Justicia para que juzgue al Vicepresidente de la República, a los ministros del despacho, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los tribunales; a los directores de los departamentos administrativos, al Contralor General de la República, a los embajadores y jefe de misión diplomática o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los generales y almirantes de la fuerza pública por los hechos punibles que se les imputen.

Vigente

Reglamento de la Corte Constitucional

Tabla 1 (Continuación)

Vigente

Art. 14. Se adiciona una competencia a la Corte Constitucional en el sentido de expedir su propio reglamento.

Consejo de Gobierno Judicial

Art. 15. Modifica el artículo 254 de la Constitución y define las competencias del Consejo de Gobierno Judicial y su composición

Este sería el órgano encargado de lo siguiente:

Definir las políticas de la Rama Judicial

Inexequible, salvo en lo que tiene que ver con la derogatoria tácita del numeral 2° del artículo 254 de la Constitución, la

Postular las listas y ternas de candidatos que la Constitución le ordene	Corte se inhibió de pronunciarse de fondo por
Regular los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales	ineptitud sustantiva de la demanda. El artículo 254
Expedir el reglamento del sistema de carrera judicial y de la Comisión de Carrera Judicial	de la Carta Política queda así: “el Consejo Superior
Aprobar el proyecto de presupuesto de la Rama Judicial que deberá ser remitido al Gobierno	de la Judicatura estará integrado por seis
Aprobar el mapa judicial	magistrados elegidos para
Definir la estructura orgánica de la Gerencia de la Rama Judicial; supervisar a esta entidad, y rendir cuentas por su desempeño ante el Congreso de la República.	un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.”

Tabla 1 (Continuación)

Gerencia de la Rama Judicial

Art. 16. Modifica el artículo 255 de la Constitución y define la naturaleza de la Gerencia de la Rama Judicial así:

Órgano subordinado al Consejo de Gobierno Judicial

Organizada de acuerdo con el principio de desconcentración territorial.

Encargada de ejecutar las decisiones del Consejo de Gobierno Judicial, proveer apoyo administrativo y logístico a este órgano

Administrar la Rama Judicial

Inexequible, así como los incisos 2.º y 6.º del artículo 26 de la reforma.

Elaborar para aprobación del Consejo de Gobierno Judicial

el proyecto de presupuesto que deberá ser remitido al

Gobierno

Elaborar planes y programas para aprobación del Consejo

de Gobierno Judicial.

Formular modelos de gestión e implementar los modelos

procesales en el territorio nacional, administrar la Carrera

Judicial.

Organizar la Comisión de Carrera Judicial, realizar los

concursos y vigilar el rendimiento de los funcionarios y los

despachos.

El gerente de la Rama Judicial representaría legalmente a

la Rama Judicial.

Tabla 1 (Continuación)

Se elimina el Consejo Superior

Art. 17. Derogaba el artículo 256 de la Constitución.

Elimina al Consejo Superior y seccionales de la Judicatura

y sus competencias

Inexequible, salvo en lo

que tiene que ver con la

derogatoria, tanto de la

expresión “o a los consejos

seccionales, según el

caso”, En los numerales 3.º

y 6.º del artículo 256 de la

Constitución, la Corte se

Inhibió de

pronunciarse de fondo por ineptitud sustantiva de la demanda.

Inexequible, con excepción de los siguientes pronunciamientos:

Exequible el literal f), del numeral 1º, salvo en lo referente a la expresión “también ejercerán la función prevista en el artículo 85, numeral 18, de la Ley 270 de 1996”, que se

declaró **Inexequible**.

Exequible el literal g) del numeral 1º, en su totalidad.

En relación con la expresión “la autoridad nominadora para las comisiones seccionales de disciplina judicial será la Comisión Nacional de

Art. 18. Establece las condiciones para la presentación del proyecto de ley estatutaria que reglamentaria el Acto Legislativo y la cual se hundió en el Congreso por tránsito de legislatura.

Tabla 1 (Continuación)

Disciplina Judicial”,
prevista en el numeral 6.

La Corte se **Inhibió** de
pronunciarse de fondo por
ineptitud sustantiva de la
demanda.

Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Art. 19. Establece la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, la cual sería ejercida por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. **Inhibió** de emitir un pronunciamiento de fondo.

Inscripción y elección de candidatos de partidos

Art. 20. Sustituye el artículo 263 de la Constitución Política por el 262 y establece las condiciones para la inscripción y elección de candidatos de partidos,

Tabla 1 (Continuación)

Vigente

movimientos políticos y grupos significativos de
ciudadanos.

Cifra repartidora para la elección de candidatos

Art. 21. Sustituye el artículo 263A de la Constitución Política por el 263 y establece las condiciones de la cifra repartidora para la elección de candidatos. Vigente

Elección del Contralor General

Art. 22. Modifica los incisos quinto y sexto del artículo 267 de la Constitución Política en el sentido de cambiar las condiciones de elección del Contralor General y el procedimiento de selección y renuncia. Vigente

Elección de los contralores departamentales, distritales y municipales

Art. 23. Modifica los incisos cuarto y octavo del artículo 272 de la Constitución Política en el sentido de cambiar las condiciones de elección de los contralores departamentales, distritales y municipales. Vigente

Elección del Defensor del Pueblo

Art. 24. Modifica el artículo 281 de la Constitución Política en el sentido de cambiar las condiciones de elección del Defensor del Pueblo. Vigente

Defensoría del Pueblo

Tabla 1 (Continuación)

Artículo 25. Modifica el artículo 283 de la Constitución Política que determina lo relativo a la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo. Vigente

Artículo 26. Concordancias, vigencias y derogatorias.

Se Inhibió en el inciso 1.º,
salvo en la derogatoria
tácita del artículo 257 de la
Constitución Política, la
cual se declaró
Inexequible.

Nota. El cuadro evidencia las disposiciones contenidas en la reforma constitucional (Acto Legislativo 02 del 2015), que fueron declaradas inexequibles, y las que están vigentes. Adaptado de *Ámbito Jurídico*,(2016).

Formulación de una Propuesta para la Reforma del Equilibrio de Poderes

No parece paradójico traer a la memoria algunas palabras de constitucionalistas de tiempos lejanos y diferentes a los nuestros, para idearse un panorama de aquello que se debe reformar, cambiar, o dejar atrás. Sin duda, el sistema actual de frenos y contrapesos fue condicionado por las necesidades de su tiempo: organizar a la sociedad en forma de república, desprenderse del poderío europeo, prevenir posibles recaídas en manos de los colonizadores, evitar la anarquía y asegurar la independencia perpetua de los estados nacientes. La voluntad de los constituyentes de la época no era distinta a prevenir la usencia de orden, y la estabilización política y jurídica de las Repúblicas surgentes. Segúnlo decía muy bien Alberdi (1852):

¿Cuáles son, en qué consisten los obstáculos contenidos en el primer derecho constitucional? Todas las constituciones dadas en Sudamérica durante la guerra de la independencia, fueron expresión completa de la necesidad dominante de ese tiempo. Esa necesidad consistía en acabar con el poder político que la Europa habíaejercido en ese continente (...) tenían razón: comprendían su época y sabían servirla. (Como se cita en

Gargarella, 2021, p. 23)

Lo dicho por el jurista reconocido y brillante Juan Bautista Alberdi, no es ajeno a nuestros días, en todo caso, en lo que se refiere a los dramas de la época actual y los problemas constitucionales que se profundizan en el siglo XXI. Alberdi, entonces, quería decir que cada constitución debía diseñarse respondiendo a los problemas y dramas del momento, de la actualidad. Hoy, nos ocupan ciclópeos dramas constitucionales, si se quiere. Uno de ellos, como es evidente en este trabajo, es relacionado con el modelo constitucional de los frenos y contrapesos y el equilibrio de poderes: la forma y el modo en el que se piensan las instituciones públicas. La facultad que tienen las sociedades para proponer cambios, hacer ajustes, y reformar sus leyes y constituciones, es el punto de partida para abrir este debate que genera resistencias en diferentes sectores de la doctrina. En gracia de discusión, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia 1793, en el artículo 28 sustentaba: “El pueblo tiene siempre el derecho de revisar, reformar, y cambiar la Constitución. Una generación no puede comprometer sus leyes a generaciones futuras” (Méndez, 2023, p. 8). Por si fuera poco, Thomas Jefferson tenía una idea muy similar. Incluso, llegó a proponer “la modificación de la Constitución cada diecinueve años, porque el tiempo que (...) demoraba la renovación generacional.” (Gargarella, 2021, p. 23).

En ese sentido, entonces, se analizan algunas situaciones problemáticas (que merecen ser estudiadas y revisadas para cambiarlas) alrededor de la alteración del principio de separación de poderes, en el caso colombiano. Se observan, al menos, tres problemas relacionados con el diseño institucional y las funciones, en algunos casos desproporcionadas e ineficaces, de los poderes públicos. A saber:

1. Predominio desmedido del Poder Ejecutivo frente al Legislativo. (aglutinación de

facultades)

2. Descenso del Poder Legislativo (ineficacia de controles políticos)
3. Extralimitación competencial del Poder Judicial. (Test de sustitución constitucional)

El Predominio Desmedido del Poder Ejecutivo Frente al Legislativo

Según plantea Bernal (2007):

la institución presidencial no solo ha aglutinado tradicionalmente las funciones de la jefatura del Estado y del ejército, de suprema autoridad administrativa, de dirección de las relaciones internacionales y de poder reglamentario, sino que, tras el advenimiento de la llamada ‘deslegalización’, correlativa al Estado social, se ha convertido también en una instancia legislativa, que sustituye al Congreso en la regulación de temas técnicos y económicos. (p. 34).

Estos, son algunos de los elementos que profundizan el hiperpresidencialismo, y sobrepasan los límites funcionales de la separación de poderes en Colombia. Pero, ante esta supremacía del poder presidencial, también se añaden aquiescencias e ineficacias de los

mecanismos de control político por parte del Poder Legislativo frente al Ejecutivo, lo que dificulta y acentúa aún más las facultades constitucionales del Ejecutivo, propias del sistema presidencial colombiano. En breve, Bernal (2007) hace un diagnóstico de lo que sucede con estos problemas. Así señala que “el presidente tiene una legitimidad directa (...) solo es responsable ante el pueblo, que en ningún caso puede ejercer un control sobre el programa de gobierno” (p. 35). En otras palabras, el diseño institucional privilegia el hiperpresidencialismo, y configura escenarios en donde la institución presidencial no dependa de la confianza del Congreso, y ante la ausencia de un control efectivo en manos del pueblo, frente al programa de gobierno publicado

previamente en campaña, la institución presidencial puede hacer caso omiso de él, incluso desligarse de sus propuestas por las cuales fue elegido mediante voto popular.

Ahora bien, frente a los controles establecidos institucionalmente para ‘limitar’ de alguna manera, el poder presidencial, especialmente por parte del Congreso, se tiene que son ineficaces, e improcedentes por cuanto provienen de sistemas diversos al establecido en Colombia: el presidencialismo. Por caso, la mayoría de estos mecanismos de control político proceden de sistemas puramente parlamentaristas, lo que hace que el modelo constitucional de los frenos y contrapesos se resigne a privilegiar y a perpetuar el hiperpresidencialismo. A continuación, se abordarán esas dificultades del control político ostentado ineficazmente por el Congreso.

Descenso del Poder Legislativo

Con el objeto de preservar la democracia representativa, se han otorgado algunos controles de origen parlamentarista para mitigar los efectos hiperpresidencialistas contrarios al principio de equilibrio de poderes. En efecto, Bernal (2007) ha dicho que se han considerado los controles políticos de “la moción de censura, las preguntas y las interpelaciones, junto al tradicional juicio político” (p. 34), como mecanismos que equilibrarían las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, al menos en un punto. No obstante, hay que reunir algunos de los argumentos que contraponen esta idea. A juicio de Bernal (2018) la figura de la moción de censura no tiene mayor ascendencia, pues, sus exigencias son extremas, y poca es su utilidad para controlar las políticas implementadas por el ejecutivo. Aunado a lo anterior, Bernal (2018) describe:

... la moción de censura no se dirige nunca contra el presidente sino contra alguno de sus ministros, no implica la responsabilidad solidaria, sino la responsabilidad individual del

ministro censurado, y por lo tanto, la consecuencia más grave que puede implicar es la mera sustitución del ministro afectado, mas no el cambio de la política pública que este ministro abanderara. (p. 48)

Lo anterior, refleja un descenso del poderío del Congreso de la República frente al control político a la institución presidencial, sobre todo, si se ahonda en una mala comprensión y entendimiento que se tiene de estos controles. En palabras de Bernal (2018) muchas veces se “confunde con control de tipo penal o de moralidad del ejecutivo” (p. 49).

Extralimitación Competencial del Poder Judicial

A partir, de la Sentencia C-551 del 2003 la Corte Constitucional colombiana determinó que el poder de reformar la constitución era limitado. En la sentencia referida, la Corte argumentó que existían ciertas restricciones que, aunque no están taxativamente descritas en el texto constitucional no pueden ser transgredidas, en este caso, por el Congreso de la República. Benítez (2013) explica de una forma más precisa esta postura de la Corte Constitucional (que es la actual), de la siguiente forma:

Como la Carta tiene una serie de elementos esenciales que la distinguen de otras (dan su identidad), eliminar uno de ellos significaría una transformación tan radical que materialmente equivaldría a derogar la constitución. Así, por ejemplo, “reformar” la Constitución para eliminar la expresión “Estado Social de Derecho” y cambiarla por la de “Estado totalitario” es, en realidad, la eliminación del régimen constitucional de 1991 y la creación de uno totalmente nuevo y opuesto. (p. 180)

Como resultado de esta tesis de la Corte Constitucional, ella, se ideó un juicio de sustitución o ‘test de sustitución’, en donde una vez se pone en práctica, es fácil determinarse una

reforma a la constitución es, en realidad, una sustitución de la Carta o una eliminación de un elemento esencial y definitorio de la Constitución. El test de sustitución constitucional está compuesto de la siguiente manera:

1) Premisa mayor. En esta etapa la Corte, mediante una interpretación sistemática, deduce cuales son los límites implícitos. Así las cosas, la identificación de aquellos elementos esenciales, sin los cuales la Constitución no podría existir, está a cargo de la Corte.

2) Premisa menor. (...) en este paso la Corte describe las implicaciones, objetivos y efectos de la reforma planteada.

3) Conclusión. (...) la Corte compara la premisa mayor con la premisa menor y si resulta que ésta es totalmente incompatible con aquella, habrá existido una sustitución. (Benítez, 2012, pp. 180-181).

Desde ya, puede avizorarse los poderes tan amplios que tiene el Poder Judicial, especialmente, la Corte Constitucional, en materia de el control de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución promovidos por el Congreso. La Constitución colombiana consagra en los artículos 241 y 379 que, en específico, el control de constitucionalidad de las reformas aplica exclusivamente por vicios de procedimiento en su formación, en ese marco, se entiende que no es permitido por voluntad del constituyente (el pueblo) realizar un control de fondo sobre el contenido de las reformas constitucionales (como el que realiza la Corte).

De lo anterior se desprende que, la Corte haya querido justificar este tipo de control de constitucionalidad robusto y de fondo, apelando a que, en todos los casos, este tipo de control no es de fondo toda vez que no se contrasta directamente el contenido de la reforma con los artículos de la constitución. La Corte es enfática es decir que si se admitiera un control de fondo casi todas las reformas serían contrarias a la Constitución, pues en menor o mayor medida, el

contenido de aquellas reformas contraría la constitución. La crítica está, entonces, en quién debe tener la legitimidad democrática para definir los elementos definitorios de la Constitución, cómo hacerlo, y de qué forma. En ese sentido, “sería razonable suponer, que, en una democracia, quien debe tener la última palabra en asuntos constitucionales es el pueblo, y no un tribunal”. (Benítez, 2012, p. 185)

Algunas Propuestas de Salida a la Encrucijada

1. *Sobre la elección de los magistrados de la Corte Constitucional* (6 magistrados(a) ternados(a) por el Congreso y elegidos por la misma corporación política, y 3 magistrados(a) ternados por el presidente y elegidos por el Congreso). Se tiene que, si la elección de los magistrados de la Corte Constitucional colombiana estuviera a cargo de la institución política primaria (mayoritariamente) sus actuaciones tendrían más sentido público deliberativo y más legitimidad democrática. Se propone, entonces, que el Congreso sea quien terne y elija a seis (6) de los magistrados(a) de la Corte Constitucional para el periodo que fija el ordenamiento constitucional. Así mismo, la institución presidencial deberá ternar a los tres (3) magistrados(a) faltantes, los cuales serán elegidos por el Congreso de la República. Por supuesto, hay que prevenir que estas elecciones se vean corrompidas por las cuotas, y por la corrupción que tradicionalmente impera en Colombia. Una forma de prevención es que los partidos políticos que postulen a los magistrados lo deben hacer de manera pública, institucionalizada, y deben someter a discusión interna la postulación del Magistrado (a).

Condiciones de la postulación y elección de magistrados(a) de la Corte Constitucional:

- No podrán ser magistrados(a) de la Corte Constitucional quienes se hubiesen desempeñado en cargos de elección popular, quienes hayan desempeñado cargos de ministro o ministra de Gobierno, u otros cargos de exclusiva confianza y dirección del Ejecutivo, durante los dos (2) años anteriores a su nombramiento.

- Al terminar su periodo constitucionalmente fijado, no podrán durante los dieciocho (18) meses siguientes postularse a algún cargo de elección popular, nide exclusiva confianza del Ejecutivo.
- Los partidos o movimientos políticos con personería jurídica y representación en el Congreso de la República deberán postular a seis (6) magistrados(a) para integrar la Corte Constitucional. De acuerdo a la representación popular y electoral cada partido o movimiento político postulará máximo cuatro (4) candidatos, de acuerdo con las siguientes reglas. Los partidos o movimientos políticos que tengan más del 11,99 % del porcentaje de la votación electoral, tendrán derecho a postular máximo cuatro (4) candidatos(a). Los partidos o movimientos políticos que tengan más del 5,99 % pero menos del 11,99% del porcentaje de la votación electoral, tendrán derecho a postular máximo dos (2) candidatos. Los partidos o movimientos políticos que tengan menos del 5,99% del porcentaje de la votación electoral, y hayan alcanzado la personería jurídica, tendrán derecho a postular solo un (1) candidato(a).
- Los partidos o movimientos políticos tendrán el legítimo derecho a reservarse de la postulación, así como el de apoyar la postulación de los(a) candidatos(a) propuestos por los otros partidos o movimientos políticos.
- Después de la debida postulación de los candidatos(a) a la Corte Constitucional, se hará la respectiva votación por mayoría simple tanto en Senado como en Cámara. El Senado de la república elegirá a tres (3) de los candidatos propuestos, y la Cámara de Representantes elegirá a los tres (3) restantes de los candidatos(a).
- La postulación y elección de los magistrados(a) a la Corte Constitucional quedará sometida al régimen de impedimentos y recusaciones correspondiente.
- La institución presidencial, a criterio propio, postulará a tres de los candidatos(a) restantes

para integrar la Corte Constitucional, los cuales serán elegidos por mayoría simple por el Congreso de la República.

2. *Sobre la extralimitación competencial del Poder Judicial. Juicio de sustitución constitucional debe ser de 'mínimos' y 'máximos'.*

En este caso, se propone que el juicio de sustitución que ha legitimado a la Corte para evitar la vida jurídica de reformas constitucionales, sea excepcional. Esto quiere decir, que el juicio de sustitución constitucional debe ser el último recurso del juez constitucional, el cual debe aplicar cuando sea estrictamente necesario. En todos los casos, para declarar la constitucionalidad o no de una reforma constitucional promovida por el Congreso, la decisión de la Corte Constitucional deberá darse por unanimidad. La decisión debe darse por consenso total. Es decir, nueve votos a favor o nueve votos en contra, respectivamente. En caso de darse una votación distinta, los magistrados deberán hacer un control únicamente formal referido especialmente a garantizar los presupuestos mínimos tales como la deliberación, y la votación libre de los congresistas, entre otros. De todas formas, el control no será de fondo o materia sobre el contenido de la Reforma Constitucional (test de sustitución).

A largo plazo, puede pensarse también, en la inclusión de cláusulas pétreas en nuestra Constitución. Se comparte entonces, la postura de Ulises “las restricciones debe crearlas el mismo pueblo y no un agente externo” (Como se cita en Benítez Rojas, 2013, p.197). Este tipo de cláusulas permitirían que la Corte Constitucional al momento de realizar el control constitucional de los actos legislativos, se remita estrictamente al texto constitucional y no pueda incluir disposiciones constitucionales por vía interpretativa, sino más bien, seguir por vía interpretativa las disposiciones establecidas por el pueblo constitucionalmente. Una cláusula pétrea referida de forma particular al juicio de sustitución creado por la Corte Constitucional

puede plantearse de forma que establezca cuáles son aquellos elementos definitorios y esenciales de la Constitución que no pueden ser reemplazados, sustituidos, o anulados por vía legislativa.

Este tipo de cláusulas no son novedosas, ya han sido utilizadas en modelos constitucionales, si se quieren, exitosos. En Alemania, por ejemplo, a este tipo de reforma se le ha denominado 'la cláusula de la eternidad' y como sugiere Benítez Rojas (2013):

... en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Bonn se establece una serie de elementos inderogables por enmienda constitucional. (...) prohíbe la afectación de principios dispuestos en los arts. 1 y 20 de esa Constitución, tales como la organización federal, el respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales, el Estado social de derecho, el principio democrático, el sometimiento, el sometimiento de los poderes al derecho y el derecho a la resistencia cuando se intente destruir el régimen constitucional. (pp. 190-191)

- Ahora bien, en el plano de la realidad constitucional colombiana, esta reforma constitucional podría darse en los siguientes términos: Se crea un artículo constitucional que contenga los elementos esenciales e identitarios de la Constitución, los cuales solo serán anulables por la Asamblea Nacional Constituyente.
- En consecuencia, la Corte Constitucional en el ejercicio del Control Judicial de las leyes, Actos Administrativos, Decretos, y Actos Legislativos, deberá remitirse en todos los casos a la Constitución, y especialmente al artículo referido para evitar que la disposición en examen constitucional contraría el ordenamiento constitucional.
- No se podrá adicionar o disminuir el contenido del artículo que establece los elementos esenciales de la Constitución, sino solo y únicamente por Asamblea Nacional

Constituyente.

- El proceso de creación de este artículo debe ser liderado por la institución política primaria (el Congreso de la República) por medio de un proceso democrático, deliberativo, y dialógico con la inclusión del Poder Judicial, el Ejecutivo, los Órganos de Control, la Academia y la Ciudadanía en general.
- Para efectos de contribuir a la discusión constitucional se proponen algunos de los elementos esenciales e identitarios de la Constitución que deberán establecerse bajo un proceso democrático e inclusivo. Algunos de estos elementos propuestos ya han sido desarrollados jurisprudencialmente. Se proponen entonces: el Estado social y democrático de derecho, la rigidez constitucional, la separación y división de poderes, la deliberación legislativa, la prevalencia de lo democrático sobre lo constitucional, la defensa y protección de los derechos fundamentales que como sociedad se pacten, el autogobierno judicial, la paz, la descentralización territorial, la prevalencia del interés general, la protección a las minorías sociales, culturales y políticas, la independencia nacional, la deliberación judicial, y la justicia dialógica.

Finalmente, el espíritu de estas reformas constitucionales es reducir el alto margen de discrecionalidad que tiene el Poder Judicial en Colombia, por caso, en el juicio de sustitución constitucional o en el mismo control de constitucionalidad de los actos reformativos a la Carta Política. Estas reformas están fundadas en un elemento que dista profundamente de una Corte Constitucional politizada y que decide de acuerdo con presiones políticas, sociales y mediáticas. Este elemento relacionado con el déficit democrático, parte de la idea del *principio democrático*. En ese respecto, para que el actuar de la Corte Constitucional sea esencialmente democrático, se requiere que el control de constitucionalidad, fundamentalmente, en lo que tiene que ver con los

Actos Legislativos de gran envergadura, sea llevado a cabo solo de manera procedimental y no de fondo. El juez constitucional tiene una tarea cíclopea y de suma importancia en estos casos, la cual es la de verificar que el procedimiento de quórum, deliberación legislativa, publicidad, entre otros, sean cumplidos de manera perentoria. En tal sentido, no es suficiente que la reforma constitucional sea promovida por el órgano democrático por excelencia, sino que el juez constitucional debe verificar que los ritos jurídicos establecidos constitucional y legalmente sean acatados. En gracia de discusión, Bickel (1986, citado por Benítez, 2012) establece que la actuación del juez será democrática si en su actuar contiene una serie de virtudes pasivas que le permitan abstenerse de decidir en ciertos casos en cuestiones constitucionales, y solo deberá intervenir fuerte y excepcionalmente (como se propone en este trabajo) cuando se pongan en peligro principios perdurables (elementos esenciales de la constitución que tienen carácter pétreo). Y, en todo caso, desde el constitucionalismo popular también se defienden estas tesis. Obviamente, este trabajo no pretende poner en duda el instituto del control judicial de las leyes, sino perfeccionarlo de acuerdo con las necesidades propias de nuestro tiempo. Solo en ese sentido, Tushnet (1999, como se citó en Benítez, 2012) afirma que, si el creador de la constitución es el pueblo, es este quién debe tener la última palabra sobre las divergencias que surjan a su creación. Desde luego, no se es tan categórico como lo es Tushnet quien llegó a asegurar que el control judicial de las leyes debería ser eliminado por arrebatarle de las manos la Carta al pueblo. No obstante, las reformas constitucionales descritas aquí refieren un papel más cauteloso y poco activista del juez constitucional, lo que permite una baja intervención judicial de cara a las enmiendas constitucionales, con el objeto de solucionar problemas de origen democrático que corrompen al modelo constitucional de los frenos y contrapesos.

Metodología de Investigación

Mediante la presente investigación se busca analizar de manera cualitativa y con un enfoque socio jurídico y de carácter descriptivo, el sistema de división de poderes para la formulación de una reforma al equilibrio de poderes. Para esto, las técnicas que sirven para obtener dicha información serán la revisión y análisis documentales. Así pues, se utilizarán las bases de datos y repositorios de revistas jurídicas de varias universidades; libros de reconocido tratadistas internacionales con conocimiento en la materia; experiencias internacionales; jurisprudencia colombiana, ponencias y congresos a nivel local e internacional sobre la materia; y entrevistas a actores políticos y sociales influyentes en el país.

Referencias Bibliográficas

- Ámbito Jurídico. (2016). *INFORME: Claves para entender qué queda de la reforma de Equilibrio de Poderes*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administracion-publica/informe-claves-para-entender-que-queda-de-la-reforma-dev>
- Benítez, V. (2012). Jueces y democracia: entre Ulises y los cantos de sirenas. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(117), 359-391.
<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v42n117/v42n117a03.pdf>
- Bernal, C. (2007). La democracia como principio constitucional en América Latina. *Cuestiones constitucionales*(17), 31-51. <https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n17/n17a2.pdf>
- Cadena, H. D. (2022). *Las novedades dialógicas de la Corte Constitucional a la luz de los postulados del constitucionalismo dialógico*.
<https://repository.ugc.edu.co/handle/11396/7291>
- Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-141*.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>
- Couso, J. (2004). Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política*, 24(2), 29-48.
<https://www.redalyc.org/pdf/324/32424202.pdf>
- González, A. (2020). *Filosofía aplicada para una nueva teoría de división de poderes, la creación del poder fiscal y el derecho humano a la honradez y a la integridad en el ejercicio estatal* [tesis de especialización].
<https://repository.unad.edu.co/handle/10596/34772>
- Hamilton, A., Madison, J., & Jay, J. (2013). *El federalista*. Libro Dot.

<https://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>

Martínez, C. P. (2022). *Cadena Correa, H. D. (2022). Las novedades dialógicas de la Corte Constitucional a la luz de los postulados del constitucionalismo dialógico.*

https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/7291/Cadena_Heberth_2022.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Méndez, N. (2023). *Los procesos de reforma y mutación constitucional en América Latina* [tesis de maestría].

https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/75716591/PDF_ENSAYO_MILTON_RAY_FUNGLODE-libre.pdf?1638662718=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DLOS_PROCESOS_DE_REFORMA_Y_MUTACION_CONST.pdf&Expires=1678385116&Signature=BdQnL5W4p00b6FvnYD9xF4FS8fO5xTr

Ospina, D. (2021). El sistema de frenos y contrapesos en Colombia y la sátira política. *Derecho y Realidad*, 19(37), 75-88.

https://doi.org/https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/13009

Salinas, J. C. (2014). Análisis Cualitativo Comparado: las decisiones. *Revista mexicana de sociología*, 76(3), 413-439. <https://www.scielo.org.mx/pdf/rms/v76n3/v76n3a3.pdf>

Walbank, F. (1958). Un comentario histórico sobre Polibio por FW Walbank. *Cambridge University Press*, 8(3), 243-245.

https://www.jstor.org/stable/pdf/703045.pdf?refreqid=excelsior%3Ac2f00508fdad686d5328f251b78105a8&ab_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1

Wikipedia. (2015). *Reforma de equilibrio de poderes (Colombia)*. Reforma de equilibrio de poderes (Colombia)