

LA COLABORACIÓN ARMÓNICA COMO PRINCIPIO
ESTRUCTURANTE DEL RÉGIMEN
CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

Alejandro Gómez Velásquez

TESIS DOCTORAL UPF / AÑO 2020

DIRECTOR DE LA TESIS

Dr. Alejandro Sáiz Arnáiz

DEPARTAMENTO DE DERECHO



A mis padres por su ejemplo y amor.

A Marcela y a Agustín por ser mi felicidad y motivación.

Agradecimientos

Agradezco profundamente a mi director, Prof. Dr. Alejandro Saiz Arnaiz por la generosa y desprevenida confianza que depositó en mi desde el comienzo de este proyecto, al igual que por su deferencia, permanente acompañamiento y apoyo durante este proceso formativo.

De igual forma, a mis compañeros del área de Derecho constitucional de la Universidad Pompeu Fabra que hicieron de mi estadía en Barcelona un periodo inolvidable de mi vida tanto a nivel personal como profesional, en especial a Gracy, Joan, Andrés, Jorge, Juan Camilo y Aída, quienes con su acompañamiento y consejo hicieron mucho mejor esta investigación.

Agradezco también el apoyo de la Universidad EAFIT que hizo posible esta gran experiencia. En especial a mi maestro, el profesor Mario Montoya Brand quien me inculcó su amor por el Derecho Público y me animó a repensar los conceptos clásicos de la teoría constitucional. De la misma manera, a mis profesores y ahora colegas de la Escuela de Derecho de EAFIT por su comprensión y compañía.

Finalmente, pero no menos importante, a mis padres Juan Fernando y Sofía por su ejemplo y amor, y a Marcela y Agustín, los amores de mi vida, por su comprensión ante mis ausencias y su incondicional apoyo en este proyecto. Esto es para ustedes.

Resumen

La investigación aborda un problema clásico en la teoría constitucional relativo a los principios que estructuran los Estados contemporáneos. Si bien este asunto ha estado monopolizado por el principio de separación de poderes, nuestra investigación versa sobre el deber de colaboración que debe existir entre las distintas ramas y órganos del aparato estatal para el logro de sus cometidos. En la Constitución colombiana se prevé expresamente dicho deber, sin embargo, aún no existe claridad sobre su significado y alcance. A partir de ello, se propone en este escrito un marco teórico, un rastreo histórico, un estudio comparado y un recuento de las interpretaciones hechas para plantear una propuesta interpretativa del mandato de colaboración armónica para el sistema constitucional colombiano. Esta propuesta supone concebir a la colaboración armónica como un principio de rango constitucional, de naturaleza institucional y estructural que se torna indispensable para el desarrollo de una constitución con pretensiones transformadoras y aspiraciones como la colombiana.

Abstract

This dissertation addresses a classical topic of constitutional theory; the structural principles of the contemporary state. Although this topic has been primarily studied in terms of the principle of separation of powers, this research argues that there is a duty of collaboration that must exist between the different branches and organs of the state in order to achieve their tasks. This duty is expressly provided for by the Colombian constitution. Despite this, there is a lack of clarity on its meaning and scope. To fill this void, this dissertation provides a theoretical framework, conducts a historical review, undertakes a comparative study, analyzes existing interpretations and proposes an interpretation of a harmonious collaboration mandate for the Colombian constitutional system. In conclusion, such a mandate implies a principle of constitutional status, which is of an institutional and structural nature, that becomes indispensable for the development of a constitution with transformative and aspirational aims, such as that of Colombia.

PRÓLOGO

*Every word [of the Constitution]
decides a question
between liberty and power*

James Madison, 1792¹

Como bien lo recuerda N. W. Barber², la Filosofía Política busca definir los fines que deben perseguir las asociaciones a través de la acción colectiva. Por su parte, la teoría constitucional está dirigida a la ordenación práctica de las instituciones políticas y el relacionamiento de éstas con los individuos para el cumplimiento de dichos fines. Por lo tanto, en toda discusión sobre los fines de la acción política deberá tenerse en cuenta los medios a los que recurre la teoría constitucional para su logro.

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que toda organización política se ha configurado en torno a la tensión que existe entre la necesidad de cumplir con los fines asignados y evitar los abusos en el ejercicio de ese poder. Esta disyuntiva entre empoderamiento y control ha acompañado con especial fuerza el devenir del Estado como institución política desde sus orígenes hasta nuestros días. La vigencia de dicha tensión es descrita con precisión por Guillermo O'Donnell al afirmar:

Toda organización mínimamente compleja, incluidas las políticas, está sujeta a una contradicción, una tensión inherente que no admite solución final, ni enteramente consensual, ni estable. Por un lado, los miembros de la organización esperan la provisión de ciertos bienes públicos y la solución de algunos problemas de acción colectiva. Esta expectativa exige tomar medidas que son efectivas, así como colectivamente vinculantes. [...] El otro polo de la contradicción resulta de la creencia extensamente compartida de que es peligroso dotar a los individuos de demasiado poder. Este peligro parece crecer geoméricamente cuando estos individuos tienen autoridad para tomar las decisiones colectivamente vinculantes respaldadas con la supremacía en el control de los medios de coerción en una organización de la cual es difícil o costoso retirarse. La conclusión racional es que de alguna manera el poder tiene que ser controlado.³

¹ James Madison, *The papers of James Madison: 6 April 1791- 16 March 1793*, ed. Robert A. Rutland y Thomas A. Mason, Vol. 14 (Charlottesville: University Press of Virginia, 1983), 191.

² N. W. Barber, «Prelude to the Separation of Powers», *The Cambridge Law Journal* 60, n.º 1 (2001): 62, <https://doi.org/10.1017/S0008197301000629>.

³ Guillermo O'Donnell, «Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política», *Revista Española de Ciencia Política* 11 (2004): 13.

Por consiguiente, ha sido esta tensión la que ha moldeado la teoría constitucional, buscando un arreglo entre ellos al interior de la arquitectura estatal. Sin embargo, al rastrear ambos componentes puede afirmarse que, desde la estructuración del Estado liberal hasta nuestros días, ha existido cierto predominio de los fines de control y por tanto, ha sido este el que ha configurado con mayor protagonismo la estructura y el funcionamiento estatal.

El constitucionalismo de origen liberal que perdura hasta nuestros días se basa en la noción de la constitución como un instrumento de límite, control y restricción al ejercicio del poder político⁴. A este constitucionalismo subyace la idea clásica de la necesidad de someter el poder público a la ley, la cual se ha condensado en la noción del Estado de Derecho o del *rule of law*⁵. Esta idea-fuerza se ha consolidado hasta el punto de considerarse que un sistema que no pretenda limitar al Estado no cumple con los estándares del constitucionalismo contemporáneo⁶.

Con la pretensión de lograr un arreglo institucional que garantice la libertad a través de dispositivos de control, tuvo origen la doctrina de la separación de poderes en el contexto del pensamiento moderno-liberal. Si bien desde la filosofía griega clásica se planteó la conveniencia de una estructura mixta para estructurar el ejercicio del poder de forma “adecuada”, el que ello se justifique a partir de la necesidad de evitar los abusos y gobiernos tiránicos es algo que solo tiene lugar con el nacimiento del pensamiento liberal moderno⁷.

⁴ Jeremy Waldron, *Political political theory: essays on institutions* (Cambridge: Harvard University Press, 2016), 30.

⁵ Martin Krygier, «Tempering Power», en *Constitutionalism and the Rule of Law*, ed. Maurice Adams, Anne Meuwese, y Ernst Hirsch Ballin (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 34-59.

⁶ Dieter Grimm, *Constitutionalism : past, present, and future* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 10.

⁷ En este sentido, existe una gran polémica doctrinal sobre el origen de la doctrina de la separación de poderes. Por un parte se sostiene que esta puede remontarse hasta la filosofía griega, en especial al pensamiento de Platón y Aristóteles quienes a partir de sus teorías de la Constitución mixta ya planteaban la conveniencia de una Constitución dividida. Desde esta posición, dicha doctrina se mantuvo en desarrollo con los pensadores romanos y durante el medioevo. Por su parte, otra posición sostiene que debe distinguirse entre los fundamentos utilizados para la división del poder. A partir de esta idea, se sostiene que la separación de poderes con justificación en la libertad y como mecanismo para evitar el abuso del poder sólo tiene origen el pensamiento moderno liberal, en particular con la obra de Locke y/o Montesquieu. Esta discusión puede revisarse en: M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers* (Indiana: Liberty Fund, 1998).

Control y separación de poderes

Similar a su origen, respecto a su contenido y alcance también suele debatirse en torno a dicha doctrina. En este punto, Vile nos advierte que la separación de poderes “representa un área del pensamiento político en la cual ha existido una extraordinaria confusión en la definición de los términos”⁸. La principal razón es que incluso entre los autores clásicos a los que se les atribuye su origen, como Locke, Montesquieu y Madison, se hace referencia a postulados que si bien pueden estar relacionados son diferentes entre sí y no sostienen una idea uniforme sobre lo que implica dicha separación⁹.

A pesar de estas divergencias, lo cierto es que con la filosofía liberal moderna se consolidó la doctrina de la separación de poderes en sus distintas configuraciones. De ello resulta reveladora y paradigmática la consagración que se hizo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, al afirmar en su artículo 16 que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada carece de Constitución”¹⁰. Sin embargo, dicha consolidación no fue solo en el plano teórico, sino también práctico. Desde entonces, la inmensa mayoría de los textos constitucionales hicieron referencia explícita o implícita y con mayor o menor grado de rigidez a la separación de poderes como criterio estructurante de la organización del Estado y sus componentes¹¹. Una prueba de ello es que a partir de las funciones que debe desempeñar el Estado, los órganos que lo componen y los controles e interrelaciones que se establecen entre ellos, se estructuran y se suelen clasificar las distintas “Formas de Gobierno”¹² en la actualidad. Por lo tanto, puede afirmarse, sin ambages, que desde entonces y hasta nuestros días, la separación de poderes se ha convertido en un “dogma”¹³ para el constitucionalismo contemporáneo.

⁸ Vile, 45.

⁹ Waldron, *Political political theory: essays on institutions*, 45; Christoph. Möllers, *Three branches: a comparative model of separation of powers*. (Oxford: Oxford University Press, 2015), 43.

¹⁰ «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano», Conseil Constitutionnel, 1789, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.

¹¹ Un rastro interesante que deja en evidenciada la confluencia de los tres postulados en la doctrina de la separación de poderes ha sido precisamente en la terminología que se ha utilizado en los textos constitucionales para referirse a los componentes del Estado. Así, atendiendo al momento histórico que signó su creación o a los postulados en los que se quiere hacer énfasis, se ha hecho mención de *poderes*, *ramas u órganos* para designarse a las instituciones políticas que desde el plano horizontal componen el Estado.

¹² A manera de ejemplo véase: Giuseppe De Vergottini, *Derecho constitucional comparado* (Bnos Aires: Universidad, 2005), (Trad. Claudia Herrera).

¹³ Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho político*, 3a ed. (Madrid: Tecnos, 1977).

Empoderamiento y colaboración armónica

Mencionado el origen, alcances y vigencia de la *separación de poderes* como uno de los principios estructurales del Estado contemporáneo, corresponde ahora hacer mención del empoderamiento como fin constitucional y a los medios para su consecución. Para ello, se parte de considerar a la constitución como un instrumento para la coordinación de la acción colectiva, es decir, hacia el logro de fines o metas comunes y no solo como un instrumento de límite al ejercicio del poder político. Esta noción de constitución no resulta novedosa, ya que puede rastrearse hasta los filósofos griegos clásicos, en particular, en la obra de Aristóteles¹⁴, y también fue ampliamente debatida en los albores de la Revolución Francesa¹⁵.

Tras la consolidación del modelo liberal durante el siglo XIX, será con los efectos de la Revolución Industrial, bajo la influencia del pensamiento marxista y sus críticas al Estado capitalista, cuando volverá a surgir la conveniencia de concebir a la constitución como un instrumento de transformación social. En este nuevo contexto, se propone que el Estado deje de ser percibido como un simple gendarme para entenderse como un interventor de las condiciones materiales básicas de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, al prever aspiraciones materiales a ser realizadas, las constituciones comenzarán a ser concebidas desde una perspectiva positiva, programática y prestacional, que serán susceptibles de evaluación por su eficacia para llevar estas promesas a cabo.

El cambio de paradigma supuso igualmente consecuencias para el funcionamiento estatal bajo las nuevas premisas constitucionales. Sin importantes construcciones teóricas que la soportaran, la premura de las reivindicaciones sociales de finales del siglo XIX y comienzos del XX precipitaron el nacimiento de esta nueva concepción del constitucionalismo que, si bien no renunciaba a sus fundamentos liberales, si se vio rápidamente complementada por toda una serie de expectativas prestacionales a cargo del Estado. Así, durante la primera mitad del siglo XX las cartas de derechos comenzaron a ser acompañadas con la proclamación de valores y principios programáticos, junto con derechos de contenido prevalentemente asistencial y económico que implicaban actuaciones positivas por parte del aparato estatal. Por lo tanto, si bien fue a través de los

¹⁴ En palabras de Aristóteles, una Constitución es “la forma de organización de aquellos que viven en el Estado” Aristóteles, *La Política*, 9a (Madrid: Espasa-Calpe, 1962), 58.

¹⁵ Keith Michael Baker, «Constitutions», en *A Critical Dictionary of the French Revolution*, ed. François Furet y Mona Ozouf (Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1989), 181.

denominados derechos sociales que se intentó responder a estas nuevas aspiraciones, ello no fue correspondido con nuevos desarrollos que desde la teoría constitucional abordaran la relación y funcionamiento al interior del Estado, el cual continuó estando determinado por las distintas concepciones de la separación de poderes.

Por lo tanto, con la aparición de los primeros derechos económicos para comienzos del siglo XX en los textos constitucionales, y teniendo en cuenta que estaba en juego el carácter normativo y supremo de la constitución¹⁶, se tornó necesario resolver como iba a responder el Estado al cumplimiento de estas nuevas expectativas. Dichas elaboraciones fueron a su vez forzadas por las coyunturas que tuvieron lugar durante la primera mitad del siglo XX. Tanto las dinámicas de reconstrucción por las guerras, como la crisis económica que tuvo lugar en su interregno, hicieron surgir nuevas prácticas de gestión pública que, inspiradas más en teorías económicas que constitucionales, se dirigieron a fomentar la eficacia del Estado en el cumplimiento de las nuevas expectativas sociales. Para este contexto, en el plano de la teoría constitucional, fueron pocos los intentos para desarrollar dispositivos teóricos que abordaran el tipo de relaciones que debía regir entre los órganos del Estado ante estos nuevos desafíos.

Durante la segunda mitad del siglo XX se consolidó primero en Europa y luego en Latinoamérica, un nuevo modelo de constitucionalismo que se propuso fusionar la tradición liberal y social¹⁷. Sin embargo, fue nuevamente por parte de la economía, la administración pública y la ciencia política desde donde se teorizó y se puso en práctica la forma de actuación e intervención del Estado en la economía y el logro de los fines sociales. En consecuencia, tanto las teorías y prácticas del Estado de bienestar como las posteriores privatizaciones, pasando por la regulación, la aparición de las “agencias independientes”¹⁸ y las formas supraestatales de administración, entre otras, tuvieron lugar de forma algo distante al Derecho Constitucional, al menos desde una perspectiva formal y teórica. A este, solo se recurría principalmente cuando se consideraba que

¹⁶ La existencia de los nuevos derechos prestacionales supone un nuevo reto para la lógica normativa constitucional, la cual ya no sólo se resuelve entre aquello que está prohibido o permitido, en una constitución típicamente liberal, sino aquello que es requerido o exigido por el texto constitucional. Al respecto véase: Waldron, *Political political theory: essays on institutions*, 63.

¹⁷ Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones* (Madrid: Editorial Trotta, 1996), 131.

¹⁸ Joan Solanes Mullor, *Administraciones independientes y estado regulador: el impacto de la Unión Europea en el derecho público español* (Madrid: Congreso de los Diputados, 2016), 41.

algunas de estas estrategias reñían de forma clara con las formas del Estado liberal, en particular, de la doctrina clásica de la separación de poderes.

Con el resurgimiento del institucionalismo desde hace un par de décadas¹⁹ han aparecido interesantes construcciones desde la teoría constitucional para responder, no solo a los retos del Estado Social, sino también a las nuevas realidades contemporáneas. Estas recientes reflexiones han reubicado en el centro de la discusión aspectos básicos como la concepción misma de las constituciones²⁰, su eficacia o desempeño²¹ y sus principios estructurantes²², incluyendo al de la separación de poderes²³ y el nuevo rol de los poderes públicos, entre otros. Contrario a lo que pudiera pensarse, estos nuevos esfuerzos teóricos no han abogado por rechazar o reemplazar el principio de separación de poderes, ni por defender la conveniencia de la concentración o fusión de estos, salvo casos marginales y viciados. Por el contrario, atendiendo a las evidentes ventajas que supone la idea de un poder dividido, separado y controlado, se ha optado por procurar compatibilizarlo con los retos actuales del constitucionalismo.

Un ejemplo interesante de ello ha sido el debate del rol que cumplen y deben cumplir los tribunales constitucionales, en particular en la protección y garantía de los derechos de contenido prevalentemente económico. En este, el lugar ocupado por el principio de separación de poderes en sus distintas acepciones ha sido determinante, ya sea para descalificar la actuación de los jueces en este rol al considerarla como “activista” y usurpadora de competencias ajenas, o para justificar una dinámica dialógica entre los poderes públicos y clamar por estrategias colaborativas entre ellos. Si bien esta última postura resulta esperanzadora²⁴, tal y como lo advierte Gargarella, en ellas se está dejando

¹⁹ B. Guy Peters, *El nuevo institucionalismo* (Barcelona: Gedisa, 2003).

²⁰ Stephen Holmes, *Passions and constraint: on the theory of liberal democracy* (Chicago: University of Chicago Press, 1995); Maxwell A. Cameron, *Strong constitutions: social-cognitive origins of the separation of powers* (Oxford: Oxford University Press, 2013); Russell Hardin, *Liberalism, constitutionalism, and democracy* (Oxford: Oxford University Press, 1999); Sotirios A Barber, *Welfare and the Constitution* (Princeton: Princeton University Press, 2005).

²¹ Andrea Pozas Loyo, «What is “Constitutional Efficacy?”: Conceptual Obstacles for Research on the Effects of Constitutions», *Mexican Law Review* 1, n.º 17 (22 de junio de 2016): 23-44; Tom Ginsburg y Aziz Huq, *Assessing Constitutional Performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016).

²² A manera de ejemplo véase: Donald S. Lutz, *Principles of constitutional design* (New York: Cambridge University Press, 2006); Beau Breslin, *From words to worlds: exploring constitutional functionality* (Batimore: Johns Hopkins University Press, 2009).

²³ Al respecto véase Möllers, *Three branches: a comparative model of separation of powers.*; Eoin. Carolan, *The new separation of powers: a theory for the modern state* (Oxford University Press, 2009).

²⁴ Sobre el uso de la metáfora del diálogo véase en favor y en contra: Alison L Young, *Democratic Dialogue and the Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2017); Eoin Carolan, «Dialogue isn’t working: the case for collaboration as a model of legislative–judicial relations», *Legal Studies* 36, n.º 02 (2 de junio de 2016): 209-29, <https://doi.org/10.1111/lest.12099>.

de lado el asunto realmente central de la teoría constitucional que no es otro que la “estructura básica del sistema institucional”²⁵. Mientras esta estructura este protagonizada exclusivamente por la doctrina de la separación de poderes, será difícil favorecer el diálogo, la deliberación y la cooperación interinstitucional.

Así las cosas, se puede afirmar que el devenir del Estado se ha caracterizado por la evidenciada tensión entre control y empoderamiento a través de la consolidación de los Estados Constitucionales Sociales y de Derecho. En esta forma de Estado coexisten las premisas del constitucionalismo liberal y se conjugan con las de origen social. Si bien no en todos los textos constitucionales contemporáneos se suele hacer mención explícita al principio de separación de poderes, no cabe dudas que este principio es el que soporta la arquitectura y el funcionamiento de la gran generalidad de los Estados contemporáneos. El interrogante que se cierne es si este principio resulta no solo suficiente, sino también adecuado para el desarrollo de textos constitucionales con un importante componente aspiracional y transformador, al igual que para determinar el funcionamiento del Estado hacia la consecución de dichos cometidos sociales. Por lo tanto, si bien repensar estos principios estructurantes del Estado no es una tarea nueva, si resulta necesaria y conveniente desde las categorías propias de la teoría constitucional en la actual coyuntura del Estado contemporáneo.

Principios constitucionales estructurales en Colombia

El referido devenir en torno a los principios estructurantes del Estado, tiene y ha tenido un importante lugar en Colombia. Desde la fundación de la República hasta la actualidad, en todos los textos constitucionales colombianos ha sido central el lugar ocupado por la doctrina de la separación de poderes en la estructuración del Estado. Incluso podría afirmarse que el explicitar dicho principio en los textos constitucionales es una de las constantes del constitucionalismo colombiano. Por lo tanto, no cabe duda de que, al menos desde su perspectiva formal y teórica, este principio ha sido trasplantado y al hacerlo, ha sido determinante para dar forma al Estado en Colombia.

Para comienzos del siglo XX, la Constitución de 1886, vigente para la época, consagraba al principio de separación de poderes en su formulación canónica, al disponer en su

²⁵ Roberto Gargarella, «Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism», en *Democratizing Constitutional Law*, ed. Bernardo Bustamante, Thomas, Gonçalves Fernandes (Berna, 2016), 119-46, https://doi.org/10.1007/978-3-319-28371-5_6.

artículo 57 que “Todos los poderes públicos son limitado, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones”. Esta disposición que hizo parte de una constitución típicamente conservadora, centralista y confesional, se mantuvo vigente hasta mediados de la década de los treinta del siglo pasado²⁶.

Para ese entonces, a raíz de la crisis económica del periodo entre guerras y como cuestionamiento del paradigma de la economía del libre mercado, se optó por modelos económicos y políticos en donde hubiera mayor intervención estatal en favor de los derechos económicos y sociales. Para tal fin, se defendió la idea de un gobierno central robusto que pudiera actuar menos bajo las restricciones de la división de poderes y los frenos y contrapesos, y más bajo el esquema de la armonía y cooperación entre las ramas²⁷. Para 1934, con la llegada de Alfonso López Pumarejo a la Presidencia de la República, se impulsó en el Congreso una reforma constitucional que pretendió inculcar los fundamentos del Estado de Bienestar bajo una ideología social- demócrata. Finalmente, tras una ardua discusión en el Congreso, se expidió el Acto Legislativo 01 de 1936 que terminó reformando 35 artículos constitucionales. Dentro de los principales cambios efectuados resultan destacables las potestades de intervención del Estado en la economía, el régimen de la propiedad privada, la creación de la asistencia pública y la institución de los derechos de los trabajadores²⁸. De igual forma, el precitado artículo 57 de la Constitución fue reformado atendiendo al siguiente tenor:

Son órganos del Poder Público: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Los órganos del poder público son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado.

A pesar de que este artículo sería nuevamente objeto de reforma en 1945, el mandato de colaboración armónica permaneció incólume en el texto constitucional colombiano hasta el final del proceso constituyente de 1991. Sin embargo, durante este lapso parece que no se hicieron esfuerzos serios para adscribir contenido, ni alcance a esta cláusula, ni tampoco hubo desarrollos legislativos, reglamentarios o jurisprudenciales relevantes al respecto.

²⁶ Hernando Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano* (Bogotá: Panamericana, 2010).

²⁷ Jules Lobel, «The Political Tilt of Separation of Powers», en *The politics of law: a progressive critique*, ed. David Kairys, 3a ed. (New York: Basic Books, 1998), 602.

²⁸ Alvaro Tirado Mejía y Magdala Velásquez Toro, *Reforma Constitucional de 1936* (Bogotá: Cámara de Representantes, 1986).

Más bien, su inclusión pasó desapercibida en la doctrina constitucional colombiana, a pesar de lo novedosa que resulta su consagración en el ámbito comparado.

Ya para finales de los años ochenta y tras el desarrollo de un proceso constitucional poco ortodoxo²⁹, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 debió reconsiderar nuevamente los principios estructurantes del Estado colombiano. Al hacerlo, los delegatarios nuevamente reivindicaron la doctrina de la separación de poderes como estrategia para “controlar el desbordamiento de las ramas del poder público”³⁰. Con ello, se tuvo una interesante discusión sobre la forma de estructurar el Estado y el número de órganos o ramas que debían componerlo. Sin embargo, de igual forma se consideró que esta división no debía ser “absoluta”, sino que debía estar atenuada por cooperación para el logro de los fines del Estado³¹. El resultado de dichos debates dio lugar al actual y vigente artículo 113 Constitucional, el cual dispone:

Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.³²

Como puede observarse, en esta norma constitucional se condensa bien la discusión antes descrita sobre los principios estructurantes de los Estados contemporáneos. Por un lado, se parte de reconocer la tri-división clásica de poderes ya propuesta de antaño en la obra de Montesquieu. A renglón seguido, se reconoce la existencia de otros órganos para el cumplimiento de funciones adicionales a las clásicas ramas y que gozan de los atributos de ser autónomos e independientes. Por último, se hace un reconocimiento expreso a la importancia de la división funcional del poder, pero inmediatamente se condiciona a la realización de los fines de éstos, a través del mandato de “colaboración armónica”.

A partir de esta norma constitucional, se ha desarrollado ampliamente el principio de separación de poderes en Colombia. Con fundamento en ella, el legislador ha expedido sendas normas para regular, no solo las funciones y la estructura de las distintas ramas y órganos del Estado, sino que ha establecido los límites y controles que se han requerido para mejorar su funcionamiento. En la misma línea, la Corte Constitucional, como

²⁹ Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 256.

³⁰ Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 59» (Bogotá, 1991), 13.

³¹ *Idem*.

³² «Constitución Política de Colombia» (1991), Art. 113.

interprete autorizado de la Carta, ha elaborado ampliamente en su jurisprudencia en torno al significado y la relevancia que tiene dicho principio en el sistema constitucional colombiano en sus distintas acepciones. Incluso, de forma más reciente, ha llegado a considerar al principio de separación de poderes como un elemento esencial y definitorio de la Constitución y, en consecuencia, bajo la doctrina del juicio de competencia³³, ha declarado la inexecutable de reformas constitucionales, por considerar que con ellas se había excedido el poder de reforma al vulnerar la vigencia de este principio³⁴.

Sin embargo, frente al mandato de colaboración armónica no ha sucedido lo mismo. Por parte del órgano legislativo, han sido pocas las veces en las que se ha invocado o referido al mismo. Ante la ausencia de un marco legal preciso, tampoco existen desarrollos reglamentarios respecto al mandato colaborativo, su significado o implicaciones. De igual forma, sucede en la jurisprudencia constitucional, donde dicho mandato ha sido abordado de forma insular, sin elaboraciones teóricas que le sirvan de sustento y casi siempre en *obiter dicta*³⁵, impidiendo que pueda extraerse un contenido claro y preciso de dicho mandato constitucional. Este vacío interpretativo también se extiende a la doctrina especializada, donde han sido muy pocos los intentos por teorizar sobre este mandato y distinguirlo, cuando menos, del principio de separación de poderes.

Ante este panorama, puede sostenerse que el mandato de “colaboración armónica” en Colombia ha sido una cláusula constitucional durmiente, en tanto, si bien ha permanecido por más de 80 años en el canon constitucional colombiano su desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinario, no ha sido amplio, ni sistemático, hasta el punto de que no existe claridad sobre su significado, alcance, ni mecanismos expresos para su operativización. Este hecho resulta paradigmático para un Estado en un contexto como el colombiano. De esta forma, reflexionar sobre los alcances de este principio implica hacerlo sobre la eficacia del Estado y de cómo debe adecuarse su actuar, desde un plano normativo para responder a las expectativas actuales. Para ello, valga simplemente

³³ Carlos Bernal Pulido, «Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine», *International Journal of Constitutional Law* 11, n.º 2 (1 de abril de 2013): 339-57.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1040/05 (2005); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-588/09 (2009); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141/10 (2010); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-285/16 (2016).

³⁵ Sobre la diferencia entre *obiter dicta* y *ratio decidendi* en la jurisprudencia constitucional colombiana, véase: Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 2ª (Bogotá: Legis, 2006).

destacar los problemas de eficacia en la protección de los derechos constitucionales, tanto de libertad como prestacionales, la limitada institucionalidad y los grandes retos que implican la implementación de los recientes acuerdos de paz suscritos con la guerrilla de las FARC. Frente a ello, repensar el funcionamiento y desempeño constitucional en clave de “colaboración armónica” y dotar de contenido dicho precepto, puede resultar no sólo esperanzador, sino incluso útil en un contexto como el colombiano donde la Constitución y su implementación ha traído resultados emancipadores importantes para grupos poblacionales tradicionalmente desfavorecidos.

Pregunta de investigación, metodología y agenda de investigación

De lo anteriormente expuesto, la pregunta de investigación que subyace a esta disertación hace referencia al significado y alcance de la fórmula lingüística “colaboración armónica”, que tiene lugar en el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia y con la cual se pretende determinar el relacionamiento entre las ramas y poderes públicos. De esta manera, el principal cometido de esta investigación consiste en atribuir significado a la mencionada norma constitucional ante la indeterminación interpretativa que presenta. Para este caso, dicha indeterminación se refiere, al menos, a problemas de naturaleza lingüística, lógica y axiológica. El primero de ellos se presenta por la vaguedad y ambigüedad del concepto “colaboración armónica”, lo cual queda en evidencia al pretender establecer el significado y alcance a dicho mandato. El segundo problema es lógico y se indaga por si existe una contradicción entre el principio de separación y el mandato de colaboración armónica entre poderes, en los términos en los que lo establece el artículo 113 constitucional. Finalmente, también se identifican problemas axiológicos, ya que el mandato de colaboración encuentra fundamento en el empoderamiento y la eficacia como valores constitucionales, los cuales pueden entrar en conflicto con los de libertad y control que defiende el principio de separación de poderes, tal y como se ha expuesto.

A partir de ello, la orientación del presente proyecto será de *lege lata*³⁶, al pretender la construcción del contenido de las mencionadas normas de Derecho Constitucional positivo, explicitando los distintos tipos de argumentos que favorecen y conducen a una

³⁶ Christian Courtis, «El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática», en *Observar la Ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, ed. Christian Courtis (Madrid: Trotta, 2006), 122.

interpretación sistemática. Para ello, se buscará atribuir o estipular un significado a los mencionados términos, que sea compatible y coherente a los parámetros lingüísticos, lógicos y axiológicos que subyacen a ellos. De esta forma, la presente investigación tendrá un enfoque tanto descriptivo como prescriptivo. En cuanto al primero, este se evidencia al pretender no solo exponer las posibles interpretaciones de las disposiciones constitucionales mencionadas, sino en demostrar que la solución interpretativa que se propone está contenida y puede derivarse del Derecho positivo vigente. Por su parte, el enfoque prescriptivo se deriva de que, dentro de las posibles alternativas se pretende defender una que, como se dijo, responde mejor a los parámetros mencionados, en especial, a la interpretación de los valores y principios consagrados en el sistema constitucional colombiano.

Para su desarrollo, el presente proyecto recurrirá a las principales fuentes utilizadas por la dogmática jurídica para lograr el propósito propuesto, a saber, a la teoría constitucional, la historia del derecho, el derecho comparado, la legislación, la jurisprudencia y la doctrina especializada. De igual forma, se recurrirá a los métodos dogmáticos tradicionales como el análisis ideológico, sistemático y lógico, haciendo un especial énfasis en el análisis lingüístico, atendiendo a que el objeto de estudio se circunscribe a un asunto interpretativo. Por consiguiente, la presente investigación se encuentra dividida en cinco capítulos y un breve epílogo.

Con el primer capítulo se pretende la construcción de un marco analítico y teórico que sirva de fundamento dogmático y doctrinal al proyecto en cuestión. En particular, se pretende recrear un marco teórico que sirva de sustento conceptual para dotar de significado y utilidad al principio de colaboración armónica. Para ello, se comenzará revisando las tradiciones que confluyen en el constitucionalismo contemporáneo, a la luz de las funciones atribuidas a la constitución, para sostener que el constitucionalismo contemporáneo no hace referencia exclusiva a la constitución como un instrumento de limitación del poder, sino que, al menos desde mediados del siglo XX, este ha confluido con la tradición que la identifica como un instrumento para la acción colectiva. A partir de allí, se analizarán las metáforas que se han utilizado para referirse a las funciones desempeñadas por la constitución y se hará énfasis en aquella que propone asimilarla a un ejercicio de planificación, es decir, de coordinación de la acción colectiva. Desde esta perspectiva, se enfatizará en la importancia que adquiere la eficacia del texto constitucional, para lo cual se analizarán los mecanismos tradicionales que se han previsto

para ello como lo son el normativo y el institucional. A partir de las deficiencias que estos presentan frente al contenido de constituciones positivas y aspiracionales, se analizará el lugar que puede ocupar el principio de colaboración como garantía de la eficacia del texto constitucional.

En el segundo capítulo se recurrirá al análisis de material histórico sobre el origen del mandato de colaboración armónica en el constitucionalismo colombiano. Con ello se pretende hacer un análisis de historia interna del Derecho³⁷, en tanto, desde una perspectiva diacrónica del sistema jurídico, se pretende el desentrañamiento del origen de la mencionada disposición. Esta labor de reconstrucción histórica consistirá en la identificación del contexto, los antecedentes y las deliberaciones que precedieron la aparición del mandato de colaboración armónica en Colombia, haciendo hincapié en el lenguaje, las teorías y las doctrinas que sirvieron de inspiración a las mencionadas disposiciones. Con ello se pretende contribuir a través de la aplicación de los criterios histórico y teleológico al ejercicio hermenéutico que se propone esta disertación.

Para ello, se partirá de explicitar el lugar que ha ocupado la doctrina de la separación de poderes en las constituciones republicanas del Estado colombiano. Dentro de ellas, se abordará la Constitución expedida en 1886, la cual hacía mención explícita del principio de separación en su formulación liberal clásica y que estuvo vigente durante gran parte del siglo XX. Posterior a ello, se analizará la reforma constitucional que tuvo lugar en 1936 destacando su contexto, las ideologías que le dieron origen y las discusiones al respecto. Allí, se hará un especial énfasis en las deliberaciones tanto doctrinales como legislativas, que se dieron en relación con el mencionado artículo 57 constitucional y que con su reforma daría origen al mandato de colaboración armónica en el constitucionalismo colombiano. Una vez incorporado dicho mandato al texto constitucional se indagará por las interpretaciones que de este se derivaron tanto doctrinal como jurisprudencialmente. Finalmente, se rastrearán y analizarán las deliberaciones que tuvieron lugar en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y que mantuvieron el mencionado mandato en el canon constitucional, incorporándolo en su artículo 113 superior, formulación que se mantiene vigente.

En el tercer capítulo se realizará un estudio de derecho comparado. Ello tiene como objetivo indagarse por los parámetros del derecho constitucional de otros Estados que

³⁷ Curtis, 136.

pueden utilizarse para interpretar el principio de colaboración armónica entre las ramas y órganos del poder público en Colombia. Por lo tanto, a partir de la analogía que pueda hacerse a normas pertenecientes a otros sistemas jurídicos y las interpretaciones que de ellas se haya hecho, se pretende identificar posibles contenidos que sirvan de parámetro para atribuir significado al principio de colaboración armónica en Colombia.

Con este objetivo en mente, el capítulo se dividirá en tres apartados. En el primero de ellos, se abordará la clasificación de formas de gobierno que suele hacerse atendiendo al grado de rigidez con que se aplique el principio de separación de poderes. A partir de allí, se indagará por el lugar que ocupa el mandato de colaboración entre los órganos del Estado en las principales formas de gobierno. En un segundo momento, se propondrá un estudio comprensivo de las constituciones vigentes con el fin de indagar qué tan frecuente es el uso de cláusulas que prescriban un tipo particular de relación entre los poderes público, tales como las de separación o colaboración. A partir de dichos resultados, se pretende establecer algunas relaciones entre las formas de gobierno y la existencia de dichas cláusulas. Finalmente, en un último apartado, se adoptará la metodología de estudio de caso con el fin de profundizar en relación con el origen, consagración e interpretación que se ha hecho de algunas de las cláusulas identificadas anteriormente. Aplicando el criterio de “los casos más diferentes” se analizarán los del mandato de armonía que contiene el artículo 2° de la Constitución Federal de Brasil de 1988 y el de cooperación leal que prevé entre las instituciones de la Unión Europea el artículo 13.2 del Tratado de la Unión Europea- TUE. Para cada uno de los casos, se abordará el origen de la cláusula, su consagración actual, la interpretación que de ella se ha hecho por parte de la jurisprudencia y finalmente, las perspectivas que a ese respecto se prevén por parte de la doctrina especializada.

El cuarto capítulo vuelve su atención al sistema constitucional colombiano para indagarse por la interpretación que se le ha dado al mencionado mandato de colaboración armónica desde su consagración en la Constitución de 1991. Lo anterior tiene como propósito arrojar nuevas luces que puedan derivarse de la aplicación de los criterios hermenéuticos que recurren a la doctrina, el desarrollo legislativo y la interpretación judicial en la adscripción de significado de la mencionada norma constitucional.

Con esta finalidad en mente, el capítulo comienza haciendo referencia a la interpretación que se ha hecho desde la doctrina constitucional especializada del artículo 113 superior y

en particular, del mandato de colaboración que allí consta. Posteriormente, se indagará por la interpretación que el legislador colombiano ha hecho sobre el particular. Con este propósito, se identificarán, sistematizarán y contextualizarán las leyes que explícitamente han desarrollado el mandato constitucional de colaboración armónica para indagar en ellas por la forma y el significado que se le ha atribuido a dicho mandato por parte del Congreso, como uno de los intérpretes autorizados para ello. Por último, se expondrá y analizará la interpretación que de dicha cláusula de colaboración ha realizado la Corte Constitucional en su jurisprudencia, haciendo énfasis en el significado, naturaleza y forma en que se manifiesta dicho mandato colaborativo.

En el quinto y último capítulo, se hará una propuesta hermenéutica del mandato de colaboración armónica en el sistema constitucional colombiano. En este sentido, se pretende atribuir o estipular un significado al mandato de colaboración armónica que consta expresamente en el texto constitucional colombiano, centrándonos en sus fundamentos, contenido y alcances. Para ello, se defenderá una concepción que obtenga sustento y por tanto, que sea compatible y adecuada con una lectura sistemática y comprensiva de la estructura, los principios y los fines que inspiran el sistema constitucional colombiano, tanto desde una perspectiva descriptiva como prescriptiva, tal y como se expuso anteriormente. Por lo tanto, se buscará traer a colación los distintos parámetros y criterios desarrollados en los capítulos anteriores para defender una interpretación como la más adecuada de la colaboración armónica al interior del sistema constitucional colombiano.

Para ello, se partirá de evaluar si la Constitución colombiana se corresponde a lo que se ha denominado un plan constitucional transformador a la luz de la teoría constitucional contemporánea. A partir de allí, se analizarán los dispositivos que se disponen para procurar su eficacia, comenzando con el normativo y pasando luego al institucional. A raíz de los desarrollos, pero en especial de las limitaciones que estos dispositivos presentan para garantizar la realización de una constitución como la colombiana, se propondrá comprender la colaboración armónica como un principio constitucional, institucional y estructural necesario para garantizar la eficacia de la Constitución colombiana. Finalmente, se abordarán las manifestaciones del principio de colaboración armónica en la constitución colombiana, tanto en el texto como en la jurisprudencia constitucional para proponer la debida comprensión y funcionamiento de ellos de cara al cumplimiento del plan constitucional.

Finalmente, se dispondrá de un breve escrito a manera de epílogo que busca insertar en los debates actuales de la teoría constitucional las implicaciones de la existencia del principio constitucional estructural de colaboración armónica entre las ramas y poderes en los Estados contemporáneos. Se comenzará evidenciando la necesidad de actualizar los usos lingüísticos y las metáforas a los que suele recurrir la teoría constitucional para defender la conveniencia del calificativo colaborativo para describir el tipo de relacionamiento que debe existir en todos los órganos del Estado, incluyendo al juez constitucional. Este punto nos permitirá proponer la idea de un constitucionalismo colaborativo, con rasgos y perspectivas que a nuestro sentir puede resultar prometedores para los retos actuales que enfrenta tanto el Estado como el constitucionalismo contemporáneo.

TABLA DE CONTENIDO

<i>Resumen</i>	<i>vii</i>
PRÓLOGO	<i>ix</i>
1. UN MARCO TEÓRICO PARA EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS	3
1.1. La constitución no solo como límite al ejercicio del poder político.....	5
1.2. La constitución como un plan.....	17
1.3. La constitución y la coordinación de la acción colectiva.....	29
1.4. La importancia de la eficacia del texto constitucional	41
1.5. El principio de colaboración entre los órganos estatales como fundamento necesario para la eficacia de la constitución	59
2. LA HISTORIA DE LA CLÁUSULA DE “COLABORACIÓN ARMÓNICA” EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO	83
2.1. La separación de poderes en las constituciones de la república de Colombia del siglo XIX	87
2.2. La reforma constitucional de 1936 y la introducción de la colaboración armónica en el sistema constitucional colombiano	112
2.3. Los debates en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, el origen del artículo 113 constitucional y la colaboración armónica.....	149
3. LA COLABORACIÓN ARMÓNICA ENTRE PODERES PÚBLICOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO: UN ACERCAMIENTO A SU ORIGEN, POSITIVACIÓN Y ANÁLISIS DE CASOS	155
3.1. Las relaciones de colaboración en las principales formas de gobierno	157
3.2. Los mandatos de relacionamiento entre órganos en el derecho constitucional comparado	171
3.3. La armonía y la cooperación leal entre las instituciones: los estudios de caso de la República Federativa de Brasil y de la Unión Europea	180
3.3.a. El mandato de armonía de la Constitución Federal de Brasil de 1988.....	185
3.3.a.a. Origen del mandato de armonía entre los poderes públicos en el constitucionalismo brasileño	186
3.3.a.b. La consagración de los mandatos de independencia y armonía en la Constitución Federal Brasileña de 1988	194
3.3.a.c. El mandato de armonía entre poderes tras la expedición de la Constitución Federal de 1988	200
3.3.a.d. Perspectivas doctrinales del mandato de armonía entre poderes públicos en Brasil	205
3.3.b. El mandato de cooperación leal en el Tratado de la Unión Europea	211
3.3.b.a. El origen del mandato de cooperación interinstitucional en la Unión Europea	212

3.3.b.b.	El mandato de cooperación leal interinstitucional en el proyecto de constitución de la Unión Europea y en el Tratado de Lisboa	221
3.3.b.c.	El mandato de cooperación leal durante y después de su consagración por el Tratado de Lisboa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia	225
3.3.b.d.	Las perspectivas del mandato de cooperación leal interinstitucional en la Unión Europea	234
4.	LAS INTERPRETACIONES DEL MANDATO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA TRAS SU INCORPORACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991.....	241
4.1.	La colaboración armónica en la doctrina constitucional	242
4.2.	Los desarrollos normativos del principio de colaboración armónica por parte del legislador colombiano.....	261
4.3.	La colaboración armónica en la jurisprudencia constitucional	275
4.3.a.	La colaboración armónica como <i>freno y contrapeso</i>	284
4.3.b.	La colaboración armónica como algo más que <i>freno y contrapeso</i>	287
5.	LA COLABORACIÓN ARMÓNICA COMO PRINCIPIO ESTRUCTURANTE DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL COLOMBIANO: UNA APROXIMACIÓN A SU JUSTIFICACIÓN, CONTENIDO Y ALCANCE	319
5.1.	La Constitución colombiana como un plan transformador.....	321
5.2.	La eficacia normativa del texto constitucional colombiano	342
5.3.	La eficacia institucional del texto constitucional colombiano	355
5.4.	La colaboración armónica como principio constitucional, institucional y estructural para garantizar la eficacia de la Constitución colombiana	369
5.5.	Las manifestaciones del principio de colaboración armónica en la constitución colombiana	387
6.	EL SURGIMIENTO DE UN CONSTITUCIONALISMO COLABORATIVO	409
6.1.	La necesidad de actualizar los usos lingüísticos y las metáforas constitucionales.....	410
6.2.	La conveniencia del calificativo colaborativo, sus implicaciones y oportunidades	413
6.3.	Los rasgos característicos del constitucionalismo colaborativo	419
6.4.	Las perspectivas del constitucionalismo colaborativo	422
	CONCLUSIONES.....	425
	BIBLIOGRAFIA.....	439
	ANEXO 1	467

1. UN MARCO TEÓRICO PARA EL PRINCIPIO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS

Il est facile de montrer que ce qu'on appelle aujourd'hui séparation des pouvoirs, c'est une règle en vertu de laquelle il existe plusieurs organes de représentation de la souveraineté nationale, une collaboration intime et constante de ces organes, une action réciproque d'un sur l'autre

León Duguit, 1907³⁸

En teoría constitucional, dos suelen ser las acepciones más básicas que pueden hacerse del término constitución³⁹. Por un lado, se encuentra la acepción de un documento o convención que dispone de ciertas características formales dentro de un sistema político y jurídico. Por otro, está la acepción de la constitución como un instrumento, es decir, como un dispositivo que se justifica por una serie de funciones que pretende cumplir. En este último sentido, es que se ha acuñado el concepto de constitucionalismo, el cual se encuentra claramente influenciado por los fines u objetivos a los que se suele asociar el texto constitucional. En este orden de ideas, el presente capítulo abordará, principalmente, la acepción funcional de la constitución.

Desde esta perspectiva, los mecanismos y arreglos institucionales de los que dispone una constitución para desarrollar las funciones encomendadas juegan un papel fundamental. Como lo advierte Jeremy Waldron, dichas instituciones son las que sirven de alojamiento para la dinámica de la política y, por tanto, de los acuerdos y desacuerdos que con ella se generan⁴⁰. Por lo tanto, indagarnos por los fundamentos y el funcionamiento de estos es determinante no solo para el efectivo logro de los objetivos y metas definidas por la política, sino para la legitimidad y supervivencia misma del sistema político y constitucional. Con estas ideas en mente, el presente capítulo propone la construcción de un marco analítico y conceptual para la colaboración armónica como principio estructural

³⁸ Léon Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel*, ed. Albert Fontemoing (Paris: Ancienne Librairie Thorin et Fils, 1907), 331.

³⁹ Sobre esta clásica clasificación véase: Zachary Elkins, Tom Ginsburg, y James Melton, *The endurance of national constitutions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

⁴⁰ Waldron, *Political political theory: essays on institutions*, 7.

de la organización y relacionamiento de los poderes públicos que componen el Estado constitucional.

Para estos efectos, en un primer apartado se revisarán las tradiciones que confluyen en el constitucionalismo contemporáneo a la luz de las funciones atribuidas a la constitución. Al respecto, se sostendrá que el constitucionalismo contemporáneo no hace referencia exclusiva a la constitución como un instrumento de limitación del poder, sino que, al menos desde mediados del siglo XX, este ha confluído con la tradición republicana que afirma el carácter de esta como instrumento para la acción colectiva. En un segundo momento, se revisarán los recursos lingüísticos de los que ha hecho uso el constitucionalismo, en particular, del uso de la metáfora contractual y de precompromisos, para hacer referencia al fundamento y el contenido de una constitución. A partir de las críticas que pueden hacerse a ambos recursos, se propondrá reemplazarlas por la imagen de un plan maestro que sirva de representación a las constituciones contemporáneas.

En un tercer apartado, se profundizará desde esta perspectiva en la función atribuida al texto constitucional, reivindicando de ella la de coordinación hacia la consecución del mencionado plan. Posteriormente, se indagará por el tipo de mecanismos que prevé la constitución para procurar su eficacia, evaluando si estos resultan suficientes para responder al tipo de expectativas que supone el constitucionalismo contemporáneo. Ante las dudas que suponen los mecanismos normativos e institucionales, estos últimos estructurados bajo la doctrina de la separación de poderes, se analizará en un último apartado que otro tipo de relacionamiento debe preverse. Para ello se sostendrá que, a partir de los recientes desarrollos de la filosofía social, si la constitución es entendida como un plan que propone la realización de una acción conjunta cooperativa, ello implicará que, al menos para los órganos del Estado, las relaciones de control que se derivan de la separación de poderes no resultan suficientes. Por lo tanto, la tesis que se propone es que el funcionamiento de las constituciones contemporáneas requiere de relaciones de colaboración entre las ramas u órganos del poder público que exceden a las de mero control o veto. En este razonamiento puede identificarse el fundamento y significado del principio de colaboración armónica entre los poderes públicos, el cual, contrario a lo que pudiera pensarse, no resulta extraño a la forma y funcionamiento de los Estados contemporáneos ya existentes.

1.1. La constitución no solo como límite al ejercicio del poder político

Como nos lo recuerda Richard S. Kay, en el pensamiento político occidental es posible identificar dos grandes tradiciones en la forma de concebir las constituciones desde su acepción funcional⁴¹. La primera de ellas parte de reconocer la existencia de derechos individuales que anteceden al Estado y que precisamente es su protección la que justifica su existencia. Por lo tanto, las constituciones, desde esta tradición liberal, se conciben como instrumentos de limitación, restricción y control al poder político para la garantía del goce de los derechos inherentes a los individuos. La segunda, a la que Kay se refiere como republicana, parte de la idea de que el Estado existe para la persecución de objetivos sustantivos que deben ser elegidos por la comunidad de una forma conjunta. Por lo tanto, desde esta tradición la constitución es percibida como un mecanismo de ordenación, tanto de la sociedad como del Estado, para la consecución de dichos fines colectivos, es decir, como un instrumento para la acción colectiva.

Durante las revoluciones del siglo XVIII, ambas concepciones del Estado se vieron claramente enfrentadas y argumentos de ambos lados se explicitaron durante los convulsos acontecimientos. Incluso, durante el periodo revolucionario, estos argumentos fueron llevados a la práctica, evidenciando los riesgos que cada una de estas tradiciones suponen en sus versiones más extremas⁴². Finalmente, tras los sucesos revolucionarios, la tradición liberal terminaría imponiéndose. Con ella, lo haría igualmente la noción de la constitución liberal, es decir, como un instrumento de garantía. Esta concepción, en palabras de Fioravanti, “deja a todas las fuerzas en juego y a los individuos el poder de definir sus fines libremente, limitando de manera cierta y segura la capacidad de influencia de los poderes públicos, en la línea del gobierno limitado”⁴³. A partir de allí, se torna evidente que la constitución aparece como un dispositivo “negativo”, de

⁴¹ Richard S. Kay, «American Constitutionalism», en *Constitutionalism: philosophical foundations*, ed. Alexander Larry (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 16.

⁴² Un ejemplo de ello puede encontrarse en algunas acepciones del constitucionalismo durante la revolución francesa en las cuales la idea de separación de poderes y división del trabajo sirvió como un instrumento organizacional para garantizar el cumplimiento de las decisiones democráticas. Al respecto véase Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 5 y ss; Möllers, *Three branches: a comparative model of separation of powers.*, 41.

⁴³ Maurizio Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de Historia de Las Constituciones* (Madrid: Editorial Trotta, 1996), 97.

limitación, restricción y control al ejercicio del poder político para evitar el abuso del poder y la tiranía⁴⁴.

Desde esta concepción liberal de constitución, dos fueron los instrumentos que se diseñaron desde la teoría constitucional para su materialización. Por un lado, los derechos de estirpe liberal y, por otro, la doctrina de la separación de poderes. De los primeros, vale destacar que estos, a los que suele denominarse como de primera generación, si bien incluyen derechos políticos o de participación, el protagonismo está dado por los derechos negativos que establecen prohibiciones, mandatos negativos o de no-hacer dirigidos hacia el Estado en su conjunto. Por su parte, de la doctrina de la separación de poderes puede señalarse que en ella confluyeron los postulados de división funcional del poder, separación física o personal entre las ramas y controles entre los órganos que componen el poder público⁴⁵. La relevancia de ambos mecanismos para el constitucionalismo liberal fue inmortalizada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la cual dispone en su artículo 16 que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, carece de Constitución”.

Desde entonces, tal ha sido la contundencia del legado de ambos instrumentos que puede afirmarse categóricamente que todos los textos constitucionales en sistemas democráticos, desde una perspectiva al menos formal, consagraron de una u otra manera algún catálogo de derechos y una estructura estatal que luchaba por evitar la concentración del poder⁴⁶. Así, con la presencia de ambos instrumentos en la generalidad de los textos constitucionales vigentes, la acepción liberal de la constitución se consolidó a lo largo del siglo XIX. En este sentido, se pronuncia Fioravanti afirmando que “al apagarse la llamada revolucionaria, Europa continental – como Inglaterra y los Estados Unidos- estaría destinada a encaminarse por la vía del constitucionalismo moderno entendido como técnica de limitación del poder con fines de garantía”⁴⁷. Desde la teoría constitucional, fue fundamental para ello la aparición del concepto de “nación” como

⁴⁴ Krygier, «Tempering Power».

⁴⁵ El abordaje de la doctrina de la separación de poderes y sus postulados se realizará más adelante en este capítulo.

⁴⁶ David Bilchitz y David Landau, *The evolution of the separation of powers : between the global North and the global South* (London: Edward Elgar Publishing, 2018), 2.

⁴⁷ Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 99.

realidad histórico- natural que representaba al soberano y que lo abstrae de la voluntad de los individuos, desactivando con ello cualquier potencialidad transformadora de las constituciones. De igual forma, se generalizarán en este siglo los mecanismos de democracia representativa que conducirá a versiones limitadas de la democracia a través de la mediación y alejamiento de los espacios de decisión del ciudadano y la institucionalidad. Estas construcciones teóricas contribuirán definitivamente a consolidar la separación entre la sociedad civil y el Estado, entre lo privado y lo público, y entre un adentro y un afuera de las fronteras estatales, como elementos esenciales del liberalismo decimonónico.

En este punto, debe advertirse que, al menos en la doctrina pública europea, la noción de supremacía constitucional no se encuentra claramente desarrollada. Ello, en tanto la primacía del derecho legislativo hacía distante una noción que en su entonces seguía siendo exclusiva de la teoría constitucional norteamericana. Incluso, en este razonamiento, como nos lo recuerda Fioravanti, la Constitución era prevalentemente estatal y parlamentaria y por tanto, más un documento político que con pretensiones jurídicas⁴⁸. De allí que se derivará que los derechos fueran de origen estatal al igual que su garantía y protección, aspectos consagrados en el derecho positivo emanado de un legislador infalible. Para el autor italiano, este consenso en torno al constitucionalismo liberal decimonónico en Europa se evidencia no solo en los textos vigentes para entonces sino también en la coincidencia que al respecto tuvieron tres grandes juristas del derecho público en ese entonces: Raimond Carré de Malberg, Georg Jellinek y Vitorio Emanuele Orlando, quienes para finales del siglo XIX convergían en comprender a la constitución como un instrumento de límite y control al poder político⁴⁹. Este paradigma constitucional puede denominarse como el del constitucionalismo moderno⁵⁰.

De igual forma, esta tendencia a negar el carácter republicano o radical de las constituciones también tiene lugar en América para finales del siglo XIX. En su estudio

⁴⁸ El origen, desarrollo y distinción entre las nociones de constitución “normativa” y “política” puede rastrearse con precisión en el texto de Rafael Jiménez Asensio, *El Constitucionalismo* (Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2001), 67 y ss.

⁴⁹ Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 112.

⁵⁰ En este punto se adopta la terminología de Fioravanti que identifica al constitucionalismo moderno como aquel que nace en Europa desde el siglo XIV. Al respecto véase: Joaquín. Varela Suanzes-Carpegna, ed., *Historia e historiografía constitucionales.*, *Historia e historiografía constitucionales : entrevistas con Ernst-Wolfgang Böckenförde, Michel Troper, Maurice J. C. Vile, Maurizio Fioravanti* (Madrid: Editorial Trotta, 2015).

del constitucionalismo americano entre 1776-1860, Roberto Gargarella afirma que, para entonces, “tanto en los Estados Unidos como en la mayoría de los países de América Latina, la estructura básica de la sociedad estuvo profundamente marcada por la influencia del pensamiento liberal”⁵¹. Sin embargo, dicha influencia no fue exclusiva, sino que en muchos casos confluyó, aunque no ausente de problemas, con posturas conservadoras con la finalidad de hacer un frente común contra las concepciones radicales que veían en el Estado y en la constitución, un instrumento de transformación social. Así, la denominada “fusión liberal- conservadora”, registrada a mediados y finales del siglo XIX, si bien se produjo de distintos modos, tuvo lugar casi sin excepciones en América⁵². Esto hizo que las constituciones americanas para finales del siglo XIX se caracterizaran, por un lado, por organizar sistemas institucionales en donde el peso de las mayorías resultara menguado y por otro, en dejar por fuera de los debates y textos constitucionales cuestiones sociales elementales como las vinculadas a la redistribución de la propiedad. Así las cosas, para la realidad americana del siglo XIX, la tradición del constitucionalismo liberal protagonizada por derechos de libertad y modelos institucionales separados predominó sobre la base de un cierto elitismo político⁵³.

Solo tras los efectos de la revolución industrial, bajo la influencia del pensamiento marxista y sus críticas al Estado liberal y al libre mercado, vuelve a resurgir la necesidad de concebir a la constitución como un instrumento de coordinación colectiva⁵⁴. En este sentido, serán los cambios en las condiciones sociales de finales del siglo XIX los que contribuyeron a la recreación de nuevos modelos teóricos en la política y por ende, en la teoría constitucional⁵⁵. Para entonces, la consolidación de la revolución industrial, la implementación del “neo-colonialismo”, la evidencia de las desigualdades generadas por

⁵¹ Roberto Gargarella, *Los fundamentos legales de la desigualdad: el constitucionalismo en América (1776-1860)* (Madrid: Siglo XXI, 2005). 247.

⁵² Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)* (Madrid: Katz, 2015), 67.

⁵³ Gargarella, *Los fundamentos legales de la desigualdad: el constitucionalismo en América (1776-1860)*, 251.

⁵⁴ Si bien está clara la influencia de la obra de Marx y sus seguidores para advertir las consecuencias del funcionamiento del sistema capitalista y promover su revisión, debe señalarse que existe una discontinuidad de dichas ideas con el socialismo y el constitucionalismo social. Dicha discontinuidad tiene lugar particularmente en el antiestatalismo propuesto por el Marxismo. En este sentido, el ideario socialista de Blanc, Lassalle o Heller parece abrazar más las ideas de Hegel en torno al Estado como auténtico motor de la transformación social que a la dialéctica y al antiestatismo marxista. Dicha discusión puede encontrarse en: Angel Garrorena Morales, *El estado español como estado social y democrático de derecho* (Madrid: Tecnos, 1984), 34 y ss.

⁵⁵ Cameron, *Strong constitutions: social-cognitive origins of the separation of powers*, 110.

el sistema capitalista, el nacimiento de los movimientos obreros, la irrupción y paulatina universalización del derecho al sufragio, supondrían todo un nuevo contexto en el que el Estado comenzaría a dejar de ser percibido como mero gendarme, para comenzar a entenderse, también, como un interventor de las condiciones materiales de los ciudadanos⁵⁶.

Como resultado de esta coyuntura social y política, encontramos en el contexto europeo la aparición de la Constitución alemana de Weimar de 1919 como el precedente de este nuevo modelo constitucional. Para Fioravanti, esta será la primera “constitución democrática del siglo XX”⁵⁷ en Europa y con ella, una nueva concepción del papel de las constituciones comienza a reaparecer. El punto de partida para ello será la renovada presencia de un explícito poder constituyente que se coloca al inicio de la constitución y que para el caso se resitúa en el pueblo. En este sentido, a partir del resurgir de la doctrina de la soberanía popular, se hace explícito que la constitución existe porque el sujeto titular de aquel poder, a saber, el pueblo soberano, así lo ha decidido en un acto voluntario. De allí que dicho acto constitutivo suponga que las decisiones aparezcan transcritas en la constitución desde un plano normativo, a través de grandes principios, que en general se refieren a los derechos de los ciudadanos no solo en el ámbito civil y político sino, ahora y de forma novedosa, también en el ámbito social y material.

Por su parte, en el constitucionalismo americano, se tiene como referente, incluso previo a la constitución de Weimar, a la Constitución de México de 1917. Tras un relativo auge en las exportaciones de bienes primarios y el crecimiento de la clase obrera, sumado a un gobierno dictatorial y autoritario, tuvo lugar en México una violenta revolución que dio lugar al derrocamiento de Porfirio Díaz. Tras la revolución tuvo lugar un proceso constituyente que se caracterizaría por la presencia de grupos desaventajados y hasta entonces ausentes del devenir político como campesinos, obreros, mujeres, indígenas, entre otros. Este proceso culminaría en la Convención de Querétaro⁵⁸. De esta convención surgiría una constitución que destaca por su “pionera y radical apertura a la cuestión social”⁵⁹. De ello se evidencia la regulación que se hace del derecho al trabajo en

⁵⁶ Garrorena Morales, *El estado español como estado social y democrático de derecho*, 32.

⁵⁷ Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 149.

⁵⁸ Para un análisis de la característica del proceso constituyente mejicano, véase: Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución : dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*.

⁵⁹ Gargarella, 192.

condiciones dignas⁶⁰, a la seguridad social, al acceso a tierras y el beneficio social como fundamento del Estado⁶¹. Por lo tanto, con la Constitución mexicana se evidencia igualmente el surgimiento de una nueva tendencia protagonizada por la amplia participación que se tuvo en el proceso que le dio origen y por la inclusión de la cuestión social en su articulado.

A partir de la aparición de este tipo de constituciones comienza una nueva historia que en buena medida persigue la búsqueda de los instrumentos institucionales necesarios para la tutela y la realización de estos principios fundamentales expuestos en la Constitución. Por lo tanto, con la aparición de los primeros derechos sociales a comienzos del siglo XX, así como el surgimiento de la teoría de la supremacía constitucional⁶², se tornaba necesario volver la mirada al funcionamiento del Estado y de cómo iba a responder a estas nuevas expectativas. Dichas elaboraciones fueron igualmente forzadas por las coyunturas que tuvieron lugar durante la primera mitad del siglo XX. Tanto las dinámicas de reconstrucción por las guerras como la crisis económica que tuvo lugar en su interregno hicieron emerger nuevas prácticas de gestión pública, las cuales inspiradas más en teorías económicas que constitucionales se dirigieron a fomentar la eficacia del Estado en el cumplimiento de las nuevas aspiraciones ciudadanas.

Precisamente, tal vez sean las políticas implementadas por el gobierno de Roosevelt en los Estados Unidos, conocidas bajo el rótulo de *New Deal*, las que mejor ejemplifiquen estas nuevas prácticas de gestión constitucional. Esta “crisis constitucional”, como la caracteriza Khan, se debió a la percepción generalizada de la diferencia entre el orden constitucional existente y la acción racional requerida para entonces⁶³. Así, bajo el influjo de las teorías Keynesianas, el gobierno norteamericano se propuso la intervención de la

⁶⁰ En el artículo 123 de la Constitución mexicana se dispone que “toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil para lo cual es Estado promoverá la creación de empleos y organización social para el trabajo”.

⁶¹ En este sentido, es bien conocido el artículo 27 de la Constitución mejicana que dispone expresamente que “La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana”.

⁶² La existencia de los nuevos derechos prestacionales supone un nuevo reto para la lógica normativa constitucional, la cual ya no solo se resuelve entre aquello que está prohibido o permitido, en una constitución típicamente liberal, sino aquello que es requerido o exigido por el texto constitucional. Al respecto véase: Waldron, *Political political theory: essays on institutions*, 33.

⁶³ Paul W. Kahn, *Putting liberalism in its place* (Princeton University Press, 2008), 114.

economía como estrategia para superar la crisis económica. Desde una perspectiva constitucional, estas intervenciones se basaron en la delegación de amplias competencias en el ejecutivo por parte del Congreso, al igual que la creación de agencias independientes que combinaron el ejercicio de funciones legislativas, ejecutivas y judiciales. Como era de esperarse y debido a su casi inexistente sustento constitucional, estas estrategias fueron resistidas por amplios sectores que vieron en ellas claras extralimitaciones de las competencias del presidente a la luz del texto vigente. Tras una álgida discusión que llegaría hasta los estrados de la Corte Suprema de Justicia, dicha controversia finalmente terminaría otorgándole deferencia al presidente, generándose con ello una redistribución de los poderes en el Gobierno Federal norteamericano⁶⁴, el nacimiento del Estado Administrativo y la consideración de la interdependencia y reciprocidad como parámetros constitucionales a tenerse en cuenta en el funcionamiento del Estado⁶⁵.

Estos sucesos traerían importantes implicaciones a la teoría constitucional. Al respecto, Cass Sunstein las ha identificado como el “constitucionalismo del New Deal”⁶⁶, y de este puede destacarse dos aspectos. Por un lado, en relación con la concepción de los derechos, se logró dejar de lado la tradición que sostenía que estos solo eran pre-políticos y que debían responder a un *statu quo* preexistente para dar cabida a nuevos derechos. Estos derechos tendrán un carácter positivo y social que responderán a construcciones políticas en pro de fines redistributivos y de justicia social, haciéndose énfasis en su carácter transformador⁶⁷. Por otro lado, frente al principio de separación de poderes, se hizo evidente la necesidad de conciliar la pretensión de prevenir la tiranía y el abuso del poder con hacer un gobierno más funcional y eficiente que fuera capaz de responder a las necesidades sociales y que se orientara a la materialización de los fines colectivos⁶⁸.

La aparición de estos nuevos modelos de constitución y las nuevas prácticas de gestión constitucional hizo que en el contexto de la segunda posguerra se consolidara una nueva

⁶⁴ Solanes Mullor, *Administraciones independientes y estado regulador: el impacto de la Unión Europea en el derecho público español*, 41.

⁶⁵ A ello suele hacerse referencia a través de la explicación que la Corte Suprema de Justicia hace del principio de la separación de poderes en el caso *Youngstown Co v Sawyer* 343 US 579 (1952), 635 (per Jackson D.). “*While the Constitution diffuses power the better to secure liberty, it also contemplates that practice will integrate the dispersed powers into a workable government. It enjoins upon its branches separateness but interdependence, autonomy but reciprocity*”.

⁶⁶ Cass R. Sunstein, «Constitutionalism after the New Deal», *Harvard Law Review* 101, n.º 2 (diciembre de 1987): 421, <https://doi.org/10.2307/1341264>.

⁶⁷ Sunstein, 501.

⁶⁸ Sunstein, 489.

fase para el constitucionalismo que denominaremos para efectos de este artículo como contemporánea⁶⁹. Volviendo a Fioravanti, son tres las principales características que pueden identificarse en estas constituciones contemporáneas⁷⁰. En primer lugar, reafirman el principio de soberanía popular contra la tradición decimonónica que lo había desterrado a favor del principio de la soberanía nacional o estatal. En segundo lugar, retoman la tradición de las declaraciones de valores, fines y principios que justifican el actuar del Estado, al igual que de los derechos sociales que solo de manera efímera habían sido afirmados en el curso de la revolución francesa. En tercer lugar, se consolida el carácter normativo de las constituciones, concibiéndolas como unas verdaderas y precisas normas jurídicas, y ya no como unos meros manifiestos político- ideológicos. En cuanto a esta última característica, son varios los postulados que se derivan. Por un lado, la constitución se percibe como una norma rígida que exige procedimientos especiales y reforzados para su modificación o reforma. Por otro lado, la constitución será la norma suprema y por tanto, dotará de validez y unidad al ordenamiento jurídico. Finalmente, y derivado de los postulados anteriores, se consolida la existencia de mecanismos de control constitucional en sus distintas modalidades como garantía de la supremacía e integridad de los textos constitucionales.

En este sentido, la existencia de estas características en las constituciones contemporáneas vuelve a traer a primer plano la concepción de la constitución como una norma directiva que dirige a los poderes públicos y condiciona a los particulares, de tal manera que asegura la realización de los valores constitucionales⁷¹. Con ésta renace la idea que el mismo Estado existe como resultado de un encuentro de voluntades, como consecuencia de una dirección elegida que los poderes públicos deben perseguir de común acuerdo. De allí que el Estado se convierta en un instrumento que existe en función de un objetivo a perseguir, de valores a realizar, de necesidades a satisfacer. Esta idea queda en evidencia tanto con la existencia de valores constitucionales a los que se pretende adscribir el actuar estatal, como con el goce de los derechos de tipo prestacional o social, a saber, a la educación, a la subsistencia o al trabajo, entre otros. Sin embargo, este resurgir de la

⁶⁹ En diferente sentido se expresa Fioravanti para quien el constitucionalismo moderno en Europa va desde el siglo XIV hasta nuestros días. Al interior de este constitucionalismo se presentan diversas fases, entre las que se encuentra la contemporánea de las “constituciones democráticas del siglo XX”, que se inician con la Constitución de Weimar de 1919. Al respecto véase: Varela Suanzes-Carpegna, *Historia e historiografía constitucionales.*, 101.

⁷⁰ Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 127.

⁷¹ Fioravanti, 129.

constitución como directiva no implicó que los postulados del constitucionalismo liberal hubieran desaparecido, sino que, por el contrario, estos continuaron siendo protagonistas tanto formal como materialmente en las constituciones de entonces a través de la persistencia de los instrumentos de los derechos negativos y de la separación de poderes. Por lo tanto, lo que se proponen las constituciones contemporáneas es intentar combinar dos tradiciones distintas: la constitución como norma fundamental de garantía y la constitución como norma directiva. Ello implica, siguiendo con Fioravanti, la necesidad de moderar algunos presupuestos de ambas posturas. A manera de ejemplo, la rigidez constitucional ataca de manera decisiva la convicción de la infalibilidad del legislador que encarna la voluntad general o aquella, conexa, de la posibilidad de modificar ilimitadamente la constitución misma por parte del pueblo soberano. Pero al mismo tiempo, la presencia de la constitución como norma directiva fundamental hace necesaria la definición de deberes sustanciales de los poderes públicos que trascienden la mera defensa y garantía de los derechos y libertades. En palabras del autor italiano: “la doctrina de constitucionalismo ya no puede ser solo doctrina del gobierno limitado sino también doctrina de los deberes del gobierno”⁷².

Esta posibilidad de fusionar ambas concepciones del constitucionalismo no ha estado ausente de críticas. Durante el siglo XX, quien tal vez formuló las más contundentes a este nuevo modelo fue F. A. Hayek. El argumento principal para el autor austriaco fue que, al retomarse el carácter directivo de las constituciones, ello podría conducir al constructivismo, es decir, hacia la tendencia a concebir el curso social organizado no como sociedad en la que cada uno persigue libremente sus propios fines respetando las normas generales de conducta, sino como una comunidad en la que a cada uno está asignado un deber y un lugar con relación al cumplimiento de la empresa colectiva⁷³. En palabras de Hayek: “estaremos en peligro, salvo que podamos distinguir exitosamente esas nuevas ambiciones que pueden ser logradas en una sociedad libre de aquellas que requieren para su realización de métodos del colectivismo totalitario”⁷⁴. Y como puede evidenciarse del devenir del siglo XX, las experiencias totalitarias le sirven de ejemplo reciente y fidedigno para su advertencia.

⁷² Fioravanti, 131.

⁷³ Planteamientos en este sentido que no proviniera de ideologías totalitarias pueden encontrarse en: Michael Oakeshott, *On history and other essays* (Oxford: B. Blackwell, 1983).

⁷⁴ Friedrich August Hayek, *The constitution of liberty : the definitive edition* (University of Chicago Press, 2011), 373.

Haciendo eco de esta, entre otras críticas, desde entonces y aún hasta nuestros días es visible en la literatura especializada la postura que identifica a las constituciones y al *constitucionalismo* como teoría, exclusivamente con la vertiente liberal. En este punto advierte Waldron que en la actualidad sigue siendo común identificar al constitucionalismo con la doctrina que aboga exclusivamente por controlar, limitar y restringir el poder, lo cual se evidencia en el uso de la acepción que del mismo se hace en las obras de connotados teóricos constitucionales contemporáneos⁷⁵. En el mismo sentido, Ginsburg coincide en afirmar que en la actualidad la acepción más común del término constitucionalismo es la que lo identifica con la función de limitar la conducta del gobierno⁷⁶. Igualmente, Jiménez Asensio señala que el “eje dominante” del constitucionalismo radica en la limitación al poder⁷⁷. En consecuencia, la disyuntiva que se nos presenta en este punto, en palabras de Fioravanti, es si consideramos que se debe continuar con la pretensión emprendida por las constituciones actuales, tendentes a conjugar la constitución como norma directiva fundamental y la constitución como norma fundamental de garantía, conciliando así aspectos distintos del patrimonio histórico del constitucionalismo; o bien afirmar resueltamente que en aquella intención está contenido un vicio de fondo a eliminar y por consiguiente, ubicar todo el constitucionalismo dentro de la órbita de la constitución como norma fundamental de garantía⁷⁸.

Frente a la disyuntiva planteada es posible sostener que la opción a seguir debe ser la de continuar con el proyecto de las constituciones contemporáneas atendiendo a tres razones principales. En primer lugar, resulta justificado moral y políticamente introducir modificaciones a la forma de consecución del modelo de sociedad propuesto por el liberalismo y el libre mercado. Desde los efectos de la revolución industrial hasta nuestros días sigue siendo evidente que la justicia social no es una consecuencia natural del libre mercado, sino que este, de manera inherente permite la generación de miseria, desigualdad y exclusión de importantes segmentos de la población⁷⁹. Por lo tanto, el mercado requiere de correcciones que deben realizarse políticamente y que obtienen su plena justificación en la moral social. En este sentido, el Estado contemporáneo no puede

⁷⁵ Waldron, *Political political theory: essays on institutions*, 30.

⁷⁶ Elkins, Ginsburg, y Melton, *The endurance of national constitutions*.

⁷⁷ Jiménez Asensio, *El Constitucionalismo*, 17.

⁷⁸ Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 134.

⁷⁹ Grimm, *Constitutionalism : past, present, and future*, 85.

permanecer ajeno a dicha situación, por lo que debe emprender acciones positivas para prevenir la materialización de los más relevantes riesgos sociales, incluyendo los ambientales, que implica la operación del mercado de bienes, capitales y servicios.

En segundo lugar, la tradición liberal y republicana del constitucionalismo no son antagonistas o contradictorias como pudiera pensarse. Si bien el constitucionalismo liberal nace en un contexto muy preciso caracterizado por el conflicto de intereses de la burguesía y el Estado absoluto, su cometido no se reduce solo al diseño de ciertas instituciones, sino que termina por establecer un modelo de sociedad⁸⁰. Así, la diferencia con el constitucionalismo social no radica en los fines sino en los medios que se utilizan para ello. Bajo la constitución liberal, el orden justo debía emerger de la abstención del Estado, por el contrario, en el modelo social, para la emergencia de una sociedad justa es necesario también el actuar positivo de este en ciertos ámbitos para garantizar resultados materiales justos⁸¹. En este sentido, ambas finalidades resultan compatibles con la concepción de una constitución como instrumento para la acción colectiva.

En tercer y último lugar, puede afirmarse que el riesgo del constructivismo totalitario puede controlarse a través de la existencia de instituciones propias del constitucionalismo liberal. Siguiendo el anterior razonamiento, debe recordarse que en lo que sí difieren ambas tradiciones es que para el republicanismo los fundamentos del modelo no son prepolíticos, sino que son fruto de la deliberación y la construcción pública⁸². Así, es perfectamente posible que derechos individuales o de libertad puedan justificarse como necesarios y convenientes para el funcionamiento del Estado. Por lo tanto, derechos como la libertad de expresión, la libertad personal, el debido proceso, entre otros, son determinantes para que puedan tener lugar espacios de deliberación adecuados para la determinación de los objetivos y los medios de la acción colectiva. De igual forma, un poder dividido, separado y controlado puede justificarse como adecuado para el debido funcionamiento del Estado hacia el logro de los objetivos sociales propuestos y evitar con ello el abuso del poder y la tiranía. Así, con la justificación y establecimiento de instituciones propias del liberalismo puede establecerse un mecanismo de prevención del

⁸⁰ Grimm, 131.

⁸¹ Esto lleva a Grimm a afirmar que “nadie duda más que un sistema justo no puede establecerse exclusivamente en la base de limitaciones expuestas al Estado” Grimm, 132.

⁸² Cass R. Sunstein, «Beyond the Republican Revival», *The Yale Law Journal* 97, n.º 8 (julio de 1988): 1551, <https://doi.org/10.2307/796540>.

constructivismo en sus versiones más extremas como lo sería el totalitarismo. En este sentido, se coincide con Sunstein al afirmar que las teorías republicanas no son hostiles a la protección de derechos privados o a los “frenos y contrapesos” entre los poderes públicos, sino que ellos resultan bastante consistentes y convenientes con el modelo republicano de constitución⁸³.

Además de los argumentos anteriores, existe un dato empírico innegable que invita a trabajar en dicha dirección y es que cada vez es más común que las constituciones vigentes dispongan dentro de sus cánones positivas disposiciones que expresamente suponen la fusión entre ambas tradiciones constitucionales. En este sentido, resultan interesantes los hallazgos de Zachary, Ginsburg y Melton sobre los análisis de los textos constitucionales vigentes que muestran que la intuición de que la mayoría de las cláusulas de la constitución constituyen dispositivos para limitar el ejercicio del poder o que su uso es generalizado en las constituciones vigentes, no parece ser del todo cierta. Por un lado, asuntos esenciales para el constitucionalismo liberal como la definición del sistema electoral solo tiene lugar en el 19% de las constituciones vigentes y muchas de las disposiciones en ellas contenidas difícilmente califican como mecanismos de limitación del poder⁸⁴. Por lo tanto, identificar una única función a las constituciones actuales parece no ser de todo correcto. Una prueba adicional de ello la encontramos, precisamente, en la proliferación de la fórmula de “Estado Social” en los textos de las constituciones contemporáneas, en particular tras la segunda postguerra⁸⁵.

En este orden de ideas, lo que se propone no es reemplazar o sobreponer una función sobre otra de las constituciones actuales, sino lograr un balance o equilibrio entre ambas. En otras palabras, evidenciar las dos caras que subyacen al constitucionalismo contemporáneo. Esta idea es precisamente la que parece sostener John Laws, al proponer lo que una “buena” constitución contemporánea debe ser. Así, el jurista inglés parte de considerar que una constitución debe lograr un equilibrio entre dos moralidades, la de la

⁸³ Sunstein sostiene la idea de que es posible y conveniente argumentar en favor de un republicanismo liberal que se base en los principios de deliberación, igualdad de los actores políticos, universalidad y ciudadanía. Al respecto véase: Sunstein, 1541.

⁸⁴ A raíz de ello, los autores concluyen que las teorías normativas basadas en el atrincheramiento y los compromisos tendrán serias dificultades en explicar estos hallazgos. Véase Elkins, Ginsburg, y Melton, *The endurance of national constitutions*.

⁸⁵ Sobre la historia de la cláusula de “Estado Social”, véase: Garrorena Morales, *El estado español como estado social y democrático de derecho*, 43 y ss.

ley y la del gobierno. La primera se refiere al bien de la autonomía personal y a la protección de los derechos individuales. Por su parte, la moralidad del gobierno se refiere al bien de las personas como un todo, recurriendo usualmente para ello a principios utilitaristas para maximizar el bien de todos. Si bien ambas se encuentran en permanente tensión, concluye Laws: “una buena constitución requiere que las dos moralidades políticas estén en armonía, cada una sirviendo con el menor perjuicio a la otra”⁸⁶.

Sin embargo, de la pretendida compatibilidad entre los modelos constitucionales no se sigue que estos vayan a coincidir siempre de forma exacta y coherente. Por el contrario, como bien lo advierte Fioravanti, dicha tarea implica la necesidad de “templar y corregir”⁸⁷ algunas de las características originales de los modelos, lo cual supone que sea la teoría constitucional la que deba ocuparse de ello. Dentro de estas tareas se ubica la necesidad de revisar, reevaluar y reformular los fundamentos, los recursos lingüísticos, las metáforas, el objeto, los mecanismos y los efectos producidos por éstas. En otras palabras, replantearse el concepto mismo de las constituciones de cara a las nuevas condiciones y contextos ya advertidos. Precisamente con esta idea en mente, en el apartado siguiente se comenzará dicha labor a partir de la metáfora contractualista, sus críticas y propuestas de reforma a la luz de los retos que imponen las constituciones contemporáneas, teniendo siempre presente que el enfoque que se quiere poner radica en el funcionamiento y desempeño constitucional de cara a estos nuevos retos.

1.2.La constitución como un plan

El nuevo tipo de constituciones y de constitucionalismo que hemos denominado contemporáneo supone indagarnos por los fundamentos que le sirven de sustento. Para estos efectos, el constitucionalismo liberal o de garantía ha recurrido tradicionalmente a la metáfora de un contrato para describir y explicar los fundamentos que le subyacen, al igual que a pre-compromisos para asimilar su contenido⁸⁸. Por lo tanto, corresponde ahora evaluar hasta qué punto dichas metáforas reflejan de forma fidedigna los principios y contenidos en los que se basa la nueva fase del constitucionalismo ya advertido.

⁸⁶ John Laws, «The good constitution», *The Cambridge Law Journal* 71, n.º 03 (27 de noviembre de 2012): 567-82, <https://doi.org/10.1017/S0008197312000827>.

⁸⁷ Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 131.

⁸⁸ Sobre la importancia de las metáforas y de su actualización en las ciencias sociales y, en particular, en el derecho constitucional, véase: Edward L. Rubin, *Beyond Camelot: rethinking politics and law for the modern state* (Princeton: Princeton University Press, 2005), 15 y ss.

Finalmente, se propondrá una metáfora que en nuestro criterio refleja mejor las dos caras ya advertidas del constitucionalismo y la cual nos brinda mayores luces sobre sus fundamentos y la forma de comprensión de sus contenidos.

Tal y como se advirtió anteriormente, la metáfora contractualista ha sido un recurso teórico que se ha utilizado para iluminar los fundamentos morales de un Estado de corte liberal. Si bien sus orígenes se remontan a la filosofía política liberal del siglo XVII, donde pueden incluirse a pensadores clásicos como Hobbes, Locke, e incluso Rousseau, esta metáfora mantiene su plena vigencia al seguir siendo utilizada por autores contemporáneos de la relevancia de Rawls⁸⁹ y Ferrajoli⁹⁰ para explicar los fundamentos de las instituciones políticas y jurídicas, incluyendo en ellas a las constituciones.

Con dicha metáfora, se propone hacer la analogía de un contrato con una constitución que se celebra hipotéticamente entre cada uno de los ciudadanos y la institucionalidad política, materializada en el Estado, donde el ciudadano voluntaria y racionalmente cede ciertas potestades que le son inherentes a cambio de otros bienes públicos. Estos suelen sintetizarse como aquellos que se dirigen a proveer de seguridad al individuo frente a riesgos provenientes, tanto de otros ciudadanos como del Estado mismo al ejercer el poder. Si bien esta construcción teórica tiene tantas variaciones como autores que la sostienen, los factores que les son comunes pueden sintetizarse en los siguientes tres puntos. En primer lugar, el fundamento de la institucionalidad recae en el consentimiento individual de cada uno de los ciudadanos⁹¹. En segundo lugar, los términos del contrato son el resultado de una negociación racional de dos partes⁹². Y en tercer lugar, las

⁸⁹ En palabras del autor, “la justicia como imparcialidad es un ejemplo de lo que he llamado una teoría contractualista. Ahora bien, es posible que haya objeciones contra el término “contrato” y expresiones semejantes: sin embargo, creo que servirá razonablemente bien”. John Rawls, *Teoría de la justicia* (México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006), 28.

⁹⁰ Para Ferrajoli, “en una perspectiva garantista las constituciones han de entenderse, hobbesianamente, como pactos de convivencia, es decir, como contratos sociales en forma escrita, tanto más necesarios y preciosos cuanto más profundas son las diferencias personales que están llamadas a tutelar [...]”. Luigi Ferrajoli, *Principia iuris : teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la Democracia*, Tomo 2 (Madrid: Editorial Trotta, 2007), 54, (Trad. Perfecto Andrés Ibañez).

⁹¹ Kahn, *Putting liberalism in its place*, 16; Ferrajoli, *Principia iuris : teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la Democracia*, 159.

⁹² John Rawls hace un especial énfasis en este elemento al sostener que “El mérito de la terminología contractual es que transmite la idea de que se puede concebir los principios de justicia como principios que serían escogidos por personas racionales”. Rawls, *Teoría de la justicia*, 29.

obligaciones o derechos de los contratantes, a saber, el ciudadano y el Estado, están limitados y restringidos por los términos del hipotético contrato⁹³.

Al respecto, Russell Hardin parte de advertir que esta analogía se ha generalizado hasta el punto de haberse convertido en un lugar común en nuestros días para explicar el fundamento político y legal de las constituciones. Sin embargo, frente a las características de las constituciones contemporáneas replica señalando que esta no es correcta y que debe rechazarse atendiendo a las siguientes razones⁹⁴. En primer lugar, en tanto, la estructura estratégica de las interacciones modales reguladas por contratos y las constituciones son diferentes. Un contrato típicamente resuelve una interacción inmediata propia del dilema del prisionero, es decir, usualmente un intercambio entre dos personas donde solo una sale beneficiada. Por su parte, una constitución resuelve típicamente interacciones de coordinación como lo sería la creación de una particular forma de gobierno, punto sobre el que volveremos más adelante.

En segundo lugar, las constituciones tienen un menor componente de acuerdo que los contratos. Basándose en la obra de David Hume⁹⁵, Hardin sostiene que la “aquiescencia” es lo relevante para el funcionamiento de una constitución mientras que el consentimiento es crucial para las obligaciones que se crean bajo un contrato⁹⁶. Así, para el funcionamiento de una constitución se requiere de formas de consentimiento menos exigentes que para las de un contrato⁹⁷. En tercer lugar, las fuentes de soporte para un contrato y para una constitución difieren radicalmente. Aquel está generalmente respaldado por sanciones externas ante su incumplimiento, por su parte, una constitución

⁹³ Grimm, *Constitutionalism : past, present, and future*, 154.

⁹⁴ Hardin, *Liberalism, constitutionalism, and democracy*, 89; Russell Hardin, «Why a Constitution?», en *Social and Political Foundations of Constitutions*, ed. Denis Galligan y Mila Versteeg (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 53.

⁹⁵ En palabras de Hume, “No es mi intención excluir el consentimiento del pueblo como justa causa de gobierno. Donde se dé es sin duda la mejor y más sagrada. Lo que se afirma es que se da muy rara vez, y casi nunca plenamente; y, en consecuencia, hay que admitir también otros fundamentos para el gobierno”. De allí que sugiere el concepto de aquiescencia habitual como una forma precaria de consentimiento. David Hume, «El contrato original», en *Ensayos Políticos*, ed. César Gómez, 2ª (Madrid: Unión Editorial, 2005), 139.

⁹⁶ A partir de la obra de Hardin, Galligan y Versteeg han definido la aquiescencia como “aceptar o acordar tácitamente un conjunto de arreglos”. Denis J. Galligan y Mila Versteeg, «Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions», en *Social and Political Foundations of Constitutions*, ed. Denis Galligan y Mila Versteeg (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 26.

⁹⁷ Sobre el desarrollo del concepto de “aquiescencia” y su diferencia con el de consentimiento véase Russell, Hardin. *Constitutionalism* En: Barry R. Weingast y Donald A. Wittman, *The Oxford handbook of political economy* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 297.

está más respaldada por el defecto, es decir, por la dificultad de re-coordinar un arreglo alternativo al que ya se dispuso. En este sentido, una constitución que brinde y mantenga un orden social, debe ser auto- ejecutable (*self- enforcing*) y no puede pretender que su cumplimiento dependa de un tercero, como lo sería el Estado en el caso de los negocios jurídicos. En cuarto lugar, los intercambios regulados por los contratos típicamente se terminan y dejan de regir de allí en adelante, por su parte, las constituciones gobiernan hacia el futuro y no son actos limitados por plazo o condición. En quinto lugar, si la constitución fuera un contrato, entonces debería existir otro que defina lo que es un contrato, evidenciando cierta circularidad en su fundamentación. Por lo tanto, Hardin concluye afirmando que, si se quiere explicar el origen y el funcionamiento de la constitución en la actualidad, es necesario deshacernos de la metáfora del contrato⁹⁸ y pensar en otros recursos que representen mejor a las constituciones actuales⁹⁹.

Desde esta misma perspectiva, Maxwell Cameron concurre a dicha crítica. Para el autor, esta metáfora no es adecuada y conlleva a importantes malentendidos sobre el rol actual de las constituciones¹⁰⁰. Ello se debe, por un lado, a que la constitución no puede asimilarse a cualquier otro contrato, ya que ésta establece precisamente las condiciones en las que estos podrán establecerse y ejecutarse, es decir, quien establece las bases y los fundamentos sin los cuales ningún contrato podría operar. Por el otro lado, Cameron retoma el problema del cumplimiento de la constitución- contrato, ya advertido por Hardin, para señalar que las constituciones, a diferencia de los contratos no son ejecutables a través de terceros, sino que serán sus mismos destinatarios quienes determinaran si estas seguirán o no siendo el mecanismo efectivo para coordinar las interacciones de los agentes políticos. Finalmente, Galligan y Versteeg plantean que la metáfora contractual tampoco logra captar la dimensión aspiracional y normativa de las constituciones contemporáneas, aspecto que resulta claramente ajeno a los contratos privados¹⁰¹.

⁹⁸ Hardin, *Liberalism, constitutionalism, and democracy*, 90.

⁹⁹ En sentido contrario y , por tanto, una defensa de la metáfora del contrato social véase: Tom Ginsburg, «Constitutions as Contract, Constitutions as Charters», en *Social and Political Foundations of Constitutions*, ed. Denis Galligan y Mila Versteeg (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 182 y ss.

¹⁰⁰ Cameron, *Strong constitutions: social-cognitive origins of the separation of powers*, 168.

¹⁰¹ Galligan y Versteeg, «Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions», 42.

Ante estas críticas se han propuesto otras metáforas. En este punto nos recuerda Fioravanti que desde el comunitarismo y basándose en la distinción hecha por Duso¹⁰², se afirma que podría resultar más adecuada la metáfora de un pacto que la de un contrato. Así, se señala que si bien la cultura estatalista igualmente parte de considerar que el Estado y la constitución tienen origen en la voluntad de los individuos, ello no se obtiene de un contrato en el que las partes se dan recíprocas ventajas y asumen compromisos mutuos, sino en un pacto (*pact*). Este último se caracteriza por ser un acto de subordinación, no negociable, irreversible y total con el que todos simultáneamente se someten al sujeto investido con el monopolio del *imperium*¹⁰³. Por lo tanto, lo que no se puede aceptar, desde esta posición, es la idea de un poder constituyente entendido como un mero contrato, bajo un esquema exclusivamente negocial, entre partes distintas, que ya poseen bienes y derechos y que promueven una simple relación de mutua seguridad entre ellos. Así, para el modelo estatalista, con el fin de hacer al Estado fuerte y dotado de autoridad, su génesis debe depender de un pacto colectivo que libere al ejercicio del poder político constituyente de la influencia exclusivamente privada, ampliado el espectro y alcance de la decisión política¹⁰⁴.

Por su parte, el mismo constitucionalismo liberal ha recurrido a otras analogías para explicar y comprender no solo el fundamento sino también el contenido de las constituciones. Tal vez la más utilizada recientemente ha sido la de pre-compromisos. Si bien su origen puede remitirse hasta la obra de Spinoza, su uso se ha generalizado a lo largo del siglo XX para referirse a una manera de comprender la sustancia de las constituciones. Para esta posición, la constitución se compone fundamentalmente de restricciones, de limitaciones al Estado, previamente establecidas mediante el contrato-constitución, las cuales guardan especial relevancia en particulares coyunturas políticas. Así, el senador estadounidense John Stockton afirmaba hacia finales del siglo XIX que “las constituciones son cadenas con las que los hombres se atan a sí mismos en sus momentos de lucidez para no morir por la mano suicida en un día de frenesí”¹⁰⁵. En este sentido, señalaba Hayek que la constitución podría asimilarse a lo que hace una persona

¹⁰² Duso, G. *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*. Bologna, 1987 Citado por: Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 48.

¹⁰³ Fioravanti, 49.

¹⁰⁴ Fioravanti, 51.

¹⁰⁵ John P., Stockton, *Congressional Globe* (abril 11, 1871), 574. Citado por John E. Finn, *Constitutions in crisis : political violence and the rule of law* (Oxford University Press, 1991), 5.

sobria para evitar lo que pueda hacer ebria¹⁰⁶. Más recientemente, Sunstein sostiene que la estrategia de los precompromisos constitucionales permite al pueblo proteger los procesos democráticos contra sus propios excesos o juicios equivocados¹⁰⁷. Sin embargo, quien ha popularizado el término y ha construido toda una teoría en torno a ello ha sido Jon Elster. Así, el autor en un influyente ensayo recurría al mito de Ulises y las sirenas para ejemplificar como las constituciones podían asimilarse a aquella actuación y constituirse en dispositivos para evitar las tentaciones de las pasiones políticas¹⁰⁸. Si bien en obras posteriores¹⁰⁹ Elster ha matizado algunas de sus posiciones iniciales, este sigue sosteniendo el rol prevalente que tienen ciertos mecanismos en las constituciones que toman la forma de compromisos, ante eventuales situaciones de exacerbada pasión y autointerés como lo son la carta de derechos y la regulación de la “maquinaria de gobierno”¹¹⁰.

Como resulta evidente, el principal problema que subyace a la analogía del contenido de la constitución con precompromisos es que con ello se referencia exclusivamente el componente restrictivo o limitativo de las constituciones. Como réplica a este punto, Beaun Breslin destaca el componente aspiracional que subyace de las constituciones contemporáneas. Para ello, afirma que el propósito central de un texto constitucional es vincular a la ciudadanía con un cierto tipo de valores y principios. Apoyándose en la obra de Walter Murphy, nos recuerda que constituir se refiere a realizar, ordenar y dar forma, y para esto, se requiere de una concepción normativa del bien común. En este sentido, una constitución es un intento político de modelar, de diseñar unos planos hacia la perfección política¹¹¹. Por lo tanto, una de las funciones de las constituciones contemporáneas es la de abrazar cierto tipo de aspiraciones definidas, articular los puntos de vista de los constituyentes para mejorar la sociedad e identificar los mecanismos

¹⁰⁶ Hayek, *The constitution of liberty : the definitive edition*, 268.

¹⁰⁷ Cass R. Sunstein, «Constitutionalism and Secession», *The University of Chicago Law Review* 58, n.º 2 (1991): 637, <https://doi.org/10.2307/1599969>.

¹⁰⁸ Jon Elster, *Ulises y las Sirenas : estudios sobre racionalidad e irracionalidad* (México DF: Fondo de Cultura Económica, 1989).

¹⁰⁹ Jon Elster, *Ulysses unbound : studies in rationality, precommitment, and constraints* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), 4 y ss.

¹¹⁰ Sobre este último punto, señala Elster, que los pre-compromisos en la maquinaria de gobierno funcionarán a dos niveles, uno al diseñar la maquinaria ordinaria del gobierno con el fin de contrarrestar la pasión y la inconsistencia temporal entre el momento de adopción implementación de una decisión política; y, un segundo nivel, dirigido a diseñar la maquinaria de la reforma constitucional, con el fin de demorar, enfriar y hacer más engorrosas estas posibilidades. Elster, 118.

¹¹¹ Breslin, *From words to worlds : exploring constitutional functionality*, 67.

arquitectónicos para hacer que ello suceda. Por ello, concluye el autor afirmando que el carácter aspiracional de las constituciones es un proyecto político que recae, casi por completo, en la creencia en que un apropiado diseño constitucional ayudará a lograr un futuro colectivo más prometedor¹¹².

Continuando con Breslin, dicho contenido aspiracional de las constituciones contemporáneas puede ser identificado particularmente en dos elementos, a saber, en los preámbulos y en el catálogo de derechos positivos. Frente al primero de ellos, señala el autor que si bien no será hasta bien entrado el siglo XIX cuando se nombren con este título las cláusulas introductorias de los textos constitucionales, en su gran generalidad todos ellos contienen disposiciones donde se pueden identificar las metas y promesas que los inspiran. En la actualidad, virtualmente todas las constituciones aprobadas durante la segunda mitad del siglo XX disponen de un título con dicho nombre o que cumple con dicho propósito. Sobre la utilidad de dichas cláusulas, señala el autor que su función va más allá de ser un mero recurso retórico y que, si bien aún en algunos países no es considerado jurídicamente vinculante, al menos debe cumplir un rol fundamental como piedra de toque para la interpretación y comprensión de las demás cláusulas que componen un texto constitucional. De allí concluye que los preámbulos deberán informar e iluminar el resto del texto constitucional, en tanto ellos declaran las más importantes aspiraciones políticas de una sociedad¹¹³.

Asumiendo una posición más enfática en este punto, se pronuncia Sotiriou Barber¹¹⁴. Para el autor norteamericano, tomarse en serio el preámbulo y el contenido aspiracional de las constituciones conduce a una perspectiva novedosa desde la cual las constituciones solo adquieren sentido a la luz de los fines sustantivos y axiológicos allí expresados. Para desarrollar su teoría, el autor aborda precisamente la Constitución de los Estados Unidos para encontrar que no solo en su literalidad, sino también en las discusiones que la precedieron y en la aplicación que de ella se ha hecho es posible sostener que dicha constitución es y debe ser una constitución dirigida al bienestar general y efectivo de la población. En esta perspectiva, Barber generaliza su argumento para afirmar que todas las constituciones contemporáneas deben ser concebidas desde una perspectiva

¹¹² Breslin, 68.

¹¹³ Breslin, 69.

¹¹⁴ Barber, *Welfare and the Constitution*.

instrumental dirigida al logro de los fines de bienestar establecidos en las constituciones y que es, según estos, a los que debe dirigirse la estructura, funcionamiento y actuación de todo Estado¹¹⁵.

Volviendo con Breslin, este señala en relación con los derechos positivos, como segundo elemento aspiracional de las constituciones, que en su criterio deben distinguirse de los negativos como aquellos que establecen limitaciones, mandatos de no interferencia, dirigidos exclusivamente al poder del Estado. A partir de allí, señala que su mera existencia implica una particular concepción de la constitución y de sus funciones, en tanto estos implican promesas hechas hacia el presente y para las generaciones futuras. En este sentido, estos al representar expectativas menos abstractas que los valores y principios constitucionales, y tomar la forma de derechos, implican que su vinculatoriedad al poder público debe tomarse en serio. En este punto, dependerá de cada constitución la determinación del proceso de garantía o protección de estos derechos, sin embargo, estos conducirán inevitablemente, a los jueces, quienes en algún punto deberán enjuiciar la eficacia que las demás ramas del poder público han dado a dichos derechos¹¹⁶. Así, en la medida en que los derechos positivos proyectan un sistema de gobierno en el que todos los ciudadanos alcancen un nivel de vida mínimo, estos contribuyen al carácter aspiracional de los documentos constitucionales contemporáneos. Por lo tanto, que esta categoría de derechos haga parte de la gran generalidad de constituciones contemporáneas, es una muestra de que los constituyentes parecen suscribir una convicción común, según la cual, toda constitución necesita alimentar un sentido de renovación y esperanza, al igual que el medio más efectivo para hacerlo es a través del diseño constitucional mismo¹¹⁷.

En esta misma línea y con el fin de superar la analogía de los pre-compromisos para hacer referencia de los contenidos constitucionales, Maxwell Cameron propone utilizar la metáfora de una promesa. Desde su teoría socio-cognitiva, Cameron plantea que las constituciones deberían ser pensadas como textos que hacen posible los actos de habla que deben ser realizados como parte de la vida política diaria en un Estado constitucional.

¹¹⁵ Barber, 7.

¹¹⁶ Cesar Rodriguez-Garavito, «Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America», *Texas Law Review* 89 (2010): 1669-86.

¹¹⁷ Breslin, *From words to worlds : exploring constitutional functionality*, 67.

Así, basándose en la obra de Michael Tomasello sobre la psicología social, señala que las promesas son posibles por la habilidad humana para entender las intenciones y los estados mentales de otros, lo cual es también la fuente de la habilidad de aprender de los demás, de colaborar, de realizar un razonamiento causal e intencionado y de solucionar problemas que requieren la atención conjunta¹¹⁸. Un orden constitucional envuelve un conjunto de actividades cognitivas (incluyendo decisiones, escritos, lecturas) que cuando son desarrollados de cierta manera y de acuerdo con un conjunto de convenciones e intenciones dadas, hacen que la operación de un Estado sea posible y ajustada a la constitución¹¹⁹. Así, estos actos de habla inmersos en la constitución deberán ser concebidos como promesas que deben ser expresadas con sinceridad, inteligibles al público y posibles de cumplir. Por lo tanto, sostiene Cameron que afirmar que el contenido de una constitución debe entenderse como una promesa es simplemente para señalar que su contenido subyace en su desempeño, en su eficacia y en el cumplimiento de los objetivos que le sirven de fundamento.

De lo expuesto hasta este punto, puede sintetizarse señalando que las metáforas a las que ha recurrido el constitucionalismo liberal para describir el fundamento y contenido de las constituciones son susceptibles de importantes críticas frente a las constituciones y a lo que hemos denominado constitucionalismo contemporáneo. Por lo tanto, si bien estas no son las únicas a las que se ha recurrido, se hace necesario buscar nuevas herramientas teóricas y conceptuales que permitan una mejor descripción y comprensión de las actuales constituciones. En esta línea argumentativa se propone una nueva analogía, la de la constitución como un plan. A pesar de la mala reputación que pueda tener este término por el uso político dado por parte de algunos regímenes totalitarios durante el siglo XX, debe recordarse que en su acepción ordinaria se refiere a un “modelo sistemático de actuación pública, que se elabora anticipadamente para dirigirla y encauzarla”¹²⁰. Por ende, desde ésta las constituciones contemporáneas deberán asimilarse en su funcionalidad a un plan o plano maestro que deberá ser desarrollado de forma conjunta,

¹¹⁸ De acuerdo con los recientes hallazgos de Tomasello a través de experimentos de psicología social, el altruismo y la cooperación definida como múltiples individuos trabajando juntos por un beneficio mutuo son lo que diferencia los humanos de los chimpancés. Michael Tomasello, *Why we cooperate* (Cambridge: MIT Press, 2009), XVII.

¹¹⁹ Cameron, *Strong constitutions: social-cognitive origins of the separation of powers*, 168.

¹²⁰ Real Academia Española, «Diccionario de la Lengua Española», 2017, <http://dle.rae.es/>. “Plan”.

y que se crea para un determinado conglomerado social, con la finalidad de dirigir, encausar o coordinar su realización.

Desde esta propuesta, los fundamentos que subyacen a la obligación de cumplir la constitución por parte de los ciudadanos se ubicarían en la adhesión que hacen los ciudadanos al mismo, más que en el consentimiento estricto en su acepción privatista. De igual forma, el plan al ser conjunto trascenderá el acto negocial entre dos sujetos para reflejar mejor su naturaleza colectiva y plural. Por lo tanto, su contenido no responderá exclusivamente a los términos negociados, sino que el poder político tendrá el margen de acción necesario para el logro de la finalidad propuesta. Por su parte, frente a la asimilación con su contenido, el entender a las constituciones como un plan permite no solo incluir el componente aspiracional que en ellas se encuentra, sino también las restricciones que a bien se tenga hacer para su consecución, ya que en un plan no solo se puede incluir la meta final propuesta, sino también los medios permitidos y prohibidos para su logro y, con ellos, los pre-compromisos propios del constitucionalismo liberal ya mencionados.

En este punto, valga destacar que la propuesta de la constitución- plan no es realmente novedosa y retoma una larga tradición política que, como se ha dicho, justifica la existencia de la constitución en perseguir objetivos sustantivos que son defendidos por la sociedad como conjunto y no exclusivamente por los individuos o grupos privados, tal y como se estableció previamente¹²¹. Sin embargo, la utilidad que tiene aplicar la imagen del plan podría ser no solo la de explicar y describir de forma más fidedigna el fundamento y contenido de las constituciones contemporáneas, sino que también, tal y como nos lo enseña la experiencia, la terminología puede tener igualmente repercusiones prescriptivas. En este sentido, tras recientes desarrollos de la filosofía y psicología social, junto con la teoría de juegos, el carácter planificador y coordinador de las instituciones políticas y jurídicas ha sido reivindicado en los últimos tiempos.

Tal vez el ejercicio más reciente y novedoso desde la Filosofía del Derecho en esta línea sea el de Scott Shapiro en su obra *legalidad*¹²². Si bien abordar a profundidad la obra de

¹²¹ Richard S. Kay. American Constitutionalism. En: Larry Alexander, ed., *Constitutionalism: philosophical foundations* (Cambridge: Cambridge University Press, 1998), 20.

¹²² Scott J. Shapiro, *Legalidad* (Madrid: Marcial Pons, 2014), 221.

Shapiro excede por mucho las pretensiones de este capítulo, resulta interesante mencionar algunos aspectos de su propuesta. El autor retoma los planteamientos de la ontología social para indagarse por la noción del derecho, para lo cual parte de las construcciones positivistas de Austin y Hart al respecto¹²³. Con el objetivo de resolver la Paradoja de la Autoridad, se recurre a los planes como hechos sociales que fundamentan a los sistemas jurídicos y, a partir de allí, se desarrolla una teoría instrumental del Derecho donde prima la función planificadora y de coordinación.

Para nuestros efectos, resulta pertinente destacar cómo Shapiro rebate los argumentos de los contractualistas liberales que entienden al fundamento del derecho en superar el “estado de naturaleza”, es decir, en la noción del derecho como un remedio ante las debilidades de la naturaleza humana. Esta concepción del derecho a la que Shapiro deriva del “problema del mal carácter”, no la considera adecuada ya que, si todos sus destinatarios tuvieran buen carácter, tal y como hipotéticamente pudiera hacerse, el Derecho sería considerado innecesario en sí mismo. Por lo tanto, se reivindica que el fundamento del derecho radica en su capacidad de planeación, de acción conjunta y de coordinación para el logro de metas comunes. Precisamente en esta argumentación, Shapiro propone que dentro de un sistema jurídico debe existir un plan maestro compartido por un grupo de planificadores y ese “plan maestro es la constitución”¹²⁴. La constitución tendrá como principal función el establecimiento de la meta u objetivos últimos, junto con la definición de los medios y funciones de las autoridades tendentes a ello. Así, cuando los textos constitucionales explicitan los objetivos de los sistemas jurídicos, resulta evidente que tanto los órganos del Estado como sus funcionarios deberán estar comprometidos con los objetivos sustantivos de ese régimen y por tanto, dirigir su actuar a la consecución de estos¹²⁵.

Desde esta perspectiva, Paul W. Khan ha advertido otro elemento importante a la metáfora de la constitución como plan al referirse que este será el generador de unidad a la comunidad política. Para ello, Khan retoma la distinción de las causas para describir un objeto desarrollada por Aristóteles para afirmar que la causa formal de los Estados-

¹²³ Carlos Bernal Pulido, «Austin, Hart y Shapiro. Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social», *Derecho y práctica social* 14, n.º 1 (2014): 21-72.

¹²⁴ Shapiro, *Legalidad*, 215.

¹²⁵ Shapiro, 258.

Nación contemporáneos recae precisamente en la constitución. Así, la causa formal, entendida como el principio de orden que da forma y significado a un objeto, aplicada al Estado supone concebir a la constitución como un plan o diseño de la comunidad, en el mismo sentido que un plano provee orden formal para la construcción de un edificio. Solo como los planos proveen la unidad de una construcción, la constitución sostiene diferentes partes del Estado en un único y unificado proyecto. Así la constitución como plan conduce a la unidad en la diversidad¹²⁶.

Este razonamiento de Khan parece retomar la conocida tesis de R. Smend de la constitución como integración. Así, para el jurista alemán la constitución tiene como principal cometido procurar la integración de todas las partes de la sociedad en una unidad espiritual superior¹²⁷, revaluando la visión exclusivamente formalista que de la constitución se hacía desde la Escuela de Viena¹²⁸. Si bien desde sus orígenes dichos planteamientos fueron objeto de gran controversia¹²⁹, lo cierto es que estos perduran en la teoría constitucional contemporánea, en particular en la continental europea, al afirmar la existencia de funciones adicionales a las estrictamente jurídicas de las constituciones y que reivindican su naturaleza política o cultural¹³⁰. Una prueba de ello lo constituyen la postura contemporánea de Dieter Grimm, para quien “las constituciones establecen al Estado como una unidad de acción”¹³¹. Esta unidad de acción, continúa el autor, no se podrá restringir solo a organizar el aparato del Estado y limitar su poder, sino que deberá también ordenar la sociedad. Ello, en su criterio, no es tan radical como inicialmente parece, ya que las constituciones liberales-burguesas no solo diseñaron instituciones, sino que también establecieron un modelo de sociedad el cual basaba su justificación en la abstinencia del Estado. Por el contrario, el modelo actual de constitucionalismo retoma el actuar positivo del Estado hacia las metas sociales, de las cuales las partes del Estado derivarán su legitimidad. Por lo tanto, concluye Grimm sugiriendo que tal vez nos

¹²⁶ Kahn, *Putting liberalism in its place*, 269.

¹²⁷ Como herederos de dichas posturas pueden considerarse: Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985), 137, (Trad. José M. Beneyto).

¹²⁸ Francisco Javier García Roca, «Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend», *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, No 59, 1988, págs. 269-276, n.º 59 (1988): 269-76.

¹²⁹ En una posición contraria y crítica a la de Smend, véase: Hans Kelsen, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, ed. Juan Antonio García-Amado (Madrid: Tecnos, 1997).

¹³⁰ Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992), (Trad. Pedro Cruz Villalón); Peter Häberle, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* (Madrid: Tecnos, 2000); Pablo Lucas Verdú, *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar: la teoría constitucional de Rudolf Smend* (Madrid: Tecnos, 1987).

¹³¹ Grimm, *Constitutionalism: past, present, and future*, 131.

debemos ir acostumbrando más a entender la constitución esencialmente como un plano (*blueprint*)¹³², es decir, como un marco normativo de significado que prescribe que algo debe ser realizado y no como algo que ya existe.

1.3.La constitución y la coordinación de la acción colectiva

A partir de la propuesta de asimilar el fundamento y contenido de las constituciones contemporáneas como planes, corresponde ahora indagar sobre el objetivo que desde dicha perspectiva persiguen las constituciones. En otras palabras, nos corresponde indagarnos por cuál es el rol o función principal que desarrollan las constituciones para la implementación del plan que implica y el cumplimiento de las promesas que en ellas constan.

Para responder este interrogante, Cameron opta por presentar a las constituciones como dispositivos de coordinación de la acción colectiva. El punto de partida del autor es que la cooperación y la acción colectiva requieren de la ayuda del lenguaje. Así, el lenguaje ayuda a solucionar los problemas de acción colectiva, no solo facilitando la colaboración entre individuos con una mezcla de intereses compartidos y conflictivos, sino también creando los contextos de significado que enmarcan las acciones y crean prácticas¹³³. Estos contextos de significado, a los que podemos referirnos como instituciones, serán los artefactos que nos permitirán evaluar la corrección de una conducta frente a determinados parámetros. En el ámbito político, dichas instituciones adquirirán un poder inusitado con la aparición del lenguaje escrito y la imprenta. En este sentido, afirma Cameron que, contrario a lo que pudiera pensarse, con la difusión del material impreso, la capacidad de coordinación de los Estados se vio aumentada, ya que a través de los mandatos impresos fue más fácil procurar el cumplimiento de estas por parte de los destinatarios¹³⁴.

En este punto del razonamiento hacen su aparición las constituciones. Estas, aparecen como construcciones lingüísticas de significados compartidos que contienen actos de habla que deben ser desarrollados de acuerdo con un conjunto de convenciones y entendimientos compartidos. Desde esta perspectiva, Cameron propone retomar la visión

¹³² Grimm, 136.

¹³³ Cameron, *Strong constitutions: social-cognitive origins of the separation of powers*, 19.

¹³⁴ Cameron, 31.

aristotélica de las constituciones como “la forma en que se organizan aquellos que viven en el Estado”¹³⁵ para enfatizar en que estas se refieren principalmente a cómo los seres humanos se organizan para la consecución de fines colectivos. Desde esta perspectiva, el autor propone concebirlas como “Constituciones Fuertes”¹³⁶. Estas constituciones serán tanto instituciones como prácticas sociales, por tanto, se proponen resolver los retos que implican los actos de habla contenidos en estas y que son necesarios para desempeñar las acciones que allí se ordenan. Para ello, se utilizan dos mecanismos: el primero, en el que se delimitan los poderes de cada uno de los órganos y, el segundo, en el que se subordina el aparato coercitivo del Estado al sistema jurídico creado por las instituciones. Así, afirma Cameron, las constituciones son las que organizan los roles y las instituciones del Estado, especifican quien crea las normas, cuál es el derecho legítimo y cómo debería interpretarse, entre otros aspectos.

Coincidiendo con este razonamiento, Beau Breslin ha destacado que los textos constitucionales tienen una clara vocación para empoderar. Para ello afirma que las constituciones antes que para limitar el poder se crean para habilitarlo, establecerlo, autorizarlo y “energizarlo” para actuar en nombre del soberano. Así, señala que ello no debe ser olvidado ya que es la constitución, como el término mismo lo advierte, la que establece al poder político. La constitución, por tanto, se encarga de crear la estructura de las instituciones políticas y con ello, de empoderarlas para tomar las decisiones políticas que se requieran en el nombre del bien común¹³⁷. Al crear las instituciones, lo que hace el constituyente es distribuir entre esas instituciones la autorización y el empoderamiento que estas deben tener para actuar en nombre del soberano, con la finalidad última de mantener en pleno funcionamiento el orden político dirigido a la materialización del plan que implica un texto constitucional. Así, Breslin distingue dos funciones principales de los textos constitucionales: por un lado, establecer los principios y fines rectores de la acción política, y, por otro, crear y empoderar a las instituciones y prácticas que ayudarán a lograr las condiciones necesarias para alcanzar esos objetivos. Por lo tanto, afirma que las constituciones no solo establecen las fronteras de lo que es permisible para los poderes,

¹³⁵ Aristóteles, *La Política*. Citado por Cameron, 167.

¹³⁶ Cameron, 205.

¹³⁷ Cameron, 134.

sino también estándares de acción¹³⁸, asunto central al que volveremos más adelante en este texto.

En esta misma línea, Jeremy Waldron considera que es un error poner todo el énfasis en la limitación del poder como definición del constitucionalismo y poca o ninguna en las labores afirmativas o positivas de empoderamiento que una constitución también debe desempeñar¹³⁹. En su concepto, el constitucionalismo ha dejado de ser una teoría normativa sobre las formas y procedimientos de gobierno para centrarse en la importancia de controlar, limitar y restringir el poder del Estado de forma sustantiva. Para Waldron, esta teoría minimiza el carácter empoderador de las constituciones, es decir, que ellas constituyan instituciones que permiten que las personas cooperen y coordinen para perseguir proyectos que ellos no pueden alcanzar por sí mismos. En este sentido, las constituciones no solo proveen instituciones con poderes de coerción, sino que también aseguran que ellas puedan actuar con credibilidad en el nombre de toda la sociedad, viéndose como una fuente sustantiva de legitimidad. Las instituciones de gobierno deben tener presencia, estatus en la comunidad como un foco de lealtad y como un punto de orientación para los millones de personas que se están preguntando cómo sus preocupaciones, acciones y recursos deben relacionarse con lo que esas instituciones ordenan¹⁴⁰.

La forma en que una constitución desarrolle estas labores afirmativas, los modos de operación que establezcan para estas instituciones y la manera como estas se relacionen mutuamente son componentes cruciales para el establecimiento de una autoridad pública. Así, para Waldron, una política constitucionalizada es una política articulada que se mueve deliberativamente de foro en foro, tomándose en serio la integridad de cada parte. La estructura constitucional debe ser vista como un proceso articulado, como una forma de estructurar la deliberación, permitiendo que una multiplicidad de voces sea oída y tramitados sus intereses. En palabras del autor neozelandés: “necesitamos entender la importancia de una forma en la cual la constitución provee refugio a la actividad política de la sociedad, estableciendo entre ellos la dotación y la formalidad para que la

¹³⁸ Breslin, *From words to worlds : exploring constitutional functionality*, 144.

¹³⁹ Breslin, 23.

¹⁴⁰ Waldron, *Political political theory: essays on institutions*, 34.

deliberación pública se convierta en una empresa estructurada”¹⁴¹. Por lo tanto, concluye afirmando que las constituciones no solo se refieren a restricciones y limitaciones del poder, sino que ellas tratan de igual forma de empoderar a personas ordinarias en una democracia, permitiendo a estas controlar las fuentes legales y utilizar el aparato de gobierno para sus legítimas aspiraciones¹⁴².

En este punto coinciden Stephen Holmes y Sotituous Barber, quienes para hacer referencia a dicha perspectiva han acuñado el término de constitución o constitucionalismo “positivo”. Al respecto, Holmes señala que, a diferencia del constitucionalismo negativo, una constitución positiva no solo maniat a las mayorías y a los funcionarios, sino que asigna poderes y determina la forma en la que estos deben ejercerse¹⁴³. Por lo tanto, reafirma que “en general las normas constitucionales son habilitadoras, no des-habilitadoras y por tanto es insatisfactorio identificar el constitucionalismo exclusivamente con la limitación del poder”¹⁴⁴. Dando un paso más en esa dirección, Barber adhiere el adjetivo positivo a la constitución para advertir el carácter instrumental que esta tiene para la consecución de fines colectivos y de bienestar, a partir del gobierno “vigoroso y energético”¹⁴⁵ que ha establecido la misma constitución. A partir de esta noción fuerte o positiva de las constituciones, cabe ahora preguntarse por el objeto o finalidad que tienen las autoridades a las que empodera la constitución. Una respuesta especialmente relevante al respecto resulta ser la que considera que dichas instituciones se erigen para resolver problemas de coordinación de sus destinatarios. Si bien esta posición podría rastrearse hasta el diálogo de Glaucón en la República de Platón, teniendo un importante representante en la filosofía política Aristotélica, ha sido en tiempo relativamente reciente cuando se ha retomado la utilidad de dichos argumentos desde la Teoría de Juegos, Filosofía Social y del Derecho para intentar encontrar en ella el fundamento de las instituciones políticas y jurídicas.

¹⁴¹ Waldron, 15.

¹⁴² En este sentido se pronuncia Hanna Pitkin quien afirma: “nuestra constitución es menos algo que tenemos y más algo que somos. Este sentido de “constitución” entonces, activa y empodera, llamándonos para nuestro poder como co- fundadores y a nuestras responsabilidades”. Hanna Fenichel Pitkin, «The Idea of a Constitution», *Journal of Legal Education* 37, n.º 2 (1987).

¹⁴³ Waldron, *Political political theory: essays on institutions*, 163.

¹⁴⁴ Holmes, Stephen. “Precommitment and the Paradox of Democracy.” En: *Constitutions and Democracy*, ed. Jon Elster and Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, 227.

¹⁴⁵ Holmes, *Passions and constraint : on the theory of liberal democracy*, 46.

Desde la Teoría de Juegos y basados en la Teoría del Dilema del Prisionero, lo que se tiende a afirmar es que la estructura interactiva del contenido de las constituciones no responde al clásico dilema del prisionero donde lo mejor para un jugador no lo es para el otro. Para ilustrar este punto, Geoffrey Brennan y Alan Hamlin nos proponen el ejemplo de dos comerciantes que en el mercado son competidores naturales y que en su día a día resuelven interacciones buscando maximizar sus ganancias individuales. Sin embargo, estos agentes a nivel constitucional estarían plenamente de acuerdo en que la estructura general de protección de los derechos de propiedad y procurar la mayor libertad del mercado son la mejor opción para la operación de este, adoptando para ello un esquema propio de cooperación¹⁴⁶. Para Hardin, arreglos de este tipo son los que en esencia se realizan en una constitución, siendo un ejemplo vivo de ello los acuerdos que en materia comercial constan en la Constitución de los Estados Unidos y como estos sirvieron para coordinar intereses contrapuestos aún hasta nuestros días. Un pionero en estos planteamientos ha sido Barry Weingast quien postula que una constitución logrará ser efectiva y duradera en el tiempo mientras logre coordinar con sus arreglos las interacciones de los ciudadanos y el régimen político, ya que cuando alguno de estos actúa por fuera de lo acordado, existe un importante riesgo de re-coordinación que podría comprometer la existencia de la constitución misma¹⁴⁷.

Por su parte, desde la Filosofía y Psicología Social se ha afirmado que la finalidad que subyace a las instituciones sociales, incluyendo las políticas, es la de resolver problemas de coordinación que resultan ser recurrentes. En este sentido, los hallazgos de psicología social de Michael Tomasello prueban que una de las características que diferencia a los humanos de los primates, además del lenguaje, es la capacidad de compartir intencionalidades, es decir, de actuar conjuntamente hacia la consecución de una meta común de forma cooperativa. Esta forma de actuación genera convenciones, normas sociales y con ello interdependencia entre los agentes humanos, lo cual sería el origen del altruismo¹⁴⁸. Precisamente, entender en profundidad lo que significa e implica esa intencionalidad compartida ha sido lo que ha obsesionado desde hace algunos años a la Filosofía y la Ontología Social. En la línea de las implicaciones de dichas actividades

¹⁴⁶ Geoffrey Brennan and Alan Hamlin, *Constitutions as expressive documents* En: Weingast y Wittman, *The Oxford handbook of political economy*, 330.

¹⁴⁷ Barry R. Weingast, «The Political Foundations of Democracy and the Rule of the Law», *American Political Science Review* 91, n.º 02 (1 de junio de 1997): 245-63, <https://doi.org/10.2307/2952354>.

¹⁴⁸ Tomasello, *Why we cooperate*, 40.

compartidas, filósofos de la talla de John Searle sostienen que en ellas subyace el fundamento de las instituciones sociales y con ello de la civilización humana¹⁴⁹. Por su parte, filósofos como Bratman y Tuomela, se han centrado en el significado de dichas actuaciones conjuntas y las características analíticas que ellas suponen, tal y como se abordará más adelante. Sin embargo, en lo que coinciden estos estudios es en señalar que, a partir de dicha habilidad humana de actuar conjuntamente se establecen mecanismos de cooperación a través de convenciones e instituciones sociales entre los seres humanos que son los que determinan su comportamiento.

Para la Filosofía del Derecho, las convenciones de coordinación han significado una nueva fase del ya clásico debate sobre los fundamentos del Derecho entre iusnaturalistas e iuspositivistas. Estos últimos se han basado en los desarrollos de la Filosofía Social para sostener que el Derecho, al igual que las convenciones de coordinación, están dirigidos a resolver problemas comunes de coordinación, es decir, son las “reglas de circulación de la práctica jurídica”¹⁵⁰. Así, estas convenciones al estar constituidas puramente por hechos sociales necesariamente generan reglas de conducta donde puede identificarse la esencia de todo sistema jurídico. Si bien esta posición no ha estado ausente de fuertes señalamientos, en particular frente a las dificultades que tiene para explicar las motivaciones de los sujetos coordinados, sigue constituyendo un frente importante de reflexión¹⁵¹.

Para la teoría constitucional, estas ideas no resultan del todo novedosas e incluso ya habían sido advertidas durante el siglo XX¹⁵². Quien tal vez primero lo hacía era Woodrow Wilson el cual, antes de ser presidente de los Estados Unidos, criticaba la estructura del sistema constitucional norteamericano por considerar que excluía la cooperación entre las ramas. Para ello señalaba que el problema con la teoría que estructuraba el sistema norteamericano era que el Gobierno no debía concebirse como una máquina sino como un ser viviente. Por lo tanto, afirmaba que las construcciones al respecto no debían recaer en la teoría del universo, sino bajo la teoría de la vida orgánica,

¹⁴⁹ John R. Searle, *Making the social world: the structure of human civilization* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

¹⁵⁰ Gerald J. Postema, «Coordination and Convention at the Foundations of Law», *Journal of Legal Studies* 11 (1982): 181.

¹⁵¹ Shapiro, *Legalidad*, 148.

¹⁵² Kay, Richard S. American Constitutionalism. En Alexander, *Const. Philos. Found.*, 23.

en palabras de Wilson “ello es de competencia de Darwin, no de Newton”¹⁵³. En este razonamiento, consideraba que ningún ser viviente puede tener sus órganos enfrentados unos a otros como frenos y vivir, sino que, por el contrario, el Estado dependía de la cooperación entre sus partes, las cuales, si bien disponían de funciones claramente diferenciadas y especializadas, tenían una tarea y propósito conjunto¹⁵⁴. Por consiguiente, concluía que “no puede haber un gobierno exitoso sin liderazgo o sin la íntima, casi instintiva, coordinación de los órganos de vida y acción”¹⁵⁵.

Haciendo énfasis en el elemento de liderazgo advertido por Wilson, en la doctrina constitucional italiana hacia la década de los treinta se construyó la Teoría de la Dirección Política o del *indirizo politico*. Retomando las construcciones de la dogmática iuspublicista alemana del siglo XIX, los doctrinantes italianos se preocuparon por indagarse sobre la función de coordinación de los diversos poderes operantes en el Estado para el logro de los objetivos políticos propuestos por este y sobre quien debía asumir dicho rol¹⁵⁶. Si bien muchas de estas elaboraciones terminarían conduciendo en explicar, más no en justificar, la concentración del poder en la cabeza del órgano ejecutivo dentro del contexto de la construcción del régimen fascista, para nuestros efectos resulta relevante evidenciar cómo desde la teoría constitucional se justificó y teorizó sobre la necesidad de coordinar de una forma “armoniosa y coherente”¹⁵⁷ el andamiaje estatal hacía el logro de un objetivo político común. En este sentido, resultan interesantes las elaboraciones previas y posteriores a la Segunda Guerra mundial del constitucionalismo italiano en torno a cómo conciliar dicha función de dirección política con los esquemas de división y separación de poderes, y los deberes de coordinación y cooperación que debían existir entre las ramas del poder¹⁵⁸.

¹⁵³ Woodrow Wilson, *Constitutional Government in the United States* (New York: Columbia University Press, 1908), 56.

¹⁵⁴ En relación con los órganos del Estado afirmaba Wilson “Su cooperación es indispensable, su lucha fatal”. Wilson, 57.

¹⁵⁵ Wilson, 57.

¹⁵⁶ Para una recopilación al respecto véase: Alejandro Saiz Arnaiz, «La actividad gubernamental de dirección política» (San Sebastián, 1989), 9-16.

¹⁵⁷ Temistocle Martines, «Indirizzo Político», en *Enciclopedia del diritto*, ed. Giuffrè Editore (Milán, 1971), 136-42.

¹⁵⁸ Al respecto, véase: Vezio Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizo politico* (Padova: S.T.E.U., 1939); Costantino Mortati, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato: la Costituzione* (Roma: Ricerche, 1960); Martines, «Indirizzo Político».

Sin embargo, tal y como lo advierte Loughlin¹⁵⁹, quien con mayor rigor y sistematicidad articuló los planteamientos en torno a la coordinación entre órganos del Estado fue León Duguit. Para ello, el profesor de Burdeos partía de considerar que el Derecho Público no se basaba en mandatos de la voluntad subjetiva del soberano, sino en el derecho objetivo, el cual identificaba como aquel que “servía a las necesidades públicas y aseguraba la coordinación en la vida moderna corporativa”¹⁶⁰. A partir de allí, las normas constitucionales serán fundamentales no solo por ser fuente del sistema jurídico, sino porque su principal objetivo sería brindar al Estado los mejores medios para servir a las necesidades sociales. En este sentido, todo el ordenamiento político y jurídico debía orientarse y controlarse en virtud del cumplimiento de dicha finalidad objetiva. Así, el autor fue un gran contradictor del principio de separación de poderes, al calificarlo como “impropio” al funcionamiento del Estado por considerar que lo que debe primar son relaciones de “colaboración” y “compenetración íntima” entre los entes funcionales que componen el Estado en el cumplimiento de dicho derecho objetivo¹⁶¹. Por lo tanto, para nuestros efectos, el relacionamiento de los poderes públicos, tanto entre ellos como con los ciudadanos, en la perspectiva de Duguit, cambia de mandatos u órdenes que deben ser cumplidos a máximas de coordinación orientadas a satisfacer las necesidades públicas y asegurar la coordinación entre los miembros de la comunidad política.

De forma más reciente, tal vez la obra que más ha desarrollado estos planteamientos desde la teoría constitucional ha sido la del ya mencionado Russell Hardin. En su monografía “Liberalismo, constitucionalismo y democracia”, propone entender a las constituciones como típicos dispositivos de coordinación para la acción colectiva¹⁶². Para ello, como se ha mencionado, el autor parte de la teoría de juegos para señalar que la estructura estratégica de los problemas abordados por una constitución no responde al típico dilema del prisionero sino a problemas de pura coordinación que sugieren cómo deben regularse la conducta de los agentes en futuras interacciones. En este sentido, afirma Hardin que

¹⁵⁹ Martin. Loughlin, *Foundations of public law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 457.

¹⁶⁰ Léon Duguit, *Law in the modern state* (New York: B.W. Huebsch, 1919), 118.

¹⁶¹ Léon Duguit, *Manual de derecho constitucional* (Granada: Comares, 2005), 138.

¹⁶² En un sentido similar, Michael Oakeshott proponía entender a la Constitución como un “compromiso cooperativo regulado racionalmente”. Desde esta perspectiva sostiene el autor que el gobierno no aparece como una concentración de poderes que debe ser quebrada en el interés de ejercer la libertad sino como una sociedad, una empresa, en la cual el ejercicio de la libertad ya está reconocido por lo que el énfasis que debe ponerse es en los dispositivos constitucionales que la garanticen. Por lo tanto, concluía el autor que “el gobierno involucra la cooperación de fuentes independientes de poder”. Michael Oakeshott, *What Is History? : and Other Essays*. (Charlottesville: Imprint Academic, 2004), 240.

crear una constitución es en sí mismo un acto de coordinación, en una de las posibles formas de ordenar nuestras vidas juntos y no un mero acto de intercambio o negociación. Estas opciones de coordinación no se refieren a asuntos detallados sino a los más grandes aspectos de la estructura general de las instituciones y las garantías dentro del sistema. En palabras de Hardin: “el fundamento de una constitución es el de atar nuestras manos de cierta manera que pueda disciplinarlas para un uso más productivo”¹⁶³.

Desde esta perspectiva, la Teoría de la Coordinación es una teoría sobre el funcionamiento, operatividad de las constituciones y no necesariamente sobre los fundamentos normativos o morales. Por ello, el autor descarta igualmente las teorías contractualistas para justificar la obligatoriedad de las constituciones. De allí, afirma que el costo de desconocer o deshacer una constitución radicaré fundamentalmente en las implicaciones de re-coordinar las acciones de todos los agentes. Desde esta perspectiva, en muchos casos la adhesión o no de los miembros de una comunidad a una convención constitucional podrá hacerse atendiendo a los costos que supone una re-coordinación y no necesariamente al consenso sobre el contenido constitucional mismo, de allí que ni el consentimiento, ni el consenso sean determinantes para la cooperación.

Para ejemplificar su punto, Hardin aborda la constitución norteamericana, la cual considera como una muestra de coordinación tanto en la determinación de su contenido como de coordinación bajo esta. Así para el autor lo que tuvo lugar en Filadelfia fue la coordinación espontánea de un pequeño grupo de personas que crearon un marco para coordinar la institucionalidad de toda una nación. Una vez diseñada dicha constitución, su adopción fue mutuamente beneficiosa para suficientes y significativos grupos políticos, por lo que se sometieron a ser coordinados institucionalmente de allí en adelante. En este sentido, fue la coordinación la que hizo y hace funcionar a la constitución.

Sin embargo, dicha posición no ha estado ausente de críticas. Ian Shapiro critica que, si bien las constituciones podrían servir para solucionar problemas de coordinación, también cumplen otras funciones. El que el autor haya seleccionado solo una puede

¹⁶³ Sotirios A Barber y James E Fleming, *Constitutional interpretation the basic questions* (Oxford : Oxford University Press, 2007), 133.

responder al prejuicio teórico del autor¹⁶⁴. Esta crítica que parte de advertir la unidimensionalidad¹⁶⁵ de la constitución, consideramos que, si bien no es del todo justa con la obra de Hardin, ya que este advierte otras funciones atribuibles a la constitución en otras partes de su obra, no es de recibo para este escrito ya que poner el acento en el carácter coordinador que tienen las constituciones no desconoce ni niega otras funciones que estas ostentan, tal y como se ha sostenido anteriormente. Con ello, se pretende es proponer una perspectiva que resulta novedosa para el estudio de las constituciones y que parece tener gran utilidad para la pregunta de investigación que orienta este trabajo.

Esta perspectiva coordinadora de las constituciones es igualmente reivindicada por Donald Lutz. Para ello, Lutz parte igualmente de considerar a las constituciones como instituciones sociopolíticas que definen un conjunto de reglas y expectativas entendidas y seguidas por actores relevantes en una comunidad¹⁶⁶. Desde este punto señala que su objeto principal será coordinar la conducta de los miembros de la comunidad para aspectos tan básicos como la supervivencia. En el desarrollo de dichos mecanismos de cooperación, considera Lutz, que se ha llegado a la necesidad de crear un poder supremo que se identifica como soberano y que debe tener la última palabra en asuntos concernientes a ésta. Dicho razonamiento lo basa en tres postulados: (i) sin un poder supremo, la coordinación exitosa entre humanos no puede tener lugar; (ii) sin una coordinación con suficiente alcance y control por parte de un poder supremo, los humanos son dejados a la amenaza de la dominación y la violencia en un grado mayor que en el caso en que exista dicha coordinación; y (iii) el uso de la soberanía debidamente entendida permite la creación de un poder supremo que minimiza el uso de la violencia y de las injusticias¹⁶⁷. Precisamente, dar cumplimiento a estos tres postulados será la función principal que desarrollen las constituciones¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Shapiro va más allá en sus críticas y señala que la propuesta de Hardin podría constituir un ejemplo de cómo una teoría previamente aceptada por el autor conduce a una solución predeterminada de un problema. Una situación a la que Shapiro denomina como de teoría- cargada (*theory- laden*) que en su criterio afecta la validez científica de la propuesta. Al respecto: Ian Shapiro, «Problems, Methods, and Theories in the Study of Politics, or What's Wrong with Political Science and What to Do about It», *Political Theory* 30 (s. f.): 602, <https://doi.org/10.2307/3072623>.

¹⁶⁵ Gabriel. Negretto, *La política del cambio constitucional en América Latina* (México D.F.: FCE - Fondo de Cultura Económica, 2015), 19; Laurence H. Tribe, «The Idea of the Constitution: A Metaphor-morphosis», *Journal of Legal Education* 37, n.º 2 (1987).

¹⁶⁶ Lutz, *Principles of constitutional design*, 28.

¹⁶⁷ Lutz, 32.

¹⁶⁸ Lutz, 26.

Establecido el carácter coordinador de las constituciones, corresponde ahora abordar el objeto de dicha coordinación. Como bien lo advierte Hardin, cuando se afirma que las constituciones son un dispositivo de coordinación se puede estar mencionando dos diferentes premisas. La primera, que la determinación del contenido de la constitución fue en sí mismo un asunto de coordinación y la segunda, que la constitución funciona satisfactoriamente cuando se coordina la acción de los destinatarios bajo esta¹⁶⁹. La primera premisa nos llevaría a analizar la forma en que las constituciones tienen origen y las dinámicas de ello para interpretarlas como prácticas de coordinación o colaboración¹⁷⁰. Esta premisa nos remite a una reciente línea de análisis e investigación que ha cobrado especial relevancia en las últimas décadas y que ha tenido como objeto de estudio los orígenes de los textos constitucionales, tanto desde perspectivas normativas como descriptivo-explicativas. Desde las primeras, es de resaltar los trabajos de Horowitz, Elster, Ginsburg y Bernal, quienes han desarrollado interesantes propuestas, no solo sobre las condiciones que deben reunir procesos constituyentes para obtener resultados óptimos, sino, incluso, sobre la conveniencia de la inclusión de ciertos contenidos sustantivos y procedimentales en ellas¹⁷¹. Por su parte, desde una perspectiva descriptivo-explicativa de dichos procesos, es de resaltar la obra de Gabriel Negretto quien ha analizado las dinámicas de los procesos constituyentes en América Latina, proponiendo sugerentes tendencias al respecto¹⁷².

Sin embargo, y con mayor pertinencia con los alcances de este escrito, al afirmar que las constituciones constituyen dispositivos de coordinación también se hace referencia a la coordinación que debe generarse *bajo* la constitución¹⁷³. Así, afirmar que una

¹⁶⁹ Hardin, *Liberalism, constitutionalism, and democracy*, 103.

¹⁷⁰ En este sentido, Bernal ha utilizado el término “colaboración” para referirse a ciertos procesos de redacción constitucional (*constitutional making*), a los cuales además identifica como un caso especial de “colaboración constitucional abierta” (*constitutional crowdsourcing*). Al respecto véase: Carlos Bernal Pulido, «¿Puede la colaboración abierta fortalecer la legitimidad en los procesos de construcción constitucional?», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 24° (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2018), 69.

¹⁷¹ Jon Elster, «Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process», *Duke Law Journal* 45, n.º 2 (1 de noviembre de 1995); Jon Elster, «The Optimal Design of a Constituent Assembly», en *Collective Wisdom*, ed. Helene Landemore y Jon Elster (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 148-72, <https://doi.org/10.1017/CBO9780511846427.008>; Tom Ginsburg, ed., *Comparative Constitutional Design* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), <https://doi.org/10.1017/CBO9781139105712>; Ian O’Flynn y David Russell, *Power sharing: new challenges for divided societies* (London: Pluto Press, 2005); Bernal Pulido, «¿Puede la colaboración abierta fortalecer la legitimidad en los procesos de construcción constitucional?»

¹⁷² Gabriel L. Negretto, *Making constitutions: presidents, parties, and institutional choice in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

¹⁷³ Hardin, *Liberalism, constitutionalism, and democracy*, 43.

constitución debe operar como un dispositivo de coordinación implica que las acciones son adecuadamente coordinadas por ésta. En otras palabras, el comportamiento producido por los destinatarios, que es precisamente el objetivo de la constitución, está originado en los incentivos endógenos o exógenos que la constitución otorga a los mismos. En este punto, nos corresponde indagarlos por quienes son los destinatarios del texto constitucional y por ende, quienes son los llamados a cooperar bajo ésta.

Un primer destinatario del texto constitucional serían los miembros de la comunidad política, los ciudadanos o si se quiere la sociedad civil desde la terminología liberal. Como se estableció previamente, la constitución como plan maestro tiene como principal cometido coordinar la actuación de sus miembros para el logro de esos fines compartidos. Es precisamente allí donde radica el fundamento y contenido del ejercicio de planeación que se materializa a través de la coordinación de sus miembros. Este punto es expresado con absoluta claridad por Hardin para quien “una constitución coordina la población en un conjunto de instituciones que permita a ellos colectivamente estar mejor que como estarían sin coordinación”¹⁷⁴.

En desarrollo de esta línea argumentativa pueden retomarse interesantes propuestas como las ya antes referidas de Rudolf Smend¹⁷⁵ o las más recientes de Dieter Grimm quien sostiene que una de las funciones de las constituciones contemporáneas es integrar a los miembros de una comunidad. Para este, dicha integración es percibida como una condición necesaria para el logro de la acción colectiva que se propone la constitución. En este sentido, afirma Grimm que “las personas esperan que la constitución unifique la sociedad como una comunidad política (*polity*) permitiendo que con ello se pueda trascender las diferencias de opinión y de intereses conflictivos que existen en toda sociedad”¹⁷⁶. Si bien la integración para el autor no es un logro que pueda garantizarse o controlarse normativamente, la constitución sí puede y debe promoverla. Por lo tanto, una constitución podrá tener un efecto integrador si esta debe personificar el sistema de valores y aspiraciones fundamentales de la sociedad, y si la misma percibe que la constitución refleja de forma precisa esos valores con los que se identifica y que son la

¹⁷⁴ Hardin, 35.

¹⁷⁵ Smend, *Constitución y derecho constitucional*.

¹⁷⁶ Dieter Grimm, «Integration by constitution», *International Journal of Constitutional Law* 3, n.º 2-3 (1 de mayo de 2005): 194, <https://doi.org/10.1093/icon/moi014>.

fuente de su carácter particular¹⁷⁷. Con ello, concluye el autor señalando que la constitución deberá dotar de identidad, inclusividad, cohesión e integración entre los miembros de la comunidad política, lo cual se constituye en una condición necesaria para cualquier modelo de cooperación.

Por otro lado, encontramos que la institucionalidad que constituye el Estado mismo, incluyendo a sus agentes o funcionarios, es también destinataria de la constitución y tiene el deber de acatarla¹⁷⁸. Si bien su regulación ha sido la pretensión principal del constitucionalismo liberal, ya ha quedado claro de lo expuesto que las constituciones contemporáneas tienen pretensiones adicionales a la mera restricción o limitación en el actuar de los órganos del Estado. Como bien lo sintetiza Cameron: “el reto fundamental del constitucionalismo radica en someter todo el poder al derecho y no solo evitar el abuso de poder sino también permitir la acción colectiva”¹⁷⁹. En este sentido, ya hemos afirmado que las constituciones se proponen coordinar el comportamiento de los funcionarios a través de la determinación de estándares de conducta¹⁸⁰. Llegados a este punto, nos corresponde indagarnos por el tipo particular de coordinación que deben prever las constituciones entre los órganos del Estado para la realización del plan maestro que a ellas subyace.

1.4.La importancia de la eficacia del texto constitucional

Recapitulando, puede sostenerse que definido como uno de los objetos de las constituciones coordinar la acción colectiva tanto de los ciudadanos como de los órganos del Estado, este último aspecto nos hace preguntarnos por la forma de relacionamiento que debe existir entre dichos componentes del Estado. Para ello, concebir a las constituciones como un plan pone de relieve la idea de que el mismo está creado para cumplirse. Así, hace parte de la esencia de los planes que quienes formen parte de este, se comprometan con él y tengan la firme intención de llevarlo a cabo. Este elemento nos lleva a abordar la posible relación entre el tipo de coordinación que debe existir entre los

¹⁷⁷ Grimm, 199.

¹⁷⁸ Sobre el origen del deber de las autoridades a obedecer y coordinarse desde la teoría del derecho como planificación véase: Kenneth Einar Himma, «Inclusive Legal Positivism», en *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, y Scott J. Shapiro (Oxford: Oxford University Press, 2004), 135.

¹⁷⁹ Cameron, *Strong constitutions: social-cognitive origins of the separation of powers*, 147.

¹⁸⁰ Shapiro, *Legalidad*, 144.

órganos del Estado y la eficacia del texto constitucional, y si dicha coordinación debe estar orientada a su cumplimiento. Para abordar este asunto, es necesario detenernos, inicialmente, en el concepto de eficacia constitucional para pasar luego al análisis de los dispositivos previstos en la constitución para procurarla. Para ello, nos basaremos inicialmente en los mecanismos de los que disponen las constituciones liberales para ser eficaces, para luego evaluarlos a la luz de las características propias de los textos constitucionales contemporáneos.

Para comenzar es necesario restablecer la relación existente entre eficacia y legitimidad para los textos constitucionales contemporáneos. A la luz de la tradición liberal-democrática el concepto de legitimidad estaba restringido para calificar aquellas instituciones que tuvieran un origen popular o representativo. Por su parte, con el advenimiento de la concepción instrumental del Estado y la asignación a este de funciones precisas a través de los textos constitucionales contemporáneos se ha consolidado la noción consecuencialista de legitimidad¹⁸¹. Según esta noción, la institucionalidad política, incluyendo a las constituciones, no solo será legítima debido a su origen democrático sino al efectivo logro de las funciones adscritas. En palabras de Holmes: “la teoría consecuencialista de la legitimidad sugiere que el constitucionalismo se ocupa no solo de la organización del Estado sino de forma más comprensiva de la organización de las relaciones entre Estado y sociedad”¹⁸². Coincidiendo con este razonamiento afirma Grimm que, si las constituciones deben entenderse como dispositivos de coordinación hacia el cumplimiento de las aspiraciones y promesas que en ella constan, las constituciones no deberán ser juzgadas de acuerdo con sus propios estándares, sino por su habilidad para llevar el discurso y la acción en línea con los textos¹⁸³. Sin embargo, con ello no significa que la legitimidad de origen haya sido reemplazada, sino que en la actualidad coexisten estas, entre otras, teorías de la legitimidad para hacer referencia al fundamento de una determinada institución política.

¹⁸¹ Para una férrea crítica a las teorías consecuencialistas de la legitimidad véase: Pedro De Vega, «Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual» (Barcelona, 1998).

¹⁸² Stephen Holmes, *Foreword*. En: Andrés Sajó, *Limiting government: an introduction to constitutionalism* (Central European University Press, 1999), xi.

¹⁸³ Grimm, *Constitutionalism: past, present, and future*, 202.

En segundo lugar, como bien lo recuerda N. W. Barber, la Filosofía Política se refiere a los fines, mientras que la teoría constitucional a los medios¹⁸⁴. Por lo tanto, para evitar que las reflexiones sobre las instituciones y su eficacia sean “vacías”, deberán estar siempre precedidas de los fines sustantivos que con ella se persiguen¹⁸⁵. Es por ello, por lo que desde el comienzo de este capítulo se han dejado claro los fines sustantivos que pretende conseguir el constitucionalismo contemporáneo, a saber, un equilibrio entre las tradiciones garantistas y directistas, antes descritas. En este razonamiento, dichos fines sustantivos serán los que se utilizarán como referentes para las elaboraciones subsiguientes, tanto sobre el concepto de eficacia, como de los arreglos institucionales tendentes a esta.

Con estas dos advertencias en mente, nos corresponde ahora intentar responder a la pregunta de qué significa el que una constitución sea o no eficaz. A pesar de la relevancia y obviedad de la pregunta, contrario a lo que pudiera pensarse, han sido pocos y relativamente recientes los trabajos que abordan la cuestión desde la teoría constitucional, por lo que ha sido desde otras disciplinas como la Ciencia Política o la Sociología Jurídica desde donde se han hecho las principales construcciones¹⁸⁶. Teniendo en cuenta la distinción antes hecha entre sociedad civil y Estado como destinatarios de los mandatos constitucionales, para estos efectos nos centraremos en la vigencia de la constitución respecto a este último. Desde esta perspectiva, la eficacia que ahora nos interesa será aquella relativa exclusivamente con las normas que prescriben un tipo particular de conducta a las ramas del poder público y por ende, a sus agentes y/o funcionarios. Así, a partir del carácter prescriptivo de las constituciones, desde una primera aproximación puede afirmarse que una constitución será eficaz cuando lo que está prescrito jurídicamente en el texto constitucional (*de iure*) corresponda con la conducta que realmente realicen (*de facto*) los agentes del Estado.

¹⁸⁴ Por lo tanto, en palabras de Barber, “los escritos sobre constituciones están siempre fundamentados y al servicio de la teoría política”, de lo contrario serían “una pérdida de tiempo”. Barber, «Prelude to the Separation of Powers», 62.

¹⁸⁵ En palabras de B. Ackerman, “la misma idea de “eficacia” institucional está completamente vacía si no está unida con unos fines más sustantivos” Bruce Ackerman, «The New Separation of Powers», *Harvard Law Review* 113, n.º 3 (enero de 2000): 639, <https://doi.org/10.2307/1342286>.

¹⁸⁶ Tal vez para responder a este vacío, en la última década se ha acuñado desde la teoría constitucional el término de “eficacia constitucional” (*Constitutional efficacy*) para identificar los trabajos en este sentido.

A pesar de lo intuitiva que parece esta definición, desde un punto de vista teórico, no está ausente de discusión. Al respecto, Andrea Pozas ha señalado recientemente que esta conceptualización, a la que denomina como “congruencia norma-comportamiento”¹⁸⁷ (*norm-behavior congruence*), si bien es una condición necesaria para afirmar la eficacia de un texto constitucional, no resulta suficiente. En este sentido, señala que dicho concepto resulta ser muy amplio y con él pueden llegarse a cumplir ciertos comportamientos que no tienen origen ni fundamento en el texto constitucional¹⁸⁸. Por lo tanto, Pozas sugiere que el concepto de eficacia constitucional deberá incluir no solo la necesaria correspondencia entre el comportamiento del órgano o funcionario público, sino también la existencia de una relación causal entre la constitución y dicha actuación¹⁸⁹.

A partir de este concepto de eficacia constitucional y teniendo en cuenta las advertencias hechas por Pozas, pasaremos ahora a analizar los mecanismos de los que disponen las constituciones para procurarla. Para ello, nos apoyaremos inicialmente en los dispositivos que para estos efectos ha desarrollado el constitucionalismo de garantía para luego contrastarlos con las categorías propias del constitucionalismo contemporáneo. Al respecto resulta valiosa la contribución de Michel Troper quien expone que desde el constitucionalismo liberal clásico, han sido dos los dispositivos utilizados para garantizar la eficacia de los textos constitucionales, a saber, uno normativo y uno institucional o mecanicista. El primero parte de entender que la constitución es una norma y que como tal es vinculante y obligatoria, de no serlo, se incurriría en una *contradictio in adjecto*. Así, la constitución espera lograr el funcionamiento global del Estado por el solo enunciado de lo que está permitido o prohibido para cada uno de los órganos. Por lo tanto, la cuestión principal de la dogmática constitucional basada en la concepción normativa es: ¿la conducta que ha tenido lugar por el órgano estatal es lícita?¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Pozas Loyo, «What is “Constitutional Efficacy?”: Conceptual Obstacles for Research on the Effects of Constitutions», 27.

¹⁸⁸ Para Pozas este sería el caso cuando (i) la expedición de las normas constitucionales se hace para reflejar un comportamiento que ya está teniendo lugar; (ii) las normas constitucionales no tienen ninguna vinculatoriedad real en sus destinatarios o (iii) cuando el comportamiento tiene lugar con fundamento en normas paralelas a las constitucionales como lo serían normas informales. Al respecto véase Pozas Loyo, 29.

¹⁸⁹ Pozas Loyo, 35.

¹⁹⁰ Michel Troper, *Ensayos de Teoría Constitucional* (México D.F.: Fontamara, 2008), 111.

Para las constituciones contemporáneas que se han venido caracterizando en este escrito, resultan al menos tres réplicas que pueden hacerse al dispositivo normativo y su adecuación para operar en el contexto actual. En primer lugar, su principal defecto radica en el tipo de normas constitucionales en las que se basa, a saber, normas que prohíben y permiten conductas a los órganos, pero no aquellas que prescriben u ordenan. Este argumento fue advertido por Duguit¹⁹¹ y recientemente por Waldron al señalar que desde la lógica normativa la relación que generan las normas jurídicas no es solo ambivalente, es decir, prohibido o permitido, sino que también está clara la existencia de una tercera categoría como aquello que es requerido o prescrito¹⁹². Ello obtiene especial relevancia, como se ha resaltado, tanto frente a principios y valores constitucionales, como frente a derechos positivos o programáticos.

En segundo lugar, como el mismo Troper lo advierte, el dispositivo normativo parte de un excesivo optimismo frente a las normas jurídicas como parámetros de conducta, el cual se ve diezmado con las dificultades relativas a la ambigüedad e indeterminación de los textos jurídicos, la existencia de poderes discrecionales, y las razones últimas de los poderes para obedecer el texto constitucional, que recurren finalmente a la buena voluntad y a la buena fe de quienes actúen como autoridades¹⁹³.

En tercer lugar, y ligado con la última dificultad advertida, se refiere a que finalmente la eficacia de las normas constitucionales, como las del Derecho en general, terminan siendo definidas por la existencia de autoridades que velen por su cumplimiento. Esta premisa, reposa en el fundamento mismo del Derecho al definirlo como una forma heterónoma de regulación del comportamiento humano. Por lo tanto, para responder a este, se recurre a la construcción de figuras como la del juez, incluyendo a los jueces o tribunales constitucionales, para servir de garante del cumplimiento normativo. En este sentido, Grimm nos recuerda que las normas constitucionales, como cualquier otra norma, no son autosuficientes ni se soportan a sí mismas, a pesar de tener la intención de surtir efectos, por lo que siempre requerirán que sean cumplidas y garantizadas por agentes externos a

¹⁹¹ Al respecto afirmaba Duguit hacia 1919 que “cualquier sistema de derecho público solo podía ser vital si estaba basado en respaldar las siguientes normas: primero, que los detentadores del poder no pueden hacer ciertas cosas; segundo, que existen ciertas cosas que deben hacer” Duguit, *Law in the modern state*, 26.

¹⁹² Waldron, *Political political theory: essays on institutions*, 33.

¹⁹³ Troper, *Ensayos de Teoría Constitucional*, 114.

ellas¹⁹⁴. Esta réplica nos conduce precisamente a preguntarnos por los órganos que serán los encargados de materializar y garantizar el cumplimiento de dichos mandatos normativos, a saber, el dispositivo constitucional mecanicista.

Así, retomando a Troper, llegamos al segundo dispositivo del que disponen las constituciones liberales para garantizar su eficacia, a saber, el mecanicista. Este, bajo la influencia Newtoniana, parte de entender a la constitución como un mecanismo, como una “Sala de Máquinas”¹⁹⁵. Según el liberalismo, para producir resultados equilibrados deberán ordenarse sus partes, atendiendo a la naturaleza y al principio de las cosas. Precisamente en este punto hace aparición la doctrina de la separación de poderes, ya que esta para el liberalismo sirve como principio para la ordenación y estructuración del poder. Sin embargo, al indagarnos por el significado de la doctrina, encontramos que, a pesar de su *dogmatización*¹⁹⁶, tal y como lo advierte Vile, la separación de poderes “representa un área del pensamiento político en la cual ha existido una extraordinaria confusión en la definición de los términos”¹⁹⁷. La principal razón de ello es que incluso entre los autores clásicos a los que se les atribuye su origen, se hace referencia a postulados que, si bien pueden estar relacionados, resultan ser diferentes entre sí y no sostienen una idea uniforme sobre lo que implica dicha separación¹⁹⁸. Con el ánimo de brindar alguna precisión al respecto, pueden identificarse al menos tres postulados diferentes¹⁹⁹ en las obras de los autores clásicos y contemporáneos a los que se les sigue

¹⁹⁴ Grimm, *Constitutionalism : past, present, and future*, 136.

¹⁹⁵ Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución : dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, 7.

¹⁹⁶ García Pelayo advierte con este término el proceso sufrido por la doctrina de la separación de poderes hasta convertirse en “una proposición acrítica de fe”, llegando ser interpretada desde perspectivas míticas o simbólicas como un *vestigium trinitatis*, como una secularización del misterio de la trinidad. Véase: Manuel. García-Pelayo, *Obras completas*, Vol. 2 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991); Verdú, *Curso de Derecho político*; André. Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas* (Barcelona: Ariel, 1971), (Trad. Juan Antonio Gonzalez).

¹⁹⁷ Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, 2.

¹⁹⁸ En el mismo sentido se pronuncia Jiménez Asensio para quien el principio de separación de poderes es “uno de los dogmas peor comprendidos del Estado Constitucional contemporáneo”. Rafael Jiménez Asensio, *Los frenos del poder: separación de poderes y control de las instituciones* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 18.

¹⁹⁹ Debido al carácter polisémico del término “separación de poderes” existe una gran pluralidad de acepciones y clasificaciones en la materia. En este punto se pretende presentar una propia atendiendo a lo que se considera la asertividad de algunas de ellas. Como ejemplo véase, entre otras,: Luigi Ferrajoli, *Principia iuris : teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*, Tomo I (Madrid: Editorial Trotta, 2007), 817, (Trad. Perfecto Andrés Ibañez); Riccardo Guastini, «¿Separación de los poderes o división del poder?», *Revista de la Facultad de Derecho de México* 1, n.º 229 (1 de enero de 2000): 59, (Trad. María Bono); Waldron, *Political political theory: essays on institutions*.

haciendo referencia con la doctrina de la separación de poderes en su acepción horizontal²⁰⁰.

En primer lugar, encontramos el postulado de la *división del poder*. Este parte de considerar que el poder político ha dejado de ser un fin en sí mismo para adquirir una finalidad instrumental. Al hacerlo, su ejercicio deberá orientarse al cumplimiento de las funciones atribuidas y por tanto, dejará de depender de algún concepto trascendental o del arbitrio de quien lo ostente²⁰¹. Así, a partir del carácter instrumental del poder se genera una forma de límite al mismo. Si bien las funciones atribuidas a la entidad estatal como criterio para la división del poder han variado desde los autores clásicos hasta nuestros días, el núcleo de esta teoría se sigue basando en la idea de promover una forma de gobierno plural donde el ejercicio del poder se divida atendiendo a unidades funcionales. La teorización de este postulado desde una perspectiva liberal resulta de gran novedad en la obra de John Locke²⁰². Aunque su propuesta particular de división del poder no gozó de plena aceptación en la construcción de los Estados modernos, el autor inglés fue el precursor en teorizar, con los sucesos de la *Glorious Revolution*, sobre la conveniencia de emprender la operación de seccionar el todopoderoso Leviatán en diferentes segmentos funcionales²⁰³. Con ello, se lograba principalmente quebrantar la unidad propia del poder del Estado absolutista a través de la asignación de funciones, buscando con ello lograr su limitación.

En segundo lugar, encontramos el postulado de la *separación entre poderes*. Este se dirige en contra de la coincidencia absoluta del poder en una persona, grupo u órgano de las funciones estatales para lo cual recurre a la estrategia de dispersar el poder como estrategia de control, por lo tanto, con este postulado se aboga por que las funciones en las que se ha dividido el poder deban ser ejercidas por personas, órganos o ramas separadas y

²⁰⁰ Con ello se hará referencia exclusiva al concepto de separación horizontal del poder, dejando de lado su componente vertical. Al respecto véase: Jenny S. Martinez, «Horizontal Structuring», en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michael Rosenfeld y András Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0028>.

²⁰¹ La importancia del cambio en favor de la concepción instrumental del poder es reivindicada por Rubin para quien “la idea que el Estado deba ser puramente instrumental, una entidad que no posee fuerza moral independiente y que debe ser juzgada de acuerdo con su habilidad de beneficiar al pueblo, es un principio moral [en el Estado contemporáneo]” Rubin, *Beyond Camelot: rethinking politics and law for the modern state*, 24.

²⁰² John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil* (Madrid: Alianza Editorial, 2000).

²⁰³ Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución (1957)* (Barcelona: Ariel, 1976), 60, (Trad. Eduardo Espín).

distinguibles²⁰⁴. El fundamento del mismo radica en la separación entre poderes como una estrategia para evitar las eventuales conductas opresivas por parte de un poder político concentrado y por ende, como un instrumento para la protección y defensa de la libertad de los ciudadanos²⁰⁵.

En este sentido, el postulado de la separación promulga la idea de un gobierno balanceado a partir de una precisa separación que sea no solo funcional, sino también vertical, horizontal, física, personal y temporal, entre otras²⁰⁶, entre los órganos y estamentos que ejercen el poder. En otras palabras, al recurrir a una visión mecanicista con una separación entre los componentes del poder, se logrará un equilibrio y límite entre ellos, al evitar su concentración y con ello, sus posibles excesos²⁰⁷. En este sentido, las competencias de cada poder público deberán estar expresas y taxativamente establecidas en los textos constitucionales y, en virtud del principio de legalidad, cualquier actuación por fuera de ellas podrá ser declarada inválida por exceso en la competencia atribuida (*ultra vires*). Así las cosas, este postulado de la separación prohíbe la usurpación del poder de una rama por otra²⁰⁸, ya que lo que está en juego son los límites, es decir, la garantía de un poder restringido por sus mismos compartimentos.

Como fundador de este postulado encontramos, sin lugar a duda, al Barón de Montesquieu quien en su obra²⁰⁹ defendió la conveniencia no solo de un poder dividido en las canónicas

²⁰⁴ La división en “departamentos” del poder, la separación de personas en el ejercicio de los “poderes” y la existencia de funciones específicas (*división del poder*), configuran para Vile la concepción “pura” del principio de separación de poderes. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, 14.

²⁰⁵ Para Jiménez Asensio, “La separación del poder en distintas ramas o departamentos se convertía en una suerte de paso previo o necesario para el establecimiento de ese modelo de “*checks and balances*”, pero el principio de la separación de poderes no era otra cosa que un instrumento o medio de implantar un efectivo control del poder con la finalidad última, tal y como se decía más arriba, de garantizar la libertad de los ciudadanos”. Jiménez Asensio, *Los frenos del poder: separación de poderes y control de las instituciones*, 15.

²⁰⁶ Manuel. García-Pelayo, *Obras completas*, Vol. 3 (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 2891.

²⁰⁷ “Esta noción de equilibrio protege el mutuo intercambio entre instituciones. Este mutuo intercambio sirve para limitar el poder por el poder, realizando una importante racionalización de la doctrina de la separación de poderes” Möllers, *Three branches: a comparative model of separation of powers.*, 47.

²⁰⁸ Möllers se refiere a este postulado como el de prohibición de la usurpación (*ban on usurpation*). Al respecto, véase: Möllers, 47.

²⁰⁹ Si bien es cierto que como se ha advertido por algunos doctrinantes Montesquieu no utiliza en su obra el término separación (*Séparation*), consideramos que tanto de sus planteamientos como de sus interpretaciones por los más connotados doctrinantes de la teoría constitucional es posible establecer dicha relación entre su obra y el postulado que hemos denominado en este escrito como *separación entre poderes*. Charles de Secondat Montesquieu, *Del espíritu de las leyes [1748]* (Madrid: Tecnos, 1985); Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 266.

funciones legislativa, ejecutiva y judicial, sino también separado entre quienes lo ejercen, con el fin de autolimitarse y crear un balance que evite el exceso y la opresión frente a los ciudadanos²¹⁰. Sin embargo, con ello no quisiera afirmarse que el pensador de la Bredè haya propuesto un modelo de separación absoluta como lo han pretendido algunos, sino que como bien lo precisó Eisenmann²¹¹, su modelo teórico se dirige a proponer la no coincidencia o identidad absoluta entre quienes ejerzan el poder político, en especial, la función legislativa y judicial, atendiendo para ello a razones prevalentemente jurídicas y de garantía de la legalidad²¹².

En tercer y último lugar, encontramos el postulado de *frenos y contrapesos (checks and balances)* como componente de la doctrina de la separación de poderes. Este postulado parte de reconocer la conveniencia de los principios de división y separación, sin embargo, complementa la estrategia afirmando que, por la dinámica misma del poder, este no se logrará únicamente a partir de la división y separación entre ellos, sino que es necesario que estos concurren ordinariamente en las competencias o funciones de otro²¹³. Así, se da lugar a que un poder controle las acciones de otro con el mutuo intercambio e interferencias entre instituciones²¹⁴. Por lo tanto, con esta teoría se pasa de una noción pasiva del control, atendiendo a la disposición de las cosas, a una idea activa del control entre las ramas.

Este postulado puede rastrearse hasta la obra de El Federalista, en especial, en los escritos de James Madison y Alexander Hamilton quienes en un contexto social y político muy particular²¹⁵, justificaron nítidamente la necesidad de complementar los mecanismos tendentes al equilibrio y control del poder público, no solo a partir de una separación de funciones y titulares de estas, sino también a partir de la concurrencia de algunos de estos

²¹⁰ Recuérdese la máxima de Montesquieu “Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”. Montesquieu, *Del espíritu de las leyes* [1748].

²¹¹ Charles Eisenmann, «El espíritu de las leyes y la separación de poderes», *Anuario Jurídico* 1975, n.º 2 (1977): 429.

²¹² Para Ferrajoli, “la distribución del poder y de los poderes no es otra cosa que un corolario del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de todas las funciones públicas a la ley, que de ellas establece taxativamente sus competencias y formas de ejercicio”. Ferrajoli, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia*. 2. *Teoría de la Democracia*, 191.

²¹³ Lobel, «The Political Tilt of Separation of Powers», 593.

²¹⁴ Jiménez Asensio, *Los frenos del poder: separación de poderes y control de las instituciones*, 64.

²¹⁵ Jiménez Asensio, 51 y ss; Lobel, «The Political Tilt of Separation of Powers», 591.

poderes en el desarrollo de controles cruzados²¹⁶. Desde esta perspectiva, se ha interpretado que este postulado propone la existencia de una “paz armada entre los poderes”²¹⁷, otorgando a cada uno armas defensivas y contundentes capaces de prevenir los posibles ataques de los demás. Dicho de otro modo, si bien se parte de la conveniencia de un poder dividido funcionalmente y separado espacialmente, dicha disección será flexible para efectos de control recíproco²¹⁸. Ello, en tanto el balance que se pretende hacer entre los poderes públicos será un resultado que se realiza y se reafirma de manera constante y dinámica²¹⁹.

A pesar de las mencionadas divergencias, lo cierto es que con la Filosofía liberal moderna se consolidó la doctrina de la separación de poderes en sus distintas configuraciones. Como se dijo, de ello resulta reveladora y paradigmática la consagración que se hizo en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Sin embargo, dicha consolidación no fue solo en el plano teórico sino también práctico. Desde entonces, la inmensa mayoría de los textos constitucionales hicieron referencia explícita o implícita, con mayor o menor grado, a la *separación de poderes* como criterio estructurante de la organización del Estado y sus componentes²²⁰. Ello se evidencia en que a partir de las funciones que debe desempeñar el Estado (*División del poder*), los órganos que lo componen (*Separación entre poderes*), los controles entre ellos (*Frenos y contrapesos*) se estructuran y se suelen clasificar las distintas “Formas de Gobierno”²²¹. Por lo tanto, puede afirmarse sin ambages, que desde ese entonces y hasta nuestros días, la separación de poderes se constituye en un principio estructurante del Estado contemporáneo²²². Ello,

²¹⁶ Alexander Hamilton, James Madison, y John Jay, *El federalista*, 3° (México: Fondo de Cultura Económica, 2001), (Trad. Gustavo Velasco).

²¹⁷ Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución : dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, 116.

²¹⁸ Este punto lo destaca Möllers al afirmar que una idea de control entre poderes disminuye la rigidez de la separación y división entre ellos, en tanto, los controles implican “contactos institucionales entre instituciones”. Möllers, *Three branches: a comparative model of separation of powers*.

²¹⁹ Richard E. Neustadt, *Presidential power and the modern presidents : the politics of leadership from Roosevelt to Reagan* (Washington D.C.: Free Press, 1991).

²²⁰ Un rastro interesante que deja en evidenciada la confluencia de los tres postulados en la doctrina de la separación de poderes ha sido precisamente en la terminología que se ha utilizado en los textos constitucionales para referirse a los componentes del Estado. Así, atendiendo al momento histórico que signó su creación o a los postulados en los que se quiere hacer énfasis, se ha hecho mención a *poderes*, *ramas* u *órganos* para designarse a las instituciones políticas que desde el plano vertical componen el Estado.

²²¹ A manera de ejemplo véase: De Vergottini, *Derecho constitucional comparado*. Este punto se desarrollará en el capítulo 3 de la presente disertación.

²²² Lutz, *Principles of constitutional design*; Adrian Vermeule, *The System of the Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2012); Eric A. Posner y Adrian Vermeule, *The Executive Unbound* (Oxford:

pues como su nombre lo indica, es el responsable de dar estructura al Estado, a su funcionamiento, al ejercicio de sus competencias, a las interacciones y a los controles entre los distintos órganos²²³.

Sobre la justificación tanto de la doctrina de la separación de poderes como de sus tres postulados, es innegable que esta recae en la pretensión de evitar el abuso de poder y la tiranía²²⁴. Como se dijo, desde sus orígenes existe un fuerte vínculo entre la separación de poderes y la idea de libertad negativa propia del constitucionalismo liberal. Por lo tanto, puede afirmarse que la doctrina de la separación de poderes tiene como principal fundamento la idea de control entre los órganos de poder²²⁵. Indagándose sobre el significado de control, Manuel Aragón Reyes señalaba que si bien resultaba imposible identificar un concepto unívoco debido a la multiplicidad de medios a los que este recurre en el Estado constitucional, es posible encontrar en todos ellos la idea común de hacer efectivo el principio de la limitación del poder. En palabras del profesor español: “[t]odos los medios de control en el Estado constitucional, están orientados en un solo sentido y todos responden, objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos”²²⁶.

De manera más reciente, George Tsebelis viene a afirmar que dicho control se ve materializado en los sistemas políticos donde opera la separación de poderes por la existencia de actores con poder de veto (*veto players*), es decir, de agentes estatales a los que se requiere que den su consentimiento para cambiar el *statu quo* en relación con una

Oxford University Press, 2011); Laurence H. Tribe, *American constitutional law*, 2a (Mineola (N.Y.): Foundation Press, 1988).

²²³ En este sentido afirma Ferrajoli que “La estructura institucional de todo sistema constitucional se configura como una red compleja de con-divisiones y separaciones, de interacciones y de incompatibilidades, de vínculos y controles y de recíprocas dependencias, independencias e interdependencias, que corresponder analizar a la dogmática jurídica”. Ferrajoli, *Principia iuris : teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*, 844.

²²⁴ En este sentido, existe una gran polémica doctrinal sobre el origen de la doctrina de la separación de poderes. Por un parte se sostiene que esta puede remontarse hasta la filosofía griega, en especial al pensamiento de Platón y Aristóteles quienes a partir de sus teorías de la Constitución mixta ya planteaban la conveniencia de una Constitución dividida. Desde esta posición, dicha doctrina se mantuvo en desarrollo con los pensadores romanos y durante el medioevo. Por su parte, otra postura sostiene que debe distinguirse entre los fundamentos utilizados para la división del poder. A partir de esta idea, se sostiene que la separación de poderes con justificación en la libertad y como mecanismo para evitar el abuso del poder solo tiene origen el pensamiento moderno liberal, en particular con la obra de Locke y/o Montesquieu. Esta discusión puede revisarse en: Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*.

²²⁵ John Hart Ely, *Democracy and distrust : a theory of judicial review* (Cambridge: Harvard University Press, 1980), 105 y ss.

²²⁶ Manuel Aragón Reyes, *Constitución y Control del Poder* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999), 57.

política pública particular²²⁷. En otras palabras y para nuestros efectos, la idea de control que subyace a la separación de poderes se ve materializada por la existencia de una serie de órganos u agentes del Estado que tienen la capacidad de vetar, evitar o impedir que se adopte una determinada decisión política, judicial o administrativa por parte de otro órgano u agente. Esta construcción es a la que recientemente se hace referencia con el término *Horizontal Accountability*²²⁸.

Llegados a este punto, el asunto que nos corresponde evaluar es si la doctrina de separación de poderes puede considerarse como el principio único que determine la organización del poder político y que bajo este se fundamente el dispositivo mecanicista que se dirige a garantizar la eficacia de las constituciones contemporáneas que, como se ha argumentado hasta el momento, requieren también de un actuar positivo y activo del Estado para la consecución de sus contenidos aspiracionales de carácter material. De igual forma, resulta relevante recordar que la libertad negativa no es el único valor consagrado en las constituciones contemporáneas y por tanto, estas ya no solo se proponen limitar el ejercicio del poder sino también a empoderarlo y coordinarlo para el logro conjunto de los demás fines constitucionales, tal y como se ha argumentado. En este sentido se pronuncia García Pelayo, quien sostiene que en el Estado social “la libertad es un valor de primer rango, pero que solo puede hacerse valer articulado a otros (ante todo a la seguridad económica) que han de ser garantizados materialmente por la intervención concertada (y no ya separada) de los poderes del Estado”²²⁹.

Una línea alternativa de justificación de la doctrina de la separación de poderes es la que propone a la eficacia como su principal objetivo²³⁰. Para Möllers, si bien es innegable que en sus orígenes la teoría de la separación de poderes estaba dirigida contra la tiranía y servía para la protección de la libertad individual, también lo es el que con la Revolución Francesa esta teoría será igualmente entendida como una forma de división del trabajo

²²⁷ George Tsebelis, *Veto players : how political institutions work* (Princeton: Russell Sage Foundation, 2002), 17.

²²⁸ Guillermo O’Donnell, «Horizontal Accountability: The Legal Institutionalization of Mistrust», en *Democratic Accountability in Latin America* (Oxford University Press, 2003), 34-54, <https://doi.org/10.1093/0199256373.003.0002>; Pasquino y Pasquale, «The New Separation of Powers: Horizontal Accountability», *Italian Journal of Public Law* 7, n.º 1 (2015): 157-69.

²²⁹ García-Pelayo, *Obras completas*, 1991, 1628.

²³⁰ En contra de esta línea argumentativa suele citarse la siguiente cita de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, “*the doctrine of separation of powers was adopted by the convention of 1787, not to promote efficiency, but to preclude the exercise of arbitrary power*”. *Myers v. United States*, 272 U.S. 293 (1926) (J. Brandeis, dissenting).

que sirve como un instrumento organizacional para realizar las decisiones democráticas²³¹. Si bien esta concepción no fue claramente teorizada, dicha posición recobraría especial fuerza a lo largo del siglo XX en el entendido que la separación de poderes no solo protege contra el abuso del poder, sino que también incrementa la asertividad de la organización para el logro de sus fines. En este punto coincide Sunstein quien afirma que, junto con la prevención de la tiranía, la eficacia es también una justificación de la separación de poderes. Para el autor norteamericano, ello se logra al establecer una cuidadosa división de funciones que no solo sirve para confinar sino también para incrementar y liberar la autoridad de ciertos órganos²³².

En un sentido similar se pronuncia Elster, quien considera a la separación de poderes como un precompromiso pero de igual forma como un dispositivo tendente a la eficacia de la maquinaria de gobierno²³³. Para soportar este último punto, se basa en la “paradoja de la omnipotencia”, según la cual el poder omnipotente es una contradicción en los términos, en particular, en cuanto se trata de auto- límites. En este sentido, ¿Si una entidad tiene el poder de hacer cualquier ley o cualquier acto en cualquier tiempo, entonces puede este limitarse su propio poder de actuar o de hacer una ley? Si puede, entonces no podría y si no puede, entonces podría. Por lo tanto, si se es titular de dicho poder absoluto, no existe credibilidad en los compromisos o promesas que se hagan, ya que no habrá credibilidad ni garantías de que ello sea así. En este punto es que la separación del poder y la existencia de otros órganos se tornan indispensables para generar credibilidad, en el largo plazo y, con ellas, aceptación y legitimidad en el poder. En este sentido, concluye señalando que “el poder, para ser efectivo, debe estar dividido”²³⁴. Por último, Eoin Carolan en su monografía titulada “La nueva separación de poderes”, concurre afirmando que una de las justificaciones contemporáneas de esta es la de “aumentar la eficiencia otorgando responsabilidad por tareas individuales a los más apropiados actores institucionales”²³⁵.

Sin embargo, quien ha teorizado con mayor rigor este punto en el contexto actual ha sido N. W. Barber. En un influyente artículo sostiene que el núcleo de la doctrina de la

²³¹ Möllers, *Three branches: a comparative model of separation of powers.*, 41.

²³² Sunstein, «Constitutionalism after the New Deal», 432.

²³³ Elster, *Ulysses unbound : studies in rationality, precommitment, and constraints*, 116.

²³⁴ Elster, 146.

²³⁵ Carolan, *The new separation of powers: a theory for the modern state.* p. 27.

separación de poderes no es la libertad, como tradicionalmente se ha establecido, sino la eficiencia²³⁶. Para ello, parte de establecer que la doctrina de la separación de poderes es una teoría sobre la ordenación de la acción colectiva y que esta debe estar precedida de una teoría política para que tenga fuerza normativa. Así, considera que de forma errada los autores han contrastado frecuentemente las pretensiones de eficiencia y libertad como justificaciones rivales para la doctrina, sin indagarse por la teoría que le sirve de soporte.

A partir de dicha advertencia, Barber retoma de la obra de Locke y los federalistas, el rol fundamental que la eficiencia juega para justificar la doctrina de la división funcional del poder²³⁷. Para Barber, Locke creía que un prerequisite de la constitución era proveer de forma suficientemente eficiente la protección positiva a los ciudadanos y no retardar sus intereses. En este sentido, una constitución eficiente es aquella que protege y garantiza la libertad. Para ello, las áreas necesarias deben encomendarse a la institución estatal que pudiera ejecutarla de forma más eficiente. Así, Locke no estaba abogando por una forma de división del poder en orden a detener el funcionamiento del Estado sino para asegurarse que este lo hiciera bien. Los poderes están divididos para facilitar los propósitos por los que el Estado existe, señala Barber. Independiente de la específica teoría política que fundamente la acción colectiva, es la eficiencia y no la libertad la que se encuentra en el corazón de la separación de poderes²³⁸. Por lo tanto, desde esta perspectiva, el poder debe ser distribuido entre aquellas instituciones que estén mejor calificadas para llegar a cabo sus tareas. La separación de poderes instruye así a los constituyentes a atribuir la función correcta a la institución correcta, en orden de servir mejor a los objetivos que deben ser desarrollados por la acción colectiva. Por lo tanto, para probar la eficacia²³⁹ de una institución, se requiere una clara identificación de las metas y objetivos que de ella se esperan.

En este punto del razonamiento, corresponde ahora abordar la pregunta de si la teoría de la separación de poderes, en especial en su componente de división funcional del poder,

²³⁶ En sentido contrario, es clásica la cita que se hace de la Corte Suprema de los Estados Unidos quien afirmó en una sentencia de 1926 que, “the doctrine of separation of powers was adopted by the convention of 1787, not to promote efficiency, but to preclude the exercise of arbitrary power” *Myers v. United States*, 272 U.S. 293 (1926) (J. Brandeis, dissenting).

²³⁷ Nicholas William Barber, *The Principles of Constitutionalism* (Oxford: Oxford University Press, 2018).

²³⁸ Barber, «Prelude to the Separation of Powers». p. 65.

²³⁹ Al respecto Barber advierte que la eficacia se utiliza en un sentido no técnico para señalar que una institución será eficiente en cuanto logre el conjunto de metas que se ha propuesto. Barber, 66.

es suficiente para garantizar la eficacia de los textos constitucionales contemporáneos. Este interrogante ha sido igualmente formulado por García Pelayo al señalar que “nuestro problema consiste en determinar en qué medida el modelo clásico de tal división es compatible con las exigencias del Estado social y en qué medida se ve obligado a sufrir procesos de adaptaciones”²⁴⁰. La respuesta a este interrogante parece ser negativa atendiendo a las siguientes tres razones. En primer lugar, el desarrollo del componente dogmático de las constituciones que vincula al conjunto de poderes y no a ellos de forma aislada. Este razonamiento parte de considerar que el componente aspiracional de las constituciones contemporáneas, que suele contenerse en la parte dogmática de las constituciones y que suele incluir los principios, valores y fines que fundamentan, orientan y dirigen el actuar del Estado, se refieren a este en su conjunto. Por tanto, estos vinculan a todos los poderes, órganos o ramas y agentes del Estado, procurando con ello una cierta unidad de acción para el logro de los objetivos sociales a los que manda la constitución. En otras palabras, estas disposiciones normativas pretenden dar unidad a las partes del Estado, en torno a un proyecto común y compartido, que suele estar explicitado en el contenido de las constituciones vigentes.

En segundo lugar, las relaciones de coordinación que se propone la constitución exceden la mera asignación aislada de funciones y requiere formas de relacionamiento más complejas que esa. En este sentido, advierte Grimm que el cambio de rol de las constituciones contemporáneas implica dos dificultades para su funcionamiento²⁴¹. La primera, consistente en que, a diferencia de los asuntos formales, los problemas materiales no se pueden resolver en el nivel exclusivamente legal. Así, a pesar de que la constitución puede ordenar una solución, la realización del mandato normativo depende en gran medida de factores extralegales como lo son los de ordenación de la acción colectiva entre los destinatarios del mandato. La segunda, se refiere a que el tipo de actuación que ahora se espera del Estado es diferente del propio del Estado liberal²⁴². Así, en el cumplimiento de las funciones de garante, el Estado actúa reactiva y selectivamente, a través del modelo de comando y control. Las actividades de este tipo son relativamente fáciles de determinar

²⁴⁰ García-Pelayo, *Obras completas*, 1991, 1628.

²⁴¹ Grimm, *Constitutionalism : past, present, and future*, 62.

²⁴² En este sentido B. Ackerman sostiene que es tan extraña la función de garantía de los derechos sociales y del bienestar general a la estructura “tripartita” del Estado liberal que en su concepto es necesaria la creación de una rama del poder autónoma e independiente, a la cual denomina incluso como “la rama de la justicia distributiva”, con la finalidad exclusiva de velar por la implementación de este tipo de disposiciones constitucionales. Al respecto véase: Ackerman, «The New Separation of Powers», 724 y ss.

en un nivel normativo. En contraste, la actividad material del Estado opera sobre una base prospectiva y comprensiva en la que será determinante la coordinación, cooperación y colaboración en el funcionamiento, no solo con actores privados, sino también entre las partes del Estado.

En tercer lugar, las constituciones contemporáneas plantean mecanismos de acción conjunta que exceden a las relaciones de división, separación y de control inter-orgánico. Así se reconoce de forma genérica por autores contemporáneos que sostienen que el funcionamiento constitucional no puede, ni debe reducirse a relaciones de mero control entre los órganos del Estado, en tanto ello haría inviable la operatividad de este²⁴³. Por su parte, de análisis particulares también se arriba a la misma conclusión. Tal y como se expondrá en los capítulos siguientes, en las constituciones contemporáneas pueden identificarse mecanismos que implican tipologías de relacionamiento cooperativo o colaborativo que se distinguen a las de control, al no suponer un poder de veto. Así, a manera ilustrativa, dentro de las formas de gobierno parlamentarias, la relación de confianza en la que se basa el vínculo entre el órgano legislativo y ejecutivo difícilmente podría ser catalogado como de control, freno o contrapeso, sino más de colaboración o asistencia mutua mientras esta perdure²⁴⁴. Incluso, en las formas presidencialistas, este tipo de relaciones que se distinguen de las de control resultan ser igualmente comunes. Así, ejemplos como los de la iniciativa legislativa, la aprobación de los presupuestos, la ejecución de decisiones judiciales, la delegación de facultades normativas, entre otras, parecen ilustrar tipos de relacionamiento distintos al de control y que sería más similares a relaciones de apoyo para el logro de fines comunes²⁴⁵.

²⁴³ En este punto recuérdese la contundencia de los planteamientos de W. Wilson antes citados. De forma más reciente, para Ferrajoli las razones incluso de la doctrina de la separación de poderes son “de los más diverso: no solo las de control, bien de forma o de sustancia, preventivo o sucesivo, de la operación de un órgano por parte de otro, sino también las de la evaluación, el auxilio o el aval técnico, o incluso de la cooperación y del equilibrio de intereses públicos distintos” Ferrajoli, *Principia iuris : teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la Democracia*, 192-93; Wilson, *Constitutional Government in the United States*, 57. Sobre este punto se volverá en el apartado siguiente.

²⁴⁴ Este punto fue expresamente advertido precisamente por Montesquieu quien el capítulo referente a la constitución inglesa, hablando de las relaciones entre el parlamento y el gobierno del rey declaraba “Estos poderes deberían producir una situación de reposo o inacción pero dado el movimiento necesario de las cosas, esos poderes se verán forzados a moverse y se verán forzados a concertarse”. Para Mollers, la cooperación entre el parlamento y el ejecutivo no es una amenaza para una rigurosa comprensión de la organización de poderes. Esta cooperación es prevalente incluso en los sistemas parlamentarios de gobierno. Montesquieu, Charles de Secondat. Del Espíritu de Las Leyes Citado por: Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 265; Möllers, *Three branches: a comparative model of separation of powers*.

²⁴⁵ En este punto, Sunstein sostiene frente al Sistema constitucional de los Estados Unidos que el principio de separación de poderes implica el solapamiento de funciones, en sus palabras, “cada una [de las ramas]

Por otro lado, el postulado de frenos y contrapesos también presenta problemas²⁴⁶. Tal y como lo ha expuesto recientemente Adrian Vermeule, la premisa de la que parte Madison para justificar el postulado de frenos y contrapesos implica una falacia²⁴⁷. Para comenzar, lo que hace Madison es proponer un razonamiento similar al de la mano invisible de Smith que se soporta en los siguientes supuestos: si (i) cada órgano actúa de forma unificada y (ii) procurando sus propios intereses y ambiciones, ello producirá (iii) un orden espontáneo que conviene al beneficio público²⁴⁸. De acuerdo con Vermeule, cada supuesto es vulnerable. Los dos primeros suponen asunciones difíciles de sostener a la luz de la lógica de la acción colectiva, las cuales se evidencian al indagarnos por la agregación de voluntades de los funcionarios, la existencia de un actuar unificado y la identificación de intereses o ambiciones propias de cada órgano y los incentivos para generar dicho control²⁴⁹. Sin embargo, para nuestros efectos, lo más relevante será profundizar en el tercer supuesto: indagarnos si dicho beneficio público implica resultados eficientes o de bienestar general.

Para responder a ello, es necesario recordar que, como se dijo anteriormente, lo que caracteriza el modelo de *checks and balances* es la idea de control evidenciada en la existencia de múltiples agentes con poder de veto. Siguiendo a Vermeule, ello genera elevados costos de transacción en la toma de decisiones políticas, los cuales, sumados a la idea de que no existe una tercera autoridad que pueda imponer el cumplimiento de los acuerdos alcanzados y a la constante rotación en los cargos públicos que afecta los mecanismos reputacionales, conducen a que no haya razón para pensar que las

está involucrada en cierto grado en las actividades de otras “, por lo que continúa señalando que el término separación tiende a “ocultar” este hecho. Hasta aquí parece reconocer la existencia de relaciones adicionales a las de división, separación y control, sin embargo, en el pie de página al dar ejemplos de ello se circunscribe exclusivamente a relaciones de solapamiento de control. Al respecto véase: Sunstein, «Constitutionalism after the New Deal», 430.

²⁴⁶ Como ya se ha advertido, tal vez las primeras críticas sistemáticas al postulado de frenos y contrapesos provengan de Woodrow Wilson. De dichos postulados hace eco el profesor L. Tribe, al respecto véase: Wilson, *Constitutional Government in the United States*, 56-57; Tribe, *American constitutional law*, 21.

²⁴⁷ La premisa de la que parte Madison se encuentra claramente establecida en el federalista 51 al afirmar que “*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 las 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 la ambición*”. Hamilton, Madison, y Jay, *El federalista*.

²⁴⁸ Posner y Vermeule, *The Executive Unbound*, 18.

²⁴⁹ Vermeule, *The System of the Constitution*, 41; Daryl J. Levinson, «Empire-Building Government in Constitutional Law», *Harvard Law Review* 118 (2004): 951.

negociaciones institucionales sobre las políticas sistemáticas produzcan resultados eficientes y que no pueda existir un teorema político de Coase²⁵⁰. Así concluye el autor señalando que “no existe un argumento de bienestar general para la separación de poderes o los frenos y contrapesos”²⁵¹. En la misma línea, Robert D. Cooter, afirma con contundencia que:

Separar poderes transforma subordinación en igualdad y reemplaza órdenes por negociaciones. La decisión de separar poderes en la constitución es una decisión en favor de la negociación sobre las órdenes como la manera de conducir el gobierno. Negociaciones implican costos de transacción, mientras que la jerarquía supone costos de supervisión. [...] La necesidad de cooperación entre las ramas del poder causa que ellos deban comportarse estratégicamente entre ellos y la constitución parcialmente determina sus mejores estrategias.²⁵²

A partir de las razones expuestas, la tesis central que emerge es que la doctrina de la separación de poderes, con sus distintos postulados, plantea cuanto menos dudas para responder al principio de ordenación de la sala de máquinas de las constituciones contemporáneas que imponen restricciones para ciertas actuaciones y que al mismo tiempo implican un actuar positivo y decidido en los ámbitos de carácter social. Así, la sola asignación de funciones a los componentes del Estado parece reflejar más la versión política del *taylorismo* o del *fordismo* dentro de una cadena de producción bajo la constitución. Ello aparece ahora como insuficiente para responder al desempeño y funcionamiento que se deriva de las expectativas puestas en los textos constitucionales contemporáneos, en particular, en la realización de las aspiraciones que se ciernen en el cumplimiento de derechos prestacionales que trascienden la abstención propia del constitucionalismo liberal. Por lo tanto, el interrogante que nos ocupará en el próximo apartado será si la asignación de funciones separadas y controladas a cada uno de los órganos del Estado derivada de la separación de poderes resulta suficiente para la realización del plan coordinado que implican las constituciones contemporáneas. En otras palabras, si la coordinación para la realización del plan constitucional puede quedar subsumida en el desempeño separado e incluso controlado de cada una de las funciones otorgadas a los órganos del Estado o si dicha coordinación implica algo más.

²⁵⁰ Vermeule, *The System of the Constitution*, 77.

²⁵¹ En palabras de Posner y Vermeule, “nada en el sistema actual de separación de poderes garantiza o incluso tiende a producir resultados beneficiosos socialmente. En particular, nosotros hemos expuesto que el sistema previsiblemente conduce a un control sub-óptimo, a un régimen político en el que algunas instituciones (como las legislativas y las judiciales) hacen poco para controlar a los henchidos poderes de otras (como la ejecutiva)”. Vermeule, 77; Posner y Vermeule, *The Executive Unbound*, 17.

²⁵² Robert Cooter, *The strategic constitution* (New Jersey: Princeton University Press, 2000), 211.

1.5.El principio de colaboración entre los órganos estatales como fundamento necesario para la eficacia de la constitución

Recapitulando, se ha argumentado que las constituciones contemporáneas no deben ser solo concebidas como dispositivos de límite al ejercicio del poder político, sino que estas deben ser, a su vez, vistas como un dispositivo de coordinación que propone asimilarlas a un plan maestro de y para la sociedad. En este sentido, podemos ahora afirmar que la constitución se propone la realización de un proyecto, de un plan conjunto y que la forma en la que este pretende llevarse a cabo es a través de la cooperación entre los agentes, en especial, entre las ramas del poder público, teniendo como orientación el procurar su eficacia. Ante las dudas suscitadas por la doctrina de la separación de poderes en este punto, corresponde ahora indagarnos por qué otro tipo de relacionamiento debe existir entre estos para que la materialización de ello pueda tener lugar, en otras palabras, para que la constitución contemporánea pueda ser eficaz.

Un recurso interesante del que puede hacerse uso para estos efectos es el de los desarrollos de la Filosofía y la Ontología Social. A través del estudio analítico del relacionamiento humano y de las entidades que pertenecen a la realidad social, desde ambas disciplinas se han realizado recientemente importantes desarrollos sobre las formas humanas de sociabilidad. Una construcción que destaca en este punto resulta ser la desarrollada por el filósofo norteamericano Michael E. Bratman sobre el significado de una “actividad cooperativa compartida” y las formas de comportamiento que de ellas se deriva. Bratman propone desde la filosofía analítica y la ontología social²⁵³ que una actividad cooperativa requiere, ante todo, de una serie de conductas y comportamientos muy precisos entre los participantes²⁵⁴. Así, de una actividad conjunta que pretenda ser cooperativa, el autor establece tres tipos de comportamientos que deben seguir los agentes interesados para ser partícipes de ella. Para mayor claridad denominaremos a cada uno de estos tipos de comportamientos como *máximas*²⁵⁵ siguiendo el significado ordinario del término, es decir, como una idea, norma o designio al que debe ajustar un agente su conducta con el

²⁵³ Al respecto véase Bernal Pulido, «Austin, Hart y Shapiro. Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social».

²⁵⁴ Michael Bratman, *Faces of intention : selected essays on intention and agency* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 94.

²⁵⁵ Real Academia Española, «Diccionario de la Lengua Española». “Máxima: Idea, norma o designio a que se ajusta la manera de obrar”. <http://dle.rae.es/?id=OeZHW2T>

fin de alcanzar un fin determinado, en este caso, la realización de una actividad cooperativa conjunta.

La primera de estas máximas, según Bratman, es que exista entre todos los agentes implicados una receptividad o sensibilidad compartida en cuanto a la persecución del fin común, es decir, frente a las intenciones y comportamientos de los otros agentes. Esta primera máxima se denomina mutua receptividad (*mutual responsiveness*)²⁵⁶. La segunda es denominada como compromiso con la actividad compartida (*Commitment to the joint activity*) y supone que exista en todos los agentes implicados un compromiso de formar parte de la actividad conjunta²⁵⁷. Para el autor norteamericano, esta exige, además, el que sea necesario que los sub-planes de los agentes encajen de manera tal que no vulneren los de otros. En ese sentido, se requiere que los agentes se comprometan a conectar o engranar sus propios planes con los de los demás, de cara a la meta conjunta acordada. Por lo tanto, sostiene que las actividades cooperativas compartidas involucran una interlocución apropiada y un sistema reflexivo de intenciones compartidas en relación con la actividad mancomunada.

Por último, la tercera máxima de comportamiento es la de compromiso de apoyo mutuo (*Commitment to mutual support*)²⁵⁸. Según esta, los agentes deben comprometerse a colaborar mutuamente, es decir, deben adquirir el compromiso de respaldar el esfuerzo de otros agentes que participan en la actividad. Sobre el grado de soporte o apoyo mutuo al que deben estar dispuestos los agentes, Bratman señala que “el compromiso debe ser el de ayudar a desempeñar el rol de otro en la acción conjunta en la extensión en la que se crea que dicha actividad sea necesaria”²⁵⁹. En este razonamiento, concluye que si en el desarrollo de una actividad concurren las tres condiciones antes mencionadas, estaremos ante una “actividad cooperativa compartida”, mientras que si solo concurren las dos primeras estaremos ante una “actividad intencional conjunta”. A partir de estos mismos criterios, Tomasello y Hannees denominan el primer tipo de acción como “colaboración” (*collaboration*) y el segundo como “coordinación social” (*social coordination*)²⁶⁰.

²⁵⁶ Bratman, *Faces of intention : selected essays on intention and agency*, 94.

²⁵⁷ Bratman, 95.

²⁵⁸ Bratman, 103.

²⁵⁹ Bratman, 103.

²⁶⁰ Michael Tomasello y Rakoczy Hannees, «The ontogeny of social ontology: steps to shared intentionality and status functions», en *Intentional Acts and Institutional Facts*, ed. Savas L. Tsohatzidis (Dordrecht: Springer, 2007), 116.

Estos planteamientos de Bratman han tenido una importante acogida en el mundo jurídico²⁶¹. Un ejemplo de ello ha sido en la construcción de la teoría del derecho ya mencionada de Scott Shapiro, quien parte de la obra de Bratman para proponer que el Derecho es ante todo un mecanismo de planificación social, tal y como se expuso anteriormente²⁶². A pesar de que Shapiro no lo aborda expresamente, por ser la suya una obra de teoría del Derecho y no de teoría constitucional, sí podríamos inferir que, si la constitución es el plan maestro, ésta constituye una manifestación de una intencionalidad conjunta para la realización de una “actividad cooperativa conjunta” en los términos de Bratman²⁶³. En consecuencia, los órganos del Estado y sus funcionarios como ejecutores de dicho plan deberán actuar cumpliendo con las tres máximas antes establecidas, a saber, la de receptividad mutua entre ellos, compromiso con el fin perseguido y compromiso de apoyo mutuo²⁶⁴. En este sentido, lo que nos corresponde ahora es analizar con mayor detalle las implicaciones que el cumplimiento de cada una de éstas trae para el relacionamiento de las ramas del poder público desde una perspectiva prescriptiva.

Frente a la primera de estas máximas de relacionamiento, a saber, la de la mutua receptividad, retomando el planteamiento de Bratman, el punto central aquí recae en que cada participante de la acción conjunta debe ser receptivo a las intenciones y acciones de los otros, sabiendo que los otros están tratando de responder de manera similar a las labores encomendadas²⁶⁵. Aplicando esta al relacionamiento entre ramas del poder público podemos afirmar que precisamente para que la receptividad pueda tener lugar, debe tenerse como prerequisite la aplicación de la doctrina de la separación de poderes, expuesta anteriormente en este capítulo, incluyendo sus tres postulados.

Así, será el postulado de la *separación entre poderes* en diferentes ramas u órganos el que determine el tipo y número de participantes en la actividad conjunta. Es decir, será la

²⁶¹ Además de la obra de Scott Shapiro, véase: Matthew Noah Smith, "The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law?," *Legal Theory* 12, no. 3 (2006). *Liberal Loyalty: Freedom, Obligation, and the State* (Princeton: Princeton University Press, 2009).

²⁶² Scott J. Shapiro, «Law, Plans, and Practical Reason», *Legal Theory* 8 (2002): 387-441.

²⁶³ Esta afirmación es posible derivarse de obras posteriores de Shapiro y a esta misma conclusión llega Kyristis al interpretar la obra de Shapiro según las categorías de Bratman. Scott J. Shapiro, «Massively Shared Agency», en *Rational and Social Agency: the philosophy of Michael Bratman*, ed. Manuel Vargas y Gideon Yaffe (Oxford: Oxford University Press, 2014).

²⁶⁴ Jules L. Coleman, *The practice of principle: in defence of a pragmatist approach to legal theory* (Oxford: Oxford University Press, 2003); Himma, «Inclusive Legal Positivism».

²⁶⁵ Bratman, *Faces of intention: selected essays on intention and agency*, 94.

determinación de los órganos la que establezca la calidad de agente o partícipe de una institución dentro de la actividad cooperativa conjunta. Por su parte, el postulado de la *división funcional del poder* será el que establezca el tipo de funciones que cada una de las partes deberá desarrollar y al que los demás agentes deberán estar atentos y receptivos en su cumplimiento. Por lo tanto, será solo a partir de la asignación de funciones como pueden generarse las expectativas conjuntas entre los órganos. Con ello, se logrará el desarrollo de una “interdependencia cognitiva”²⁶⁶, consistente en que cada órgano actúe sobre sus expectativas teniendo en cuenta las de los demás en el desarrollo de sus funciones, creándose así una serie de expectativas recíprocas.

Por último, la máxima de receptividad mutua incluirá la noción de control entre órganos propia del postulado de *frenos y contrapesos (checks and balances)*. En este sentido, señala expresamente Bratman que la receptividad mutua incluye que “cada uno [de los agentes] busque guiar su comportamiento con la mirada puesta en el comportamiento del otro, sabiendo que el otro intenta hacerlo igualmente”²⁶⁷, con lo cual la idea de controles entre los órganos para evitar el exceso o incumplimiento de las funciones asignadas dentro de la actividad conjunta, no solo no es contradictoria con la noción de receptividad, sino que constituye la manera de realizarla en mayor medida. Esta idea es reforzada por los mismos planteamientos de Bratman en obras más recientes, quien llega a reconocer que la mutua receptividad implica la posibilidad de los agentes de disponer de cierto acceso cognitivo (*cognitive access*) para solicitar e implementar “ajustes mutuos” a los sub-planes desarrollados por cada uno de ellos, incluso durante el desarrollo de estos, para el cumplimiento de la actividad conjunta²⁶⁸. Por lo tanto, desde esta perspectiva, puede afirmarse que la receptividad entre las ramas u órganos del poder público estará determinada por la vigencia de la doctrina de la separación de poderes, con sus postulados de separación, división funcional y en particular, de controles recíprocos que esta promueve²⁶⁹.

²⁶⁶ Bratman, 95.

²⁶⁷ Bratman, 106.

²⁶⁸ En palabras de Bratman “Después de todo, no habría mutua receptividad en acción si decidimos por anticipado nuestros respectivos roles y después simplemente procedemos a actuar individualmente en una forma anticipada (*prepackaged*) que no suponga siquiera la posibilidad de ajustes [en los sub-planes] mutuos” Michael Bratman, *Shared agency: a planning theory of acting together* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 80.

²⁶⁹ En el mismo sentido, Tuomela señala que las acciones conjuntas implican que los miembros de esta deban ocuparse de los “inputs” del grupo, implicando en algunos casos que los miembros puedan “incitar a los demás o incluso poner presión sobre ellos – o hacer algo requerido para promover el *ethos* del grupo-

Establecida la máxima de receptividad mutua que debe regir entre las ramas del poder público, corresponde ahora pasar al análisis del compromiso de estas con la actividad conjunta. Esta segunda máxima hace énfasis en que cada agente debe estar apropiadamente comprometido con el desarrollo de la actividad conjunta. Aplicando dicha condición al relacionamiento entre ramas del poder público, lo primero que debemos establecer es cuál es la naturaleza de dicha actividad conjunta en el marco de un Estado constitucional.

En este sentido, puede señalarse que la actividad conjunta que debe aglomerar a los órganos de Estado implica la existencia de un proyecto de “gobierno constitucional”, como lo denominó Carl J. Friedrich²⁷⁰, cuyo contenido podrá estar implícito o explícito, atendiendo a si el sistema jurídico dispone de una constitución consuetudinaria o escrita. Es importante anotar que, tal y como lo describe Friedrich, este concepto de gobierno constitucional no implica solo restricción del poder, sino que precisamente se inscribe dentro de los polos de no restricción y completa restricción, tal y como se ha sostenido anteriormente²⁷¹. En el mismo sentido, se pronuncia John Finn quien al indagarse por el grado de limitación del poder que implica la noción de “gobierno constitucional”, afirma que este “no debe entenderse solo en términos de limitación del poder sino, en cambio, como un compromiso con una vida pública basada en la articulación de razones en apoyo de acciones particulares tomadas para el bienestar público”²⁷².

Al respecto, se pronuncia igualmente Jeremy Waldron, al señalar que lo que subyace al funcionamiento del Estado constitucional es la idea de la “gobernanza articulada”²⁷³ como proyecto conjunto. En ella, la acción del Estado es concebida de forma articulada donde cada una de las etapas de la articulación se corresponde con los requerimientos del Estado de Derecho (*rule of law*), a saber, con los principios de claridad, promulgación, integridad de las expectativas, debido proceso, entre otros. Ello precisamente, se logra con el actuar articulado de los distintos poderes del Estado que han sido establecidos por el principio

siempre y cuando ello se requiera para hacer prosperar los esfuerzos grupales”. Raimo Tuomela, *Social ontology: collective intentionality and group agents* (Oxford: Oxford University Press, 2013), 252.

²⁷⁰ Carl J. Friedrich, *Constitutional Government and Politics, nature and Development* (New York: Harper & Brothers, 1937).

²⁷¹ Friedrich, 216.

²⁷² Finn, *Constitutions in crisis : political violence and the rule of law*, 30.

²⁷³ Waldron, *Political political theory: essays on institutions*, 64.

de la separación de poderes. Al respecto, Waldron al preguntarse por la función que debe desempeñar una constitución, señala que para que una acción concertada pueda ser posible, las instituciones deben “dar su palabra” y “hacer su parte”, ofreciéndose unas a otras garantías de que la cooperación de cada uno en su papel asignado no se volverá inútil por la falta de fiabilidad de los demás. Para ello, basándose en la teoría constitucional de H. Arendt, parece reconocer el carácter cooperativo de las constituciones y su orientación hacia la acción colectiva.

Así, Aileen Kavanagh, retomando algunas ideas del Derecho anglosajón²⁷⁴, afirma que la estructura de los Estados contemporáneos está fundamentada en un valor más profundo que el que se deriva de la separación de poderes. Este valor es el esfuerzo institucional coordinado entre las ramas del Estado al servicio del buen gobierno. A esta actividad común, Kavanagh la denomina como “la empresa conjunta de gobernar” (*Joint Enterprise of Governing*)²⁷⁵. Para la autora, una revisión contemporánea del principio de separación constitucional de los poderes implica entender a las ramas no como entidades solitarias confinadas a una única función sino como partes de una empresa común donde cada una tiene un rol por jugar. A través de la distinción, dichas partes trabajan juntas. Aunque ellas son independientes unas de otras, también serán interdependientes en varias y delicadas formas. Para Kavanagh, dicha idea es captada por la Corte Suprema de los Estados Unidos al utilizar el concepto de “gobierno factible” (*workable government*) para contraponerlo a una idea de un Estado separado rígidamente entre ramas del poder público en la famosa sentencia del caso *Youngstown Co v. Sawyer*²⁷⁶. En este sentido, las ramas del poder deben tener en cuenta los actos y las decisiones de otras ramas cuando toman sus propias decisiones, con lo cual se hace referencia a la condición de receptividad mutua antes referida, ya que ninguna rama puede, ni debe desempeñar todas las labores de

²⁷⁴ David Dyzenhaus, «Reuniting the Brain: The Democratic Basis of Judicial Review», *Public Law Review* 98 (1998); Philip A. Joseph, «Parliament, the Courts, and the Collaborative Enterprise», *King's Law Journal* 15, n.º 2 (29 de enero de 2004): 321-45, <https://doi.org/10.1080/09615768.2004.11427576>; Robin Cooke, «The Road Ahead for the Common Law», *International and Comparative Law Quarterly* 53 (2004).
²⁷⁵ Kavanagh, Aileen. “The constitutional separation of powers” En David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn, eds., *Philosophical Foundations of Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 234.

²⁷⁶ La cita completa es “*While the Constitution diffuses power the better to secure liberty, it also contemplates that practice will integrate the dispersed powers into a workable government. It enjoins upon its branches separateness but interdependence, autonomy but reciprocity*”. *Youngstown Co v Sawyer* 343 US 579 (1952), 635 (per Jackson D.)

gobierno. Por lo tanto, concluye la autora que, cada rama hace una contribución parcial pero necesaria a la empresa compartida del gobierno conjunto²⁷⁷.

Establecida la naturaleza de la actividad conjunta, corresponde ahora indagarnos sobre las implicaciones del compromiso común en su desarrollo para las distintas ramas del poder. Al respecto, y en un razonamiento en la misma línea del anterior, Dimitrios Kyritsis parte de identificar en el “valor” de la separación de poderes la idea la cooperación institucional. A la separación de poderes como valor la define como el “esfuerzo institucional coordinado para el propósito de crear y mantener un justa y bien ordenada sociedad”²⁷⁸. En relación con las diferentes instituciones del Estado involucradas en este esfuerzo, el autor identifica un principio que subyace a esta, al cual denomina el proyecto conjunto de gobernar (*joint project of governing*). En ese sentido, las funciones asignadas a cada una de las ramas se insertan con las de las demás instituciones del Estado en el esquema común de gobierno, por lo que subyacente a la división se encuentra la unidad. Esta unidad está reflejada en la forma en la que se asignan las funciones, ya que estas tienen un impacto decisivo en las labores de otro. En este punto se apoya en la obra clásica y ya referida de M. J. C. Vile²⁷⁹ para afirmar que concomitante a la separación de poderes se encuentran los valores de la eficiencia y coherencia. Así, con el fin de que los roles asignados sean coherentes, quienes los ejercen deben tenerse en cuenta unos con otros, pues de otra forma, ello podría generar confusión y conflicto. Esto lleva al autor a sostener que cada rama debe “buscar sobre su propio hombro y tener en cuenta los actos y decisiones de los demás participantes de la empresa compartida”²⁸⁰. Por lo tanto, para comprometerse en el proyecto conjunto de gobernar, concluye el autor que los participantes no deben dejar de lado las contribuciones de los demás, sino construir sobre ellas, pues esto será lo verdaderamente importante de la lógica de la interacción.

²⁷⁷ Aileen Kavanagh, *Constitutional review under the UK Human Rights Act* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 407.

²⁷⁸ Dimitrios Kyritsis, *Shared authority : courts and legislatures in legal theory* (Oxford: Hart Publishing, 2015), 155.

²⁷⁹ En este sentido se pronuncia MJC Vile quien afirma que la separación de poderes desarrolla igualmente “la función de asegurar que el gobierno funcione de una forma efectiva y coherente forma para el logro de los objetivos establecidos por una sociedad”. Dimitrios Kyritsis, *Where our protection lies : separation of powers and constitutional review* (New York: Oxford University Press, 2017), 41.

²⁸⁰ Kyritsis, 45.

Por último, sobre el contenido preciso de la actividad conjunta a desempeñarse, para ello deberá distinguirse entre aquellos sistemas que dispongan de constituciones escritas y sistemáticas de aquellos que no²⁸¹. Frente a los últimos, la determinación del contenido de la actividad conjunta a desarrollarse por las ramas del poder público será una tarea más compleja y en permanente definición, sin que ello implique que no sea una labor posible ni necesaria. Para estos casos, las construcciones en torno al concepto de la “constitución no-escrita” y la de las “convenciones constitucionales” son empresas que se dirigen precisamente a identificar el contenido implícito del proyecto conjunto de gobierno. En cualquier caso, serán las mismas ramas del poder las que con el devenir del tiempo y precisamente, con el desarrollo de sus propias competencias las que vayan dotando de contenido esa actividad conjunta que sirve de cemento y dota de coherencia a sus cotidianas actividades.

Por su parte, para aquellos sistemas jurídicos que gozan de una constitución escrita dicha labor resulta algo más sencilla. Ello es así, en tanto será el mismo texto positivo otorgado por una autoridad con competencia y legitimidad el encargado de ello. Con ello, no se quiere significar que dicha labor resulte obvia o ausente de controversias, ya que como es bien sabido, todo acto del lenguaje, incluso escrito, es susceptible de ambigüedad e indeterminación y por tanto, de interpretación. Sin embargo, sí es cierto que el disponer de un parámetro constitucional positivo resulta de gran utilidad para la definición del contenido y alcance de la actividad conjunta que involucra a las distintas ramas u órganos del Estado, al menos, en la delimitación de sus contornos.

Ello resulta de especial relevancia para los textos constitucionales producidos tras la segunda posguerra del siglo XX. Como se ha dicho, esto es debido a las particularidades del contexto y del simbolismo que ellas representan, pues dichas constituciones, suelen ser ricas en la determinación de los valores y principios que inspiran dichos textos y que pretenden asignarse al actuar constitucional mismo. Así, la existencia de los mencionados preámbulos en los que se suele proclamar la fuente de legitimidad del poder constituyente o de amplios catálogos de valores y principios constitucionales que pretenden determinar los fines de la asociación política o del actuar del Estado, suelen ser comunes. Para estos efectos, en el caso de constituciones que dispongan de un contenido dogmático fuerte,

²⁸¹ Galligan y Versteeg, «Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions», 27.

este será indispensable y, en muchos casos, suficiente para la determinación del alcance y contenido de la actividad conjunta cooperativa a la cual deben comprometerse las ramas y órganos que componen el Estado. A este aspecto es al que se refiere E. Rubin con la “articulación de propósito”, la cual identifica el autor como una de las características de los Estados constitucionales contemporáneos²⁸².

Recogiendo los anteriores planteamientos, puede entonces afirmarse que el proyecto conjunto al cual deben comprometerse los órganos, ramas y agentes del Estado se denominará como el de “Gobernanza constitucional” para estos efectos. Este plan será constitucional ya que como se ha dicho, esta debe entenderse a sí misma como un acto de planeación, es decir, como la meta que orienta la actividad conjunta que debe ser realizada. Así, el contenido de la acción conjunta coincide con el de las constituciones contemporáneas, del cual su componente aspiracional es característico. Por su parte, se utilizará el término gobernanza en vez de gobierno, como lo hacen algunas de las propuestas referidas, debido a que esta ilustra mejor cómo la actividad que debe emprenderse se caracteriza por la interacción de diferentes sujetos que deben sumarse para que la misma tenga lugar, aspecto que refleja bien el origen del concepto de gobernanza en el contexto contemporáneo²⁸³. Por lo tanto, de lo dicho queda claro que la “Gobernanza constitucional” supone, entonces, el compromiso de cada entidad pública para entender y recordar permanentemente que sus competencias se inscriben, justifican y adquieren sentido solo dentro de ésta actividad cooperativa conjunta que, dicho sea de paso, no es otra que la ejecución, la puesta en marcha, misma de la constitución.

Volviendo al razonamiento de Bratman sobre el significado de una “actividad cooperativa conjunta”, la tercera máxima de comportamiento que esta requiere es la del compromiso de apoyo mutuo entre los agentes. Al respecto, Bratman, afirma que una actividad conjunta que sea cooperativa requiere que los agentes, además de ser receptivos y actuar en pro de la meta conjunta, deben estar comprometidos para ayudar a desarrollar el rol de

²⁸² Rubin, *Beyond Camelot: rethinking politics and law for the modern state*, 28.

²⁸³ Si bien el término gobernanza no es en sí novedoso, desde la década de los noventa se le ha atribuido un especial significado en materia de políticas públicas, relaciones internacionales y ciencia política para enfatizar la existencia e importancia de actores y reglas no formales en las funciones de gobierno. De forma ilustrativa, el Banco Mundial la define como “el proceso a través el cual el estado y los actores no estatales interactúan para diseñar e implementar políticas con un conjunto de reglas formales e informales que dan forma y son formados por dicho poder”. World Bank Group, «World Development Report 2017: Governance and the Law» (Washington D.C.: The World Bank, 2017), <https://doi.org/10.1596/978-1-4648-0950-7>.

los demás dentro de la acción conjunta cuando ello sea necesario²⁸⁴. Dicho compromiso de apoyo no solo consiste en estar preparado y tener la intención, sino efectivamente desplegarlo cuando se requiera²⁸⁵. Por su parte, el grado de apoyo requerido será el adecuado para el éxito del desarrollo de la actividad común sin que con este se termine socavando el rol y la propia contribución del agente²⁸⁶.

En la misma línea de Bratman, Raimo Tuomela plantea que esta tercera máxima es precisamente el origen ontológico de la solidaridad grupal. Para Tuomela, en las acciones conjuntas el compromiso de los miembros con la actividad común cumple la función de “pegamento” (*glue*) que normativamente vincula a los miembros a actuar de forma conjunta y coordinada, a la manera de una moralidad grupal²⁸⁷. Si dicha actividad conjunta se realiza en un modo “nosotros” (*we-mode*), en el que se trascienden los intereses individuales, dicha moralidad grupal implicará la aparición del deber de colaboración interna entre los miembros para el logro del objetivo común, siendo dicha colaboración a la que denomina el autor como “solidaridad interna grupal”²⁸⁸. Dicha solidaridad tendrá, entre otras características, las de propiciar el *ethos* del grupo y la ayuda entre los miembros, la generación de la confianza y lealtad entre los agentes y la consideración entre ellos. Frente a esta última característica, señala Tuomela expresamente que “cuando ocurran lapsus o errores, los demás miembros deben solucionarlos, actuando como miembros del grupo. Esto se desprende del compromiso colectivo con la meta común que es característico de las actuaciones grupales de modo colectivo”²⁸⁹.

Extrapolando esta tercera máxima al tipo de relacionamiento que debe existir entre los órganos del Estado, se sostendrá que es en este donde subyace el fundamento del principio

²⁸⁴ Bratman, *Faces of intention : selected essays on intention and agency*. p. 104.

²⁸⁵ Este elemento ha sido refinado por Bratman en obras posteriores. Así, utilizando como ejemplo de actividad conjunta el de ir a New York, afirma que “*si tengo la intención de ir, entonces estoy bajo presión racional para estar dispuesto, hasta cierto punto, a ayudarte si es necesario. Esto es en parte porque necesito estar preparado para no frustrarte; por lo tanto, tengo que estar preparado para ayudarte al menos hasta el punto de abstenerme de frustrarte. Pero, además, si tengo la intención de ir, y no solo tengo la intención de ir dado, como espero, tu irás, estaré bajo presión racional para estar dispuesto en cierta medida a proporcionar un apoyo positivo (quizás limitado) para tu papel en nuestro ir*”. Bratman, *Shared agency : a planning theory of acting together*, 56.

²⁸⁶ Bratman, *Faces of intention : selected essays on intention and agency*, 104.

²⁸⁷ Tuomela, *Social ontology: collective intentionality and group agents*, 246.

²⁸⁸ Tuomela, 246.

²⁸⁹ Tuomela, 254.

estructurante de la colaboración armónica. Sin embargo, para llegar a ello corresponde inicialmente establecer la justificación de dicho tipo de relacionamiento para luego precisar analíticamente porqué el tipo de apoyo que se exige de las ramas es precisamente de colaboración, y no de coordinación ni de mera cooperación. Sin embargo, antes de comenzar con ello, es pertinente revisar alguna posición que rebate la necesidad de colaboración entre los poderes públicos a la luz del planteamiento de Bratman. Al respecto Kyritsis sostiene que el proyecto conjunto que implica una constitución, no implica una “actividad cooperativa conjunta” sino una “actividad intencional conjunta”, al no derivar de esta la máxima de apoyo mutuo entre las instituciones. En palabras del autor, “este proyecto [conjunto de gobernar] exhibe las características de mutua receptividad y compromiso con la meta común. Con ello quiero significar, primero, que los actos y decisiones de los funcionarios públicos ocupan una posición que tiene impacto en lo que otro funcionario hace y, segundo, que los varios roles institucionales son por mucho, si no enteramente, moldeado para servir a una meta común”²⁹⁰. En otras palabras, considera el autor que la actividad compartida que implica la constitución no es cooperativa y por tanto, de ella no se deriva la máxima de apoyo mutuo, sino solo de receptividad y compromiso con ella.

Al respecto, consideramos la posición de Kyritsis rebatible por dos razones principales. Una primera consiste en que el autor más adelante en su obra concibe y justifica la posibilidad de apoyo o colaboración entre las ramas, incluso en su forma más extrema como lo sería cuando un órgano adopte medidas más allá de sus competencias por razones de justicia. Este sería el caso, para el autor, del activismo judicial en casos de segregación racial en Estados Unidos a los cuales considera una excepción a la regla²⁹¹. Al respecto consideramos, por un lado, que el mismo diseño institucional de la generalidad de Estados constitucionales contemporáneos prevén mecanismos explícitos de apoyo y colaboración entre las ramas o los admiten implícitamente a pesar de no estar debidamente codificados, tal y como se expondrá más adelante en este texto, por lo que estos no son realmente excepcionales. Por otro, que las prácticas de apoyo, incluso en las relaciones tribunales constitucionales- legislativo, son cada vez más frecuentes y, por la relevancia que desde la teoría constitucional implican, no deberán ser abordadas de forma aislada o como propias de una situación de anormalidad o emergencia. La segunda razón retoma un

²⁹⁰ Kyritsis, *Where our protection lies : separation of powers and constitutional review*, 35.

²⁹¹ Kyritsis, 47.

argumento que ya hemos abordado antes en este escrito y es el referente a que para Kyritsis la doctrina de la separación de poderes lleva ínsito el principio de eficacia²⁹², ante lo cual ya hemos advertido que dicho razonamiento presenta cuando menos dudas en relación con el constitucionalismo contemporáneo. Esta posición impide al autor proseguir en el análisis de las implicaciones y alcance del compromiso de apoyo mutuo entre las ramas, asunto del que nosotros nos dispondremos.

Llegados a este punto, nos corresponde ahora indagarnos por lo que significa el compromiso de apoyo mutuo desde la teoría constitucional. Para comenzar con ello, debemos recordar que con el razonamiento que se viene haciendo este excede a la máxima de receptividad y con ella a la de división, separación e incluso de control inter-orgánico, al igual que a la de compromiso con el que hemos denominado proyecto conjunto “gobernanza constitucional”, que implica ejecutar de manera conjunta y articulada los objetivos comunes previstos en la constitución. Establecido a que no hace referencia la máxima, corresponde ahora darle contenido. Para ello, puede resultar útil remitirnos a las diferentes técnicas de acción colectiva de coordinación, cooperación y colaboración para identificar cuál de ellas representa mejor la máxima de apoyo mutuo. Si bien estas técnicas han sido desarrolladas principalmente por las ciencias de la administración pública²⁹³, también han sido aplicadas a la teoría jurídica, en particular por parte del Derecho Administrativo, en particular, en el contexto de la división vertical del poder²⁹⁴. Al respecto, en primer lugar, encontramos la técnica de coordinación. La concepción material de coordinación atribuye a esta una cierta capacidad de imposición coactiva por parte del órgano o ente coordinante respecto de los coordinados como estrategia para el actuar colectivo²⁹⁵. De este modo, el ente coordinante logra autoritariamente la coherencia de la actuación de los entes inferiores, es decir, aquel dispone de unos poderes de

²⁹² En este punto, Kyritsis se apoya en la posición de Nicholas Barber a quien cita expresamente para afirmar que “Independientemente de la teoría política específica que sustenta la acción colectiva, es la eficiencia. . . que está en el corazón de separación de poderes” Barber, Nicholas. *Prelude to the Separation of Powers*, En: Cambridge Law Journal, 65 Citado por Kyritsis, 41.

²⁹³ Paul W. Mattessich et al., *Collaboration what makes it work : a review of research literature on factors influencing successful collaboration* (Minnesota: Amherst H. Wilder Foundation, 1992); Janine O’Flynn, «The Cult of Collaboration in Public Policy», *Australian Journal of Public Administration* 68, n.º 1 (1 de marzo de 2009): 112-16, <https://doi.org/10.1111/j.1467-8500.2009.00616.x>.

²⁹⁴ Un argumento que sirve para validar el uso del recurso del ordenamiento territorial ha sido expuesto por Cameron al afirmar que “*el federalismo no es nada distinto que la introducción de la separación de poderes en el nivel sub-nacional*”. Cameron, *Strong constitutions: social-cognitive origins of the separation of powers*, 173.

²⁹⁵ Rafael. Fernández Montalvo, *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación* (Barcelona: Marcial Pons, 2000), 24.

dirección que, sin llegar a alcanzar la intensidad propia de los poderes jerárquicos, contribuyen a definir una relación de la que forman parte la posibilidad de impartir directrices y criterios de actuación de obligatorio cumplimiento para los sujetos coordinados.

Aplicando esta técnica a la teoría constitucional, el primer escollo que encontramos es la paridad que en la gran generalidad de ordenamientos constitucionales existe entre los órganos del poder público²⁹⁶. Ello es así, por un lado, debido a la práctica inexistencia de una disposición constitucional explícita que señale la prevalencia de un órgano o rama del poder público sobre las demás. Por otro lado, la inexistencia de la paridad desvirtúa la noción de equilibrio o balance a la que conduce la doctrina de la separación de poderes, en particular, a través de los postulados de separación y de frenos y contrapesos. En este sentido, se pronunciaba Santi Romano quien al definir los órganos del Estado considera que “[éstos] son aquellos a los cuales les es confiada la actividad directa del estado y que gozan, en los límites del derecho objetivo que los coordina entre sí, pero que no subordina el uno al otro, de una completa independencia recíproca”²⁹⁷. Por último, desde el plano normativo, encontramos más adecuados los argumentos que proponen al relacionamiento entre órganos como un proceso continuo y en permanente evolución, caracterizado por dinámicas colaborativas antes que definitivas como se expondrá más adelante²⁹⁸.

Descartada la asimilación del apoyo mutuo con la técnica de coordinación, corresponde ahora indagarnos por la cooperación y la colaboración. Retomando lo dicho, ambas, a diferencia de la coordinación, son técnicas que dejan mayor espacio para la autonomía de los agentes involucrados, presuponiendo una actividad conjunta de dichos sujetos que se encuentran en situación de paridad²⁹⁹. En cuanto a las posibles diferencias, puede

²⁹⁶ García-Pelayo, *Obras completas*, 1991, 2910.

²⁹⁷ Santi Romano, *Nozione e natura degli organi costituzionale dello Stato*. (Palermo: 1898), 12. citado por: García-Pelayo, 2910.

²⁹⁸ En las últimas décadas y a raíz de los arreglos institucionales en Canadá, Reino Unido y Nueva Zelanda en la materia, se ha generado una amplia discusión en torno a los que defienden la supremacía judicial o legislativa en la definición de los asuntos constitucionales, en particular en materia de derechos fundamentales. Como una alternativa a dicha disyuntiva se ha propuesto una postura que propone el “diálogo” entre órganos antes que posturas finales y definitivas entre estos. Si bien dicha postura presenta críticas a nuestro sentir con la utilización de la metáfora dialógica, para estos efectos suscribimos de dicha posición el carácter dinámico y continuado de la misma. Sobre el particular véase la excelente recapitulación que se hace de la discusión en: Po Jen Yap, «Defending Dialogue», en *Constitutional Dialogue in Common Law Asia* (Oxford: Oxford University Press, 2015), 7-30.

²⁹⁹ Fernández Montalvo, *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*, 34.

señalarse que la cooperación, según su acepción ordinaria y su composición etimológica de operación conjunta o mancomunada, implica un tipo de obrar en conjunto con otro u otros para la consecución de un fin común³⁰⁰. Así, el rasgo distintivo de la técnica de la cooperación depende de la identificación de una meta común y la actuación conjunta para su consecución. En otras palabras, la máxima de comportamiento radica en el no entorpecimiento o impedimento de la acción de los demás agentes para la consecución del objetivo conjunto.

Al respecto, debe recordarse que tal y como insiste Bratman, para la configuración de una acción cooperativa conjunta, es necesario algo más que el compromiso y la actuación acorde con la meta común que representa la técnica de la cooperación. Ello estaría subsumido precisamente en la segunda máxima de actuación de compromiso con la actividad común, sin que pueda esta asimilarse a la máxima de compromiso de apoyo común que implica algo más. Continuando con el análisis, pudiera afirmarse que la colaboración sería diferenciable de la mera cooperación, ya que trasciende el rol meramente pasivo de no resistencia de la actividad de otro órgano para la consecución de la meta común, suponiendo un actuar positivo de apoyo. Lo anterior tiene igualmente sustento en el lenguaje ordinario del verbo colaborar, en tanto este aparece como sinónimo al de contribuir, a saber, concurrir voluntariamente con una cantidad para determinado fin³⁰¹.

Esta posición tiene respaldo en la teoría constitucional sobre el significado y las implicaciones del término de colaboración para establecerlo como máxima de comportamiento entre órganos. Tal vez el primero en advertirlo sistemáticamente fue, como ya se ha mencionado en este escrito, la doctrina constitucional francesa con León Duguit³⁰² y André Hauriou³⁰³ a la cabeza. Sin embargo, dicha expresión también cuenta con respaldo en el Derecho público anglosajón. En este sentido, David Dyzenhaus acuñó el término de “empresa colaborativa” (*Collaborative Enterprise*) para denotar, desde una

³⁰⁰ Real Academia Española, «Diccionario de la Lengua Española». “Cooperación” <http://dle.rae.es/?id=Aid2o2x>

³⁰¹ Real Academia Española. “Colaborar”.

³⁰² Duguit, *Law in the modern state*; León Duguit, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996); Duguit, *Manual de derecho constitucional*.

³⁰³ En palabras de Hauriou al caracterizar el tipo de relacionamiento que debe existir entre los órganos del poder señala “moverse ciertamente es, en esencia colaborar; en todo caso, implica una forma de separación de poderes que no es rígida, sino flexible”. Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 266.

perspectiva normativa, el funcionamiento conjunto de las ramas del poder público en contraposición a la idea de competencia entre ramas por la supremacía³⁰⁴. Retomando dicho término, Philip A. Joseph propone que sea este, antes que la noción de soberanía, el que mejor debe describir la naturaleza de la relación que vincula a las ramas del poder. Dicha relación consistirá, en palabras del autor, en el funcionamiento conjunto de las ramas que se caracteriza por la reunión de elementos distintivos de cada una de ellas que apoyan el cumplimiento de objetivos complementarios, pero que responden a diferentes incentivos³⁰⁵. Este razonamiento será a su vez compartido por Lord Cooke of Thordon³⁰⁶.

En el mismo contexto anglosajón y de forma más reciente, Alison Young ha desarrollado el concepto de “colaboración constitucional”. Para ello, en su más reciente obra, “Diálogo Democrático y la Constitución”³⁰⁷, Young se propone la construcción de una forma alternativa a lo que ella denomina el constitucionalismo político³⁰⁸ y el legal³⁰⁹, para comprender desde un plano normativo principalmente, las relaciones entre los tribunales constitucionales y el órgano legislativo. Dicha alternativa es denominada como “diálogo democrático”, la cual parte de enfocar el análisis en el tipo de interacciones inter-institucionales que tienen lugar entre los órganos del Estado. Al hacerlo, la autora identifica dos tipos principales de interacciones³¹⁰. Las primeras son las de contrapeso (*counter-balancing*) y se caracterizan por relaciones de confrontación entre las ramas. Frente a su relevancia, señala la autora que son requeridas por el diálogo democrático, con el fin de asegurar que ninguna de las instituciones tenga la última palabra y que, por tanto, el diálogo pueda tener lugar entre las instituciones. Para efectos de este texto, dichas interacciones son las que se producen con fundamento en la doctrina de la separación de poderes, en especial, del postulado de *frenos y contrapesos*, las cuales estarían inmersas en la máxima de receptividad común entre las ramas.

³⁰⁴ Dyzenhaus, «Reuniting the Brain: The Democratic Basis of Judicial Review», 107.

³⁰⁵ Joseph, «Parliament, the Courts, and the Collaborative Enterprise», 334.

³⁰⁶ Cooke, «The Road Ahead for the Common Law», 275.

³⁰⁷ Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*.

³⁰⁸ Para la autora, las teorías del constitucionalismo político tienen a centrarse en el rol del parlamento, analizando el rol de las cortes en términos de cómo ellos pueden complementar los controles parlamentarios. Young, 80.

³⁰⁹ Por su parte, los constitucionalistas legales tienden a comenzar sus argumentos con un análisis sobre los controles legales, modificando los niveles de estos atendiendo a los correctivos que consideran necesarios a los razonamientos políticos en materia de derechos. Young, 74.

³¹⁰ En una línea similar, N. Barber identifica como principales relaciones entre los poderes públicos en un Estado constitucional contemporáneo a las de fricción (*friction*) y de cortesía (*comity*). Barber, *The Principles of Constitutionalism*, 70.

Continuando con el razonamiento, Young identifica un segundo tipo de interacciones a la que determina como de “colaboración constitucional” (*Constitutional collaboration*). Estas relaciones son requeridas para facilitar una de las ventajas normativas del diálogo democrático, a saber, el logro de una mejor solución de asuntos relativos a derechos subjetivos, a través de la combinación de los procesos de razonamiento de cada órgano. Con ellas, se busca que las interacciones institucionales puedan combinar las fortalezas relativas y minimizar las debilidades de cada institución cuando actúen conjuntamente. En este sentido, afirma la autora que “la colaboración constitucional tiende a lograr más claramente los valores potenciales de las interacciones inter- institucionales que las de contrapeso constitucional”³¹¹.

Para la autora, las principales ventajas que subyacen a la colaboración radican, por un lado, en la mejor y mayor protección que se logra de los derechos y principios constitucionales. Ello, en tanto, los órganos mejor equipados para distintos tipos de razonamiento, a saber, de intereses o valores, podrán hacer sus aportaciones al respecto. Por otro lado, la colaboración constitucional incentiva la deliberación no solo entre los distintos órganos del Estado sino también entre los ciudadanos y éstos quienes durante las interacciones institucionales podrán manifestarse y expresar las distintas posiciones sobre los asuntos en discusión. Así, se afirma que de las relaciones de colaboración constitucional se deriva necesariamente que cada institución deba proveer justificaciones razonadas de sus decisiones con el fin de dar lugar al diálogo democrático entre los demás pares. Por tanto, concluye Young sosteniendo que “las instituciones deben lograr actuar de una manera que facilite la colaboración constitucional, proveyendo razones sobre sus conclusiones e involucrándose respetuosamente con las razones proveídas en las decisiones de otra institución [así] la colaboración constitucional ayuda a solucionar los potenciales conflictos al facilitar que las instituciones trabajen de forma conjunta”³¹².

Desde una perspectiva menos optimista de la corrección de la metáfora del diálogo para hacer relación a la interacción entre ramas del poder, Eoin Carolan termina igualmente reivindicando el gran potencial que existe en la colaboración para comprender las interrelaciones que deben tener lugar entre los distintos componentes del Estado. Para ello, Carolan parte de advertir la inconveniencia de utilizar la metáfora del diálogo no solo

³¹¹ Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, 168.

³¹² Young, 160.

para describir y prescribir el tipo de interacciones de tiene lugar entre el órgano legislativo y los tribunales con competencias constitucionales, sino también para las demás interacciones que tienen lugar en un Estado contemporáneo. En este sentido, afirma que si bien desde hace un par de décadas se ha generalizado la utilización del diálogo para referirse, tanto descriptiva como prescriptivamente, a las relaciones entre tribunales y legislativo, no solo desde la doctrina sino incluso en la misma jurisprudencia constitucional, dicho recurso lingüístico presenta serios reparos.

Para los efectos de este escrito, algunos de los reparos a los que se refiere Carolan son, en primer lugar, la indeterminación que supone el concepto, no solo en su rol, sino también en su contenido, hasta el punto de que lo hace variar casi con cada autor que lo utiliza. En segundo lugar, para el autor, el diálogo presenta una imagen que no representa claramente la dinámica que tiene lugar entre tribunales y el legislativo, incluso en los sistemas de *commonlaw* donde tiene mayor arraigo el recurso. En tercer lugar, esta metáfora se centra en una relación bilateral que deja por fuera las contribuciones de otros actores igualmente centrales dentro de los sistemas constitucionales como el ejecutivo, las agencias reguladoras, entre otros. En cuarto lugar, la figura del diálogo tiene un prejuicio hacia la posibilidad de una solución definitiva del asunto puesto en consideración, con lo cual refleja una visión del constitucionalismo que tiende a la existencia de una única o definitiva solución. Por último, señala que la noción de diálogo hace un excesivo énfasis en la noción de conflicto y desacuerdo entre las ramas, lo cual predispone a un tipo de soluciones de tipo autoritativo. Estos, entre otros reparos, llevan al autor a afirmar que actualmente el recurso del diálogo parece ser meramente retórico, por lo que se justifica indagar por otras opciones.

En este razonamiento, Carolan propone el concepto de colaboración para describir y prescribir el tipo de inter-relaciones que deben tener lugar entre las distintas ramas del poder público. Para ello, parte de retomar los planteamientos de Christopher Ansell, quien acuña el término de “gobernanza colaborativa” (*collaborative governance*) para significar el potencial que tiene un tipo de “conflicto fructífero” como aquel que amplía y hace avanzar el conocimiento, el entendimiento o significado o la capacidad entre diferentes y opuestas perspectivas e intereses³¹³. A partir de allí, y en aras de procurar cierta precisión

³¹³ Christopher Ansell, *Pragmatist Democracy Evolutionary Learning as Public Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 2011), 168.

en la definición del término, Carolan encuentra que la premisa fundamental de la colaboración radica en que “el mutuo relacionamiento de instituciones con diferentes perspectivas tiene el potencial de producir decisiones que son superiores a las que se pudieran haber obtenido por uno de los participantes actuando de forma aislada”³¹⁴.

A partir de esta premisa, Carolan señala que aplicarla al ámbito constitucional supondría que las relaciones inter- institucionales deberían organizarse de tal manera que no solo se asegurara un producto final, sino que estas fueran más proclives a contribuciones que supusieran una mejora sustantiva del producto previo o inicial. En este sentido, el autor señala que el valor de la colaboración desde la teoría constitucional radicaría en que esta no está atada a una específica visión de la dinámica institucional, sino que podría aplicarse a cualquier proceso o actor, lo que supondría que cualquiera de estos podría contribuir al proyecto colaborativo. Así, la meta de la colaboración sería ordenar las inter-relaciones y procesos entre órganos, de tal forma que abordara las perspectivas divergentes como una oportunidad positiva de trascender las limitaciones de una única posición, creando con ello un producto o contribución superior a la que pudiera tener lugar por parte de un actor de forma independiente.

De allí, el autor lanza la posibilidad de considerar un modelo de constitucionalismo colaborativo (*Collaborative constitutionalism*). Este modelo partiría de considerar que los procesos tanto internos como externos entre las instituciones, deberán estar organizados de tal manera que el sistema constitucional, como un todo, provea la integración de las diferentes, legítimas y relevantes formas de interés, el conocimiento y experticia de cada una de las ramas, para lograr mejores resultados que los que podrían lograrse individualmente. Desde esta perspectiva, la existencia de metas e intereses comunes y compartidos es fundamental, pero de igual forma la existencia de diversidad entre los actores, ya que sin estos, los resultados finales no podrán ser mejores que los iniciales³¹⁵. Por lo tanto, concluye el autor afirmando que de tomarnos en serio las metáforas para describir y prescribir la práctica constitucional, la colaboración parece ser más adecuada y prometedora que el diálogo en este cometido, en tanto aquella difiere del diálogo al aceptar las distintas características de los procesos institucionales, negando la necesidad

³¹⁴ Carolan, «Dialogue isn't working: the case for collaboration as a model of legislative-judicial relations», 224.

³¹⁵ Carolan, 229.

de un consenso o acuerdo final y proveyendo un modelo más específico en relación a qué conductas o reformas deben ser emprendidas para el logro de los cometidos constitucionales.

Dejando de lado las divergencias aparentes en torno al uso de la metáfora del diálogo entre Young y Carolan, lo que resulta más interesante para nuestros efectos son sus convergencias en torno a la noción de colaboración³¹⁶. En este sentido, recapitulando hemos ya señalado que, a diferencia de la mera cooperación, la colaboración implica una contribución positiva de los agentes, a saber, los órganos del Estado, en la meta común del gobierno constitucional. Sobre el tipo de contribución, Young señala que en las relaciones de colaboración constitucional lo que se busca es la agregación de fortalezas de los tipos de razonamientos entre órganos, inicialmente entre corte y legislativo, para mejorar una solución particular a través de una dinámica deliberativa. Este valor es precisamente el que reivindica igualmente Carolan en la colaboración al pretender con ella obtener ganancias adicionales en las contribuciones que tengan lugar con las interacciones entre los órganos a través de las sinergias entre ellos.

Esta noción de colaboración no ha sido evidenciada únicamente en el contexto europeo³¹⁷. Teniendo en cuenta el protagonismo de la judicatura en la doctrina constitucional norteamericana, Dan Coenen ha advertido que la definición y alcance de los derechos constitucionales en los Estados Unidos ha sido frecuentemente fruto de una elaboración conjunta (*shared elaboration*) entre la Corte Suprema y los órganos no judiciales, y no exclusivamente de aquella como suele pensarse³¹⁸. En este sentido, señala que la corte suele iniciar el diálogo entre los actores no judiciales, comúnmente defiriendo la decisión a los órganos políticos de cómo resolver los asuntos constitucionales, siempre y cuando dichas decisiones cumplan con las asignaciones de deliberación y cuidado. Por lo tanto, concluye que, a la luz de los principios estructurales, la dinámica de relacionamiento

³¹⁶Sobre la convergencia en el término colaboración (*collaboration*) véase: Ioanna Tourkochoriti, «What Is the Best Way to Realise Rights?», *Oxford Journal of Legal Studies* 39, n.º 1 (1 de marzo de 2019): 227, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqz004>.

³¹⁷Hacia comienzos del siglo XX en Estados Unidos, Woodrow Wilson ya había advertido el deber de cooperación y colaboración entre las ramas del poder en los siguientes términos: “[...] El gobierno no es un cuerpo de fuerzas ciegas; es el cuerpo de un hombre con funciones claramente diferenciadas y, sin duda, especializadas, pero con una tarea y propósito conjunto. Su cooperación es indispensable, su lucha fatal. No puede haber un gobierno exitoso sin liderazgo o sin la íntima, casi instintiva, coordinación de los órganos de vida y acción”. Wilson, *Constitutional Government in the United States*, 56-57.

³¹⁸Dan T. Coenen, «A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue», *William and Mary Law Review* 42 (2000): 1582.

entre-ramas deberá ser aquel que “invite a una profunda colaboración entre autoridades judiciales y no judiciales en la elaboración del derecho constitucional”³¹⁹. En un planteamiento similar, Bruce Ackerman analiza el proceso de cambio constitucional y la emergencia de la legislación antidiscriminación en los Estados Unidos en términos de colaboración entre varios actores institucionales, incluyendo a la Corte Suprema. Al respecto, sostiene que el cambio de conciencia colectiva en torno a la necesidad de combatir la segregación racial fue promovido por un modelo colaborativo (*Collaborative Model*) entre todas las ramas del poder que condujo a la efectiva consagración e implementación de la legislación en favor de los derechos civiles³²⁰.

En la misma línea argumentativa, se pronuncia Mark Tushnet señalando que cuando un orden constitucional está consolidado³²¹, el principio que rige las relaciones entre los órganos del Estado es aquel según el cual las cortes y los órganos políticos deben colaborar en el desarrollo de la política pública. Dicha colaboración implica para el autor que “todas las instituciones del gobierno operan armoniosamente, implementando los principios constitucionales sustantivos y dividiendo las labores de acuerdo con el característico orden de los arreglos institucionales”³²². Incluso Tushnet, aplicando dichos postulados, ha evaluado cuando el comportamiento de un órgano, como la Corte Suprema de los Estados Unidos, se comporta de forma colaborativa con el desarrollo de ese particular sistema político y cuáles son las implicaciones normativas de dicho fenómeno³²³. Dando incluso un paso más allá, Aziz Huq ha advertido que las relaciones de cooperación y colaboración entre las ramas han pasado inadvertidas en la estructuración del sistema constitucional por lo que propone una teorización de las prácticas de negociación que tiene lugar entre las ramas del poder público dentro del sistema estadounidense³²⁴.

³¹⁹ Coenen, 1588.

³²⁰ Bruce A. Ackerman, *The civil rights revolution* (Cambridge: Harvard University Press, 2014), 107.

³²¹ Sobre el concepto de “orden constitucional” véase: Mark Tushnet, *The new constitutional order* (Princeton: Princeton University Press, 2004).

³²² Incluso M. Tushnet sugiere que cuando la Corte Suprema niega expresamente que la constitución disponga de un deber de colaboración entre las ramas del poder, ello debe ser leído como un síntoma de un posible cambio de orden constitucional. Mark Tushnet, «Constitutional Hardball», *John Marshall Law Review* 37 (2003): 537.

³²³ Mark Tushnet, «The Supreme Court and American political development: Collaboration and confrontation», en *The Supreme Court and American political development*, ed. Ronald. Kahn y Kenneth Ira Kersch (University Press of Kansas, 2006), 494; Mark Tushnet, «Dialogue and Constitutional Duty», 10 (Cambridge, 20 de marzo de 2012).

³²⁴ Aziz Z. Huq, «The Negotiated Structural Constitution», *Columbia Law Review* 114 (2014).

Por lo tanto, retomando nuestra línea argumental podríamos afirmar que, a la luz de los avances de la teoría constitucional vigente, la máxima de apoyo mutuo que es requerida para el desarrollo del gobierno constitucional como actividad cooperativa conjunta implica una relación de tipo colaborativo entre los poderes públicos. Dicha colaboración, en el plano constitucional prescribe expresamente que dos o más órganos o agentes del Estado contribuyan de forma efectiva a través de la agregación de sus capacidades institucionales³²⁵. Estas podrán ser de mayor experticia (legitimidad sustancial), mayor apoyo ciudadano (legitimidad de origen) o de mejores procesos de toma de decisión (legitimidad procedimental), para el logro de un resultado superior al que podría obtenerse de forma aislada en el desarrollo del proyecto conjunto de la gobernanza constitucional³²⁶. Al respecto, debe inmediatamente advertirse que no cualquier contribución pudiera considerarse como colaboración, sino solo aquella que efectivamente contribuya al logro de la finalidad común, en otras palabras, a la gobernanza constitucional establecida por el texto o las convenciones constitucionales que le sirvan de fundamento, tal y como se desprende de la máxima de compromiso con la actividad común ya mencionada. En este sentido, parece conveniente cualificar con el adjetivo de armónica el tipo de colaboración que se precisa entre las ramas u órganos del poder público.

En este punto del razonamiento puede identificarse el fundamento de la colaboración armónica como un principio estructurante de los sistemas constitucionales contemporáneos. Este principio, en tanto estructural o estructurante³²⁷, será junto con el de separación de poderes, responsable de dar forma al Estado, a su funcionamiento, al ejercicio de sus competencias y al logro de los objetivos sustanciales propuestos por el texto constitucional. En este sentido, debe explicitarse que la colaboración armónica no niega, ni se opone al de separación de poderes, sino que lo complementa, lo condiciona o

³²⁵ El tema de las capacidades institucionales es introducido por Sunstein y Vermeule sosteniendo que estas deben ser tenidas en cuenta al momento de determinar la interpretación constitucional. Al respecto véase: Cass R. Sunstein y Adrian Vermeule, «Interpretation and Institutions», *Michigan Law Review* 101, n.º 885 (2003).

³²⁶ En un sentido similar, Godoy desarrolla la teoría de la colaboración (*teoría da parceria*) según la cual para los aportes de las distintas ramas del poder público en la atribución de significado al texto constitucional deben ser tenidas en cuenta las capacidades y las falencias institucionales de cada una de ellas. Al respecto véase: Miguel Gualano de Godoy, *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais* (Belo Horizonte: Fórum, 2017), 139 y ss.

³²⁷ Sobre el carácter estructural o estructurante del principio véase: Aharon Barak, «On Constitutional Implications and Constitutional Structure», en *Philosophical foundations of constitutional law*, ed. David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn (Oxford: Oxford University Press, 2016), 332.

en el peor de los casos lo matiza. En consecuencia, para garantizar la vigencia del *ethos* del constitucionalismo liberal, así como su nueva dimensión positiva, ambos principios deben compatibilizarse. Ello tiene lugar precisamente con el reconocimiento de una esfera nuclear o funcional de cada una de las ramas u órganos del Estado que no puede vulnerarse y en la garantía de controles recíprocos, pero de igual forma y con la misma fuerza, en la vinculatoriedad que supone la realización de los fines y disposiciones constitucionales, para lo cual debe orientarse el actuar en todo momento de los componentes estatales.

Sobre la extensión o alcance de dicha colaboración, debe recordarse que Bratman establecía al respecto que el apoyo mutuo será “el necesario para el éxito del desarrollo de la actividad común sin que con este se termine socavando el rol y la propia contribución de los agentes³²⁸. Así, podemos afirmar, en primer lugar, que serán los mismos textos constitucionales los que establezcan las formas y mecanismo de colaboración. Tal y como se anunció anteriormente y se desarrollará con detalle en el capítulo siguiente, contrario a lo que podría pensarse dichos mecanismos no son atípicos o exóticos, sino que, por el contrario, resultan ser comunes en las constituciones contemporáneas, incluso en distintas tipologías y grados. Este primer tipo de mecanismos de colaboración que tienen sustento expreso en los textos constitucionales podrá ser denominado como explícitos.

En segundo lugar, al menos desde el punto de vista teórico es posible pensar en otros dispositivos de colaboración que no gocen del fundamento positivo expreso de los anteriores, sino que de forma implícita o derivada pudiera afirmarse su experiencia. Si bien aparentemente ello reñiría con el principio de separación de poderes, a partir del razonamiento hecho y de los contenidos dogmáticos de las constituciones contemporáneas podría hacerse un buen caso para sostener que cuando estos se encuentran gravemente comprometidos, podría justificarse la actuación colaborativa entre poderes dirigida a conjurar la situación patológica evidenciada, todo ello con fundamento en el carácter normativo y la vocación de cumplimiento de la constitución. Estos casos, si bien pueden parecerse lejanos e incluso riesgosos para el orden constitucional, tal vez no lo sean desde la perspectiva que aquí se ha propuesto e incluso han estado más presentes en nuestra realidad de lo que pudiéramos pensar. Así, a partir

³²⁸ Bratman, *Faces of intention : selected essays on intention and agency*, 104.

de lo hasta aquí expuesto, podemos señalar que las reflexiones teóricas sobre el futuro de los Estados constitucionales y su funcionamiento, parece ser más prometedor a partir de la elaboración y desarrollo del principio de colaboración armónica que de la ya exhausta doctrina de la separación y control entre poderes.

2. LA HISTORIA DE LA CLÁUSULA DE “COLABORACIÓN ARMÓNICA” EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Siguiendo los rumbos del derecho político moderno, se sustituye la teoría, ya cancelada por la ciencia constitucional, de la separación absoluta de los poderes públicos, prohijada en varios textos de la Carta actual, para reemplazarla por la noción de la interdependencia y colaboración de los órganos del poder de las diversas funciones del Estado

Comisión Redactora del Proyecto de Reforma Constitucional, 1936³²⁹

Una vez elaborado el marco teórico y analítico sobre el deber de colaboración entre poderes públicos, en este segundo capítulo corresponde rastrear y reconstruir el origen histórico de ese mandato en el sistema constitucional colombiano³³⁰. Al respecto, valga advertir que, contrario a otros sistemas, en este, dicho deber se encuentra expresamente consagrado y vigente en el texto constitucional, a saber, en el artículo 113 de la Constitución Política de Colombia de 1991. Con esta finalidad, el presente capítulo recurre a la historia del derecho con dos propósitos principales. El primero de ellos, que puede denominarse como de *historia social del derecho*³³¹, se dirige a correlacionar la creación y modificación de normas, con los hechos sociales, políticos e históricos. Para nuestro caso, se intentará explicar la sucesión de cambios en materia de separación del poder, en el plano constitucional, a partir de fuentes materiales como la ideología imperante, la economía, los sucesos políticos, las luchas partidistas y la doctrina jurídica. Ello tendrá como ventana de análisis a la historia republicana del Estado colombiano.

³²⁹ Tirado Mejía y Velásquez Toro, *Reforma Constitucional de 1936*, 378.

³³⁰ Al respecto dispuso la Corte Suprema de Justicia colombiana en sentencia de 1928 que, “el intérprete de la Constitución ha de tener la historia como elemento que debe tenerse en cuenta para determinar su recto criterio” Gaceta Judicial Tomo XXXIV, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 13 de noviembre (1928).

³³¹ Christian Courtis, *Observar la Ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (Madrid: Trotta, 2006), 136.

Un segundo propósito, o de *historia normativa*³³², busca proponer un análisis de tipo diacrónico de las instituciones constitucionales ya mencionadas. Con ello, se pretende centrar la atención en el desentrañamiento del origen de algunas normas específicas, consistente en el registro de los antecedentes y modificaciones introducidas en el texto que será finalmente adoptado en la Constitución de 1991. Para ello, se construirá la correlación secuencial de los textos constitucionales empleados como fuente, el texto original del proyecto y su exposición de motivos, la sucesión de modificaciones introducidas en el trámite aprobatorio, la deliberación al respecto y el texto finalmente aprobado. En este cometido, se recurrirá a fuentes primarias, incluyendo textos constitucionales, legales y jurisprudenciales, y fuentes secundarias, en particular, investigaciones históricas y doctrinales sobre la materia.

A partir de las finalidades enunciadas, se hace necesario explicitar dos premisas metodológicas que orientarán el ejercicio que ahora se presenta. La primera de ellas, parte de reconocer la existencia de una relación directa entre las normas y el contexto en el que surgieron³³³. En consecuencia, se coincide con Barreto en considerar que la historia del derecho exige realizar una aproximación que contextualice las normas y evite instrumentalizarlas o tergiversarlas, reconocer que las normas forman parte de marcos políticos, sociales y culturales amplios³³⁴ y que, finalmente, las instituciones jurídicas son producto de luchas y tensiones emprendidas por personas y grupos sociales con intereses y aspiraciones muchas veces disímiles.

Así, el enfoque metodológico adoptado, busca trascender el normativismo³³⁵ y el positivismo³³⁶ como aproximaciones históricas para pretender una de orientación

³³² Courtis, 136.

³³³ Víctor Tau Anzoátegui, *La ley en América hispana: del Descubrimiento a la Emancipación* (Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992), 4.

³³⁴ Antonio Felipe Barreto Rozo, *Venturas y desventuras de la regeneración : apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo XX* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011), 35.

³³⁵ Al respecto López Medina define como a la aproximación normativista a la historia del derecho como aquella que “separa radicalmente los textos de la ley de los diálogos sociales en que esta fue formada”. Véase: Diego López Medina, «El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano», *Revista de Derecho Público* 31, n.º 19 (2007): 5.

³³⁶ La aproximación positivista a las fuentes en la historia del derecho es para Barreto aquella que propone la objetividad y la imparcialidad en la labor del historiador a través de la indagación por los sucesos y las fuentes. Esta suele ejemplificarse con la máxima: “la historia debe dejar hablar al documento” y es la propia de las obras de Ranke y Mommsen. Barreto Rozo, *Venturas y desventuras de la regeneración : apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo XX*, 26.

contextualizada de la historia jurídica³³⁷. En este, se asume el carácter contextualizado del derecho y se renuncia a una reconstrucción histórica necesariamente imparcial y objetiva. En su lugar, se propone una perspectiva donde quien recurre a la historia se relaciona con ella, con el objetivo de brindar mayores elementos para un mejor entendimiento y comprensión de una institución jurídica, como en este caso la colaboración armónica. Para ello, se recurrirá a la triangulación permanente de normas constitucionales, contexto e historiografía para brindar esa *circunstancia*, a las disposiciones constitucionales en cuestión.

La segunda premisa metodológica busca reivindicar la importancia del lenguaje en las instituciones jurídicas objeto de estudio. Para ello, se parte de reconocer una relación simbiótica en la que el lenguaje refleja a la realidad y a su vez la construye. Así, como se enunció, el análisis propuesto recae sobre normas constitucionales, las cuales son finalmente enunciados lingüísticos que representan actos de habla. En este sentido, una adecuada comprensión de las palabras, la sintaxis y la gramática que componen las disposiciones normativas es necesaria para la adscripción de significado normativo³³⁸. Por consiguiente, para esa adecuada comprensión se hace imprescindible conocer el contexto político, social y económico en que se emitió ese acto comunicativo³³⁹. Así, para entender la adopción de una institución jurídica, como la que nos ocupa, es necesario tener en cuenta que el lenguaje que se desarrolló en torno a ella se produjo en un escenario específico, y para su caracterización se precisa recurrir al análisis de la historia.

Definidas las finalidades y los postulados metodológicos que orientan el presente capítulo corresponde explicitar que para su desarrollo se utilizará como hilo conductor los textos constitucionales que se promulgaron en Colombia desde sus orígenes republicanos hasta

³³⁷ Desde el punto de vista de la historia del derecho, Antonio Barreto denomina “constitucionalismo serio” a aquellos estudios que cumplen tres condiciones, primero, que contextualicen las normas y eviten instrumentalizarlas, segundo, reconocen que las normas forman parte de “marcos sociales y culturales más amplios y, tercero, que recuerdan que las instituciones jurídicas son producto de luchas y tensiones emprendidas por personas y grupos sociales con intereses y aspiraciones disímiles. Barreto Rozo, 35.

³³⁸ En este sentido nos recuerda Grossi, “Al jurista compete [...] no burlar lo positivo de la gramática lógica y técnica preciosísima para él como instrumento de conocimiento admirablemente apropiado”. Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval* (Madrid: Marcial Pons, 1996), 44.

³³⁹ Al respecto afirma Elias Palti que en la labor del historiador “se debe situar el contenido proposicional [de los textos] en la trama de las relaciones lingüísticas en el que este se inserta a fin de descubrir, tras tales actos de habla, la intencionalidad (consciente o no) del agente (su fuerza ilocutiva), es decir, qué hacía este al afirmar lo que afirmó en el contexto en que lo hizo”. Elías José Palti, «De la historia de “ideas” a la historia de los “lenguajes políticos”: las escuelas recientes de análisis conceptual», *Anales*, n.º 7-8 (1989): 68.

nuestros días. Con ellos se hará un particular énfasis en las disposiciones constitucionales relativas a la separación y a la colaboración armónica entre poderes, buscando con ello reconstruir el origen histórico y normativo del actual artículo 113 constitucional³⁴⁰. Para dicha labor reconstructiva, se pretende por un lado explicar el contexto político y social en que tuvieron lugar las disposiciones normativas identificadas, y por otro, explicitar las narrativas que al respecto se generaron. Dichas narrativas se rastrearán en espacios institucionales, como en los cuerpos constituyentes o en los altos tribunales; pero de igual forma, en espacios no institucionalizados, como los de la doctrina jurídico- constitucional especializada o los estudios históricos al respecto.

Con estas ideas en mente, el presente capítulo se estructura en tres apartados. En el primero de ellos, se abordará el principio de separación de poderes en las constituciones republicanas colombianas del siglo XIX, iniciando su análisis con las proto constituciones provinciales de comienzos del siglo y culminando con la reforma de 1910 a la Constitución de la regeneración de 1886. Allí se sostendrá que, si bien la consagración del principio de separación de poderes es una constante en el constitucionalismo colombiano, su implementación supuso un proceso discontinuo y fluctuante durante el siglo XIX. Un segundo apartado se detendrá en la reforma que a la mencionada constitución se hace en 1936 y que supone la introducción del mandato de colaboración armónica entre los órganos del Estado en el constitucionalismo colombiano. Al respecto, se argumentará que su aparición tiene lugar con el advenimiento del constitucionalismo social y la consiguiente revaluación del rol y del funcionamiento del Estado. Finalmente, se rastreará el origen del actual artículo 113 constitucional al interior de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y la puesta en escena del texto actualmente vigente, el cual, como se ha dicho, incluye el mandato de colaboración armónica entre los órganos del poder público. En este apartado se evidenciará que, si bien la colaboración armónica no fue el centro de las deliberaciones, en ella existía un importante consenso en torno a la conveniencia que supondría darle continuidad a la institución en la nueva constitución, como en efecto se dio.

³⁴⁰ Con esta pretensión reconstructiva se deja de lado el funcionalismo jurídico que entiende la producción del derecho como un proceso lineal y se adopta un modelo secuencial del mismo donde “se acepta que hay fases, procesos y resultados, pero ellos no necesariamente son ordenados linealmente, y así un escenario determinado de cosas puede perfectamente no ser fruto directo y necesario de o escenarios o las fases que lo anteceden”. Barreto Rozo, *Venturas y desventuras de la regeneración : apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo XX*, 43.

2.1. La separación de poderes en las constituciones de la república de Colombia del siglo XIX

Con el anhelo de lograr la independencia de los incipientes Estados latinoamericanos y debido a la falta de herencia de instituciones políticas y culturales autóctonas o de la colonia, se evidenció un notable vacío ideológico entre las élites independentistas. Este vacío, que comprometía la generación de la “hegemonía cultural” siguiendo la terminología Gramsciana³⁴¹, fue rápidamente ocupado por la ideología liberal dieciochesca, tanto en su versión francesa como norteamericana. Esta importación de ideas e instituciones políticas será la responsable de la construcción del relato que le sirvió de sustento a las gestas libertadoras y a la fundación de los primeros Estados en el continente latinoamericano. En este sentido se pronuncia Samuel P. Huntington quien sostiene que:

Las fuentes del pretorianismo latinoamericano se encuentran en la falta de una herencia de instituciones políticas del periodo colonial y en el esfuerzo por introducir, en la sociedad altamente oligárquica de América Latina del siglo XIX, las instituciones republicanas de clase media de Francia y Estados Unidos.³⁴²

Este fenómeno de “transplante teórico”³⁴³, así como jurídico y político, tuvo lugar en el proceso independentista colombiano con notable nitidez. Ante la dificultad de generar identidad a partir de rasgos culturales o étnicos en la reciente nación colombiana, la estrategia aglutinadora fue definida por la élite independentista, incluyendo al mismo Simón Bolívar, a partir de la usurpación y de los agravios que sufrió la población por parte de los conquistadores³⁴⁴. A partir de esa narrativa, el movimiento independentista justificó moralmente el derecho a hacer la guerra como el recurso necesario para liberar a esta proto nación del yugo de la Corona Española. En este razonamiento, con la pretendida independencia, se buscaba la instauración de un Estado moderno, con una

³⁴¹ Antonio Gramsci, *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el estado moderno* (Madrid: Nueva Visión, 1980), 39 y ss.

³⁴² Samuel P. Huntington, *El orden político en las sociedades en cambio* (Buenos Aires: Paidós, 1972), 214.

³⁴³ Sobre el concepto de “transplante teórico” remítase a: Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, 1° (Bogotá: Legis, 2009), 15.

³⁴⁴ Esta estrategia aglutinadora resulta evidente tanto en el famoso “Memorial de Agravios” de D. Camilo Torres como en el contenido del discurso que contiene la Carta de Jamaica del libertador. Simón Bolívar, «Carta de Jamaica», en *Escritos Políticos*, 5° (Bogotá: El Áncora, 1984).

lógica pactista de la nación, siguiendo los términos de Renaut³⁴⁵, que estaría formada por individuos libres e iguales, despojados de sus particularidades sociales y culturales, y que voluntaria y racionalmente pactarían sus derechos y libertades en la escena pública. En este punto, se origina una notable identificación de la nación con el Estado en el proceso independentista, fenómeno que explica con claridad María Teresa Uribe, al señalar que, para entonces:

La nación se representa a través del Estado y de sus instituciones legales; es imaginada como un espacio para la acción política, unificada y articulada por la guerra y en la cual se instaura un nuevo sistema de referencias culturales modernas que proveen identidades de corte ciudadano³⁴⁶.

En esta lógica, resulta claro que las ideas que sirvieron para la construcción del mito independentista y la fundación de la república fueron importadas del liberalismo francés y, en menor medida, de su versión norteamericana³⁴⁷, ambos del siglo XVIII. Así, doctrinas como las del contrato social, la soberanía nacional, las declaraciones de derechos e incluso las bondades de la ilustración, fueron replicadas en el discurso independentista sin las menores adaptaciones³⁴⁸. Muestra de ello es que, en las declaraciones y demás documentos políticos era común que se tradujeran y se citaran expresamente estas doctrinas e incluso a pensadores europeos de la época³⁴⁹. Sumado a lo anterior, también se trasladaron a Colombia los factores “legicentrista” y “constituyente”³⁵⁰, propios del movimiento revolucionario francés.

En virtud de estos factores se adquiere una amplia confianza en la positivación y expedición de documentos políticos y jurídicos como instrumento para la generación de

³⁴⁵ Alain Renaut, «Lógicas de la nación», en *Teorías del nacionalismo* (Barcelona: Paidós, 1993).

³⁴⁶ María Teresa Uribe de Hincapié, «Las guerras por la nación en Colombia durante el siglo XIX», *Estudios Políticos*, n.º 18 (2001): 17.

³⁴⁷ En palabras de Hernando Valencia, “la importación e imposición de las instituciones burguesas para llenar el vacío de la independencia resulta decisiva para comprender y trascender a la vez la retórica del constitucionalismo en la historia nacional colombiana”. Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 82.

³⁴⁸ Luis Eduardo Nieto Arteta, *Economía y cultura en la historia de Colombia* (Bogotá: Banco de la República- Ancora, 1996), 59.

³⁴⁹ Al respecto, resulta ilustrativo el que Antonio Nariño, político y precursor de la emancipación colombiana, fuera precisamente encarcelado entre 1794 y 1810 por haber traducido y publicado clandestinamente el texto aprobado por la Asamblea Nacional de Francia del 4 de agosto de 1789 que contenía la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual, había sido expresamente prohibida en las colonias españolas por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición. Al respecto véase: Antonio Nariño, *Escritos Políticos* (Bogotá: El Áncora, 1982).

³⁵⁰ Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 63.

cambios sociales, incluyendo los de orden constitucional³⁵¹. Así, desde muy pronto en el proceso de independencia comenzaron a aparecer documentos que se autodenominaron como “constituciones”. Si bien está claro que ninguno de estos documentos se constituye en una constitución en sentido *real y efectivo* en los términos de Lasalle³⁵², sino más bien en documentos formales y de relevancia prevalentemente política, estos suponen un importante indicador de las ideas político-jurídicas que proliferaban en la época.

Precisamente, en el periodo conocido como la “Patria Boba”³⁵³, en razón a la situación de división, indeterminación e incertidumbre que se vivió entre el Acta del Cabildo Extraordinario de Santafé del 20 de julio de 1810 -comúnmente conocido como el Acta de Independencia- y la reconquista española de 1816, las provincias promulgaron sendos textos autodenominados como constituciones. Así, para 1815 las provincias de Cundinamarca, Tunja, Antioquia, Cartagena de Indias, Mariquita, Pamplona y Neiva ya disponían de documentos rotulados como tales. A pesar de tratarse, cuando más, de constituciones solo desde una perspectiva formal, al analizar sus contenidos coincidimos con el político e historiador Luis Eduardo Nieto Arteta en que es posible arribar a dos premisas iniciales; por un lado, a partir del significado de su clausulado es posible calificarlas como “caóticas, contradictorias, candorosas e [incluso] ingenuas”³⁵⁴. Y en segundo lugar, que en ellas resulta notable la marcada influencia que tuvieron del derecho político francés³⁵⁵.

Desde esta perspectiva y con la pretensión de indagar por las ideas políticas imperantes durante la época libertadora, para los efectos de la presente investigación resulta relevante auscultar por la acogida y la relevancia que tuvo la doctrina de la separación de poderes en estos documentos proto- constitucionales. Estos, como se dijo, contienen las ideas seminales que darán luego origen al Estado colombiano. En este sentido, en la tabla 1, se presentan los resultados de este ejercicio.

³⁵¹ Para Fioravanti, la existencia de dichos factores constituye un criterio distintivo del proceso revolucionario francés que le permite distinguirse del modelo historicista propio del constitucionalismo inglés. Fioravanti, 62.

³⁵² Ferdinand Lasalle, *Que es una Constitución [1862]*, 3^o (Bogotá: Panamericana, 1996), 22, Trad. Fernando Carrero.

³⁵³ El término fue acuñado por Antonio Nariño quien para 1823 lo utilizó en el periódico local Los Todos de Fucha para referirse al periodo comprendido entre 1810 y 1816. Antonio Nariño, *Escritos Políticos*.

³⁵⁴ Nieto Arteta, *Economía y cultura en la historia de Colombia*, 54.

³⁵⁵ Nieto Arteta, 57.

Tabla 1: El principio de separación de poderes en las Constituciones Provinciales

Fecha promulgación	Constitución	Consagración de la separación de poderes
30 de marzo de 1811	De Estado de Cundinamarca	Título I/ De la forma de gobierno y sus bases [...] Artículo 5. Los poderes ejecutivo, legislativo y judicial se ejecutarán con independencia unos de otros; aunque con el derecho de objetar el poder ejecutivo lo que estime conveniente a las libertades del legislador en su caso y lugar. [...] Artículo 12. La reunión de dos o tres funciones en una misma persona, o en corporaciones, es tiránica y contraria por los mismos a la felicidad de los pueblos”.
9 de diciembre de 1811	De la República de Tunja	“Artículo 29, La reunión de los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, es origen de la tiranía, por esta razón en un gobierno libre deberán estar separados”. Artículo 30. La garantía social no puede existir si no se halla establecida la división de los poderes, si sus límites no están fijados, si la responsabilidad de los funcionarios públicos no está asegurada”:
21 de marzo de 1812	Del Estado de Antioquia	“Sección Segunda/ De los derechos del hombre en sociedad/ Artículo 1. [...] 30. La separación de los tres Poderes legislativo, Ejecutivo y Judicial constituye esencialmente la libertad y de su reunión en una sola persona, ó en un solo Cuerpo, resulta la tiranía. Por lo tanto, el Pueblo tiene derecho á que el Cuerpo Legislativo jamás ejerza las funciones del Ejecutivo, ó Judicial, no alguna de ellas; á que el Ejecutivo no ejercite las facultades Legislativas, ni alguna de ellas; en fin, á que el Judicial tampoco tenga el Poder Ejecutivo, ó el Legislativo; para que manden las Leyes y no los hombres. 31. La garantía social no puede existir, sino se halla establecida la división de los Poderes: si sus límites no están fijados; y si la responsabilidad de los Funcionarios Públicos no está asegurada [...]. Título II/ De la forma de Gobierno/ [...] Artículo 1.4. Los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, estarán separados, é independientes, y no podrán ser á un mismo tiempo exercido por una sola persona ni por un solo Cuerpo”
14 de junio de 1812	Del Estado de Cartagena de Indias	“Título 2º/ De la Forma de Gobierno y sus bases/ Artículo 6. Los poderes de la administración pública formarán tres Departamentos separados, y cada uno de ellos será confiado á un cuerpo particular de magistratura; á saber: el Poder legislativo á un cuerpo particular, el Ejecutivo á otro segundo cuerpo, y el Judicial á un tercero. Ningún cuerpo o persona que pertenezca á uno de esos Departamentos ejercerá la autoridad perteneciente á alguno de los otros dos, á menos que en algún caso disponga lo contrario la Constitución”.
18 de julio de 1812	De la República de Cundinamarca	Título II. De la forma de Gobierno. Artículo. 2º La república será representada por tres distintos poderes; conviene saber: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Artículo 3º. Estos poderes se ejercitarán con independencia unos de otros.
3 de marzo de 1815	Del Estado Libre de Mariquita	Artículo 2º. Los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, estarán separados, é independientes, y no podrán ser á un mismo tiempo exercido por una sola persona ni por un solo cuerpo.

22 de mayo de 1815	Reglamento para el Gobierno Provisorio de la Provincia de Pamplona	Artículo 1°. El Gobierno como popular representativo estará dividido en el Cuerpo Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judiciario. Art. 2°. Estos departamentos del Gobierno nunca podrán hallarse reunidos en ninguna persona o corporación: serán confiados a distintas personas o cuerpos independientes entre sí en sus respectivas facultades.
31 de agosto de 1815	Del Estado Libre de Neiva	Art. 30. La separación de los tres Poderes, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, constituyen esencialmente la libertad y de su reunión en un solo Cuerpo Legislativo jamás ejercerá las funciones del Ejecutivo o Judicial, ni alguna de ellas a que el Ejecutivo no ejercite, las facultades legislativas o judiciales, ni alguna de ellas, en fin, a que el Judicial, tampoco tenga el Poder Ejecutivo o Legislativo para que manden las leyes y no los hombres.

Fuente: Elaboración propia

A partir del recuento realizado, resulta evidente que todas las constituciones provinciales promulgadas no solo hacen mención explícita a la doctrina de la separación de poderes, sino que de esta derivaron los fundamentos para estructurar la institucionalidad propuesta. Incluso resulta llamativa la contundencia con la que esta doctrina se reivindica en algunos de esos textos como en el de la república de Tunja, al advertir que la reunión de los tres poderes “es origen de la tiranía”, la de Cundinamarca que señalaba que la concentración era contraria “a la felicidad de los pueblos” o la de Antioquia que consideraba a la separación de poderes como una “garantía social”.

Ahora bien, sobre la adopción de los distintos postulados que suelen atribuírsele a la doctrina de la separación de poderes³⁵⁶, puede señalarse que todas ellas incluyen el postulado de la *división del poder*, es decir, por el que se disecciona el poder de la monarquía y se divide en unidades funcionales. En este punto, se pronuncia Luis Carlos SÁCHICA, quien al comentar sobre estas constituciones afirma que “el poder que era uno, bajo la monarquía absoluta, se divide, se separa, distinguiendo en él varias ramas”³⁵⁷. De igual forma, estas constituciones mantienen el postulado de la *separación entre poderes*. Por consiguiente, resulta llamativo cómo todas las constituciones referidas adoptan la clásica tri-división de poderes siguiendo la formulación original del Barón de Montesquieu. Finalmente, sobre el postulado de *frenos y contrapesos*, si bien algunas de ellas consagran algunos mecanismos de control recíproco como las objeciones presidenciales, estos no eran comunes y no existían muchos otros. Por lo tanto, en las

³⁵⁶ Al respecto véase el capítulo 1° de la presente disertación.

³⁵⁷ Luis Carlos SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano: historia, teoría y realidad del sistema* (Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 1962), 4.

constituciones provinciales no existía claridad suficiente sobre el sistema de pesos y contrapesos, tal y como lo sostiene Alarcón Bernal³⁵⁸.

En este orden de ideas, podemos afirmar con Jorge Enrique Ibáñez que “desde 1810, Colombia adoptó la teoría de la división tripartita del poder público”, advirtiendo de antemano que dicha adopción será solo desde el punto de vista formal y teórico debido a las confrontaciones bélicas y a la indeterminación institucional propia de la época³⁵⁹. De igual forma, es posible sostener que la versión adoptada de la separación de poderes es la propia del liberalismo francés, antes que la norteamericana; ello debido a la reducida presencia de controles inter-orgánicos³⁶⁰. En definitiva, dicha doctrina es vista de forma acrítica como la adecuada y conveniente para dar forma y estructura a la institucionalidad política incipiente, idea- fuerza que se mantendrá a lo largo de la historia constitucional colombiana del siglo XIX³⁶¹.

Una vez el ejército libertador logra vencer de forma definitiva a las tropas realistas tras la batalla de Boyacá el 7 de agosto de 1819, ágilmente la élite criolla se dispuso a discutir un primer texto constitucional con alcance nacional para la naciente república. Tras las deliberaciones que tuvieron lugar en el denominado Congreso de Angostura durante ese año, se decidieron las bases políticas sobre las que se cimentaría la nueva república³⁶² y

³⁵⁸ Al respecto señala Edith Alarcón que “aunque en las cartas emitidas en el período de 1810 a 1815 en Colombia se pretendió una división de poderes férrea, las competencias del ejecutivo, el judicial y el legislativo se mezclaron y las funciones de una rama fueron dispuestas a cargo de otra. Además, no existió claridad en el sistema de pesos y contrapesos”. Véase: Edith Alarcón Bernal, «Las primeras constituciones democráticas en Colombia» (Universidad Nacional de Colombia, 2013), 145, <http://www.bdigital.unal.edu.co/9711/1/6698332.2013.pdf>.

³⁵⁹ Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 133.

³⁶⁰ Al respecto véase el capítulo primero de la presente disertación.

³⁶¹ Al respecto dispone Barreto de forma crítica que “debe resaltarse como primer rasgo [de la división de poderes en Colombia] la forma casi acrítica en que han sido aceptados los moldes foráneos “de grandes doctrinas universales” que fueron construidas y pensadas en contextos muy distintos al colombiano, pero que con todo buscan ser rayana y automáticamente aplicadas a nuestra realidad sin tomar prácticamente ninguna distancia”. Antonio Barreto Roza, «El análisis de la división de los poderes públicos en Colombia: guía de instrucciones iniciales», en *Nuevas tendencias del derecho administrativo*, ed. Helena Alviar García (Bogotá: Universidad de los Andes, 2016), 365.

³⁶² En este Congreso fue que el Libertador expuso el famoso discurso que se conoce con ese mismo nombre. En relación al tema que nos ocupa, en él el Libertador defiende un proyecto de Constitución para Venezuela basado en la doctrina de la separación de poderes y del postulado de frenos y contrapesos. Justificando la división y separación que debe existir entre los órganos del poder afirma textualmente, “[s]eparando con límites bien señalados la Jurisdicción Ejecutiva de la Jurisdicción Legislativa, no me he propuesto dividir sino enlazar con los vínculos de la armonía que nace de la independencia, estas potestades Supremas cuyo choque prolongado jamás ha dejado de aterrar a uno de los contendientes” (Cursivas fuera del texto original). Simón Bolívar, «Discurso pronunciado por el Libertador ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819», en *Escritos Políticos*, 5° (Bogotá: El Áncora, 1984), 74.

se convocó para 1821 a la asamblea de Cúcuta, con el objetivo de redactar una constitución nacional y republicana. Una vez comenzó a sesionar dicha asamblea en mayo de 1821, rápidamente se expidió un primer texto conocido como la Ley Fundamental de la Unión de los Pueblos, fechada el 18 de julio de ese mismo año³⁶³. En este documento se reiteraba el mandato de expedir una nueva carta constitucional, además de las bases políticas ya definidas en Angostura. Para nuestros propósitos, dicho texto dispuso expresamente que, “[l]a Nación Colombiana es para siempre e irrevocablemente libre e independiente de la Monarquía Española y de cualquiera otra Potencia o Dominación Extranjera, tampoco es ni será nunca el patrimonio de ninguna familia, ni persona” y, a renglón seguido, que “El Poder Supremo Nacional estará siempre dividido para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”³⁶⁴.

En cumplimiento con el mandato otorgado a la asamblea de Cúcuta, el 30 de agosto del 1821, será expedida formalmente la Constitución de la Gran Colombia. Dicha constitución está compuesta de 191 artículos, organizados en diez títulos y es la primera que ha sido calificada de “nacional y republicana, a la vez de completa y permanente”³⁶⁵. Esta carta parte de recoger las declaraciones de libertad e independencia que sirvieron de fundamento al movimiento independentista. De hecho, instituye una república, fundamentada en el principio de la soberanía nacional y en una democracia representativa de baja intensidad, debido a los reducidos espacios disponibles para la participación ciudadana. Sobre la organización interior de la república, que será uno de los puntos más sensibles y a los que suele atribuírsele la reducida vigencia de esta carta, se dispuso la creación de departamentos, provincias y cantones, como meras divisiones administrativas y sin poder decisorio alguno, por lo que el modelo adoptado puede caracterizarse como el de un Estado unitario marcadamente centralista.

En cuanto a la forma del poder político, asunto que nos convoca, la Constitución de la Gran Colombia parte de consagrar expresamente a la doctrina de la separación de poderes como principio estructurante. En este sentido, se dispone expresamente que:

Artículo 10.- El pueblo no ejercerá por sí mismo otras atribuciones de la soberanía que la de las elecciones primarias, ni depositará el ejercicio de ella

³⁶³ Congreso General de Colombia, «Ley Fundamental de la Unión de Pueblos de 1821», Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, accedido 24 de abril de 2019, http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-15/html/0260c6c0-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html.

³⁶⁴ Congreso General de Colombia.

³⁶⁵ Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 137.

en unas solas manos. El Poder Supremo estará dividido para su administración en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Artículo 11.- El poder de dar leyes corresponde al Congreso; el de hacer que se ejecuten, al presidente de la República, y el de aplicarlas en las causas civiles y criminales, a los tribunales y juzgados³⁶⁶

A partir de ello, se constituye un órgano legislativo bicameral, facultado para expedir leyes en todos los campos. El Senado está formado por cuatro senadores por cada uno de los departamentos y la Cámara de Representantes por un número de diputados proporcional a la población de cada provincia. Adicionalmente, la Cámara alta tiene una función judicial, mientras que la baja, una instructora y de acusación frente a las altas dignidades y por “conductas manifiestamente contrarias al bien de la República y a los deberes de sus empleos, o de delitos graves contra el orden social”³⁶⁷.

Por su parte, se instituye el poder ejecutivo en cabeza del presidente, elegido por las asambleas electorales de las provincias por un periodo de cuatro años, prorrogable por uno más³⁶⁸. Este ejerce como jefe de Estado, jefe de Gobierno, suprema autoridad administrativa y encargado de la “conservación del orden y de la seguridad exterior”³⁶⁹. Por lo tanto, tiene amplias facultades, incluyendo la de “dictar todas las órdenes convenientes para que oportunamente se hagan las elecciones constitucionales”³⁷⁰, la de decretar el estado de excepción, así como promulgar, mandar a ejecutar y cumplir las leyes y demás disposiciones válidamente expedidas. Finalmente, se instituye el sistema judicial, que estará en cabeza de la Alta Corte de Justicia, compuesta por cinco ministros³⁷¹. En los niveles inferiores, habrá cortes superiores para cada departamento y juzgados inferiores para las provincias y los cantones. Ellos en su conjunto tendrán la competencia de administrar “pronta y fácil justicia”³⁷² en todo el territorio nacional.

Con lo anterior es posible sostener que la mencionada carta mantuvo la marcada influencia del derecho público europeo. Por un lado, en ella se constata la influencia del

³⁶⁶ Congreso General de Colombia, «Constitución de la República de Colombia 1821», en *Constituciones de Colombia*, ed. Jose Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4º, Tomo I (Bogotá: Banco Popular, 1986), 70.

³⁶⁷ Art. 89. Congreso General de Colombia, 86.

³⁶⁸ Art. 107. Congreso General de Colombia, 89.

³⁶⁹ Art. 113. Congreso General de Colombia, 90.

³⁷⁰ Art. 116. Congreso General de Colombia, 90.

³⁷¹ Art. 140. Congreso General de Colombia, 94.

³⁷² Art. 147. Congreso General de Colombia, 95.

derecho público francés en torno a las teorías de la soberanía nacional y de la democracia representativa como “antídoto necesario contra el voluntarismo y el contractualismo revolucionario”³⁷³. De igual forma, el constitucionalismo francés se hace evidente en la carta de derechos de claro estirpe liberal que incluyó la Constitución de 1821. Por otro lado, se hace notoria la influencia de la Carta de Cádiz de 1812, aspecto en el que concuerdan los principales historiadores constitucionales³⁷⁴, muy posiblemente debido a la amplia difusión que este documento tuvo dentro de las élites criollas en Latinoamérica. Al respecto se pronuncia Uribe Vargas afirmando que en la Carta de 1821, “aparece de forma nítida la antigua tradición legalista heredada de los españoles, en el sentido de atribuirle a los preceptos normativos el poder carismático de alterar la conducta y la suerte de los pueblos”³⁷⁵.

Frente a las expectativas atribuidas al texto constitucional, corresponde indagarnos por la eficacia que tuvo la expedición de la Constitución de la Gran Colombia de 1821. Al respecto, debemos comenzar mencionando las convulsas circunstancias que siguieron a la expedición de dicha norma. De estas, cabe resaltar la consolidación de la independencia del Perú de las tropas realistas, las pretensiones secesionistas de Venezuela y Ecuador de la Gran Colombia, la disputa entre centralistas y federalistas, en torno a la autonomía de las provincias y las aspiraciones monárquicas del libertador debido al desbarajuste político e institucional de la época. Por lo tanto, además de un efecto de eficacia simbólica, la carta constitucional de 1821 implicó, cuando más, el que se diera inicio a la lenta y difícil tarea de la organización legal³⁷⁶ y económica³⁷⁷ de la República. En palabras de Nieto, para entonces en la Gran Colombia “continuaba la Colonia enquistada en una república formalmente liberal, pero realmente feudal y colonial, esclavista y reaccionaria”

378.

³⁷³ Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 105.

³⁷⁴ Diego Uribe Vargas, *Las constituciones de Colombia*, 2º, Vol. I (Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1985), 89; Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 137; Andrés Botero Bernal (Coord.), *Cádiz en la Nueva Granada: ocho estudios sobre la constitución gaditana en el período de la independencia neogranadina* (Medellín: Universidad de Medellín, 2014).

³⁷⁵ Uribe Vargas, *Las constituciones de Colombia*, 88.

³⁷⁶ Uribe Vargas, 91.

³⁷⁷ Al respecto señala Nieto que “La Gran Colombia es una época sobria y clásica. Se discute sin acaloramamiento en torno a los más difíciles problemas de la organización del Estado. Se armonizan las pugnas implícitas en opuestas concepciones del Estado y del derecho. Los hombres de la Gran Colombia solamente viven para la estructuración de un Estado nuevo, vacilante e impreciso en las normas de su misma organización”. Nieto Arteta, *Economía y cultura en la historia de Colombia*, 62.

³⁷⁸ Nieto Arteta, 76.

Una muestra fehaciente de la complejidad y ausencia de linealidad en el proceso de construcción de la república la constituye, para nuestros efectos, la expedición del Decreto Orgánico por parte del Libertador Simón Bolívar, el 27 de agosto de 1828. Teniendo en cuenta el contexto antes descrito, sumado al fracaso que supuso la Convención de Ocaña, en la cual se pretendía aprobar un nuevo texto constitucional que respondiera a las pretensiones de autonomía de las provincias y a los reclamos secesionistas de Venezuela y Ecuador, el Libertador expidió la mencionada norma, bajo el título de “Decreto que debe servir de Ley Constitucional del Estado hasta el año 1830”³⁷⁹. En este, excusándose en la fallida Convención de Ocaña y a pesar de la vigencia jurídica de la Constitución de 1821, el libertador- presidente se encargó a sí mismo del “Poder Supremo de la República”, concentrando en su persona, las atribuciones de los poderes legislativos y ejecutivos, además de importantes prerrogativas judiciales³⁸⁰.

Por consiguiente, resulta claro que, si bien formalmente se reconocía la conveniencia de adoptar la doctrina de la separación de poderes como eje estructurador del poder público, desde el punto de vista práctico, la implementación de esta aún presentaba importantes limitaciones en la naciente república colombiana e incluso de derogaciones explícitas como la expuesta anteriormente. Por lo tanto, coincidimos con Malagón Pinzón cuando afirma que, “la división de poderes como idea copiada de Francia en Colombia rigió mucho más tarde de lo que se pensaba, porque seguimos funcionando bajo el esquema absolutista, circunstancia que ha sido ignorada por nuestra doctrina más reconocida de derecho constitucional”³⁸¹.

Tras la expedición del Decreto Orgánico de 1828, devendrían los trágicos sucesos de la conspiración septembrina, en los cuales la facción liderada por el ex vicepresidente de la República, General Francisco de Paula Santander, intentaría asesinar al libertador-

³⁷⁹ Simon Bolivar, «Decreto que debe servir de ley constitucional del Estado hasta el año de 1830», en *Las Constituciones de Colombia*, 2º, Vol. I (Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1985), 839.

³⁸⁰ Algunas de las competencias que se arroga el Libertador Presidente en el artículo 1º son: 5. Expedir los decretos y reglamentos necesarios de cualquiera naturaleza que sean, y alterar, reformar o derogar las leyes establecidas; 8. Hacer que la justicia se administre pronta e imparcialmente por los tribunales y juzgados, y que sus sentencias se cumplan y ejecuten. 9. Aprobar o reformar las sentencias de los Consejos de Guerra y Tribunales Militares en las causas criminales seguidas contra oficiales de los Ejércitos y de la Marina; 13. Ejercer el poder natural como Jefe de la Administración General de la República, en todos sus ramos, y como Encargado del Poder Supremo del Estado. Nacional. Bolivar, 840.

³⁸¹ Miguel Alejandro Malagón Pinzón, «La ciencia de la policía en los inicios del constitucionalismo colombiano (1811-1830)», *Prisma Jurídico* 9, n.º 1 (2010): 165.

dictador para ese entonces. Estos hechos conducirían al destierro del General Santander, a la agravación de la crisis política e institucional y al afianzamiento de la disolución de la Gran Colombia. A pesar de ello, El Libertador, honrando el carácter temporal del Decreto Orgánico, convocaría en abril de 1930 a la Representación Nacional, en calidad de asamblea constituyente, para dictar un nuevo texto constitucional. En razón a las purgas que siguieron tras la conspiración santanderista³⁸², los representantes allí reunidos resultaron ser bastante afines a Bolívar, lo que se vio reflejado en una constitución moderada y cuidadosamente redactada. Desde el punto de vista ideológico, la Constitución resultante fue más breve y liberal que la de Cúcuta³⁸³. En este sentido, la Carta de 1830 fue una respuesta reposada y equilibrada, aunque trágicamente tardía a la reivindicación federal que se levantaba por doquier en Colombia y que estaría a punto de concluir en la secesión definitiva de Venezuela y Ecuador³⁸⁴. Como consecuencia de estas circunstancias, la vigencia de dicho documento, si es que tuvo alguna, fue bastante breve. En cuanto a la doctrina de la separación de poderes, la Constitución de 1830 es tal vez la única constitución formal colombiana que no la consagra expresamente en su contenido. Paradójicamente, es en ella donde se restablece el orden institucional y se reinstuyen los tres poderes públicos que habían sido suspendidos por el mencionado Decreto Orgánico.

A través de los postulados de *división y separación entre poderes*, se reinstalan los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. En cuanto al primero, se retoma un modelo bicameral, elegido por una circunscripción nacional y otra provincial, respectivamente³⁸⁵. El poder ejecutivo, estará en cabeza del presidente, electo por Asambleas Electorales, para un periodo de ocho años y con prohibición de reelección inmediata³⁸⁶. Por su parte, el poder judicial, estará compuesto por una Alta Corte de Justicia, Cortes de Apelaciones, tribunales y juzgados diseminados en las provincias³⁸⁷. En cuanto al postulado de *frenos y contrapesos*, las instituciones incluidas, se limitan a las objeciones presidenciales a los proyectos de ley y al antejuicio político de los altos dignatarios por parte del órgano

³⁸² Uribe Vargas, *Las constituciones de Colombia*, 109.

³⁸³ Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 144.

³⁸⁴ Uribe Vargas, *Las constituciones de Colombia*, 113.

³⁸⁵ Art. 48 y ss. Congreso Constituyente, «Constitución de la República de Colombia de 1830», en *Constituciones de Colombia*, ed. Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra (Bogotá: Banco Popular, 1986), 204.

³⁸⁶ Art. 63. Congreso Constituyente, 210.

³⁸⁷ Art. 109. Congreso Constituyente, 216.

legislativo por delitos de alta traición³⁸⁸. Es de resaltar en este punto, lo novedoso que resulta el límite de reforma constitucional que establece el mismo texto al señalar en su artículo 164 que, “[e]l poder que tiene el Congreso para reformar la Constitución no se extiende a la reforma del gobierno, que será siempre republicano, popular, representativo, alternativo y responsable”³⁸⁹.

Con motivo de la desaparición del Libertador y de la inevitable disolución de la Gran Colombia, las provincias del centro formaron un nuevo Estado con el nombre de Nueva Granada, para lo cual expedieron la Ley Fundamental del 17 de noviembre de 1831. En virtud de esta, la Convención del Estado de Nueva Granada, presidida por José Ignacio Márquez, determinó que se continuaría observando la Constitución de 1830 mientras se convocaba una nueva asamblea constituyente. El primero de marzo de 1832, se promulga la Constitución de la Nueva Granada. Esta carta política exhibe una estructura con rasgos muy similares a la que se había expedido en 1830. La principal diferencia radica en el número de facultades que se le otorgaban a las cámaras provinciales y la consiguiente descentralización de funciones, tanto políticas como administrativas³⁹⁰. Por lo tanto, es posible afirmar que se trata de una constitución que tiende a matizar el centralismo³⁹¹.

En cuanto a la estructura de los poderes públicos, en ella se mantiene la tri-división clásica y sin que existan diferencias ostensibles con el esquema planteado en la constitución precedente. Para nuestros efectos, tal vez el principal cambio radica en la consagración expresa que se vuelve a hacer en el texto constitucional de la doctrina de la separación de poderes, la cual se mantendrá como una constante en los textos constitucionales subsiguientes. Al respecto, reza el artículo 13 constitucional:

El poder supremo estará dividido para su administración en legislativo, ejecutivo y judicial, y ninguno de ellos ejercerá atribuciones que conforme a

³⁸⁸ Malagón Pinzón, «La ciencia de la policía en los inicios del constitucionalismo colombiano (1811-1830)», 206.

³⁸⁹ Art. 83. Congreso Constituyente, «Constitución de la República de Colombia de 1830», 226.

³⁹⁰ Uribe Vargas, *Las constituciones de Colombia*, 120.

³⁹¹ Sobre las variaciones en las opciones constitucionales para ese entonces escribía José María Samper afirmando que “si ya la República estaba asegurada en su esencia o espíritu y en su forma, y si el poder civil quedaba reconocido por todos y consolidado, la controversia para los partidos existía latente, se condensaba en esta cuestión: el grado de desarrollo que en su práctica hubiera de tener el principio republicano, democrático y el cómo o los medios que se debían adoptar para consolidar la obra de la revolución de independencia”. José María Samper citado por Nieto Arteta, *Economía y cultura en la historia de Colombia*, 77.

esta Constitución corresponden a los otros, debiendo mantenerse cada uno dentro de sus límites recíprocos.³⁹²

Tras la expedición de la Constitución de 1832, fue elegido presidente el recién repatriado General Francisco de Paula Santander, quién dispondrá de sus esfuerzos y los de su equipo a consolidar la institucionalidad, el ordenamiento jurídico y la economía del naciente Estado neogranadino³⁹³. Hacia finales de la década de los treinta, ante una serie de revueltas originadas en la decisión del gobierno de suprimir algunos conventos en el sur del país, se consideró conveniente por el presidente de turno preparar algunas enmiendas a la constitución. Estas tendrían como finalidad fortalecer el poder ejecutivo, matizar el modelo de descentralización y facilitar la reacción del Gobierno ante situaciones como las acaecidas.

Con estas pretensiones, el Congreso emprendió el mencionado cometido y el 20 de abril de 1843 se promulgaría un nuevo texto constitucional en la línea propuesta. En términos generales, dicha carta reproducía el texto de la constitución de 1832, solo que, en una versión más corta y sobria. Como se anunciaba, su verdadera novedad estaría en la drástica restricción de los poderes de las cámaras provinciales³⁹⁴ y el otorgamiento de mayores competencias y prerrogativas al presidente de la república³⁹⁵. Ello ha implicado que dicha Carta Política sea vista con agrado por los comentaristas conservadores de la historia constitucional colombiana³⁹⁶ e incluso suele comentarse que con ella se instituía una clase de “monarquía constitucional”³⁹⁷. Además de los aspectos anteriores, en cuanto a la estructura de las ramas del poder público, la segunda constitución de la Nueva Granada implicó la continuidad de la ya existente³⁹⁸. Al respecto afirma Nieto que:

³⁹² Art. 13. Convención Constituyente, «Constitución del Estado de la Nueva Granada 1832», en *Constituciones de Colombia*, ed. Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4º, Tomo I (Bogotá: Banco Popular, 1986), 262.

³⁹³ Nieto Arteta, *Economía y cultura en la historia de Colombia*, 77 y ss.

³⁹⁴ Art. 332 y 333. Congreso de la Nueva Granada, «Constitución Política de la República de la Nueva Granada 1843», en *Constituciones de Colombia*, ed. Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4º, Tomo I (Bogotá: Banco Popular, 1986), 332.

³⁹⁵ Art. 86 y ss. Congreso de la Nueva Granada, 346.

³⁹⁶ Uribe Vargas, *Las constituciones de Colombia*, 126.

³⁹⁷ Este apelativo se le suele atribuir a Rafael Núñez en alusión al régimen presidencialista creado por la Constitución de 1843. Así lo reseña Uribe Vargas, 148.

³⁹⁸ En este sentido, el artículo 13 reproduce el mismo artículo de la Constitución de la Nueva Granada de 1832, a saber, “El poder supremo estará dividido para su administración en legislativo, ejecutivo y judicial, y ninguno de ellos ejercerá atribuciones que conforme a esta Constitución corresponden a los otros, debiendo mantenerse cada uno dentro de sus límites recíprocos”. Congreso de la Nueva Granada, «Constitución Política de la República de la Nueva Granada 1843», 329.

La Constitución de 1843 fue la expresión jurídico- política de la reacción. Aun cuando en sus normas no abandonará el liberalismo formal de las constituciones anteriores, es necesario reconocer que representó una mayor centralización del poder político y, poco importaba, por lo demás, que formalmente analizadas distinguiérase poco de las que la habían precedido, si en la realidad de los hechos políticos, una realidad protuberante y dolorosa, la reacción se había realizado plenamente.³⁹⁹

Con tan solo diez años de vigencia del mencionado documento, la Nueva Granada se embarcará en la creación de un nuevo texto constitucional. Marcado por la emergencia de una nueva clase social, a saber: los comerciantes y exportadores de materias primas del sector agropecuario, se dará origen a una nueva fuerza política bajo el nombre de Partido Liberal, que entrará en disputa por el poder con la clase conservadora dominante. En este contexto, los nuevos partidos políticos se dispondrán a negociar un nuevo marco constitucional con la pretensión de modernizar la sociedad colombiana, desembarazándola de todo elemento precapitalista, preliberal o prerrepblicano⁴⁰⁰. El resultado de dicha negociación será el de una constitución novedosa y disruptiva⁴⁰¹ que ha sido calificada por los historiadores como “profederal, por cuanto, supone la primera ruptura significativa con la tradición hasta ahora dominante de centralismo, presidencialismo, patronato eclesiástico, derechos civiles limitados, elecciones indirectas y restringidas, y política económica proteccionista”⁴⁰².

Dicha constitución será promulgada el 20 de mayo de 1853 y se compondrá de tan solo sesenta y cuatro artículos. Las principales novedades se ubican en tres frentes. En el primero, se amplió el catálogo de derechos civiles. En particular, los derechos políticos se fortalecieron al reconocerse de forma expresa el derecho al sufragio directo para las elecciones de presidente, vicepresidente, magistrados de la Corte Suprema, Procurador General, además de los congresistas⁴⁰³. El segundo frente supuso el fortalecimiento del sistema judicial, quedando en cabeza de la Corte Suprema y sus magistrados electos

³⁹⁹ Nieto Arteta, *Economía y cultura en la historia de Colombia*, 106.

⁴⁰⁰ Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 151.

⁴⁰¹ María Teresa Uribe de Hincapié y Jesús María Álvarez, «La constitución de 1886 como respuesta a la crisis del modelo federal y la confrontación nación-región en Colombia», *Lecturas de Economía*, n.º 24 (1987): 51.

⁴⁰² Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 155.

⁴⁰³ Art. 3 y 13. Congreso de la Nueva Granada, «Constitución Política de la Nueva Granada 1853», en *Constituciones de Colombia*, ed. Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4º, TomoIV (Bogotá: Banco Popular, 1986).

popularmente⁴⁰⁴. De igual forma, se le confió la competencia para anular las ordenanzas municipales contrarias a la Constitución, estableciéndose el germen del control constitucional abstracto⁴⁰⁵. El tercero y tal vez más relevante, fue el que creó el nuevo régimen municipal. Como reacción a la carta de 1843, ahora cada provincia quedó dotada de poder constitucional suficiente para disponer lo que juzgara conveniente a su organización, régimen y administración interior⁴⁰⁶, incluyendo la posibilidad de expedir sus propios textos constitucionales. Así mismo, los Gobernadores y las legislaturas provinciales serán de elección popular y directa⁴⁰⁷.

Para los efectos que nos ocupan, la Carta de 1853 consagra, al igual que su predecesora, la doctrina de la separación de poderes en su texto, en los siguientes términos:

Artículo 12. El poder Legislativo, encargado al Congreso, hace las leyes sobre los negocios atribuidos al Gobierno general y presta su aprobación a todos los tratados públicos. El Poder Ejecutivo, encomendado al Presidente de la República, las ejecuta y las hace ejecutar. Y el Poder Judicial, atribuido a la Suprema Corte de Justicia y demás tribunales y juzgados, las aplica a los casos particulares.⁴⁰⁸

Por su parte, en cuanto a los controles inter-orgánicos, se mantiene la posibilidad de objetar un proyecto de ley por parte del presidente en caso de considerarlo “inconstitucional, perjudicial o defectuoso”⁴⁰⁹. De igual forma, se mantiene el antejuicio político ante el Congreso contra quienes estén encargados del Poder Ejecutivo, los secretarios de Estado, el Procurador General de la Nación y los magistrados de la Corte de Justicia, por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones⁴¹⁰. Como asunto novedoso, se incluye la competencia del presidente de la república para conceder amnistías e indultos generales o particulares, cuando lo exija algún grave motivo de conveniencia pública⁴¹¹.

A la Constitución de 1853 le seguirán dos textos constitucionales, a saber, los de 1858 y 1863. Con el del 22 de mayo de 1858 se instituye por el Congreso Nacional, la Confederación Granadina. Y para el 8 de mayo de 1863, se promulga en el municipio de

⁴⁰⁴ Art. 44. Congreso de la Nueva Granada.

⁴⁰⁵ Art. 42. Congreso de la Nueva Granada.

⁴⁰⁶ Art. 48. Congreso de la Nueva Granada.

⁴⁰⁷ Art. 50. Congreso de la Nueva Granada.

⁴⁰⁸ Congreso de la Nueva Granada.

⁴⁰⁹ Art. 38. Congreso de la Nueva Granada.

⁴¹⁰ Art. 14. Congreso de la Nueva Granada.

⁴¹¹ Art. 34 Núm. 11. Congreso de la Nueva Granada.

Rionegro- Antioquia la Constitución por la cual se crean los Estados Unidos de Colombia. Como sus mismos nombres lo insinúan, ambas constituciones se orientarán a seguir afianzando el modelo liberal y federalista que había comenzado a desarrollarse en la década de los cincuentas. En consideración de Valencia Villa, dichas cartas pueden verse como “cristalizaciones progresivas del proyecto liberal de hegemonía, que quería remodelar el Estado para hacerlo no solo federal sino, además, laico, libertario y libremercantilista”⁴¹². En virtud de lo anterior, dichas cartas serán ampliamente conocidas en la historiografía colombiana como las “constituciones federales”.

Cabe aclarar que la carta de 1858 dio continuidad a la línea creada por su antecesora. Aquella tuvo cambios principales en la forma de Estado y del gobierno, los derechos civiles y el control constitucional. Sobre la primera de estas características, los Estados Confederados cuentan con una cláusula de poder residual, según la cual, toda atribución que no se dice expresamente a los poderes nacionales quedarán radicadas en los Estados⁴¹³, siguiéndose para ello el ejemplo de la Constitución norteamericana de 1787⁴¹⁴. En cuanto a la declaración de derechos, esta se amplió significativamente⁴¹⁵, conservándose con ello su carácter “libertario y progresivo”⁴¹⁶. Finalmente, en cuanto al control constitucional, el poder judicial podía suspender los actos de las legislaturas de los Estados por motivos de inconstitucionalidad y pasarlos al Senado para su renovación o confirmación⁴¹⁷. Lo anterior, manteniendo la tradición del legalismo colombiano⁴¹⁸. Sobre la forma de gobierno, se previó un régimen que mantenía la tri-división clásica sin significativas novedades en materia de frenos y contrapesos. En este sentido disponía el artículo 14 de la Constitución en mención que:

Artículo 14. El Gobierno general de la Confederación Granadina será ejercido por un Congreso que da las leyes, por un Presidente que las ejecuta y por un Cuerpo judicial que aplica sus disposiciones a los casos particulares.

⁴¹² Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 159.

⁴¹³ Art. 8. Congreso General de Colombia, «Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858», en *Constituciones de Colombia*, ed. Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4°, T. IV (Bogotá: Banco Popular, 1986), 57.

⁴¹⁴ Uribe Vargas, *Las constituciones de Colombia*, 151.

⁴¹⁵ Art. 56, 57 y 58. Congreso General de Colombia, «Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858», 74.

⁴¹⁶ Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 161.

⁴¹⁷ Art. 50. Congreso General de Colombia, «Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858», 73.

⁴¹⁸ Uribe Vargas, *Las constituciones de Colombia*, 152.

Paradójicamente, la Constitución de 1858 fue promulgada durante la vigencia del gobierno conservador de Mariano Ospina Rodríguez, lo cual precipitó la desconfianza entre los liberales y las provincias sobre la verdadera eficacia que tendría el texto constitucional. De igual forma, algunas disputas provinciales que hicieron actuar de forma decidida al Gobierno Nacional precipitaron la conflagración bélica entre aquellas y el Estado, dando finalmente como vencedor al General Tomás Cipriano de Mosquera. Este gobernador del Cauca y representante de las demás provincias logró derrocar militarmente al gobierno conservador de Ospina Rodríguez, en julio de 1861. Ello supondrá, hasta nuestros días, el único levantamiento armado ganado por los rebeldes en la historia colombiana.

A consecuencia del golpe militar, el federalismo iría aún más lejos. Para ello, se convocará en 1863 a una nueva asamblea compuesta exclusivamente por representantes afines al partido liberal como consecuencia de la gesta militar⁴¹⁹. Debido a la inexistencia de transacciones entre posiciones enfrentadas y a la falta de pluralismo ideológico, diferente a lo que había sucedido en los instrumentos constitucionales precedentes, el texto resultante constituye la codificación de la doctrina del liberalismo radical en su forma más pura⁴²⁰. Para ello, el texto parte de una secularización total, no solo desterró la invocación de Dios del preámbulo, sino también declarando abolido el latifundio eclesiástico y garantizando la libertad religiosa absoluta. De allí, se pasa a configurar un sistema federal radical. Según este, se devuelven todos los poderes a los Estados, incluso los relativos a la guarda del orden público, los aspectos electorales y la legislación penal. En el mismo sentido, en el artículo 25 constitucional, preveía la potestad de las legislaturas estatales para anular los actos de la Unión cuando consideraran que violaban algunos de los derechos constitucionales o se atacara, con él, la soberanía de los estados⁴²¹. Desde esta perspectiva, se configura un tipo de “ilimitada autonomía”⁴²² para los Estados que conformaban la Unión.

⁴¹⁹ Sobre la ideología para mediados del siglo XIX en Colombia, véase: Antonio Barreto Roza, Miguel Malagón Pinzón, y Ana María Otero Cléves, *Tratados y Manuales Jurídicos del Período Radical* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2015).

⁴²⁰ Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 163.

⁴²¹ Art. 25. Convención Nacional, «Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863», en *Constituciones de Colombia*, ed. Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4º, T. IV (Bogotá: Banco Popular, 1986), 136.

⁴²² Uribe Vargas, *Las constituciones de Colombia*, 163.

Una tercera característica de gran relevancia para nuestros asuntos se refiere al régimen de gobierno que se configuró con la Constitución de 1863. Para ello, se partía de reconocer expresamente a la doctrina de la separación de poderes como estructurante del modelo. Para ello disponía el artículo 36:

El Gobierno general de los Estados Unidos de Colombia será, por la naturaleza de sus principios constitutivos, republicano, federal, electivo, alternativo y responsable, dividiéndose para su ejercicio en Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial.

A renglón seguido, se decretaron una serie de medidas con el fin de establecer un sistema de gobierno federal llamativamente limitado a través de restricciones temporales y controles inter- orgánicos. En primer lugar, un periodo de dos años de duración, no solo para el presidente, sino también para senadores, representantes a la cámara y el procurador general, con el fin de evitar la perpetuación en el poder⁴²³. En el caso de los magistrados de la Corte Suprema Federal, el periodo se estableció en 4 años. En segundo lugar, el jefe del ejecutivo se hallaba subordinado en el nombramiento de sus más cercanos colaboradores a la decisión mayoritaria del Senado, quién debería aprobar, además, las instrucciones del Poder Ejecutivo a los agentes diplomáticos para celebrar tratados públicos. En tercer lugar, el manejo del orden público dejó de ser un monopolio del ejecutivo federal, hasta el punto de que para conjurar situaciones de alteraciones internas necesitaba del concurso de los gobiernos estatales, al igual que del Congreso para hacer la guerra. En cuarto lugar, la constitución mantuvo los controles del antejuicio político para las altas dignidades federales ante el congreso y la potestad de las objeciones presidenciales por inconstitucionalidad o inconveniencia frente a proyectos de ley. Por último, se consagró expresamente el principio de legalidad, según el cual, “es prohibido a todo funcionario o corporación pública el ejercicio de cualquiera función o autoridad que claramente no se le haya conferido”⁴²⁴.

Del sistema de gobierno reseñado, es posible afirmar que, si bien con las primeras constituciones de la independencia la configuración de las formas de gobierno siguiendo a la doctrina de la separación de poderes eran más formales que reales, con la expedición de la Constitución de 1863 dicho proceso concluye, estableciéndose un modelo claramente estructurado a la luz de dicha doctrina y que incluso lleva sus postulados a

⁴²³ Art. 79. Convención Nacional, «Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863», 154.

⁴²⁴ Art. 89. Convención Nacional, 155.

extremos. Por lo tanto, la forma de gobierno es claramente la de un Estado gendarme, con muy precisas y limitadas competencias, y que se aleja del presidencialismo, que había sido protagonista en todos los textos constitucionales anteriores. Incluso, una tradición apócrifa dice que algunos liberales colombianos le hicieron conocer la constitución de Rionegro al poeta Víctor Hugo poco después de su adopción. El gran poeta romántico francés, quien era para entonces una de las figuras más representativas del liberalismo republicano en Europa, calificó airadamente el texto como “una constitución para ángeles”⁴²⁵.

El hecho que la Constitución de 1863 se hubiera diseñado no solo a espaldas sino en contra de los conservadores y los demás grupos políticos, supuso que el contenido de las constituciones ya no fuera visto como un campo de batalla debido a los arreglos, transacciones y acuerdos que se podían hacer en ellas entre los distintos postulados ideológicos. Desde la carta de Rionegro, la Constitución misma fue claramente el botín de la lucha, lo que planteó un desafío doctrinal a sus adversarios, al hacer del código del Estado un producto partidista y, transformar así, todo el debate político en un duelo por una nueva ley de leyes. Esta idea es desarrollada sugestivamente por Hernando Valencia Villa, para quien, desde entonces, la norma fundamental puede ser inaplicable o esta desaplicada pero la oposición debe convertirse no solo en gobierno sino también en constitución para prevalecer⁴²⁶. Desde allí, la única legitimidad que el sistema político reconoce es la del constitucionalismo y, por tanto, esta debe ser el botín último que debe imponerse como una carta de batalla, a la parte vencida tras una confrontación política que puede incluso trascender al plano bélico. Así, mucho de este razonamiento será el responsable del texto constitucional que sucederá a la carta de Rionegro de 1863.

A pesar de los veintitrés años de vigencia del texto constitucional de Rionegro, como era de esperarse, su puesta en práctica no estuvo ausente de dificultades, desórdenes y conflictos. Estas circunstancias se verán finalmente agravadas por la agudización de las querellas intestinas dentro y entre los estados y por la crisis económica que se vivió por la caída del precio mundial del tabaco. Ello conducirá, finalmente, a la guerra civil de 1884 que enfrentó a los liberales radicales contra las facciones hasta entonces dominadas, a saber, algunos reductos liberales con tendencia de derecha, los conservadores y a la

⁴²⁵ Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 163.

⁴²⁶ Valencia Villa, 164.

misma Iglesia Católica. La gesta militar haría finalmente ganadores a estos últimos, por lo que rápidamente procederán a formular una estrategia de recomposición social y política a la que se conoció como la Regeneración⁴²⁷. A la cabeza de Rafael Núñez⁴²⁸, se convocó a mediados de 1885 al Consejo Nacional de Delegatarios que sentaría las bases para el nuevo texto constitucional⁴²⁹.

Las bases para la reforma de la Regeneración partían de considerar como la madre de todos los males a la Constitución de 1863⁴³⁰, por lo que se adoptarían los postulados políticos y filosóficos opuestos a ella⁴³¹. Así, se adopta como base a la soberanía nacional e indivisible, divisiones territoriales de carácter meramente administrativo, orden público y legislación al cuidado de la nación, instrucción pública igualmente nacional, religión oficial, derechos y libertades “con razonables limitaciones”, un ejecutivo fuerte con periodo de seis años, potestad reglamentaria y de interponer objeciones, libre nombramiento y remoción de los agentes de gobierno, y un sistema judicial independiente de los demás. Estas bases se verán fielmente plasmadas en el texto constitucional aprobado finalmente el 5 de agosto de 1886 y que tendría como modelos a las constituciones de 1821, 1830 y 1843⁴³².

En los doscientos diez artículos que componen el texto constitucional de la Regeneración, son cuatro los principales frentes de cambio. El primero de ellos, es la reunificación del territorio a través de la instauración de un Estado Unitario. Para ello, se transforman los estados en departamentos y municipios como meras divisiones administrativas, despojadas de toda facultad o autonomía significativa⁴³³. Así lo disponen los primeros artículos de la constitución que proclaman a la nación como una república unitaria, a la

⁴²⁷ Barreto Rozo, *Venturas y desventuras de la regeneración : apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo XX*.

⁴²⁸ Jorge Orlando Melo, «Núñez y la Constitución de 1886: triunfo y fracaso de un reformador», en *Núñez y Caro: 1886* (Bogotá: Banco de la República, 1986), 113.

⁴²⁹ Consejo Nacional de Delegatarios, «Acuerdo sobre Reforma Constitucional 1885», en *Constituciones de Colombia*, ed. Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4a, T. IV (Bogotá: Banco Popular, 1986).

⁴³⁰ Según reseña Uribe Vargas, algún comentarista político de la época tildó a la Constitución de Rionegro de “anarquía organizada”. Uribe Vargas, *Las constituciones de Colombia*, 180.

⁴³¹ Uribe de Hincapié y Álvarez, «La constitución de 1886 como respuesta a la crisis del modelo federal y la confrontación nación-región en Colombia», 79.

⁴³² Eduardo Lemaitre, «Como nació la Constitución de 1886», en *Núñez y Caro: 1886* (Bogotá: Banco de la República, 1986), 31 y ss.

⁴³³ Art. 182 y ss. Consejo Nacional Constituyente, «Constitución de la República de Colombia de 1886», en *Constituciones de Colombia*, ed. Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4a, T. IV (Bogotá: Banco Popular, 1986), 250.

soberanía como residente esencial y exclusivamente en la nación, y a los departamentos y sus bienes como propiedad de esta⁴³⁴.

En un segundo frente, el fortalecimiento del ejecutivo es una consecuencia necesaria del retorno al centralismo. Así se retoma el modelo presidencialista, en cabeza de un presidente electo por voto indirecto, por periodo de 6 años y con amplias facultades, entre ellas la del manejo del orden público, los estados de excepción y la libertad para configurar el gobierno. En un tercer frente, se dará la vuelta al Estado confesional. Para ello, se invoca nuevamente a Dios en el texto, se estatuye a la religión católica como oficial por “esencial elemento del orden social”⁴³⁵ y se consagra la posibilidad de celebrar convenios con la Santa Sede, posibilidad que se concretará en el Concordato celebrado, tan solo un año después. El cuarto y último frente, será el retorno de tácticas autoritarias, en especial, en materia de libertades públicas y de participación democrática.

En relación con los primeros, además de ser un catálogo de derechos bastante reducido⁴³⁶, estos se conciben como concesiones del Estado y no disponen de mecanismos de protección. En relación con el segundo, al reconocerse la soberanía nacional, esta solo actuará por la mediación del Congreso y el sistema electoral estará enderezado a preservar una democracia con limitada participación ciudadana. En cuanto a la estructura de los poderes públicos, la constitución parte de consagrar expresamente a la doctrina de separación de poderes como piedra de toque para la estructura institucional. En este sentido, dispone expresamente el artículo 57 que:

“[t]odos los poderes públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones”⁴³⁷.

Comentando este artículo, el profesor y ex miembro del Consejo Constituyente de 1886, José María Samper, afirma que allí se consagra “el principio que es la base fundamental del gobierno constitucional”⁴³⁸ al declarar, por una parte, que todos los poderes públicos son limitados, y por otra, que han de ejercer separadamente sus respectivas atribuciones. Frente a la primera y destacando la esencia liberal de la limitación del poder afirma Samper que:

⁴³⁴ Art. 1-4. Consejo Nacional Constituyente, 207.

⁴³⁵ Art. 38. Consejo Nacional Constituyente, 215.

⁴³⁶ Art. 19 y ss. Consejo Nacional Constituyente, 211.

⁴³⁷ Consejo Nacional Constituyente, 219.

⁴³⁸ José María Samper, *Derecho Público Interno de Colombia* (Bogotá: Imprenta de la Luz, 1886), 122.

Es obvio que a ningún Gobierno es dado gobernar conciencias, ni dirigir con acierto lo que es del orden espiritual, ni ingerirse directamente en el arreglo de la vida de los individuos. Todo lo que un Gobierno temporal o político haga en estos asuntos, no puede menos de ser perturbador de las naturales relaciones, y saliendo de su objeto entraña extralimitación de autoridad. De ahí la necesidad de poner límites a los poderes públicos, sin lo cual abusarían, sobrado frecuentemente, llegando hasta la violencia y contrastando con su propio objeto. De ahí la consiguiente necesidad de ponderarlos con su recíproca acción y fiscalización⁴³⁹

Sobre la separación de funciones, sostiene el autor que esta ponderación no es posible sin la diversidad del poder, por lo que este debe dividirse en varios componentes. Además, dicha división sería inoficiosa si todos estos no ejercieran separadamente sus respectivas atribuciones. Al respecto afirma que “desde que obrasen conjuntamente se confundirían y al confundirse en la unidad de acción y de forma tenderían a volverse ilimitados, y por lo mismo tiránicos”⁴⁴⁰. De allí que concluya que, solo obrando separadamente cada poder, es decir, cada cual en su esfera propia y con atribuciones bien definidas, pueden llenar con acierto los fines de su institución.

En desarrollo de estos postulados de la separación de poderes, se prevé en la Constitución de 1886 un sistema tripartito compuesto por un poder ejecutivo, legislativo y judicial. Como ya se ha señalado, el régimen de gobierno instaurado restablece el sistema presidencialista, protagonizado por un presidente que reúne las calidades concurrentes de jefe de Estado, jefe de gobierno, suprema autoridad administrativa y comandante de las fuerzas militares. A ello debemos sumarle unas amplias facultades del presidente para decretar el estado de excepción y para ser investido del poder de legislar⁴⁴¹. Al respecto, existe otra leyenda apócrifa según la cual, cuando el documento constitucional estuvo firmado, un delegatario de la asamblea exclamó: “hemos aprobado una Constitución monárquica”, a lo que otro delegatario respondió airadamente: “Si, pero desgraciadamente electiva”⁴⁴². Con ello se confirman las expectativas al respecto del movimiento regeneracionista⁴⁴³.

⁴³⁹ Samper, 123.

⁴⁴⁰ Samper, 123.

⁴⁴¹ Art. 121. Consejo Nacional Constituyente, «Constitución de la República de Colombia de 1886», 237.

⁴⁴² Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 169.

⁴⁴³ Barreto Roza, *Venturas y desventuras de la regeneración : apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo XX*, 95.

Por su parte, la Constitución de 1886 prevé la existencia de un órgano legislativo bicameral que distingue entre las cámaras atendiendo a si sus miembros son elegidos por una circunscripción nacional o regional. Cabe resaltar que la constitución prevé que dichas cámaras solo podrán reunirse por derecho propio cada dos años, salvo que el presidente las convoque expresamente⁴⁴⁴. En cuanto al órgano judicial, este estará en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, y a nivel desconcentrado se compondrá de tribunales superiores de distrito, tribunales y juzgados⁴⁴⁵. Llama la atención el poder que tiene el presidente para nombrar los funcionarios dentro de la rama judicial⁴⁴⁶. Respecto a los controles inter-orgánicos, estos se redujeron en relación con la constitución precedente, quedando limitados al antejuicio del presidente por parte del Congreso, solo frente a causales taxativas y a las objeciones presidenciales. Amerita igualmente destacar que el mismo texto constitucional se encarga de enunciar las competencias del presidente en relación con el poder legislativo⁴⁴⁷ y con el poder judicial⁴⁴⁸, lo que denota nuevamente el poder preponderante del presidente frente a los demás poderes.

A manera de balance, puede sostenerse que, si bien la Constitución de 1886 hace mención expresa de la doctrina de separación de poderes y que es posible rastrear sus postulados de *división, separación y frenos y contrapesos* dentro del andamiaje institucional creado, resulta evidente el desbalance resultante en favor del poder ejecutivo⁴⁴⁹. En este sentido, a pesar de que se dispone de la tri-división clásica propia del estado liberal, resulta claro el número y calidad de competencias que se concentran en cabeza del presidente de la república y el tipo de prerrogativas que este dispone en relación con los demás poderes públicos. Por lo tanto, sin mayor resistencia podemos recurrir al concepto acuñado por Nino, de “hiper-presidencialismo”⁴⁵⁰, para caracterizar la forma de gobierno configurada, en razón a las evidentes prerrogativas de las que disponía el ejecutivo para cooptar a los demás poderes y funciones públicas⁴⁵¹.

⁴⁴⁴ Art. 68. Consejo Nacional Constituyente, «Constitución de la República de Colombia de 1886», 220.

⁴⁴⁵ Art. 146 y ss. Consejo Nacional Constituyente, 243.

⁴⁴⁶ Art. 119. Consejo Nacional Constituyente, 234.

⁴⁴⁷ Art. 118. Consejo Nacional Constituyente, 233.

⁴⁴⁸ Art. 119. Consejo Nacional Constituyente, 234.

⁴⁴⁹ María José Maya Chavez, *Control constitucional y presidencialismo monárquico (1886-1910)* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2015), 56.

⁴⁵⁰ Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, 4° (Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013), 504 y ss.

⁴⁵¹ Roberto Gargarella, *Crítica a la Constitución: sus zonas oscuras* (Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004), 45 y ss.

Como era de esperarse, el carácter de “Carta de Batalla” de la Constitución de la Regeneración y la consiguiente exclusión de otras corrientes políticas en su contenido e implementación, antes que apaciguar los conflictos políticos, los incrementaron. Hasta el punto de que los grupos excluidos solo verían como opción el derrocamiento por la vía de la violencia, no solo del gobierno de turno sino también de la Constitución vigente. Precisamente en vigencia de dicho texto constitucional tendrá lugar una de las más cruentas guerras civiles que haya vivido Colombia en su historia republicana. Se trató de una frustrada rebelión liberal contra la coalición conservadora que sustentaba políticamente al Gobierno. Dicha rebelión llegaría al clímax de intolerancia y dogmatismo en la confrontación que tendría lugar entre octubre de 1899 y junio de 1903, dejando un trágico balance no solo en daños materiales y políticos, sino y sobre todo en vidas humanas⁴⁵². Fue precisamente en este contexto posbélico, en el que el departamento de Panamá declarararía su independencia de Colombia, con la manifiesta intervención de los Estados Unidos.

Si bien de la guerra conocida como “la de los mil días” salieron victoriosas las tropas leales al gobierno y a la coalición conservadora, rápidamente fueron evidentes los estragos autoritarios que podía implicar el ejercicio de los poderes y prerrogativas entregadas al presidente de la república. Dicha situación, sería patente con el gobierno de Rafael Reyes, quien ocupó la presidencia entre 1904 y 1910. Durante su gobierno quedó claro que, actuando dentro del marco constitucional creado, era evidentemente posible la instauración de un régimen autócrata y autoritario⁴⁵³, cercano incluso a una dictadura paradójicamente constitucional. A raíz de estos hechos, se iniciaría para 1910 una significativa contra-reforma constitucional tendente a corregir dichos defectos. Así, el Acto Legislativo No. 3 de 1910 constó de 72 y se dirigieron a tres propósitos fundamentales⁴⁵⁴: la moderación del centralismo, el enriquecimiento de las libertades públicas y la regulación del presidencialismo.

⁴⁵² Al respecto suele hablarse de un saldo de cerca de cien mil personas muertas como resultado de la denominada “Guerra de los mil días”: Tirado Mejía y Velásquez Toro, *Reforma Constitucional de 1936*, 7.

⁴⁵³ Para algunos comentaristas de la época la autocracia resultante se identificó con la des configuración del principio de división de poderes, en tanto el ejecutivo había terminado absorbiendo los otros poderes. Al respecto véase: Maya Chavez, *Control constitucional y presidencialismo monárquico (1886-1910)*, 133.

⁴⁵⁴ Congreso de Colombia, «Acto Legislativo Número 3 de 1910», en *Constituciones de Colombia*, ed. Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4ª, T. IV (Bogotá: Banco Popular, 1986).

En cuanto al primer propósito, se logró el restablecimiento de las Asambleas Departamentales como entidades de elección popular con cierta autonomía administrativa y se fortalecen los concejos municipales. En relación con el segundo, se abolió la pena de muerte⁴⁵⁵, se adoptó el principio de representación para la tributación⁴⁵⁶, se confirmó la presentación de minorías y se creó la acción pública de inconstitucionalidad⁴⁵⁷ y la creación de la jurisdicción administrativa⁴⁵⁸. En el tercer propósito, se dispuso de la elección directa del presidente⁴⁵⁹, se redujo su periodo a cuatro años y se prohibió su reelección⁴⁶⁰. Se estableció la responsabilidad presidencial absoluta y ninguno de sus actos, salvo el de nombramiento y remoción de sus ministros, será válido sin la ratificación del respectivo ministro del ramo⁴⁶¹. Frente al estado de sitio, se dispuso que el presidente no pudiera derogar leyes, sino suspender las incompatibles con la situación de excepción y los decretos legislativos se harían transitorios y no permanentes⁴⁶². Con esta reforma, según Valencia Villa, lo que se estaría buscando es “civilizar”⁴⁶³ a la Constitución de la Regeneración.

De los cambios mencionados y para nuestros efectos, es importante destacar que la reforma de 1910 introdujo importantes frenos y contrapesos en la estructura institucional del Estado⁴⁶⁴. Para ello baste mencionar la creación del control de constitucionalidad abstracto, en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y a través de la acción pública de inconstitucionalidad; la creación de la jurisdicción contencioso- administrativa; y el régimen de responsabilidad creado para altos dignatarios, incluido el presidente y ante el Congreso de la República. Por lo tanto, es claro que a través de la mayor descentralización territorial creada y la instauración de mayores y mejores controles inter-orgánicos que dispuso la reforma de 1910, se logró atenuar la forma de gobierno ultra-presidencialista que previó la constitución de 1886 en su versión original y que fue materializada a través de los gobiernos subsiguientes.

⁴⁵⁵ Art. 3°. Congreso de Colombia, 319.

⁴⁵⁶ Art. 6°. Congreso de Colombia, 320.

⁴⁵⁷ Art. 41. Congreso de Colombia, 326.

⁴⁵⁸ Art. 42. Congreso de Colombia, 326.

⁴⁵⁹ Art. 25. Congreso de Colombia, 323.

⁴⁶⁰ Art. 28. Congreso de Colombia, 323.

⁴⁶¹ Art. 30. Congreso de Colombia, 324.

⁴⁶² Art. 33. Congreso de Colombia, 324.

⁴⁶³ Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 180.

⁴⁶⁴ Francisco Gutiérrez Sanín, *La destrucción de una República* (Bogotá: Externado de Colombia- Taurus, 2017), 68.

2.2. La reforma constitucional de 1936 y la introducción de la colaboración armónica en el sistema constitucional colombiano

Como era predecible, a la expedición de la constitución de 1886 le siguieron gobiernos conservadores. Este periodo, al que se le conoce como el de la “Hegemonía Conservadora”⁴⁶⁵ en la historiografía colombiana, comprende el periodo entre 1886 a 1930 y el ejercicio de quince presidentes conservadores. Para el comienzo de ese periodo y hasta la primera década del siglo XX, Colombia era una sociedad exclusivamente rural con una economía basada en la agricultura. Ya a comienzos de la segunda década, se inicia el despegue del desarrollo capitalista con las primeras fábricas modernas que se abren en Bogotá y las principales capitales provinciales. Además, se instalan las primeras inversiones extranjeras en la industria petrolera y de cultivos agropecuarios a gran escala. De igual forma, se acometen, por parte del gobierno, grandes obras de infraestructura con los recursos provenientes de la indemnización por la pérdida de Panamá y los primeros empréstitos destinados con la banca internacional. Y será en este contexto donde haga su aparición la naciente clase proletaria, compuesta por obreros y campesinos, que a través de asociaciones sindicales buscarán la mejora de sus condiciones, no solo laborales y económicas, sino también sociales y políticas.

A pesar de la evidente desconfianza que los liberales tenían frente a la Constitución de 1886 debido a la forma en que se les impuso, las reformas introducidas en 1910 lograron que el nuevo diseño institucional les permitiera volver a la vida política legal. Con ello se lograría la renuncia temporal a las vías bélicas para hacerse con el poder y/o la constitución por parte del partido liberal. En este sentido, se pronuncia Francisco Gutiérrez al afirmar que uno de los principales efectos de la reforma de 1910 fue el de “domesticar la política”⁴⁶⁶, al lograr “reintroducir la política competitiva entre los partidos constitucionales en Colombia”⁴⁶⁷. Por consiguiente, aprovechando los nuevos arreglos institucionales, el partido liberal reanudó sus labores de proselitismo, ahora a través de vías exclusivamente institucionales, no solo en el ámbito local sino también nacional, con la expectativa de hacerse nuevamente al poder.

⁴⁶⁵ Tirado Mejía y Velásquez Toro, *Reforma Constitucional de 1936*, 7.

⁴⁶⁶ Gutiérrez Sanín, *La destrucción de una República*, 75.

⁴⁶⁷ Gutiérrez Sanín, 71.

Concomitante con el nacimiento de los movimientos sindicales, tendrá lugar el final de la Hegemonía Conservadora y, con ella, un cambio en las dinámicas del poder. Frente a los factores que explicarían dicha transición, Gutiérrez Sanín identifica tres principales⁴⁶⁸. El primero, se refiere al escándalo producido por grandes eventos represivos contra las clases trabajadoras. De este, se constituye en paradigma la denominada Masacre de las Bananeras, la cual implicó el asesinato a manos de las fuerzas oficiales de cerca de una centena de obreros que reclamaban mejores condiciones laborales ante la multinacional United Fruit Company en las plantaciones del Magdalena⁴⁶⁹. El segundo factor, sería a causa del advenimiento de la crisis económica mundial de finales de los años 20, la cual echó al traste la confianza de los ciudadanos en las políticas y los gobiernos conservadores. El tercero de ellos sería el desatino que tuvo el partido conservador, influenciado por las autoridades eclesiásticas de entonces, para establecer un mecanismo de escogencia de candidato presidencial para la elección de 1929, lo que implicó que se llegara con dos candidatos a la contienda. Así, estos tres factores, sumados a la nueva actitud institucional que el partido liberal tenía desde la reforma de 1910, hizo que para 1930 ganara las elecciones el liberal Enrique Olaya Herrera, terminando así con la Hegemonía Conservadora, lo que dio origen a la denominada “República Liberal”⁴⁷⁰.

En el ámbito internacional y a raíz de la crisis económica del periodo entre guerras, se optó por modelos económicos y políticos en donde hubiera mayor intervención estatal a favor de los derechos económicos y sociales⁴⁷¹. Para tal fin, se requería de un gobierno central robusto que pudiera actuar menos bajo las restricciones de la división de poderes y los frenos y contrapesos y más bajo el esquema de la armonía y cooperación entre las ramas, en cuya base se establecía un ejecutivo fuerte⁴⁷². Un ejemplo claro de ello, como se señaló en el capítulo primero, fue la implementación del *New Deal* en los Estados Unidos y las discusiones de teoría constitucional que ello implicó. Para entonces, un

⁴⁶⁸ Gutiérrez Sanín, 76 y ss.

⁴⁶⁹ Jorge Eliecer Gaitán, *Lagrimas y sangre o la Matanza de las Bananeras* (Cali: Tipografía Gutenberg, 1929).

⁴⁷⁰ Marco Palacios, *Entre la legitimidad y la violencia: Colombia 1875-1994* (Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2003), 137.

⁴⁷¹ Para González, “[u]no de los esquemas de la organización de los poderes que aparece frecuentemente en nuestros textos constitucionales es el que se ha denominado colaboración armónica entre las ramas del poder público. Este fue el que empezó a aparecer a partir de la década de 1930 en algunos países, como Estados Unidos y Colombia, para afrontar problemas económicos”. Jorge González Jácome, *Entre la ley y la constitución* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007), 114.

⁴⁷² Lobel, J. “*The politics tilt of separation of Powers*” En: Lobel, «The Political Tilt of Separation of Powers», 602. 2

fenómeno similar tuvo lugar en el constitucionalismo latinoamericano. Tal como lo destaca Roberto Gargarella, desde la década de los treinta tuvo lugar el retorno de la “cuestión social” en los Estados suramericanos⁴⁷³. Con ello, se dio un replanteamiento a la proclamada “neutralidad” del Estado y se adoptó un papel abiertamente intervencionista con el objetivo de responder a las nuevas demandas sociales de las clases obreras y los nuevos votantes tras la consolidación del sufragio universal. Estas nuevas demandas al Estado generaron distintas salidas institucionales en el continente suramericano, desde autoritarias o populistas, pasando por pactos democráticos excluyentes, llegando a salidas reformistas, como lo explica el autor argentino⁴⁷⁴.

Volviendo al contexto colombiano, y tras el gobierno de transición de Olaya Herrera, las disputas políticas por las alegaciones de fraude electoral condujeron a que el partido conservador decidiera abstenerse de participar en las elecciones presidenciales y parlamentarias siguientes bajo la consigna de falta de garantías⁴⁷⁵. Este hecho político condujo a que se dejara el escenario servido para que los liberales se consolidaran en el poder y con ellos, su ideología permeara el ordenamiento jurídico y la institucionalidad misma. En este aspecto, el partido liberal habría sufrido una importante transformación ideológica con la entrada del siglo XX, abandonando los postulados del liberalismo clásico, del “*laissez faire, laissez passer*”, para defender un liberalismo social de tipo intervencionista⁴⁷⁶. Así, para entonces, el partido liberal pasaría a reivindicar los intereses de la nueva clase de artesanos, proletarios y asalariados, ubicados en las nacientes urbes, a través de la defensa de un mayor intervencionismo del Estado.

En este contexto, tomaría posesión como presidente electo para 1934 el liberal Alfonso López Pumarejo. López, se había formado en Inglaterra y Estados Unidos, y gozaba de gran reconocimiento como empresario y banquero. Este, se propuso desde el comienzo de su gobierno emprender las reformas económicas, institucionales y políticas necesarias para acometer la modernización del país. Para ello, se propuso armonizar los intereses de las dos clases en que se deseaba apoyarse: la industrial y la asalariada. En su criterio,

⁴⁷³ Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución : dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, 200 y ss.

⁴⁷⁴ Gargarella, 202.

⁴⁷⁵ Esta decisión fue denominada como “huelga electoral” por parte del partido conservador y tendría lugar entre 1933 y 1942. Al respecto véase: Gutiérrez Sanín, *La destrucción de una República*, 292.

⁴⁷⁶ Álvaro Tirado Mejía, *Antología del pensamiento liberal colombiano* (Medellín: El Mundo, 1981), 103 y ss.

ambas debían insertarse en el nuevo Estado, para lo que proponía, frente a la primera, protegerla de la competencia extranjera y ampliar los servicios públicos y, para la segunda, incentivar su sindicalización y el arbitraje del Estado para consolidar sus condiciones materiales⁴⁷⁷. Estas ideas se articularían en el ambicioso plan de gobierno bajo el sugestivo rótulo de “La revolución en marcha”⁴⁷⁸.

Con estas pretensiones, uno de los primeros asuntos que debía resolverse era la incompatibilidad que la Carta de 1886 suponía frente a las nuevas políticas que pretendían implementarse, a pesar de las modificaciones introducidas en la reforma de 1910⁴⁷⁹. Al respecto, dos posiciones se definieron dentro del partido liberal. Por un lado, había quienes recababan la oportunidad de convocar una asamblea constituyente para modificar, desde las bases, la estructura jurídica de la nación⁴⁸⁰. Desde esta posición, se debía hacer *tábula rasa* de todos aquellos preceptos constitucionales que habían combatido los liberales de manera frontal en los tiempos de oposición, incluso desde el punto de vista bélico y así derogar de forma íntegra la constitución de la Regeneración⁴⁸¹. Por otro lado, existían quienes defendían una posición más moderada y que veían la posibilidad de introducir estratégicas modificaciones dentro del texto constitucional vigente para compatibilizarlo con las nuevas ideas liberales⁴⁸². Desde esta posición, debía superarse la amarga experiencia de las constituciones de partido que habían comenzado en 1863 y que había dejado un balance bastante trágico, tanto político como humanitario⁴⁸³. Finalmente, el gobierno se depuró por esta última posición, posiblemente como un acto de deferencia con los conservadores y de estrategia política, haciendo que

⁴⁷⁷ Gerardo Molina Ramírez, «La revolución en marcha, antecedentes y desarrollos», en *Cambio y Reforma en 1936* (Medellín: El Mundo, 1986), 53.

⁴⁷⁸ Álvaro Tirado Mejía, *La revolución en marcha: aspectos políticos del primer gobierno de López Pumarejo* (Medellín: Beneficencia de Antioquia, 1986).

⁴⁷⁹ Al respecto afirmaba el ministro del Gobierno en 1935 “Aparentemente la constitución del país debe considerarse como la primera materia revisable. Ella da los lineamientos más generales, las categorías más absurdas del derecho nacional; a las leyes ordinarias corresponde proponer soluciones para los distintos grupos, en concreto, de problemas sociales o políticos. Considerando el asunto por un aspecto puramente lógico, parecería natural, pues, que, cuando se trata de revisar el sistema jurídico, se comience por la carta fundamental”. Citado por: Tirado Mejía y Velásquez Toro, *Reforma Constitucional de 1936*, 12.

⁴⁸⁰ Al respecto afirmaba al senador Caicedo Castilla que “El sistema constitucional vigente constituye una obra armónica, un conjunto orgánico y doctrinal, correspondiente al momento histórico en que fue proclamado, y, por lo tanto, la introducción de elementos nuevos en esa estructura ofrece el peligro de desarticularla y deformarla sin conseguir eficazmente el propósito de ponerla en consonancia con las actuales exigencias nacionales”. Citado por: Tirado Mejía y Velásquez Toro, 43.

⁴⁸¹ Uribe Vargas, *Las constituciones de Colombia*, 226.

⁴⁸² Pedro Juan Navarro, *Constitución Política de la República de Colombia 1936: historia, proceso y comentarios* (Bogotá: Mundo al Día, 1937), 28.

⁴⁸³ En palabras del Ministro de Gobierno de entonces, “a la constitución solo había que romperle una vértebra”, citado por: Gutiérrez Sanín, *La destrucción de una República*, 107.

para entonces Colombia se dispusiera a tomar la salida reformista, a la luz de las categorías de Gargarella, para hacer frente a la cuestión social.

Definida la vía reformista es importante explicitar algunas de las influencias que tuvo la gestación de la reforma que finalmente discutió el Congreso. En primer lugar, desde el punto de vista ideológico y, como ya se mencionó, existió una fuerte influencia del pensamiento político positivista que llevó a que el gobierno liberal de entonces defendiera la necesidad de un Estado de bienestar e interventor de las condiciones sociales. Para sustentar su posición, será determinante la influencia que tuvo la corriente que se conoció como “solidarista”⁴⁸⁴ en el derecho público y que tuvo como mayores exponentes a los profesores franceses León Duguit⁴⁸⁵ y Maurice Hauriou⁴⁸⁶. Para entonces, la élite académica y política del país estaba muy familiarizada, particularmente con la obra del decano de Burdeos, siendo incluso sus textos de obligada consulta en los más importantes claustros universitarios del país de ese entonces⁴⁸⁷. Ello generó, en palabras de López Medina, un proceso de “trasplante teórico”⁴⁸⁸, que supuso la importación de dichas ideas por parte de una nueva generación de jurisconsultos locales, quienes absorbieron ansiosamente la nueva línea de argumentación propuesta por Duguit y que se propuso, a partir de ella, edificar una nueva orientación del derecho público que terminó afectando sus conceptos fundamentales, la función y estructura del Estado y, finalmente, su misma orientación ideológica⁴⁸⁹. López Medina incluso esquematiza la transformación que tuvo lugar con este trasplante teórico, tal y como se reproduce en la Tabla 2.

⁴⁸⁴ López Medina define a esta corriente de pensamiento como aquella que se proponía redireccionar el derecho público hacia una concepción más moderna, positivista, progresista y secular, haciendo frente a la *cuestión social* a través de la noción de “servicio público”. López Medina, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, 235; López Medina, «El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano», 11.

⁴⁸⁵ Para una síntesis del pensamiento constitucional de Duguit remítase al capítulo 1 de la presente disertación. Duguit, *Law in the modern state*; Duguit, *Manual de derecho constitucional*.

⁴⁸⁶ Alfonso López Michelsen, «Una visión de Alfonso López Pumarejo», en *Cambio y Reforma en 1936* (Medellín: El Mundo, 1986), 15.

⁴⁸⁷ Tulio Enrique Tascón, *Derecho Constitucional Colombiano: Comentarios a la Constitución Nacional*, 2° (Bogotá: Minerva, 1934); Ana Carolina Mercado Gazabón, *La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia*. (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015).

⁴⁸⁸ Para López Medina, los procesos de trasplante teórico de sitios de producción a sitios de recepción no son simple, sino que el producto final del trasplante es mucho más que una simple copia de la teoría original. Al respecto remítase: López Medina, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, 235.

⁴⁸⁹ López Medina, 236.

Tabla 2: Mapa de transformación del positivismo solidarista

Teoría Amalgamada Local	Teoría Trans-nacional	Especificidad Local	Productor Trans-nacional	Receptores locales
Renovación social de la constitución política	Positivismo solidarista	Reforma social por vía constitucional	Leon Duguit	Reforma constitucional de 1936 Nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Darío Echandía Tulio E. Tascón

Fuente: Tomada de López Medina⁴⁹⁰

En cuanto al derecho constitucional comparado, la reforma presentada tendría igualmente una clara inspiración en algunos textos constitucionales vigentes para entonces. En primer lugar, en la constitución mexicana de 1917 y su reforma de 1934, en particular, en asuntos como el de la propiedad, el acceso a tierras y la educación. En segundo lugar, en la constitución española de 1931 que fue ampliamente estudiada por los sectores liberales, en especial en asuntos de propiedad y de reforma agraria⁴⁹¹. En tercer lugar, aparece la constitución alemana de Weimar de 1919, particularmente en materia de derechos sociales. Y, finalmente, en la constitución norteamericana tras la implementación del “*New Deal*” del presidente Roosevelt que, como bien lo sostiene Sunstein, supuso una nueva comprensión del texto constitucional en materia de derechos y de separación de poderes⁴⁹².

Con la determinación de aprovechar la coyuntura socio- política y con las mencionadas ideas en mente, el Gobierno presentará una serie de proyectos de reformas constitucionales al Congreso. A pesar de que este era de composición exclusivamente liberal, las discusiones en su interior fueron arduas y prolongadas como lo atestiguan las memorias del debate⁴⁹³, lo cual se explica en la diversidad de posiciones y de facciones que existían incluso dentro del partido liberal al respecto. Finalmente, tras cerca de un año de deliberaciones en el Congreso fue promulgado, el 5 de agosto de 1936, el Acto Legislativo No. 1 del mismo año. Este se compone de 35 artículos que modifican el

⁴⁹⁰ López Medina, 238.

⁴⁹¹ Álvaro Tirado Mejía, «La revolución en marcha y la reforma constitucional de 1936», en *Cambio y Reforma en 1936* (Medellín: El Mundo, 1986), 109.

⁴⁹² En este punto véase el recuento que se hace en el capítulo 1 al respecto. Sunstein, «Constitutionalism after the New Deal», 421.

⁴⁹³ Tirado Mejía y Velásquez Toro, *Reforma Constitucional de 1936*.

mismo número de disposiciones de la constitución de 1886, vigente para entonces. Los principales temas abordados en la reforma se sintetizan a Tabla 3.

Tabla 3: Síntesis Reforma Constitucional de 1936

Temas	Sentido de la modificación
Límites territoriales	Se incluyó dentro de los límites de la República el archipiélago de San Andrés y providencia y demás islas que le pertenecen a Colombia en los mares limítrofes, por cuanto la Constitución solo demarcaba el territorio continental
Organización territorial	Se contempló la división territorial en Intendencias y Comisarías que no era original de la Constitución de 1886 ni de sus reformas.
Nacionalidad	Asimiló a colombianos de nacimiento a los hijos de padre o madre colombianos que hubieran nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la república.
Igualdad jurídica	Dispuso que los extranjeros disfrutaran de los mismos derechos que los colombianos, salvo los derechos políticos.
Derecho de Propiedad	Garantiza la propiedad privada, pero la condicionó a una función social que le implicó obligaciones.
Intervención del Estado	Dispuso que el Estado pudiera intervenir por medio de leyes en la explotación de las industrias y empresas públicas y privadas con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.
Libertad religiosa	Garantizó la libertad de cultos y derogó todas las disposiciones de la Constitución de 1886 referente a las relaciones entre la iglesia y el Estado para remitir esta materia a los convenios que se celebraran con la Santa Sede.
Educación pública	Se garantizó la libertad de enseñanza, aunque bajo la inspección del Estado y se hizo la instrucción primaria obligatoria en el grado que determinara la ley
Derechos sociales	Se dispuso que la asistencia pública fuera una función del Estado para prestarla a quienes estén físicamente incapacitados para trabajar, que el trabajo era una obligación social y gozaría de la especial protección del Estado, que garantizaba el derecho de huelga salvo en los servicios públicos y que las leyes podrían establecer el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

Fuente: Elaboración propia con base en Tascón⁴⁹⁴

Frente al contenido reseñado, es posible destacar de la reforma los siguientes tres puntos. En primer lugar, se evidencia un cambio en la concepción de la constitución, pasando de una típicamente liberal, que enuncia exclusivamente los límites al poder, a un documento con un claro componente programático, aspiracional y positivo, de alguna manera asimilable a la noción de “constitución- plan” que se presentó en el capítulo primero de la presente disertación⁴⁹⁵. Dicho cambio se evidenció explícitamente en los debates que precedieron la reforma como cuando el senador Moisés Prieto, afirmaba durante el debate:

No comparto con mi amigo, el doctor Echandía [Ministro de Gobierno], el concepto de que la Constitución es simplemente el freno a los hombres que ejercitan el Poder Público [...] ya no se trata solamente de evitar los abusos

⁴⁹⁴ Tascón, *Derecho Constitucional Colombiano: Comentarios a la Constitución Nacional*.

⁴⁹⁵ Sobre este cambio de concepción de la Constitución véase capítulo 1 de la presente disertación.

del poder público, ya no se trata de garantizar los derechos del individuo, sino que ha aparecido un concepto nuevo y es el de garantizar los derechos sociales dentro de la Carta Política⁴⁹⁶

Un segundo punto se refiere a que con esta reforma se hace un tránsito de la noción clásica de Estado de derecho liberal a un Estado Social de Derecho⁴⁹⁷, con lo que se adopta la tradición del constitucionalismo social⁴⁹⁸ que tendrá origen con las constituciones de México de 1917 y de la alemana de Weimar de 1919. Y, finalmente, estamos ante una reforma típicamente “ideológica”, como la caracteriza Valencia Villa⁴⁹⁹, en tanto, modifica apartes de la parte dogmática antes que mecanismos propios de la parte orgánica del texto constitucional. La ausencia de cambios en la “Sala de Máquinas” de la Constitución, adoptando la metáfora de Gargarella⁵⁰⁰, será rápidamente identificada con una necesidad para dar vigencia a las reformas dogmáticas introducidas, por lo que de ellas se ocupará la siguiente serie de reformas constitucionales que tendrán lugar en 1945.

Con relación a la doctrina de la separación de poderes, la reforma de 1936 también trajo una importante modificación. A pesar de lo categórica que había sido su consagración en el artículo 57 de la Constitución de 1886, la doctrina constitucional colombiana ya había comenzado a discutir sobre sus alcance y limitaciones. En este sentido, el jurista Miguel Moreno Jaramillo sostenía para 1915 que, a pesar de la literalidad del artículo 57 constitucional, “[e]l principio de la separación no es absoluto. El legislativo ejerce funciones ejecutivas y judiciales; el Ejecutivo, funciones legislativas y judiciales, y el Judicial, funciones legislativas y ejecutivas. Puede decirse que los tres poderes públicos se unen sin confundirse, se compenetran y se complementan”⁵⁰¹.

En 1927, el profesor José Vicente Concha afirma que, entre los autores contemporáneos, la teoría de Montesquieu no tiene la unánime aceptación que tuvo en su época y que es más común la opinión de quienes, aunque la explican y justifican por razones de orden

⁴⁹⁶ Tirado Mejía y Velásquez Toro, *Reforma Constitucional de 1936*, 45.

⁴⁹⁷ Molina Ramírez, «La revolución en marcha, antecedentes y desarrollos», 57.

⁴⁹⁸ Al respecto señala Camargo que, “López se preocupó por introducir en la Constitución conservadora de 1886 las reformas que, en su concepto, la pondrían a tono, si no con el progreso social alcanzado en aquella época con la revolución socialista, sí por lo menos con el “reformismo social” del derecho constitucional, liberal y burgués de comienzos del siglo XX”. Pedro Pablo Camargo, *Trayectoria y características del Derecho Constitucional Colombiano* (Bogotá: Sociedad Colombiana de Abogados, 1974), 62.

⁴⁹⁹ Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 182.

⁵⁰⁰ Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución : dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*.

⁵⁰¹ Miguel Moreno Jaramillo, *Colombia Constitucional* (Medellín: Imprenta, 1915), 33.

político, consideran que adolece de un error sustancial. Para ello, procede a parafrasear al jurista italiano Vittorio E. Orlando⁵⁰², para quien la teoría contradice el principio esencial que ve en el Estado un organismo cuyas partes son todas conexas, y cuyas funciones se coordinan hasta fundirse en la unidad. Por lo tanto, se sostiene que “[c]on la separación mecánica de los varios poderes del Estado, se hace tan imposible la vida de este como la del organismo humano cuyos miembros se separaran o se desconectarán. La separación, que conforme a la teoría debería producir el equilibrio, en vez de eso llevaría a la inmovilidad o a la inacción, a hacer imposible la vida del Estado”⁵⁰³.

Ya con la difusión de la obra de León Duguit y de Maurice Hauriou, las críticas al principio de separación de poderes y sus postulados clásicos se hicieron más agudas y, con ellas, la necesidad de una modificación en su consagración constitucional comenzó a abrirse paso⁵⁰⁴. Para 1934, Tulio Enrique Tascón, reconocido profesor de derecho constitucional de la Universidad Externado de Colombia, edita un texto en el que comenta cada uno de los artículos vigentes de la constitución de 1886 con la pretensión, no solo de desentrañar minuciosamente los problemas y contradicciones presentes en ellos, sino también de plantear propuestas concretas tendentes a una eventual reforma. Así, el profesor Tascón, al comentar el artículo 57 vigente, sostiene que:

Se trata de un rezago de la antigua doctrina constitucional; el derecho público moderno no admite la separación de los poderes públicos: hay separación de funciones, pero no separación de poderes, los cuales, lejos de funcionar separadamente, colaboran armónicamente en el desempeño de las funciones del Estado

[...] la verdadera teoría de Montesquieu ha sido revisada o revaluada por la crítica, en el sentido de admitir que el autor del *Espirit des lois* (1748) lo que quiso fue una separación suave con participación de los poderes en las mismas funciones, es decir, un sistema ligado y equilibrado de poderes, cuyo juego constituye, para el Gobierno del Estado, una vida interior continua y seguida, al mismo tiempo que una garantía de la libertad según las palabras de Maurice Hauriou. Hoy, dice Duguit, con el nombre de separación de poderes se

⁵⁰² La cita original dispone “*Tutta quella teorica, infatti, contraddice a quel principio essenziale, che vede nello Stato un organismo, pero quanto sui generis, in cui tutte le parti sono connesse, tutte le funzioni coordinate sino a fondersi tutte in una grande unità. Con la separazione meccanica fra i vari poteri dello Stato, la vita in esso diventa tanto possibile quanto in un organismo umano, le cui membra si concepiscano separate e sconnesse*”. Vittorio Emanuele Orlando, *Principii di diritto costituzionale* (Firenze: Barbera, 1889), 60, <https://archive.org/details/principiidiidiri01orlagoog/page/n63>.

⁵⁰³ José Vicente Concha, *Apuntamientos de derecho constitucional* (Bogotá: Librería Americana, 1927), 79.

⁵⁰⁴ Al respecto afirma Pérez que, “para confirmar la influencia de Duguit en la reforma de 1936 resulta relevante mencionar como en tratadistas de la época comúnmente citaban al autor francés al explicar los principios que determinan la estructura del Estado colombiano”. Francisco de Paula Pérez, *Derecho Constitucional Colombiano* (Bogotá: Editorial ABC, 1952), 9.

entiende una colaboración de órganos de representación y una repartición de funciones.

[...] Lejos, pues, de estar aislados, los diversos órganos se encuentran compenetrados íntimamente, en acción recíproca de uno sobre otro⁵⁰⁵

El trabajo del profesor Tascón, tendrá una notable influencia en el sentido y contenido de la reforma constitucional de 1936; así consta no solo en las memorias del trámite, sino que ha sido reconocido por los principales historiadores de esa época⁵⁰⁶. Por lo tanto, no debe extrañarnos la notoria coincidencia entre los términos utilizados por Tascón y el contenido del proyecto de reforma finalmente discutido por el Congreso para modificar el contenido del antiguo artículo 57 constitucional, a saber:

Son órganos del Poder Público: el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

Los órganos del poder público, son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado⁵⁰⁷

Frente a su justificación consta expresamente en el informe de la Comisión que redactó el proyecto que:

Siguiendo los rumbos del derecho político moderno, se sustituye la teoría, ya cancelada por la ciencia constitucional, de la separación absoluta de los poderes públicos, prolijada en varios textos de la Carta actual, para reemplazarla por la noción de la interdependencia y colaboración de los órganos del poder de las diversas funciones del Estado⁵⁰⁸.

Más adelante en el trámite, al presentarse el informe para segundo debate, se dispuso dentro de la exposición de motivos que:

Modifica el proyecto la noción de la separación absoluta de los órganos del Poder Público, reevaluada por el Derecho moderno, y acepta la de compenetración y mutua colaboración de dichos órganos entre sí.⁵⁰⁹

Sin que después de su inclusión se hubiera presentado alguna proposición modificatoria, la disposición sería aprobada y promulgada como el artículo 21 del Acto Legislativo No. 1 de 1936, el cual por disposición codificatoria del Gobierno Nacional reemplazaría al

⁵⁰⁵ Tascón, *Derecho Constitucional Colombiano: Comentarios a la Constitución Nacional*.

⁵⁰⁶ Tirado Mejía y Velásquez Toro, *Reforma Constitucional de 1936*, 25.

⁵⁰⁷ Tirado Mejía y Velásquez Toro, 210.

⁵⁰⁸ Sobre el origen del proyecto de artículo consta en las actas que fue a sugerencia del Senador Caicedo Castilla, quién en sesión del 18 de enero de 1936 la propuso como sustitutiva del siguiente “Son órganos del Poder Público: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Los órganos del Poder Público son limitados, y ejercen separadamente sus atribuciones”. Incluso consta en las actas que durante la sesión se leyeron apartes del texto de Julio E. Tascón ya referenciado por lo que no resulta extraño que se leyera su comentario al artículo 57 vigente para entonces. Tirado Mejía y Velásquez Toro, 378.

⁵⁰⁹ Tirado Mejía y Velásquez Toro, 346.

artículo 57 de la Constitución Política de 1886 y, de ahora en adelante, correspondería al artículo 52 superior.

Sobre el contenido del artículo en cuestión corresponde destacar, al menos, cuatro aspectos. El primero de ellos se refiere al cambio del término “poderes” por el de “órganos” como componentes del poder público. Si bien el primer término fue el utilizado expresamente en las obras de los precursores de la doctrina de la separación de poderes y en las primeras constituciones liberales, casi desde sus orígenes se le formuló la crítica de la incompatibilidad de este con el postulado de la indivisibilidad de la soberanía a la luz de las tesis primigenias de Jean Bodino⁵¹⁰. Por su parte, si bien la metáfora organicista para representar el funcionamiento del poder político podemos rastrearla hasta los clásicos griegos⁵¹¹, su utilidad para designar los componentes de la institucionalidad política será desarrollada con especial detalle en la Edad Media⁵¹² y el Renacimiento⁵¹³.

De tal modo que la metáfora de los órganos será reintroducida desde comienzos del siglo XX, en particular por la doctrina solidarista, para acentuar la idea de la unidad de acción y funcionalidad del poder político. Tal vez el defensor más agudo sea nuevamente Duguit, quién afirmaba que “[s]e conciben los poderes como elementos mismos de la voluntad del Estado, considerado en sí mismo, constituyendo, reunidos, la soberanía. Los poderes no son órganos. Los órganos son los individuos y los grupos de individuos investidos del ejercicio de un elemento determinado de la soberanía, o de la soberanía entera”⁵¹⁴. Al respecto, en las actas de la reforma constitucional se hace eco de esta tesis cuando se afirma que “el Poder Público es uno, que se manifiesta por medio de sus órganos”⁵¹⁵ y, en otra parte que, “el Poder Público es ejercido interdependientemente por diversos órganos”⁵¹⁶.

⁵¹⁰ Jean Bodino, *Los seis libros de la República [1576]*, ed. Jose Luis Bermejo Cabrero (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992).

⁵¹¹ Aristóteles, *La Política*.

⁵¹² Tomás de Aquino, *La Monarquía [1267]*, ed. Laureano Robles y Ángel Chueca (Barcelona: Altaya, 1994).

⁵¹³ Durante el renacimiento ya era bien conocida la metáfora desarrolla por Juan de Salisbury en su obra *Policraticus* de una comunidad política con los distintos sistemas del cuerpo humano. Al respecto véase: Rubin, *Beyond Camelot: rethinking politics and law for the modern state*, 39.

⁵¹⁴ Duguit, *Manual de derecho constitucional*, 137.

⁵¹⁵ Tirado Mejía y Velásquez Toro, *Reforma Constitucional de 1936*, 306.

⁵¹⁶ Tirado Mejía y Velásquez Toro, 256.

El segundo aspecto para resaltar se refiere a la continuidad que se le da a la tri-división clásica de poderes. A pesar de que en los debates se propuso la creación de un cuarto órgano que estaría en cabeza del Ministerio Público, finalmente dicha posición fue derrotada⁵¹⁷ y en el artículo en cuestión se mantuvo la división del poder en los tres órganos canónicos, tal como fue propuesta por Montesquieu. En tercer lugar, en el contenido del nuevo artículo constitucional se mantienen, igualmente, los postulados de límite y separación entre los órganos del Estado. Con ello se conserva el *ethos* liberal de la doctrina de la separación de poderes como instrumento de limitación al abuso como consecuencia de la concentración del poder. Incluso esta fue la motivación que tuvo el proyecto de artículo en su versión original, es decir, cuando aún no contemplaba al mandato de colaboración armónica. Al respecto se expresaba el senador Moncada, quién durante el debate sostuvo que, “el pensamiento de los autores de la disposición es señalar los límites de cada órgano del Poder Público, a objeto de que uno no pueda invadir la zona de otro u otros”⁵¹⁸.

Por último, cabe enfatizar que con dicho artículo se introduce a la colaboración armónica entre órganos del Estado en el constitucionalismo colombiano. Dicha inclusión tiene lugar a través del inciso segundo del artículo en cuestión, el cual dispone literalmente que “[...] Los órganos del poder público son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”. Para abordar las implicaciones de dicha disposición constitucional, es necesario desarrollar un análisis sintáctico tendente a evidenciar los sentidos literales o explícitos del enunciado que incluya las variables gramaticales y semánticas de este⁵¹⁹. Este ejercicio nos permitirá identificar el significado lingüístico o explícito del enunciado constitucional, el cual como nos lo recuerda Aharon Barak, requiere aplicar las reglas de la semántica y la sintaxis⁵²⁰.

⁵¹⁷ Tirado Mejía y Velásquez Toro, 302.

⁵¹⁸ Tirado Mejía y Velásquez Toro, 376.

⁵¹⁹ Palti, «De la historia de “ideas” a la historia de los “lenguajes políticos”: las escuelas recientes de análisis conceptual», 68.

⁵²⁰ Para Barak, “el significado expreso de un texto constitucional es el significado obtenido directamente a través de la lectura del lenguaje constitucional. Este es el significado lingüístico indicado por la semántica y la sintaxis. Este es el significado del diccionario del textoy está limitado por los significados lingüísticos de la disposición”. Barak, «On Constitutional Implications and Constitutional Structure», 58.

Para comenzar, no sobra advertir que se trata de una proposición compleja compuesta por tres oraciones simples e independientes que disponen de sujeto y predicado. Dos de estas oraciones tienen sujeto tácito, que pueden identificarse de la sintaxis del enunciado.

Las tres oraciones que componen el enunciado son:

- Oración 1: Los órganos del poder público son limitados.
- Oración 2: [Los órganos del poder público] tienen funciones separadas.
- Oración 3: [Los órganos del poder público] colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado.

Para proceder con un análisis morfológico y sintáctico de las mismas, se presenta el esquema arbóreo de cada una de ellas con la finalidad de explicitar los componentes de cada una de las oraciones. Para ello, se utilizará como modelo el diagrama de estructura ahormacional propuesto por Noam Chomsky⁵²¹. Este modelo sintáctico parte de considerar que toda oración suele contar con sujeto y predicado, siendo posible, en la generalidad de los casos, identificar un sintagma o grupo nominal (SN) y un sintagma o grupo verbal (SV). A su vez, el sintagma nominal se compone de un determinante (Det.) más un nombre (Nb), mientras el sintagma verbal consta de un verbo (V) más un sintagma nominal (SN). Por su parte, el sintagma preposicional (S.Prep.), consta de una preposición (Prep.) y un sintagma nominal (SN), y el sintagma adverbial (SAdv.), de un adverbio (Adv.)⁵²²

A partir de estos presupuestos, en las ilustraciones 1 y 2 se muestran los esquemas arbóreos de las oraciones 1 y 2. Allí puede observarse que ambas oraciones comparten sujeto, a saber, los órganos, que, en virtud del sintagma proposicional, pertenecen a un poder que se cualifica como público. Por su parte, en relación con los predicados de ambas frases, es posible señalar que ambos declaran rasgos atribuibles al sujeto común, a saber: que son limitados y que tienen funciones separadas.

⁵²¹ Noam Chomsky, *Estructuras sintácticas*, 6° (Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1997), 42.

⁵²² Chomsky, 43.

Ilustración 1: Esquema arbóreo de la oración 1

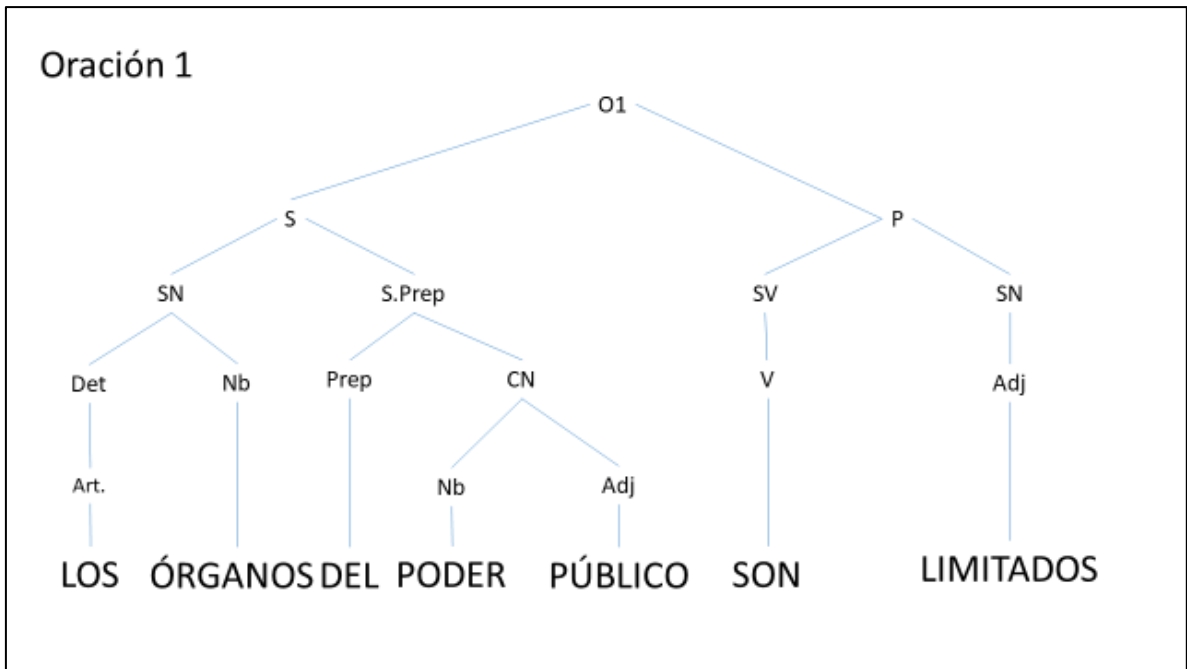
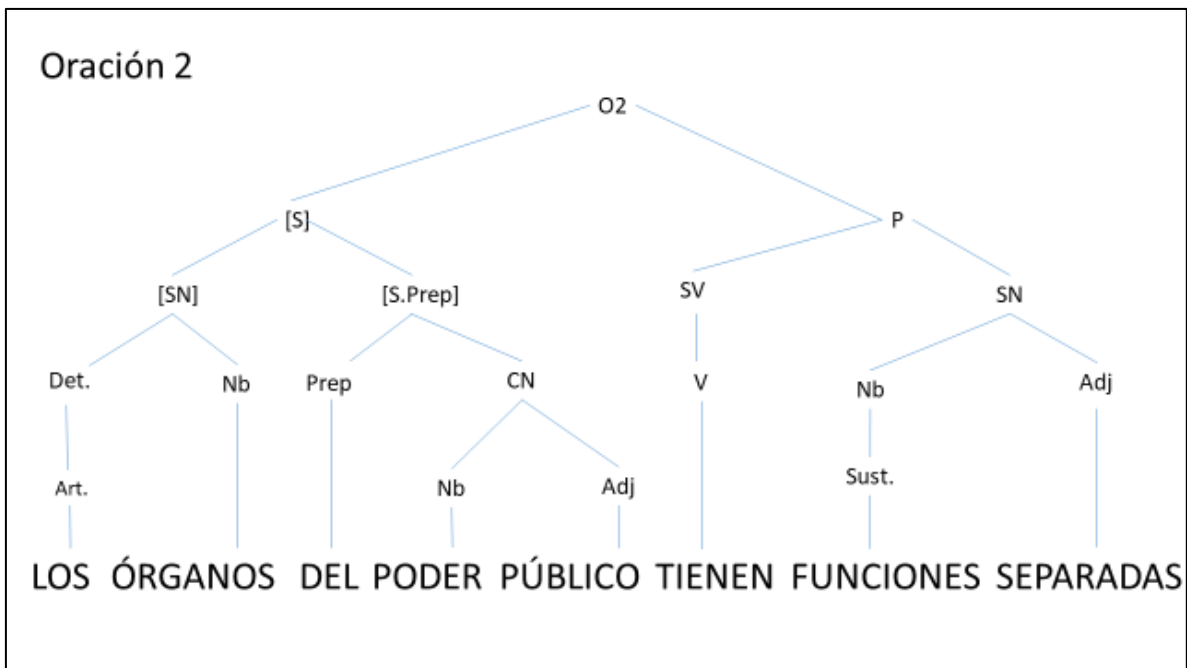


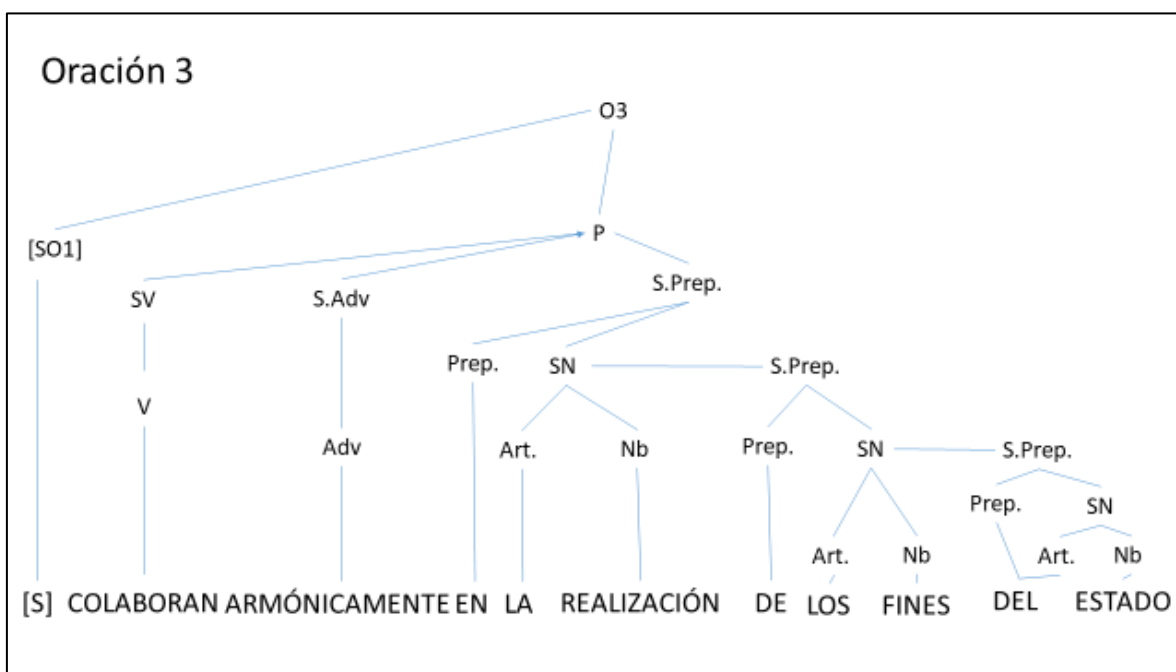
Ilustración 2: Esquema arbóreo de la oración 2



En la ilustración 3 se presenta el esquema arbóreo de la oración 3. A partir de este, puede afirmarse que la oración comparte el sujeto de las dos anteriores. En relación con el predicado, este se compone de un sintagma verbal, uno adverbial y uno preposicional. De este se derivan, a su vez, dos sintagmas preposicionales de menor nivel, cuya función es la de introducir complementos de nombres. Sobre el contenido gramatical del predicado, la característica destacada es el uso de un verbo intransitivo, a saber:

colaboran. Este significa, en su acepción ordinaria, “trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra” o “ayudar con otros al logro de un fin común”. En razón a dicho significado, en el predicado en cuestión se incluyen dos modificadores adjuntos del verbo o complementos circunstanciales para la determinación de dicha obra o fin común. El primer complemento es de modo: “armónicamente”. Mediante este se especifica el tipo de colaboración que hay entre los órganos del poder público. Así, a través del adverbio, se denota que la colaboración entre los órganos del poder público es “de manera armónica”, es decir, “en proporción y correspondencia de unas cosas con otras en el conjunto que componen”. Por su parte, el segundo complemento circunstancial será de finalidad al precisar que la mencionada colaboración tiene como fin la realización de los fines del Estado.

Ilustración 3: Esquema arbóreo de la oración 3



En cuanto a la relación existente entre las tres oraciones mencionadas, puede evidenciarse que entre las dos primeras se usa como conector la coma. Teniendo en cuenta que del contexto y de la sintaxis puede afirmarse que el propósito de ambas oraciones es el de predicar dos atributos de un sujeto común, a saber, que los órganos del poder son limitados y tienen funciones separadas, es posible sostener que el conector supone una relación adición de información o, en términos técnicos, de coordinación copulativa⁵²³.

⁵²³ Real Academia Española. y Asociación de Academias de la Lengua Española., *Nueva gramática de la lengua española* (Madrid: Espasa, 2009), 608.

Esto es así porque al reemplazarse la coma por la conjunción más característica en el idioma español, a saber, la *y*, la relación entre las oraciones no cambia; antes bien, parece aclararse y precisarse. Por lo tanto, las oraciones uno y dos disponen de una relación que busca representar una idea de complementariedad entre los atributos o rasgos del sujeto común.

Por su parte, sobre la conexión de las dos primeras oraciones con la tercera, puede establecerse que existe una relación de coordinación adversativa o bipolar adversativa debido al uso de la conjunción *pero*. Siguiendo lo dispuesto por la *Nueva gramática de la lengua española*, puede afirmarse que, con esta conjunción, se contraponen dos ideas, una de ellas no formulada de manera explícita, sino inferida⁵²⁴. Así, en “[l]os órganos del poder público son limitados, tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”, se opone “colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”, idea expresada en la tercera oración, a “no colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”. Esta se podría inferir o deducir del predicado de las oraciones uno y dos. En otras palabras, ante la posible inferencia que los órganos del poder público no colaboren por ser limitados y por tener funciones separadas, la oración tercera declara expresamente la idea que, pese a estos atributos, los órganos colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado.

En resumen, el enunciado compuesto por las tres oraciones presenta tres características de los órganos del poder público. Los predicados de las primeras dos oraciones presentan los siguientes rasgos: limitados y funcionalmente separados. El predicado de la tercera oración, por su parte, añade otro rasgo que plantea una salvedad frente los atributos antes mencionados. Gracias a la introducción de esta oración adversativa, se detalla cómo operan los órganos del poder público. Así, pese a que cada uno es limitado y funciones separadas, trabajan conjuntamente para el correcto funcionamiento del todo del cual son parte, a saber, el Estado y sus fines.

Esta afirmación tiene igualmente sustento desde la etimología de los términos. La palabra *órganos* viene del griego ὄργανον⁵²⁵ que tiene como principal acepción la de instrumento

⁵²⁴ Real Academia Española. y Asociación de Academias de la Lengua Española., 616.

⁵²⁵ Real Academia Española, «Diccionario de la Lengua Española».

o herramienta⁵²⁶. Esta coincide particularmente con el quinto significado que le asigna la Real Academia de la Lengua española a la palabra órgano, a saber, “persona o cosa que sirve para la ejecución de un acto o un designio”⁵²⁷. En consecuencia, lo que hace la concesión prevista en la tercera frase del enunciado es precisar el designio al que sirven los instrumentos por los que actúa el Estado, que no podrían ser otros que el cumplimiento de sus propios fines.

Ahora, si bien la disposición analizada utiliza una forma gramatical declarativa, no debe perderse de vista que, por tratarse de una norma jurídica de rango constitucional, su función es imperativa, propia de un mandato de carácter prescriptivo y deontológico, típico de todo ordenamiento jurídico. Esta divergencia entre la forma y la función de una proposición no es extraña en el derecho. Como bien nos lo recuerda Bobbio: “a veces un mandato se manifiesta de manera declarativa, como sucede generalmente en los artículos de las leyes, los cuales, aunque, sin duda tiene una función imperativa, casi siempre se expresan como proposiciones declarativas [...] se trata manifiestamente de una proposición declarativa con función de mandato”⁵²⁸.

Establecido el carácter imperativo de la disposición, debe señalarse que, como toda norma jurídica, la que se ha analizado prescribe lo que *debe ser* en virtud de los principios de lógica deóntica que le sirven de fundamento⁵²⁹. Sin embargo, a lo que *debe ser* no necesariamente corresponde lo que *es*, como lo afirma Bobbio⁵³⁰. En consecuencia, dicha disposición debe entenderse como un mandato que prescribe el cumplimiento de los tres atributos establecidos para los órganos del poder público, verbi gracia: que sean limitados, con funciones separadas pero que, contrario a lo que pueda inferirse, deberán igualmente

⁵²⁶ «Greek Word Study Tool», Tufts University, accedido 21 de junio de 2019, [http://www.perseus.tufts.edu/hopper/morph?l=organon&la=greek#Perseus:text:1999.04.0057:entry=o\)/rganon-contents](http://www.perseus.tufts.edu/hopper/morph?l=organon&la=greek#Perseus:text:1999.04.0057:entry=o)/rganon-contents).

⁵²⁷ Real Academia Española, «Diccionario de la Lengua Española».

⁵²⁸ Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 3^o (Bogotá: Temis, 2012), 45.

⁵²⁹ Al respecto afirma Kelsen: “En particular, las normas generales tienen que ser normas en las cuales una cierta sanción se hace depender de determinadas condiciones, expresándose tal dependencia mediante el concepto de “deber ser”. Esto no significa que los órganos legisladores tengan necesariamente que dar a las normas la forma de juicios hipotéticos que establecen “deberes”. Los diferentes elementos de una norma pueden quedar contenidos en muy diversos productos del proceso legislativo y expresarse lingüísticamente de maneras muy diversas” Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, 2^o (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979), 52.

⁵³⁰ Bobbio, *Teoría General del Derecho*, 107.

colaborar de forma armónica en la realización de los fines del Estado, so pena de vulnerarse con el mandato dispuesto en la norma constitucional.

Expedida la reforma constitucional de 1936, las reacciones a la nueva redacción del artículo 52 constitucional fueron variadas. Uno de los aspectos sujetos a discusión por parte de la doctrina especializada fue la utilización del término “órganos”, en lugar de “poderes”, para referirse a los componentes del poder público. Al respecto, algunos autores consideraron que, con dicha metáfora organicista se lograba poner énfasis en la unidad del poder⁵³¹. Sin embargo, otros consideraron que, si bien la intención era adecuada, aquel no era el denominador adecuado⁵³². En este último sentido, se pronuncia quién paradójicamente se considera el ideólogo, como dijimos, de la reforma de 1936, a saber, el profesor Tulio E. Tascón. Al respecto, en sus comentarios a la constitución colombiana de 1939, sostuvo frente al uso del término “órganos” en el artículo 52 que, “[s]i bien Duguit llamó órganos del Estado a los poderes públicos, jamás pensó que pudiera llamársele órganos del poder público, pues no siendo este otra cosa que el conjunto de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, hablar de órganos del poder público resulta pleonástico, porque es como decir <órganos del órgano>”⁵³³. De igual manera, Tascón criticó la oración que disponía que los poderes públicos son limitados. Al respecto afirmó que, “[e]ste postulado sobre el cual se basa la legalidad pierde también su significación al decir que los órganos son limitados, entre otras razones, porque no hay órganos ilimitados”⁵³⁴.

⁵³¹ Jose Gnecco Mozo, *La reforma constitucional de 1936: comentario jurídico al Acto reformatorio* (Bogotá: Editorial ABC, 1938), 225.

⁵³² En este sentido se pronunciaba Eleuterio Serna, citado por SÁCHICA, quién afirmaba al respecto que “esta era una concepción biológica que ideó Duguit y que fue imitada desfiguradamente por los constituyentes de 1936, quienes hablaron de órganos del poder público en forma impropia”. Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo Constitucionalismo Colombiano* (Bogotá: Temis, 1994), 171.

⁵³³ Tascón, *Derecho Constitucional Colombiano: Comentarios a la Constitución Nacional*.

⁵³⁴ Tascón.

A pesar de no ser unánimes⁵³⁵, estas críticas que se fundamentaron en criterios técnicos tuvieron un importante eco no solo entre los demás doctrinantes⁵³⁶, sino que llegarían hasta los órganos políticos del Estado. Ello condujo a que en el proyecto de reforma constitucional que emprendería el segundo gobierno de López Pumarejo en 1945 se incluyera una modificación al artículo en cuestión que reemplazó “órganos” por “ramas” y eliminó el postulado del carácter limitado de los poderes. Sobre las razones que justificaron este nuevo paquete de reformas constitucionales, Diego Uribe Vargas identifica dos principales⁵³⁷. La primera, porque la transformación de 1936 había nacido con un defecto sustantivo: el momento en que se tramitó y aprobó, el Partido Conservador estaba totalmente marginado de la vida política institucional y no hacía parte del Congreso de la República. Y la segunda, porque en esa reforma de 1936 se había hecho hincapié en la parte dogmática de la Constitución, tanto en lo referido a los principios como a los derechos, pero no se les había prestado especial atención a los aspectos orgánicos del Estado. Esta última razón la hizo explícita el propio presidente López Pumarejo en el mensaje que envió al Congreso el 15 de mayo de 1944 al indicar que:

Será preciso, como lo ha recomendado el gobierno, una revisión institucional de las funciones del Congreso, el Gobierno y la Justicia para que todos tres sean más eficaces y su acción sea práctica y no teórica, real y no formal. Pero ante todo importará que el pueblo entienda que esa revisión no es un acto de oligarquías que quieren extender su poder, sino una necesidad pública, sin la cual el libertinaje hará, ahí sí, invivible la República⁵³⁸.

Esta nueva reforma constitucional que finalmente quedará contenida en el Acto Legislativo No. 01 de 1945 significó, en palabras de Valencia Villa, “un complemento técnico del paquete ideológico de 1936”⁵³⁹. Así, con una notable influencia del sistema norteamericano, la reforma incluyó, entre otros, los siguientes cambios: (i) se crearon los departamentos administrativos como entidades técnicas ubicadas a la par de los

⁵³⁵ En defensa del uso del concepto de órganos expone Eduardo Fernández que, “El poder es uno, porque una es la soberanía. Dividir en tres poderes la energía estatal que libremente asume el gobierno de un grupo humano, ya nos parece un claro error. Lo que pasa es que a cada función esencial debe corresponder un órgano, y por eso se ha hablado de tres órganos del poder como lo hizo el constituyente de 1936” Eduardo Fernández Botero, *Las Constituciones Colombianas Comparadas* (Medellín: Universidad de Antioquia, 1964), 142.

⁵³⁶ Álvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano* (Bogotá: Temis, 1957); Abel Naranjo Villegas, *Tradición y reforma constitucional* (Medellín: Imprenta Departamental, 1964); Jacobo Pérez Escobar, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5° (Medellín: Horizontes, 1974).

⁵³⁷ Diego Uribe Vargas, *Evolución política y constitucional de Colombia* (Madrid: Instituto de Derecho Comparado, Universidad Complutense de Madrid, 1996), 206.

⁵³⁸ Eduardo Zuleta Angel, *El Presidente López Pumarejo* (Bogotá: Gamma, 1986), 149.

⁵³⁹ Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 184.

ministerios y dependientes del presidente⁵⁴⁰; (ii) se establece la iniciativa exclusiva por parte del gobierno para proyectos de ley con contenido económico⁵⁴¹; (iii) se consagró el mensaje de urgencia en cabeza del presidente como mecanismo para agilizar la discusión de proyectos legislativos⁵⁴²; (iv) se crean las comisiones permanentes en ambas cámaras del congreso, atendiendo a una división del trabajo según el contenido de los proyectos de ley⁵⁴³; (v) se limita el derecho al sufragio a los miembros activos de las fuerzas militares⁵⁴⁴; (vi) se otorga la competencia al Consejo de Estado de conocer de la inconstitucionalidad de los actos administrativos por vía de la acción pública ciudadana⁵⁴⁵, entre otros.

Frente al mencionado artículo 52 constitucional, la influencia del sistema norteamericano será igualmente ostensible, ya que en el trámite legislativo se adoptará sin mayor discusión la propuesta del gobierno, introduciéndose el término “ramas” para designar los componentes del poder público. Con ello, se termina utilizando una analogía que es propia del derecho anglosajón y que ya era común para cuando Blackstone escribió sus comentarios sobre las leyes de Inglaterra hacia 1765, tal y como lo sostiene Rubin⁵⁴⁶. Sin embargo, será en el proceso constituyente de Estados Unidos donde dicha metáfora se generalice, como lo prueba su común utilización en los escritos de El Federalista⁵⁴⁷ y el que ello haya sido utilizado, no solo por la totalidad de los comentaristas del texto aprobado en Filadelfia, sino también por la misma Corte Suprema de los Estados Unidos⁵⁴⁸. En este sentido, el contenido finalmente aprobado para el artículo 52 con el Acto Legislativo No. 1 de 1945 y que luego será compilado como el artículo 55 constitucional, es el siguiente:

Son ramas del Poder Público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional.
El Congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado.⁵⁴⁹

⁵⁴⁰ Artículo 120. Congreso de Colombia, «Acto Legislativo No. 1 de 1945», en *Constituciones de Colombia*, ed. Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra (Bogotá: Banco Popular, 1986), 73.

⁵⁴¹ Artículo 73. Congreso de Colombia, 61.

⁵⁴² Artículo 84. Congreso de Colombia, 63.

⁵⁴³ Artículo 73. Congreso de Colombia, 61.

⁵⁴⁴ Artículo 168. Congreso de Colombia, 89.

⁵⁴⁵ Artículo 41. Congreso de Colombia, 77.

⁵⁴⁶ Rubin, *Beyond Camelot: rethinking politics and law for the modern state*, 47.

⁵⁴⁷ Hamilton, Madison, y Jay, *El federalista*.

⁵⁴⁸ Jesse H. Choper et al., *Constitutional law : cases, comments, questions*, 10^o (St. Paul: Thomson/West, 2006), 151 y ss.

⁵⁴⁹ Congreso de Colombia, «Acto Legislativo No. 1 de 1945», 57.

De su contenido es necesario advertir en primer lugar, y como se venía haciendo, que se reemplaza el término “órganos” del poder público implicando que “la similitud con el cuerpo animal fuera reemplazada por una similitud vegetal”⁵⁵⁰, tal y como lo advierte el profesor Fernández Botero. En similar sentido, se pronuncia Pérez Escobar al afirmar que, “[d]esde ahora se concibe el poder público como un árbol de cuyo tronco nacen tres ramas. Lo cual no deja de ser un tanto artificioso”⁵⁵¹. En segundo lugar, la reforma enuncia expresamente cuáles son las ramas del poder, a saber, la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional. Esta última, reemplaza al órgano judicial del texto de la reforma de 1936, aspecto que será ampliamente criticado luego por ser a todas luces inadecuado. En este sentido, se pronuncia el Profesor Álvaro Copete afirmando que, “se cometió un error al denominar con el calificativo jurisdiccional a la rama judicial ya que la función jurisdiccional es ejercida por muchísimos funcionarios pertenecientes a la rama ejecutiva, ministros, gobernadores, alcaldes, recaudadores, quienes están permanentemente ejerciendo jurisdicción y mando”⁵⁵². De esta crítica hará igualmente eco la Corte Suprema de Justicia⁵⁵³.

En tercer lugar, se elimina la primera oración que contenía el enunciado que había traído la reforma de 1936, a saber, “los poderes públicos son limitados”, respondiendo con ello, posiblemente, a la crítica que al respecto había planteado Tascón. Dicha crítica, valga recordar, se refería a sostener que dicha oración era un pleonasma en tanto “no hay órganos ilimitados”⁵⁵⁴ y, en ningún caso, a que debía entenderse que las ramas fueran incondicionadas, soberanas o absolutas. En este sentido, lo entendió igualmente la Corte Suprema de Justicia, quién actuando como juez constitucional afirmaba al respecto que:

Los órganos creados para el ejercicio del poder público tienen funciones limitadas. No puede hacer sino aquello que les es permitido normativamente. Todos los poderes públicos son limitados decía el artículo 57 de la Constitución de 1886. Y el Constituyente de 1936, después de precisar que eran órganos del poder público el legislativo, el ejecutivo y el judicial, advirtió que tales órganos eran limitados. El hecho de que el Constituyente de 1945 no hubiese aludido explícitamente a esas limitaciones, no cambia aquella característica de las ramas del poder público⁵⁵⁵.

⁵⁵⁰ Fernández Botero, *Las Constituciones Colombianas Comparadas*, 142.

⁵⁵¹ Pérez Escobar, *Derecho Constitucional Colombiano*, 1974.

⁵⁵² Copete Lizarralde, *Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano*, 253.

⁵⁵³ Gaceta Judicial Tomo CXLIX, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de abril (1973).

⁵⁵⁴ Tascón, *Derecho Constitucional Colombiano: Comentarios a la Constitución Nacional*.

⁵⁵⁵ Gaceta Judicial Tomo CLXIV, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia del 5 de noviembre (1981).

Por último, el mandato a la colaboración armónica entre las “nuevas” ramas del poder se mantuvo intacto. Este mandato, al igual que el contenido mismo del artículo 55 constitucional, dicho sea de paso, se mantendrán vigentes hasta 1991, cuando se derogue integralmente a la constitución de 1886 con sus múltiples reformas. En relación con la inclusión del mandato de colaboración armónica entre poderes en el texto constitucional, este fue valorado de forma favorable por los doctrinantes de la época. Si bien algunos consideraron que dicho deber ya hacía parte de la Constitución de 1886⁵⁵⁶, y otros no vieron la reforma como necesaria⁵⁵⁷, la gran generalidad confluó en considerarlo como un paso hacia la modernización del Estado a la luz del nuevo rol intervencionista propio del constitucionalismo social.

En esta línea se pronunciaba Pedro Juan Navarro al afirmar que, con la introducción de dicho mandato, el derecho colombiano se ponía a tono con el derecho constitucional moderno al reevaluar la noción de la separación estricta entre poderes⁵⁵⁸. En sentido similar, señalaba el profesor Álvaro Copete que, “la colaboración armónica de las ramas del poder es una necesidad imprescindible para la buena marcha de la administración pública”⁵⁵⁹. De igual forma, Francisco de P. Pérez, refiriéndose a la colaboración armónica sostiene que, “los distintos órganos del poder tienen sus obligados puntos de contacto y sus relaciones inevitables. Son ruedas de una misma máquina que cumplen su destino propio, pero que desarrollan una acción conjunta dentro de una estructura jurídica”⁵⁶⁰. Por último, el profesor Eduardo Fernández Botero, de forma más sugerente afirmaba que:

La realidad es que la doctrina [de la separación de poderes] solicita la colaboración armónica de las tres ramas del Poder, la que se verifica justamente porque están separadas. La moderación de la una sobre la otra no implica tres rivales, tratándose de superar y de destruir. Al contrario, si hay un solo Poder y cada función adscrita a una rama no es eficaz por sí sola, una rama recibe de la otra para continuar hacia el fin del Estado (el bien común,

⁵⁵⁶ Al respecto señala Francisco de P. Pérez que “Conviene advertir que la mutua colaboración e inteligencia de las distintas ramas u órganos del poder, estaba, en la práctica, consagrada por el constituyente de 1886 y puesto que se sujetaban en su ejercicio a dicha orientación, sin menoscabo de la independencia relativa que la carta les reconocía. Para demostrar lo aseverado basta recordar que, en los capítulos correspondientes a esas funciones, tanto en lo legislativo como en lo ejecutivo y judicial, no hubo variación alguna de importancia en 1936, lo que prueba que la colaboración había sido prevista con anterioridad”. Pérez, *Derecho Constitucional Colombiano*, 12.

⁵⁵⁷ Gnecco Mozo, *La reforma constitucional de 1936: comentario jurídico al Acto reformativo*, 225.

⁵⁵⁸ Navarro, *Constitución Política de la República de Colombia 1936: historia, proceso y comentarios*, 232.

⁵⁵⁹ Copete Lizarralde, *Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano*, 57.

⁵⁶⁰ Pérez, *Derecho Constitucional Colombiano*, 11.

la atención a las demandas colectivas). La Ley sola es inactuante, y necesita moverse, producir cambios crear hechos: ejecución. Y si hay conflictos, la ley sola o su ejecutor no puede desatarlos; se requiere el fallador. Y este fallo, a su vez, debe volver al ejecutor para hacerlo cumplir⁵⁶¹.

En un sentido similar, el profesor Jaime Vidal Perdomo sostenía sobre la cláusula de colaboración armónica que “[e]ste deber de cooperación implica participación de una rama de las funciones de la otra, o la disposición a su favor de recursos o medios de presión sobre el otro destinados a hacer efectiva esa colaboración”⁵⁶². Sobre estos, continuaba el profesor Vidal afirmando que se trata de los medios jurídicos y no de los que pueden generar presiones indebidas de un órgano sobre otro, los cuales son contrarios a la moral democrática y a la independencia que se quiere entre ellos.

En relación con las implicaciones prácticas de dicho mandato en el sistema constitucional vigente, fueron pocos los ejercicios doctrinales que se dirigieron en ese sentido. Una primera excepción la encontramos con Tascón quien sostiene que los diversos órganos del Estado, antes que estar aislados, se encuentran “compenetrados íntimamente” y “en acción recíproca de unos con otros”⁵⁶³. Para defender esta idea expone que cada uno de los órganos tiene una función principal, pero además de ella, desarrollan igualmente funciones auxiliares con las que se interconectan mutuamente, tal y como se sintetiza en la tabla 3.

Tabla 4: Las implicaciones de la colaboración armónica según Tascón

Órganos	Función principal	Funciones auxiliares
Legislativo	Dictar leyes	<ul style="list-style-type: none"> • Jurisdiccionales: juzgamiento a los más altos funcionarios. • Administrativas: elección de ciertos empleados, vgr, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Contralor general de la República.
Ejecutivo	Expedir actos de la administración	<ul style="list-style-type: none"> • Legislativas: Cuando ejerce la potestad reglamentaria o hace uso de las facultades extraordinarias. • Jurisdiccionales: Instruye sumarios o falla querrelas de policía.
Judicial	Proferir sentencias en juicios civiles o criminales	<ul style="list-style-type: none"> • Administrativas: Nombra jueces inferiores o funcionarios subalternos. • Legislativas: cuando interpreta las leyes por vía de doctrina, sentando jurisprudencia

Fuente: Elaboración propia con base en Tascón 564

⁵⁶¹ Fernández Botero, *Las Constituciones Colombianas Comparadas*, 143.

⁵⁶² Jaime Vidal Perdomo, *Derecho constitucional general* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1969), 134.

⁵⁶³ Tascón, *Derecho Constitucional Colombiano: Comentarios a la Constitución Nacional*.

⁵⁶⁴ Tascón.

Finalmente señala el autor que, “[a]sí también vemos que en la función legislativa colabora el órgano ejecutivo presentando proyectos de ley, coadyuvando u objetándolos y dándoles su sanción e interviene el órgano judicial, decidiendo sobre su exequibilidad cuando fueren objetados por inconstitucionales y las Cámaras insistieren”⁵⁶⁵. Sin embargo, el ejercicio más riguroso sobre las implicaciones del principio de colaboración armónica será el propuesto por el profesor Jacobo Pérez Escobar. Este, en su texto *Derecho Constitucional Colombiano*, editado por primera vez en 1974, propone una serie de consecuencias de la inclusión del principio de dicho principio. Para ello, parte de identificar las posibles interacciones de colaboración entre las tres ramas del poder, encontrando cinco posibles combinaciones. Una síntesis de estas se encuentra en la ilustración 5.

⁵⁶⁵ Tascón.

Los jueces en relación con la función legislativa pueden:

- Interpretar en concreto las leyes y los decretos para aplicarlos en las relaciones humanas, es decir, transformar las decisiones del derecho en soluciones concretas para cada caso sometido a su consideración.
- La Corte Suprema de Justicia puede conocer y decidir definitivamente de la inconstitucionalidad de las leyes y demás normas con fuerza de ley.
- La Corte Suprema interpreta definitivamente la constitución cuando declara inexecutable de una ley o de uno de los decretos que tiene fuerza de ley.
- Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado tiene voz en el Congreso cuando se trate de actos reformativos de la constitución o de ciertas leyes.
- El Consejo de Estado puede preparar proyectos de ley y de códigos que deban presentarse a las Cámaras Legislativas y proponer las reformas convenientes en todas las ramas de la legislación.

El congreso en relación con la justicia puede:

- Interpretar las leyes por vía de autoridad.
- Conceder amnistías o indulto general por delitos políticos
- Acusar la Cámara y juzgar el Senado, cuando hubiere justas causas al presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los Consejeros de Estado.

Al Gobierno en relación con la justicia le corresponde:

- Velar porque en toda la República se administre pronta y cumplida justicia
- Prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias
- Mandar acusar ante el Tribunal competente, por medio del respectivo agente del Ministerio Público, o de un abogado fiscal nombrado al efecto a los Gobernadores de Departamento.
- Conceder indultos particulares por delitos políticos.
- Interpretar de modo exclusivo los tratados públicos, según la teoría colombiana, pero además las leyes cuando deba aplicarlas.

El gobierno puede en relación con la función legislativa ya sea material o formal

- Dictar decretos con fuerza de ley
- Presentar proyectos de ley, tomar parte en los debates, objetar los proyectos de ley y sancionarlos
- Abrir créditos adicionales al presupuesto y efectuar traslados en el mismo

El congreso puede en relación con el Gobierno:

- Pedir al Gobierno los informes escritos y verbales que necesite para conocer los actos de la administración no reservados para ilustrarse y legislar
- Requerir asistencia de los Ministros y nombrar comisiones que vayan a visitar a los Ministros
- Recabar del Gobierno la cooperación de los organismos técnicos oficiales para mejor desempeño de sus funciones.

Fuente: Elaboración propia con base en Pérez Escobar⁵⁶⁶

Debe recordarse que desde la reforma constitucional de 1910 la constitución de 1886 preveía la acción pública de inconstitucionalidad contra los actos normativos con fuerza de ley. El conocimiento de dicha acción se encomendó a la Corte Suprema de Justicia, quien reunida en Sala Plena fungía como tribunal constitucional con competencia para declarar la exequibilidad o inconstitucionalidad de las leyes que se demandaren por considerarlas contrarias a las normas constitucionales. Así, resulta interesante indagar por la manera en que la Corte Suprema de Justicia tuvo que interpretar lo dispuesto por el artículo 55 Constitucional y, en particular, en lo atinente al principio de colaboración armónica cuando se acusaba a una disposición de contrariar lo allí dispuesto, máxime cuando a la corte se le confiaba la guarda de la integridad de la constitución y, por tanto, actuaba como intérprete autorizado de la misma en los mencionados juicios de control abstracto de constitucionalidad.

Haciendo un análisis jurisprudencial entre el año 1936, cuando se introduce el mandato de colaboración armónica, y 1991, cuando a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de ese año, la función de control abstracto de constitucionalidad se radicó en la nueva Corte Constitucional, fue posible encontrar al menos 83 sentencias donde el demandante afirmó que la disposición normativa acusada contrariaba lo dispuesto en el artículo 52 antes de 1945 o 55 Constitucional después de ese año. Tras revisar el contenido de las 83 sentencias, se pudo constatar que, en la totalidad de los casos el ciudadano demandante invocó el artículo en mención para aducir que la norma acusada contrariaba el principio de separación de poderes en alguno de sus postulados y no para hacer mención del mandato de colaboración armónica como parámetro de constitucionalidad. En otras palabras, se puede sostener que para el periodo establecido no se pudo encontrar una sentencia donde el demandante sostuviera la inconstitucionalidad de una norma jurídica por considerar que ella contrariaba el mandato de colaboración armónica incluido en el canon constitucional.

Para nuestro análisis, dicho hallazgo tiene como efecto el que se deba optar por un análisis jurisprudencial de tipo conceptual, a diferencia de uno que busque la identificación de precedentes vinculantes⁵⁶⁷. El análisis conceptual o indicativo de la jurisprudencia,

⁵⁶⁷ Para ver un análisis comparativo del concepto y usos del precedente judicial, véase: Neil MacCormick y Robert S Summers, *Interpreting precedents : a comparative study* (New York: Routledge, 1997).

siguiendo a López Medina, es aquel que se concentra en la definición de los conceptos jurídicos y, por tanto, tiende a obviar los criterios de analogía fáctica de las sentencias para centrarse en que estas traten un tema o concepto jurídico común⁵⁶⁸. Así las cosas, este tipo de análisis no se ocupa de la identificación de patrones fácticos para identificar líneas jurisprudenciales, sombras decisionales o precedentes vinculantes, sino de sistematizar lo que se ha conceptualizado o interpretado con relación a un concepto jurídico abstracto por parte de una autoridad judicial⁵⁶⁹. Por consiguiente, la identificación de jurisprudencia conceptualista resulta ser una herramienta de análisis propia de los estudios de dogmática en derecho constitucional y, en particular, por parte de la doctrina continental europea.

Por lo tanto, para nuestro caso, el análisis jurisprudencial que se propone se dispone a analizar y sistematizar las consideraciones que la Corte Suprema de Justicia, como tribunal- guardián de la Constitución de 1886 hiciera en las 83 sentencias identificadas, en torno al significado atribuido y a la interpretación dada al mandado de colaboración armónica dispuesto en el artículo 55 constitucional (artículo 52 antes de 1945). Así, tras analizar los mencionados fallos y sistematizar lo dispuesto en ellos se identificaron cinco grandes tópicos sobre los que versaron las consideraciones hechas por la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, a saber: (i) el origen de la colaboración armónica; (ii) el carácter de deber o mandato que tiene la colaboración entre órganos o ramas del poder público; (iii) el objeto o función de la colaboración armónica; (iv) algunos tipos de mecanismos de colaboración que identifica la Corte Suprema, y (v) los fines del Estado a los que se dirige la colaboración armónica.

En cuanto al primero de los tópicos, la Corte Suprema de Justicia concuerda con la hipótesis antes sostenida de que esta se remonta a la influencia de la obra de León Duguit y de los constitucionalistas colombianos que leyeron e interpretaron su obra. En este sentido, afirma expresamente la Corte Suprema, al comentar el artículo 52 Constitucional que, “[s]egún lo dice Duguit, con el nombre de separación de poderes se entiende una colaboración de órganos de representación y una repartición de funciones. Hay, pues,

⁵⁶⁸ López Medina, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 110.

⁵⁶⁹ López Medina, 115.

separación de funciones, pero no de órganos”⁵⁷⁰. A continuación, en el mismo fallo, se cita *in extenso* el libro del profesor Tulio Enrique Tascón refiriéndose a la diversidad de funciones que cumplen los órganos en el sistema jurídico colombiano y cómo ello es una materialización de la colaboración armónica.

En otro pronunciamiento, al referirse al artículo 55 Constitucional, el tribunal antecederá una cita del Manual de Derecho Constitucional del profesor de Burdeos afirmando que “[a]ludiendo precisamente al fenómeno cuestionado, León Duguit, cuya influencia aún se observa en muchas de las cláusulas de la Constitución Nacional comenta lo siguiente [...]”⁵⁷¹. Por otro lado, haciendo eco a las críticas de Duguit y sus seguidores colombianos, en torno al principio de separación de poderes en el marco de un Estado intervencionista, la Corte Suprema afirmaba que:

Una vez organizado el Estado de derecho no es concebible hablar de la lucha de los poderes como prenda de garantía de la libertad. Ahora es menester la colaboración armónica para cumplir adecuadamente los fines del Estado moderno. Pero no lo digamos con nuestras palabras: “dentro del Estado intervencionista en que vivimos es imposible pretender la existencia de la separación total de los poderes (Copete Lizarralde, pág. 134). “Pero si esta separación es necesaria para la convivencia social y para no pervertir los fines del estado, la exageración de ese principio, como la llevaron a la práctica los discípulos de Montesquieu, resulta desastrosa” (“Estudios sobre la Constitución Política de Colombia” de Eduardo Fernández Botero, 1974 pág. 203). [...] La teoría de la división de los poderes es incompatible con la existencia normal de un estado de derecho intervencionista. Para demostrarlo basta advertir como en el siglo XIX nuestra Constitución se refería precisamente a los poderes. Empero, en la enmienda de 1936 se suprimió esa expresión que resultaba anacrónica, por lo ya dicho, cuyo principal abanderado fue Duguit y se habló entonces de los órganos del poder público. Finalmente, en la enmienda de 1945, vigente, se habla de las ramas del poder público, una de las cuales es la jurisdiccional.⁵⁷²

Con relación al carácter de mandato de colaborar, la posición de la Corte ha sido pacífica y consistente en sostener la existencia de dicho mandato y del consiguiente deber u obligación de colaboración armónica entre los órganos y/o ramas del poder a pesar de la redacción declarativa de la norma constitucional. Así, en sentencia de 1978 afirmaba la Corte que “El artículo 55 de la Constitución define la estructura del poder público, con un criterio de unidad; mas, funcionalmente, establece tres Ramas: la Legislativa, la

⁵⁷⁰ Gaceta Judicial Tomo LV, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 23 de mayo (1945).

⁵⁷¹ Gaceta Judicial Tomo CLXII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de noviembre (1980).

⁵⁷² Gaceta Judicial Tomo CLXXIX, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 31 de mayo (1984).

Ejecutiva y la Jurisdiccional. Y, a la vez que afirma la independencia de ejercicio, hace obligatoria su colaboración armónica para la realización de los fines del Estado”⁵⁷³. En pronunciamiento posterior, sostiene el alto tribunal que “[e]l principio [de la separación de poderes] no es absoluto y se ve atenuado por la colaboración armónica que la propia constitución ordena que se dé entre las distintas ramas del poder”⁵⁷⁴. A consecuencia de ello, la misma Corte Suprema explicitará que en su propia labor interpretativa deberá procurarse aquella que propenda por reforzar el mandato de colaboración. Así, dispone la Corte que “la estructura de nuestras instituciones constitucionales refleja así mismo, de modo constante, el propósito de someter las autoridades al derecho y el de asegurar la colaboración entre las ramas del poder público, en caso de duda deben preferirse, por lo tanto, las interpretaciones que refuerzan ambos propósitos”⁵⁷⁵.

En cuanto al tercer tópico, es decir, el objeto de la colaboración armónica, la Corte Suprema de Justicia coincidirá en afirmar que este se centra en matizar al principio de separación estricta de poderes. Al respecto, ya en sentencia de 1941 sostenía la Corte que “la reforma del año 36 fuera de la atenuación que trajo al principio rígido de la limitación y separación de los poderes públicos imponiéndoles una colaboración armónica para la realización de los fines del Estado”⁵⁷⁶. Ese mismo año, dicha interpretación será reforzada en un significativo salvamento de voto⁵⁷⁷. Posteriormente, dispondrá la Corte en otro pronunciamiento que “[v]istas así las cosas dentro de nuestro máximo estatuto legal, tenemos que concluir que es evidente que en él establece la separación de poderes, mitigada en su radicalismo conceptual con un sabio régimen de colaboración armónica”⁵⁷⁸. Una primera implicación de ello será la posibilidad de que las distintas ramas puedan desempeñar funciones diferentes a las que les son propias. En palabras del

⁵⁷³ Gaceta Judicial Tomo CLII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 3 de abril (1973).

⁵⁷⁴ Gaceta Judicial Tomo CXCI, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 26 de marzo (1987).

⁵⁷⁵ Gaceta Judicial Tomo CXCI, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 10 de septiembre (1987).

⁵⁷⁶ Gaceta Judicial Tomo L, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 20 de febrero (1941).

⁵⁷⁷ El Salvamento de Voto dispone que “desde el punto de vista de apreciación doctrinal del principio [de separación de poder] es claro y obvio que tal norma de la separación y limitación de las distintas rama en que se divide funcionalmente el poder público es una de las bases esenciales de nuestra organización constitucional que viene establecida, con insignificantes variaciones de redacción, desde la Carta de 1832 hasta la última de 1936 en que se estatuye que los órganos del poder público, legislativo, ejecutivo y judicial, son limitados y tienen funciones separadas pero en que se atenúe la rigidez del principio tradicional de la separación, añadiendo un deber de colaboración armónica entre los diversos órganos del poder para la realización de los fines de Estado” Gaceta Judicial Tomo L, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 21 de febrero (1941).

⁵⁷⁸ Gaceta Judicial Tomo CLVIII, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 24 de febrero (1978).

alto tribunal “[e]l principio [de la separación de poderes] no es absoluto y se ve atenuado por la colaboración armónica que la propia constitución ordena que se dé entre las distintas ramas del poder. Por ello, de modo excepcional, en los términos precisos que la Constitución establece, cada rama del poder realiza funciones diferentes a las que por su naturaleza le competen”⁵⁷⁹.

Una segunda implicación de la atenuación del principio de separación de poderes será entender que para la realización de los fines del Estado se requiere algo más que el actuar separado de las ramas de este. Al respecto sostiene la Corte que:

Si bien es cierto que la evolución de las ideas jurídicas y políticas, así como los enormes desafíos a los que debe responder el Estado contemporáneo, en especial en los aspectos económicos y sociales, han dejado atrás la teoría extrema de la división de poderes y, poco a poco, se ha ido reemplazando ese concepto absoluto por el moderado, que implica un armónico equilibrio y mutuo apoyo entre quienes ejercen el poder público para alcanzar los objetivos del bien común. Tal es la concepción plasmada en la Carta política colombiana, que se refleja no solamente en la ya señalada expresión del artículo 55, sino que se desprende de su contexto general.⁵⁸⁰

En el mismo similar, señala el alto tribunal que, “si teóricamente estas ramas del poder público deben actuar separadamente, los fines de la comunidad política no se logran sin una armónica colaboración, como la misma constitución lo indica; la distribución y la redistribución de funciones y competencias que el Constituyente hace directamente, o el legislador por medio de la ley, para el ejercicio del poder estatal sobre la comunidad civil, señalan el campo de acción de esa colaboración. No debe confundirse la distinción de funciones con la separación de poderes estatales; aquella se refiere a la división del trabajo y al cumplimiento de las diversas cargas gubernamentales para el mejor desarrollo del servicio público; y esta determina la independencia en el ejercicio de estas funciones a través de las respectivas ramas”⁵⁸¹.

En la misma línea, el tribunal asimila el principio de colaboración armónica con el de interdependencia entre las tres ramas del poder público, a saber, “[e]s así como de conformidad con nuestra organización constitucional, basada en el principio de la

⁵⁷⁹ Gaceta Judicial Tomo CXCI, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 26 de marzo.

⁵⁸⁰ Gaceta Judicial Tomo CXCI, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 3 de marzo (1987).

⁵⁸¹ Gaceta Judicial Tomo CXXXVII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 15 de abril (1970).

interdependencia y colaboración armónica de las tres ramas del poder público, esa función [jurisdiccional] realizada primordialmente por las autoridades judiciales, pero también, en determinados casos, por las demás ramas legislativa y ejecutiva”⁵⁸². Por lo tanto, puede concluirse, en palabras de la misma Corte Suprema que, “[l]a manifestación del poder estatal se debe desarrollar coordinadamente en todos los órganos o ramas de manera que cada uno cumpla su función propia”.⁵⁸³

En cualquier caso, la misma Corte Suprema advierte que dicha atenuación del principio de separación de poderes no deberá confundirse con la confusión o abuso del poder por parte de alguna de las ramas. En este razonamiento señala la Corte que “esta colaboración no puede crear confusión porque al separar en tres los ramos del poder obedeció al constituyente no solo a la necesidad de dividir el trabajo por especialidades para facilitar su cumplimiento sino al más amplio principio político según el cual es garantía de la libertad y de los derechos que de ella se derivan”⁵⁸⁴. En el mismo sentido, “la separación de funciones es una realidad que no puede ignorarse y que no solo se ofrece en la división del trabajo, sino en el hecho de que los distintos órganos de la administración pública son jurídicamente independientes unos de otros, sin que la cooperación o asistencia en ningún caso llegue a significar abuso de poder o interferencia indebida”⁵⁸⁵. Incluso, dicha advertencia la hace la Corte de cara a los retos que implica el Estado interventor, a saber:

Son las funciones de los poderes las que se han aumentado y algunos nuevos los instituidos al efecto y que diversas funciones tradicionales se ejercen en “colaboración armónica” (art. 55 C.N.) entre varios de los poderes tradicionales y nuevos, pero que la condición de identificación de la órbita de competencia y acción de cada uno de tales poderes se mantiene y que, entonces, éstos por implícita aunque axiomática razón ontológica, atiende por ende a su propio “ser”, por el mero hecho de existir, se distinguen y no están confundidos, y para poder cumplir a cabalidad sus funciones son orgánicamente autónomos, pues de nada serviría frente al deber estatal de garantía de la libertad reconocer al congreso la función de control del ejecutivo si ella fuese ejercida por un parlamento instituido como apéndice orgánico suyo. [...] En consecuencia, no puede afirmarse todavía válidamente que nuestro Derecho Constitucional signifique una técnica formalista y racionalizadora de reparto estático y eficiente del poder, ni un mero avance

⁵⁸² Gaceta Judicial Tomo CXXXVII, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de abril (1969).

⁵⁸³ Gaceta Judicial Tomo CXXXVII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 27 de septiembre (1969).

⁵⁸⁴ Gaceta Judicial Tomo CLXII, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia del 18 de junio (1980).

⁵⁸⁵ Gaceta Judicial Tomo CLVIII, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 24 de febrero.

tecnocrático de adecuación hacia la colaboración funcional entendida como hipertrofia orgánica de uno de los poderes, son además y ante todo una afirmación del principio ideocrático de autonomía institucional de los que armónicamente colaboren y una doctrina filosófica y normativa al servicio de la libertad.⁵⁸⁶

Respecto al cuarto tópico referente a los mecanismos de colaboración, la Corte parte de entender que la atenuación del principio de separación estricta implica que las distintas ramas puedan desempeñar funciones diferentes a las que les son propias⁵⁸⁷, tal y como se señaló anteriormente. A partir de allí, la Corte en su jurisprudencia ha identificado algunos mecanismos a través de los cuales tiene lugar dicha colaboración. Estos mecanismos pueden estar prescritos en la misma constitución o no estarlo.

Frente a los primeros, la Corte los identifica atendiendo a algunas de las ramas del poder. Así, en relación con el órgano ejecutivo, la Corte tuvo la oportunidad de considerar como mecanismos constitucionales de colaboración los siguientes:

- Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias (Art.118.2 C.N) ⁵⁸⁸
- Presentación del mensaje de urgencia a ciertos proyectos de ley (Art. 91 C.N)⁵⁸⁹
- Presentación de proyectos de ley al Congreso (Art. 80. 2 C.N)⁵⁹⁰
- La objeción de proyecto de ley (Art. 86 C.N))
- Ejercicio de facultades extraordinarias, precisas y temporales, que el Congreso le da para regular ciertas materias, por necesidad o conveniencia pública (Art. 76.12 C.N)⁵⁹¹

⁵⁸⁶ Gaceta Judicial Tomo CLXXIX, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 31 de mayo.

⁵⁸⁷ En palabras de la Corte “[L]a propia constitución establece que el Congreso, el Gobierno y los jueces tienen funciones separadas pero que deben colaborar armónicamente en la realización de los fines del Estado. Y es claro que estos fines no podrían obtenerse si hubiera una limitación demasiado rígida en las actividades de los funcionarios, que no existe ni puede existir en esa forma absoluta; fuera de las que les son propias, funciones judiciales y administrativas realizan las cámaras, como en labores legislativas y jurisdiccionales interviene el presidente como actos meramente administrativos ejecutan los jueces” Gaceta Judicial Tomo LXXI, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 6 de marzo (1952).

⁵⁸⁸ Gaceta Judicial Tomo CXXXVII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 16 de diciembre (1969).

⁵⁸⁹ En palabras de la Corte: “El artículo 91 [mensaje de urgencia] en que se establecen modalidades de trámite de los proyectos de ley para permitirle al Ejecutivo que exponga y haga prevalecer sus puntos de vista sobre la importancia y urgencia de algunos de ellos pero que no puede decirse hacen parte de la esencia del rito para expedir leyes, como ocurre con otros, vgr, el número de debates, la calidades de los votos, la sanción del Presidente de la República, la promulgación de la ley etc, cuya obligatoriedad garantiza la pureza y libertad del querer legislativo y la colaboración esencial de las dos Ramas del Poder en función de elaborar las leyes” Gaceta Judicial Tomo CLII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 14 de febrero (1974).

⁵⁹⁰ Gaceta Judicial Tomo CXXXVII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 16 de diciembre.

⁵⁹¹ Para la Corte “[En el ejercicio de facultades extraordinarias por parte del Presidente] no hay violación del artículo 55 que establece la separación y colaboración mutua de las ramas del poder” y luego consideró “es facultad constitucional propia del Congreso atribuir al Ejecutivo competencia precisas de las que se

- Expedición de decretos legislativos durante el estado de sitio, a través de los cuales, el gobierno dicta reglas para asegurar la marcha del país en ese periodo de anormalidad, sin poder derogar leyes sino suspender las que sean incompatibles con la situación.
- Expedición de decretos reglamentarios subordinados a las leyes. (Art. 212 C.N)⁵⁹²
- Sanción y promulgación de proyectos de ley (Art. 86)⁵⁹³

En cuanto a la rama legislativa, la Corte consideró que eran mecanismos constitucionales de colaboración, los siguientes⁵⁹⁴:

- Conceder amnistías por delitos políticos (Art. 76.23 C.N).
- Acusar la Cámara y juzgar al Senado cuando hubiera justas causas, al presidente de la República, a los ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los Consejeros de Estado (Art. 102.5 y 108 C.N)
- Interpretar las leyes a través de la expedición de leyes interpretativas (Art. 76.1 C.N)
- La autorización que se le otorga al Ejecutivo para suscribir contratos (Art. 76.11 C.N)⁵⁹⁵.

desprende el mismo órgano legislador dentro del espíritu de armónica colaboración funcional entre las diversas ramas del poder público, tal y como manda el artículo 55 de la Carta” Gaceta Judicial Tomo CXLIX, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 9 de agosto (1973); Gaceta Judicial Tomo CXCI, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 10 de septiembre.

⁵⁹² Gaceta Judicial Tomo CXXXVII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 16 de diciembre.
⁵⁹³ Al respecto señala el alto tribunal: “Dadas las funciones que la constitución asigna a cada una de las ramas del Poder Público, en el marco de la separación de las mismas, aparece diáfano y comprensible que lo relativo a la publicación y cumplimiento de la ley, se haya previsto por el constituyente como una de las atribuciones del Ejecutivo “como suprema autoridad administrativa”. “Ello se explica porque cuando interviene [el ejecutivo] en el proceso de formación de las leyes, lo hace como una manifestación de la colaboración armónica de las ramas del poder público y por mandato de la misma constitución” Gaceta Judicial Tomo CLXII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de noviembre.

⁵⁹⁴ En palabras de la Corte: “En este orden de principio, al legislador le es dado, como consecuencia de una colaboración armónica, conceder amnistías o indultos por delitos políticos, acusar la Cámara y juzgar al Senado cuando hubiera justas causas, al presidente de la República, a los Ministros del Despacho, al Procurador General de la Nación, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y a los Consejeros de Estado, pudiendo, además, por vía de doctrina, interpretar las leyes.” Gaceta Judicial Tomo CLVIII, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 24 de febrero.

⁵⁹⁵ Para la Corte: “la colaboración armónica entre las diversas ramas del poder público, establecida en el artículo 55 de la Carta permite que por vía de excepción, se faciliten las funciones de ejecutivo, como suprema autoridad administrativa, cuando se requiere la coparticipación del legislador para actos de carácter estrictamente administrativo o sea de los que constitucionalmente se hallan en la esfera propia del gobierno, facultando el desarrollo de estas actividades en los términos del artículo 76-11 de la Carta, sin que esta

En últimas, en relación con la rama judicial, la Corte en su jurisprudencia solo aborda un mecanismo al que denomina extrañamente como de colaboración. Se trata de la competencia que le asigna la constitución a la Corte Suprema de Justicia para controlar los decretos legislativos expedidos por el presidente de la República con fundamento en estado de sitio, incluyendo el que lo declara. Este, que precisamente parece a todas luces un dispositivo de control al pretender evitar el abuso del poder, la Corte lo considera en varias oportunidades como un mecanismo que exige la colaboración entre el presidente de la República y la misma Corte Suprema de Justicia. Así, en sentencia de junio de 1956 destaca la Corte:

En el estado de sitio, determinado por la anormalidad pública que lo hace necesario, es imperativo categórico, emanado de la Constitución, que la Corte Suprema de Justicia y el presidente de la república colaboren armónicamente hacia la realización de un fin altísimo y común a ambas ramas del poder público, a saber, el restablecimiento de la paz y la tranquilidad de la nación. Así se cumplirá en este caso, el primordial principio del derecho público moderno, acogido en el artículo 55 del Código Supremo, según el cual las ramas del poder público “tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado.⁵⁹⁶

Esta posición es luego reiterada en sentencia del 17 de junio de 1970, al afirmar que:

[L]a tutela y el restablecimiento del orden público, que es fin esencial de Estado, requiere para su mayor eficacia esa colaboración armónica entre el Gobierno y los jueces, como lo prescribe el artículo 55 de la Carta, la cual es más compleja si el Gobierno sabe o puede saber en cualquier momento, antes o después de dictados los decretos, dentro de cuales límites han de ejercerse las facultades del artículo 121 de la Constitución, según el criterio de la Corte expresado en ejercicio de la función de guardia de la Constitución. Esa colaboración armónica de la Justicia con el Gobierno y esa guarda de la integridad de la Constitución son más eficaces si no se limitan solamente a restablecer el orden constitucional lesionado, sino que ayudan a evitar esa lesión y fijan un criterio cierto lo que es también importante para juzgar la responsabilidad del Gobierno”.⁵⁹⁷

autorización se sujete al requisito de la temporalidad, pero sí de la precisión. Por otra parte, puede el Congreso traspasar funciones legislativas que le son propias al ejecutivo facultándolo para expedir decretos con fuerza de ley dentro de las limitaciones de temporalidad y precisión que el mismo artículo 76 señala. [...] Estas normas regulan la coparticipación de las dos ramas del poder público, legislativa y ejecutiva en la celebración de contratos” Gaceta Judicial Tomo CXLIV, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 24 de abril (1972).

⁵⁹⁶ En este sentido, concluye la Corte que: “Debiendo la Corte Suprema de Justicia pronunciarse respecto de la constitucionalidad del decreto legislativo acusado, hallándose obligada a cooperar armónicamente con el presidente de la República a la conservación o restablecimiento de la normalidad y no estando cierta la inconexión de aquel con el orden público, ha de proferirse su decisión por el aspecto de que se trata en sentido favorable a la vigencia del acto del Ejecutivo”. Gaceta Judicial Tomo LXXXIII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 28 de junio (1956).

⁵⁹⁷ Gaceta Judicial Tomo CXXXVII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 17 de junio (1970).

Finalmente, en sentencia de marzo de 1981, la Corte confirma su posición, reiterando que incluso en caso de divergencias entre las medidas adecuadas para conjurar la situación de anormalidad entre la rama ejecutiva y la legislativa, debe primar el deber de colaboración entre todas las ramas, incluyendo a la judicial. A saber:

[N]o es verdad que esa convergencia de potestades en estado de sitio sea una contradicción jurídica ni comporte desorden institucional. Tal afirmación parte de un supuesto equivocado y jurídicamente insostenible: las ramas ejecutiva y legislativa del poder público actúan en oposición una contra la otra. Se olvida el texto y el espíritu del artículo 55, conforme el cual todas las ramas del poder público “colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado” y que, la función propia del congreso es la de legislar. Ocurre, simplemente, que en época de estado de sitio el Gobierno puede y debe, mediante decretos, procurar el restablecimiento del orden público turbado, con medidas que por naturaleza son inmediatas, provisionales y transitorias. Pero el Congreso conserva su potestad de legislar sobre tales materias como acto de armoniosa colaboración con el Ejecutivo y de control político del orden público, por medio de leyes que constituyan soluciones ordinarias, mediatas y permanentes a los mismos problemas. Esa armoniosa colaboración funciona así: a) El Gobierno dicta un decreto de estado de sitio declarado exequible por la Corte; b) El Congreso expide una ley que regula diversamente las materias tratadas en el decreto precedente y, por lo mismo, lo deroga en todo o en parte, expresa o tácitamente; c) El Gobierno suspende total o parcialmente de modo expreso, la vigencia de dicha ley mediante decreto legislativo, y d) La Corte Suprema de Justicia revisa este decreto y declara si es o no contrario a la Constitución. Así como puede darle la razón al Congreso, lo que equivaldría a sostener que su mandato contribuya en forma más eficaz a la preservación o restauración del orden, puede acontecer que afirme lo contrario.⁵⁹⁸

Esta posición de la Corte Suprema de Justicia frente al control del estado de sitio ha llevado a que importantes constitucionalistas colombianos hayan criticado la debilidad del control realizado por dicha Corte a los estados de excepción en Colombia⁵⁹⁹. Al respecto, Quinche Ramírez afirma las posturas de esta que avalaron sistemáticamente la vigencia de normas que vulneraban los derechos fundamentales de las personas y no ejercían control sobre las declaratorias de estados de sitio se fundamentaron precisamente en la tesis de la “colaboración armónica entre los poderes, mejor entendida como sumisión de los demás poderes al Poder Ejecutivo”⁶⁰⁰. Ello, contribuyó de alguna manera

⁵⁹⁸ Gaceta Judicial Tomo CLXVII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 24 de marzo (1981).

⁵⁹⁹ Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis socio-jurídico* (Bogotá: Colciencias- Siglo del Hombre, 2001), 347.

⁶⁰⁰ Quinche Ramírez Manuel Fernando, *Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*, 4º (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010), 41.

a que, para la segunda mitad del siglo XX en Colombia, dos terceras partes de ese periodo estuvieran bajo la declaratoria de Estado de sitio⁶⁰¹, un dato que evidencia el claro abuso que se hizo de dicho mecanismo por parte del Ejecutivo, la insuficiencia de los controles constitucionales previstos para ello y el manto de duda que se cierne sobre la solidez institucional del Estado colombiano durante ese período.

En cuanto a los mecanismos de coordinación no previstos en la Constitución, la Corte Suprema consideró que estos podían establecerse a través de las leyes o normas jurídicas equivalentes. En palabras del alto tribunal, “esta opinión encuentra asidero en la propia Carta Fundamental que establece la colaboración de los funcionarios de las tres ramas del poder público, como ya se dejó advertido y que han dejado a la ley el señalamiento de la competencia y de los trámites que hayan de emplearse en todas las actividades, con algunas limitaciones”⁶⁰². Así, en la jurisprudencia revisada, la Corte consideró que eran mecanismos legales de colaboración, los siguientes:

- Otorgar ciertas funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas⁶⁰³.
- La creación de comisiones asesoras del presidente de la República, incluso cuando estuvieran compuestas por congresistas⁶⁰⁴.
- La suspensión de los términos dentro de los procesos judiciales por parte del presidente de la República mientras se reinstalan la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado tras el holocausto del palacio de justicia de 1986.⁶⁰⁵

⁶⁰¹ Santos y García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*, 317.

⁶⁰² Gaceta Judicial Tomo LXXI, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 6 de marzo.

⁶⁰³ En palabras de la Corte: “Ciertamente es que la complejidad del Estado moderno y el abandono de la separación rígida de los órganos del Estado ha sido reemplazada desde 1945 por la colaboración armónica de las ramas del Poder Público, han conducido a que también las autoridades administrativas realicen tareas a las que tradicionalmente estaban reservadas a los jueces, en lo atinente a definición de situaciones jurídicas a la solución de controversias y aun a la aplicación de ciertas sanciones”. Gaceta Judicial Tomo CXCI, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 2 de julio (1987).

⁶⁰⁴ Para la Corte: “Respecto de la comisiones especiales designadas o creadas por ley, con la participación de congresistas, para auxiliarlo en el ejercicio de las facultades extraordinarias, éstas cumplen una labor meramente consultiva o asesora y su intervención en la expedición de decretos ha de entenderse como expresión de la colaboración armónica que ordena el artículo 55 superior entre las ramas del poder público y de ninguna manera intromisión ilegítima en las funciones separadas que le competen, las cuales deben armonizarse para la realización de los fines del Estado” Gaceta Judicial Tomo CLXXXVII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 15 de mayo (1986); Gaceta Judicial Tomo CCI, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 6 de febrero (1990).

⁶⁰⁵ Dispone la Corte: “Ciertamente las ramas del poder público tienen autonomía funcional con colaboración armónica, principio que permanece incólume con la norma objeto de estudio: el presidente no ha interferido caprichosamente la órbita del órgano jurisdiccional al disponer la suspensión de términos en la Corte y el Consejo de Estado, por el contrario, se ha limitado ante hechos insuperables a adoptar medidas dirigidas a contrarrestar la situación anormal causante de la alteración del orden constitucional frente a la supervivencia o reiteración de actos subversivos de la misma estirpe de los que motivaron la declaración

Sobre el último tópico de los fines hacia los cuales se orienta la colaboración armónica prevista en el artículo 55 constitucional, la Corte en su jurisprudencia coincide en afirmar que este no es otro que los previstos en el artículo 16 del texto constitucional, a saber, “las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”⁶⁰⁶. Luego, en sentencia posterior, estos fines se han complementado con otros dispuestos en la parte dogmática del texto constitucional. En este sentido, en fallo de junio de 1981 dispuso el alto tribunal:

El artículo 55 al referirse a la colaboración armónica de las ramas del poder, precisamente alude a la existencia del fin dentro de la teoría del Estado. Y consecuente con este reconocimiento, un conjunto de artículos de capital importancia vuelven a referirse a dicho fin del Estado ya en forma parcial, ya sea de manera sistemática a ciertas instituciones, así mismo fundamentales en la vida de aquél. Así, por ejemplo, el artículo 16 alude al fin para el cual se encuentran constituidas las autoridades de la República; el artículo 32 alude en forma todavía más precisa a la justicia social y el bien común, como finalidades del desarrollo económico; el artículo 105 en forma casi idéntica menciona nuevamente a la justicia y al bien común como el fin a que deben apuntar las leyes emanadas del Congreso. Por supuesto otros artículos como el 39 y el 118-3 señalan otros fines menos importantes en la vida del Estado.⁶⁰⁷

A manera de balance, puede sostenerse que durante los 55 años de vigencia que tuvo el mandato de colaboración armónica en la Constitución de 1886, encontramos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su calidad de juez constitucional, importantes y significativos avances en la conceptualización y alcance de dicho mandato. Sin embargo, ante la imperiosa necesidad de compatibilizar los contenidos constitucionales a la apremiante coyuntura en la que se encontraba Colombia para finales del siglo XX, se abrió paso la posibilidad de aprobar una Constitución que finalmente verá la luz en 1991. Por consiguiente, corresponde ahora indagar por el destino de la colaboración armónica en esa novedosa carta política.

de estado de sitio. Su aplicación deriva de la distribución y colaboración entre los mismos poderes públicos y al mismo tiempo la preservación de otros principios del Estado de derecho” Gaceta Judicial Tomo CLXXXVII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 15 de mayo.

⁶⁰⁶ En palabras de la Corte: “[D]e acuerdo con el artículo 55 de la Constitución Nacional (...). Fines que no son otros que los señalados en el artículo 16 de la misma Carta” Gaceta Judicial Tomo LXVIII, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 20 de octubre (1950).

⁶⁰⁷ Gaceta Judicial Tomo CLXIV, Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia del 4 de junio (1981).

2.3. Los debates en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, el origen del artículo 113 constitucional y la colaboración armónica

Tras 105 años de vigencia de la constitución de 1886 y en un convulsionado contexto marcado por la pobreza, la desigualdad, el narcotráfico, la violencia, el terrorismo y la deslegitimación, tanto de los partidos políticos como de las instituciones públicas en general, se abrió paso a la posibilidad de aprobar una nueva constitución para Colombia como estrategia para hacer frente a la crisis. Debido a los fallidos intentos de reforma constitucional que se tramitaron a través del Congreso de la República, que por cierto era la única vía que constitucionalmente establecida para ello⁶⁰⁸, esta nueva posibilidad renunciaba a dicha posibilidad y recurría a la auto convocatoria del poder constituyente primario⁶⁰⁹. Con un importante apoyo de movimientos estudiantiles y sociales, el Gobierno Nacional optará por hacer uso de los poderes extraordinarios que le otorgaba el estado de sitio para consultar al pueblo si estaba de acuerdo con convocar a una Asamblea Nacional Constituyente⁶¹⁰. Tras el visto bueno de la Corte Suprema de Justicia, como juez constitucional, y un importante respaldo electoral a dicha consulta, el Gobierno procedió a convocar a la elección de los delegatarios a dicha asamblea constituyente el 9 de diciembre de 1990⁶¹¹.

Instalada la Asamblea Nacional Constituyente, el día 5 de febrero de 1991, se radicaron cerca de veintidós proyectos de reforma constitucional, tanto por parte de los delegatarios ante la asamblea, como por asociaciones sociales y centros académicos de muy distinto tipo. En el asunto que nos ocupa, las propuestas dirigidas a reformar el artículo 55 constitucional divergieron principalmente en la denominación y en el número de ramas u órganos del poder público. Al respecto, algunas proponían volver a la denominación de poder, otras hablaban de órganos y otros proponía mantener la denominación de ramas del poder. En relación con el número de estos, dos proyectos propusieron mantener la tripartición clásica que traía la constitución vigente, mientras que los veinte restantes

⁶⁰⁸ Al respecto disponía el artículo 218. “La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, solo podrá ser reformada por una Acto legislativo, discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias [...]” Consejo Nacional Constituyente, «Constitución de la República de Colombia de 1886».

⁶⁰⁹ Manuel José Cepeda Espinosa, *Polémicas constitucionales* (Bogotá: Legis, 2008), 339.

⁶¹⁰ Cepeda Espinosa, 345.

⁶¹¹ Valencia Villa, *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*, 201.

proponían la consagración de cuatro a seis ramas del poder público, incluyendo, además de las tradicionales, a la electoral, a la de control o fiscalización e, incluso, a las de planeación o control moral.

Sin embargo, de todos los proyectos presentados resulta destacable la coincidencia que la gran mayoría de ellos tuvo en mantener al mandato de colaboración armónica entre los componentes del poder público en el articulado constitucional, a pesar de la notable disparidad ideológica de sus autores. A manera de ejemplos, el proyecto presentado por el Gobierno Nacional disponía al respecto que “[s]on poderes públicos orgánicamente independientes, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Estos concurren en el cumplimiento de algunas funciones y colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”⁶¹². Por su parte, el proyecto presentado por el Partido Social Conservador proponía que “[s]on ramas del poder del Estado la legislativa, la ejecutiva y la judicial, la de control moral de fiscalización y la electoral. Cada una tiene organización y competencias separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”⁶¹³. En sentido similar, la propuesta de los constituyentes Antonio Yépez Parra⁶¹⁴, Iván Marulanda Gómez⁶¹⁵ y de los delegatarios Horacio Serpa, Guillermo Perry y Eduardo Verano⁶¹⁶. De la misma manera, el proyecto de los delegatarios Alfredo Vázquez Carrizosa y Aida Abella Esquivel, representantes el movimiento de izquierda Unión Patriótica señalaba que “[s]on ramas del poder público: la legislativa, la ejecutiva, la jurisdiccional y la electoral. El congreso, los jueces y las autoridades electorales tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”⁶¹⁷.

⁶¹² Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 5» (Bogotá, 1991), 1.

⁶¹³ Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 14» (Bogotá, 1991), 7.

⁶¹⁴ Al respecto disponía el proyecto: “[s]on ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva la jurisdiccional, la electoral y la de vigilancia y control. Cada una de las ramas del poder público estará dotada de suficiente independencia para el ejercicio propio de sus funciones, pero todas ellas deberán colaborar armónicamente para la realización de los supremos fines del Estado”. Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 22» (Bogotá, 1991), 3.

⁶¹⁵ El proyecto del constituyente disponía “Son poderes públicos orgánicamente independientes, el legislativo, el ejecutivo, el judicial y el de participación ciudadana. Los poderes públicos colaboran armónicamente en la realización de los fines y propósitos del Estado” Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 26A» (Bogotá, 1991), 7.

⁶¹⁶ El proyecto presentado disponía “Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva, la jurisdiccional y la electoral. El congreso, el gobierno, los jueces y las autoridades electorales tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado”. Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 24» (Bogotá, 1991), 25.

⁶¹⁷ Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 27» (Bogotá, 1991), 9.

Esta coincidencia en mantener el mandato de colaboración armónica fue igualmente secundada por algunos intervinientes ante la asamblea. Entre ellos, destaca el mensaje entregado por la presidenta del Consejo de Estado de entonces, Doctora Consuelo Sarria, quién al respecto señaló que “la actual constitución dispone que las ramas del Poder Público colaboren armónicamente en la realización de los fines del Estado, esta disposición deberá reiterarse para significar que en cumplimiento de sus respectivas funciones realizan la unidad del Estado”⁶¹⁸.

Para el abordaje de las diferentes propuestas recibidas y dar inicio a las deliberaciones, la Asamblea se dividió en diferentes comisiones. A la comisión tercera le correspondieron los asuntos relativos a la estructura del Estado, incluyendo al gobierno, el congreso, la fuerza pública y las relaciones internacionales. A raíz de las diferentes propuestas recibidas y las deliberaciones de los delegados de esta comisión, el día 18 de abril de 1991 se presentó ponencia a la Comisión Tercera sobre la Estructura del Estado por parte de los constituyentes Hernando Herrera Vergara, Carlos Lleras de la Fuente, Antonio Navarro Wolf, Jose Matías Ortiz y Abel Rodríguez. Dicha ponencia estuvo enfocada en la reivindicación del principio de separación de poderes y en la necesidad de consagrar dos nuevos órganos del Estado, a saber, el electoral y los de control, además de las tres ya clásicas ramas del poder.

En contraste, en la ponencia fueron pocas las menciones que se hicieron del deber de colaboración. Estas se dirigieron, por una parte, a reivindicar el objeto de la misma, es decir, a atenuar o morigerar la tesis de la separación absoluta entre los poderes. Al respecto, refiriéndose al constitucionalismo colombiano afirma que este “conserva ese espíritu de la tradicional y añeja doctrina de la separación y clasificación tripartita del poder público, hoy morigerada con la tesis de la no separación absoluta, sino de una racional y armoniosa colaboración”⁶¹⁹. Renglones más adelante, al hacer un recuento de la historia del artículo 55 constitucional señala que “con el Acto legislativo No. 1 de 1936, ya no se habla de poderes sino de órganos del poder público y se atenuó la separación estableciendo la colaboración armónica”⁶²⁰. Por otra parte, en la ponencia se aborda el fin al que se dirige la colaboración, para lo cual dispone que “[l]o indicado entonces, es la

⁶¹⁸ Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 57» (Bogotá, 1991), 14.

⁶¹⁹ Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 59», 4.

⁶²⁰ Asamblea Nacional Constituyente, 4.

presencia de órganos especializados que como tales, autónoma e independientemente, eso sí, en mutua y armónica colaboración con las ramas del poder público, desarrollen a cabalidad los fines y los propósitos de sus funciones que son esencialmente los mismos del Estado”⁶²¹.

A partir de estas consideraciones, dicha ponencia finalmente propone un nuevo artículo constitucional que conserva las tres ramas tradiciones del poder, a saber, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Sin embargo, a renglón seguido, afirma que existen otros órganos, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, con lo cual luego se hace referencia a los órganos de control y a la organización electoral. Finalmente sostiene que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines⁶²².

Una vez presentada la ponencia, la discusión de esta en la comisión tercera tuvo lugar el día 15 de mayo del mismo año. En esta oportunidad, las deliberaciones versaron principalmente en torno a los denominadores y a si llamar a algunos como ramas y a otros como órganos suponían algún tipo de jerarquización entre los componentes del Estado. Para contestar a ello y defender la postura de la ponencia, se sostuvo que si bien se partía de reconocer la misma jerarquía entre ellos, el término rama se reservó para aquellas que “manejan la relación entre el Estado y los habitantes”⁶²³, es decir, “la idea de rama es una emanación del poder que va del Estado al ciudadano”⁶²⁴, mientras que la denominación de órgano se limitó a aquellos que “configuran la autorregulación del Estado, no tanto su relación con los habitantes como su autorregulación y control del Ministerio Público, la Contraloría y la organización electoral”⁶²⁵, en otras palabras, “el órgano no tiene su rama propia es una autorregulación, está dentro del mismo Estado haciendo control de este (sic)”⁶²⁶.

⁶²¹ Asamblea Nacional Constituyente, 4.

⁶²² Asamblea Nacional Constituyente, 13.

⁶²³ Comisión Tercera- Asamblea Nacional Constituyente, «Transcripción de sesión del 15 de mayo de 1991» (Bogotá, 1991).

⁶²⁴ Comisión Tercera- Asamblea Nacional Constituyente.

⁶²⁵ Comisión Tercera- Asamblea Nacional Constituyente.

⁶²⁶ Comisión Tercera- Asamblea Nacional Constituyente.

Derivado de lo anterior, en comisión se discutió igualmente sobre las implicaciones de la matización del principio estricto de separación del poder que se proponía con la ponencia.

Al respecto, el constituyente Álvaro Echeverry dispuso que:

Hoy es claro que no existe esa separación estricta en compartimientos entre los órganos o las ramas del poder que concebía Montesquieu y que concebía la doctrina clásica tradicional del Estado y que los órganos, o las ramas o los poderes, o como queramos llamarlos, ejercen funciones específicas, pero pueden ejercer otras funciones que son propias o características de otras ramas, por ejemplo el Congreso ejerce funciones administrativas, lo que delimita y lo que define el órgano desde el punto de vista funcional es su función principal y la función principal de Congreso a pesar de tener control político, será hacer las leyes, sigue siendo su función principal, como la función principal de los jueces será la de juzgar como la función principal del gobierno será la de hacer cumplir las leyes y administrar los servicios públicos del Estado y todos los aspectos que tienen que ver con la administración.⁶²⁷

Por lo que se refiere al mandato de colaboración, el único asunto que se discutió fue si con la redacción de la disposición constitucional propuesta dicho mandato solo se aplicaba a los órganos y no a las ramas del poder público. A ello, el ponente respondió que dicha interpretación no era de recibo debido a que el inciso segundo de la misma comenzaba señalando que cada rama del poder estaba integrada por un órgano, por lo que el principio de distinción y de colaboración también le era aplicable a ellas⁶²⁸. Así las cosas y tras la deliberación fue aprobado el texto propuesto por la Comisión con seis votos a favor y solo una abstención⁶²⁹.

A continuación, el texto aprobado fue presentado en el informe de ponencia para primer debate en plenaria de la Asamblea Nacional constituyente⁶³⁰. El debate en plenaria tuvo

⁶²⁷ Comisión Tercera- Asamblea Nacional Constituyente.

⁶²⁸ Consta en la transcripción de la sesión: “Presidente: ¿Por qué el principio de la distinción y colaboración entre las ramas del poder público se le aplica simplemente a los órganos y no a las ramas, que parece un poco asiladas en el texto; Constituyente Lleras: A ver presidente, el inciso segundo del artículo 55, el inciso primero dice que son ramas del poder público...; Presidente: Si, muy bien; Constituyente Lleras: El segundo dice: además de los órganos que las integran, o sea, cada una de esas tres ramas tienen un órgano; Presidente: Ah sí, si claro; Constituyente Lleras: Existen otros, autónomos, independientes para el concreto de las demás funciones, son los dos adicionales: el electoral y el de función, o sea estamos hablando de cinco órganos y cuando decimos los diferentes órganos del Estado nos estamos refiriendo a los cinco. O sea, los tres que corresponden a las tres ramas más los dos independientes o autónomos o sea control y el órgano electoral y se refiere a los cinco: los diferentes órganos tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente, o sea, no estamos hablando solo de los órganos independientes o autónomos sino de esos dos más los que corresponden a las tres ramas (sic)”. Comisión Tercera- Asamblea Nacional Constituyente.

⁶²⁹ Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 83» (Bogotá, 1991), 1.

⁶³⁰ Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 78» (Bogotá, 1991), 12.

lugar el día 22 de mayo de 1991⁶³¹ y sus deliberaciones volvieron a versar principalmente en torno al número de ramas del poder público que debían consagrarse en el artículo constitucional. Dicha discusión fue protagonizada por Augusto Ramírez Ocampo, quien presentó una propuesta sustitutiva en la que proponía considerara cinco ramas del poder público, a saber, la legislativa, ejecutiva, judicial, la de control y la electoral⁶³². Sin embargo, la mayoría de los delegatarios rechazaron esta propuesta y mantuvieron sin modificaciones el texto aprobado por la Comisión Tercera, no solo en primer debate⁶³³ sino también en el segundo y último debate en plenaria⁶³⁴. Así las cosas y tras la propuesta de la Comisión Codificadora, finalmente fue aprobado y promulgado el artículo con el siguiente tenor:

Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.⁶³⁵

⁶³¹ Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 105» (Bogotá, 1991), 7.

⁶³² “Las diferentes ramas del poder público tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado” Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 85» (Bogotá, 1991), 19.

⁶³³ Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 109» (Bogotá, 1991), 9.

⁶³⁴ Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 113» (Bogotá, 1991), 8.

⁶³⁵ Asamblea Nacional Constituyente, «Gaceta Constitucional No. 114» (Bogotá, 1991), 8.

3. LA COLABORACIÓN ARMÓNICA ENTRE PODERES PÚBLICOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO: UN ACERCAMIENTO A SU ORIGEN, POSITIVACIÓN Y ANÁLISIS DE CASOS

The inter-institutional dialogue [...] is subject to the same mutual duties of sincere cooperation as those which govern relations between Member States and the Community institutions

European Court of Justice, Case C-65/93⁶³⁶

En el capítulo primero se ha elaborado un marco teórico y analítico para el deber de colaboración entre poderes públicos. En el capítulo anterior, se ha rastreado y reconstruido el origen del mandato de colaboración armónica en el constitucionalismo colombiano. Ahora, en este tercer capítulo se pretende recurrir al derecho comparado con el fin de abstraer elementos interpretativos que contribuyan a la comprensión y atribución de significado a la cláusula de colaboración armónica prevista en el artículo 113 de la constitución colombiana de 1991. En este sentido, el uso que se propone de los métodos comparados tiene una finalidad ilustrativa⁶³⁷. Por lo tanto, el objetivo principal es el de exponer, sistematizar y analizar las posibilidades disponibles en relación con un sistema constitucional a través del análisis de este y en relación con otros sistemas que han debido enfrentar problemas similares, así como de cuáles han sido las soluciones normativas para ello.

En este punto, debe advertirse que el ejercicio comparado que se propone tendrá un importante énfasis analítico, es decir, centrará su análisis en los enunciados lingüísticos, términos y significados atribuidos a los mismos. Ello debido a que, como se dijo, lo pretendido es disponer de nuevos factores que contribuyan a la construcción del concepto de colaboración armónica. Para este tipo de ejercicios analíticos resulta especialmente

⁶³⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-65/93 Parlamento v. Consejo (1995).

⁶³⁷ Mark Tushnet, *Advanced introduction to comparative constitutional law*, 1º (Northampton: Elgar, 2014), 8.

conducente el uso del derecho comparado, aspecto que ha sido advertido por Mark Tushnet al considerar al lenguaje como uno de los elementos determinantes en los ejercicios comparados⁶³⁸. Como justificación de lo anterior, valga simplemente recordar que en razón a que el derecho suele tener como característica su naturaleza positiva, ello implica que la comprensión y significado de los usos lingüísticos y de los conceptos ocupan un lugar central en todo sistema jurídico que se pretenda analizar y comparar.

En este razonamiento, el presente capítulo se ha estructurado en tres apartados. En el primero de ellos, se hará uso de los estudios comparados de gobierno (*comparative government*) para indagar sobre las relaciones de colaboración en las principales formas de gobierno. Para ello, se dejarán de lado las relaciones que puedan derivarse de los postulados del principio de separación, tales como las de división equilibrio y control. En su lugar, se pretende establecer si las relaciones de colaboración entre poderes resultan inherentes a algunas de las tipologías de gobierno. Para ello, se hará una breve caracterización de los principales tipos de gobierno y se revisará cómo se han calificado y denominado el tipo de relaciones entre poderes públicos a la luz de la doctrina especializada.

Para el segundo apartado, se adoptará el enfoque propio del derecho constitucional comparado (*comparative constitutional law*). A través de este, se busca indagar por qué resulta tan común el uso de cláusulas constitucionales que prescriban un tipo particular de relación entre los poderes públicos en las constituciones vigentes y, de ser así, cuál es el contenido de estas. Para ello, se optará por un estudio con una muestra amplia (*large-n study*) que parta de la totalidad de constituciones vigentes para identificar en sus contenidos, a partir de un protocolo de búsqueda sistemática, la existencia de las mencionadas cláusulas. Una vez se identifiquen, se realizará su sistematización atendiendo al tipo de interrelación que prescriban. Posteriormente, se indagará por la posibilidad de establecer algún tipo de relación que pueda existir entre estas cláusulas y las formas de gobierno que prevén dichas constituciones, recurriendo para ello a métodos de análisis cuantitativo.

⁶³⁸ Tushnet, 5.

Finalmente, en una tercera etapa, se propone la realización de un estudio comparado ya con una muestra reducida (*small-n study*). Para ello, se adoptará la metodología de estudio de caso con el fin de procurar una mayor profundidad en relación con el origen, consagración e interpretación que se ha hecho de algunas de las cláusulas identificadas. Así, aplicando el criterio de “los casos más diferentes” se seleccionaron los del mandato de armonía que contiene el artículo 2º de la Constitución Federal de Brasil de 1988 y el de cooperación leal que prevé entre las instituciones de la Unión Europea el artículo 13(2) del Tratado de la Unión Europea- TUE. Para cada uno de los casos, se abordará el origen de la cláusula, su consagración actual, la interpretación que de ella se ha hecho por parte de la jurisprudencia y, finalmente, las perspectivas que a ese respecto se prevén por parte de la doctrina especializada.

3.1. Las relaciones de colaboración en las principales formas de gobierno

La idea de un Estado dividido de forma rígida y absoluta en distintos compartimientos, como lo afirma García Roca, “no ha dejado de ser un mito, una ilusión desprovista de sentido histórico”⁶³⁹. Como ya se ha mencionado, ni siquiera de la obra de Montesquieu, como fundador del postulado de separación entre poderes, puede derivarse que dicha disección pueda ni deba ser absoluta e inflexible. Como fundamento de ello se encuentra no sólo la literalidad de su obra⁶⁴⁰ sino también la interpretación reposada y rigurosa de sus más notables intérpretes⁶⁴¹. Por su parte, en cuanto al factor histórico, si bien puede sostenerse que han existido experimentos constitucionales de este tipo, como lo sería la Constitución francesa de 1791, estos han sido fugaces e incluso se han convertido en testigos de cargo de los problemas en su implementación y viabilidad⁶⁴².

⁶³⁹ Francisco Javier García Roca, «Del principio de la división de poderes», *Revista de estudios políticos*, n.º 108 (2000): 47.

⁶⁴⁰ Como bien nos lo recuerda Duguit y Carré de Malberg, ni en el Capítulo *De la Constitución de Inglaterra* ni en el *Espíritu de las Leyes*, Montesquieu utiliza el término “separación” [*séparation*] en ningún pasaje. Así lo recuerda Raymond Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, 3º (México D.F: Fondo de Cultura Económico, 1998), 758, (Trad. José Lión Depetre).

⁶⁴¹ Eisenmann, «El espíritu de las leyes y la separación de poderes»; Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*; Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*.

⁶⁴² Un análisis de las Constituciones francesas de 1791 y del año III, al igual que de la Constitución de los Estados Unidos a la luz de la separación de poderes y su inviabilidad teórica y práctica puede encontrarse en: Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, 774 y ss.

Por su parte, lo que puede afirmarse es que a la luz del postulado de la separación de poderes pueden existir distintos grados de esta entre los órganos, ramas o poderes que componen el Estado. Precisamente, ha sido a la luz de las diversas intensidades que adquiere dicha separación que se han construido las principales tipologías de los gobiernos representativos⁶⁴³. En otras palabras, el grado de separación entre los componentes del Estado ha sido uno de los criterios más utilizados para la clasificación de las distintas formas de gobierno en el derecho comparado. Valga aclarar en este punto que, debido al origen y naturaleza de la función encomendada, tradicionalmente el grado de separación suele analizarse en relación con las ramas legislativa y ejecutiva, ya que, en principio, ha existido un cierto consenso en torno a la independencia y autonomía que debe rodear a la rama judicial, tanto en su constitución como en sus relaciones inter orgánicas⁶⁴⁴. Por lo tanto, del tipo de relaciones y del nivel de interdependencia que se tenga entre el parlamento y el gobierno es sobre el que se ha elaborado la ya conocida tipología entre las formas de gobierno parlamentaria, presidencialista y demás modelos mixtos en el derecho comparado.

Para comenzar con el análisis del primero de estos modelos de gobierno, debemos iniciar señalando que desde el punto de vista institucional en el sistema parlamentario existe una especial relación entre los órganos legislativo y ejecutivo que supone un menor grado de separación entre estos que en los demás modelos⁶⁴⁵. Sobre esta particular relación afirma De Vergottini que “es una característica de la forma de gobierno parlamentario la relación fiduciaria que liga al gobierno con la mayoría parlamentaria”⁶⁴⁶. Para el jurista italiano, dicha relación fiduciaria implica que “tan sólo un acuerdo íntimo con la mayoría permitirá al órgano gubernamental desenvolver, plenamente, las funciones constitucionales de dirección, siendo, al mismo tiempo, políticamente responsable ante el parlamento”⁶⁴⁷. Por lo tanto, dicha relación fiduciaria o de confianza, es indispensable no solo para la formación del gobierno sino también para su continuidad, ya que cuando esta disminuye

⁶⁴³ Nicola Matteucci, *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno* (Madrid: Trotta, 1998), 287.

⁶⁴⁴ Roderick A. Macdonald y Hoi Kong, «Judicial Independence as a Constitutional Virtue», en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012), <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0041>.

⁶⁴⁵ Para una defensa de la separación de poderes en los sistemas parlamentarios véase: Richard Albert, «Presidential Values in Parliamentary Democracies», *International Journal of Constitutional Law* 8, n.º 2 (2010): 207-36.

⁶⁴⁶ De Vergottini, *Derecho constitucional comparado*.

⁶⁴⁷ De Vergottini.

sustancialmente podrá generar la sustitución de todo o parte del gabinete a través de la censura o de la misma dimisión. En relación con la formación y continuidad del gobierno, afirma Sartori que “todos los sistemas que llamamos parlamentarios requieren que los gobiernos sean designados, apoyados y según el caso, destituidos, a merced del voto del parlamento.”⁶⁴⁸

Dicha relación fiduciaria o de confianza se materializa en los modelos parlamentarios a través de la permanente responsabilidad política a la que se encuentra sometido el gobierno. Así, la legitimación que recibe este de la explícita o implícita confianza de la mayoría, comporta una habilitación, no solo para el ejercicio de las competencias que le otorga la Constitución, sino también una situación de constante condicionamiento por parte del parlamento. Ello, en la medida en que el gobierno debe responder permanentemente por las decisiones políticas adoptadas. Esta responsabilidad se hará no solo frente a la mayoría parlamentaria sino también ante las minorías, y supone la posibilidad de examinar, de modo crítico, el proceder del gobierno a través de sus miembros, llegando incluso a la posibilidad de censurar formalmente su comportamiento y procurar su sustitución.

Este tipo de responsabilidad existente entre el parlamento y el gobierno suele concretarse en la existencia de tres mecanismos por los cuales se ejerce ese tipo de control al que se suele calificar como político⁶⁴⁹. El primero de estos se refiere a la obligación del gobierno de dar cuenta permanente ante el parlamento de sus actitudes o comportamientos. El segundo, a la imputabilidad de hechos o actos al gobierno y en el juicio negativo o positivo que se pueda hacer de los mismos. El tercero de ellos hace referencia a la atribución de determinadas consecuencias negativas, como lo serían las censuras o dimisiones; o positivas como la aprobación mayoritaria del comportamiento tenido por el Gobierno.

Este tipo de relación de confianza, la permanente responsabilidad política a la que está sometido el gobierno y la posibilidad de ejercer los mecanismos de control político, configuran un tipo de interacción entre los órganos legislativo y ejecutivo que ha sido

⁶⁴⁸ Giovanni Sartori, *Ingeniería constitucional comparada: una investigación de estructuras, incentivos y resultados* (Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994), 116, (Trad. Roberto Reyes Mazzoni).

⁶⁴⁹ Loewenstein, *Teoría de la constitución* (1957), 104.

referida de muy distintas formas en la doctrina especializada. Para ello, se ha recurrido por parte de los más renombrados y representativos doctrinantes de la teoría del Estado y de los estudios comparados de gobierno a denominadores como los de interdependencia, cooperación, coordinación e incluso el de colaboración para hacer referencia a ella. A pesar de la mencionada variedad de denominadores, resulta llamativa la coincidencia que importantes autores han tenido al utilizar el término de colaboración para referirse a la mencionada interrelación.

Al respecto, Maurice Hauriou define al gobierno parlamentario como una “forma de gobierno, a base de régimen representativo y de separación flexible de poderes, en la cual se establece una colaboración continua entre el poder ejecutivo y el poder legislativo”⁶⁵⁰. Este mismo planteamiento sería posteriormente defendido por su hijo André, quien incluso llega a controvertir la interpretación realizada por Montesquieu del sistema político inglés para sugerir que en este ya era evidente cómo el parlamento y el gobierno debían “concertarse”⁶⁵¹ para el cumplimiento de sus funciones. Concertación que, en palabras del profesor parisino, “es, en esencia, colaborar”⁶⁵². En esta misma calificación coincide Maurice Duverger⁶⁵³.

Siguiendo con el significado de dicha concertación, Raymond Carré de Malberg sostiene que la autoridad legislativa y ejecutiva no puede ejercer sus poderes respectivos sin tener el derecho y el medio de controlarse e influenciarse una a otra. Así, afirma expresamente que “ni aun sería suficiente que tuvieran una sobre otra, ciertos medios de acción, sino que es necesario, además, que la constitución establezca entre ellas aproximaciones y relaciones de coordinación tales que esas dos autoridades no puedan ejercer su actividad separadamente, cada una por su lado, sino que, por el contrario, estén obligadas a concertarse y unirse, con el objeto de actuar en común y de marchar de acuerdo”⁶⁵⁴. Este planteamiento lleva al teórico francés a considerar que el régimen parlamentario no se limita a atribuir a los titulares del poder legislativo y ejecutivo ciertos medios de acción

⁶⁵⁰ Maurice Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional* (Granada: Comares, 2003), 428, (Trad. Carlos Ruiz del Castillo).

⁶⁵¹ En este punto Hauriou recurre al término utilizado por Montesquieu expresamente en su texto, a saber, concertarse para hacer referencia al relacionamiento entre los órganos. Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 240.

⁶⁵² Hauriou, 240.

⁶⁵³ Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional* (Barcelona: Ariel, 1988), 140, (Trad. Pablo Lucas Verdú).

⁶⁵⁴ Carré de Malberg, *Teoría general del Estado*, 771.

recíproca, sino que se propone, además, como uno de sus objetivos esenciales, establecer entre ellos un constante acercamiento, una estrecha coordinación. Por consiguiente, lejos de perseguir su separación, su objeto preciso en este aspecto, así como su característica principal, es fundar su asociación. Sobre las implicaciones de dicha asociación entre gobierno y parlamento, sostiene expresamente Carré de Malberg que “los asocia haciendo que cooperen [...] por vía de colaboración, en cada una de las funciones legislativas y ejecutivas.”⁶⁵⁵

Este concepto de colaboración, en lugar del de división o separación de poderes en el régimen parlamentario, fue objeto de particular desarrollo en la obra de Leon Duguit. Para el decano de Burdeos, el régimen parlamentario reposa esencialmente sobre el concepto de la igualdad entre el parlamento y el gobierno, sobre su íntima colaboración en todo lo que constituye la actividad del Estado y sobre la acción que ejercen el uno sobre el otro. Esta relación es a la que él denomina como “colaboración”⁶⁵⁶. Al respecto, se expresa Duguit afirmando que:

“Siendo iguales los dos órganos políticos, deben colaborar igualmente en todas las funciones del Estado. No debe hablarse, por lo tanto, de separación de poderes, porque los poderes son los diversos elementos de la soberanía desmembrada y repartida entre diferentes órganos de representación, y aquí la soberanía, si se admite su existencia, permanece íntegra, no está desmembrada. La soberanía continúa intacta en su unidad y en su indivisibilidad, estando ejercida su representación por los dos órganos del Estado actuando concertadamente.”⁶⁵⁷

De esta manera, los dos órganos, el parlamento y el gobierno, ejercen el uno sobre el otro una acción recíproca constante, y colaboran de una manera íntima en la tarea de suscitar y estimular la actividad general del Estado, colaboración que se genera a causa de la diversidad de sus orígenes y estructuras. Este razonamiento lleva a Duguit a afirmar la necesidad de reevaluar el alcance y relevancia del dogma de la separación de poderes en su concepción estricta sugiriendo que, si es a la relación antes advertida a la que se denomina con el término de separación de los poderes “bien está; basta que nos entendamos”⁶⁵⁸. Por lo tanto, ante la falta de corrección lógica de este planteamiento, termina el autor proponiendo que “para evitar la confusión, en vez de separación de

⁶⁵⁵ Carré de Malberg, 782.

⁶⁵⁶ Duguit, *Manual de derecho constitucional*, 168.

⁶⁵⁷ Duguit, 169.

⁶⁵⁸ Duguit, 141.

poderes, deberá decirse colaboración de órganos”⁶⁵⁹. De allí que finalmente concluya Duguit sosteniendo que “el régimen político más propio y adecuado para asegurar el equilibrio mediante la colaboración de todos los elementos que monopolizan la potestad pública en un país, es el generalmente denominado régimen parlamentario”⁶⁶⁰.

Destacando el alcance de ese deber de colaboración, Karl Loewestein señala que en el parlamentarismo la forma en que se adoptan las decisiones políticas fundamentales es en la que radica uno de sus elementos definitorios. Así, para el autor alemán, “la función de determinar la decisión política está distribuida entre el gobierno y el parlamento. Y ambos colaboran necesariamente en la ejecución de la decisión política fundamental por medio de la legislación”⁶⁶¹. Por lo tanto, afirma Loewestein que lo que se configura en el régimen parlamentario es una relación de “interdependencia por integración”⁶⁶². Finalmente, y de forma categórica, para De Vergottini, en el modelo parlamentario el gobierno requiere de la coordinación y colaboración del parlamento para el adecuado cumplimiento de sus funciones, colaboración que se materializa en la ya mencionada relación fiduciaria⁶⁶³. Esto lleva al doctrinante italiano a proponer que “[l]a forma de gobierno que no acepta la rigidez de la separación entre Legislativo y Ejecutivo, sino que, por el contrario, institucionaliza su colaboración se define como parlamentaria”⁶⁶⁴.

Del anterior recuento, puede sostenerse que la forma de gobierno parlamentaria lleva implícita la idea de un tipo de relacionamiento muy particular entre los órganos políticos del poder público, el cual ha sido caracterizado por la doctrina de distintas formas, principalmente, como de interdependencia, cooperación, coordinación o colaboración. Sin embargo, al resultar significativa la convergencia que al respecto se hace en este último término, es posible adoptarlo para hacer mención a este tipo de relacionamiento. Así, puede entonces afirmarse que mientras exista y se mantenga la relación fiduciaria o de confianza antes advertida, tendrá lugar entre el parlamento y el gobierno una interacción colaborativa para el desarrollo del ejercicio de la gobernanza constitucional,

⁶⁵⁹ Duguit, 141.

⁶⁶⁰ Duguit, 110.

⁶⁶¹ Loewenstein, *Teoría de la constitución* (1957), 106.

⁶⁶² Loewenstein, 132.

⁶⁶³ Para el autor, “las formas de coordinación y colaboración entre legislativo y ejecutivo en un sistema parlamentario se concretan en mediante la investidura fiduciaria que el parlamento da al gobierno y la consiguiente responsabilidad política de este último ante el primero”. De Vergottini, *Derecho constitucional comparado*.

⁶⁶⁴ De Vergottini.

tal y como se ha conceptualizado anteriormente⁶⁶⁵. En virtud de dicha colaboración puede entonces afirmarse que ambos órganos estarán en posibilidad de contribuir de forma efectiva a través de la agregación de sus fortalezas, sean estas de mayor experticia, como lo harían los miembros del gabinete, de mayor apoyo ciudadano por el carácter directo de la representación de los parlamentarios, o de mejores procesos de toma de decisión, como o serían los mismos procedimientos legislativos o administrativos. Lo anterior, para la adopción e implementación de las decisiones políticas fundamentales a través de medidas legislativas, que como es sabido, constituyen en una parte central del desarrollo del proyecto conjunto que implica la gobernanza constitucional para los Estados contemporáneos.

Por su parte, cuando disminuya sustancialmente dicha relación de confianza entre ambos poderes, la interrelación será prevalentemente de control, dando origen a un tipo de relacionamiento donde lo que se pretende exclusivamente es vetar, evitar o impedir que se adopte una determinada decisión política o administrativa por parte del órgano gubernamental. Por tanto, en ausencia de confianza entre los poderes, atendiendo a dicha pretensión de control y en consideración a la responsabilidad política que caracteriza el relacionamiento entre los órganos, en un sistema parlamentario dichas situaciones suelen desembocar en coyunturas de transición de gobierno, a través de los ya conocidos mecanismos de censura o de dimisión de todo o parte del órgano de gobierno.

En virtud de lo anterior, puede entonces afirmarse que la colaboración es una característica inherente al régimen parlamentario. Así, la colaboración no solo diseña la estructura y el tipo de relacionamiento entre los órganos legislativo y ejecutivo, sino que determinará la dinámica de dichas interrelaciones. Por lo tanto, al ser un elemento intrínseco del régimen, las constituciones escritas o consuetudinarias que determinan esta forma de gobierno no tienen necesidad alguna de invocar ni explicitar en su contenido este tipo de relacionamiento. Es por ello, por lo que podría resultar ajeno, en tanto inane, la expresa consagración del deber de interdependencia, cooperación, coordinación o colaboración entre las constituciones que proponen formas de gobierno parlamentarias. Sin embargo, ello no parece ser así para otras formas de gobierno, como pasará a exponerse.

⁶⁶⁵ Véase capítulo 1.

A partir de una lectura más estricta del postulado de separación entre poderes se ha construido la forma de gobierno presidencialista⁶⁶⁶. Lo esencial de esta radica en “separar” al ejecutivo del apoyo parlamentario. De inmediato debe advertirse que dicha separación es de grado y en ningún caso es absoluta. Para ello, valga remitirnos incluso a su formulación original, donde en el contexto del diseño de la constitución de Filadelfia, dicha superposición en el ejercicio de la competencia de los poderes públicos era un presupuesto necesario para la puesta en marcha del modelo de “*checks and balances*” que se ubica en el corazón del sistema constitucional presidencialista⁶⁶⁷. Así, es claro que sin la interferencia e interacción entre órganos es difícil el que una rama pueda controlar las acciones de otra⁶⁶⁸. Por lo tanto, el presidencialismo se fundamenta en un mayor nivel de separación entre los órganos ejecutivo y legislativo, sin que pretenda una separación estricta o absoluta entre ellos.

Ese mayor grado de separación que le es propio al presidencialismo puede identificarse en tres aspectos principales, a los cuales se suele referir como los criterios diferenciadores entre los regímenes parlamentarios y presidencialistas⁶⁶⁹. En primer lugar, la elección popular directa o casi directa del jefe de Estado por un tiempo determinado. En segundo lugar, el gobierno no es designado o desbancado mediante el voto parlamentario por razones políticas⁶⁷⁰. En tercer y último lugar, no se permite ninguna clase de “autoridad dual” que se interponga entre el presidente y su gabinete, es decir, que este encabeza y dirige de forma directa al gobierno que él designa⁶⁷¹. En palabras de Lijphart, este último aspecto implica que “las decisiones más importantes en los sistemas presidencialistas

⁶⁶⁶ Sobre el postulado de la separación entre poderes véase capítulo 1.

⁶⁶⁷ El Federalista LI es un buen ejemplo de este razonamiento que se repite a lo largo de El Federalista. Hamilton, Madison, y Jay, *El federalista*.

⁶⁶⁸ Matthew Soberg Shugart y John M Carey, *Presidents and assemblies : constitutional design and electoral dynamics* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992), 19.

⁶⁶⁹ Sartori, *Ingeniería constitucional comparada : una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, 97-99; Arend Lijphart, *Patterns of democracy : government forms and performance in thirty-six countries*, 2° (New Heaven: Yale University Press, 2012), 106 y ss.

⁶⁷⁰ En este punto valga advertir que los si bien es cierto en la mayoría de los sistemas presidencialistas el congreso puede remover excepcionalmente al presidente electo a través del “*impeachment*”, es importante aducir que dicha posibilidad es muy diferente del poder que tiene un parlamento para remover la confianza frente a un primer ministro o a todo su gobierno. Al respecto véase: Anthony W Bradley y Cesare Pinelli, *Parliamentarism* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 11, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0032>.

⁶⁷¹ Albert, «Presidential Values in Parliamentary Democracies», 218.

puedan ser tomadas por el presidente sin o, incluso, en contra del consejo de su gabinete”⁶⁷².

Si bien se ha discutido, si son necesarios otros criterios para identificar los regímenes presidencialistas contemporáneos, tales como, que una persona no pueda estar vinculada simultáneamente al congreso y al ejecutivo, que el Presidente carezca expresamente del poder de disolver al parlamento, o que el presidente disponga de ciertas competencias para emitir normas jurídicas⁶⁷³, lo cierto es que con la concurrencia de las tres características antes mencionadas resulta suficiente para afirmar que la forma de gobierno presidencialista materializa la separación máxima posible, tanto de “origen” como de “supervivencia”⁶⁷⁴ entre el gobierno y el parlamento. Ello, sin lugar a duda, resulta suficiente para nuestros efectos de diferenciar entre un régimen presidencialista y uno parlamentarista. Por lo tanto, sintetizando podemos plegarnos a lo expuesto por Juan Linz, quien define al presidencialismo como aquella forma de gobierno que dispone de:

“[U]n ejecutivo con considerables poderes en la constitución, y generalmente con absoluto control de la composición de su gobierno y la administración, [que] es elegido por el pueblo (directamente o por un colegio electoral elegido con ese fin) por un periodo de tiempo fijo, y [que] no depende de un voto de confianza formal de los representantes elegidos democráticamente en un parlamento; el presidente no es sólo el que ejerce el poder ejecutivo, sino también el jefe simbólico del Estado, y no se le puede destituir, excepto en algún caso excepcional de juicio político (*impeachment*), entre elecciones”⁶⁷⁵.

En cuanto a las implicaciones que esta forma de gobierno trae para las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo, desde la década de los años ochenta y a partir de la influencia del neo-institucionalismo⁶⁷⁶, estas han sido objeto de especial interés para la ciencia política y los estudios comparados de gobierno. En este punto, uno de los trabajos precursores y de mayor influencia en la materia es precisamente el de Juan Linz. Para ello, el profesor de la Universidad de Yale partió de establecer que las constituciones presidencialistas, contrario a las parlamentarias, proveen pocos o ningún incentivo para

⁶⁷² Lijphart, *Patterns of democracy : government forms and performance in thirty-six countries*, 107.

⁶⁷³ Lijphart, 113.

⁶⁷⁴ Shugart y Carey, *Presidents and assemblies : constitutional design and electoral dynamics*, 18.

⁶⁷⁵ Juan J Linz y Arturo Valenzuela, *Las crisis del presidencialismo* (Madrid: Alianza Editorial, 1997), 32, (Trad. Rocío de Terán).

⁶⁷⁶ Bernard Grofman y Donald Wittman, *The Federalist Papers and the new institutionalism* (Washington: Agathon Press, 1989); Thomas O. Sargentich, «Contemporary Debate About Legislative-Executive Separation of Powers», *Cornell Law Review* 72 (1986): 430-88.

la formación de coaliciones políticas en razón a los arreglos institucionales establecidos en ellas.

Para sostener esta idea, Linz expone tres distintas razones. La primera, debido a que la continuidad del presidente no depende de ningún tipo de apoyo legislativo⁶⁷⁷. La segunda, debido a que los presidentes son independientes del legislativo en lo relativo a su nombramiento y continuidad. Ello, al ser elegidos por elecciones nacionales que lo dotan de un significativo apoyo popular, lo que hace que tengan un sentido de poder y suelen sobreestimar su habilidad para gobernar de forma aislada⁶⁷⁸. La tercera y última razón se refiere a que las elecciones presidenciales son de suma cero, donde el ganador es absoluto, lo cual difícilmente conduce a la cooperación o a la formación de coaliciones⁶⁷⁹. Por lo tanto, en virtud de estas razones, afirma Linz, que las coaliciones en las formas de gobierno presidencialistas son difíciles y si tienen lugar resultan “excepcionales y a menudo no son satisfactorias para los participantes”⁶⁸⁰.

En el marco propuesto por Linz, mientras que en los regímenes parlamentarios se supone deben fomentar la cooperación o colaboración, los regímenes presidencialistas alientan la independencia y, con ello, la polarización y la tensión⁶⁸¹. Por el contrario, bajo el parlamentarismo, los partidos de gobierno apoyarán al ejecutivo y los partidos fuera de este se abstendrán de escalar cualquier conflicto debido a que ellos, en cualquier momento, se podrán convertir en parte del gobierno. Los miembros individuales del parlamento, a su turno, se alinearán ellos mismos con los partidos. La consecuencia es que los gobiernos parlamentarios estarán apoyados por una mayoría compuesta por partidos altamente disciplinados que estarán listos para cooperar con el otro. Es en este sentido en el que puede afirmarse que los regímenes parlamentarios parecen apostar más a la eficiencia en la labor del gobierno que a evitar los riesgos de una tiranía⁶⁸².

⁶⁷⁷ Linz y Valenzuela, *Las crisis del presidencialismo*, 37.

⁶⁷⁸ Linz y Valenzuela, 63-64.

⁶⁷⁹ Linz y Valenzuela, 46.

⁶⁸⁰ Linz y Valenzuela, 54.

⁶⁸¹ Linz y Valenzuela, 127.

⁶⁸² Ronald J. Krotoszynski, «The Separation of Legislative and Executive Powers», en *Comparative Constitutional Law*, ed. Tom Ginsburg y Rosalind Dixon (Northampton: Elgar, 2011), 248; Albert, «Presidential Values in Parliamentary Democracies», 222.

Por su parte, el presidencialismo, está caracterizado por la ausencia de ese tipo de incentivos y, por ende, es más proclive a generar ya sean gobiernos de minoría como gobiernos que son mayoritarios solo nominalmente. De hecho, dado que los legisladores no dependen del presidente para obtener ni retener sus escaños y debido a que ellos cultivan sus propios vínculos con los votantes, estos tienen pocos incentivos para apoyar al presidente y para prestar atención a los asuntos nacionales. Esa falta de incentivos para la formación de coaliciones y la alta incidencia resultante de los gobiernos de minoría bajo el presidencialismo suelen implicar conflictos entre el ejecutivo y el legislativo al igual que la ineffectividad legislativa de los gobiernos. Tal y como lo exponen Jones y Hwang, “cuando un ejecutivo carece de mayorías en un sistema parlamentario, la norma es que se tienda a un gobierno “consensual”, por ejemplo, a un gobierno de coalición. Por el contrario, en los modelos presidencialistas, cuando el ejecutivo carece de mayorías (o está muy cerca de ella) en el legislativo, la norma es un gobierno conflictivo”⁶⁸³.

Dichos conflictos entre el ejecutivo y el legislativo pueden conducir, tanto a un punto de bloqueo institucional como a uno de dominio, ya sea del ejecutivo o del legislativo⁶⁸⁴. En palabras de Cheibub y Limongi, dicho punto de bloqueo institucional (*deadlock*) constituye el “beso de la muerte para una democracia”⁶⁸⁵, en tanto, no existe solución constitucional ni institucional para ello. Por tanto, desde esta posición, la alta proclividad de los conflictos entre ejecutivo y legislativo en los sistemas presidencialistas es producto de una de las características definitivas del modelo, es decir, de la elección separada de las dos mencionadas ramas y a su periodo fijo⁶⁸⁶.

En suma, debido a la inexistencia de incentivos para la colaboración entre ramas del poder, el presidencialismo se caracteriza por los frecuentes gobiernos de minoría al igual que por los conflictos y puntos muertos a los que conduce entre el gobierno y el congreso. Debido a que dichas formas de gobierno carecen de un principio constitucional que pueda ser invocado para resolver los conflictos entre el ejecutivo y el legislativo, como el voto

⁶⁸³ Mark P Jones y Wonjae Hwang, «Party Government in Presidential Democracies: Extending Cartel Theory Beyond the U.S. Congress», *American Journal of Political Science* 49, n.º 2 (1 de abril de 2005): 38, <https://doi.org/10.1111/j.0092-5853.2005.00122.x>.

⁶⁸⁴ En relación al régimen presidencial afirma Matteucci que “el sistema constitucional [presidencial] está basado en dos órganos [Legislativo y Ejecutivo], que están obligados a colaborar”. Matteucci, *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, 288.

⁶⁸⁵ José Antonio Cheibub y Fernando Limongi, «Legislative-executive relations», en *Comparative constitutional law*, ed. Tom Ginsburg y Rosalind Dixon (Northampton: Edward Elgar, 2011), 216.

⁶⁸⁶ Cheibub y Limongi, 215.

de confianza en las formas parlamentarias, presidentes en minoría y las situaciones de bloqueos institucionales proveen incentivos a los actores para buscar soluciones extra-constitucionales para resolver sus diferencias⁶⁸⁷. Así, Linz sintetiza proponiendo que los problemas estructurales inherentes al presidencialismo incluyen “la legitimidad democrática simultánea del presidente y el congreso, la probabilidad de conflicto, la ausencia de mecanismos obvios para resolverlos, el carácter de suma-cero de las elecciones presidenciales, la implicación mayoritaria que puede llevar a una desproporcionalidad que deje a más del 60 por ciento de los votantes sin representación, la polarización potencial, la rigidez de los mandatos fijos y las reglas de no reelección”⁶⁸⁸. Lo anterior, conduce al autor a afirmar que las democracias presidencialistas serán más proclives a la inestabilidad y la discontinuidad de los gobiernos.

Coincidiendo con este razonamiento, Cheibub y Limongi afirman que en estas circunstancias las características de las formas de gobierno presidencialistas hacen que sea casi imposible gobernar cuando la configuración institucional está dada para generar gobiernos con un débil apoyo legislativo y los políticos tienen como estrategia predominante el actuar de forma independiente. Así, afirman los autores que “debido a la falta de soluciones constitucionales para estas circunstancias es muy probable la irrupción de crisis en las cuales los actores políticos no tienen más opción que apelar a aquellos que disponen de armas para intervenir y poner fin a esa miseria”⁶⁸⁹.

Para Carlos Santiago Nino, la posibilidad de crisis que puedan afectar la estabilidad de la forma misma de gobierno presidencialista se debe a la inexistencia de “válvulas de escape institucional”⁶⁹⁰. Dicha ausencia no hace más que hacer escalar los conflictos entre los electores, partidos políticos y entre los mismos poderes públicos, sin que ellos puedan canalizarse por vías institucionales oportunas, como sí puede hacerse en los sistemas parlamentarios. Esta situación termina planteando una particular paradoja como lo advierte Richard Albert. Si bien uno de los fundamentos del sistema presidencial y de la interpretación estricta de la separación de poderes fue el de evitar al máximo el riesgo de gobiernos tiranos, por estas limitaciones institucionales, aunque no regularmente, estos

⁶⁸⁷ Juan Linz, *La quiebra de las democracias* (Madrid: Alianza Editorial, 1996), 122.

⁶⁸⁸ Linz y Valenzuela, *Las crisis del presidencialismo*, 135.

⁶⁸⁹ Cheibub y Limongi, «Legislative-executive relations», 216.

⁶⁹⁰ Nino, *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 635.

sistemas pueden degenerar en tiranías debido a los fuertes incentivos que estos arreglos suponen para el presidente a actuar de forma extra-constitucional en situaciones de crisis⁶⁹¹.

En la misma línea argumentativa, Bruce Ackerman adopta una posición igualmente crítica frente al funcionamiento del presidencialismo. Para ello, parte de señalar que, frente a las situaciones de *impasse*, es decir, aquellas en donde el congreso y el presidente pueden estar dominados por diferentes partidos, el modelo presidencialista es más proclive a las situaciones de crisis de gobernabilidad. Sin embargo, su razonamiento no concluye allí y procede a analizar los efectos que esta forma de gobierno trae para el personalismo en la política, el sistema de representación proporcional y la politización de la administración pública y las fuerzas armadas. Los hallazgos conducen al autor a proponer sobre el presidencialismo que:

“[L]a división de poderes entre cámara, senado y presidente no sólo alienta crisis de gobernabilidad en épocas de impase y luchas desesperadas en contra del reloj constitucional en momentos de autoridad absoluta; no sólo marcha en contra de la representación proporcional y alienta el culto a la personalidad, sino que también socava la modalidad positiva de la división de poderes que trata de explotar la lógica de la especialización funcional. En vez de alentar una combinación constitucional creativa de responsabilidad política y capacidad profesional, la división de poderes politiza la administración pública y erosiona el Estado de derecho”⁶⁹².

Si bien el anterior diagnóstico cuenta con un importante eco en la disciplina de los gobiernos comparados⁶⁹³, este dista de ser unánime. Al respecto, siguen existiendo defensores entusiastas de la conveniencia del modelo presidencialista, en especial, en su versión estadounidense, para lo cual suelen ufanarse de la amplia difusión de esta forma de gobierno tras la segunda guerra mundial⁶⁹⁴. Por otro lado, existen estudios estadísticos desde la perspectiva de la ciencia política que tienden, si bien no a contradecir, al menos a controvertir las conclusiones de Linz sobre las vulnerabilidades del modelo

⁶⁹¹ Albert, «Presidential Values in Parliamentary Democracies», 222.

⁶⁹² Bruce Ackerman, *La nueva división de poderes* (Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2007), 109-10, (Trad. José Manuel Salazar).

⁶⁹³ Tom Ginsburg, Zachary Elkins, y James Melton, «Do Executive Term Limits Cause Constitutional Crises?», en *Comparative Constitutional Design*, ed. Tom Ginsburg (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 374.

⁶⁹⁴ Steven G. Calabresi, «An Agenda for Constitutional Reform», en *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, ed. Sanford V. Eskridge, William N. Levinson (New York: New York University Press, 1998), 22-27; Posner y Vermeule, *The Executive Unbound*.

presidencialista, entre los que destacan los de Shugart y Carey⁶⁹⁵, y Adserà y Boix⁶⁹⁶. Por último, se vienen desarrollando estudios más recientes en la disciplina de los gobiernos comparados que tienden a incluir otras variables que influyen en el tipo de relaciones que tienen las ramas legislativa y ejecutiva. A manera de ejemplo, la apertura del proceso legislativo, las facultades normativas del presidente y las motivaciones de los actores políticos que trascienden a la de ocupar la presidencia y que incluye asuntos como el sentido de las políticas públicas adoptadas y la competencia por votos⁶⁹⁷.

Valga advertir en este punto que, con el razonamiento hecho sobre el presidencialismo, no quiere afirmarse que en este no pueda ni deba existir colaboración entre el órgano ejecutivo y legislativo, como en efecto es común observarla, sino que dicha colaboración no responde a razones institucionales, es decir, a la estructura prevista para el relacionamiento entre órganos sino a otras posibles causas⁶⁹⁸. Por lo tanto, a pesar de la existencia de estas perspectivas alternativas sobre el origen de las relaciones entre ejecutivo y legislativo, lo cierto es que ninguna de ellas parte de desconocer que los marcos institucionales tienen una incidencia relevante entre el tipo de relación que se genera entre las ramas del poder⁶⁹⁹, sino que tiende a incluir otras variables a dicha fórmula. En este punto, no debe perderse de vista que en el núcleo de la ingeniería constitucional se ubica la pretensión de la “estructuración eficiente del ente político”⁷⁰⁰ y, en esta, un adecuado esquema de recompensas y castigos tiene indudable incidencia en la forma de relacionamiento entre órganos como nos lo recuerda magistralmente Sartori. Por lo tanto, tampoco puede desconocerse que, debido a los arreglos institucionales, dicho relacionamiento suele ser, cuando menos, más problemático debido a la arquitectura de

⁶⁹⁵ Los autores analizan la caída de los regímenes durante el siglo XX encontrando que tasa es mayor para regímenes presidencialistas que para parlamentarios. Shugart y Carey, *Presidents and assemblies : constitutional design and electoral dynamics*, 41.

⁶⁹⁶ Alicia Adserà y Carles Boix, «Constitutions and Democratic Breakdowns», en *Controlling Governments*, ed. Jose Maria Maravall y Ignacio Sanchez-Cuenca (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 247-302.

⁶⁹⁷ Para un recuento al respecto véase Cheibub y Limongi, «Legislative-executive relations», 220 y ss.

⁶⁹⁸ En la literatura norteamericana es común encontrar estudios sobre la cooperación inter-ramas (*interbranch cooperation*). Para un novedoso análisis sobre las razones de colaboración en el Sistema norteamericano véase: Travis J. Baker y Thomas Schwartz, «Interbranch cooperation and the shadow of the future», *Constitutional Political Economy* 27, n.º 3 (1 de septiembre de 2016): 319-31, <https://doi.org/10.1007/s10602-015-9201-7>.

⁶⁹⁹ En palabras de Shugart y Carey, “las diferencias sobre el vínculo entre el tipo de régimen y la caída del mismo no significa que las opciones institucionales no tengan relevancia, algunas democracias presidencialistas que cayeron podrían haber sobrevivido, sin lugar a dudas, si estas fueran parlamentarias”. Shugart y Carey, *Presidents and assemblies : constitutional design and electoral dynamics*, 42.

⁷⁰⁰ Sartori, *Ingeniería constitucional comparada : una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, 214, 218.

los regímenes presidencialistas, lo cual se evidencia en la proliferación de modelos matizados o de la introducción de mecanismos atenuadores de éste en las últimas décadas. Así las cosas, coincidimos con Linz cuando concluye que, “[i]ndudablemente, otros factores, aparte del tipo de régimen, explican las dificultades, pero no es desacertado argumentar que el presidencialismo las multiplica por causas congruentes con nuestro análisis”⁷⁰¹.

En este razonamiento y ante los riesgos que imponen los arreglos institucionales en las formas de gobierno no parlamentarias para el relacionamiento entre los órganos del Estado, es que podría encontrarse la justificación para que algunos textos constitucionales prescriban explícitamente el tipo de relacionamiento que esperan entre las ramas del poder público. Esto, que según se consideraba anteriormente en este escrito como algo posiblemente innecesario e inane en las constituciones parlamentarias, parece cuando menos conveniente en los regímenes distintos a estos a la luz de los riesgos advertidos. Para avanzar en este punto se procederá a un análisis del derecho constitucional comparado en la materia.

3.2. Los mandatos de relacionamiento entre órganos en el derecho constitucional comparado

A partir del renacimiento que ha tenido el derecho constitucional comparado en las últimas décadas⁷⁰², en este apartado se recurrirá a dicha disciplina con el fin de explorar qué tan común es la existencia de cláusulas constitucionales que prescriban un particular relacionamiento entre los órganos del Estado y en caso de que así sea, qué características comunes pueden establecerse entre ellas. Por lo tanto, conscientes de la importancia de la rigurosidad metodológica en estos análisis, partiremos adoptando las sugerencias hechas por Hirschl⁷⁰³ en torno a los cuatro principios rectores que deben seguirse para un

⁷⁰¹ Linz y Valenzuela, *Las crisis del presidencialismo*, 143.

⁷⁰² Ran Hirschl, *Comparative matters : the renaissance of comparative constitutional law* (Oxford: Oxford University Press, 2014); Mark Tushnet, «Saying and Doing In Comparative Constitutional Studies— Ran Hirschl, Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law (oxford University Press, 2014)», *American Journal of Comparative Law* 64, n.º 1 (28 de marzo de 2016): 201-8, <https://doi.org/10.5131/AJCL.2016.0008>; Theunis Roux, «Comparative Constitutional Studies: Two Fields or One?», *Annual Review of Law and Social Science* 13, n.º 1 (13 de octubre de 2017): 123-39, <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-110316-113534>.

⁷⁰³ Hirschl, *Comparative matters : the renaissance of comparative constitutional law*, 231.

adecuado análisis de derecho constitucional que recurra al método comparativo. En relación con el primero, debe quedar claro que el objetivo del ejercicio que se pretende es exclusivamente clasificatorio o taxonómico. Con ello se quiere significar que la finalidad es la de clasificar y ordenar en grupos las constituciones actualmente vigentes que tienen características comunes. Como se ha dicho, se busca identificar aquellas constituciones que dispongan de cláusulas explícitas donde se haga un llamado y/o se imponga un deber de relacionamiento entre las ramas del poder público diferente a los que se derivan del principio de separación de poderes y sus postulados.

En segundo lugar y atendiendo a lo antes dispuesto, es importante precisar que el nivel de generalización y aplicabilidad del ejercicio que se propone realizar en este apartado es universal y abstracto. Ello, en tanto, lo que se pretende es identificar el subconjunto de las constituciones vigentes que prescriban algún tipo de relaciones entre órganos. En consecuencia, para este análisis se omitirán los estudios contextuales y particularizados de las constituciones utilizadas al exceder ello, por mucho, la finalidad ya explicitada.

En tercer lugar, en cuanto a la metodología utilizada para el desarrollo de la comparación, valga destacar que se recurrirá a los métodos de análisis jurídico y analítico. En relación con el primero, tal y como se ha señalado, se procederá al análisis de normas que puedan identificarse formal o materialmente como constitucionales, exclusivamente. En relación con el segundo método, se hará énfasis en el análisis de los enunciados lingüísticos, los términos y los conceptos que utilizan dichas constituciones para prescribir el relacionamiento inter-orgánico. En este sentido, tal y como lo advierte Tushnet, el lenguaje es uno de los aspectos metodológicos más importante a considerar ya que el derecho suele tener como característica su carácter positivo, lo cual hace que el lenguaje y los términos jueguen un papel fundamental en los análisis de derecho comparado⁷⁰⁴. Como se mencionó, este método, al que el autor norteamericano denomina como ilustrativo (*illustrative*)⁷⁰⁵, tiene como objetivo el de aprender de las distintas posibilidades disponibles en relación con el sistema constitucional a través del análisis de este con otros sistemas que han debido enfrentar problemas similares y que proponen una solución normativa al respecto en sus textos constitucionales.

⁷⁰⁴ Tushnet, *Advanced introduction to comparative constitutional law*, 5.

⁷⁰⁵ Tushnet, 8.

En cuarto y último lugar, Hirschl sugiere que se debe asegurar que el diseño del ejercicio y los métodos de comparación seleccionados reflejen los objetivos analíticos e intelectuales trazados. Así, a partir de lo antes señalado, podemos afirmar que existe una conexión racional y adaptativa entre la hipótesis de investigación y los métodos comparativos utilizados que nos permite probar la hipótesis antes propuesta. Establecido el cumplimiento de estos cuatro principios, que en palabras de Tushnet, no son otros que los necesarios para realizar un “buen trabajo”⁷⁰⁶ de derecho constitucional comparado, se procederá a describir el ejercicio comparativo realizado y sus principales hallazgos.

Para la identificación de los textos constitucionales vigentes se recurrió a la base de datos identificada como *Constitute Project*⁷⁰⁷, la cual fue desarrollada por los autores del Proyecto de Constituciones Comparadas (*Comparative Constitutions Project*) de la Universidad de Texas con sede en Austin. Esta base de datos dispone de versiones de constituciones de todos los Estados que se proclaman independientes en la actualidad, tanto vigentes como derogadas, al igual que en su versión original como traducidas a diferentes idiomas. En esta medida, puede considerarse que dicha base cuenta con información representativa para hacer análisis cuantitativos y cualitativos.

Una vez identificada la base de datos, se procedió a establecer un protocolo de búsqueda sistemática, el cual se esquematiza en la Tabla 1. Este protocolo partió de establecer que para la misma se utilizaría el idioma inglés ya que es en este en el que se encuentran traducidas la totalidad de las constituciones que reposan en la base de datos. Ello encuentra plena justificación en la pretensión de universalidad y abstracción que tiene el mencionado ejercicio. Como segundo elemento del protocolo, un primer filtro aplicado fue el de las constituciones que estuvieran vigentes (*in force*). Este primer filtro arrojó como resultado un universo total de 193 constituciones identificadas.

Teniendo en cuenta que la pregunta de investigación se indaga por qué tan frecuente es la existencia de cláusulas constitucionales que prescriban un tipo de relacionamiento entre los órganos del Estado, se optó por una búsqueda de dos fases. En una primera, se aplicaron una serie de restrictores que pudieran guardar relación al tipo de

⁷⁰⁶ Tushnet, «Saying and Doing In Comparative Constitutional Studies— Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, 2014)», 202.

⁷⁰⁷ Comparative Constitutions Project, «Constitute Project», s. f., www.constituteproject.org.

relacionamiento prescrito a los poderes públicos. Para ello, se utilizaron los siguientes términos: “coordination”, “coordinate”, “collaboration”, “collaborate”, “collaborative”, “cooperation”, “cooperative”, “harmonious”, “harmonic”, “harmoniously”, “interrelation”, “interdependence”, “separation”, “separate”. Como puede observarse, los términos utilizados se utilizaron en su conjugación activa (como acción de) y a manera de adjetivo, ello con el fin de ampliar el rango de la búsqueda⁷⁰⁸.

De los resultados obtenidos, en una segunda fase, se procedió a la verificación de si la presencia de dichos términos en las constituciones correspondía efectivamente a la existencia de mandatos de conducta dirigidos a los poderes públicos. En caso de que dicha correspondencia fuera afirmativa se procedió a la identificación del Estado al que pertenece la constitución, su año de expedición y la disposición normativa completa en la que se encuentra el término, incluyendo su título, en caso de disponer del mismo.

Tabla 5: Protocolo de Búsqueda Sistemática

Criterio	Descripción
Base de datos	<i>Constitute Project</i>
Acceso a la fuente	www.constituteproject.org
Tipo de licencia	Abierta y pública
Licencia	Creative Commons Attribution-NonCommercial 3.0 Unported License
Idioma de búsqueda	Inglés
Filtro utilizado	<i>In Force</i> (Vigente)
Restrictores utilizados	“separation”, “separate”, “coordination”, “coordinate”, “collaboration”, “collaborate”, “collaborative”, “cooperation”, “cooperative”, “harmonious”, “harmonic”, “harmoniously”, “interrelation”, “interdependence”

Fuente: Elaboración propia.

Tras la sistematización de los resultados arrojados por la aplicación del protocolo de búsqueda, la cual se constituye en el Anexo 1 de esta disertación, los principales hallazgos son los siguientes: en relación con el principio de separación de poderes, de las 193 constituciones vigentes, 60 lo consagran expresamente. De ellas, 32 complementan el principio de separación de poderes con algún otro de sus postulados, a saber, separación estricta, división o equilibrio entre poderes. De estos, el postulado más frecuente es el de

⁷⁰⁸ Valga advertir en este punto, que al utilizar estos conceptos como restrictores no se está asumiendo que su significado sea idéntico en los distintos sistemas políticos constituciones objeto de búsqueda, ya que como bien lo afirma Legrand, ninguna palabra que pretenda convertirse en una “norma” puede limitar su significado a su contenido semántico, sino que debe remitirse para ello a su contexto histórico y cultural. Sin embargo, la coincidencia en la utilización del término utilizado si resulta de gran importancia e indicativos para los efectos clasificatorios o taxonómicos que se pretenden en este punto del escrito. Sobre los cuidados que deben tenerse en las traducciones en los ejercicios de derecho comparado véase: Pierre Legrand, «Issues in the Translatability of Law», en *Nation, Language & the Ethics of Translation* (Princeton: Princeton University Press, 2005), 35.

equilibrio (*balance, equilibrium, checks*) con cerca de 20 constituciones que lo mencionan.

Por su parte, de las 193 constituciones vigentes, 34 prevén disposiciones que prescriben un tipo de relacionamiento entre los órganos o ramas del Estado diferente al que se deriva del principio de separación de poderes y sus postulados, lo cual representa un 18% del total de las constituciones analizadas. Para ello, 15 constituciones prescriben que la relación inter-órganos debería ser de cooperación. Otras 6 prescriben relaciones de coordinación, 7 que las relaciones deben ser armónicas y 6 prescriben relaciones de interdependencia entre las ramas del poder público. Finalmente, 8 de estas constituciones prescriben que las relaciones entre los órganos estatales deberán ser de colaboración. De este recuento, debe tenerse en cuenta que 7 de las mencionadas constituciones invocan más de un tipo de relación, a saber, las constituciones de Colombia, Moldavia, Turquía, Portugal, Bolivia, Nicaragua y Panamá. A partir de los mencionados hallazgos es posible sostener que, si bien es mucho más común la mención explícita del principio de separación de poderes para determinar el relacionamiento entre órganos del Estado en las constituciones contemporáneas, las prescripciones de otro tipo de relacionamiento no resultan del todo exóticas, en tanto, cerca de una de cada cinco constituciones vigentes disponen de ellas.

Establecido el panorama de los mandatos de relacionamiento inter-órganos en el derecho constitucional comparado, corresponde ahora indagarnos por el tipo de formas de gobierno que estas disponen. En este punto, es importante recordar la hipótesis que se proponía en el apartado anterior, a saber, que será en las constituciones que prevén gobiernos presidencialistas en los que encuentra justificación la positivación de este tipo de disposiciones. Por lo tanto, para continuar con el análisis, se hizo necesaria la caracterización de las formas de gobierno establecidas en las 34 constituciones que disponen de ese tipo de cláusulas. Para ello, retomando las caracterizaciones que se hicieron al comienzo de este capítulo sobre las formas de gobierno, debemos recordar que sobre el presidencialismo se ha adoptado como criterio esencial a la separación máxima de “origen y supervivencia” entre el órgano legislativo y ejecutivo⁷⁰⁹.

⁷⁰⁹ Shugart y Carey, *Presidents and assemblies : constitutional design and electoral dynamics*, 18.

Por consiguiente, para que un régimen de gobierno pueda considerarse como presidencialista deberán concurrir las siguientes tres condiciones: (i) la elección popular directa o casi directa del jefe de Estado por un periodo preestablecido; (ii) el gobierno, o el ejecutivo, no es designado o desbancado mediante el voto parlamentario por razones políticas salvo por el proceso cuasi-judicial de *impeachment*; y (iii) que el presidente sea quién ejerza autoridad y discreción plena sobre su gabinete⁷¹⁰. Al aplicar estas condiciones a las 34 constituciones identificadas, se encuentran los resultados que se sistematizan en la Tabla 2.

Tabla 6: Correlación preliminar entre cláusulas de relacionamiento y forma de gobierno

Tipo de relación inter-orgánica prescrita	Estado	Año de expedición de la Constitución	Ubicación de la disposición (Art.)	Forma de Gobierno
De Colaboración	Colombia	1991	334	Presidencialista
	Marruecos	2011	1°	Presidencialista
	Ruanda	2003	126	Presidencialista
	El Salvador	1983	86	Presidencialista
	Sudán del Sur	2011	49	Presidencialista
	Sudan	2005	26	Presidencialista
	Somalia	2012	34	No Presidencialista
	Venezuela	1999	118	Presidencialista
De Cooperación	Bahréin	2002	32 ^a	Presidencialista
	Bolivia	2009	12	Presidencialista
	Croacia	1991	4°	No Presidencialista
	Kuwait	1962	50	Presidencialista
	Líbano	1962	PREÁMBULO	No Presidencialista
	Moldavia	1994	6°	No Presidencialista
	Polonia	1997	PREÁMBULO	Presidencialista
	Qatar	2003	60	Presidencialista
	Tailandia	2007	221	Presidencialista
	Turquía	1982	182	Presidencialista
	Azerbaiyán	1995	71	Presidencialista
	Colombia	1991	113	Presidencialista
	Panamá	1972	194	Presidencialista
	Portugal	1976	155	No Presidencialista
	Arabia Saudita	1992	44	Presidencialista
	Turquía	1982	104	Presidencialista
Armónica	Brasil	1988	2°	Presidencialista
	Colombia	1991	113	Presidencialista
	Haití	1987	PREÁMBULO	Presidencialista
	Panamá	1972	2°	Presidencialista

⁷¹⁰ Estos criterios y la clasificación asignada a los Estados de las 34 constituciones analizadas se corresponden con la clasificación utilizada por el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo en su base de datos sobre Instituciones Políticas. Carlos Scartascini, Cesi Cruz, y Philip Keefer, «The Database of Political Institutions 2017 (DPI2017)», 16 de marzo de 2018, <https://doi.org/10.18235/0001027>.

	Nicaragua	1987	7°	Presidencialista
	Angola	2010	21	Presidencialista
Interdependencia	Cabo Verde	1980	22	Presidencialista
	Mozambique	2004	PREÁMBULO	Presidencialista
	Portugal	1976	2°	No Presidencialista
	Santo Tomé y Príncipe	1975	69	Presidencialista
	Timor del Este	2002	69	Presidencialista
	Bolivia	2009	12	Presidencialista
		Paraguay	1992	3°
De Coordinación	Ecuador	2008	206	Presidencialista
	Liberia	1986	3°	Presidencialista
	Nicaragua	1987	129	Presidencialista
	Vietnam	1992	2°	No Presidencialista

Fuente: elaboración propia

Al analizar los resultados anteriores, puede evidenciarse cómo 29 de estas constituciones disponen de regímenes que pueden caracterizarse como presidencialistas, lo cual representa cerca de un 83% del total de las constituciones identificadas. A partir de este hallazgo preliminar y con fin de dotar de evidencia cuantitativa a esta posible correlación entre dichas variables, se procedió al análisis de regresión simple con el fin de verificar la significancia estadística la correlación antes advertida ⁷¹¹. En otras palabras, se busca establecer estimar el siguiente modelo:

$$\text{Existencia cláusula de relacionamiento en la constitución} = f(\text{Forma de Estado})$$

Para ello, se partió de establecer como variable dependiente *la existencia o no de la cláusula de relacionamiento en la constitución*. En particular, se considera una variable dicotómica que toma el valor de 1 si existe la cláusula y 0 en caso contrario. Como variable independiente de interés e explicativa se considera el tipo de forma de Estado, en particular, si esta es presidencialista. Esta es también una variable dicotómica, que toma el valor de 1 si el régimen es presidencialista y 0 en caso contrario. Posteriormente, se procedió a la identificación de posibles variables de control que sirvieran de explicaciones alternativas a la correlación advertida, para lo cual se consultó en las principales bases de datos disponibles en la materia. De allí, se identificaron cuatro grupos de variables de control. La Tabla 3 presenta un resumen de las variables incluidas en cada grupo y las respectivas fuentes.

⁷¹¹ Alan Bryman, *Social research methods*, 4° (Oxford: Oxford University Press, 2012), 349.

Tabla 7: Variables de Control

Título de la variable de control	Descripción	Fuente
Sistema Jurídico	Clasifica a los sistemas jurídicos de los Estados por familias jurídicas, a saber, civilistas, <i>common law</i> y musulmanas.	Jurisglobe- World Legal Systems, University of Ottawa ⁷¹²
Índice de Competitividad Electoral	Caracteriza la competitividad existente para las elecciones que da origen al órgano legislativo (LIEC) como al ejecutivo (EIEC), para lo cual adopta una escala ordinal de entre 1-7, siendo 7 el valor de mayor competitividad.	Database of Political Institutions WB-IDB ⁷¹³
Desarrollo Económico	Se adoptan los indicadores de Producto Interno Bruto (PIB) y de Producto Nacional Bruto (PNB) per cápita, calculado en Billones de Dólares y Dólares respectivamente.	Jurisglobe- World Legal Systems, University of Ottawa ⁷¹⁴
Democracia y Estabilidad	Se toma la variable binaria de democracia por Estado y la de estabilidad que refleja la suma de pasadas transiciones a regímenes autoritarios en un país desde 1946.	José Antonio Cheibub Database ⁷¹⁵

Fuente: elaboración propia

Debido a la inexistencia de datos confiables para todos los Estados correspondientes a las 193 constituciones vigentes, la muestra total de datos observados debió reducirse a 165.⁷¹⁶ Construida la base de datos con los valores de la variable dependiente, la independiente y los cuatro controles, se procedió a correr una regresión por mínimos cuadrados ordinarios⁷¹⁷. La Tabla 4 presenta los resultados. En la primera columna se estima la correlación incondicional entre las variables de interés, y en las columnas siguientes se van agregando de manera progresiva los controles especificados. La columna (5) estima la correlación condicional en todas las posibles explicaciones consideradas.

Tabla 8 Regresiones de Mínimos Cuadrados

	<i>Variable Dependiente: Existencia de la cláusula de relacionamiento expresa en la constitución vigente (Si =1, No=0)</i>				
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)
<i>Tipo de Estado de régimen es presidencialista (Si =1, No=0)</i>	0.147**	0.159***	0.149**	0.123*	0.128*
	[0.571]	[0.605]	[0.587]	[0.633]	[0.638]

⁷¹² University of Ottawa, «JurisGlobe», s. f., <http://www.juriglobe.ca/eng/apropos/index.php>.

⁷¹³ Scartascini, Cruz, y Keefer, «The Database of Political Institutions 2017 (DPI2017)».

⁷¹⁴ Ottawa, «JurisGlobe».

⁷¹⁵ José Antonio Cheibub, «Democracy and Dictatorship Revisited», accedido 11 de diciembre de 2018, <https://sites.google.com/site/joseantoniocheibub/datasets/democracy-and-dictatorship-revisited>.

⁷¹⁶ Si la ausencia de datos estuviese correlacionada con las variables de interés, esto podría ser problemático. Por ejemplo, si los países con faltantes de información fueran sistemáticamente aquellos con un régimen presidencialista. No obstante, no hay razones para considerar que esta es la situación. De hecho, dentro de la muestra final se mantiene la media del 18% de las constituciones que disponen de la cláusula de relacionamiento por lo que no se advierten riesgos que afecten la validez estadística del ejercicio propuesto.

⁷¹⁷ Rachel A Gordon, *Regression analysis for the social sciences* (New York: Routledge, 2015), 105.

Control de Sistema Jurídico	No	Si	Si	Si	Si
Control de Índice de Competitividad Electoral	No	No	Si	Si	Si
Control de Desarrollo Económico	No	No	No	Si	Si
Control de Democracia y Estabilidad	No	No	No	No	Si
R2	0.035	0.099	0.169	0.177	0.182
<i>Número de Observaciones</i>	<i>165</i>	<i>165</i>	<i>165</i>	<i>165</i>	<i>165</i>

Notas: Regresiones de mínimos cuadrados ordinarios. Errores estándar robustos. * significativo para el 10%, ** significativo para el 5%, *** significativo para el 1%. Los vectores de control incluyen lo siguiente: Para el Control de Sistema Jurídico: Civilista, *common law*, musulmán; Para el Control de Índice de Competitividad Electoral: Se adopta el índice de competitividad electoral tanto legislativo como ejecutivo a 2017; Para el Control de Desarrollo Económico: GDP y GNI *per cápita*; Para el Control de Democracia y Estabilidad: 1 si el régimen puede considerarse como democrático y 0 al contrario, y la suma de pasadas transiciones al autoritarismo en un país desde 1946. Todas las regresiones incluyen una constante no reportada.

De los resultados obtenidos puede concluirse que la relación entre la existencia de la cláusula de relacionamiento expresa en la constitución y la existencia de un Estado con régimen presidencialista es positiva, estadísticamente significativa y robusta a la inclusión de posibles explicaciones alternativas. En efecto, las estimaciones puntuales del coeficiente se mantienen positivas, estadísticamente significativas y aproximadamente en la misma magnitud. Es decir, pareciera que la relación no está determinada por la adición o no de controles observables. El coeficiente estimado en la especificación más completa reportada en la columna (5) implica que, en comparación con países con sistemas parlamentarios, los regímenes presidencialistas están asociados con un incremento de 12.8 puntos porcentuales en la probabilidad de la existencia de la cláusula de colaboración. Relativo al promedio de la muestra, donde el 18% de los países tienen la cláusula de interrelación, lo anterior implica que las constituciones que prevén una forma de gobierno presidencialista tienen una probabilidad de tener la cláusula de relacionamiento 71% mayor a los que no. Esta relación, cabe aclarar, no implica en ningún caso un vínculo de causalidad.

En otras palabras, es posible confirmar estadísticamente la hipótesis según la cual las cláusulas constitucionales que prevén un relacionamiento diferente al derivado del principio de separación de poderes tienen una correlación estadísticamente significativa con las constituciones que prevén formas de gobierno presidencialistas. Lo anterior, a pesar de que faltan mayores datos, estudios y análisis, se debe posiblemente a que como se dijo, por un lado, las relaciones de coordinación, cooperación, armonía y colaboración, entre otras, resultan inherentes a formas de gobierno parlamentarias o asimilables y, por otro, a que los regímenes presidenciales, por su mismo arreglo institucional, son proclives

a una mayor conflictividad inter-orgánica. Lo anterior parece, entonces, justificar la conveniencia de consagrar dichas prescripciones en las constituciones como una posible respuesta para evitar la materialización del mencionado riesgo. No obstante, dado la naturaleza descriptiva del presente análisis y la faltan mayores y mejores datos, es preciso realizar futuras investigaciones que permitan analizar de manera sistemática la relación causal entre estas variables.

3.3. La armonía y la cooperación leal entre las instituciones: los estudios de caso de la República Federativa de Brasil y de la Unión Europea

Conscientes de los límites que tiene la utilización de los métodos clasificatorios en los análisis de derecho comparado, en este apartado recurriremos a metodologías funcionalistas donde lo que se pretende es analizar como una institución común ha sido interpretada y opera en dos sistemas políticos constitucionales de forma más profunda y detallada⁷¹⁸. En este caso, como se viene desarrollando, la institución común se refiere a la existencia de cláusulas constitucionales que prescriban un particular relacionamiento entre los órganos estatales. Al respecto, vale advertir que se adoptará una perspectiva positiva, es decir, aquella que se indague por cuál ha sido el rol desempeñado por la mencionada institución común en los sistemas constitucionales seleccionados, dejando de lado consideraciones con pretensiones universalistas al respecto⁷¹⁹.

Teniendo en cuenta que lo que se pretende es indagar con mayor profundidad sobre el origen, formulación e interpretación de la mencionada cláusula, el análisis se hará a través del modelo de estudio de caso. Este, tiene como ventaja el poder explorar cómo diferentes características de un sistema político- constitucional pueden interactuar e incidir en la operación de instituciones aparentemente similares⁷²⁰. Sin embargo, como bien lo advierte Hirschl, la selección de los casos no debe ser arbitraria ni atender a factores de mera conveniencia del investigador, sino que debe responder a principios que la doten de

⁷¹⁸ Vicki C. Jackson, «Comparative Constitutional Law: Methodologies», en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 62, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0004>.

⁷¹⁹ Jackson, 63.

⁷²⁰ Jackson, 64.

rigurosidad teórica y metodológica⁷²¹. En este sentido, nos hemos decantado por la aplicación del principio de “los casos más diferentes”⁷²². Según este, se seleccionan dos casos comparables que son diferentes en todas las variables, que no son centrales para el estudio, pero similares en lo que sí son, que para nuestro caso es la existencia de cláusulas de relacionamiento inter-órganos. Con ello, se busca conocer cómo tradiciones, contextos y realidades significativamente diferentes han logrado converger en torno a un fenómeno o institución, como en este caso, y así dar una perspectiva más detallada del mismo⁷²³. En palabras de Hirschl, con el uso de este principio “se enfatiza en el significado de las variables independientes que son similares en ambos casos a las lecturas similares en la variable dependiente”⁷²⁴.

Así, aplicando el criterio de “los casos más diferentes”⁷²⁵ se han seleccionado los de la República Federativa de Brasil y de la Unión Europea. En cuanto al hecho de que puedan clasificarse como los casos más diferentes, sus divergencias saltan a la vista en casi todo aspecto pertinente. Iniciando por su naturaleza y su alcance, pasando por su historia, ubicación geográfica, cultura jurídica, y llegando, incluso, a que solo el primero de los casos hace parte de los Estados objeto de clasificación en este capítulo. Sin embargo, para nuestros efectos, resulta llamativo que, en ambos casos, los textos que fungen materialmente como constituciones y que se encuentran vigentes, contienen disposiciones que prescriben un tipo de relacionamiento particular entre las instituciones que componen su andamiaje político- jurídico.

Así, por parte de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 se dispone en su artículo segundo que “[s]on poderes de la Unión, independientes y armónicos entre

⁷²¹ Hirschl, *Comparative matters : the renaissance of comparative constitutional law*, 228.

⁷²² Ran Hirschl, «The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law», *The American Journal of Comparative Law* 53, n.º 1 (1 de enero de 2005): 139, <https://doi.org/10.1093/ajcl/53.1.125>; Jackson, «Comparative Constitutional Law: Methodologies», 64.

⁷²³ Un ejemplo del uso de dicha metodología puede verse en: Dan Slater y Erica Simmons, «Coping by Colluding: Political Uncertainty and Promiscuous Powersharing in Indonesia and Bolivia», ed. Noam Lupu y Rachel Beatty Riedl, *Comparative Political Studies* 46, n.º 11 (13 de noviembre de 2013): 1366-93, <https://doi.org/10.1177/0010414012453447>.

⁷²⁴ Hirschl, *Comparative matters : the renaissance of comparative constitutional law*, 253.

⁷²⁵ Valga advertir en este punto que debido a que la utilización de los estudios de casos no tiene como objetivo central hacer inferencias inductivas o establecer relaciones de causalidad, sino que como se dijo, tiene pretensiones más explicativas e ilustrativas, se podrá hacer uso del principio con ciertas licencias. En este punto véase Roux, «Comparative Constitutional Studies: Two Fields or One?», 5; Tushnet, «Saying and Doing In Comparative Constitutional Studies— Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, 2014)», 204.

sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial”, siendo para nuestros efectos de interés la expresión “armónicos” como prescriptiva del relacionamiento entre poderes. Por su parte, en el Tratado de la Unión Europea (TUE), modificado por el Tratado de Lisboa de 2009, se dispone en el artículo 13(2) que “[...] Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal”. Al respecto, salta a la vista el enunciado final de la disposición que incluye el mandato de “cooperación leal” entre las instituciones de la Unión.

Sobre el punto que sean disposiciones comparables, es decir, unidades de comparación constitucional adecuadas para el ejercicio que se propone, consideramos que a ello puede contestarse afirmativamente desde dos posiciones. La primera es que, si bien Brasil se organiza como un Estado Federal de alcance nacional, mientras la Unión Europea es, cuando menos, una entidad con proyección supranacional, dichas diferencias no resultan ser fatales para la realización de ejercicios comparativos. Con ello, no se trata de desconocer u oscurecer las diferencias que son endémicas a cada institución, sino que, a partir, precisamente, de su reconocimiento y ponderación, la identificación de un factor común como él ya ha advertido se torna de particular relevancia para su investigación y análisis. Una muestra de dicha compatibilidad podría ser el auge que ha tenido la comparación de instituciones comunes en los sistemas jurídicos y constitucionales de la Unión Europea, con algunos Estados nacionales, en particular, con Estados Unidos desde la década de los noventa hasta nuestros días⁷²⁶. Dichos análisis comparativos no presentan diferencias teóricas o metodológicas insalvables para trasladarlas al análisis propuesto.

⁷²⁶ Como muestra de ello: Paul R. Dubinsky, «The Essential Function of Federal Courts: The European Union and the United States Compared», *The American Journal of Comparative Law* 42, n.º 2 (1994): 295, <https://doi.org/10.2307/840749>; Manfred Zuleeg, «What Holds a Nation Together? Cohesion and Democracy in the United States of America and in the European Union», *The American Journal of Comparative Law* 45, n.º 3 (1997): 505, <https://doi.org/10.2307/840948>; Martin Shapiro, «The problems of independent agencies in the United States and the European Union», *Journal of European Public Policy* 4, n.º 2 (29 de junio de 1997): 276-77, <https://doi.org/10.1080/13501769709696343>; Koen Lenaerts y Kathleen Gutman, «“Federal Common Law” in the European Union: A Comparative Perspective from the United States», *The American Journal of Comparative Law* 54, n.º 1 (1 de enero de 2006): 1-121, <https://doi.org/10.1093/ajcl/54.1.1>; David Cole y Federico Fabbrini, «Bridging the transatlantic divide? The United States, the European Union, and the protection of privacy across borders», *International Journal of Constitutional Law* 14, n.º 1 (9 de enero de 2016): 220-37, <https://doi.org/10.1093/icon/mow012>; Thomas Kleinlein y Bilyana Petkova, «Federalism, rights, and backlash in Europe and the United States», *International Journal of Constitutional Law* 15, n.º 4 (3 de noviembre de 2017): 1066-79, <https://doi.org/10.1093/icon/mox081>.

En segundo lugar, desde la perspectiva constitucional ambas entidades disponen de textos que pueden identificarse formal y/o materialmente como constituciones. En el caso de Brasil, desde 1988 se dispone de un texto jurídico que se autodenomina como la Constitución de la República Federativa de Brasil, el cual fue expedido por una Asamblea Nacional Constituyente convocada para esos precisos efectos. En sus contenidos se determina la estructura del Estado, sus competencias y controles de los poderes públicos, entre otros muchos asuntos. Además, en su mismo texto prevé mecanismos de reforma más exigentes que para cualquier otra norma del ordenamiento jurídico brasileiro. Por lo tanto, a partir de estos tres criterios es posible afirmar la existencia de una norma constitucional en sentido formal, jurídico y amplio del término⁷²⁷.

Por su parte, el caso de la Unión Europea resulta más problemático. Ello, en tanto, debe partirse de que esta carece de un documento que se denomine formalmente como constitución y que incluso existió un intento fallido precisamente dirigido a ese cometido, tal y como se referirá más adelante en este capítulo. Por lo tanto, las posiciones han girado entre quienes, basándose en un enfoque más formal e interpretando el fracaso del proceso de creación de una constitución para Europa, afirman la inexistencia de este⁷²⁸. Por su parte, hay quienes partiendo de un concepto material de constitución reconocen que, si bien no existe un documento formal que así se denomine, las atribuciones, alcances y funciones que tienen ciertos tratados constitutivos de la Unión puede asimilarse a textos constitucionales⁷²⁹.

Si bien la literatura al respecto resulta ser vasta y su mero recuento y sistematización excede los alcances de este apartado, para nuestros efectos nos inclinamos en favor de la segunda posición, es decir, por sostener la existencia de una constitución material de la Unión Europea, al menos circunscrita al marco normativo referido por el Tratado de

⁷²⁷ Para David Law, la existencia de los tres criterios mencionados permite afirmar, desde el punto de vista jurídico, que una norma tiene la naturaleza de una constitución o "*Large-c Constitution*". David S. Law, «Constitutions», en *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, ed. Peter Cane y Herbert Kritzer (Oxford: Oxford University Press, 2010), 377, <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199542475.013.0017>.

⁷²⁸ A manera de ejemplo, véase Jean-Claude Piris, *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 326.

⁷²⁹ A manera de ejemplo, para Craig, resulta "natural" denominar al Tratado de Lisboa como constitucional, en tanto redefine la "arquitectura institucional" de la Unión Europea. Paul Craig, *The Lisbon Treaty* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 25, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199595013.001.0001>.

Lisboa⁷³⁰ y en particular al Tratado de la Unión Europea- TUE. Para fundamentar esta posición puede hacerse uso de dos criterios que resultan comunes en la disciplina del derecho constitucional comparado. El primero de ellos, remite a un enfoque funcional⁷³¹, según el cual el campo se define como constitucional atendiendo al rol de “crear” y “controlar” los poderes de un Estado u organización política. En este sentido, una constitución es típicamente un documento escrito que describe la estructura de un sistema de gobierno, delimita los poderes de las diferentes instituciones, describe sus límites y establece controles entre ellos⁷³². En consecuencia, aplicando este criterio funcional, al menos al Tratado de la Unión Europea- TUE, se pueden identificar claramente dichos propósitos.

En segundo lugar, si al criterio funcional, le sumamos el de la rigidez propia de las normas constitucionales⁷³³, es decir, la característica de las constituciones de ser inmunes a los cambios a través de procedimientos ordinarios, el razonamiento va en el mismo sentido. Por consiguiente, al ser los mencionados tratados normas jurídicas que exigen para su modificación y ratificación procedimientos calificados, más exigentes y extraordinarios, es posible interpretar ello como un rasgo característico de una norma con rango constitucional⁷³⁴. Desde estos dos criterios, puede sostenerse que al menos desde una concepción material, débil (*thin*⁷³⁵) o reducida (*small-c constitution*⁷³⁶) de constitución, pero como constitución al fin y al cabo, es posible identificar a los tratados constitutivos de la Unión Europea y, en particular, al Tratado de la Unión Europea- TUE⁷³⁷.

⁷³⁰ Con esta expresión se hace mención siguiendo a McCormick al menos a los ocho Tratados denominados como los “Big Eight”, a saber, el de París, los dos tratados de Roma, el Acta Única Europea, el de Maastricht, Ámsterdam, Niza y Lisboa. John McCormick, *European Union politics* (London: Palgrave Macmillan, 2011), 135.

⁷³¹ Tom Ginsburg y Rosalind Dixon, *Comparative constitutional law* (Northampton: Edward Elgar, 2011), 4.

⁷³² Joseph Raz, «On the Authority and Interpretations of Constitutions: Some Preliminaries», en *Constitutionalism : philosophical foundations*, ed. Larry Alexander (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), 153.

⁷³³ Ginsburg y Dixon, *Comp. Const. law*, 4.

⁷³⁴ Al respecto resultan ilustrativos los procedimientos de “revisión ordinaria” de los tratados previstos en el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea- TUE.

⁷³⁵ Raz, «On the Authority and Interpretations of Constitutions: Some Preliminaries», 153.

⁷³⁶ Law, «Constitutions», 377.

⁷³⁷ Griller sostiene que el Tratado de Lisboa no solo puede considerarse como una Constitución para la Unión Europea desde una concepción débil (*thin*) sino también amplia (*thicker*). Stefan Griller, «Is this a Constitution? Remarks on a contested concept», en *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, ed. Stefan Griller y Jacques Ziller (Wien: Springer, 2008), 32.

Definida la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 y el Tratado de la Unión Europea (TUE) como unidades comparables, conviene reiterar que el ejercicio que a continuación se presenta adopta un enfoque propio de derecho constitucional comparado más que de estudios constitucionales comparados según la distinción propuesta por Hirschl⁷³⁸. En este sentido, como el interés principal de los estudios de caso es ilustrativo antes que establecer relaciones de causalidad, el objeto central de análisis serán los textos constitucionales y su interpretación⁷³⁹. Así, el origen de las disposiciones, su redacción, su interpretación y su alcance serán centrales en este punto, dejando con ello de lado análisis prevalentemente contextuales, sociales, históricos, económicos, culturales y similares⁷⁴⁰. Lo anterior, valga reiterar, no por irrelevancia o falta de interés sino por razones estrictamente de alcance y de enfoque.

3.3.a. El mandato de armonía de la Constitución Federal de Brasil de 1988

Definida la unidad de comparación de los casos de estudio, corresponde ahora iniciar con el análisis del mandato de armonía entre poderes incluido en el artículo 2° de la Constitución Federal de Brasil de 1988. Para ello se procederá, en un primer momento, a rastrear el origen de ese mandato en la historia constitucional brasileña. Al respecto, se identificará su antecedente y se hará seguimiento de este en los textos constitucionales posteriores, destacando para ello si este fue incluido o no y de haberlo sido, las formas lingüísticas que se utilizaron y su posible justificación. En un segundo momento, se abordará la consagración del mandato de armonía en la Constitución Federal de 1988. Por consiguiente, se hará un rastreo de las deliberaciones de la asamblea constituyente que sesionó entre 1987 y 1988 y de cómo de estas surgió el contenido del mencionado artículo 2° de la Constitución Federal. En este sentido, se hará énfasis en las variaciones sufridas

⁷³⁸ Hirschl, *Comparative matters : the renaissance of comparative constitutional law*, 152.

⁷³⁹ En defensa de este tipo de enfoques véase: Tushnet, *Advanced introduction to comparative constitutional law*, 4; Tushnet, «Saying and Doing In Comparative Constitutional Studies— Ran Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, 2014)», 206; Roux, «Comparative Constitutional Studies: Two Fields or One?», 19.

⁷⁴⁰ En este punto valga advertir que, si bien estos factores juegan un papel relevante en la labor comparativa, ello no debe conllevar a imposibilitar la labor comparativa. En este sentido, advierte Tushnet que el contextualismo en su versión más extrema puede llevarnos a la generación de “falsas necesidades”, es decir, a considerar que ciertas doctrinas e instituciones solo adquieren sentido y son requeridas en contextos particulares. Al respecto véase: Mark V. Tushnet, *Weak courts, strong rights : judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law* (Princeton: Princeton University Press, 2008), 13.

por dicha disposición a lo largo del proceso constituyente y las razones que justificaron su consagración en el texto constitucional.

En un tercer apartado, se analizará la interpretación y aplicación que ha tenido el mandato de armonía entre poderes tras la expedición de la Constitución Federal. Para ello se recurrirá a la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, intentando rastrear si frente a casos emblemáticos referidos a la estabilidad institucional y la separación de poderes se ha hecho mención al mandato de armonía y se ha conceptualizado al respecto. Finalmente, en un cuarto y último momento, se hará un balance de la doctrina especializada sobre el mandato de armonía entre poderes. Al hacerlo, se destacarán las principales perspectivas que se proponen por los académicos brasileños y los significados atribuidos al mismo.

3.3.a.a. Origen del mandato de armonía entre los poderes públicos en el constitucionalismo brasileiro

El origen del mandato constitucional de armonía entre los poderes públicos en Brasil puede rastrearse hasta la constitución imperial de 1824. Al respecto debe recordarse que, tras la coronación de D. Pedro I como emperador de Brasil en diciembre de 1822, este ya había anunciado como uno de sus propósitos el de dotar al nuevo imperio de un texto constitucional. Para ello, en 1823 instaló una Asamblea General Constituyente que estuvo liderada por Antonio Carlos Ribeiro de Andrada Machado, un avezado político que había intervenido en la Asamblea Constituyente de Lisboa en 1821. Sin embargo, tras algunos meses de deliberación y al conocer el principal proyecto sobre el que se estaba debatiendo, el cual se inclinaba por un régimen de corte parlamentario que preveía fuertes límites a los poderes del monarca, el Emperador procedió a disolver violentamente la Asamblea en noviembre de ese mismo año.

Días después, el Emperador convocó a una nueva Asamblea, para la cual ordenó que esta vez se preparara un proyecto de constitución que sirviera de base por parte del Consejo de Estado. Este era un órgano integrado por notables cercanos al monarca y nacidos en Brasil. Debido a que para la elaboración del proyecto se concedió un plazo de tan solo quince días, en su redacción se puede evidenciar una marcada influencia del texto original de Andrada Machado, salvo los elementos que le eran molestos al monarca. En este

proyecto es igualmente notable la influencia de la carta constitucional francesa de junio de 1814, la constitución de Cádiz de 1812 y la lusitana de 1822⁷⁴¹. Sin embargo, con ello no se quiere señalar que el texto constitucional resultante carezca de elementos originales; por el contrario, dentro de estos se encuentra precisamente el mandato de armonía a los poderes públicos y la figura del poder moderador ejercido por el Emperador, entre otros.

Al respecto debemos comenzar advirtiendo que el mismo emperador, al convocar inicialmente a la Asamblea Constituyente, le había encomendado la creación de “[u]na constitución en la que los tres poderes estén bien divididos para que no puedan arrogarse derechos que no les competan, pero que estén organizados y armonizados en forma tal que les sea imposible, aún por el decurso del tiempo convertirse en enemigos y puedan concurrir entonces cada vez más al logro de la felicidad general del estado”⁷⁴². Con ello, queda claro que el asunto de la separación de poderes, pero también el de la armonía entre ellos, era un asunto prioritario para el Emperador en el nacimiento del Estado absolutista brasileiro. A partir de los deseos del Emperador y que la Constitución de 1824 es ante todo una Carta Política otorgada antes que aprobada, estos fueron directamente introducidos en el texto constitucional resultante. Al respecto, dispondrá expresamente el artículo 9°:

“La división y armonía entre poderes públicos y el principio conservador de los derechos de los ciudadanos es el más seguro medio de hacer efectivas las garantías que la Constitución ofrece”.

Sin embargo, el mandato en favor de la armonía entre los poderes públicos no se queda solo en este enunciado. Una de las más significativas novedades de la carta imperial dispone además de los tres poderes tradicionales de un cuarto poder, al que se otorga la competencia exclusiva de velar por el mantenimiento de las relaciones. Estas, no son solo de independencia y equilibrio, sino también de armonía entre los poderes públicos. Este poder, al que se le denomina expresamente como poder moderador, está consagrado en el artículo 93 constitucional en los siguientes términos:

“El poder moderador es la llave de toda la organización política, y es delegado exclusivamente al Emperador, como jefe supremo de la Nación y su primer representante, para que incesantemente vele sobre el mantenimiento de la independencia, equilibrio y armonía de los demás poderes políticos”

⁷⁴¹ Ricardo Rabinovich- Berkman, «Sobre Cádiz y los Derechos Humanos en la Primera Constitución de Brasil», *Revista de Derecho Político* 0, n.º 84 (1 de mayo de 2012): 154.

⁷⁴² *Annais da Assembléa Constituinte de 1823*, sesión de 3 de mayo, citado por: Francisco Antonio Eissa Barroso, «El poder moderador en América Latina: el fracaso de una alternativa de diseño constitucional» (CIDE, 2004), 72, <http://repositorio-digital.cide.edu/handle/11651/294>.

Como se desprende del texto, dicho poder se otorga de forma exclusiva al Emperador, quien en virtud de este se arroga las calidades de inviolable y sagrado, derivando ello en la imposibilidad de predicar de él responsabilidad alguna, por expresa disposición constitucional. Así mismo, en virtud del poder moderador que encarna el Emperador, el mismo texto constitucional le otorga importantes prerrogativas. Por consiguiente, el artículo 101 le otorga la potestad de nombrar senadores, convocar extraordinariamente a la Asamblea General, sancionar los actos normativos de esta, al igual que disolverla en caso de que lo requiera la “salvación del Estado”. De igual forma se faculta al monarca para nombrar y despedir libremente a los ministros y magistrados, el igual que para conceder perdón y amnistía por conductas penales.

Sobre el origen y fundamento de dicho poder moderador existe un significativo consenso en que este radica en los planteamientos que para ese entonces realizó Benjamin Constant⁷⁴³. Como lo demuestra Silvana Mota Barbosa, para entonces la obra de Constant se encontraba bastante difundida entre la opinión pública del Brasil para el primer cuarto del siglo XIX e influyó significativamente en el pensamiento político de los constitucionalistas y políticos más importantes de la época. Incluso ha llegado a afirmarse que el autor francés conoció y siguió de cerca el desarrollo de la carta de 1824, llegando a comentarla en algunas ocasiones. Así, puede afirmarse que la Constitución Imperial de 1824, siguiendo las palabras de Mota Barbosa, “ponía en práctica la teoría de los cuatro poderes concebida por Benjamin Constant. De modo que el artículo que definía el cuarto poder era una traducción literal del texto de Constant, excepto porque el término *poder moderador* reemplaza el de *poder real* o *neutral* empleado por aquel”⁷⁴⁴.

En cuanto a los planteamientos de Constant, debemos iniciar poniendo de presente la particular coyuntura en que este escribió. Al respecto, Pedro de Vega nos recuerda que la obra del filósofo y político de origen suizo solo puede entenderse adecuadamente en el turbulento trasfondo del constitucionalismo europeo del siglo XIX. Este se caracterizaba, por un lado, por la irreversibilidad del proceso revolucionario liberal y, por otro, por la

⁷⁴³ Richard Graham, *Patronage and politics in nineteenth-century Brazil* (Stanford: Stanford University Press, 1990), 20; Augusto Zimmermann, «Constitutions Without Constitutionalism: The Failure of Constitutionalism in Brazil», en *The Rule of Law in Comparative Perspective* (Dordrecht: Springer Netherlands, 2010), 108.

⁷⁴⁴ Silvana Mota Barbosa. *L'influence de l'œuvre de Constant sur la pratique politique brésilienne: présentation d'un inédit*. *Annales Benjamin Constant*, 23-24 Citado por: Eissa Barroso, «El poder moderador en América Latina: el fracaso de una alternativa de diseño constitucional», 67.

necesidad de consolidar condiciones de estabilidad para la defensa de la causa de la libertad⁷⁴⁵. Así, la pregunta central a la que se enfrenta Constant hace referencia a los problemas de estructuración en la organización jurídica del Estado. Al hacerlo, encuentra que debido a la vocación expansiva del poder es necesario complementar el principio de la separación de poderes, ya propuesto magistralmente por Montesquieu, para evitar que estos lleguen a entremezclarse y confundirse o que uno de ellos se imponga sobre los demás, implicando en ambos casos un inminente peligro para la libertad de los ciudadanos⁷⁴⁶. La corrección al principio de separación de poderes ante esa doble amenaza, la propone Constant en los siguientes términos:

“Los tres poderes políticos, tales como los hemos conocido hasta de presente (sic), a saber, el ejecutivo, el legislativo y el judicial son tres resortes que deben cooperar cada uno por su parte al movimiento general: pero cuando estos sacados fuera de su lugar, se mezclan entre sí, se chocan o embarazan, es necesario buscar una fuerza que los ponga en su lugar”⁷⁴⁷

Esa fuerza que tiene el poder de poner en su lugar a los demás poderes, dirimiendo definitivamente sus querellas, no será otro que un cuarto poder, distinto y complementario a los demás que se denominará el poder neutro. Así, cuando los poderes públicos se dividen y están próximos a causarse daño, es necesaria la actuación de una autoridad neutra que haga respecto de ellas lo que el poder ejecutivo hace respecto de los individuos⁷⁴⁸. Valga advertir en este punto, que para Constant el poder neutro debía distinguirse de los demás poderes al estar desprovisto de competencias, de facultades y de atribuciones concretas salvo las necesarias para impedir los conflictos y los desbalances de poder, por lo tanto, su labor debía asimilarse a la del “poder judicial de los otros poderes”⁷⁴⁹. Este planteamiento que será central para la adecuada comprensión de la propuesta del político suizo- francés, lleva a Pedro de Vega a advertir que la propuesta del poder moderador será la más clara manifestación de la *auctoritas*, aún en ausencia de *potestas*⁷⁵⁰.

⁷⁴⁵ Pedro De Vega, «El poder moderador», *Cuestiones Constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional* 0, n.º 7 (2002): 2018.

⁷⁴⁶ De Vega, 227.

⁷⁴⁷ Benjamin Constant, *Curso de Política Constitucional* (Madrid: Imprenta de la Compañía, 1820), 32, (Trad. Marcial Antonio Lopez).

⁷⁴⁸ Constant, 38.

⁷⁴⁹ Constant, 38.

⁷⁵⁰ De Vega, «El poder moderador», 217.

Al indagarse sobre quién debía desempeñar dicho poder en las monarquías constitucionales existentes para entonces, la respuesta de Constant es contundente, el monarca. Para justificarse señala que la monarquía tiene una gran ventaja para ello, en tanto, crea el poder neutro en la persona de un rey rodeado de las tradiciones de una memoria respetable y de un poder de opinión que le sirve de base al político. Así, el interés verdadero de este rey no es que uno de los poderes destruya al otro, sino el que todos se apoyen, se comuniquen entre sí, y obren de concierto⁷⁵¹. En este razonamiento, se hace necesario que el poder real o neutro se separe y se distinga del órgano y de las funciones propias del ejecutivo, ya que de no hacerse se confundirían haciendo que se pierdan las ventajas que ofrece el poder neutro como moderador. Por lo tanto, con lo afirma De Vega, el político francés termina justificando así la Jefatura del Estado como una institución imprescindible para que la división de poderes pueda cumplir su función taumatúrgica de baluarte de la libertad en los Estados constitucionales⁷⁵².

La influencia de la teoría del poder neutral o moderador de Constant no se dio exclusivamente en Brasil. Como lo expone Eissa Barroso, estas ideas tuvieron gran acogida en algunas constituciones en Latinoamérica durante el siglo XIX como en la mexicana de 1836 y en las que tuvo influencia en libertador Simón Bolívar, quién era un convencido de las bondades de dicho poder para las nuevas repúblicas americanas⁷⁵³. Sin embargo, como sostiene el autor, la versión que se adoptó finalmente del poder moderador en estas constituciones latinoamericanas no reflejó con fidelidad la propuesta de Constant. Ello, en tanto, a este nuevo poder se le otorgaron expresas competencia no solo para contrarrestar las amenazas internas de desbalance entre los órganos instituidos sino también frente a amenazas externas relacionadas con la inestabilidad política y social que aquejaba a las jóvenes naciones. Así, el poder moderador pasó a convertirse en un poder de emergencia, de excepción, de defensa que reaccionaba enérgicamente y por vías extra-constitucionales frente a invasiones externas o a levantamientos insurgentes, antes que ser un poder neutral, de apaciguamiento, que actuara siempre dentro de la constitución. Por consiguiente, dicha desnaturalización del poder moderador llevó al fracaso a los intentos de consagración en las constituciones latinoamericanas del siglo XIX.

⁷⁵¹ Constant, *Curso de Política Constitucional*, 33.

⁷⁵² De Vega, «El poder moderador», 232.

⁷⁵³ Eissa Barroso, «El poder moderador en América Latina: el fracaso de una alternativa de diseño constitucional».

Este mismo diagnóstico aplica para la consagración del poder moderador en la Constitución Imperial de Brasil de 1824. Así, al contrastar la propuesta teórica de Constant, la consagración que se hace de la figura en la precitada carta brasileña y el modo en que se puso en práctica la misma por los emperadores brasileños pueden advertirse importantes divergencias. Para comenzar, los poderes otorgados al monarca no se correspondían con la neutralidad defendida por Constant, lo cual hacía que antes que de ejercer como poder neutral o moderador se actuara como un poder subordinante de los demás. Ello, además, puede corroborarse con la utilización que de estos poderes hizo el Emperador D. Pedro I, quien durante el año siguiente a la expedición de la carta ya estaba utilizando los poderes otorgados para repeler enérgicamente la revolución federalista del nordeste y el movimiento de independencia de Uruguay. Estas prácticas no cesaron allí, haciendo que fuera cada vez más evidentes los abusos del poder del emperador, lo cual lo condujo a abdicar tan solo unos años después, en 1831, en favor de su hijo de tan solo 5 años.

Por su parte, D. Pedro II, quien retomaría el trono en 1840 tras reconocérsele su mayoría de edad de forma anticipada, tenía un carácter más moderado que el de su padre, sin embargo, continuó haciendo un uso político del poder moderador que le asistía. Un dato que pone ello en evidencia es que entre el periodo de 1840 y 1889, el emperador disolvió al parlamento once veces, y solo siete parlamentos terminaron su periodo de cuatro años⁷⁵⁴. Así las cosas, puede afirmarse que durante el imperio en Brasil la institución del poder moderador fue vista realmente como la llave del Estado, como punto de control de toda la maquinaria estatal, bajo el argumento de que era necesario un poder fuerte y unificado para mantener la estabilidad y unidad del reino. El emperador, claramente, excedió sus facultades aumentando la importancia práctica del poder moderador y confundiéndolo con el poder ejecutivo en detrimento de los demás⁷⁵⁵. Esta percepción del excesivo poder del Emperador, junto con otras circunstancias sociales y políticas, entre las que destacan la cuestión de la esclavitud, serían las que dieran sustento al golpe de Estado republicano que tendría lugar en noviembre de 1889 y que podría fin al imperio y a la vigencia de la carta de 1824 y, con ella, a la existencia del poder moderador en Brasil.

⁷⁵⁴ Graham, *Patronage and politics in nineteenth-century Brazil*, 79.

⁷⁵⁵ Eissa Barroso, «El poder moderador en América Latina: el fracaso de una alternativa de diseño constitucional», 86.

Tras el golpe de Estado de 1889 y como estrategia para lograr mayor legitimidad y reconocimiento internacional del gobierno de facto, se convocó a finales de 1890 una Asamblea Constituyente con el fin de aprobar un nuevo texto constitucional de naturaleza republicana. Al frente de la misma estuvo el reconocido jurista liberal Rui Barbosa⁷⁵⁶ quien, tomando como modelo a la constitución de los Estados Unidos de América, de la cual recrea su nombre, logró la aprobación de un texto republicano, federal, presidencialista y liberal en materia de derechos constitucionales. Sin embargo, a pesar de la vigencia formal de la constitución y de sus virtudes liberales, lo que realmente tuvo lugar en Brasil durante su vigencia fue una dictadura militar donde el texto constitucional tenía una incidencia bastante reducida⁷⁵⁷.

En cuanto al asunto que nos corresponde, la constitución de 1891 mantuvo el concepto de armonía como parámetro de relacionamiento entre los poderes que componen el Estado. Así, el artículo 15 dispuso expresamente que “son poderes de la soberanía nacional el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, armónicos e independientes entre sí”. Sin embargo, como se había adelantado, ya en esta constitución no existe rastro del poder moderador. Posteriormente, con la reforma constitucional de 1926 se hará nuevamente mención del concepto de armonía. Esta reforma que paradójicamente se hizo para fortalecer aún más los poderes del presidente⁷⁵⁸ dispuso como una de las causales por las que podría intervenir el gobierno federal a la de asegurar el respeto del principio de “d) la independencia y armonía entre los poderes”.

Debido a la marcada crisis económica de 1929 y disputas entre las oligarquías regionales, se gestó un nuevo golpe de Estado que derivó en la presidencia provisional de Getulio Vargas, un carismático político regional que previamente había perdido la presidencia en las urnas. Bajo su mandato, se convocó a una nueva Asamblea Constituyente en mayo de 1933 que daría lugar a la segunda constitución republicana que se promulgaría en 1934. Dicha constitución puede describirse como un documento híbrido que refleja bien los conflictos ideológicos de la época⁷⁵⁹. Llena de ambigüedades, algunas de sus

⁷⁵⁶ Aliomar Baleeiro, *Constituição de 1891*, 3° (Brasilia DF: Senado Federal, 2012), 12.

⁷⁵⁷ Zimmermann, «Constitutions Without Constitutionalism: The Failure of Constitutionalism in Brazil», 113.

⁷⁵⁸ Baleeiro, *Constituição de 1891*, 49.

⁷⁵⁹ Zimmermann, «Constitutions Without Constitutionalism: The Failure of Constitutionalism in Brazil», 119.

disposiciones fueron inspiradas por el fascismo o el comunismo, otras mantenían los derechos liberales, mientras otras, finalmente, fueron copiadas de la constitución socialdemócrata alemana de 1919. Sin embargo, Vargas no tenía mucha intención de respetar el texto constitucional promulgado, por lo que rápidamente y tras un autogolpe de Estado que le fortaleció sus facultades, procedió a redactar una nueva carta constitucional, inspirada por el jurista Francisco Campo, que se ajustara más a la línea de gobierno autoritario y paternalista de Vargas. Esta carta que fue expedida el 15 de noviembre de 1937 y que es conocida como la constitución del “Estado Novo” supuso, como era de esperarse, un importante retroceso en las libertades civiles, una ampliación de los poderes presidenciales y una clara limitación al modelo federal en pro de un marcado centralismo. Para nuestros intereses y como era igualmente predecible, en dicha carta constitucional desapareció cualquier mención a la armonía como mandato de comportamiento entre los órganos del Estado.

Será con el final de la segunda guerra mundial y la caída del régimen de Vargas en octubre de 1945, cuando habrá un nuevo momento constitucional en Brasil. En esta oportunidad se convocaron en diciembre de ese año elecciones para la nueva asamblea constitucional, la cual ya para enero estaría sesionando. Así, para finales de 1946 ya se disponía de otra constitución en Brasil, la cual implicaba el regreso de los ideales de la democracia liberal. Se reconocieron nuevamente los clásicos derechos constitucionales liberales, las elecciones libres, el sufragio universal, la independencia judicial y la supremacía parlamentaria sobre el ejecutivo. Para nuestros efectos, en la constitución de 1946 reaparecerá la mención del término armonía en el relacionamiento entre órganos en el artículo 36, retomándose con ello la fórmula prevista en la constitución de 1891 con el siguiente tenor: “Son poderes de la Unión el legislativo, el ejecutivo y el judicial, independientes y armónicos entre sí”.

Tras los convulsos hechos que caracterizaron el devenir político de Brasil durante las décadas de 1950 y 1960, atizados por el suicidio de Vargas, la influencia de la guerra fría y la polémica presidencia de João Goulart, el gobierno volvió a quedar en manos de los militares en 1964. Debido a que, en teoría, la constitución de 1945 aún se encontraba vigente, el gobierno militar procedería a la expedición de una serie de Actos Institucionales (*Atos Institucionais*) con el fin de subvertir la anterior constitución e institucionalizar el nuevo régimen de facto. Precisamente sería el cuarto de estos Actos

Institucionales el que preveía una totalmente nueva constitución federal. Paradójicamente esta era una constitucional marcadamente liberal y democrática en el texto, sin embargo, tal solo unos años después fue derogada por otra Acta Institucional, con el argumento de la necesidad de responder a las revueltas y desordenes sociales que estaban teniendo lugar en contra del régimen militar.

Solo para efectos nominales, tanto en la carta constitucional de 1967 y la enmienda que de ella se haría en 1969, se mantuvo de manera formal la misma disposición que traía la constitución de 1954, a saber, que “son poderes de la Unión, independientes y armónicos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial”. Será entonces solo hasta 1985 cuando Brasil transitará a la democracia y al hacerlo tenga lugar un nuevo momento constituyente que dará origen a la actualmente vigente constitución de 1988.

3.3.a.b. La consagración de los mandatos de independencia y armonía en la Constitución Federal Brasileira de 1988

Tras la promesa del General Joao Figueiredo, último presidente del régimen militar, de iniciar un proceso de democratización, a comienzos de 1985 tuvieron lugar las elecciones que dieron como presidente electo a Tancredo Neves, dejando atrás cerca de dos décadas de gobiernos militares. Debido a que Neves, murió por causas naturales en marzo de ese mismo año, la presidencia debió ocuparla el vicepresidente electo, José Sarney, quien, a pesar de su conocida cercanía con el régimen militar, dio continuidad al proceso democrático. En este sentido, en noviembre de ese mismo año envió una iniciativa tendente a una reforma constitucional al Congreso Nacional, en la que se proponía que el mismo congreso y en su integridad, actuara como asamblea constituyente y así disponer de un nuevo texto constitucional que marcara el regreso a la democracia.

Sin mucha sorpresa, la propuesta fue decididamente acogida por el congreso, a pesar de las evidentes críticas que pudieran hacerse a dicha medida, lo cual hizo que para febrero de 1986 ya estuviera sesionando y se nombrara a Ulysses Guimarães, como su presidente. A pesar de que Sarney encomendó la redacción de un proyecto de constitución a una comisión de reconocidos juristas que se conoció como la “Comisión Ariños” en virtud de quien estuvo al frente a de la misma, finalmente, el presidente decidió no someterla a la

Asamblea al conocer de lo extenso y liberal del documento producido, al igual que del régimen parlamentario que en él se proponía⁷⁶⁰. Ello implicó que fuera la misma Asamblea la que debiera subdividirse en comités por ejes temáticos y comenzara las discusiones sin un proyecto que le sirviera de base. Ello, tendría importantes efectos en la duración de las sesiones de la asamblea y en la extensión y detalle de los textos aprobados. Una vez se dispuso de los textos aprobados por las comisiones, estos debían ser compilados por una Comisión Redactora compuesta por 93 congresistas-constituyentes, que debía preparar un solo texto para ser aprobado por mayorías en dos rondas de discusión por parte del Congreso en pleno⁷⁶¹. Al arduo y extenuante trabajo interno desarrollado por la Asamblea debe sumársele el que implicó la recepción, sistematización y consideración de un significativo número de intervenciones que se recibieron de todos los sectores sociales y que buscaban incidir en el contenido del nuevo texto constitucional⁷⁶². Finalmente, tras 19 meses de deliberación, la Asamblea Nacional Constituyente promulgó el 5 de octubre de 1988 la nueva constitución de la República Federativa de Brasil.

La constitución aprobada es sin lugar a duda compleja y extensa. Comprendía originalmente 245 artículos y 73 disposiciones transitorias, con lo cual se honra la tradición brasileña de textos constitucionales pródigos. Es igualmente una constitución bastante detallada en algunos aspectos, lo que le ha supuesto la crítica de no distinguir entre los contenidos que podrían ser propios de la legislación ordinaria y los de un texto constitucional⁷⁶³. Por lo tanto, se ha caracterizado dicho texto como uno de contenido programático, más asimilable a un plan de gobierno, que a una carta magna de corte liberal⁷⁶⁴. Tampoco puede perderse de vista que estamos ante un texto transicional, que pretendió fundar las bases institucionales que sirvieran para transitar de un régimen de facto a una democracia. En cuanto el tipo de régimen político que instituye la constitución de 1988, este es marcadamente presidencialista, aunque incluye figuras propias del

⁷⁶⁰ Keith Rosenn, «Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society», *Am. J. Comp. L.*, 1 de enero de 1990, 776, https://repository.law.miami.edu/fac_articles/168.

⁷⁶¹ Para un recuento del proceso constituyente de 1987-1988 véase: Gary M. Reich, «The 1988 Constitution a Decade Later: Ugly Compromises Reconsidered», *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* 40, n.º 4 (1998): 11, <https://doi.org/10.2307/166452>.

⁷⁶² Rosenn, «Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society», 777.

⁷⁶³ Rosenn, 778.

⁷⁶⁴ Zimmermann, «Constitutions Without Constitutionalism: The Failure of Constitutionalism in Brazil», 138.

régimen parlamentario que intentan matizarlo, mantiene un sistema federal y contempla un considerable catálogo de derechos, incluyendo derechos de corte social. En cuanto a la estructura horizontal del poder, se mantiene el esquema de las tres ramas del poder público tanto en el nivel federal como estatal.

Conviene ahora hacer un rastreo en el proceso constituyente de 1987-1988 sobre el mandato de armonía entre los poderes y de cómo este quedó luego consagrado en el texto constitucional. Para comenzar con ello, debemos señalar que en el proyecto inicial presentado por la Comisión de Estudios Constitucionales, que estuvo bajo la dirección del profesor Alfonso Ariños de Melo Franco y que se conoció como la “Comisión Ariños”, se disponía como proyecto de artículo 68 una disposición con el siguiente tenor “Son poderes de la unión federal el legislativo, el ejecutivo y el judicial, armónicos y coordinados entre sí”.⁷⁶⁵ Como puede constatarse, con ella se mantenía en gran parte la fórmula que tenía la constitución de 1891 y que había sido una constante en la mayoría de las constituciones brasileras del siglo XX, estableciendo un mandato de armonía entre los poderes públicos. Lo que resulta novedoso en este punto, es que desaparece la mención de la independencia y se sustituye por un llamado a la coordinación entre los poderes. Las razones que se expusieron al respecto fueron que, tanto en las formas de gobierno presidencialista como parlamentarista, no hay una verdadera independencia sino interdependencia, la cual se cualifica con el llamado a la armonía y la coordinación.⁷⁶⁶

Como debe recordarse, sin bien el proyecto de la Comisión Ariños finalmente no fue formalmente presentado por el presidente Sarney a la Asamblea, este jugó un importante papel como punto de partida de las discusiones constitucionales. Así, el texto del mencionado artículo 68 hizo parte del anteproyecto presentado por la relatoría de la subcomisión creada para discutir la organización del Estado. Sin embargo, desde el comienzo de las deliberaciones de la subcomisión, se propuso y se aceptó una enmienda para reincorporar al texto la mención al principio de independencia, sustituyendo al de coordinación, pero manteniendo al de armonía. Para ello, el constituyente Maurício Correa encontraba justificación para ello “en la expectativa idealista de que la

⁷⁶⁵ Assembléia Nacional Constituinte, «Diário Oficial No. 185» (Brasília DF, 1986), 11, <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>.

⁷⁶⁶ Senado Federal, «Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988 Emenda 00043 (Maurício Correa)», s. f., <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-B/1433.html>.

independencia de los Poderes, en el Brasil, se realice plenamente”⁷⁶⁷. Las discusiones posteriores sobre la disposición en cuestión radicarían en algunas precisiones que pretendieron hacerse del principio de separación de poderes, en especial en la prohibición de la delegación de funciones entre los poderes públicos⁷⁶⁸. Si bien finalmente no fueron acogidas dichas propuestas como se expone en la Tabla 5, ello condujo a que el principio de separación de poderes se erigiera como una cláusula constitucional pétrea por mandato del artículo 60, Inciso 4°, ordinal III de la Constitución Federal⁷⁶⁹.

Tabla 9: Seguimiento a la aprobación del art. 2º de la Constitución Federal de 1988 en la Asamblea Constituyente

Comisión/organismo	Ubicación	Texto
Comisión de Estudios Constitucionales (“Comisión Ariños”)	Art. 68	Son poderes de la Unión federal el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, armónicos y coordinados entre sí.
Anteproyecto presentado por el relator de la subcomisión de Organización del Estado (Anteprojeto do Relator da Subcomissão da Organização do Estado)	Art. 2º	Son poderes de la Unión federal el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, armónicos y coordinados entre sí. Parágrafo único - Salvo los casos previstos en esta Constitución está prohibido a cualquiera de los poderes delegar atribuciones; quién sea investido en la función de uno de ellos no podrá ejercer la de otro.
Anteproyecto aprobado por la Comisión de organización Estado (Comissão da Organização do Estado)	Art. 2º	Son poderes de la Unión Federal el Legislativo, el Ejecutivo y el Poder Judicial, independientes y armónicos entre sí. Párrafo único - Salvo en los casos previstos en esta La Constitución, está prohibido a cualquiera de los Poderes delegar atribuciones; quien sea investido en la función de uno de ellos no podrá ejercer la de otro.

⁷⁶⁷ Federal.

⁷⁶⁸ Una interesante discusión se tuvo en torno a la prohibición de la delegación de funciones en la Asamblea. Sin embargo, finalmente esta salió del texto constitucional al triunfar la tesis de que esta prohibición impediría la instauración de un eventual régimen parlamentarista. Al respecto se pronunciaba el constituyente Bonifácio de Andrada: “La enmienda del ilustre constituyente técnicamente es perfecta para las constituciones presidencialistas. Pero esta enmienda, si se coloca en el texto, abre el camino al presidencialismo. Si no se coloca en el texto, la Asamblea puede adoptar el presidencialismo o el parlamentarismo en otra votación. De modo que tenemos que quedarnos con el Relator, porque el dispositivo constante del texto del eminente Constituyente Bernardo Cabral es también el dispositivo técnico para esta parte de la Constitución [...] Si ponemos este dispositivo en este texto estaremos también creando dificultades para la implantación del parlamentarismo y abriendo camino hacia el presidencialismo. La Asamblea necesita votar de una forma bien consciente de esta materia. Votar contra la enmienda no significa votar contra el presidencialismo. Pero votar a favor de esta enmienda significa abrir el camino al presidencialismo, por lo que hago este llamamiento para rechazar esta enmienda, que es peculiar al sistema presidencialista”. Assembléia Nacional Constituinte, «Diario da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento “C”)» (Brasília DF, 1987), 95, <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituante/redacao.pdf>.

⁷⁶⁹ Al respecto dispone el artículo 60, inciso 4º que “No se considerará ninguna propuesta de enmienda constitucional que tenga por objeto abolir lo siguiente: [...] III. la separación de poderes”. Assembléia Nacional Constituinte, «constituição da República Federativa do Brasil», 1988, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Comissão da Organização do Estado	Art. 6º	Son poderes de la Unión el Legislativo, el Ejecutivo y el Poder Judicial, independientes y armónicos entre sí. § 1º - Está prohibido a cualquiera de los poderes delegar competencias a otro poder, salvo en los casos previstos en esta Constitución. § 2º - El ciudadano invertido en la función de un poder no podrá ejercer la de otro, salvo las excepciones previstas en esta Constitución.
Anteproyecto aprobado por la Comisión de Sistematización (Comissão de Sistematização)	Art. 47	Son poderes de la Unión el Legislativo, el Ejecutivo y el Poder Judicial, independientes y armónicos entre sí. § 1º - Está prohibido a cualquiera de los poderes delegar competencias a otro poder, salvo en los casos previstos en esta Constitución. § 2º - El ciudadano invertido en la función de un poder no podrá ejercer la de otro, salvo las excepciones previstas en esta Constitución.
Anteproyecto “A” y “B”	Art. 2	Son poderes de la Unión el Legislativo, el Ejecutivo y el judicial.
Anteproyecto “C”	Art. 43.	Son poderes de la Unión el Legislativo, el Ejecutivo y el judicial.
Texto aprobado por la Comisión de Redacción- Anteproyecto “D” (Comissão de Redação)	Art. 2	Son poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Fuente: Elaboración propia con datos de la Base de Datos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1987-1988.

De este recuento es relevante destacar el texto que resultó consagrado en el proyecto presentado en septiembre de 1988 y que se identificó como anteproyecto “B”, en el cual la mención a la independencia y armonía desaparecieron, quedando simplemente reducida a la enunciación de los poderes que componía la unión. Además, debe mencionarse que dicha cláusula fue relegada a la parte orgánica del anteproyecto constitucional. Las razones que se sostuvo para ello fueron, por un lado, que su consagración podría reñir con una forma de gobierno parlamentarista⁷⁷⁰ que eventualmente podría adoptarse y, por otro, que dichos principios resultaban inherentes al régimen constitucional y por ello resultaba innecesaria su mención. En este último sentido, se pronunciaba el constituyente Mohamed Amaro para quien “en el ámbito del derecho, es intuitivo que los tres poderes fundamentales tengan la misma elevación o estatura, puesto que, independientes y armónicos, ejerciendo, cada cual, sus propias

⁷⁷⁰ Al respecto, el constituyente José Lins señaló que el texto fue aprobado en el anteproyecto B porque “se pensaba, en aquel momento en el Parlamentarismo y en que la independencia de los Poderes no era la deseada” Assembléia Nacional Constituinte, «Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento “B”)» (Brasília DF, 1987), 177, <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>.

atribuciones, deberán respetar la esfera respectiva del otro.”⁷⁷¹ A pesar de cierta oposición así fue aprobado el artículo en el anteproyecto “C”⁷⁷².

Será entonces hasta las deliberaciones de la Comisión de Redacción donde el asunto volverá a debatirse. Así, en sesión del 20 de septiembre de 1988 y al volver sobre el artículo mencionado, los constituyentes y miembros de la Comisión Redactora, Nelson Jobin y Fernando Enrique Cardoso, coincidieron en solicitar que, debido a que la separación de poderes constituye un “principio fundamental”⁷⁷³, este debía reubicarse a la parte dogmática y al título destinado para estos, procurando con ello que este debiera ser respetado no solo a nivel federal sino también por las constituciones estatales. En este punto, coincidió el presidente de la Comisión, Ulysses Guimarães, quien señaló además que este principio fundamental hacía parte de la “tradición republicana”⁷⁷⁴ de Brasil. La única oposición a la propuesta provino del bloque parlamentarista de constituyentes quienes reiteraron que la enunciación de la separación de poderes resultaba problemática en el escenario que el referendo a favor del régimen parlamentario y que preveía la misma constitución tras los 5 años de su expedición, resultara ganador⁷⁷⁵. A pesar de ello, la posición mayoritaria dentro de la Comisión aprobó la reubicación de la disposición al título I del proyecto de constitución con el argumento de que en su momento se abordarían los efectos constitucionales del mencionado referendo.

Aprobada su reubicación, sería el mismo constituyente- presidente Guimarães, el que consultaría a los demás constituyentes sobre el preciso contenido de la cláusula. Al respecto, será él quien le recordaría a la Comisión que la disposición reubicada no incluía la mención a la armonía e independencia que había sido una constante, tanto en las constituciones brasileras como a lo largo del debate constituyente. Ante esta advertencia,

⁷⁷¹ Assembléia Nacional Constituinte, «Diário Oficial No. 267» (Brasília DF, 1988), 389, <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N020.pdf>.

⁷⁷² Al respecto afirmaba el Constituyente Délio Braz oponiéndose a la nueva redacción: “El texto que se pretende adoptar deja de consagrar el Principio de la Independencia de los Poderes. Simplemente enumera los Poderes. Se vuelve la espalda a un principio consagrado en toda nuestra histórica política. [...]. La Constitución de 1891 afirmaba que los Poderes, como órganos de la soberanía nacional, eran "Armónicos e independientes entre sí" (artículo 15). [...] Se pretende innovar con la futura Constitución y bajo este pretexto se retiran de ellos principios válidos que han sido probados a lo largo de varias décadas. [...] No estamos aquí para copiar las constituciones anteriores, pero el modernismo no es contra principios que fueron, son y serán siempre perennes”. Constituinte, «Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento “C”)», 95.

⁷⁷³ Constituinte, «Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento “B”)», 177.

⁷⁷⁴ Constituinte, 177.

⁷⁷⁵ Esta posición fue liderada por la constituyente Sandra Cavalcanti, al respecto véase: Constituinte, 178.

será el constituyente Michel Temer quién defendiera con mayor ahínco el que dichos términos fueran reestablecidos en el texto aprobado. Para ello, recurrió a dos argumentos, el primero, que estos hacían parte de la “tradicción” del constitucionalismo brasilero, tal y como se ha expuesto ya en este escrito. Segundo, que si bien el carácter independiente y armónico “es consecuencia de la propia tripartición del poder, es necesario enfatizarlos en el texto [constitucional]”⁷⁷⁶. Así, concluía el constituyente afirmando que la mencionada adición se justificaba para “hacer la separación [de poderes] absoluta pero armoniosa entre los poderes”⁷⁷⁷. A pesar de la oposición nuevamente por parte del bloque parlamentarista, la propuesta fue finalmente aprobada por la Comisión Redactora quedando con la siguiente redacción en el Proyecto de Constitución “D”:

Art. 2º CF. Son poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial.

Posteriormente esta misma cláusula sería aprobada en el plenario en sesión del 22 de septiembre de 1988, quedando finalmente consagrada en el artículo 2º constitucional sin sufrir cambio alguno en su contenido.

3.3.a.c. El mandato de armonía entre poderes tras la expedición de la Constitución Federal de 1988

Tras la expedición de la Constitución Federal de 1988 varios han sido los retos que el Estado brasilero ha debido afrontar en materia de separación de poderes. Si bien ya parece superada la amenaza de gobiernos de facto a través de golpes de Estado, no han sido menores las contingencias que se han generado entre los mismos poderes públicos en los veinte años de vigencia de la Constitución, las cuales han llegado a poner a prueba la estabilidad institucional brasilera. El análisis de algunos de estos sucesos podría darnos luces sobre el alcance que en los mismos se la ha dado a los mandatos de independencia y armonía entre poderes que hace la misma constitución.

Un ejemplo paradigmático de estos retos ha sido el caso de los juicios políticos o *impeachment* contra el presidente de la República. A pesar de que la existencia de la

⁷⁷⁶ Constituyente, 177.

⁷⁷⁷ Constituyente, 177.

institución ha sido una constante en el constitucionalismo brasileño⁷⁷⁸, ha sido con el regreso a la democracia cuando ésta ha ocupado un lugar central en la política del país. La figura del *impeachment* está prevista en los artículos 51, 52 y 86 de la Constitución Federal, además de la Ley No. 1.079 de 1950. En virtud de dicha reglamentación, la Cámara de Diputados podrá, por dos tercios de sus miembros, presentar cargos contra el presidente, los cuales serán juzgados por el Senado Federal, quien con la misma mayoría podrá decretar la pérdida del cargo al igual que su inhabilidad durante ocho años para el ejercicio de cualquier función pública. Valga destacar que lo anterior no obsta para que luego el Supremo Tribunal Federal proceda a juzgar y sancionar los delitos comunes que pudiera haber cometido el presidente de la República, tal y como lo dispone el artículo 102.I.b constitucional. De lo anterior, si bien pudiera pensarse que se trata de un típico mecanismo de control que se enmarca en un sistema de frenos y contrapesos, lo cierto es que su desarrollo y efectos implica un importante reto para la armonía entre poderes, en especial, por la incidencia que este supone por parte del legislativo en el desempeño y estabilidad de la cabeza del órgano ejecutivo.

Si bien podría decirse que contra todos los presidentes electos tras la expedición de la Constitución de 1988 se ha intentado iniciar algún juicio político, el primer caso que condujo efectivamente a la destitución de un presidente de la República fue el que tuvo lugar en 1992 contra Fernando Collor de Mello. Este, quien había sido elegido en 1989, fue objeto de un gran escándalo de corrupción a raíz de las declaraciones dadas a los medios de comunicación por su propio hermano. Dicho escándalo, que involucraba al presidente mismo y a su círculo más cercano por el supuesto tráfico de influencias y recibo de coimas, condujo a que, tras una importante movilización ciudadana, tanto la Cámara como el Senado declararan la destitución e inhabilidad del presidente Collor, incluso tras su intento de renuncia. Sin bien finalmente el Supremo Tribunal Federal no lo condenó penalmente por estos hechos, sí dejó en firme el proceso de juicio político y las mencionadas consecuencias de este al declararlo ajustado a la constitución.

El segundo y más reciente caso de destitución por *impeachment* fue el iniciado contra la presidenta Dilma Rousseff en 2016. En este, las acusaciones que finalmente tuvieron

⁷⁷⁸ Según el recuento hecho por el Supremo Tribunal Federal la institución existe desde la constitución imperial de 1824. Al respecto véase: Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança No. 21564-0 (1992).

éxito contra la presidenta se referían a algunos manejos presupuestales entre los años 2014 y 2015 que implicarían su presunta responsabilidad en materia fiscal. A raíz de estos hechos y tras un turbulento proceso legislativo y judicial, el 31 de agosto de 2016, el Senado acogería los cargos presentados por la Cámara de Diputados destituyendo a Rousseff de la Presidencia de la República e inhabilitándola para el ejercicio de cargos públicos por 8 años. De igual forma, este proceso tuvo la aprobación en cuanto a la constitucionalidad del rito seguido por parte del Supremo Tribunal Federal. Hasta el día de hoy se siguen evidenciando los efectos de dicha destitución en el acontecer político brasileiro.

Sobre este último punto y para nuestros efectos, resulta interesante indagar por el tipo de consideraciones que se hicieron por parte del Supremo Tribunal Federal al momento de evaluar la constitucionalidad de los procesos seguidos contra los presidentes Collor y Rousseff y, en particular, si en ellos se tuvo en cuenta el mandato de armonía e independencia entre poderes. Al revisar las principales sentencias (*acórdãos*) referentes al asunto se encontró, en primer lugar, que en ambos casos se evaluó al mecanismo de *impeachment* como un dispositivo propio del sistema de frenos y contrapesos, el cual hace parte del principio de separación de poderes⁷⁷⁹. En segundo lugar, que la posición adoptada por el Supremo Tribunal fue de marcada deferencia hacia el componente sustancial del proceso, limitando su labor a la verificación de la adecuación del procedimiento a los parámetros constitucionales y legales⁷⁸⁰. En tercer lugar, y ya en cuanto al uso del mandato de armonía, debe mencionarse que este permanece casi ausente de los textos de las sentencias ya que las discusiones se dan principalmente en torno al principio de separación e independencia de poderes y de las competencias propias del Supremo Tribunal para conocer del asunto. Sin embargo, una interesante excepción se presenta en uno de los votos del ministro Celso de Mello al pronunciarse sobre el *impeachment* a la presidenta Rousseff al afirmar que:

Es por eso que los representantes del pueblo brasileño, reunidos en Asamblea Constitucional para instituir un Estado Democrático de Derecho, al elaborar la Constitución que nos rige, se mostraron atentos y sensibles a la experiencia histórica de las sociedades políticas e hicieron consagrar, en la Constitución de la República que promulgaron, fieles a nuestra propia tradición

⁷⁷⁹ Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 347 Distrito federal (2015); Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança No. 21689-1 (1993).

⁷⁸⁰ Federal, Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 347 Distrito federal; Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança No. 21564-0.

constitucional, un principio revestido de fundamentabilidad marcante en el plano de las relaciones institucionales entre los órganos de la soberanía nacional, vale decir, entre el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

La Constitución Federal, al disponer sobre la configuración institucional del Estado brasileño, proclama que los poderes de la República son independientes. No obstante, ese grado de autonomía, los poderes del Estado -que, en realidad, son interdependientes- deben mantener una convivencia armoniosa en sus relaciones institucionales, para que, del respeto recíproco entre las diversas instancias de poder, puedan resultar, como normalmente ha ocurrido, prácticas gubernamentales cuyo paradigma constante resida en el respeto consciente a los grandes principios proclamados por la Constitución. Esta Suprema Corte tiene la exacta percepción de que la armonía entre los poderes de la República se cualifica, así, como valor constitucional a ser permanentemente preservado y cultivado. Más que mero rito institucional, la convivencia armoniosa -y recíprocamente respetuoso- entre los poderes del Estado se traduce en una indeclinable obligación constitucional que a todos se impone. [...]

Una Constitución escrita - hay que recordar - no configura una mera pieza jurídica, ni representa una simple estructura de normatividad, ni se puede caracterizar como un irrelevante accidente histórico en la vida de los Pueblos y de las Naciones, pues la Constitución, que ha de reflejar el espíritu del tiempo, se traduce en un documento político-jurídico de la mayor importancia, bajo cuyo imperio han de regirse las relaciones entre los Poderes del Estado y han de resolverse y superarse cualquier situación de eventuales fricciones de orden institucional.

Uno de los puntos de partida para mantenerse la convivencia armoniosa entre los Poderes de la República se sitúa en el cumplimiento de las decisiones judiciales, pues desobedecer sentencias del Poder Judicial significa practicar un gesto inequívoco de desprecio inaceptable por la integridad y la supremacía de la Ley Fundamental de nuestro País.

Es, pues, con ese espíritu, permanentemente volcado a la necesidad de hacer prevalecer la superioridad de la Ley Fundamental del Estado y de siempre convivir en armonía recíproca con los demás Poderes de la República, que todos debemos proseguir en el desempeño de las altas funciones que nos ha confiado el Pueblo de este país, a quienes debemos servir con fidelidad y con lo mejor de nuestros esfuerzos.⁷⁸¹

Un segundo suceso que supuso un importante hito en materia de independencia entre los poderes se dio tras la creación del Consejo Nacional de Justicia (*Conselho Nacional de Justiça*) en 2004. En ese año, y tras la aprobación de la enmienda constitucional (*Emenda Constitucional*) No. 45/2004, se creó dicha institución con el objeto de controlar el funcionamiento administrativo y financiero del poder judicial. Teniendo en cuenta que como se expuso anteriormente el artículo 60.4.III de la Constitución Federal plantea como

⁷⁸¹ Federal, Medida Cautelar Na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental 347 Distrito federal en 76-77.

cláusula pétrea la separación de poderes, la Asociación de Magistrados Brasileños consideró que esta estaba siendo vulnerada por la enmienda aprobada ya que en la composición del Consejo había presencia, aunque minoritaria, de miembros que no pertenecían a la rama judicial. En este sentido, se dio origen a la Acción Directa de Inconstitucional (*Acção Direta de Inconstitucionalidade*) No. 3.3367-1 que fue fallada por el Supremo Tribunal Federal el 13 de abril de 2005 en el sentido de declarar la constitucionalidad de la mencionada enmienda.

Nuevamente, para nuestros efectos, resulta interesante verificar si en las consideraciones del Tribunal se hizo mención del principio de armonía entre poderes. Hecho el correspondiente análisis se pudo verificar que el contenido del principio de separación de poderes al que hace mención el artículo 60.4.III se identifica por parte del Tribunal con lo dispuesto por el artículo 2º y, al hacerlo, no se distingue del mismo al mandato de armonía. En palabras del ministro Peluzo, relator de la sentencia, el principio de separación de poderes “tiene como corolarios a los de independencia y armonía”⁷⁸². En el voto del ministro Eros Grau, la armonía se equipara con la separación y el equilibrio, sin que exista aparente diferencia⁷⁸³. Nuevamente la excepción en este punto es hecha en el voto del ministro Celso de Mello, quién sí hace mención explícita al mandato de armonía en los siguientes términos:

La constitución de la República, al disponer sobre la configuración institucional del Estado, proclama que los poderes de la república son “independientes y armónicos entre sí” (CF, art. 2º). No obstante, ese grado de autonomía, los poderes del Estado –que en realidad son interdependientes– deben mantener una convivencia armoniosa en sus relaciones institucionales para que, con respeto recíproco entre las diversas instancias de poder, pueda resultar, como normalmente ha ocurrido hasta el presente momento histórico, una práctica gubernamental cuyo paradigma constante resida en el respeto consiente de los grandes principios proclamados por la constitución”

La armonía entre los poderes de la República cualificado como valor constitucional ha de ser permanentemente preservado y cultivado. Más que un mero rito institucional, la convivencia armoniosa –y el recíproco respeto– entre los poderes del Estado se traducen en una indeclinable obligación constitucional que a todos se impone”

Sabemos que ninguno de los poderes se sitúa por encima de la constitución. Y sabemos, también que el justo equilibrio político entre los poderes del Estado se deriva de la convivencia armoniosa que debe regir a las relaciones institucionales”⁷⁸⁴

⁷⁸² Supremo Tribunal Federal, ADI 3367 Distrito Federal (Conselho Nacional de Justiça) (2005).

⁷⁸³ Supremo Tribunal Federal, en 278.

⁷⁸⁴ Supremo Tribunal Federal, en 345.

A pesar de lo relevante que pueden parecer para nuestros efectos dichas consideraciones debe advertirse que no son muchas más las que se encuentran en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, ni siquiera por parte del ministro de Mello sobre el particular. Ello nos conduce a afirmar que lo allí dispuesto se trata, aún, de una posición insular y que tales afirmaciones no constituyen más que *obiter dicta*. Por lo tanto, del recuento hecho y de las búsquedas jurisprudenciales realizadas pueden concluirse que, a pesar de que el Tribunal suele referirse a la armonía e independencia como “principios”⁷⁸⁵, resulta ser predominante el que no se distinga entre los mandatos dispuestos en el artículo 2° Constitucional. Es decir, que suelen entenderse a ambos como la concreción del principio de separación de poderes y, por consiguiente, que no exista hasta el momento una particular conceptualización e interpretación judicial del concepto y alcance del mandato de armonía entre poderes que sea mayoritariamente aceptada por los ministros del Supremo Tribunal Federal.

3.3.a.d. Perspectivas doctrinales del mandato de armonía entre poderes públicos en Brasil

A pesar del limitado uso que el Supremo Tribunal Federal ha hecho del mandato de armonía entre poderes, en la doctrina constitucional brasilera parecen haber perspectivas más novedosas e interesantes al respecto. Por lo tanto, amerita hacer un recuento de las posiciones expresadas por los académicos brasileros sobre la materia. Para ello, se suele partir de reconocer que el fundamento del principio de separación e independencia entre poderes en el constitucionalismo brasilero tiene raíces en las teorías del Estado liberal clásico, tanto en su versión europea como norteamericana. Sin embargo, a partir de allí se ha venido justificando la necesidad de reevaluar su alcance para responder a las condiciones sociales y políticas de los nuevos tiempos. En este sentido, se pronuncian Falçao o Lennertz quienes afirman con contundencia que “cada momento histórico entiende el principio de separación de poderes de forma diferente. Se trata de un ideal abierto. No de un *datum*. Es un *constructo*.”⁷⁸⁶

⁷⁸⁵ Supremo Tribunal Federal, Agravo de Instrumento 410.096 Sao Paulo (2015); Supremo Tribunal Federal, ADI 3.046-9 Sao Paulo (2004); Supremo Tribunal Federal, Mandado de Seguranca No. 21564-0; Supremo Tribunal Federal, ADI 4.102 Rio de Janeiro (2014).

⁷⁸⁶ Joaquim Falcao y Marcelo Lennertz, «Separação de Poderes: Harmonia ou Competição», *Revista Jurídica Consulex* 12, n.º 281 (2008): 28.

En esta perspectiva, se ha propuesto que el efecto de inacción estatal producido por el principio de separación de poderes y que constituye una clara estrategia para la protección de los derechos liberales debe cuando menos complementarse de cara a las nuevas exigencias constitucionales. En este razonamiento, Mendez Madeiro señala que el principio de la separación de poderes, originariamente concebido para garantizar la inacción estatal, hoy también debe servir a otra categoría de derechos distintos a los liberales y que exigen del Estado acciones positivas o prestacionales. En consecuencia, “el principio de la separación de poderes ya no debe interpretarse con el rigor de otros tiempos, cuya inflexibilidad asegura tan sólo la fruición de las libertades públicas, frustrando, en contrapartida, la concreción de otros derechos igualmente fundamentales, como es el caso de los derechos sociales.”⁷⁸⁷

Este tipo de actuación positiva supone un tipo de relacionamiento diferente del que se genera en virtud de la separación e independencia de poderes, incluso en su versión más dinámica de frenos y contrapesos, en la que prevalece la función de fiscalización mutua. Para dar cuenta de este nuevo tipo de relacionamiento interorgánico es que adquiere pleno sentido la interpretación contemporánea del artículo 2º de la Constitución Federal y haciendo un particular énfasis en el principio de armonía. Para Fabiano Gonçalves, en la relectura del artículo 2º constitucional es necesario extraer dos reglas que comprenden su núcleo esencial⁷⁸⁸. La primera consiste en la necesidad de contención del ejercicio arbitrario del poder político por medio de la fiscalización y de los controles recíprocos entre los órganos especializados e independientes. La segunda significa la exigencia de cooperación, armonía, respeto, tolerancia y equilibrio entre los órganos ejecutores del poder político con vistas a la realización del bien de la colectividad y de la promoción de los derechos fundamentales. Así afirma expresamente Gonçalves que “en efecto, hoy se debe hablar más en colaboración o solidaridad entre poderes que de absoluta separación. Además, el aspecto colaborativo y solidario del principio debe ser considerado

⁷⁸⁷ Fabrício Juliano Mendes Medeiros, «Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional», *Revista de informação legislativa* 45, n.º 178 (2008): 204, <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176530>.

⁷⁸⁸ Fabiano Gonçalves Carlos, «Separação de Poderes: da concepção clássica à noção contemporânea», *Revista da AJURIS* 43, n.º 140 (10 de octubre de 2016): 173-74.

presupuesto esencial para cualquier Estado constitucional que se proponga ser Democrático de Derecho”⁷⁸⁹.

Además, se considera que el Estado brasileiro del siglo XXI también posee compromisos sensibles y complejos relativos a la tutela de derechos de matriz difusa, denominados derechos fundamentales de tercera y cuarta generación, que trascienden a los propios intereses nacionales, pues traducen preocupaciones de la comunidad global y del propio género humano. Por lo tanto, para el cumplimiento de estos, el Estado necesita actuar con agilidad, cierto grado de estabilidad, flexibilidad y eficiencia, incluso porque asume compromisos ante la Comunidad Internacional. Ello, presupone una amplia colaboración entre los organismos ejecutores de las actividades estatales, superando la idea convencional de la separación de poderes como simple división cerrada de funciones.

En este razonamiento, se propone la superación de la idea de universalidad y atemporalidad de la tripartición clásica de las funciones del Estado, justamente en virtud de la inevitable interpenetración de las actividades estatales, lo que genera una progresiva disminución de fronteras entre ellas y la consecuente relativización de los criterios de caracterización material y de diferenciación. Por consiguiente, señala Gonçalves que, en la actualidad, no es posible definir un rol taxativo de funciones estatales y de órganos competentes para ejecutarlas, teniendo en cuenta los diversos modos de expresión del poder político. En efecto, actualmente, la división rígida de funciones entre órganos distintos y especializados no constituye un criterio esencial para el ejercicio eficiente del poder político. Lo anterior no implica que la independencia y el control mutuo desaparezcan, sino que la lectura contemporánea de la separación de poderes impone como conductas objetivas a los organismos estatales la sumisión al control y a la fiscalización, junto con el deber de colaboración con los demás organismos ejecutores de actividades estatales. En palabras de Gonçalves, “en la contemporaneidad, el principio de la separación de poderes se convierte sustancialmente en instrumento jurídico de cooperación, consenso y moderación (fiscalización y control) en las relaciones institucionales entre órganos ejecutores de las actividades estatales”⁷⁹⁰.

⁷⁸⁹ Gonçalves Carlos, 176.

⁷⁹⁰ Gonçalves Carlos, 177.

El autor afirma a manera de conclusión que, si la finalidad preponderante del Estado contemporáneo es promover los derechos fundamentales y la realización práctica de los derechos, ello supone el ejercicio eficiente de las funciones estatales. Por lo tanto, además de la contención del arbitrio por medio del control y de la fiscalización, actualmente el contenido jurídico del principio de separación de poderes establece como deber innegociable la estabilidad entre los órganos que desempeñan las actividades estatales. Ello constituye la manera de prevenir desequilibrios institucionales y el desarrollo de la sociedad democrática, garantizando el ambiente adecuado para la ejecución de las políticas públicas necesarias para la realización práctica de los derechos fundamentales. Por consiguiente, “no deben tolerarse medidas ilegítimas de reacción institucional de un poder frente a otro, primero porque violan directamente la cláusula constitucional de la separación de poderes, y, segundo, porque, al final de cuentas, el pueblo, que es el titular del poder y destinatario de las acciones del Estado, será el mayor perjudicado”⁷⁹¹.

En este punto es donde reviste especial importancia la conceptualización del mandato de armonía como principio entre los poderes públicos⁷⁹². Al respecto, el reconocido profesor brasileiro, José Alfonso da Silva, coincide con el razonamiento anterior considerando que hoy el principio de división de poderes no supone la misma rigidez. En su concepto, la ampliación de las actividades del Estado contemporáneo impone una nueva visión de la teoría de la separación de poderes y nuevas formas de relacionamiento entre los órganos legislativos y ejecutivo y de estos con el judicial. Por ello, el autor prefiere hablar de colaboración entre poderes, que como es una característica del parlamentarismo, coincidiendo con el análisis antes presentado, mientras que en el presidencialismo esta se denominará a través de las técnicas de independencia orgánica y armonía entre los poderes⁷⁹³.

⁷⁹¹ Gonçalves Carlos, 177.

⁷⁹² La denominación del mandato de armonía como principio puede observarse inicialmente en la obra del profesor José Alfonso Da Silva, «Responsabilidade de governador – crime comum – processo – necessidade de aprovação prévia da assembleia legislativa», *Revista dos Tribunais* 657 (1990): 252.

⁷⁹³ Al respecto señala el autor que “en un sistema parlamentarista de gobierno, la armonía entre poderes se convierte en un sistema de cooperación mutua y de responsabilidades recíprocas, de suerte que los conflictos políticos encuentran mecanismos de solución eficaz y que confluyen siempre en una consulta al pueblo que es efectivamente el árbitro que va, en última instancia, a resolver cualquier crisis de poder. El presidencialismo, por el contrario, no es institucionalmente apto para enfrentar graves situaciones de crisis, para promover un consenso a partir de conflictos sociales o políticos serios, para controlar el ejercicio del poder sin obstáculos y para asegurar la eficiencia de las decisiones tomadas”. José Alfonso Da Silva, «Harmonia entre os poderes e governabilidade», *Revista de Direito do Estado* 1, n.º 1 (2006): 164.

Sobre este último concepto, afirma Da Silva que, “la armonía entre los poderes se verifica primero por las normas de cortesía, del trato recíproco y de respeto a las prerrogativas y facultades a las que todos los poderes tienen derecho”⁷⁹⁴. De otro lado, señala que ni la división de funciones entre los órganos ni su independencia son absolutas. Hay interferencias que tienen por objeto el establecimiento de un sistema de frenos y contrapesos que busca el equilibrio necesario para la realización del bien de la colectividad e indispensable para evitar el arbitrio y el exceso de uno en detrimento de otro, en especial de los gobernados. De allí, lo más complejo es que la armonía entre poderes y el correspondiente mecanismo de frenos y contrapesos se basa en criterios negativos de vetos mutuos⁷⁹⁵. Por tanto, las condiciones de mutua cooperación deben ser cuidadosamente construidas. Así concluye el profesor de Sao Paulo afirmando que:

Todo ello demuestra que los trabajos del legislativo y el ejecutivo especialmente, pero también el judicial, se desenvolverán a buen término si estos órganos se subordinan al principio de armonía que significa el no dominio de uno sobre otro, ni la usurpación de atribuciones, más la verificación de que entre ellos debe haber conciencia de colaboración y control recíproco para evitar distorsiones y excesos. La des-armonía, por tanto, se da siempre que se acumulan atribuciones, facultades y prerrogativas de un poder en detrimento de otro⁷⁹⁶

A esta misma conclusión se suma el exconstituyente y ahora expresidente de la República de Brasil, Michel Temer, quién como se expuso fue uno de los directos responsables de que el principio de armonía quedara consagrado en el artículo 2º de la Constitución Federal. Así, señala que quien comanda un poder del Estado debe ejercer sus funciones con independencia, pero sin alejarse jamás del equilibrio proporcionado por la armoniosa convivencia entre ellos⁷⁹⁷. En este sentido, expone que la independencia no significa aislamiento, no interacción, ni oposición a los otros poderes. Por eso, el constituyente estableció, en el mismo nivel, el criterio de "armonía" entre los Poderes, para que trabajen juntos en la búsqueda del bien común”⁷⁹⁸.

⁷⁹⁴ Da Silva, 165.

⁷⁹⁵ A manera de ejemplo señala el autor que el legislativo puede vetar los proyectos del ejecutivo, rechazándolos; el poder ejecutivo vetando proyectos del legislativo; el senado federal puede vetar los proyectos aprobados por la cámara de diputados, rechazándolos, la cámara por su lado puede vetar las modificaciones que el senado introduzca a los proyectos de ley aprobados, rechazándolos; y el poder judicial puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la nulidad de los actos administrativos. Al respecto véase: Da Silva, 167.

⁷⁹⁶ Da Silva, 167.

⁷⁹⁷ Michel Temer, «Harmonia entre os Poderes», Artigos, 2014, <http://micheltemer.com.br/opinioes/harmonia-entre-os-poderes/>.

⁷⁹⁸ Temer.

En esta argumentación, explica Temer que la armonía resulta indispensable para garantizar el trabajo conjunto de los poderes del Estado para satisfacer las aspiraciones del único titular del poder: el pueblo. Así considera el político brasileiro que si bien pueden parecer trivialidades conceptuales, cuando él ve colocar la independencia por encima de la armonía como si fueran postulados individualizados, en lugar del desdoblamiento funcional del único poder soberano existente en el Estado, debe generarse una alerta. Por tanto, concluye afirmando que “la armonía es una determinación nacida de la soberanía popular y cada vez que los poderes se desarmonizan al fundamento de la independencia, lo que se verifica es una inconstitucionalidad, indeseable tanto jurídica y políticamente”⁷⁹⁹.

De manera más reciente y de la mano de las discusiones en torno a los nuevos modelos de constitucionalismo, se ha venido proponiendo entender el relacionamiento entre los poderes públicos y en particular con el Supremo Tribunal Federal, como un diálogo interinstitucional. Tal vez uno de los trabajos pioneros en este enfoque sea el de Conrado Hubner Mendes, quién hacia el año 2008, proponía superar la noción de última palabra en las decisiones constitucionales para plantear un enfoque más deliberativo y continuado, donde tenga lugar una construcción coordinada y cooperada del significado constitucional⁸⁰⁰. Posterior a ello, esta perspectiva ha tenido una especial acogida en los últimos años en la doctrina constitucional brasileira⁸⁰¹. Posiblemente la versión más refinada sea la desarrollada por Miguel Godoy, quién en su texto titulado “Devolver la constitución al pueblo”, desarrolla una interesante teoría en favor del diálogo interinstitucional que se fundamenta en las distintas capacidades de las instituciones que en él intervienen. Al respecto, propone la idea normativa de interrelaciones dialógicas y permanentes entre los órganos del Estado y entre estos y el pueblo como parte del proceso continuo de dotar de contenido y desarrollo a la constitución⁸⁰². Por su parte, si bien en

⁷⁹⁹ Temer.

⁸⁰⁰ Conrado Hubner Mendes, «Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação» (Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da Universidade de São Paulo, 2008), 225, <https://doi.org/10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952>.

⁸⁰¹ Al respecto véase a manera de ejemplo: Antonio Ezequiel Inácio Barbosa y Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, «Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo», *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (1 de enero de 2018): 109, <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55825>; Ana Paula Oliveira Avila y Karen Cristina Correa de Melo, «Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde», *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (1 de enero de 2018): 83, <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934>.

⁸⁰² Godoy, *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*, 149.

esta línea argumentativa en favor del diálogo constitucional no se ha hecho un especial desarrollo del mandato de armonía que prescribe la constitución, dicho enfoque sí resulta pertinente desde la conceptualización del tipo de interrelación que debe existir entre los órganos, el cual parece ser ahora más cercano al concepto de colaboración desarrollado en el capítulo primero del presente escrito.

3.3.b. El mandato de cooperación leal en el Tratado de la Unión Europea

Una vez abordado el mandato de armonía entre poderes en Brasil, corresponde ahora abordar el caso europeo. Para este, como se anunció, se analizará el mandato de cooperación leal entre las instituciones que prevé el artículo 13(2) de la Tratado de la Unión Europea- TUE. Siguiendo un esquema similar al propuesto para el caso brasilero, el análisis se divide en cuatro apartados. En el primero de ellos, se rastreará el origen del mandato de cooperación interinstitucional. Para ello se sostendrá que es en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia donde radica el origen de dicho principio, para lo cual se hará un recuento de dicho desarrollo jurisprudencial.

En un segundo momento se abordará la consagración del mandato de cooperación en el TUE. Para ello, se rastreará dicha disposición a lo largo del fallido proceso constitucional europeo y luego en el diseño y aprobación del Tratado de Lisboa, que será finalmente quién dio origen a la actual redacción del TUE. En un tercer momento, se analizará el mandato de cooperación leal después de su consagración por el Tratado de Lisboa. Para ello se hará un especial énfasis en la manera en como los casos que se han presentado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha hecho uso de dicho mandato. Finalmente, en un cuarto y último momento, se hará el balance de las posiciones de la doctrina especializada a propósito de la cooperación leal entre las instituciones de la Unión. Al hacerlo, se destacarán las principales perspectivas que se proponen por los académicos y los significados y roles atribuidos a dicho mandato en el devenir de la Unión. Finalmente, valga advertir en este punto, que para el estudio que se propone se prescindirá conscientemente del análisis del principio de equilibrio institucional

(*institutional balance*) y de la perspectiva de control entre las instituciones de la Unión⁸⁰³, ya que ambos exceden el objeto de estudio propuesto.

3.3.b.a. El origen del mandato de cooperación interinstitucional en la Unión Europea

Tal y como lo reconoce Hillion, el mandato de cooperación interinstitucional no tiene fundamento expreso en la normatividad primaria europea, sino que lo adquirirá después de la aprobación Tratado de Lisboa⁸⁰⁴. En sentido contrario, desde los orígenes de la Unión Europea, el principio de cooperación entre Estados y la Unión (Comunidad en sus inicios) ha estado expresamente consagrado en las normas constitutivas, tal vez debido a su evidente relevancia dentro del proceso de integración. Así, desde el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero- CECA, se explicitó en su artículo 86 dicho deber con el siguiente tenor:

Los Estados miembros se comprometen a adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones resultantes de decisiones y recomendaciones de las instituciones de la Comunidad y a facilitar a esta última el cumplimiento de su misión [...]

Posteriormente, este deber de cooperación quedó consagrado en el artículo 5º del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Sin bien, el contenido antes destacado se mantuvo idéntico, el principal cambio radicó en la ubicación que se hizo del mismo, pasando de las disposiciones generales de la CECA a ser parte de los principios de la Comunidad Económica Europea. Luego, con la entrada en vigor del Tratado de Maastrich el 1 de noviembre de 1993, dicho principio, con el mismo tenor, pasaría a ser el artículo 10 del Tratado de la Unión Europea.

Finalmente, con el Tratado de Lisboa a partir de diciembre de 2009, el principio de cooperación entre Estados y la Unión Europea sería denominado como “principio de cooperación leal” en su título introductorio, manteniendo el resto de su contenido sustancial. Este hecho, ha llevado a que algunos doctrinantes consideren que el principio de cooperación leal es más amplio de lo establecido en esa disposición y que incluye otras

⁸⁰³ Paul P. Craig y Gráinne De Búrca, *The evolution of EU law*, 2º (Oxford: Oxford University Press, 2011), 43 y ss.

⁸⁰⁴ Christophe Hillion, «Conferral, cooperation, balance in EU external action», en *Structural principles in EU external relations law*, ed. Marise Cremona (Oxford: Hart, 2018), 121.

formas y sujetos que tienen el deber de cooperar lealmente⁸⁰⁵. Ahora, este principio está consagrado en el artículo 4, numeral 3º, del reconfigurado Tratado de la Unión Europea-TUE, con el siguiente texto:

Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados.

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión

Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión.

Del contenido antes expuesto, queda claro que dichas disposiciones ordenan deberes de cooperación entre los Estados Miembros y la Unión, los cuales encuentran justificación en el cumplimiento de los objetivos propuestos por los tratados. En este sentido, los efectos que se derivan tienen como destinatarios exclusivos a los Estados y a la Unión, tal y como lo reconocen los principales comentaristas. Así, coincidimos con Klamert al sostener que ni del artículo 4(3) del TUE, ni de sus predecesores, se sigue el que de este puedan derivarse deberes de cooperación que no se refieran a los Estados miembros, como lo serían los deberes de cooperación entre las mismas instituciones de la Unión⁸⁰⁶. Sin embargo, diferimos del autor cuando afirma que el origen de este tipo de cooperación interinstitucional, que es el que nos ocupa, no ha sido construido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo, sino que su origen se remonta particularmente a la doctrina especializada en la materia⁸⁰⁷. Frente a este último punto, consideramos que ello no es de recibo, ya que al revisar la referencia que se hace de la obra de la profesora Cremona para sostener que es ella quien ha argumentado que el deber de cooperación no está limitado a los Estados, aquella basa expresamente su afirmación en lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo o en documentos propios de dichos procesos como lo son los pronunciamientos del Abogado General⁸⁰⁸. Por lo tanto, consideramos con

⁸⁰⁵ Marcus Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law* (Oxford: Oxford University Press, 2014), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199683123.001.0001>.

⁸⁰⁶ Klamert.

⁸⁰⁷ Para Klamert, “El artículo 4 (3) y sus predecesores nunca han sido construidos por el Tribunal como para crear obligaciones similares para las relaciones entre las mismas instituciones de la Unión. [...] Sin embargo, especialmente Cremona ha ya sostenido que el principio de cooperación no estaba limitado a los Estados miembros, sino que también aplicaba a la cooperación interinstitucional”. Klamert.

⁸⁰⁸ Marise. Cremona, «Defending the Community Interest: the Duties of Cooperation and Compliance», en *EU foreign relations law : constitutional fundamentals*, ed. Marise. Cremona y Bruno de. Witte (Oxford: Hart, 2008), 157.

Cremona, Pirís⁸⁰⁹ y Hillion⁸¹⁰ que el origen de principio de cooperación leal entre las mismas instituciones de la Unión ha sido el resultado de una construcción jurisprudencial, tal y como pasa a exponerse.

La tesis que pretende sostenerse es que el principio de cooperación “horizontal” o entre las instituciones de la Unión ha sido una construcción del Tribunal Europeo quien en una serie de pronunciamientos uniformes y previos a la aprobación del “Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa” y al Tratado de Lisboa, lo ha derivado del principio de cooperación entre Estados miembros y la Unión. En este sentido, el Tribunal comienza dicha línea jurisprudencial hacia la década de los años ochenta, tras el notable crecimiento que para entonces tuvo la Comunidad Económica Europea, a pesar de la limitada institucionalidad existente para entonces⁸¹¹. Como era de esperarse, dicha situación hizo que los conflictos entre instituciones y Estados comenzaran a aflorar con especial fuerza, dejando una importante labor a cargo del Tribunal Europeo al respecto. En este contexto, el Tribunal comienza interpretando y dando sentido al principio de cooperación leal entre los Estados miembros y la Comunidad, el cual constaba expresamente en el artículo 5º del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

Uno de los primeros precedentes al respecto lo constituye la sentencia del asunto 230/81 proferida el 10 de febrero de 1983. En este se discutía la legalidad de una resolución adoptada por el Parlamento Europeo en la que, previo a la fijación definitiva de la sede de las instituciones de la Comunidad, se disponía que de allí en adelante éste celebraría todas las sesiones plenarias en Estrasburgo y no en Luxemburgo como se venían haciendo ocasionalmente. En concepto de este último Estado, dicha decisión contrariaba las competencias de los Estados miembros para decidir sobre el asunto y una costumbre reiterada por la práctica del parlamento.

⁸⁰⁹ Para Pirís, “ha sido interpretado por la Corte de Justicia que el principio [de cooperación leal entre Estados] aplica para las relaciones entre las instituciones de la Unión Europea”. Pirís, *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, 85.

⁸¹⁰ En palabras de Hillion, “La Corte [Europea] de Justicia ha articulado gradualmente una obligación general de cooperación vinculante para las instituciones”. Hillion, «Conferral, cooperation, balance in EU external action», 121.

⁸¹¹ Paul Berman, «From Laeken to Lisbon: The Origins and Negotiation of the Lisbon Treaty», en *EU Law after Lisbon* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 5.

En concepto del Tribunal, la decisión adoptada por el Parlamento no excedía los límites de su competencia, en tanto, no existía una decisión definitiva de los Estados miembros sobre el particular y dicha resolución servía únicamente para garantizar el funcionamiento del parlamento en el interregno. Para nuestros efectos, valga destacar que el Tribunal sustenta su posición recurriendo al principio de cooperación leal entre Estados e instituciones afirmando que:

Debe ponerse de relieve que, al adoptar las decisiones provisionales, en virtud de la regla que impone a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias deberes recíprocos de leal cooperación, inspirada especialmente en el artículo 5º del Tratado CEE, los Gobiernos de los Estados miembros deben respetar la competencia del Parlamento para regular su organización interna. Deben hacer todo lo posible para que dichas decisiones no entorpezcan el buen funcionamiento del Parlamento.

A partir de allí, sostiene el Tribunal que las competencias de los Gobiernos de los Estados miembros no afectan la competencia propia del Parlamento, consistente en deliberar sobre cualquier asunto relacionado con la Comunidad, adoptar resoluciones sobre dichas cuestiones y requerir a los gobiernos para que actúen en pro de la Comunidad. Por lo tanto, concluye el tribunal que no puede considerarse que el Parlamento haya excedido los límites de su competencia por el mero hecho de haber adoptado una resolución referente a su lugar de trabajo cuando no existía una decisión definitiva al respecto por parte de los Estados miembros.

De la sentencia referida valga destacar la interpretación que el Tribunal de Justicia hace del principio de cooperación leal para derivar de él una interpretación más amplia del principio de atribución de competencias con el fin de garantizar el cumplimiento de la misión prevista por la Comunidad Económica. Así, es claro que el tribunal descarta una interpretación exegética y estricta de las competencias de los Estados miembros. En su lugar justifica una posición más condescendiente y receptiva a la situación de provisionalidad en la que se encontraba la institucionalidad de la Comunidad y más orientada a facilitar el funcionamiento del Parlamento y, con él, el del cumplimiento de las finalidades prevista por la Comunidad de entonces.

Como era de esperarse, otros frentes de conflictividad, para entonces, lo constituyeron los asuntos presupuestarios⁸¹². Al respecto, inicialmente fueron las mismas instituciones las

⁸¹² Hillion, «Conferral, cooperation, balance in EU external action», 122.

que intentaron adoptar correctivos al respecto. Una prueba fehaciente de ello, lo constituye la “Declaración Común del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión relativa a diferentes medidas dirigidas a garantizar un mejor desarrollo del procedimiento presupuestario” adoptada en 1982. Para los efectos de este escrito, dicha declaración comienza considerando literalmente que “el buen funcionamiento de la Comunidad requiere una cooperación armoniosa entre las instituciones”. A continuación, establece algunas clasificaciones comunes de gastos de los presupuestos, un procedimiento de solución de controversias entre los presidentes de cada una de las entidades y unas precisiones procedimentales para que la “colaboración entre las instituciones” pueda tener lugar en la materia.

A pesar de la relevancia de dicha declaración, los conflictos en materia presupuestal estaban lejos de terminar y fue inevitable que algunos de estos llegaran a conocimiento del Tribunal de Justicia. Al respecto, una sentencia fundamental en este punto es la proferida el 3 de julio de 1986, en el asunto 34 del mismo año que enfrentaba al Consejo contra el Parlamento. En dicho asunto, el Consejo demandó el presupuesto aprobado por el Parlamento para la vigencia fiscal de ese año al considerar que se había excedido lo propuesto y acordado con este último. Al conocer del asunto, el Tribunal de Justicia comienza por aclarar que los actos de las autoridades presupuestarias no están sustraídos de su control jurisdiccional como lo pretendía el Parlamento, fundamentándose para ello en el mantenimiento del equilibrio que debe existir entre las instituciones de la Comunidad⁸¹³.

A partir de esta posición, continúa el Tribunal señalando que el acto por medio del cual se dio por aprobado el presupuesto por parte del presidente del Parlamento debería anularse teniendo en cuenta que en el momento en que se hizo, “aún no había tenido lugar una aprobación definitiva, ya que las dos instituciones aún no se habían puesto de acuerdo respecto a la cuantía de un nuevo tipo máximo de aumento”⁸¹⁴. En este punto, el Tribunal no procede a evaluar la conducta de las instituciones frente al asunto, sino que se limita a constatar la ausencia de acuerdo. Al respecto dispone expresamente:

⁸¹³ En palabras del Tribunal, “Si no fuera posible someter los actos de la autoridad presupuestaria al control del Tribunal de Justicia, las instituciones que ejercen esta autoridad podrían inmiscuirse en las competencias de los Estados miembros o de las demás instituciones, o rebasar los límites fijados a sus competencias”. Tribunal de Justicia, 34/86 Consejo v. Parlamento (1986).

⁸¹⁴ Tribunal de Justicia.

No corresponde al tribunal examinar en qué medida la actitud del Consejo o del Parlamento a lo largo de toda la negociación presupuestaria les ha impedido llegar a un acuerdo. Debe limitarse a que, al faltar ese acuerdo esencial, el presidente del Parlamento no podía declarar legalmente que el presupuesto estaba definitivamente aprobado, dicha declaración debe ser anulada⁸¹⁵.

Posterior a ello, la Corte advierte que los problemas de delimitación en materia presupuestal deberán ser objeto del procedimiento interinstitucional de conciliación establecido por la ya mencionada Declaración Común de 1982 y, por tanto, resolverse en dicho marco. De esta sentencia conviene destacar, por un lado, la posición que adopta la Corte en pro del equilibrio que debe primar entre las instituciones comunitarias al declararse competente para enjuiciar las actuaciones presupuestales del Parlamento. Por otro, y tal vez más relevante para nuestros efectos, es de destacar el llamado que hace el Tribunal a la colaboración, a la cooperación y al acuerdo que debe existir entre las instituciones, en este caso, entre el Consejo y el Parlamento, so pena de invalidar las decisiones adoptadas en ausencia de este. Sin embargo, valga aclarar que, en este punto, el Tribunal aún no procede a enjuiciar la actitud y comportamiento de las instituciones ni a reconocer expresamente la existencia de un principio de cooperación leal entre instituciones.

Continuando con las contingencias presupuestales, será solo dos años después donde el Tribunal defina los dos aspectos anteriores, precisamente con la sentencia del 27 de septiembre de 1988, en el asunto 204/86 que involucró a Grecia contra el Consejo de la Comunidades Europeas. El asunto que se discutía hacía referencia a la aprobación tácita que el Consejo hizo de una partida presupuestal destinada a Turquía dentro del plan de cooperación financiera. En concepto del gobierno helénico, el Consejo con dicha actuación había actuado sin competencia para ello, con desviación de poder y había incumplido con una obligación internacional debido a los problemas que venía presentando el Estado turco en materia de derechos humanos. Para resolver el asunto, el Tribunal dispuso expresamente lo siguiente:

El funcionamiento del procedimiento presupuestario, tal y como está contemplado en las disposiciones financieras del Tratado, se basa esencialmente en el diálogo interinstitucional. Dentro del marco de dicho diálogo prevalecen los mismos deberes recíprocos de leal cooperación que

⁸¹⁵ Tribunal de Justicia.

como lo ha reconocido el Tribunal de Justicia, regulan las relaciones entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias

Debe añadirse que, en materia de clasificación de gastos, las instituciones comunitarias disfrutaban de una facultad de apreciación que, sin embargo, está limitada por el reparto de competencias entre las instituciones, previsto por el Tratado. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia debe velar por que, dentro del marco de su colaboración, las instituciones no desconozcan las normas de derecho y para que no hagan uso de su facultad de apreciación en forma manifiestamente errónea o arbitraria⁸¹⁶.

De los párrafos transcritos deben destacarse dos aspectos centrales. Por un lado, por primera vez se explicita la existencia de un deber de cooperación entre las instituciones comunitarias. En palabras del tribunal, en el diálogo interinstitucional que debe caracterizar la relaciones entre las instituciones comunitarias prevalecen los deberes recíprocos de cooperación leal con el mismo alcance que entre Estados e instituciones, tal y como lo consagra el artículo 5º del Tratado de la CEE y la misma jurisprudencia del Tribunal.

Por otro lado, y de forma novedosa, el Tribunal admite y procede a evaluar la actitud y comportamiento de las instituciones en el desarrollo de sus recíprocas relaciones sobre un marco “colaborativo”. Para ellos establece como parámetro el que no se desconozcan las normas del derecho, pero que tampoco actúen de forma “manifiestamente errónea o arbitraria”. Con ello, se matiza la posición antes sostenida de no evaluar la conducta de las instituciones, sino solo constatar sus desacuerdos, para ahora hacerlo a partir de parámetros preestablecidos. Finalmente, a partir de estos razonamientos, el Tribunal concluye declarando que el Consejo no hizo uso de su facultad de apreciación de forma contraria a los parámetros establecidos, a saber, manifiestamente errónea o arbitraria en la clasificación de la partida, por lo que decide desestimar el recurso interpuesto por el Estado griego.

Trascendiendo ya las contingencias presupuestarias, pero manteniendo la misma línea argumentativa, será en la muy conocida sentencia del 31 de marzo de 1995, sobre el asunto C-65/93 entre el Parlamento contra el Consejo de la Unión Europea, donde el Tribunal consolide su jurisprudencia en torno al principio de cooperación leal entre las instituciones de la Unión. El asunto en cuestión se refería a una propuesta de reglamento

⁸¹⁶ Tribunal de Justicia, 204/86 Grecia v. Consejo (1988).

hecha por la Comisión al Consejo donde se prorrogaba el sistema de preferencias arancelarias a los países de la extinta Unión Soviética. Sobre la propuesta, el Consejo decidió consultarla con el Parlamento, por lo que le solicitó a su presidente que le aplicara el procedimiento de urgencia ya que la resolución debía entrar en vigor al comienzo de 1993. Recibida la propuesta y la declaratoria de urgencia por parte del Parlamento, este decidió remitirla a la Comisión de Desarrollo para que rindiera informe al respecto.

Dicho informe debía presentarse en la plenaria del 18 de diciembre de 1992, sin embargo, la sesión fue levantada a solicitud de algunos diputados sin que éste se hubiera presentado. Para ese entonces, tampoco era posible celebrar sesiones extraordinarias, por lo que el 21 de diciembre, el Consejo adoptó el reglamento sin haber obtenido el dictamen del Parlamento, aspecto que se explicitó en los considerandos de este. Finalmente, el Parlamento recurrió el reglamento adoptado considerando que no había respetado el procedimiento de consulta previsto en el artículo 43 del Tratado, lo cual constituía, en su criterio, un vicio sustancial.

Al abordar el asunto, el Tribunal retoma la línea argumentativa de las sentencias aquí reseñadas para reafirmar expresamente que:

“[E]n el marco del diálogo interinstitucional, en el que se basa, en particular, el procedimiento de consulta, el Tribunal de Justicia ha declarado que prevalecen los mismos deberes recíprocos de leal cooperación que regulan las relaciones entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias⁸¹⁷

A partir de allí, procede a evaluar el comportamiento de las instituciones implicadas, a saber, del Parlamento y del Consejo, frente a lo que considera que:

Al adoptar este comportamiento, el parlamento incumplió su deber de cooperación leal frente al Consejo. Máxime cuando el Consejo no podía utilizar la posibilidad que le ofrecía el artículo 139 del Tratado, dado que, según las informaciones facilitadas al Consejo por la Presidencia del Parlamento, la celebración de un periodo de sesiones extraordinario del Parlamento había resultado ser materialmente imposible antes de que finalizara el año 1992⁸¹⁸

Por tanto, sostiene el Tribunal que:

En estas circunstancias, el Parlamento no puede censurar válidamente al Consejo por no haber esperado su dictamen para adoptar el Reglamento

⁸¹⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C-65/93 Parlamento v. Consejo, I.

⁸¹⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, I.

impugnado el 21 de diciembre. En efecto, el incumplimiento de la formalidad sustancial que constituye la consulta al Parlamento se debe al incumplimiento, por parte de dicha institución, de su deber de cooperación leal frente al Consejo⁸¹⁹.

En este razonamiento concluye el Tribunal desestimando el recurso interpuesto por el Parlamento y, con ello, reafirma la validez del reglamento. Además de la evidente relevancia de la decisión adoptada, son tres los aspectos que corresponde destacar de dicha sentencia judicial. En primer lugar, la Corte retoma la línea jurisprudencial acá recreada para reafirmar la existencia de unos deberes recíprocos de cooperación leal entre las instituciones de la Unión, el cual deriva de los existentes entre Estados e instituciones de la Unión. En segundo lugar, la Corte procede a evaluar la conducta de las partes en conflicto, de acuerdo con dichos deberes recíprocos, encontrando que, para el caso, estos se han violado con la conducta del Parlamento con su actuar desleal hacia el Consejo. En tercer lugar, dicha actuación desleal le sirve al Tribunal para hacer una interpretación matizada del vicio sustancial que implica el pretermitir una consulta ya ordenada. En su lugar afirma que, a raíz de la actitud del Parlamento, dicho defecto no se configura a pesar de su sustento legal y se privilegia el actuar leal del Consejo y el cumplimiento de los fines y misiones de la Unión Europea.

Como lo ha propuesto Hillion, de lo dispuesto en la sentencia puede afirmarse que el propósito de la obligación de cooperación interinstitucional parece tener dos dimensiones⁸²⁰. Por un lado, se dirige a preservar el marco institucional y el equilibrio que este establece, al garantizar que el ejercicio de los poderes que se le otorga a cada institución, no puedan ser utilizados para minar u obstaculizar los de las demás instituciones. Por el otro, la cooperación se dirige a asegurar que el marco institucional cumpla con los objetivos de asistir a la Unión en cumplir con los objetivos para los que fue creada. Ello implica que la obligación de cooperación podría invocarse contra una institución con el argumento que su actuación o inacción podría estar comprometiendo el logro de los objetivos de la Unión o que con ello se estaría fallando en el deber de facilitar el logro de dichos fines.

⁸¹⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, I.

⁸²⁰ Hillion, «Conferral, cooperation, balance in EU external action», 124.

3.3.b.b. El mandato de cooperación leal interinstitucional en el proyecto de constitución de la Unión Europea y en el Tratado de Lisboa

En este contexto de construcción progresiva del principio de cooperación entre las instituciones en sede jurisdiccional, tendrá lugar en Europa el proceso de intento de elaboración y aprobación de una constitución formal para la Unión Europea. Este proceso, como pasa a exponerse, no significará más que una fase de reconocimiento y de un intento de positivación de un principio ya existente y operante dentro del derecho de la Unión para ese entonces.

Al respecto, debemos recordar que tras la Declaración de Laeken, el Consejo de Europa decidió convocar en diciembre de 2001 a la Convención sobre el Futuro de Europa que sería luego conocida, oficialmente, como la Convención Europea. El principal propósito de esta Convención fue el de redactar un proyecto de constitución para la Unión Europea. Para estos efectos sesionó desde febrero de 2002 hasta julio de 2003 con 102 miembros bajo la presidencia del expresidente francés Valéry Giscard d'Estaing⁸²¹. Sobre el principio de cooperación leal entre instituciones, valga destacar que, desde los trabajos preliminares de la Convención, se dispuso la necesidad de consagrar este principio en el que pretendía ser el texto constitucional europeo. Así, en el esquema preliminar del tratado constitucional presentado por la presidencia a la convención el 28 de octubre de 2002, ya se disponía que el proyecto de artículo referente a las instituciones de la Unión debía “establecer el principio de leal cooperación entre las instituciones”⁸²².

En virtud de este llamado, en la propuesta de artículo realizada por la presidencia de la Convención, dentro del proyecto de artículo 14 que tenía por objeto la consagración de las instituciones de la Unión, se establecía en el párrafo 3º expresamente que “Cada institución actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye la Constitución, con sujeción a los procedimientos y condiciones previstos en la misma. Las

⁸²¹ Para un recuento al respecto véase: Craig, *The Lisbon Treaty*.

⁸²² Praesidium, «Anteproyecto de Tratado Constitucional CONV 369/02» (Bruselas, 2002), <http://european-convention.europa.eu/docs/sessplen/00369.es2.pdf>.

instituciones mantendrán entre si una cooperación leal”⁸²³. Un aspecto lingüístico interesante, en relación con la propuesta realizada, tiene que ver con las distintas traducciones que se hicieron de la misma en relación con los términos de cooperación leal. Si bien la propuesta inicial fue presentada en francés para lo cual se utilizó la expresión “[...] *Les institutions pratiquent entre elles une coopération loyale*”, muy parecida a la traducción que de ella se hizo al italiano (*cooperazione leale*) o alemán (*loyal zusammen*), la traducción oficial del documento en inglés utilizó la expresión: “[...] *The institutions shall practice full mutual cooperation*”⁸²⁴. El asunto aquí es sí dicha traducción, la cual se mantuvo en el texto finalmente aprobado, significa lo mismo o tal vez algo más que calificar la forma de cooperación que se prescribe para las instituciones, máxime cuando en el idioma inglés existe el término “loyal” que se correspondería plenamente con el utilizado en la versión francesa original. En este sentido, consideramos que habría razones para pensar que los adjetivos “full”⁸²⁵ and “mutual”⁸²⁶ proponían una forma más fuerte y precisa de cooperación.

Dejando de lado el asunto lingüístico y como era de esperarse, durante el desarrollo de la Convención, hubo propuestas de todo tipo frente a la última frase del párrafo señalado. Desde proposiciones de enmienda que sugerían eliminarlo por la falta de claridad, pasando por las que proponían precisar que dicha colaboración debía ser de carácter administrativo, llegando incluso a proponerse un nuevo párrafo que hiciera mención de los principios de la “buena administración” los cuales debían ser supervisados por un ombudsman⁸²⁷. A pesar de ello, el texto del mencionado párrafo tercero fue aprobado finalmente de acuerdo con su versión original, el cual quedó compilado en el artículo 18 del “Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa” que finalmente fue remitido al Consejo de Europa el 18 de julio de 2003 por parte de la Convención Europea⁸²⁸.

⁸²³ Praesidium, «Proyecto de artículos para el título IV de la parte I de la Constitución CONV 691/03» (Bruselas, 2003), <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/es/03/cv00/cv00691.es03.pdf>.

⁸²⁴ Praesidium, «Draft articles for Title IV of Part I of the Constitution CONV 691/03» (Bruselas, 2003), 3, <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/en/03/cv00/cv00691.en03.pdf>.

⁸²⁵ Containing or holding as much or as many as possible <https://en.oxforddictionaries.com/definition/full>
⁸²⁶ (of a feeling or action) experienced or done by each of two or more parties towards the other or others <https://en.oxforddictionaries.com/definition/mutual>

⁸²⁷ Secretaría, «Ficha de análisis de las propuestas de enmiendas CONV 709/03» (Bruselas, 2003), 5, <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/es/03/cv00/cv00709.es03.pdf>.

⁸²⁸ Convención Europea, «proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa CONV 850/03» (Bruselas, 2003), 15, <http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/cv00850.es03.pdf>.

Una vez dicho proyecto fue aprobado por consenso por parte la Conferencia Intergubernamental de 2003-2004, el tratado fue firmado en Roma el 29 de octubre de 2004. En su versión final, dicho tratado disponía de lo siguiente en relación con la cooperación entre instituciones:

Art. I-19. [...] 2. Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confiere la Constitución, con arreglo a los procedimientos y condiciones establecidos en la misma. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal⁸²⁹.

Finalmente, como es bien conocido, tras los resultados de los referendos en Francia y Holanda en 2005, el proyecto de constitución fue suspendido. A estos resultados le siguió el “periodo de reflexión”, en los términos del Consejo Europeo⁸³⁰, que se mantuvo hasta el primer semestre de 2007. A partir de allí y bajo la presidencia Alemana del Consejo, comenzó un nuevo proceso de reforma de los tratados de la Unión, que tenía como finalidad principal el rescatar algunos de los aspectos esenciales a los que se había llegado con la construcción del proyecto de constitución, tal y como se explicitó en el reporte de la presidencia al Consejo Europeo en junio de 2007⁸³¹. Tras una larga ronda de negociaciones bilaterales protagonizadas por la cancillería alemana, el Consejo propuso un mandato altamente detallado para que fuera implementado por la Conferencia Intergubernamental que se convocaría para ese mismo año y así conservar algunos de los aspectos que se consideraban sustanciales del fallido proyecto constitucional.

Para nuestros efectos, es importante destacar que el mencionado mandato dispuso mantener las disposiciones referentes a las instituciones que fueron aprobadas por la Conferencia Intergubernamental de 2004, es decir, las que constaban en el proyecto de constitución⁸³². Así, el principio de cooperación leal entre instituciones que se ubicaba en el artículo Art. I-19 debía hacer parte de la reforma de los tratados de la Unión. Efectivamente, en el proyecto de tratado redactado por la Secretaría del Consejo y que se presentó a la Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados

⁸²⁹ Para dar continuidad al aspecto lingüístico, es de anotar que la versión en inglés de dicho tratado en lo pertinente se refiere a “*sincere cooperation*”, cambio que no fue posible rastrear entre la versión aprobada por la Convención y la firmada en Roma. «Tratado por el que se establece una constitución para Europa», Diario Oficial de la Unión Europea § (2004), https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_es.pdf.

⁸³⁰ Consejo de Europa, «Declaración de los Jefes de Gobierno de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la ratificación del Tratado que Establece una Constitución para Europa» (Bruselas, s. f.).

⁸³¹ Presidencia del Consejo, «Reporte desde la Presidencia al Consejo Europeo: Procurando el proceso de reforma de los tratados», s. f.

⁸³² European Council, «Presidency Conclusions of the Brussels European Council», s. f., 18.

Miembros el 5 de octubre de 2007, consta dentro de la propuesta que se hace del artículo 9º del TUE un párrafo segundo donde se dispone que “[l]as instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal”⁸³³.

El proyecto de reforma de los tratados fue finalmente discutido en el encuentro de Ministros de Relaciones Exteriores del 15 de octubre de 2007 ya bajo la presidencia portuguesa del Consejo, publicándose luego con el acuerdo político alcanzado el día 31 del mismo mes. Este texto sería el que se conocería luego como el Tratado de Lisboa, el cual sería firmado en diciembre de 2007 y que no entraría en vigor sino hasta diciembre de 2009, tras un complejo e individualizado proceso de ratificación por parte de cada uno de los Estados miembros que en su gran mayoría reusaron esta vez recurrir a procedimientos de refrendación popular⁸³⁴.

En relación con el principio de cooperación, éste quedaría finalmente incluido en virtud del Tratado de Lisboa dentro del re-denominado Tratado de la Unión Europea, conocido por las siglas TUE, en el nuevo artículo 13, párrafo 2º, con el siguiente contenido:

Art. 13(2). Cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Las instituciones mantendrán entre sí una cooperación leal.

Como puede evidenciarse, su tenor corresponde idénticamente con el aprobado en la Convención Europea de 2003 y al texto del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa de 2004. En nuestro criterio, ello constituye una muestra del consenso que existía en torno a la necesidad de recoger y consagrar la existencia de dicho principio, que como se ha sostenido, ya venía siendo parte del Derecho de la Unión por vía jurisprudencial y que, por su relevancia y conveniencia, debía ahora explicitarse dentro de los Tratados fundamentales de la Unión.

Sobre el carácter “constitucional” del Tratado de Lisboa, está claro que, si bien formalmente no lo es al no incluirse consciente ni expresamente dicho término en el Tratado, tal y como se advirtió anteriormente en este escrito, para el momento de su

⁸³³ Conferencia de los Representantes de los Gobierno de los Estados Miembros de la UE, «Proyecto de Tratado por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea», 2007, 11.

⁸³⁴ A excepción de Irlanda, al respecto véase: Berman, «From Laeken to Lisbon: The Origins and Negotiation of the Lisbon Treaty», 29 y ss.

aprobación existió una fuerte posición que seguía reconociendo en él su esencia o función constitucional en relación con la creación de la nueva estructura institucional de la Unión Europea⁸³⁵. En este sentido, resultan reveladoras las declaraciones del expresidente de la Convención Europea, Valéry Giscard, quien para ese entonces reconocía públicamente que la única diferencia entre lo aprobado en la Convención y en Lisboa, no radicaba en su contenido, sino en el orden de lo dispuesto⁸³⁶. Sin embargo, también se sostuvo por algunos que no solo el Tratado de Lisboa desconoce expresamente su naturaleza constitucional, sino que fue precisamente esa pretensión una de las responsables del fracaso de adopción de una constitución para Europa⁸³⁷. Hasta el día de hoy la discusión sigue abierta.

3.3.b.c. El mandato de cooperación leal durante y después de su consagración por el Tratado de Lisboa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

Durante la aprobación del Tratado de Lisboa, el desarrollo del principio de cooperación leal mantuvo su evolución en sede jurisdiccional, no solo en su dimensión de Estados miembros- instituciones sino entre estas últimas. Frente a la primera de ellas, es decir, a la cooperación entre instituciones de la Unión y los Estados miembros, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido la posición de exigirla con total determinación, incluso en aspectos tan sensibles como los de política exterior. Tal vez la sentencia más relevante al respecto sea la decidida el 20 de abril de 2010 por parte de la Gran Sala en el asunto C-246/07. En este caso, la Comisión solicitaba que se declarara que el Reino de Suecia había incumplido el principio de cooperación leal dispuesto en el artículo 10 del TUE, entre otros, al haber propuesto unilateralmente que se añadiera una sustancia, a uno de los anexos del Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes, en contravía de la estrategia previamente definida para dicho asunto por parte de la Comisión.

⁸³⁵ En este sentido se pronuncia Paul Craig, para quién es “natural” denominar al Tratado de Lisboa como constitucional, en tanto redefine la “arquitectura institucional” de la Unión Europea Craig, *The Lisbon Treaty*, 25.

⁸³⁶ «Giscard: EU Treaty is the constitution rewritten - Telegraph», *The Telegraph*, 29 de octubre de 2007, <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1567804/Giscard-EU-Treaty-is-the-constitution-rewritten.html>.

⁸³⁷ Piriis, *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, 326.

Al resolver el asunto, el Tribunal mantuvo su línea de garantizar el deber de cooperación leal entre Estados miembros y las instituciones de la Unión señalando, para el caso, que la adopción de una decisión por la que se autoriza a la Comisión a negociar un acuerdo multilateral en nombre de la Comunidad marca el comienzo de una acción comunitaria concertada en el plano internacional. Ello, en palabras del Tribunal, supone para los Estados miembros:

[S]i no un deber de abstenerse, cuando menos una obligación de estrecha cooperación entre éstos y las instituciones comunitarias de modo que se facilite el cumplimiento de la misión de la Comunidad y se garantice la unidad y la coherencia de la acción y de la representación internacional de ésta⁸³⁸ (parr. 75).

Por lo tanto, el Tribunal declara que con la propuesta realizada por Suecia se han incumplido las obligaciones que la cooperación leal le impone al comprometer el principio de unidad en la representación internacional de la Unión y de sus Estados miembros y debilitar su poder de negociación frente a las otras partes. Por consiguiente, procede a estimar el recurso de la Comisión. De esta sentencia destaca, como se dijo, la forma en que el Tribunal exige la cooperación leal entre el Estado y la Unión en materia de política exterior afirmando que esta es requerida para el cumplimiento de la misión de la Unión. En este mismo sentido lo advierte Cremona cuando al comentar esta decisión señala que de ella se desprende el que “el principio de cooperación leal no es un fin en sí mismo, sino que está dirigido a lograr los fines de la Unión”⁸³⁹.

Ya en relación con el principio de cooperación leal entre las mismas instituciones de la Unión, es indudable que, tras su consagración en el Tratado de Lisboa, su invocación por las partes dentro de los litigios presentados ante el Tribunal de Justicia se ha incrementado significativamente⁸⁴⁰. Dos ejemplos de ello lo suponen las sentencias de los asuntos C-

⁸³⁸ Sentencia de 20 de abril de 2010, Comisión/Suecia, C-246/07, EU:C:2010:426, apartado 75.

⁸³⁹ Marise Cremona, «C-246/07 CASE LAW», *Common market law review* 48, n.º 5 (2011): 1652.

⁸⁴⁰ Marise Cremona, *Structural Principles in EU External Relations Law*. (Oxford: Bloomsbury Publishing PLC, 2018), 24.

114/12⁸⁴¹ y C-660/13⁸⁴², en los cuales, la Comisión para el primero y el Consejo para el segundo, en su calidad de demandantes, formularon como argumento en sus recursos al principio de cooperación leal establecido en el novedoso artículo 13(2) del TUE. Si bien en ambas sentencias, el Tribunal de Justicia, no tuvo ocasión de pronunciarse sobre dicho cargo, al considerar que en ambos casos había tenido lugar una vulneración del principio de atribución de competencias y de equilibrio institucional, es de resaltar como las partes hicieron uso del mencionado principio para disputar la decisión adoptada por otra institución de la Unión.

Sin embargo, la creciente invocación de este no se ha quedado allí, sino que ha permitido que, en casos más recientes, el Tribunal deba abordar expresamente el alcance de dicho principio y utilizarlo como criterio para evaluar el comportamiento de las instituciones de la Unión. La primera de esta reciente línea de sentencias, la constituye la decidida por la Gran Sala del Tribunal el 12 de febrero de 2015 sobre el asunto C-48/14 que enfrentó al Parlamento contra el Consejo. Sobre los fundamentos del recurso, el Parlamento Europeo solicitaba que se anulara la Directiva 2013/51/Euratom expedida por el Consejo el 22 de octubre de 2013 y por la que se establecieron requisitos para la protección sanitaria de la población con respecto a las sustancias radiactivas en las aguas destinadas al consumo humano. Para ello, el Parlamento alegó tres motivos, el primero se basó en la elección errónea de la base jurídica sobre la que se funda la Directiva impugnada; el segundo, en la violación del principio de seguridad jurídica, y el tercero y último, en la violación del principio de cooperación leal entre las instituciones, enunciado en el artículo 13(2) del TUE.

⁸⁴¹ En este asunto, la Comisión Europea solicitaba la anulación de la Decisión del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 19 de diciembre de 2011, relativa a la participación de la Unión Europea y de sus Estados miembros en las negociaciones de un Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de los derechos de los organismos de radiodifusión. Finalmente, el Tribunal decidió anular la decisión adoptada por el Consejo por considerar que esta se refería a un aspecto que era competencia exclusiva de la Unión y no del éste ni de los Estados miembros. Sentencia del 4 de septiembre de 2014, Comisión/Consejo, C-114/12, EU:C:2014:114.

⁸⁴² En este asunto, el Consejo solicitaba la anulación de una decisión adoptada por la Comisión relativa a una adenda de un memorando de Acuerdo en el que se decidía una contribución económica de la Confederación Suiza a la Unión. En concepto del Consejo, la Comisión había excedido sus competencias al adoptar una decisión que vinculaba los intereses y representación de la Unión. Por tanto, el primero de los cargos formulados se basa en la violación del principio de atribución de competencia formulado y del principio de equilibrio institucional. El segundo motivo se fundamenta en la vulneración del principio de cooperación leal consagrado en esa misma disposición, a saber, el artículo 13 TUE. El Tribunal termina anulando la decisión de la Comisión por considerar que requería autorización previa del Consejo y al no obtenerla violó el principio de atribución de competencias y el principio de equilibrio institucional. Sentencia del 28 de julio de 2016, Consejo/Comisión, C-660/13, EU:C:2016:660.

Sobre este último argumento, el Parlamento sostuvo que la obligación de cooperación leal exigía que antes de expedir la nueva directiva habría sido necesario derogar primero la Directiva 98/83 tomando como base el artículo 192 TFUE, y siguiendo el procedimiento legislativo ordinario. Ello, para el Parlamento, habría permitido que todas las instituciones interesadas se pronunciaran sobre la cuestión de si era jurídicamente correcto y políticamente oportuno extraer de la Directiva 98/83 las disposiciones relativas a la contaminación radiactiva de las aguas destinadas al consumo humano, para transformarlas en objeto de un acto autónomo. Sobre este cargo, el Tribunal comenzó reconociendo la existencia del deber cooperación leal que le asiste a las instituciones de la Unión en virtud del artículo 13, apartado 2 del TUE. Sin embargo, a renglón seguido señaló que:

Con todo, esta cooperación leal debe ejercerse respetando los límites de las facultades que los Tratados confieren a cada institución. La obligación dimanante del artículo 13 TUE, apartado 2, no tiene, pues, entidad suficiente para modificar esas facultades.⁸⁴³ (párr. 58)

Ya entrando al asunto de marras, considera el Tribunal que el hecho que, para adoptar la Directiva impugnada, el Parlamento sólo haya sido consultado, en vez de intervenir como colegislador con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, obedece únicamente a la opción elegida por los autores de los Tratados y no constituye una violación del principio de cooperación leal. Por último, señala el Tribunal que tampoco cabe acoger la alegación del Parlamento según la cual, antes de adoptarse la Directiva impugnada, debería haberse derogado parcialmente la Directiva 98/83 tomando como base el artículo 192 TFUE y con arreglo a las disposiciones del Tratado FUE relativas al procedimiento legislativo ordinario. Ello, en tanto:

[L]a tesis del Parlamento equivale a admitir que el ejercicio por parte del Consejo de las facultades que le confieren los artículos 30 EA y 31 EA puede quedar supeditado al acuerdo previo del Parlamento, pese a que esas disposiciones sólo reconocen al Parlamento una función consultiva. Ahora bien, como se ha señalado en el apartado 58 de la presente sentencia, las facultades que los artículos 30 EA y 31 EA otorgan al Parlamento y al Consejo no pueden limitarse ni ampliarse en virtud del principio de cooperación leal.⁸⁴⁴ (párr. 62)

⁸⁴³ Sentencia de 12 de febrero de 2015, Parlamento/Consejo, C-48/14, EU:C:2015:48, apartado 58.

⁸⁴⁴ Sentencia de 12 de febrero de 2015, Parlamento/Consejo, apartado 62.

En conclusión, termina el Tribunal desestimando no solo el cargo de vulneración del principio de cooperación leal, sino todos los demás, por lo que afirma la validez de la mencionada directiva adoptada por el Consejo Europeo. De esta sentencia pueden destacarse dos aspectos fundamentales. Por un lado, el reconocimiento expreso que se hace del deber de cooperación leal ahora con fundamento en los tratados de la Unión. En segundo lugar, se adopta por el Tribunal una posición conservadora del principio de cooperación al señalar que éste no puede implicar la modificación de las facultades que otorgan los Tratados. Con ello, pareciera que el principio de cooperación leal operara a partir del cumplimiento del de atribución de competencia, es decir, en afirmar si se tiene o no competencia para hacer algo y no sobre la forma en que dichas competencias se llevan a cabo.

Una segunda sentencia en esta línea, la constituye la dictada el 14 de abril de 2015 por parte de la Gran Sala del Tribunal en el asunto 409/13. Los hechos del caso se refieren a que el Consejo solicitó la anulación de la decisión de la Comisión del 8 de mayo de 2013 por la que esta última retiró su propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecían las disposiciones generales de la ayuda macrofinanciera a terceros países. Para ello, el Consejo propuso tres motivos en apoyo de su recurso. El primero, se basó en una violación del principio de atribución de competencias formulado en el artículo 13 TUE, apartado 2, y del principio de equilibrio institucional. La argumentación del Consejo en este punto fue que al retirar la propuesta de Reglamento-marco mediante la decisión impugnada, la Comisión sobrepasó los límites de las competencias que le atribuyen los Tratados. Al hacerlo, la Comisión perjudicó el equilibrio institucional, pues los Tratados no le confieren la facultad de retirar una propuesta legislativa en unas circunstancias como las del presente asunto. El segundo motivo de recurso se fundamentó en una violación del principio de cooperación leal formulado en el artículo 13 TUE, apartado 2. Finalmente, el tercero, se refirió al incumplimiento de la obligación de motivación establecida en el artículo 296 TFUE, párrafo segundo.

Sobre el primero de los cargos, sostuvo el Tribunal que la facultad de retirar sus propuestas se encuentra fundamentada en la iniciativa exclusiva que para ciertos asuntos tiene la Comisión. Así, la facultad de presentar una propuesta de Reglamento lleva ínsita

la potestad de retirarla. Sin embargo, dicha potestad no es ilimitada, por lo que a renglón seguido advierte el Tribunal:

75 La facultad de la Comisión de retirar sus propuestas, [...] no puede sin embargo conferir a esta institución un derecho de veto en el desarrollo del proceso legislativo, que sería contrario a los principios de atribución de competencias y de equilibrio institucional.

76 Por consiguiente, si tras haber presentado una propuesta en el marco del procedimiento legislativo ordinario la Comisión decide retirarla, debe exponer al Parlamento y al Consejo los motivos de esa retirada, motivos que, en caso de desacuerdo, deben estar respaldados por hechos convincentes. [...]

83 En efecto, procede reconocer que, cuando una enmienda proyectada por el Parlamento y el Consejo desnaturaliza la propuesta de acto legislativo en un sentido contrario a la realización de los objetivos que ésta persigue y la priva, por tanto, de su razón de ser, la Comisión tiene derecho a retirarla. Sin embargo, sólo puede hacerlo tras haber tomado debidamente en consideración, dentro del espíritu de cooperación leal que, según el artículo 13 TUE, apartado 2, debe presidir las relaciones entre instituciones de la Unión en el marco del procedimiento legislativo ordinario (véase, en este sentido, la sentencia Parlamento/Consejo, C 65/93, EU:C:1995:91, apartado 23), las preocupaciones del Parlamento y del Consejo que explican la voluntad de éstos de enmendar esa propuesta.⁸⁴⁵

Hechas estas consideraciones, pasa ahora el Tribunal a evaluar la actuación de las instituciones para el caso particular, partiendo de los criterios establecidos. Para ello, constata el Tribunal que la propuesta del Parlamento y del Consejo de hacer que el trámite de ayuda financiera se tuviera que tramitar por el procedimiento legislativo ordinario era capaz de desnaturalizar la propuesta inicial debido a las demoras y dificultades de coordinación que ello implicaría. De allí que el Tribunal concluya que la decisión de la Comisión de retirar la propuesta de Reglamento- marco, habida cuenta de tales consideraciones, no violó el principio de atribución de competencias ni tampoco el principio de equilibrio institucional, consagrados en el artículo 13 TUE, apartado 2.

Pasa a continuación el Tribunal a evaluar si la retirada de su propuesta decidida por la Comisión se produjo de un modo que respetaba el principio de cooperación leal. A este respecto, constata el Tribunal que la Comisión no retiró la propuesta de Reglamento marco hasta que resultó indudable que el Consejo y el Parlamento proyectaban modificar su propuesta en un sentido contrario a los objetivos que esta última perseguía. Además, en contra de lo alegado por varios Estados miembros coadyuvantes, la Comisión, lejos de rechazar toda discusión sobre el procedimiento de concesión de las ayudas

⁸⁴⁵ Sentencia de 14 de abril de 2015, Consejo/Comisión, C-409/13, EU:C:2015:406.

macrofinancieras, intentó alcanzar una solución destinada a tomar en consideración la preocupación expresada por el Parlamento y el Consejo, al tiempo que preservaba los objetivos perseguidos por la propuesta de Reglamento- marco en materia de ayudas financieras. Por consiguiente, considera el Tribunal que carece de fundamento la alegación basada en la extemporaneidad con la que la Comisión anunció su intención de retirar su propuesta de Reglamento marco. En este punto sobre el principio de cooperación leal, señala expresamente el Tribunal que:

[...] No cabe considerar que la Comisión violara el principio de cooperación leal ni al abstenerse de recurrir a su facultad de solicitar una votación del Consejo sobre esta propuesta, conforme a lo dispuesto en los artículos 3, apartado 2, y 11, apartado 1, del Reglamento interno del Consejo, ni al adoptar la decisión impugnada el mismo día en que, según se alega, el Parlamento y el Consejo estaban a punto de formalizar su acuerdo sobre dicha propuesta.⁸⁴⁶ (párr. 106)

En consecuencia, procede el Tribunal a desestimar por infundados los tres motivos invocados por el Consejo en apoyo del recurso. De lo expuesto, corresponde destacar tres aspectos relevantes para este escrito. En primer lugar, el Tribunal reconoce que el principio de cooperación leal trasciende la mera discusión sobre las competencias de una institución para proceder a evaluar la forma en la que estas se ejercen. Ello se evidencia cuando el Tribunal procede a evaluar la conducta de la Comisión para el caso tras constatar la potestad que le asiste de retirar una propuesta de Reglamento. Con ello retoma la posición adoptada en la reseñada sentencia de 1995.

En segundo lugar y siguiendo el razonamiento anterior destaca como el Tribunal desprende del principio de cooperación leal el deber de tomar en consideración, de deliberar, de negociar y de intentar llegar a acuerdos con las demás instituciones sobre la forma en la que la Comisión ejerce sus competencias y, en caso de ello no ser posible, explicitar suficientemente la razones al respecto. Lo anterior, lo constata directamente el Tribunal de las actas, memorias y documentos preparatorios en los que trata de identificar la lealtad o no con la que actúa la institución. En tercer lugar, es de destacar como el Tribunal ejerce un control no solo formal de la conducta de las partes al proceder a analizar si las razones aducidas por una institución para adoptar una decisión tienen suficiente sustento material y que ello no dependa de la mera percepción subjetiva de la institución actuante. Para el caso, si era o no cierto que con la propuesta del Parlamento

⁸⁴⁶ Sentencia de 14 de abril de 2015, Consejo/Comisión, apartado 106.

y del Consejo se desnaturalizaba la propuesta inicial de la Comisión. Con ello, se asume un control objetivo por parte del tribunal de la lealtad con la que actúa una institución particular y las justificaciones dadas para ello.

La tercera y última sentencia conocida en esta línea, la constituye la adoptada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia el 6 de octubre de 2015 en el asunto que enfrentó nuevamente al Consejo de la Unión y la Comisión. En este, mediante su recurso, el Consejo solicitó que se anulara la decisión de la Comisión del 29 de noviembre de 2013, de presentar «observaciones escritas de la Comisión Europea en nombre de la Unión Europea» ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el asunto nº 21. Para ello, el Consejo invocó dos motivos en apoyo de su recurso. El primero, se basó en la violación del principio de atribución de competencias y del principio de equilibrio institucional. El segundo, en la vulneración del principio de cooperación leal.

Sobre el segundo motivo, el Consejo, con el apoyo de algunos Estados coadyuvantes alegó que la Comisión vulneró en el presente caso el principio de cooperación leal por dos actuaciones. La primera al no haber presentado, en contra de lo requerido por el artículo 218.9 TFUE, una propuesta de decisión en la que se expusiera la posición que debía adoptarse en nombre de la Unión ante el Tribunal Internacional, lo que impidió que el Consejo pudiera aprobar dicha decisión. La segunda, el que la Comisión se limitó a enviar al Consejo, exclusivamente a efectos informativos, sucesivos documentos preparatorios, significativamente menos detallados que las observaciones escritas finalmente dirigidas al Tribunal, cuando las delegaciones de los Estados miembros en el Consejo hubieran deseado contar con un proyecto de texto completo que les permitiera, en particular, preparar sus propias observaciones con pleno conocimiento de la posición de la Unión prevista en el presente caso.

Frente a estos cargos, en concepto del Tribunal de Justicia, la formulación del contenido de las observaciones escritas presentadas al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, en nombre de la Unión y en el asunto nº 21 era competencia de la Comisión por lo que ello no supuso violación al principio de atribución de competencia o de equilibrio institucional por lo que descarta el primero de los motivos invocados. Frente al segundo aspecto, a saber, el de cooperación leal, señala el Tribunal que en virtud de este se impone a la Comisión la obligación de consultar previamente al Consejo, cuando se proponga

expresar posiciones en nombre de la Unión ante un tribunal internacional. Al verificar el cumplimiento de ello, encuentra el Tribunal que:

87 En el presente caso, la Comisión cumplió efectivamente con esta obligación. Como resulta de los datos expuestos en los apartados 28 a 32 de la presente sentencia, la presentación por la Comisión al TIDM de las observaciones escritas, en nombre de la Unión, en el asunto nº 21 vino precedida de la comunicación por la misma institución al Consejo de un documento de trabajo de 22 de octubre de 2013, que fue revisado en diferentes ocasiones, hasta el 26 de noviembre de 2013, para tener en cuenta las consideraciones manifestadas en el seno de los grupos FISH y COMAR. Por lo tanto, el Consejo incurre en error al afirmar que la Comisión no dio muestras de cooperación leal en la elaboración del contenido de las observaciones escritas.

88 Por último, procede señalar que, sin que hayan refutado este punto el Consejo o los Estados miembros coadyuvantes, la Comisión ha indicado que la posición neutra manifestada en las mencionadas observaciones escritas sobre la competencia del TIDM para emitir la opinión consultiva solicitada en este caso se debía a su propósito de tener en cuenta, por un afán de lealtad, las opiniones divergentes manifestadas por los Estados miembros en el seno del Consejo sobre esta cuestión.⁸⁴⁷

En consecuencia, procede el Tribunal de Justicia a desestimar el recurso en su totalidad y a condenar en costas al Consejo. De lo expuesto, corresponden destacar dos puntos. El primero, el Tribunal encuentra cumplidos los deberes que se derivan de la cooperación leal de las interacciones que tuvieron la Comisión y el Consejo, las cuales se caracterizaron por la comunicación y trabajo conjunto. El segundo punto, la lealtad implica ser receptivo y tener en consideración las posiciones expuestas sobre un asunto a decidirse. Así, para el caso, al ser estas divergentes, se deberá adoptar una decisión que hubiera dado cabida a todas ellas en la mayor medida posible.

Del recuento jurisprudencial antes hecho, es posible identificar algunas reglas jurisprudenciales en torno al contenido y alcance que de ellas ha hecho el Tribunal de Justicia en torno al principio de cooperación leal. Al respecto podríamos comenzar afirmando que debido a su consagración expresa en el Tratado de Lisboa, la invocación y litigiosidad en torno a dicho principio está y seguirá en aumento ante el Tribunal Europeo⁸⁴⁸. En cuanto a su contenido y teniendo en cuenta que su construcción se

⁸⁴⁷ Sentencia del 6 de octubre de 2015, Consejo/Comisión, C-203/14, EU:C:2015:203, apartados 87-88.

⁸⁴⁸ Al respecto afirma Hillion que “las instituciones más políticas de la Unión han comenzado a invocar el deber de cooperación inter-institucional en sus litigios, en especial tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, junto con el tradicional principio de equilibrio institucional. Incluso, el Consejo, quién pocas veces actúa como demandante ante la Corte, ha recurrido en varias oportunidades a invocar el deber de

encuentra aún en una fase embrionaria, puede afirmarse que éste trasciende al principio de equilibrio y al de atribución de competencia, suponiendo con ello que, en virtud de éste, el Tribunal pueda evaluar materialmente el comportamiento de las instituciones de la Unión y derivar de ello si se actuó de forma leal tanto con sus pares institucionales como con los fines de la Unión. Por lo tanto, compartimos con Hillion la apreciación de que en este punto es cuestión de tiempo y de las debidas circunstancias para que el Tribunal pueda encontrar que una institución ha quebrantado el principio de leal cooperación según lo establece el artículo 13(2) del TUE⁸⁴⁹. En ese caso, el principal aspecto a destacar será determinar qué tipo de vulneración será base suficiente para anular y con qué efectos el acto demandado.

3.3.b.d. Las perspectivas del mandato de cooperación leal interinstitucional en la Unión Europea

A partir de estos desarrollos normativos y jurisprudenciales en torno al principio de cooperación leal entre las instituciones, reconocidos doctrinantes ha comenzado a proponer algunas perspectivas sobre el rol que podría desempeñar este principio en el desarrollo futuro de la Unión Europea. Una primera propuesta es la realizada por Marcus Klamert en su obra sobre el principio de lealtad en el derecho de la Unión Europea⁸⁵⁰. A partir de reconocer lo sub-analizado y sub-teorizado de este principio, para nuestros afectos, el autor reconoce la relevancia que tiene la nueva formulación del artículo 13(2) del TUE para el principio de cooperación leal en el sistema jurídico de la Unión Europea. Al respecto, afirma que con este nuevo apartado se especifica la aplicación horizontal de los deberes de lealtad, es decir, ya no solo entre los Estados y la Unión, sino también a la cooperación interinstitucional⁸⁵¹. En este sentido, Klamert hace un especial énfasis en el tipo de cooperación que se exige entre las instituciones, por lo que propone denominar a estos deberes como de “lealtad institucional”⁸⁵². Sin embargo, al analizar la naturaleza de dicha lealtad, el autor sostiene que ésta se encuentra incorporada en el principio de

cooperación leal en casos contra la Comisión”. Hillion, «Conferral, cooperation, balance in EU external action», 135.

⁸⁴⁹ Hillion, 138.

⁸⁵⁰ Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*.

⁸⁵¹ Klamert.

⁸⁵² Klamert.

equilibrio institucional y que los conflictos que se susciten sobre dicho principio deben resolverse exclusivamente en dicha lógica⁸⁵³.

Un paso más adelante en este sentido lo da la profesora Marise Cremona en su último trabajo⁸⁵⁴. En éste, la profesora propone que el deber de leal cooperación entre las instituciones de la Unión debe considerarse, a partir de su consagración en el TUE, no solo como un principio independiente del de equilibrio, sino también como uno de los principios estructurales de la Unión Europea. Para desarrollar esta propuesta, Cremona parte de definir lo que entiende por principios. Para ello afirma que estos son normas jurídicas, que tienen funciones legales y que su quebrantamiento podría implicar la ilegalidad de la decisión resultante. Sin embargo, siguiendo a Alexy⁸⁵⁵, sostiene que estos deben distinguirse de las reglas, las cuales son normas jurídicas más precisas y que deben ajustar su contenido al de los principios. En este sentido, los principios no están diseñados para dar una solución definitiva a cada caso, por lo que están abiertos a ajustes y reinterpretaciones en el tiempo y ante el cambio de las circunstancias⁸⁵⁶. Por su parte, con el adjetivo de estructurales, la autora hace referencia a un subconjunto de principios que definen y son inherentes a la estructura profunda de la Unión Europea⁸⁵⁷. En este sentido, afirma que los principios, en tanto estructurales, están relacionados con el proceso de adopción de las decisiones políticas más que con el contenido de estas, por lo que debe distinguirse de los principios dirigidos a objetivos particulares como lo serían los consagrados en el artículo 21.1 del TUE. Estos principios estructurales se dirigen, entonces, “a proteger el espacio político de las instituciones, al igual que de servir de parámetros para enjuiciar los conflictos que surjan entre las instituciones de la Unión”⁸⁵⁸.

Hechas estas precisiones, Cremona identifica cuatro ejes relacionales que están gobernados principios estructurales. Uno de dichos ejes corresponde a las relaciones inter- institucionales dentro de la Unión Europea. Dentro de éste, los principios identificados son los de asignación de poderes⁸⁵⁹, cooperación leal y transparencia, los

⁸⁵³ Klamert.

⁸⁵⁴ Cremona, *Structural Principles in EU External Relations Law*.

⁸⁵⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2012), 64, (Trad. Carlos Bernal Pulido).

⁸⁵⁶ Cremona, *Structural Principles in EU External Relations Law.*, 14.

⁸⁵⁷ Cremona, 15.

⁸⁵⁸ Cremona, 16.

⁸⁵⁹ “en el contexto institucional, la asignación de poderes está asociada con el equilibrio institucional, reconociendo las diferentes funciones que cada institución y la importancia de la forma en que esos poderes

cuales encuentran fundamento en el contenido del artículo 13(2) del TUE. En cuando el principio de cooperación leal se parte de reconocer que, como se ha explicado ya en este capítulo, “el Tratado de Lisboa introduce por primera vez una referencia explícita al deber de cooperación aplicado ahora a las instituciones, a pesar de que el tribunal ya había interpretado que el deber general de cooperación también le aplicaba a estas”⁸⁶⁰.

Sobre el alcance del principio, señala que la cooperación leal está siendo cada vez más incluida en los litigios entre instituciones y que, como se evidenció antes en este escrito, el Tribunal está comenzando a dotarlo de contenido. Así, si bien el balance institucional aplica para la asignación de roles institucionales en los tratados, la cooperación leal opera para las instituciones cuando actúan dentro de sus respectivas esferas de competencias⁸⁶¹. Así, la cooperación leal expresa la idea de que cada institución debe respetar y permitir la completa expresión de los poderes de las demás instituciones. En este sentido, afirma Cremona expresamente que:

[El principio de cooperación leal] no es solo un asunto de respetar el equilibrio institucional y las prerrogativas de las otras instituciones. También significa que las instituciones en sus mutuas relaciones deben buscar maximizar el grado en que cada una de ellas puede cumplir con sus funciones en el sistema de la Unión Europea. Cada institución tiene una autonomía, la cual es representada por su rol particular, pero esa autonomía no debe ser ejercida a expensas de la autonomía de las demás instituciones. Aquí, tal vez, podamos ver el significado del mutualismo y del sentido en el cual la mutua cooperación es necesaria para preservar o lograr el equilibrio institucional⁸⁶².

En este sentido, continúa la autora recordando que la mutua y leal cooperación requiere un entendimiento, no solo de los poderes formales de cada institución sino también de los propósitos de esas competencias. Es decir, conocer que función está desempeñando y el rol que ello juega en un proceso o en un contexto procedimental específico. Por lo tanto, concluye afirmando que el principio estructural de cooperación leal interinstitucional “debe contribuir no solo a la interpretación del alcance de los poderes de las instituciones, sino particularmente al modo en que estos son ejercidos”⁸⁶³.

interactúan y afectan entre ellos. Por lo tanto, las instituciones tiene roles y prerrogativas que ellas deben procurar y defender” Cremona, 23.

⁸⁶⁰ Cremona, 24.

⁸⁶¹ Cremona, 24.

⁸⁶² Cremona, 25.

⁸⁶³ Cremona, 25.

Una segunda propuesta en clave de perspectiva sobre el principio en cuestión la encontramos en David Yuratich quién dando un paso más allá, afirma que dicho principio, antes que el de equilibrio institucional, podría resultar más fecundo y fructífero para dar fundamento y cabida a lecturas normativas de tipo republicano que tiendan a reivindicar un sistema democrático más robusto y de mejor calidad dentro del funcionamiento de la Unión Europea. El contexto del que parte el autor es el de la conocida crisis de la eurozona y la respuesta que a ella se ha dado por parte de las instituciones de la Unión. En esta perspectiva, está claro que en materia económica se ha dejado de lado el Método Comunitario para ser reemplazado por el inter- gubernamentalismo, prevaleciendo el rol de los gobiernos nacionales, e incluso de la Comisión y del Consejo de Europeo en desmedro del rol de Parlamento Europeo. Estos hechos han suscitado importantes preguntas sobre el compromiso de la Unión con los principios democráticos y representativos dispuestos en el artículo 10 del TUE y, con ello, por el correcto equilibrio que debe mantenerse entre las instituciones de la Unión, en especial, por el rol que debe desempeñar el Parlamento Europeo como única institución directamente representativa en estos asuntos.

En este contexto, existen voces que antes de proponer grandes reformas a la institucionalidad tienden a ofrecer una lectura de los Tratados que reivindique el rol del Parlamento Europeo y, al hacerlo, fortalecer la representatividad y legitimidad de la Unión Europea al incentivar el diálogo constructivo entre las instituciones de la Unión. Al respecto el autor señala que estas propuestas de carácter republicano⁸⁶⁴ se distinguen de las teorías liberales que enfatizan la libertad como no interferencia y buscan limitar el gobierno a través de la protección de derechos individuales, mientras que el republicanismo hace un mayor énfasis normativo en la representación democrática y en la deliberación. En este sentido, afirma el autor que “la libertad republicana supone que los ciudadanos son libres en la medida en que no experimenten interferencias arbitrarias o no deliberadas”⁸⁶⁵.

⁸⁶⁴ Sobre el concepto de republicanismo véase de forma ilustrativa: Martin van Gelderen y Quentin Skinner, *Republicanism : a shared european heritage. Volume I, Republicanism and constitutionalism in early modern Europe* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002); Philip Pettit, *Republicanism : a theory of freedom and government* (Oxford: Oxford University Press, 2002); Richard Bellamy, *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).

⁸⁶⁵ David Yuratich, «Article 13(2) TEU: Institutional Balance, Sincere Co-Operation, and Non-Denomination during Lawmaking», *German Law Journal* 18 (2017): 107.

Para Yuratich, una solución posible al problema de la limitada autodeterminación se obtiene a través del diseño institucional. Las instituciones con competencias para crear normas deben estar diseñadas de forma representativa en su constitución y proveer un aparato para un inclusivo y efectivo razonamiento público, tratando a los ciudadanos con igual relevancia y respeto. Así, a través de un proceso de deliberación representativa que incluya argumentos y contra-argumentos públicos y basados en la razón, hará aflorar premisas comunes que se ganarán la preferencia de la mayoría sin su arbitraria imposición a la minoría disidente⁸⁶⁶. Para justificar estas lecturas republicanas de lo que debiera ser el funcionamiento de la Unión, sus defensores se han remitido al contenido del artículo 13(2) del TUE. Al hacerlo, autores como Paul Craig, han identificado al principio de equilibrio institucional como aquel que podría prescribir un diálogo equilibrado entre las instituciones de la Unión, dirigido a lograr el bien común y a reivindicar el lugar que a estos efectos debe desempeñar el Parlamento Europeo⁸⁶⁷.

Sin embargo, frente al uso de este recurso, Yuratich encuentra serios reparos. En primer lugar, a la luz de la literalidad que soporta dicho principio, a saber, “cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados [...]”. El autor identifica que éste guarda una relación más clara con la noción liberal de no-interferencia, en particular, de la defensa de las competencias que le son propias a cada institución en virtud de los tratados y con el fin evitar usurpaciones de estas. En segundo lugar, de los casos en los que el Tribunal ha hecho uso del principio de equilibrio institucional existe poca similitud con el republicanismo, en tanto, éste se ha utilizado para delinear las fronteras en las que cada institución de la Unión debe actuar antes que para describir el tipo de relacionamiento que debe existir entre estas. Por lo tanto, Yuratich propone que un mejor sustento legal para la propuesta republicana aparece cuando el artículo 13(2) del TUE es leído de forma completa e incluye a la cláusula de cooperación leal, y, por tanto, esta puede ser “más conducente y eficaz para promover un diálogo en los términos republicanos.”⁸⁶⁸

⁸⁶⁶ Yuratich, 107.

⁸⁶⁷ Paul P. Craig, «Democracy and Rule-making Within the EC: An Empirical and Normative Assessment», *European Law Journal* 3, n.º 2 (1 de junio de 1997): 105-30, <https://doi.org/10.1111/1468-0386.00023>.

⁸⁶⁸ Yuratich, «Article 13(2) TEU: Institutional Balance, Sincere Co-Operation, and Non-Denomination during Lawmaking», 109.

En este punto, es donde el autor aborda el principio de cooperación leal previsto en el segundo enunciado del artículo 13(2) del TUE. Al hacerlo afirma, de un lado, que del contenido del principio, “la cooperación leal entre instituciones constituye un vehículo más directo para moldear un diálogo constructivo entre las instituciones que el de equilibrio institucional”⁸⁶⁹. Así, éste último se refiere a las garantías que tienen las instituciones frente a la protección de sus competencias, mientras que la cooperación leal establece como estos poderes deben ser utilizados. Por otro lado, señala que la lectura que se ha hecho de este principio en los casos fallados por el Tribunal Europeo respalda la idea de que éste protege a una institución de ser dominada por otra durante el proceso de toma de decisión. Para ello se basa en lo dispuesto en las sentencias de los asuntos C-65/93 y C-409/13, ya referidas en este apartado, para afirmar que, de lo considerado y decidido por el Tribunal, la cooperación leal requiere de un diálogo que a la vez de constructivo esté protagonizado por la no dominación de una institución por otra. De allí que el autor concluya que:

[E]l principio de cooperación leal requiere que las instituciones interactúen de una forma que reduzcan su habilidad para dominar a las demás, incentivando un entendimiento de que la democracia europea que suponga la necesidad de incluir las tres instituciones tanto como sea posible en el proceso de decisión y, con ello, promover una concepción republicana del funcionamiento institucional de la Unión Europea que redunde en su legitimidad.⁸⁷⁰

Con estas dos últimas propuestas, se deja de lado la posición inicial que sostenía que la lealtad institucional se encontraba subsumida en el principio de equilibrio institucional dentro de la Unión Europea y que no supone un alcance adicional al mismo⁸⁷¹. Así, ante las propuestas de considerar el mandato de cooperación leal entre las instituciones de la Unión, contenido en el artículo 13(2) del TUE, como un principio estructural autónomo del de equilibrio y como un posible catalizador para matizar el déficit democrático y mejorar el funcionamiento inter-orgánico de la misma Unión Europea, queda servido el escenario de lo que será el devenir del principio de cooperación leal, el cual parece, cuando menos, retador pero promisorio.

⁸⁶⁹ Yuratic, 122.

⁸⁷⁰ Yuratic, 123.

⁸⁷¹ Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*.

4. LAS INTERPRETACIONES DEL MANDATO DE COLABORACIÓN ARMÓNICA TRAS SU INCORPORACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991

*¿Cómo es posible que los órganos del Estado colaboren armónicamente si sus funciones están separadas?,
¿Cuál es el alcance de la separación funcional de los órganos?,
¿Puede lograrse la colaboración armónica mediante la sola separación funcional?*

Corte Constitucional, Sentencia C-983A/04⁸⁷²

Tras el panorama presentado de las cláusulas de colaboración en el constitucionalismo comparado, nos corresponde ahora volver nuestra atención al sistema constitucional colombiano. Una vez rastreado el origen de la cláusula de colaboración contenida en el artículo 113 de la Constitución colombiana y su contexto en el derecho comparado, el presente capítulo se propone indagar por la interpretación que se ha hecho de dicha disposición constitucional desde su consagración en 1991. Lo anterior tiene como propósito arrojar nuevas luces que puedan derivarse de la aplicación de los criterios hermenéuticos que recurren a la doctrina, el desarrollo legislativo y la interpretación judicial en la adscripción de significado de la mencionada norma constitucional, de cara la propuesta interpretativa que se hará en el capítulo siguiente.

Con esta finalidad en mente, el presente capítulo se estructura en tres apartados. En el primero de ellos, se hace una interpretación comprensiva del mencionado artículo 113 a la luz de la doctrina constitucional. Para ello, nos centraremos en dos propósitos principales, por un lado, en definir a los destinatarios directos de los mandatos contenidos en dicha norma constitucional y, por otro, en exponer y sistematizar algunas de las interpretaciones que de la cláusula de colaboración se han hecho desde la doctrina colombiana especializada. En el segundo apartado, se indaga por la interpretación que el

⁸⁷² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-983A/04 (2004).

legislador colombiano ha hecho sobre el particular. Con este propósito, se identificarán, sistematizarán y contextualizarán las leyes que explícitamente han desarrollado el mandato constitucional de colaboración armónica para indagar en ellas por la forma y el significado que se le ha atribuido a dicho mandato por parte del Congreso, como uno de los intérpretes autorizados para ello.

Finalmente, en el tercer apartado, se abordará la interpretación que en sede judicial se ha hecho del mandato de colaboración. Para ello se tomará como objeto de análisis la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, quien a la luz de la Constitución de 1991 se le confía la guarda de su integridad y supremacía. Para ello se partirá de la interpretación comprensiva que la Corte Constitucional ha hecho del artículo 113 superior, para luego centrarnos en el mandato de colaboración armónica. En este último aspecto se busca identificar como la Corte, a lo largo de su jurisprudencia, se ha referido al significado, naturaleza y forma en que se manifiesta la colaboración armónica. Allí, se expondrán las distintas posiciones sostenidas por el tribunal en relación con los mecanismos constitucionales y legales que materializan, en su criterio, el mandato de colaboración. Por último, se expondrá cuatro grupos de casos en los que la Corte Constitucional ha hecho un desarrollo sistemático del concepto de colaboración armónica, a saber, los casos que incluyen órdenes de exhorto, en los que se declara un Estado de Cosas Inconstitucional, los relativos a la transición hacia la paz y, más recientemente, en el que se resuelve sobre el cargo expreso de vulneración al mandato de colaboración.

4.1.La colaboración armónica en la doctrina constitucional

El contenido del artículo 113 de la Constitución colombiana de 1991 condensa bien la discusión actual sobre los principios estructurantes de los Estados contemporáneos. Así, en el primer inciso, se conserva la clásica tri-división propuesta originalmente por Montesquieu. Para ello, se utiliza el denominador de “ramas del poder público” y se mencionan a la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Sobre el denominador, tal y como se expuso en el capítulo segundo, este tiene un claro origen anglosajón y se mantiene el que constaba en la Constitución colombiana desde la reforma de 1945. Sobre el contenido de dicho inciso, es claro que con el mismo se reivindican los postulados de *división del poder*

y de *separación entre poderes*, que como hemos sostenido, hacen parte del principio que se identifica con el mismo nombre. El primero de estos postulados, recapitulando, reivindica el carácter instrumental del poder asignándole diferentes tipos de funciones a la institucionalidad estatal. El segundo, se erige contra la idea de la coincidencia absoluta del poder en una persona, grupo o institución y defiende la necesidad de dispersarlo entre diferentes componentes como estrategia de control al ejercicio del mismo. Así, el artículo constitucional comienza comulgando con la necesidad de separar el poder en distintos componentes y, a renglón seguido, identifica a los tres primeros atendiendo a los roles que desempeñan en el funcionamiento del Estado.

En este punto, debe advertirse que la Constitución de 1991 conserva la forma de gobierno presidencialista que traía la de 1886. Ello se prueba con el cumplimiento de los tres criterios diferenciadores de esta forma de gobierno que se expusieron en el capítulo segundo de esta disertación⁸⁷³, a saber, la elección popular directa del jefe de Estado, en este caso, por un periodo de cuatro años⁸⁷⁴; la imposibilidad de destitución del gobierno por voto del Congreso por razones exclusivamente políticas⁸⁷⁵; y que el presidente es quién encabeza el gobierno y nombra de forma directa a los Ministros y directores de Departamentos Administrativos⁸⁷⁶. En consecuencia, no cabe duda que, siguiendo el diseño institucional elegido por la constituyente de 1991, el Estado colombiano se estructura al menos como un sistema presidencialista, a partir de una lectura estricta del postulado de *separación entre poderes*. En cuanto a los efectos que dicho sistema ha

⁸⁷³ Sartori, *Ingeniería constitucional comparada : una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, 97-99; Lijphart, *Patterns of democracy : government forms and performance in thirty-six countries*, 106 y ss.

⁸⁷⁴ Así lo disponen expresamente los artículos 190 y 260 de la Constitución. Constitución Política de Colombia.

⁸⁷⁵ Si bien al igual que en la mayoría de los sistemas presidencialistas el Congreso de Colombia puede remover excepcionalmente al presidente de la República a través del denominado antejuicio político, conocido en el derecho comparado como “*impeachment*”, dicha posibilidad de remoción no responde a razones exclusivamente políticas, sino por “delitos cometidos en ejercicio de sus funciones”, “indignidad por mala conducta” y/o “causas constitucionales” como lo señalan los artículos 175.2 y 178 constitucionales. Constitución Política de Colombia; Jorge Ernesto Roa y Vera Karam de Chueiri, eds., *Derechos políticos y garantías judiciales en procesos de impeachments : subsidiariedad y deferencia en el SIDH*, 1° (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 48.

⁸⁷⁶ Así lo disponen los artículos 115 y 189.1 constitucionales. Constitución Política de Colombia.

generado y de si puede llegar a considerarse como una forma viciada a la manera de un “hiper”⁸⁷⁷ o “ultra”⁸⁷⁸ presidencialismo, la discusión en Colombia sigue abierta⁸⁷⁹.

Continuando con el contenido de la norma constitucional, se afirma que cada una de las mencionadas ramas del poder público están integradas por órganos. Con esto último, se retoma la antigua metáfora organicista del Estado que fue reivindicada por el constitucionalismo social del siglo XX y que se adoptó con la reforma constitucional de 1936 de forma fugaz. A raíz de la reivindicación de dicha metáfora, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que la Constitución de 1991 adopta la “Teoría de los órganos constitucionales”⁸⁸⁰. Para la Corte, esta teoría tiene origen en la doctrina constitucional ítalo- española⁸⁸¹ y considera que la misma Constitución ha definido unos órganos a los que les ha confiado, expresamente, las principales competencias del orden constitucional. A partir de ello, se deriva el que dichos órganos disfruten, por un lado, de un especial *status* a consecuencia de la privilegiada posición que ocupan en el vértice de la estructura estatal y, por otro, de paridad entre ellos⁸⁸². Para el sistema constitucional colombiano, sostiene la Corte que:

[E]l Congreso de la República, el Presidente de la República, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación son órganos constitucionales en el sentido en que los configura la doctrina atrás reseñada, por cuanto han sido establecidos por la misma Constitución que directamente determina los más relevantes aspectos de su estatuto jurídico, al proveer sobre su conformación, sus miembros y las competencias principales que a ellos atañen⁸⁸³

⁸⁷⁷ Nino, *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*.

⁸⁷⁸ Raúl Velásquez Gavilanes y Ana Gómez Rojas, «Definición y factores del ‘ultrapresidencialismo’: hacia la construcción de un problema de política pública», *Desafíos* 22, n.º 2 (2010).

⁸⁷⁹ Javier Revelo Rebolledo y Mauricio García Villegas, *Mayorías sin democracia: Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia* (Bogotá: Dejusticia, 2009).

⁸⁸⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-373/16 (2016).

⁸⁸¹ Para exponer la tesis, la Corte cita la obra de doctrinantes italianos como Santi Romano, Chelli, Biscaretti de Ruffia, Mazzioti y de la doctrina española a García Pelayo y a Gómez Montoro. Corte Constitucional de Colombia.

⁸⁸² Sobre el atributo de la paridad entre órganos dispone la Corte que “uno de los atributos característicos de los órganos constitucionales es la paridad, que implica una idéntica legitimidad jurídica, independiente del origen de cada órgano y de su proyección en el ámbito propiamente político, igualdad de situaciones fundada en el derecho positivo y que excluye el criterio de jerarquía entre los referidos órganos”. En la misma línea argumentativa, Tomkins sostiene que la paridad es la consecuencia más relevante que se deriva del principio de separación de poderes. Véase: Corte Constitucional de Colombia; Adam Tomkins, *Public law* (Oxford: Oxford University Press, 2003).

⁸⁸³ Sobre la relación entre paridad y controles inter- orgánicos dispone la Corte que “Tratándose de las tres clásicas ramas del poder público y de sus respectivos órganos constitucionales, desde la perspectiva del control recíproco, también llamado inter-órganos según la terminología de Loewenstein, interesa precisar que los sujetos llamados a adelantar la función controladora son, justamente, los órganos constitucionales,

En consecuencia, los mencionados órganos constitucionales se integrarán a cada una de las tres ramas atendiendo a los roles estatales asignados. Así, la rama encargada de legislar se compondrá principalmente por el Congreso; la rama encargada de ejecutar por el Presidente; y la rama encargada de juzgar, por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación. En este sentido, cada uno de estos órganos tendrá una cláusula general de competencia respecto de la función básica que cumple la rama a la que pertenece, cláusula que se establece “con el fin de evitar vacíos que entorpezcan la eficacia del Estado”⁸⁸⁴. Sin embargo, debe advertirse que dicha composición no es ni exclusiva ni excluyente ya que, como bien se advierte en la Constitución y en virtud del modelo flexible de la separación de poderes que allí se adopta, es posible que otros órganos concurren para el desarrollo de las funciones constitucionales propias de las ramas, como se expondrá más adelante⁸⁸⁵. En este caso, atendiendo a que el criterio utilizado para la identificación de las ramas del poder es el funcional, dichos órganos pertenecerán excepcionalmente y en razón a las funciones compartidas a alguna otra rama. Un ejemplo claro de ello es la existencia de controles inter- orgánicos, propios de la doctrina de *frenos y contrapesos*.

Continuando con el análisis del artículo 113 constitucional encontramos que en el inciso segundo se reconoce la existencia de otros órganos destinados al cumplimiento de funciones adicionales a las tres ya enunciadas. Como pudo constatarse en el capítulo segundo de este escrito, dicho fenómeno es previo a la Constitución de 1991 y se debió a la existencia de entidades y de roles que no encajaban en las tres funciones tradicionales, asunto que llegó a reconocer tanto la doctrina como la misma Corte Suprema de Justicia, actuando como juez constitucional en ese entonces⁸⁸⁶. Consciente de ello, la Asamblea

pues la predicada reciprocidad del control no tolera que, por ejemplo, un órgano inferior o alguno que no cuente con el status propio de los órganos constitucionales se inmiscuya en el cumplimiento de competencias importantes para el desarrollo de un control que comprometa a órganos cuyas relaciones estén signadas por el atributo de la paridad concerniente a cada uno de ellos”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-373/16.

⁸⁸⁴ Tulio Elí Chinchilla, *Constitución política de Colombia comentada*, Título V (Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1996), 32.

⁸⁸⁵ Al respecto señala Cepeda que “Según el artículo 113 de la Constitución no tenemos cinco ramas, sino cinco funciones diferentes” Manuel Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo* (Bogotá: Imprenta Nacional, 1993), 120.

⁸⁸⁶ Durante la última década de la vigencia de la Constitución de 1886, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, actuando como tribunal constitucional, había ya reconocido expresamente la autonomía funcional y administrativa del Ministerio Público, la Contraloría y la organización electoral a pesar de que la misma constitución solo reconocía expresamente la existencia de las tres ramas clásicas del poder público. Al respecto véase: Gaceta Judicial Tomo CLXXIX, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena,

Nacional Constituyente se dispuso a corregir dicha situación y, tras una amplia deliberación, optó por admitir la existencia de órganos mas no de ramas adicionales que cumplieran funciones distintas a la legislativa, ejecutiva y judicial. Dichas organizaciones, siguiendo el texto constitucional tendrán los atributos de ser autónomas e independientes. En palabras del profesor Jorge Enrique Ibáñez, quién fuera el inspirador de dicho diseño:

A partir del artículo 113 de la Constitución Política, se conserva la tradicional distribución del poder público en órganos que se agrupan en tres ramas, pero se crean otras, con el nombre de “organizaciones”, también integradas por una pluralidad de órganos ya existentes para el ejercicio de otras funciones a cargo del Estado, y se reubican otros órganos estatales para el cumplimiento de otras funciones, los cuales, por ser únicos, no se agrupan en las ramas ni en las organizaciones⁸⁸⁷

En desarrollo de dicha disposición, en los artículos subsiguientes, la misma Constitución señala que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República “son órganos de control”, así como que la organización electoral que está conformada, de acuerdo con el artículo 120 superior, “[...] por el Consejo Nacional Electoral y por la Registraduría Nacional del Estado Civil”. En este punto coincidimos con Ibáñez⁸⁸⁸ y con Chinchilla cuando afirman que “[e]l verdadero salto hacia adelante en este punto, respecto del artículo 55 de la anterior codificación constitucional, consiste en darle rango de norma fundamental a tales “nuevas” funciones y a sus titulares y, sobre todo, el dotarlos de la independencia y autonomía de que gozan las ramas tradicionales, aunque no se les llame ramas sino órganos”⁸⁸⁹.

Además de los órganos de control y electorales, sobre los que existe consenso de ser ejemplos de esos otros “autónomos e independientes” que enuncia el artículo 113 superior existe una importante discusión sobre si otras instituciones que enuncia la Constitución pueden considerarse como tales. Este sería el caso de la Comisión Nacional del Servicio

Sentencia del 23 de agosto (1984); Gaceta Judicial Tomo CLXXXIII, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 28 de febrero (1985); Gaceta Judicial Tomo CXCIV, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 10 de marzo (1988).

⁸⁸⁷ Jorge Enrique Ibáñez Najar, *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, 2º (Bogotá: Legis, 2007), 90.

⁸⁸⁸ De forma más elocuente sostiene Ibáñez que “En esto consistió el avance del constitucionalismo colombiano y su aporte al derecho público universal: en romper de una vez por todas la vieja, caduca y obsoleta estructura tripartita del poder que venía del siglo XVIII, para prever en la Constitución de 1991 otros órganos autónomos, con funciones separadas, pero que también colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado”. Ibáñez Najar, 99.

⁸⁸⁹ Chinchilla, *Constitución política de Colombia comentada*, 20.

Civil⁸⁹⁰ responsable de la administración y vigilancia de la carrera administrativa de los servidores públicos; el Banco de la República que ejerce las funciones de Banca Central⁸⁹¹; las Corporaciones Autónomas Regionales⁸⁹² encargadas de administrar el medio ambiente y los recursos naturales; y los Entes Universitarios Autónomos⁸⁹³, que como su nombre lo indica, son entidades públicas que prestan el servicio de educación superior.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que estas cuatro instituciones constituyen, también, órganos autónomos e independientes en los términos del artículo 113 superior. En este punto, ha dispuesto el alto tribunal que, el artículo 113 de la Carta contempló la estructura básica para el ejercicio del poder público, ya no fundada en la existencia exclusiva de las tres tradicionales "ramas", sino sobre el supuesto que, además de ellas y sin hacer parte de ninguna, fueron creados otros órganos estatales, autónomos e independientes, estatuidos para el cumplimiento de funciones que no se confían al legislador, ni al Ejecutivo, ni a los jueces pero que son igualmente vitales para alcanzar los fines de la organización política. Así, “[e]ntre tales órganos se encuentra, con su mismo nivel e importancia, y de ninguna manera como un apéndice del Gobierno, la Comisión Nacional del Servicio Civil, que es la entidad responsable, según las voces del artículo 130 de la Constitución, de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, salvo las que, como la judicial, tengan carácter especial”⁸⁹⁴. En cuanto al Banco de la República, ha dispuesto de forma pacífica la Corte Constitucional que, “a partir de las formulaciones constitucionales adoptadas en 1991, es órgano autónomo de aquellos que corresponde a los enunciados en el artículo 113 de la Carta y cuyas funciones y características institucionales y jurídicas, así como los objetivos y funciones de la Junta Directiva, en cuanto autoridad monetaria, se definen, primordialmente, en los artículos 371, 372 y 373 constitucionales”⁸⁹⁵.

Con relación a las Corporaciones Autónomas Regionales- CAR ha señalado la Corte que “[e]stán definidas en la Constitución Política de 1991 como organismos autónomos

⁸⁹⁰ Artículo 130. Constitución Política de Colombia.

⁸⁹¹ Artículo 371-373. Constitución Política de Colombia.

⁸⁹² Artículo 150.7. Constitución Política de Colombia.

⁸⁹³ Artículo 69. Constitución Política de Colombia.

⁸⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-372/99 (1999).

⁸⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-827/01 (2001).

encargados de la protección del medio ambiente en su jurisdicción. Las CAR tienen una naturaleza jurídica especial, *sui generis*⁸⁹⁶ y no encajan en ninguna de las categorías de entidades del sector central o descentralizado por servicios, ni tampoco comportan la naturaleza de una entidad territorial, pues el ámbito de ejercicio de sus competencias es de carácter regional, y está asociado con ecosistemas o cuencas específicas. Por tal motivo, son consideradas entidades *sui generis*⁸⁹⁷. Finalmente, frente a las universidades públicas, ha dicho esa corporación que “[c]orresponden a la categoría de qué trata el artículo 113 de la C.P., esto es, son órganos del Estado autónomos e independientes, que por su naturaleza y funciones no pueden integrarse a ninguna de las ramas del poder público”⁸⁹⁸.

A pesar del carácter vinculante y reiterado de la jurisprudencia constitucional en este punto, un sector de la doctrina discrepa de dicha clasificación. Así, el profesor Libardo Rodríguez considera que esta posición de la Corte va en contravía de elementales principios de organización, racionalidad y coherencia de la estructura del poder público, pues sostiene que varias de las funciones desarrolladas por estos órganos pueden englobarse como funciones administrativas propias de una visión ampliada del rol que desempeña la rama ejecutiva en los Estados contemporáneos⁸⁹⁹. Por su parte, el profesor Jaime Vidal sostiene que este debe ser un asunto que se defina legal y no jurisprudencialmente debido a las implicaciones administrativas que de ello se deriva⁹⁰⁰.

En relación con la mencionada controversia, nos inclinamos en defender la posición asumida por la Corte Constitucional, al considerar como órganos autónomos e independientes a las cuatro instituciones antes mencionadas atendiendo a varias razones. En primer lugar y como se sostuvo en el primer capítulo del presente escrito, con el aumento de la complejidad social, el Estado contemporáneo ha debido asumir nuevas funciones y servicios a su cargo⁹⁰¹. Ejemplos de ellos son los desarrollados por las

⁸⁹⁶ Nilson Pinilla Pinilla, «Autonomía territorial y ambiente. Naturaleza jurídica de las Corporaciones Autónomas Regionales», en *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional*, ed. Liliana Estupinán Achury y José Antonio Cepeda Amarís (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013), 312.
⁸⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-127/18 (2018).

⁸⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-053/98 (1998).

⁸⁹⁹ Libardo Rodríguez R., *Estructura del poder público en Colombia*, 15° (Bogotá: Temis, 2017), 150.

⁹⁰⁰ Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, 14° (Bogotá: Legis, 2016), 67.

⁹⁰¹ Al respecto afirma Tushnet que “[l]a experiencia ha llevado a muchos diseñadores de Constituciones a concluir que la estructura tripartita ya no es adecuada para el complejo Estado contemporáneo”. Mark Tushnet, «The new “bolivarian” Constitutions: a textual analysis», en *Comparative constitutional law in Latin America*, ed. Dixon; Rosalind y Ginsburg; Tom (Northampton: Elgar, 2017), 144.

instituciones mencionadas, por lo que su estructura deberá igualmente adaptarse a los nuevos roles asumidos en aquellos casos en que requieran de autonomía e independencia frente a las ramas tradicionales⁹⁰². En segundo lugar, con este planteamiento la estructura institucional colombiana se pone a tono con la tendencia comparada más innovadora al respecto, en la que los Estados del sur global⁹⁰³, antes que los del norte⁹⁰⁴, han comenzado a diseñar e instituir nuevas entidades públicas que respondan a los novedosos retos y revalúan las versiones anacrónicas de la clásica separación de poderes, adaptándola a sus realidades y contextos. En tercer lugar, los argumentos aducidos por los doctrinantes parecen fundamentarse más en un criterio conservador y nostálgico de la clásica tri-división de poderes más que en razones de fondo. El que el constituyente haya previsto la existencia de nuevos órganos autónomos que cumplan funciones diferentes a las tradicionales, no significa que estemos ante una estructura incoherente ni irracional, sino que, por el contrario, estamos ante un modelo constitucional que pretende estar acorde con las necesidades y expectativas sociales. Este razonamiento tiene además lugar cuando el constituyente en la redacción del artículo 113 superior optó por un modelo de *numerus apertus* sobre estos otros órganos autónomos e independientes.

Igualmente, en la jurisprudencia constitucional existe un interrogante aún sin respuesta y es si los “otros órganos autónomos e independientes” del inciso segundo del artículo 113 superior son, en estricto sentido, “órganos constitucionales” a la luz de la teoría antes descrita. A pesar de la evidente coincidencia en los denominadores, la Corte Constitucional ha señalado que “la simple mención en la Constitución no determina el estatus que viene dado”⁹⁰⁵. Además de ello, es necesaria la directa configuración constitucional que comprende datos tales como la composición del respectivo órgano, los métodos de designación de sus miembros, su posición institucional y su sistema de

⁹⁰² Al respecto afirma Alterio desde el contexto latinoamericano que “[l]os Estados se han complejizado, hay otras fuentes de poder además de las tres ramas clásicas y la doctrina ha evolucionado mucho, acompañando los cambios en las constituciones, sus fines y medios, y adaptándose a las necesidades del contexto”. Ana Micaela Alterio, «La Suprema Corte de Justicia Mexicana en la transformación social», en *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, ed. Roberto Niembro y Sergio Verdugo (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2019), 474.

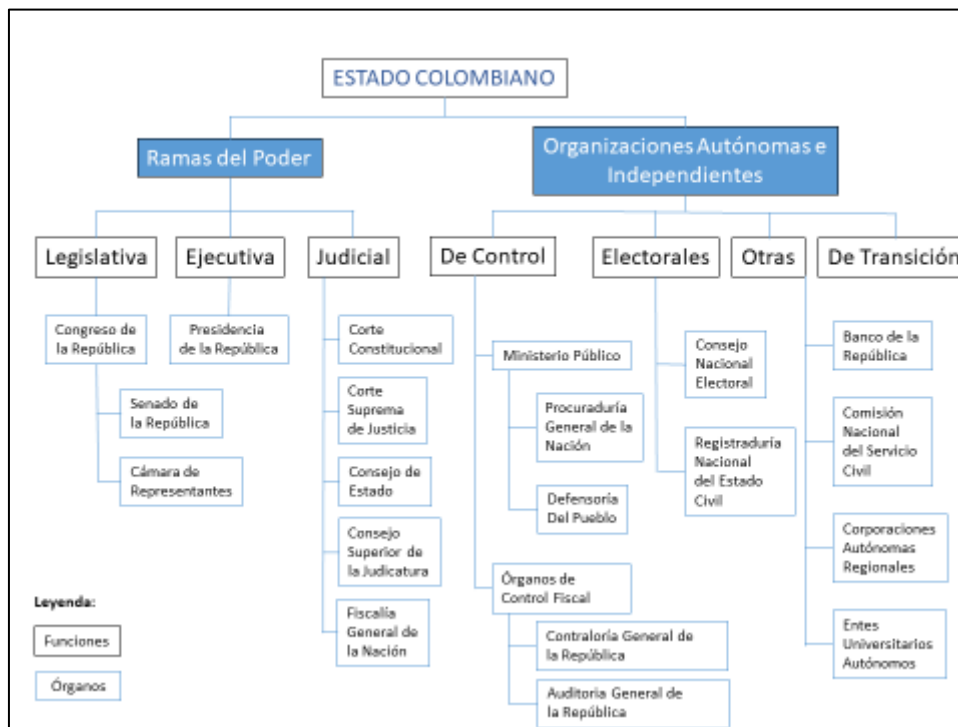
⁹⁰³ David Landau, «Report on IACL Roundtable on the “New” Separation of Powers | UK Constitutional Law Association» (Johannesburgo, 2015), <https://ukconstitutionallaw.org/2015/06/16/david-landau-report-on-iacl-roundtable-on-the-new-separation-of-powers/>.

⁹⁰⁴ Tushnet, *Advanced introduction to comparative constitutional law*, 108.

⁹⁰⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-373/16.

competencias. A pesar de que la Corte aún no ha abordado el tema⁹⁰⁶, consideramos que en razón a que la autonomía e independencia de estos órganos son las que ameritan su consagración constitucional, debe considerarse suficiente para que adquieran la calidad y los atributos correspondientes a órganos constitucionales, ello a la luz de la doctrina defendida por el alto tribunal. En este orden de ideas, en la Ilustración 1 se presenta un esquema de la estructura constitucional del Estado colombiano a la luz de la interpretación propuesta del inciso primero del artículo 113 superior.

Ilustración 5: Estructura constitucional del Estado colombiano



Fuente: Elaboración propia

Dando continuidad con el análisis del artículo constitucional, encontramos finalmente el tercer y último inciso. Este inicia reiterando la vigencia de los postulados ya mencionados de *división del poder* y de *separación entre poderes*, al disponer que los órganos, tanto los que componen las ramas del poder público como los demás autónomos e independientes tienen funciones separadas. Sin embargo, inmediatamente condiciona dicha separación señalando que ellos colaboran armónicamente para la realización de sus fines. Para ello, se recurre a la misma fórmula sintáctica utilizada desde la reforma de

⁹⁰⁶ La Corte es consciente de ello, por lo cual ha dispuesto expresamente que: “[E]n esta oportunidad no le corresponde a esta Corporación entrar a definir si los órganos que el artículo 113 superior califica como autónomos e independientes son susceptibles de adscripción en la categoría de los órganos constitucionales”. Corte Constitucional de Colombia.

1936, es decir, recurriendo a la conjunción adversarial *pero*. En este caso, como se explicó en el capítulo segundo de esta disertación, se utiliza dicha conjunción para oponerse a la idea inferida de la no colaboración derivada del carácter separado de las funciones de los órganos. Es decir, el deber de colaboración armónica entre los órganos para el cumplimiento de sus fines, a pesar de su separación funcional.

En relación con el objeto de la colaboración, el texto del artículo 113 tiene una diferencia con el que traía el artículo 55 de la Constitución de 1886. Esta diferencia radica en que en este último se disponía que la colaboración armónica tenía lugar para “la realización de los fines del Estado”, mientras que, en la redacción actual, esta tiene lugar para el cumplimiento de sus fines, es decir, los fines de los órganos. Tal y como se planteó en el capítulo segundo de este escrito, recurriendo al criterio histórico, es posible sostener que cuando el artículo hace mención a los fines de los órganos, estos son “esencialmente los mismos del Estado”⁹⁰⁷, por lo que no habría diferencia sustancial, en este punto, con el texto que traía el artículo 55 preconstitucional⁹⁰⁸. Finalmente, sobre el alcance del imperativo de colaboración armónica es claro que a partir de un criterio histórico⁹⁰⁹ y sistemático de la disposición constitucional esta se predica no solo de las ramas del poder público, como en la disposición anterior, sino de los “diferentes órganos del Estado”, incluyendo los “autónomos e independientes” de que habla el inciso segundo del artículo 113⁹¹⁰. En ambos asuntos, como se mostrará más adelante, coincide la jurisprudencia constitucional.

Tras la expedición de la Constitución de 1991 hasta nuestros días, ha sido limitado el interés que ha generado en la doctrina colombiana la interpretación del artículo 113 constitucional, en particular, el mandato de colaboración armónica allí incluido. Al respecto, lo primero que pudo constatarse es la inexistencia de textos monográficos publicados que abordaran el artículo 113 Constitucional y/o la colaboración armónica en el sistema constitucional colombiano. Ya pasando a obras doctrinales más amplias en su objeto de estudio como manuales o tratados, se puede afirmar que la gran generalidad de

⁹⁰⁷ Plenaria- Asamblea Nacional Constituyente, «Transcripción de sesión del 17 de junio de 1991» (Bogotá, 1991).

⁹⁰⁸ En este punto coincide la jurisprudencia constitucional como se presentará más adelante en este capítulo.

⁹⁰⁹ Comisión Tercera- Asamblea Nacional Constituyente, «Transcripción de sesión del 15 de mayo de 1991».

⁹¹⁰ En esta interpretación coincide la doctrina especializada, a manera de ejemplo véase: Ibáñez Najar, *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, 100.

tratadistas colombianos, al hacer referencia a los fundamentos de la estructura del Estado, suelen hacer referencia al artículo 113 constitucional para señalar que con él se consagra en Colombia el canónico principio de separación de poderes. Al hacerlo, es usual que para ello se haga una breve referencia al origen liberal del mencionado principio y a los autores más representativos. Este es el caso de las obras de los profesores Jaime Orlando Santofimio⁹¹¹, Diego Younes⁹¹², Carlos Rodolfo Ortega⁹¹³, Camilo Vázquez⁹¹⁴, entre otros. Un segundo grupo de tratadistas dan un paso más pues además de reseñar lo anterior, advierten la existencia del mandato de la colaboración armónica, aunque no procedan a abordarlo o definirlo. En este grupo podemos incluir las obras de los profesores Manuel Fernando Quinche⁹¹⁵, Vladimiro Naranjo⁹¹⁶, Luis Carlos Sáchica⁹¹⁷, y Gaspar Caballero y Marcela Anzola⁹¹⁸.

Finalmente, encontramos un reducido grupo de juristas colombianos que ha intentado abordar el significado y/o el alcance del mandato de colaboración armónica incluido en el artículo 113 Constitucional así sea de forma somera y dentro de obras con objetos de análisis más amplios y comprensivos. Dentro de este grupo es posible identificar dos perspectivas o disciplinas de estudio, a saber, desde el derecho constitucional y desde el derecho administrativo. En la primera de ellas encontramos inicialmente los planteamientos que el profesor Tulio Elí Chinchilla hace sobre el artículo 113 en una obra colectiva que presenta una versión comentada de la Constitución colombiana. Sobre el mandato de colaboración armónica, lo primero que debe advertirse es que el jurista lo denomina como “principio”, señalando a continuación que este “constituye un necesario complemento de la división de poderes en el marco de un Estado contemporáneo”⁹¹⁹.

⁹¹¹ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 192.

⁹¹² Diego Younes Moreno, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5° (Bogotá: Gustavo Ibañez, 2004), 274.

⁹¹³ Carlos Rodolfo Ortega Montero, *Derecho constitucional colombiano*, 3° (Bogotá: Ibañez, 2012), 109.

⁹¹⁴ Camilo Velásquez Turbay, *Derecho constitucional*, 3° (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004), 119.

⁹¹⁵ Quinche Ramírez Manuel Fernando, *Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*, 405.

⁹¹⁶ Vladimiro Naranjo Mesa, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 7° (Editorial Temis, 1997), 250.

⁹¹⁷ Luis Carlos Sáchica, *Nuevo Constitucionalismo colombiano*, 12° (Bogotá: Temis, 1996), 190.

⁹¹⁸ Gaspar Caballero Sierra y Marcela Anzola Gil, *Teoría constitucional* (Bogotá: Temis, 1995), 205-9.

⁹¹⁹ Chinchilla, *Constitución política de Colombia comentada*, 20.

Dicho principio, considera el autor, se vincula a tres propósitos: a) asegurar que, a pesar de la separación de las funciones estatales en diferentes órganos, se mantenga la unidad de las instituciones en torno al logro de los grandes fines y metas del Estado; b) acomodar la separación de poderes al Estado social de derecho – proclamado en el artículo 1º-, en cuanto exige niveles de eficacia en la gestión pública para la realización de los derechos sociales, económicos y culturales; y c) intensificar la acción de los controles interorgánicos encargados de llevarla a cabo mancomunadamente, de tal manera que al colaborar entre sí, se establezcan frenos y contrapesos que inhiban la extralimitación y la arbitrariedad⁹²⁰.

Posteriormente, Chinchilla sostiene que el principio de colaboración armónica, al tiempo que entraña una reinterpretación del viejo principio liberal de separación de poderes, viene a corregir la inverosímil separación absoluta y rígida dogmatizada por las teorías del siglo XVIII. Para ejemplificar este punto, se remite a la exigencia de una sociedad industrial, en el marco de un Estado Social y, de la mano de las reflexiones de García Pelayo, afirma que en ellas es inevitable la acentuación del principio de colaboración aun con mengua del postulado de la separación⁹²¹. Por consiguiente, concluye el autor que:

El otro gran principio contenido en el artículo 113 – y que es retomado en los mismos términos del artículo 55 de la constitución derogada- es el de colaboración armónica entre las ramas y órganos; principio éste que, en el fondo, completa el primero y le imprime una dinámica más realista y más a tono con el Estado social en cuanto a su objetivo de altos niveles de eficacia para la realización de los derechos sociales, económicos y culturales. El ideal es la cooperación de varias ramas y órganos en la realización de una misma función.⁹²²

Una segunda aproximación al concepto de colaboración armónica desde el derecho constitucional tiene lugar en la obra del profesor Jacobo Pérez Escobar, quien tras la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 decide actualizar su manual, titulado “Derecho Constitucional Colombiano” e incluye lo pertinente al artículo 113 Constitucional⁹²³. Al hacerlo, el autor no entra a definir el concepto de “principio de colaboración armónica”, sino que, siguiendo el esquema de su texto anterior, se pregunta por las consecuencias o implicaciones del principio de este entre el Gobierno, el Congreso

⁹²⁰ Chinchilla, 21.

⁹²¹ Chinchilla, 21.

⁹²² Chinchilla, 32.

⁹²³ Jacobo Pérez Escobar, *Derecho Constitucional Colombiano*, 5º (Bogotá: Temis, 1997), 416.

y los jueces, en la realización de los fines del Estado, a lo cual contesta en los términos que se esquematizan a continuación:

Tabla 10: Mecanismos constitucionales identificados por Pérez Escobar

Órganos involucrados	Mecanismos constitucionales de colaboración
Los jueces en relación con la función legislativa pueden	Interpretar en concreto las leyes y los decretos para aplicarlos en las relaciones humanas, es decir, transformar las decisiones del derecho en soluciones concretas para cada caso sometido a su consideración. Esto constituye una derogación del principio estricto de la separación de funciones de las ramas del poder.
	La Corte Constitucional puede conocer y decidir definitivamente de la inconstitucionalidad de las leyes, decretos legislativos, decretos- leyes, decretos con fuerza de ley y decretos especiales.
	La Corte Constitucional interpreta definitivamente la Constitución cuando declara inexecutable una ley o uno de los decretos que tiene fuerza de ley.
	En los debates que se realicen en las sesiones plenarias y en las comisiones pueden estar presentes e intervenir para referirse a los proyectos de ley en materias relacionadas con sus funciones voceros de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y el Fiscal General de la Nación.
	La Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado tienen la facultad de presentar proyectos de ley en materia relacionada con sus funciones (art. 156)
El Congreso en relación con la justicia puede	Interpretar las leyes por vía de autoridad. El artículo 150-1 de la Constitución dice que por medio de las leyes el Congreso puede "interpretar, reformar y derogar leyes"
	Conceder amnistías o indulto general por delitos políticos, según el artículo 150-17 de la Constitución. Esta atribución significa que el Congreso puede intervenir en la administración de justicia para modificar sentencias derogándolas o rebajando la pena, pero sólo por vía de excepción.
	Acusar (la Cámara) y juzgar (el Senado), cuando hubiere justas causas al Presidente de la República, Fiscal General de la Nación, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejeros de Estado y a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura (Art. 174 y 178-3).
Al Gobierno en relación con la justicia la corresponde:	Prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias (Art. 201-1)
	Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares (Art. 201-1).
	Interpretar los tratados públicos, según la teoría colombiana, pero además las leyes cuando deba aplicarlas.
El Gobierno puede en relación con la función legislativa, ya sea material o formal:	Dictar decretos con fuerza de ley, decretos legislativos (art. 212, 213, 214 y 215), decretos- leyes (art. 150-10) y decretos con fuerza de ley para poner en vigencia los proyectos de ley sobre el Plan Nacional de Inversiones públicas (art. 341)
	Presentar proyectos de ley, obligatoriamente los del Plan Nacional de Desarrollo y de Inversiones Públicas y el de Presupuestos de Rentas y gastos, tomar parte en los debates, objetar proyectos de ley aprobados y sancionarlos (art. 135-3, 136-2)
El Congreso puede en relación con el Gobierno	Pedir al Gobierno los informes escritos y verbales que necesite para conocer los actos de la administración no reservados para ilustrarse y legislar (Art. 135-8)
	Citar y Requerir asistencia de los Ministros (art. 135-8)
	Recabar del Gobierno la cooperación de los organismos técnicos oficiales para mejorar el desempeño de sus funciones. (art. 135-6)

Una aproximación más reciente al concepto de colaboración armónica desde el derecho constitucional colombiano la encontramos por parte del profesor Daniel Bonilla Maldonado. En su artículo titulado “La arquitectura conceptual del principio de la separación de poderes”, este afirma que dicho principio se estructura alrededor de cuatro elementos que se complementan: la división tripartita del poder público; la asignación de funciones distintas a cada una de estas tres ramas del Estado; la creación de un sistema de frenos y contrapesos para que se limiten mutuamente; y la colaboración armónica para que satisfagan sus funciones. Frente a este último elemento, señala el autor que dicho componente exige que las tres ramas del poder público colaboren armónicamente para el cumplimiento de sus funciones. Por lo tanto, este elemento modula a los demás, pues impone que los poderes, si bien deben tener funciones distintas y controlarse mutuamente, deberán también cooperar para que los fines que persiguen puedan materializarse de manera efectiva. Así,

No es posible enfrentar adecuadamente los retos de los Estados de derecho liberales si las ramas del poder público se ignoran entre sí. La promoción y protección de los derechos y el sistema democrático usualmente exige la interacción entre las funciones de creación de derecho, aplicación general de sus mandatos y solución de conflictos sociales que surgen en un campo social determinado.⁹²⁵

Para desarrollar este punto, Bonilla recurre al ejemplo de la concreción de un derecho económico y social como la educación afirmando que para su debida implementación se requiere de la interacción continua de las ramas del poder público. Finalmente, advierte que es posible que los elementos advertidos del principio de separación de poderes entren en conflicto con el de colaboración armónica, por lo cual deberá buscarse la interpretación que “formen un todo coherente”⁹²⁶. Así, el sistema de frenos y contrapesos y la exigencia de colaboración armónica se pueden entender como complementos a la separación funcional. En palabras del autor, “[e]l aislamiento de las tres ramas del poder público genera más costos que beneficios. Las complejidades de los Estados contemporáneos exigen que cada rama guarde para sí el núcleo de algunas competencias, pero que al

⁹²⁴ Pérez Escobar, 416-17.

⁹²⁵ Daniel Eduardo Bonilla-Maldonado, «La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes», *Vniversitas* 64, n.º 131 (30 de noviembre de 2015): 244, <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.acps>.

⁹²⁶ Bonilla-Maldonado, 245.

mismo tiempo interactúe con las otras para controlar sus actuaciones y coordinar la materialización de sus fines”⁹²⁷.

En la intersección del enfoque constitucional y administrativo, encontramos las reflexiones del profesor Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien en su obra precisamente titulada “Estudios de Derecho Constitucional y Administrativo” aborda en su capítulo primero el origen del principio de separación de poderes en el constitucionalismo colombiano. Así, al analizar los que denomina principios de separación funcional y de colaboración armónica afirma que:

Por distribución y equilibrio de las ramas del poder ha de entenderse, entonces, esa combinación especial de las ramas que, a la vez que aleja el predominio de unas sobre otras o sumisiones entre las mismas, asegura, por medio de discretas injerencias de reacciones y contrapesos recíprocos, una relación permanente y una colaboración efectiva que las solidariza, como especies de un género único, en una acción armónica, no solo de las ramas entre sí, sino de éstas, en su conjunto, con la conciencia y voluntad colectiva que constituyen su inspiración superior.⁹²⁸

De allí, el autor continúa exponiendo que, si bien en virtud del principio de separación funcional se tienen unas ramas del poder independientes y separadas entre sí, estas exigen de igual forma una mutua y estrecha colaboración, que implican inclusive injerencias parciales de cada rama en las funciones de las demás. Por consiguiente, cada rama será titular de funciones que le son propias, pero no exclusivas, en razón del sistema de cooperación funcional y de colaboración armónica, en que se complementan como organismos especializados y sin aislamiento para realizar el bien común como fin primordial del Estado⁹²⁹.

Desde la perspectiva propia del derecho administrativo, encontramos una primera conceptualización en la obra del profesor Libardo Rodríguez sobre la colaboración armónica. Al respecto, su punto de partida parte de reconocer expresamente que “[l]as constituciones no solo instituyen vetos o poderes de frenar, sino que instrumentan la cooperación positiva entre los diversos poderes”⁹³⁰. A partir de ello, frente al deber de colaboración este lo denomina igualmente como principio e identifica su origen en la

⁹²⁷ Bonilla-Maldonado, 245.

⁹²⁸ Ibáñez Najar, *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, 66.

⁹²⁹ Ibáñez Najar, 66.

⁹³⁰ Rodríguez R., *Estructura del poder publico en Colombia*, 7.

atenuación que debió hacerse a la separación absoluta entre poderes debido a una mala interpretación de la obra de Montesquieu. En este sentido, señala que tratándose de un solo poder, sus partes deben estar relacionadas y colaborar entre sí en la búsqueda de los intereses comunes del Estado⁹³¹. En este punto, coincide con el planteamiento hecho antes por Ibáñez al afirmar que en la actualidad, si bien se conserva como principio que cada una de las ramas (legislativa, ejecutiva y judicial) ejerce de manera principal la función que originalmente corresponde, “ese ejercicio no es exclusivo ni excluyente, pues no impide que las otras ramas colaboren en el ejercicio de la función, participen de ella o la ejerzan efectivamente”⁹³².

En desarrollo de esta idea, Rodríguez sostiene que la evolución del principio de colaboración permite constatar que ella se presenta en diversos niveles, por ello, propone identificar dos grados principales de colaboración. Un primer grado, al que denomina *colaboración simple*, se refiere a aquellos casos en los cuales una rama u órgano del poder realiza una actividad que contribuye al ejercicio de una función que corresponde a otra rama u órgano. Por su parte, un segundo grado o *colaboración plena* hace mención a aquellos casos en los cuales una rama u órgano de poder público cumple o ejerce efectivamente una función que corresponde a otra rama u órgano⁹³³. A manera de ejemplo, señala el autor que algunas veces, la rama legislativa contribuye al ejercicio de las funciones ejecutiva y judicial (colaboración simple), mientras que otras veces ejerce efectivamente la función ejecutiva o la función judicial (colaboración plena).

Una segunda aproximación a la colaboración armónica desde el derecho administrativo la encontramos en la obra del profesor Fernando Brito Ruiz. Este comienza a abordar el significado de la colaboración armónica afirmando que, si bien la Constitución prevé ramas y órganos autónomos e independientes como componentes del Estado, ello no significa que puedan actuar sin ninguna clase de sometimiento a ciertas reglas y condiciones, propias de un Estado constitucional y unitario⁹³⁴. En este sentido, se advierte que no debe confundirse el concepto de autonomía con el de soberanía de los poderes

⁹³¹ Rodríguez R., 7.

⁹³² Rodríguez R., 8.

⁹³³ Rodríguez R., 8.

⁹³⁴ Fernando Brito Ruiz, *Estructura del Estado Colombiano y de la administración pública nacional según la Constitución de 1991* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2010), 129.

públicos, por lo que allí es donde adquiere relevancia el principio de colaboración armónica.

Para precisar su contenido, el autor hace mención a dos aspectos que deben tenerse en cuenta. El primero, como se dijo, la autonomía no es ni puede ser absoluta, en consecuencia, las ramas y órganos están por igual obligadas a procurar la consecución de los fines esenciales del Estado y sometidos al interés general, tal y como lo establece la misma Constitución. De esta manera, afirma el autor que “la autonomía debe verse entonces como la mayor independencia de la que gozan estos órganos para resolver sobre los asuntos que le son propios”⁹³⁵.

Un segundo aspecto se refiere a que la colaboración armónica obliga por igual a todas las ramas y órganos, en razón a que la Constitución no hizo ninguna distinción. Para desarrollar este punto, el autor refiere como ejemplo a las competencias que en materia cambiaria se le otorgan al Banco de la República. Al respecto sostiene que el principio de colaboración armónica no se puede entender como un sometimiento del mencionado Banco a las políticas del Gobierno, sino como la búsqueda del necesario equilibrio para garantizar que los resultados sean finalmente acordes con el interés general, lo que en última instancia puede significar que no sean precisamente los designios presidenciales los que se atiendan.

Continuando con el enfoque administrativista y aplicándolo a escenarios descentralizados más propios de la administración pública, encontramos la obra de Jorge Iván Rincón Córdoba, la cual propone analizar la estructura de la administración pública desde las teorías de la organización. Al indagarse por la manera en que las ramas y órganos del Estado pretenden obrar de forma conjunta a pesar de la división del trabajo, el reparto de competencias y la diversidad de centros de imputación jurídica, el autor analiza las principales “técnicas de armonización” que se han diseñado para ello⁹³⁶. Si bien sus reflexiones son más propias de la estructura administrativa, Rincón Córdoba analiza la colaboración como una de estas técnicas. En su criterio, esta deberá ocurrir cuando dos o más órganos o entidades se encuentran en igualdad de condiciones y mantienen relaciones

⁹³⁵ Brito Ruíz, 131.

⁹³⁶ Jorge Iván Rincón Córdoba, *La teoría de la organización administrativa en Colombia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 199.

completamente horizontales en razón de la autonomía e independencia que les acompaña en las funciones a su cargo. Por lo tanto, la colaboración que se impone como mandato constitucional, implicará acudir de forma unilateral en ayuda de otro o colocarse en un plano de igualdad en el que se asumen derechos y obligaciones recíprocas⁹³⁷. Finalmente, y a pesar de sus planteamientos, el autor concluye afirmando que la técnica de colaboración no ha sido analizada por la doctrina colombiana, “por lo que cualquier trabajo tendiente a desentrañar su alcance a efectos de precisar con claridad las diferentes formas en que puede darse ayuda mutua o acciones conjuntas entre dos ámbitos o niveles de decisión separados por sus respectivos ámbitos competenciales resulta valioso”⁹³⁸.

Manteniendo el enfoque del derecho administrativo, encontramos por último y como material inédito el texto titulado: *El principio de colaboración armónica, ópticas, problemática y posibles soluciones a los conflictos*, suscrito por Germán Rodrigo Lizarazo Arias. Este constituye el trabajo de fin de máster en derecho administrativo en la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario con sede en la ciudad de Bogotá- Colombia. El autor coincide con Rincón al advertir la ausencia de estudios de la teoría de la colaboración armónica, tanto en el derecho comparado como en el colombiano, lo que conduce a que esta, en sus palabras, “no está estructurada doctrinalmente y su núcleo conceptual permanezca abstracto y sin un orden coherente”⁹³⁹.

Con este diagnóstico en mente, el texto de Lizarazo se estructura en tres capítulos: la colaboración armónica, contexto en la doctrina nacional e internacional; la doctrina de la separación de poderes y la colaboración armónica en diversos lugares del mundo; y, finalmente, prospectivas y propuestas para el fortalecimiento del principio de colaboración armónica. En relación con la conceptualización que se propone, el autor sostiene que no puede hablarse de colaboración sin separación de poderes y, por tanto, aquella está presente intrínsecamente desde la misma formulación de la teoría de la división de poderes. El principio de colaboración permite que los poderes puedan interactuar entre sí, sin existir una parálisis entre ellos, lo cual constituye un significativo obstáculo para lograr los fines del Estado. Desde esta perspectiva, afirma el autor que:

⁹³⁷ Rincón Córdoba, 219.

⁹³⁸ Rincón Córdoba, 219.

⁹³⁹ Germán Rodrigo Lizarazo Arias, «El principio de colaboración armónica, ópticas, problemática y posibles soluciones a los conflictos», *Inédito* (Universidad del Rosario, 2014), 11, <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/8948?show=full>.

Los fines del Estado concurren de forma general hacia el propósito del bienestar general, la actividad estatal es una sola, así las funciones estén divididas debido a temas jurídicos, políticos y administrativos. Los poderes no pueden actuar como componentes aislados, deben cooperar entre sí. Es por ello que la respuesta a la problemática de la no cooperación de poderes, aunque parezca obvio, se resuelve con cooperación, colaboración y sinergia entre los diversos poderes, ramas y estamentos que componen el Estado.⁹⁴⁰

En este razonamiento, el autor deriva dos implicaciones del principio de colaboración armónica en Colombia. Por un lado, que los poderes tienen el deber constitucional de actuar armoniosamente y cooperar entre sí, sin generar injerencias o intervenciones indebidas de un poder a otro, ya que con ello se estaría rompiendo con el postulado de la separación de poderes. Por otro lado, que el cumplimiento del principio de colaboración tiene un significativo impacto en los sistemas jurídicos, ya que en virtud de estas relaciones interinstitucionales deberán ser fluidas y coherentes, lo cual amerita la posibilidad de explorar acuerdos y mecanismos de interacción que permitan a la institucionalidad “un suave fluir con el fin de poder lograr los propósitos y fines del Estado”⁹⁴¹. Por lo tanto, el escrito termina proponiendo algunos mecanismos de colaboración entre las ramas y órganos del poder público⁹⁴².

Sobre las aproximaciones doctrinales que se han hecho en torno a la interpretación de la cláusula de colaboración armónica que se incluye en el artículo 113 Constitucional, es posible abstraer a manera de balance cinco consideraciones principales. En primer lugar, resulta notable la ausencia de estudios sobre el concepto de colaboración armónica en la doctrina iuspublicista colombiana, tal y como lo advierten Rincón y Lizarazo. Ello puede constatarse en la ausencia de monografías al respecto, el número de textos que no abordan su significado y el reducido catálogo de los autores que se han ocupado de ello. En segundo lugar, entre los doctrinantes que abordan la colaboración armónica resulta coincidente la idea de denominar a este como un “principio” y así equipararlo con el de separación de poderes. En este punto, coinciden Chinchilla, Pérez, Ibáñez, Rodríguez, Brito y Lizarazo, por lo que quedaría pendiente analizar las implicaciones de dicha calificación.

⁹⁴⁰ Lizarazo Arias, 19.

⁹⁴¹ Lizarazo Arias, 24.

⁹⁴² Véase el capítulo tercero del escrito en cuestión. Lizarazo Arias, 155-71.

En tercer lugar, la mayoría de doctrinantes coinciden en que el principio de colaboración armónica tiene origen en el de separación de poderes y que es una manifestación de un modelo de separación flexible. En este sentido, resultan comunes las manifestaciones que en virtud de estos el reparto de funciones entre los órganos no es exclusivo ni excluyente a pesar de la asignación de funciones principales. En cuarto lugar, y muy relacionado con lo anterior, los autores concuerdan en que la colaboración se manifiesta en las interacciones, injerencias e incluso entre los controles recíprocos entre las ramas y poderes públicos. En este punto es de destacar el ejercicio hecho por Pérez para compilar dichas interacciones a la luz de la Constitución vigente. Sin embargo, al respecto, queda pendiente definir si dichos mecanismos de colaboración resultan distinguibles de los del control inter-orgánico propios del postulado de *frenos y contrapesos* o si se corresponden. Finalmente, resulta relevante la propuesta de Chinchilla, Ibáñez y Brito de fundamentar el principio de colaboración en la unidad que debe guiar el actuar del Estado, en particular, en el cumplimiento de los fines constitucionales, planteamiento que requerirá de posteriores elaboraciones.

A pesar de los puntos de coincidencia advertidos entre los doctrinantes, también resultan evidentes los interrogantes que quedan. Además de los ya reseñados, es evidente que el núcleo básico del significado y las implicaciones de la colaboración armónica siguen sin ser claras ni precisas, lo cual se prueba cuando al hacer mención a ella se utilizan como sinónimos los términos de coordinación, cooperación e incluso el de control recíproco, como se dijo anteriormente. Esta situación resulta suficiente para dar continuidad con la indagación por dicho mandato constitucional, ahora, a la luz de los desarrollos que de este se han hecho por parte del legislador, no solo en virtud de su libertad de configuración en el ámbito legal sino incluso en el ejercicio de sus funciones como constituyente derivado.

4.2. Los desarrollos normativos del principio de colaboración armónica por parte del legislador colombiano

A partir de la consagración del mandato de colaboración armónica entre las ramas y órganos del poder público en la Constitución Política de 1991, corresponde ahora indagar por el desarrollo que en esta materia ha hecho el Congreso de la República como órgano de la rama legislativa del poder público. Lo anterior, se justifica debido a que, en el

régimen colombiano, como en cualquier otro sistema constitucional, el órgano legislativo es el encargado *prima facie* de desarrollar e implementar las prescripciones constitucionales⁹⁴³. Por consiguiente, preguntarnos si el legislador ha desarrollado el mandato de colaboración armónica y de qué manera se hizo, constituyen un parámetro relevante para la labor hermenéutica que nos ocupa.

Al realizar una búsqueda sistemática encontramos, en primer lugar, que en las actuaciones de contenido jurídico expedidas por el legislador colombiano no existe ninguna que se dirija a desarrollar o regular integralmente el mandato de colaboración armónica. En segundo lugar, encontramos que solo ocho normas mencionan expresamente dicho mandato desde 1991, correspondiendo una de estas a un Acto Legislativo, es decir, a una reforma constitucional realizada por el Congreso de la República y las restantes 7 a leyes de naturaleza ordinaria⁹⁴⁴. Al comparar dichos hallazgos con el número de Actos Legislativos y leyes expedidas desde 1991, a saber, 48 Actos Legislativos y cerca de 1997 leyes aprobadas a la fecha, encontramos que realmente el número hallado es significativamente bajo, lo que se interpreta como una coincidencia con el limitado interés que ha tenido la doctrina y ahora el legislador colombiano en abordar el mandato en cuestión. De igual forma, al momento de analizar la cronología de dichas normas, encontramos que cinco de las ocho identificadas fueron expedidas en la última década, lo cual podría sugerirnos que, si bien el interés ha sido limitado, en los últimos años este se ha ido incrementando de forma significativa, lo cual apoya la pertinencia y oportunidad de la investigación en curso.

Tomando en cuenta los mencionados hallazgos, se procederá inicialmente a analizar el Acto Legislativo que hizo referencia al mandato de colaboración, a saber, el Acto Legislativo 3 de 2011. Para ello se expondrá brevemente el contexto, el trámite legislativo surtido desde su presentación hasta su promulgación y posteriormente, lo que sobre el particular dispuso la Corte Constitucional al ejercer un control constitucional por vicios de trámite y de competencia, alusivos a la norma en cuestión. De forma posterior, se

⁹⁴³ Para una defensa del rol que cumple el órgano legislativo en el desarrollo de los mandatos constitucionales remítase a: Jeremy Waldron, *The dignity of legislation* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999); Grégoire Webber et al., *Legislated rights: Securing human rights through legislation, Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), <https://doi.org/10.1017/9781108551069>.

⁹⁴⁴ Sobre los tipos de leyes en el sistema colombiano véase: Humberto Antonio Sierra Porto, *Concepto y Tipos de ley en la Constitución colombiana*, 1^o (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998).

abordarán las disposiciones legales que han desarrollado el imperativo de colaboración armónica en distintos ámbitos, se hará un análisis breve de los mismos y, finalmente, se presentará un balance al respecto.

Para comenzar con el estudio del Acto Legislativo 3 de 2011 es necesario recordar que a raíz de la crisis económica vivida en los Estados Unidos y en Europa durante la primera década del siglo XXI, los fondos multilaterales promovieron la conveniencia de introducir en los textos constitucionales nacionales la regla de sostenibilidad fiscal como estrategia para evitar futuras crisis⁹⁴⁵. Haciendo eco de dicha tendencia fueron numerosos los Estados europeos y latinoamericanos que introdujeron la denominada “regla de oro” dentro de sus Constituciones bajo una fuerte presión de las calificadoras de riesgos y la banca internacional⁹⁴⁶. De este contexto, Colombia no fue la excepción. Para junio de 2010, el Ministro de Hacienda presentó al Congreso el proyecto de Acto Legislativo, titulado “Por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho”⁹⁴⁷. Lo anterior, no supondría interés para nuestros efectos, aparte de lo extraño de proponer a la sostenibilidad como un derecho, si no fuera porque en la redacción propuesta se recurría a la colaboración armónica como instrumento para garantizar su eficacia. En este sentido, en el aparte pertinente del texto original propuesto constaba:

La sostenibilidad fiscal es indispensable para alcanzar los fines del Estado social de derecho. Por lo tanto, es un derecho de todos y es deber de todas las ramas y órganos del poder público colaborar armónicamente, dentro de sus competencias para hacerla efectiva.⁹⁴⁸

De lo allí consagrado, el esquema propuesto partía de considerar a la sostenibilidad como un “derecho de todos”, el cual implicaba como correlativo, “el deber de las ramas y órganos del Estado para protegerlo, y como consecuencia contribuir a la continuidad y a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en su conjunto”⁹⁴⁹. Para justificar el recurso a la colaboración armónica, la exposición de motivos comienza citando el artículo 113 constitucional. Luego afirma que no se encuentra en el texto de la

⁹⁴⁵ Víctor Ferreres Comella, «Amending the National Constitutions to Save the Euro: Is This the Right Strategy», *Texas International Law Journal*, n.º 48 (2013).

⁹⁴⁶ Jorge Ernesto Roa Roa, «Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal», en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, XXIII (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2017), 453-80.

⁹⁴⁷ Congreso de la República de Colombia, «Gaceta del Congreso No. 989» (Bogotá, 2010).

⁹⁴⁸ Congreso de la República de Colombia.

⁹⁴⁹ Congreso de la República de Colombia.

Constitución Política otra norma que se refiera a que la colaboración armónica deba reinar entre las distintas ramas del poder público, “incluido por supuesto el Banco de la República y con miras a procurar la estabilidad macroeconómica”⁹⁵⁰. Por lo tanto, concluye la exposición de motivos afirmando que:

[E]l artículo propuesto manda a las diferentes ramas y órganos del poder público a colaborar armónicamente para el cumplimiento del nuevo postulado constitucional, así como le impone al Congreso de la República, el deber de velar por el cumplimiento de este derecho al momento de legislar sobre el alcance y contenido de los Derechos Económicos y Sociales, con el propósito de brindarles, en su conjunto, una garantía de progresividad.⁹⁵¹

Como era de esperarse, el proyecto generó una gran controversia en el Congreso de la República. Allí, los partidos progresistas y de izquierda lo identificaron rápidamente como una estrategia para hacer nugatorios los avances que había traído la Constitución de 1991 y, en especial, los alcanzados a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de derechos económicos y sociales⁹⁵². En este contexto, durante su trámite tuvieron lugar importantes modificaciones. Así, para segundo debate en plenaria de Cámara de Representantes, se descartó la idea de asimilar la sostenibilidad como derecho por los evidentes reparos técnicos que ello suponía y se optó por denominarlo un principio. En este sentido, el proyecto de norma aprobado para entonces disponía que “[l]a sostenibilidad fiscal es un principio que debe orientar la colaboración armónica de todas la ramas y órganos del Poder Público dentro de las competencias”⁹⁵³. Para nuestros efectos, destaca el hecho que en su redacción se mantiene la mención de “colaboración armónica” disponiendo que ella deberá estar orientada a dar cumplimiento al nuevo principio de la sostenibilidad fiscal respetando las competencias de todas las ramas y órganos del poder público.

Posteriormente, para el cuarto debate en plenaria del Senado de la República, se mantuvo la denominación de principio, pero se modificó sutilmente el contenido de la disposición. Para esta oportunidad se dispuso que “[l]a sostenibilidad fiscal es un principio que debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”⁹⁵⁴. En lo que nos corresponde, se reemplaza con esta

⁹⁵⁰ Congreso de la República de Colombia.

⁹⁵¹ Congreso de la República de Colombia.

⁹⁵² Congreso de la República de Colombia.

⁹⁵³ Congreso de la República de Colombia.

⁹⁵⁴ Congreso de la República de Colombia.

nueva redacción la idea de condicionar a la colaboración para disponer que es la sostenibilidad fiscal la que debe entenderse en el marco de aquella. Así consta en la ponencia para ese entonces:

[C]ompartiendo la esencia del proyecto de acto legislativo, tanto con el Gobierno Nacional como con la Cámara de Representantes, los ponentes consideramos pertinente modificar el texto aprobado en segundo debate, dándole claridad a que el principio de la sostenibilidad fiscal orienta la gestión de todas las ramas y órganos del poder público mas no a la colaboración armónica entre ellas. La colaboración armónica, requerida constitucionalmente, debe operar para que las autoridades públicas contribuyan a alcanzar la sostenibilidad fiscal del Estado

[...] Consideramos los ponentes, que con el cambio de la sostenibilidad fiscal como un principio que oriente a las Ramas y Órganos del Poder Público, y no a la colaboración armónica entre ellas, se le imprime una mayor fuerza a la necesidad de que los ciudadanos cuenten con un principio superior que brinde el espacio jurídico para que se garanticen los DESC [Derechos Económicos, Sociales y Culturales], dentro de condiciones de progresividad y no regresividad, en su conjunto.⁹⁵⁵

Durante la segunda vuelta del trámite y con el propósito de procurar el apoyo del Partido Liberal al proyecto de reforma, se adoptó la propuesta de degradar a la sostenibilidad fiscal dejando de ser considerada como “principio constitucional” y pasando a un mero “criterio” que debían observar las autoridades públicas⁹⁵⁶. Así, el texto aprobado en séptimo debate dispuso que “[l]a sostenibilidad fiscal debe orientar a la ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”. De igual forma, se propuso modificar el título del proyecto cambiándolo “[p]or el cual se establece el criterio de la sostenibilidad fiscal”. Este nuevo título y la redacción antes mencionada serían finalmente aprobados⁹⁵⁷ y promulgados como parte del Acto Legislativo 3 de 2011⁹⁵⁸.

A manera de balance debe resaltarse la volubilidad que tuvo en su trámite la reforma. En primer lugar, frente a la sostenibilidad fiscal, tuvo lugar una progresiva pérdida de su

⁹⁵⁵ Congreso de la República de Colombia.

⁹⁵⁶ Al respecto dispone la propuesta del partido liberal que “[...] como lo hemos expresado en el pasado la gran preocupación del Partido Liberal al introducir en la Constitución el principio de sostenibilidad fiscal es que él llegue a convertirse prácticamente en un obstáculo para que se hagan realidad los derechos fundamentales [...] Por consiguiente, nosotros proponemos que la sostenibilidad fiscal se enuncie en la Constitución no como un principio sino como un criterio que deban observar las autoridades para que hayan unan finanzas públicas sanas”. Congreso de la República de Colombia, «Gaceta del Congreso No. 491» (Bogotá, 2011), 16.

⁹⁵⁷ Congreso de la República de Colombia, «Gaceta del Congreso No. 421» (Bogotá, 2011), 11.

⁹⁵⁸ Constitución Política de Colombia, Art. 334.

carácter coactivo, al ser originalmente concebida como un derecho colectivo y un deber estatal, para llegar a su versión definitiva, a un criterio orientador. En segundo lugar, frente a la colaboración armónica puede afirmarse que, si bien esta se mantuvo constante durante el trámite, su rol varió sustancialmente, pasando de considerar que la sostenibilidad fiscal debería orientarla, a afirmar que la orientación a la sostenibilidad fiscal debe darse en un marco de colaboración armónica entre las ramas y órganos del poder público. Por último, debe tenerse en cuenta que la norma constituye al menos un reconocimiento al mandato de colaboración armónica en un aspecto tan sensible como el de la sostenibilidad fiscal en el plano constitucional.

Ahora bien, en relación con las normas de contenido legal expedidas por el legislador colombiano, encontramos siete menciones a la colaboración armónica, en siete leyes diferentes desde 1991 hasta la fecha. Sin embargo, solo en cinco de ellas se desarrolla con algún detalle el mandato de colaboración armónica, mientras que en las dos restantes solo lo enuncian⁹⁵⁹. Debido a que nuestro interés es profundizar en su conceptualización y significado, en la Tabla 1 se presentan en orden cronológico las cinco leyes mencionadas y se dispone para cada una de ellas el número y año, su objeto y se transcribe la disposición normativa que hace mención explícita a la colaboración armónica.

Tabla 11: Leyes que mencionan el mandato de colaboración armónica desde 1991

Ley	Objeto	Disposición normativa
Ley 434 de 1998	Por la cual se crea el Consejo Nacional de Paz, Reconciliación y Convivencia, se otorgan funciones y se dictan otras disposiciones	ARTICULO 4o. COMPOSICIÓN. <Artículo modificado por el artículo 4 del Decreto Ley 885 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> El Consejo Nacional de Paz, Reconciliación y Convivencia estará conformado de la siguiente manera [...] 2. Como facilitador de la colaboración armónica de las entidades y órganos del Estado: a) Diseñar los anteproyectos de políticas, estrategias, planes, programas y proyectos orientados a garantizar una paz integral; b) Sugerir a las distintas entidades y organismos de la administración central y descentralizada, modificaciones

⁹⁵⁹ Este es el caso de la Ley 1151 de 2007, la cual en el artículo 6° titula como una de los planes dentro del Plan Nacional de Desarrollo el de “Justicia con autonomía judicial y colaboración armónica entre los poderes públicos” sin que se profundice en el contenido de la colaboración armónica. Lo mismo sucede con el artículo 31 de la Ley 1762 de 2015 que encomienda a la Comisión Interinstitucional de Lucha contra el Contrabando el deber de colaboración armónica de las entidades públicas del Estado sin que se detalle el significado de la misma. Véase: Congreso de la República de Colombia, «Ley 1151 de 2007: Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010», Pub. L. No. 1151 (2007), Art. 6°; Congreso de la República de Colombia, «Ley 1762 de 2015: Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal», Pub. L. No. 1762 (2015), Art. 31.

		<p>en sus planes, programas y proyectos, para asegurar la ejecución de las políticas y estrategias del literal anterior. Las sugerencias deben ser evaluadas por las entidades y organismos correspondientes;</p> <p>c) Promover la creación de los Consejos Departamentales y Municipales de Paz, y coordinar sus actividades;</p> <p>d) Evaluar las actuales políticas y programas de reinserción y proponer las modificaciones y ampliaciones que permitan atender las necesidades futuras derivadas de un proceso de reconciliación nacional;</p> <p>e) Solicitar a la autoridad competente su intervención o la realización de las investigaciones correspondientes, con el fin de hacer efectiva la debida aplicación y respeto de las normas relacionadas con los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario;</p> <p>f) Elaborar el mapa del conflicto del país e identificar un orden de prioridades para la implementación de la política social y las inversiones para posibilitar la paz y el desarrollo en esas regiones.</p> <p>g) <Literal adicionado por el artículo 6 del Decreto Ley 885 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> Ser el espacio central donde convergen en el nivel territorial todos los comités, mesas, instancias y mecanismos de participación en asuntos de paz, reconciliación, convivencia y no estigmatización. Los Consejos Territoriales de Paz, Reconciliación y Convivencia propiciarán un ambiente favorable para la articulación de estos mecanismos, al crear visiones estratégicas, encontrar puntos de conexión y falencias entre las acciones implementadas. (Subraya fuera del texto)</p>
Ley 684 de 2001	Por la cual se expiden normas sobre la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacional y se dictan otras disposiciones	<p>ARTÍCULO 25. DE LA COLABORACIÓN ARMÓNICA. En desarrollo del numeral 5 del Artículo 251 de la Constitución Política, el Fiscal General de la Nación deberá suministrar mensualmente información al Gobierno Nacional sobre las investigaciones preliminares y formales que se adelantan por los delitos que atentan contra:</p> <p>a) La seguridad nacional. Tales como: Rebelión, sedición, asonada, fabricación y tráfico de armas de fuego y municiones, secuestro, terrorismo, narcotráfico, extorsión, lavado de activos, concierto para delinquir, y los definidos en los Títulos XII y XVIII del Código Penal que entrará a regir a partir del 24 de julio de 2001 y los contemplados en el artículo 6o., del Decreto 2266 de 1991;</p> <p>b) De lesa humanidad tales como: genocidio, tortura y desaparición forzada.</p> <p>El informe señalará los hechos que resulten relevantes para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que están operando las organizaciones criminales para la comisión de estos delitos, con el objeto de adoptar las Estrategias de Seguridad Nacional, convenientes para combatirlos.</p> <p>En casos especiales, el Ministerio de Defensa Nacional podrá solicitar de manera urgente al Fiscal General de la Nación informes inmediatos sobre las investigaciones que se adelantan. Estos informes tendrán el carácter de reservados y no podrán violar la reserva sumarial.</p>

Ley 1448 de 2011	Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones	ARTÍCULO 26. COLABORACIÓN ARMÓNICA. Las entidades del Estado deberán trabajar de manera armónica y articulada para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley, sin perjuicio de su autonomía.
Ley 1632 de 2013	Por medio de la cual se rinde honores a la desaparecida ciudad de Armero (Tolima), y a sus víctimas, y se dictan otras disposiciones	ARTÍCULO 10. COLABORACIÓN ARMÓNICA DE LAS ENTIDADES DEL ESTADO. Las competencias atribuidas a las distintas entidades y niveles territoriales, a través de esta ley, garantizan la adecuada coordinación para el cumplimiento de los fines previstos, las cuales serán ejercidas conforme a los principios constitucionales y legales de corresponsabilidad, coordinación, concurrencia, subsidiariedad y complementariedad.
Ley 1975 de 2019	por medio de la cual se expide la ley del actor para garantizar los derechos laborales y culturales de los actores y actrices en Colombia, fomentar oportunidades de empleo para quienes ejercen la actuación, y se dictan otras disposiciones	ARTÍCULO 18. COLABORACIÓN ARMÓNICA. Las entidades del Estado, sin perjuicio de su autonomía, trabajarán de manera armónica y articulada para dar cumplimiento a los fines previstos en la presente ley.

Fuente: Elaboración propia

A partir de la compilación presentada, el primer resultado identificado corresponde a la Ley 434 de 1998, por la cual se crea el Consejo Nacional de Paz, Reconciliación y Convivencia. Esta ley que se expide en una coyuntura particular de recrudescimiento del conflicto armado colombiano⁹⁶⁰ tuvo dos objetivos principales: crear una política de Estado y no solo de gobierno en materia de búsqueda de la paz y crear una institucionalidad permanente para el abordaje y desarrollo de dicha política. En el primero de los asuntos, la ley en cuestión comienza por definir, en su versión original, a la política de paz como “una política de Estado, permanente y participativa. En su estructuración deben colaborar en forma coordinada y armónica todos los órganos del Estado, y las formas de organización, acción y expresión de la sociedad civil, de tal manera que trascienda los períodos gubernamentales y que exprese la complejidad nacional”⁹⁶¹.

En relación a la institucionalidad para el desarrollo de dicha política, la mencionada ley crea al Consejo Nacional de Paz, como órgano asesor y consultivo del Gobierno Nacional, con la misión de propender por el logro y mantenimiento de la paz, y “facilitar la colaboración armónica de las entidades y órganos del Estado, otorgando prioridad a las

⁹⁶⁰ En palabras del Centro Nacional de Memoria Histórica, “[e]l año 1997 fue decisivo en la historia nacional, pues a partir de este año se desencadenó una serie de hechos violentos en los que la guerra alcanzó su mayor expresión y dio paso a lo que podría denominarse el gran éxodo forzado en la Colombia contemporánea”. Centro Nacional de Memoria Histórica, *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia* (Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015), 83.

⁹⁶¹ Congreso de la República de Colombia, «Ley 434 de 1998» (1998), Art. 1°.

alternativas políticas de negociación del conflicto armado interno, en orden a alcanzar relaciones sociales que aseguren una paz integral permanente”⁹⁶². En este sentido, dicho Consejo, presidido por el presidente de la República estará compuesto por miembros de la rama ejecutiva, de la rama legislativa, por los representantes de los principales órganos de control y de la sociedad civil. En relación con sus funciones, el artículo 6° la discrimina como asesor-consultor del Gobierno Nacional y como facilitador de la colaboración armónica de las entidades y órganos del Estado, siendo estas últimas de particular relevancia para nuestra investigación.

Como consta en el cuadro compilatorio, en este último rol se incluye un grupo de cinco funciones y de su contenido se puede abstraer que al menos en materia de política nacional de paz, el legislador colombiano considera que el mandato de colaboración armónica, en cabeza del Consejo Nacional de Paz, incluye las conductas de (i) diseñar políticas, estrategias, planes y programas; (ii) sugerir modificaciones en planes programas y proyectos; (iii) evaluar las actuales políticas y promover modificaciones y ampliaciones que considere; (iv) solicitar la realización de investigaciones para que se garantice la vigencia del ordenamiento vigente; y, finalmente, (v) elaborar un mapa del conflicto e identificación de las prioridades para posibilitar la paz.

Con ocasión del reciente proceso de negociación que culminó con el Acuerdo Final suscrito por el Gobierno de Colombia y la guerrilla de la FARC el 24 de noviembre de 2016, el Gobierno introdujo algunas modificaciones a la Ley 434 de 1998 haciendo uso de las Facultades Presidenciales para la Paz que se crearon para la implementación del contenido de los acuerdos al ordenamiento jurídico colombiano mediante el Acto Legislativo 1 de 2016⁹⁶³. Dichas modificaciones se justificaron en la necesidad de introducir en la institucionalidad ordinaria las nuevas competencias en materia de paz, reconciliación y convivencia definidas en los puntos citados del Acuerdo Final.

Además de cambiar el nombre de la política y del Consejo Nacional de Paz, al incluirle los términos de Reconciliación y Convivencia a ambos, en relación con el rol de facilitador de la colaboración de este último, se le incluyó una nueva función al Consejo

⁹⁶² Congreso de la República de Colombia, Art. 3°.

⁹⁶³ Este punto se desarrolla más adelante en este capítulo al analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el contexto de transición.

a través del artículo 6° del Decreto- Ley 885 de 2017. Esta nueva función será la de “[s]er el espacio central donde convergen en el nivel territorial todos los comités, mesas, instancias y mecanismos de participación en asuntos de paz, reconciliación, convivencia y no estigmatización. Los Consejos Territoriales de Paz, Reconciliación y Convivencia propiciarán un ambiente favorable para la articulación de estos mecanismos, al crear visiones estratégicas, encontrar puntos de conexión y falencias entre las acciones implementadas”⁹⁶⁴. En otras palabras, la de constituirse como el espacio central donde converja la institucionalidad en materia de paz, reconciliación y convivencia en el país.

En razón a que las normas expedidas en virtud del Procedimiento Legislativo Especial y las Facultades Presidenciales para la Paz contaron con control automático e integral por parte de la Corte Constitucional, según lo dispuso el mismo Acto Legislativo 1 de 2016, dicha corporación tuvo oportunidad de analizar la integralidad del Decreto- Ley 885 de 2017, incluyendo el mencionado artículo 6°. La revisión constitucional tuvo lugar en la sentencia C-608 proferida el 3° de octubre de 2017. En ella, tras el análisis de los requisitos formales y de competencia, la Corte procedió al análisis material del mencionado Decreto- Ley. En relación con la nueva competencia como facilitador de la colaboración armónica, el alto tribunal sostuvo:

En tales términos, para la Corte resulta claro que la función de asesoría y colaboración del CNPRC en relación con el Gobierno Nacional, no implica la adopción de decisiones y la definición de políticas, funciones propias de los órganos decisorios, que no asesores. Por el contrario, de este artículo, en relación con estas específicas actuaciones, se desprende claramente que el Consejo tendrá un mero rol de “asesoría y colaboración”, el cual resulta compatible con su naturaleza de órgano asesor y consultor y, por lo tanto, se ajusta a la Constitución.⁹⁶⁵

Por lo tanto, la Corte Constitucional concluye declarando la exequibilidad del mencionado Decreto- Ley en su integridad, incluyendo la nueva función de colaboración adicionada. La segunda ley en la que encontramos algún desarrollo del principio de colaboración armónica es la Ley 684 de 2001. De antemano debe advertirse que esta constituye una norma expedida en, tal vez, uno de los periodos más críticos del conflicto armado colombiano debido al repunte de acciones terroristas por las partes⁹⁶⁶. Como su

⁹⁶⁴ Congreso de la República de Colombia, Ley 434 de 1998, Art. 6°.

⁹⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-608/17 (2017).

⁹⁶⁶ En palabras de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, “[e]n un segundo momento de repunte [de acciones terroristas] en 2001 y 2002, su acelerado crecimiento constituyó una demostración de poder, primero para fortalecer su posición en la mesa de negociación política, luego para demostrarle al

título lo dice, esta ley se refería a la organización y el funcionamiento de la seguridad y defensa nacional. Al respecto disponía de la creación del denominado “poder nacional” como una instancia de coordinación entre todos los poderes públicos, supra-ordenado por el presidente de la República como el encargado de definir los “objetivos nacionales” con asesoría de los altos mandos militares y de policía. Dentro de esta ley, el artículo 25 que se titulaba como “colaboración armónica” creaba un deber para el Fiscal General de la Nación de suministrar información de forma permanente al presidente de la República sobre algunas de las investigaciones que aquel adelantaba.

En razón al controversial contenido de la mencionada ley, esta fue rápidamente demandada ante la Corte Constitucional por contrariar distintos postulados constitucionales. Debido a ello, la Corte se pronunció sobre estos cargos en la sentencia C-251 de 2002 en la que se declaró la inconstitucionalidad integral de dicha norma por contrariar, entre otros, los principios constitucionales de la separación de poderes, el principio democrático, la supremacía del poder civil sobre el mando militar y la dirección presidencial de las Fuerzas Armadas. Para nuestros efectos, sobre el principio de separación de poderes, sostuvo el alto tribunal que la ley acusada lo rompe ya que subordina las otras ramas del poder al poder nacional, que a su vez se encuentra controlado por el presidente. En palabras de la Corte:

[E]sta regulación no sólo desconoce el diseño institucional y orgánico establecido por la Carta de 1991 que prevé la independencia de las tres ramas de poder, sino que además conduce a una concentración extrema de facultades en torno a la figura presidencial, que es incompatible con el Estado de derecho, puesto que desaparecen los controles recíprocos entre los distintos órganos estatales, ya que todos quedan integrados en un supremo poder nacional, que es en el fondo un supra poder presidencial reforzado. Esto significa que la ley ordena una fusión de las ramas, que la Constitución ha separado, para hacer lo que el Presidente disponga, lo cual no sólo vulnera el principio de separación de poderes, sino que representa una amenaza para los derechos de las personas.⁹⁶⁷

Sobre el contenido particular del artículo 25 y el deber permanente de información, la Corte observa que fue el Constituyente quien encomendó al Fiscal General de la Nación la tarea de suministrar información al Gobierno Nacional cuando ello fuere necesario para

Estado que sería costoso ganar el conflicto luego de la ruptura del proceso de paz. Pero además se convirtió en una forma de contención frente a la ofensiva paramilitar y la recuperación de la iniciativa militar por parte del Estado” Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, *¡Basta Ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad* (Bogotá: Imprenta Nacional, 2013), 102.

⁹⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-251/02 (2002).

la preservación del orden público. En esta línea señala que corresponde entonces a un régimen cerrado y configurado por la propia Carta Política, por lo que se trata de un esquema claramente establecido y cuyo alcance ya está determinado. Por consiguiente, no es dado al legislador, ni a ninguna otra autoridad del Estado, hacer exigencias adicionales a las que fueron previstas en la Constitución ante la imperiosa necesidad de garantizar el orden público. Al respecto dispone expresamente el alto tribunal que:

No obstante, como bien lo sugieren los intervinientes, en el marco del Estado Social del Derecho existe un deber de colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder público y, por lo tanto, la autonomía de la Fiscalía General de la Nación no es absoluta, pues debe actuar en consonancia con las atribuciones de los demás órganos del Estado. Pero el principio este de colaboración armónica no puede llegar al extremo de desconocer el reparto funcional de competencias, ni el ampliamente explicado principio de división de poderes. Y por lo mismo, es errado afirmar que el principio de la colaboración armónica permite fusionar tareas y compartir responsabilidades sobre aspectos claramente diferenciados en el ordenamiento constitucional. Además, el principio de colaboración armónica no puede ser transformado por el Legislador en un deber de colaboración exigible cuando lo disponga el Ejecutivo. [...]

Todo lo anterior muestra que, por tratarse de un régimen configurado por el Constituyente de 1991, está vedado al legislador hacer nuevas exigencias en cuanto a la función de informar al Gobierno Nacional sobre las investigaciones que se estén adelantando, so pena de vulnerar los artículos 113, 228 y 251-5 de la Constitución, como efectivamente ocurre en el caso del artículo 25 de la ley 684 de 2001.⁹⁶⁸

Siguiendo este razonamiento, la Corte Constitucional procede a declarar la inexequibilidad íntegra de la Ley 684 de 2001, incluyendo lo dispuesto por el artículo 25 sobre la colaboración armónica entre el Fiscal General de la Nación y el presidente de la República.

La tercera referencia que se encuentra en materia legal al principio de colaboración armónica tiene lugar en la Ley 1448 de 2011. Esta ley que tiene por objeto dictar medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, se expide por el Congreso Colombiano en un contexto de desescalamiento del conflicto y como una de las primeras medidas legislativas en materia de justicia transicional en favor de las víctimas⁹⁶⁹. Desde la misma concepción de esta ley, sus autores habían advertido la necesidad de implementar la adecuada colaboración armónica entre los

⁹⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia.

⁹⁶⁹ Alejandro Gómez Velásquez, «The constitutional framework for transitional justice in Colombia», *Revista Opinión Jurídica* 14, n.º 28 (2015): 21-44.

distintos órganos y ramas del poder público. Al respecto, en la misma exposición de motivos de esta ley consta expresamente que:

Desde la vigencia de la Constitución Política de 1991, quizá sea el proceso de Justicia Transicional uno de los escenarios en los que más se ha invocado y aplicado el principio Constitucional de la colaboración armónica entre las ramas del poder público para la consecución de los fines del Estado. De los componentes esenciales que se han construido para y que giran en torno a este proceso, caso todos apelan a ese principio constitucional y no hay uno solo de tales componentes que no hayan pasado el tamiz interinstitucional; de lo contrario, no sería posible dinamizar el enorme engranaje que el proceso de transición hacia la paz reclama y amerita. Tal es el escenario en el que el Estado, de manera consensuada, a través de este proyecto de ley, pretende rendir tributo a las víctimas de violaciones manifiestas a las normas internacionales de derechos Humanos o infracciones al Derecho Internacional Humanitario.⁹⁷⁰

Por ello, en el proyecto de articulado se incluyó una disposición con el título de colaboración armónica que disponía: “[l]as entidades del Estado deberán trabajar de manera armónica y articulada para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley, sin perjuicio de su autonomía.”. Esta norma será finalmente aprobada y promulgada como el artículo 26 de la Ley 1448 de 2011 tras el trámite legislativo y sin ninguna variación en su contenido⁹⁷¹. La relevancia de dicho principio en materia de justicia transicional ha sido igualmente reivindicada por la Corte Constitucional, como se verá en el apartado siguiente y, en particular, frente a la mencionada ley de víctimas⁹⁷². En el mismo sentido, el Gobierno Nacional, al reglamentar dicha ley ha hecho mención y uso específico de este principio como estrategia para su implementación. A manera de ejemplo, el Decreto 1084 de 2015, reglamentario del sector de inclusión social y reconciliación, en su artículo 2.2.7.3.13 dispone que “[e]n cumplimiento del principio de colaboración armónica, deberán participar en la ejecución del programa al que se refiere el artículo anterior [programa de reparación integral a las víctimas], de acuerdo con sus, competencias, entre otras, las siguientes entidades [...] y procede a enlistar quince

⁹⁷⁰ Congreso de la República de Colombia, «Gaceta del Congreso No. 989».

⁹⁷¹ A lo largo del trámite fue destacada igualmente la importancia del principio de colaboración armónica. Al respecto en la ponencia presentada para primer debate consta expresamente que “[e]l principio de colaboración armónica entre las Ramas del Poder Público para la consecución de los fines del Estado establecido en la Constitución Política de 1991 es el pilar de esta iniciativa; pues no sería posible sin ella dinamizar el enorme engranaje que el proceso de transición hacia la paz reclama y amerita”. Congreso de la República de Colombia, «Gaceta del Congreso No. 63» (Bogotá, 2011).

⁹⁷² Al respecto ha señalado la Corte Constitucional que “En este sentido, esta Corporación considera necesario y de suma importancia mencionar los principios de complementariedad, prohibición de doble reparación y compensación, de no exclusión, de coherencia externa e interna, de colaboración armónica, consagrados en la Ley 1448 de 2011 para efectos de la garantía de la reparación integral a las víctimas”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-286/14 (2014).

instituciones y entidades de la rama ejecutiva del poder público, tanto del nivel central como descentralizado por servicios y territorialmente”⁹⁷³.

Sobre este punto, no deja de ser paradójico que, a pesar de la notable presencia del principio de colaboración armónica en el texto de la Ley 1448 de 2011 y en sus desarrollos posteriores, algunos consideren que las limitaciones en la implementación que presenta dicha ley en la actualidad se deban a la falta de colaboración armónica entre las entidades e instituciones con competencias en el asunto. En este sentido, concluye Miguel Lozano en un estudio sobre el particular que “la falta de colaboración entre las diferentes instituciones encargadas de asegurar el efectivo ejercicio de los derechos de las víctimas del despojo y abandono forzado [de tierras], no solo retrasa el proceso de reparación integral, sino que además reduce la efectividad en la implementación de la Ley 1448 y los propósitos que se trazó el Estado colombiano junto con ella”⁹⁷⁴.

Posterior a la expedición de la conocida Ley de víctimas, encontramos dos cuerpos legales que introducen nuevamente en su articulado el principio de colaboración armónica. Si bien ambas leyes tienen ámbitos de aplicación muy diversos, rendir honores a la desaparecida ciudad de Armero y a sus víctimas en razón a la ocurrencia de un desastre natural en 1985 por un lado, y garantizar los derechos laborales y culturales de los actores y actrices colombianas por otro, ambas comparten, junto con la Ley 1448 de 2011, la forma en la que se hace mención a dicho principio. En todas ellas, el legislador utiliza la fórmula que prescribe que las distintas entidades del Estado deberán trabajar de manera armónica, articulada y/o coordinada para el cumplimiento de los fines de cada una de estas leyes, sin que se profundice qué significado o alcance tiene dicha colaboración o de qué mecanismos y oportunidades se dispone para llevarla a cabo. Por lo tanto, pareciera que con dichas disposiciones se estaría creando una especie de principio de colaboración armónica de naturaleza legal y con alcance restringido al cumplimiento de los fines previstos en cada uno de estos cuerpos normativos.

⁹⁷³ Presidencia de la República de Colombia, «Decreto 1084 de 2015» (2015), Art. 2.2.7.3.13.

⁹⁷⁴ Miguel Lozano Salazar, «Ineficacia de la Ley 1448 de 2011. Un problema de colaboración armónica entre poderes públicos» (Universidad EAFIT, 2019), 57, <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/13796>.

A manera de balance de los desarrollos legislativos del mandato de colaboración armónica podemos destacar tres puntos. El primero de ellos sugiere que para el legislador colombiano las labores derivadas de la colaboración armónica suponen actividades relacionadas con “diseñar”, “sugerir”, “promover”, “evaluar” y “solicitar”, lo que en rigor no se refiere a toma de decisiones concretas, sino más bien a las labores de planeación y coordinación entre las partes, al menos en materia de paz y reconciliación. En segundo lugar, llama la atención la reciente y reiterada creación por parte del legislador de un mandato de colaboración de orden legal que pretende prescribir a las distintas entidades del Estado para que trabajen conjuntamente en el cumplimiento de los fines previstos en las leyes, tal y como se desprende de lo dispuesto en las leyes 1448 de 2011, 1632 de 2013 y 1975 de 2019. Finalmente, es también de destacar que no cualquier interacción entre órganos del Estado será compatible con el mandato constitucional de colaboración armónica así sea prescrita por el legislador, tal y como se desprende de la declaratoria de inexequibilidad que la Corte Constitucional hizo del artículo 25 de la Ley 684 de 2001, por considerar que con esta se vulneraba claramente el principio constitucional básico de separación de poderes. A partir de este último punto, resulta claro lo determinante que es la interpretación que del artículo 113 superior haga la Corte Constitucional colombiana como intérprete autorizado del texto constitucional. Por consiguiente, en el próximo apartado se procederá a proponer un análisis de la jurisprudencia constitucional en la materia.

4.3. La colaboración armónica en la jurisprudencia constitucional

Como se anticipó, en este apartado se indagará por la interpretación que se ha hecho de la colaboración armónica en la jurisprudencia constitucional. Dicha indagación resulta relevante por dos factores. El primero, debido a que se dirige a identificar, conocer y sistematizar las interpretaciones que en sentencias de constitucionalidad se ha hecho del mandato de colaboración armónica. El segundo, en razón a que se analizará la jurisprudencia expedida por la Corte Constitucional colombiana, órgano que a partir de la Constitución de 1991 ejerce la guarda de la integridad y supremacía de esta. En relación con este factor, debe advertirse que si bien en la estructura de la rama judicial colombiana existen otros órganos de cierre para las especialidades ordinaria y administrativa, se optó por concentrar el análisis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional por considerar

suficiente el universo de sentencias expedidas, su calidad de órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, y por el carácter autorizado y vinculante de sus interpretaciones para las demás instituciones judiciales del país⁹⁷⁵.

Como se expuso en otro espacio, la investigación jurisprudencial puede hacerse desde dos perspectivas metodológicas, una de tipo conceptual y otra dirigida a la identificación de precedentes vinculantes⁹⁷⁶. El análisis conceptual o indicativo de la jurisprudencia, siguiendo a López Medina, es aquel que se concentra en la definición de los conceptos jurídicos, por tanto, tiende a obviar los criterios de analogía fáctica de las sentencias para centrarse en que estas traten un tema o concepto jurídico común⁹⁷⁷. Así las cosas, este tipo de análisis no se ocupa de la identificación de patrones fácticos para identificar líneas jurisprudenciales, sombras decisionales o precedentes vinculantes, sino de sistematizar lo que se ha conceptualizado o interpretado con relación a un concepto jurídico abstracto por parte de una autoridad judicial⁹⁷⁸. Teniendo en cuenta la finalidad que subyace a este ejercicio, donde el centro de análisis se ubica en la manera en que la Corte Constitucional ha interpretado el mandato de colaboración armónica, el enfoque que para ello se adopta será prevalentemente conceptual o indicativo.

A partir de estas premisas, debemos comenzar indagando por la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho del artículo 113 Superior. Al respecto, lo primero que debe advertirse es que la Corte ha reconocido que en dicha disposición normativa la Constitución colombiana consagra, de forma expresa, el principio de separación de poderes. Al hacer este reconocimiento, el alto tribunal, desde sus primeros

⁹⁷⁵ Sobre la prevalencia y vinculatoriedad de la jurisprudencia constitucional se ha pronunciado recientemente la Corte sosteniendo que “resulta indispensable señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional tiene un carácter prevalente respecto de las interpretaciones que realizan los demás órganos de unificación de jurisprudencia. Ello, por cuanto al tenor del artículo 4° Superior, en caso de incompatibilidad con disposiciones inferiores, se preferirá la aplicación de las normas constitucionales. De este modo, en virtud del principio de supremacía constitucional, los jueces y las autoridades administrativas en su labor de aplicación del ordenamiento jurídico deben dar prevalencia a los postulados constitucionales, cuyo contenido abarca, no sólo la literalidad de las normas, sino la interpretación que de ellas hace la Corte Constitucional. Así, cuando el precedente de la jurisdicción especializada y el constitucional sobre una misma materia tienen posturas diferentes, la Sala recuerda que el precedente constitucional debe irradiar a las demás jurisdicciones, por ser dictado por quién tiene a su cargo la interpretación autorizada de la Constitución, que es norma de normas”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-109/19 (2019).

⁹⁷⁶ Para ver un análisis comparativo del concepto y usos del precedente judicial, véase: MacCormick y Summers, *Interpreting precedents : a comparative study*.

⁹⁷⁷ López Medina, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, 110.

⁹⁷⁸ López Medina, 115.

pronunciamientos⁹⁷⁹ y hasta nuestros días⁹⁸⁰, parte de identificar dos modelos contrapuestos de separación de poderes. Para la Corte, el primero de estos defiende una delimitación funcional rigurosa, como medio para “restringir el poder”⁹⁸¹, a partir del entendimiento que “una distribución precisa y equilibrada de las labores estatales, en la cual cada órgano cumple una tarea preestablecida, es una condición suficiente para mantener a dichos órganos del poder dentro de sus límites constitucionales”⁹⁸². Por consiguiente, la separación funcional rígida es concebida como una clara estrategia que permite asegurar las libertades de los ciudadanos.

Desde esta perspectiva, el equilibrio de los poderes es una consecuencia natural de la autonomía de órganos con funciones constitucionalmente bien delimitadas⁹⁸³. En consecuencia, el control que ejerce un órgano sobre otro en relación con el cumplimiento de sus propias funciones es básicamente un control político que se da de manera tanto espontánea como ocasional y sólo frente a casos extremos. Al respecto señala la Corte que la rigidez de la separación de poderes condenaba este modelo al fracaso, por la dificultad de su implementación práctica, pues la falta de vasos comunicantes entre los distintos órganos estatales conducía a enfrentamientos difíciles de solucionar en la práctica, cuyo resultado natural y obvio tendía a ser la reafirmación del poder en los órganos, autoridades o funcionarios que se estiman política y popularmente más fuertes⁹⁸⁴.

El segundo modelo identificado por la Corte también parte de una especialización de las labores estatales, sin embargo, le confiere un papel preponderante al control y a las fiscalizaciones inter-orgánicas recíprocas, como reguladores constantes del equilibrio entre los poderes públicos. Este modelo constitucional, al que la Corte identifica con la fórmula de frenos y contrapesos (*checks and balances*)⁹⁸⁵, no presupone que la armonía entre los órganos que cumplen las funciones clásicas del poder público sea una

⁹⁷⁹ La primera mención a estos dos modelos de separación de poderes tiene lugar en la cuarta sentencia emitida por el Alto Tribunal después de su creación. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004/92 (1992).

⁹⁸⁰ La última mención conocida a los dos modelos de separación tienen lugar en la sentencia: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-306/19 (2019).

⁹⁸¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-971/04 (2004).

⁹⁸² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141/10.

⁹⁸³ Corte Constitucional de Colombia.

⁹⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia.

⁹⁸⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-971/04.

consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional y de la ausencia de interferencias en el ejercicio de sus competencias. Por el contrario, sostiene el tribunal que “el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político, la intervención de unos órganos en las tareas correspondientes a otros y las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias”⁹⁸⁶. En otras palabras, cada órgano tiene la posibilidad de condicionar y controlar a los otros en el ejercicio de sus respectivas funciones. Por consiguiente, suele decir la Corte que, la fórmula más apropiada para describir esta realidad es la de *separated institutions sharing powers*⁹⁸⁷, acuñada por el politólogo norteamericano Richard E. Neustadt en la década de los sesenta.

Caracterizados los dos modelos, la Corte ha afirmado reiteradamente que es este último, el de frenos y contrapesos, el que adopta la Constitución de 1991. En palabras del alto tribunal:

A diferencia del modelo absoluto y rígido de separación de poderes, la Constitución de 1991, adopta un sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público, que se conjuga con un principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y distintos mecanismos de freno y contrapeso entre los poderes.⁹⁸⁸

El principio de separación de poderes no solo ha sido utilizado frecuentemente como parámetro de control de constitucionalidad de normas con rango sub-constitucional, sino que ha llegado a ser considerado como un elemento “básico y esencial”⁹⁸⁹, “definitorio”⁹⁹⁰, “fundante”⁹⁹¹, “irremovible del ordenamiento superior”⁹⁹² y/o “eje transversal”⁹⁹³ del sistema constitucional vigente. En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que, por su particular relevancia en el diseño del sistema jurídico vigente, cualquier reforma que se dirija a suprimir, suspender o sustituir, directa o indirectamente, el principio de separación de poderes supondrá un exceso en la competencia de reforma constitucional y, por tanto, deberá ser declarada inconstitucional al implicar una

⁹⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141/10.

⁹⁸⁷ Neustadt, *Presidential power and the modern presidents : the politics of leadership from Roosevelt to Reagan*.

⁹⁸⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-971/04.

⁹⁸⁹ Corte Constitucional de Colombia.

⁹⁹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-170/12 (2012).

⁹⁹¹ Corte Constitucional de Colombia.

⁹⁹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674/17 (2017).

⁹⁹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-630/17 (2017).

sustitución del texto vigente⁹⁹⁴. Así, de forma ilustrativa, la Tabla 2 presenta un recuento de las principales sentencias proferidas por la Corte Constitucional donde se han declarado inexecutable reformas constitucionales por vulnerar el principio de separación de poderes y, con ello, la sub-regla jurisprudencial creada.

Tabla 12: Sentencias en las que se han declarado inconstitucionales reformas o iniciativas de reformas constitucionales por vulnerarse el principio de separación de poderes

Sentencia	Norma demandada	Sub-regla constitucional
C-1040/05	Acto Legislativo 2 de 2004	Se sustituye la Constitución por vulnerar el principio de separación de poderes cuando se le otorga la potestad a un órgano judicial como el Consejo de Estado para regular un asunto con reserva de ley orgánica, así sea de forma excepcional y temporal, y ese acto queda exento de control.
C-588/09	Acto Legislativo 1 de 2008	Se sustituye la Constitución por vulnerar el principio de separación de poderes cuando se le otorga la potestad a un órgano administrativo como la Comisión Nacional del Servicio Civil para regular un asunto con reserva de ley, así sea de forma excepcional y temporal, y ese acto queda exento de control.
C-141/10	Ley 1354 de 2009	Se sustituye la Constitución por vulnerar el principio de separación de poderes cuando expide una ley por la que se convoca a un referendo constitucional y que tiene como objeto permitir la relección del Presidente de la República por dos periodos consecutivos.
C-285/16	Acto Legislativo 2 de 2015	Se sustituye la Constitución por vulnerar el principio de separación de poderes cuando se modifica el sistema de autogobierno de la rama judicial afectando su neutralidad e imparcialidad al concentrar las funciones de administración en nuevos órganos y afectar el carácter endógeno a la rama judicial de dicha institucionalidad.
C-373/16	Acto Legislativo 2 de 2015	Se sustituye la Constitución por vulnerar el principio de separación de poderes e independencia judicial cuando se modifica el sistema de investigación, acusación y juzgamiento de los Magistrados de las altas cortes y del Fiscal General y se instaura un modelo ad hoc para dichos cargos, se desplaza a los órganos de origen popular en dichas labores y desaparecen las consideraciones de estabilidad institucional o relativas al bien común.

Fuente: Elaboración propia

Incluso, la jurisprudencia constitucional ha venido decantando los criterios que deberán considerarse para determinar si una reforma constitucional a la estructura del Estado preserva o no el principio de separación de poderes. Según se sintetiza en la reciente sentencia C-674/17, estos criterios son: primero, si la reasignación de roles y de

⁹⁹⁴ A manera de síntesis sobre el juicio de competencia véase: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1056/12 (2012).

competencias se encuentra acotada y definida en el derecho positivo, tanto desde el punto de vista material, como desde el punto de vista temporal y geográfico; segundo, si se desactivan los mecanismos de articulación entre los órganos y poderes del Estado, así como el sistema de controles inter-orgánicos; tercero, si las alteraciones a la estructura institucional provocan un vaciamiento de las competencias de otros órganos del Estado, o se convierten en un obstáculo para el cumplimiento de su rol institucional dentro de la organización política; y finalmente, si los cambios tienen por objeto o efecto una concentración de poder, la asunción de atribuciones o roles de distinta naturaleza en una única instancia dentro de la organización política o el control de un órgano sobre otro⁹⁹⁵. De la misma manera en que la Corte Constitucional ha reconocido que el artículo 113 consagra el principio de separación de poderes, también ha sostenido que, tal y como se desprende de su literalidad, en este también se incluye el mandato de colaboración armónica entre los órganos que conforman el poder público. En palabras del alto tribunal:

La Constitución Política establece en el artículo 113 la composición del poder público: en la columna vertebral de la estructura del Estado están las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, con sus respectivos órganos y dependencias; y además, se encuentran otros órganos que deben realizar el cumplimiento de las demás funciones del Estado, pese a no encontrarse vinculados a ninguna de las ramas del poder. A esta distribución del poder público en ramas y órganos se asocia, a su vez, la existencia de controles recíprocos y un deber de colaboración armónica que no solo es reconocido en la citada disposición, sino que ha sido también previsto en el inciso tercero del artículo 1 del acto legislativo 3 de 2011.⁹⁹⁶

Sobre el origen de dicho mandato, coincide la Corte con el recuento realizado en el capítulo segundo de esta disertación⁹⁹⁷, al igual que en sostener que la presencia de este

⁹⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674/17.

⁹⁹⁶ Al respecto continúa indicando la sentencia que “El ordenamiento constitucional colombiano impone, en relación con la división del poder: (i) un mandato de separación de las ramas del poder público reconocido específicamente en los incisos primero y tercero -primera proposición- del artículo 113; (ii) y un mandato de integración del poder público con otros órganos diferentes a los que integran las ramas ejecutiva, legislativa y judicial, según lo prevé el inciso segundo de la misma disposición. Adicionalmente y según se señaló, la Constitución precisa que el mandato de separación del poder en ramas y órganos no se opone, en modo alguno, a la instrumentación de formas de colaboración armónica y de control recíproco orientadas a la consecución de los objetivos previstos en el artículo 2°. Esto implica que de la Constitución también se deriva: (iii) un mandato de colaboración armónica reconocido en el inciso tercero -segunda proposición- que comprende no solo a los órganos que conforman las ramas ejecutiva, legislativa y judicial sino a todos los demás a los que les han sido asignadas funciones necesarias para la materialización de los fines del Estado; (iv) finalmente, un mandato de ejercicio de controles recíprocos” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-247/13 (2013).

⁹⁹⁷ Al respecto sostiene la Corte que “Con la reforma constitucional de 1936 se modificó el principio de tridivisión del poder al introducir la exigencia de colaboración armónica entre los órganos del poder para la realización de los fines del Estado, cláusula que es reiterada en la reforma constitucional de 1945. Por su parte, la Constitución de 1991 también la consagra, al igual que la colaboración armónica entre sus

tipo de relacionamiento inter-orgánico es propio de los regímenes parlamentarios como se sostuvo al comienzo del capítulo tercero de esta investigación⁹⁹⁸. Por su parte, en relación con el alcance y los órganos vinculados con el deber de colaborar, coincidiendo con la posición que se sostuvo al comienzo de este capítulo, ha sostenido la Corte que “[l]a modificación introducida en la Constitución de 1991 consiste en que la colaboración armónica se predica ya no solo de las ramas del poder público, sino de los diferentes órganos del Estado, incluidos los autónomos e independientes a que hace referencia el inciso segundo del artículo 113”⁹⁹⁹.

Sobre su significado ha considerado el alto tribunal que la “colaboración armónica [está] encaminada a realizar el “telos” de las instituciones”¹⁰⁰⁰ y, por tanto, “implica la unidad de acción y esfuerzos y la coordinación de propósitos para cumplir con los fines del Estado”¹⁰⁰¹. Sobre este último punto, a saber, los fines del Estado que aglutinan su actuar, ha señalado la Corte que “[a]lgunos de esos fines consisten, de acuerdo con el artículo 2° de la Carta, en garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades y (...) asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”¹⁰⁰². Incluso, en otras ocasiones la Corte ha identificado estos fines de forma más genérica con “los del servicio a la comunidad”¹⁰⁰³.

diferentes órganos para la realización de los fines del Estado.” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-246/04 (2004).

⁹⁹⁸ En este punto indica la Corte de forma reiterada que “Es así como se considera que en los regímenes parlamentarios no se puede hablar de separación entre el Ejecutivo y el Legislativo, puesto que su funcionamiento exige una permanente cooperación e identidad entre los dos - lo que se manifiesta en el hecho de que el Ejecutivo se conforma y renueva de acuerdo con la voluntad del Legislativo, al tiempo que éste último también puede ser disuelto por el Ejecutivo -, razón por la cual algunos han llegado incluso a plantear que en este tipo de regímenes la separación de poderes se verifica entre el Ejecutivo, la oposición parlamentaria y el tribunal constitucional.” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-312/97 (1997); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1493/00 (2000); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-983A/04.

⁹⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-743/98 (1998); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1493/00.

¹⁰⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-219/93 (1993).

¹⁰⁰¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-537-94 (1994).

¹⁰⁰² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-283/95 (1995).

¹⁰⁰³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004/92.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la colaboración armónica, la Corte la ha calificado como un “principio universal”¹⁰⁰⁴, “aceptado en todo Estado de Derecho moderno”¹⁰⁰⁵ y que “a partir de su positivización en la Carta Política, se convirtió en un elemento rector de las relaciones entre las diferentes ramas del poder público”¹⁰⁰⁶. En este sentido, se ha sostenido que, debido a su consagración en la Constitución de 1991, esta adquiere el carácter de principio con rango constitucional, llegando a ubicarlo a la par del principio de separación de poderes, tal y como lo reconoció en la primera sentencia de sala plena que emitió este tribunal¹⁰⁰⁷. Este reconocimiento ha hecho que la misma Corte Constitucional se indague por la manera de compatibilizar ambos principios. Al respecto ha señalado:

Esta disposición [el artículo 113 Constitucional] plantea un problema hermenéutico en relación con el funcionamiento de la organización constitucional del Estado, pues aun cuando dicha norma establece la premisa liberal burguesa de la separación de poderes, no define sus características generales, ni el modo como opera dentro de la estructura orgánica de la Constitución. Por ello, el texto parece mostrar cierta ambigüedad, en la medida en que reconoce un principio de separación funcional de los órganos del Estado, a la vez que dispone su colaboración armónica. Ello supone el surgimiento, entre otros, de los siguientes interrogantes: ¿Cómo es posible que los órganos del Estado colaboren armónicamente si sus funciones están separadas?, ¿Cuál es el alcance de la separación funcional de los órganos?, ¿Puede lograrse la colaboración armónica mediante la sola separación funcional?¹⁰⁰⁸

A estos interrogantes y por la naturaleza jurídica de ambos mandatos, la Corte responde en un pronunciamiento posterior que deberá ser a través de la ponderación como se concilie entre ambos. En sus palabras:

Esta Corporación ha establecido que la adecuada comprensión del artículo 113 de la Constitución, exige ponderar las exigencias vinculadas al mandato de separación funcional con el mandato de colaboración armónica, de manera tal que ninguno de ellos resulte anulado. En esta medida, no puede admitirse una interpretación excesivamente estricta de la separación funcional ni

¹⁰⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-306/04 (2004).

¹⁰⁰⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-227/93 (1993).

¹⁰⁰⁶ Expresamente dispuso la Corte que “el principio de colaboración armónica juega un papel trascendental en la estructura del equilibrio de poderes, en tanto que, a partir de su positivización en la Carta Política, se convierte en un elemento rector de las relaciones entre las diferentes ramas del poder público”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-630/17.

¹⁰⁰⁷ Al respecto dispuso la Corte que “la visión de una rígida separación de los poderes debe ser superada en la concepción que concilia el ejercicio de funciones separadas -que no pertenecen a un órgano sino al Estado- con la colaboración armónica para la realización de sus fines, que no son otros que los del servicio a la comunidad” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-004/92.

¹⁰⁰⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-983A/04.

tampoco una comprensión extremadamente deferente de las formas de interacción entre los diversos órganos del Estado.¹⁰⁰⁹

En esta línea y partiendo de que la ponderación como criterio hermenéutico se opone a la mera subsunción de un principio sobre otro, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha indicado los límites en los que debe enmarcarse la colaboración armónica de cara a la separación de poderes y viceversa. Así, sobre los límites o el núcleo del principio de separación de poderes ha señalado expresamente el tribunal:

Declara el precepto constitucional que los órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, con lo cual elimina todo criterio absoluto en cuya virtud cada rama u órgano tenga que actuar forzosamente dentro de marcos exclusivos, rígidos e impermeables. Se trata, más bien, de lograr un equilibrio que impida la concentración y el abuso del poder pero que a la vez permita, en virtud de una razonable flexibilidad, conjugar los esfuerzos de quienes lo ejercen con miras al logro de las metas comunes.¹⁰¹⁰

Por su parte, en cuanto a los límites del mandato de colaboración armónica, ha dispuesto la Corte Constitucional que:

Pero el principio este de colaboración armónica no puede llegar al extremo de desconocer el reparto funcional de competencias, ni el ampliamente explicado principio de división de poderes. Y por lo mismo, es erróneo afirmar que el principio de la colaboración armónica permite fusionar tareas y compartir responsabilidades sobre aspectos claramente diferenciados en el ordenamiento constitucional. Además, el principio de colaboración armónica no puede ser transformado por el Legislador en un deber de colaboración exigible cuando lo disponga el Ejecutivo¹⁰¹¹

A manera de síntesis y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional reseñada, la articulación del principio de separación de poderes y el de colaboración armónica tendrá como límites: (i) la imposición de pautas rígidas que eliminen las formas de interacción entre órganos y (ii) la autorización para que un órgano asuma las funciones que a otro le corresponden¹⁰¹².

¹⁰⁰⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-247/13.

¹⁰¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-212/94 (1994).

¹⁰¹¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-247/13.

¹⁰¹² Sobre este punto dispone el alto tribunal que “la colaboración en el cumplimiento de las diferentes funciones, que también hace parte de la doctrina de la separación de los poderes constitucionalmente prohijada, en ningún caso puede equivaler a la invasión del ámbito competencial confiado a alguno de ellos, ni significar desplazamiento, subordinación o reducción de un órgano a la condición de simple instrumento de los designios de otro, ya que, mediante la separación, se persigue “impedir la concentración del poder en manos de una misma persona”, motivo por el cual “a la división organizativa-funcional de poderes se suma la exigencia de que una y la misma persona no ocupe cargos, en unión personal, dentro del ámbito de poderes distintos”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141/10.

Ya pasando a la forma en que se manifiesta el principio de colaboración armónica en el sistema constitucional colombiano, es posible identificar en la jurisprudencia dos posiciones diferentes. La primera posición sostiene que la colaboración armónica se manifiesta a través de los controles interorgánicos propios del modelo de separación flexible identificado por la Corte. La segunda posición, reconoce que la colaboración armónica trasciende las relaciones y los mecanismos de control, lo que supone un tipo de interrelación y de dispositivos diferentes que se caracterizan por un actuar articulado y coordinado para la producción de un resultado conjunto. Con el fin de presentar ambas posiciones se procederá a reseñar las sentencias judiciales que las adoptan y exponer los ejemplos dados por la Corte Constitucional para cada una de ellas.

4.3.a. La colaboración armónica como *freno y contrapeso*

La primera posición adoptada por la Corte Constitucional sostiene que la colaboración armónica se manifiesta exclusivamente en los mecanismos de control inter-orgánico que son propios de un sistema flexible de separación de poderes o de frenos y contrapesos. Para ello, la Corte parte de una concepción prevalente del mandato de separación de poderes sobre la colaboración armónica. Este postulado, lo podemos evidenciar cuando la Corte hace manifestaciones como las siguientes:

En conclusión, el principio de separación de poderes es un rasgo definitorio del Estado Constitucional. Este eje estructural, para el caso particular de la Carta Política, se caracteriza por (i) la delimitación precisa, mediante reglas jurídicas, de las competencias de cada uno de los poderes, junto con la definición de su estructura institucional; (ii) la aplicación de dicho principio para el cumplimiento de la doble función de racionalización de la actividad del Estado y protección de los derechos y libertades de los ciudadanos ante la arbitrariedad propia de todo poder omnímodo; y (iii) la incorporación de mecanismos para el funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos, agrupados en los criterios de colaboración armónica y de controles recíprocos o interorgánicos.¹⁰¹³

En esta línea, la Corte considera que existen límites precisos y estrictos para el mandato de colaboración armónica, los cuales en ningún caso pueden comprometer la vigencia del principio de separación de poderes. En palabras del alto tribunal:

Así pues, la colaboración en el cumplimiento de las diferentes funciones, que también hace parte de la doctrina de la separación de los poderes

¹⁰¹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/12 (2012).

constitucionalmente prohijada, en ningún caso puede equivaler a la invasión del ámbito competencial confiado a alguno de ellos, ni significar desplazamiento, subordinación o reducción de un órgano a la condición de simple instrumento de los designios de otro, ya que, mediante la separación, se persigue “impedir la concentración del poder en manos de una misma persona”, motivo por el cual “a la división organizativa-funcional de poderes se suma la exigencia de que una y la misma persona no ocupe cargos, en unión personal, dentro del ámbito de poderes distintos” (...).

El mandato de colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado asegura la concurrencia de diferentes perspectivas y medios de acción para optimizar los fines que justifican y orientan las actividades del Estado. En todo caso, al amparo de este último mandato no pueden adoptarse medidas que, como lo precisa la Corte, impliquen una invasión competencial.¹⁰¹⁴

Finalmente, sostiene la Corte que el mandato de colaboración armónica consagrado en el artículo 113 Constitucional se asimila con el modelo flexible de separación de poderes, en tanto los mecanismos e instrumentos de control o de *freno y contrapeso*, como los denomina la Corte, son manifestaciones del mandato de colaboración¹⁰¹⁵. Este razonamiento ha llevado a considerar que algunas de las labores que desarrollan los organismos de control o inclusive, órganos jurisdiccionales en el sistema constitucional colombiano corresponden a funciones que desarrollan directamente el mandato de colaboración armónica entre los poderes. Un primer ejemplo de ello lo encontramos en las labores de control fiscal que desempeña la Contraloría General de la República sobre la ejecución de los recursos públicos, vigilando porque no se produzca detrimento patrimonial y en caso de que así sea, procurar su resarcimiento. En sentencia del 26 de febrero de 2002, la Corte Constitucional afirmaba que el mandato de colaboración armónica involucraba a las labores del control fiscal en los siguientes términos:

En esta perspectiva se expresa la estructura del Estado bajo la fórmula de las tres ramas del poder público acompañadas por unos órganos autónomos e independientes, cuya razón de ser común estriba en el cumplimiento de las funciones del Estado. Donde, el alinderamiento de las respectivas competencias apareja una colaboración armónica en cabeza de todos los órganos y entidades que integran la estructura del Estado, de suyo ligada a un concepto de gestión pública que a tiempo que involucra tanto a los entes ejecutores como a los controladores, prefigura y determina los nuevos lineamientos del control fiscal que hoy militan en el ordenamiento superior

¹⁰¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141/10.

¹⁰¹⁵ Al respecto ha dispuesto la Corte de forma reiterada y haciendo mención al derecho comparado que “El modelo de división tripartita del poder propuesto por Montesquieu encontró gran resonancia dentro de los teóricos del Estado y en la expedición misma de las Constituciones Políticas, si bien en Estados Unidos asumió un camino que exigía la *cooperación entre las distintas ramas del poder (el llamado checks and balances)*, mientras que en el continente europeo se estableció una rígida separación entre ellas” (énfasis fuera del texto). Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-312/97; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1493/00; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-983A/04.

de cara a un gestor fiscal revestido de mayor autonomía y correlativas responsabilidades.¹⁰¹⁶

En el mismo sentido, pero de forma posterior, sostendrá expresamente el alto tribunal que las labores preventivas de control fiscal constituyen una expresión del principio de colaboración armónica, a saber:

Cohérente con ese modelo, el artículo 65 del estatuto de contratación asignó el control previo administrativo a las oficinas de control interno de cada entidad, mientras que la intervención de los organismos autónomos a cargo de velar por la gestión fiscal se ejerce con posterioridad -sin perjuicio del control de advertencia que es expresión del principio de colaboración armónica, en la medida en que apunte al cumplimiento de los fines y principios constitucionales, siempre que no implique una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las demás autoridades[.].¹⁰¹⁷

Un segundo ejemplo de equiparación entre los mecanismos de control y los de colaboración armónica tiene lugar en el control que ejerce la Procuraduría General de la Nación. Frente al control preventivo de este órgano ha considerado la Corte Constitucional:

Dicho principio [el de colaboración armónica] se aplicaba a las ramas del poder público, en su versión clásica. No obstante, habida cuenta de que en atención a las necesidades de la evolución institucional el Constituyente reconoció la existencia de órganos autónomos que no pertenecen a tales normas del poder, también extendió en el inciso segundo del artículo 113 el ámbito de este principio a la relación entre órganos que no integran las ramas del poder público. La Procuraduría General es uno de tales órganos que gozan de autonomía constitucional y sus funciones preventivas son una materialización de este principio de colaboración armónica que busca evitar que otra rama u órgano incurra en una vulneración del ordenamiento jurídico o genere un detrimento patrimonial.¹⁰¹⁸

Un tercer ejemplo tiene lugar con las funciones de control que desempeña la misma Corte Constitucional. Al respecto, el mismo tribunal ha considerado que los controles que ella ejerce constituyen mecanismos que desarrollan el mandato de colaboración armónica. Así, frente al control constitucional abstracto que ejerce frente a leyes aprobatorias de tratados internacionales ha sostenido que:

En desarrollo de la colaboración armónica, el artículo 241 de la Constitución, al asignarle a la Corte Constitucional la guarda de su integridad y supremacía "en los estrictos y precisos términos de este artículo", le confiere en el

¹⁰¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-127/02 (2002).

¹⁰¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-967/12 (2012).

¹⁰¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-977/02 (2002).

numeral 10 la función de "decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Tratados Internacionales y de las leyes que los apruebe.¹⁰¹⁹

Esta misma postura la ha sostenido frente a la acción pública de inconstitucionalidad y a la competencia que tiene la Corte de pronunciarse sobre ella. En sus propios términos:

Como segundo ejemplo de colaboración armónica, según se manifestó previamente, se encuentra la acción pública de inconstitucionalidad, la cual obedece a un mecanismo de control jurisdiccional para garantizar la integridad y supremacía de la Carta. Sin perjuicio de su naturaleza judicial, es bien sabido que la consagración de esta acción responde igualmente a una categorización como derecho político, conforme se dispone en el artículo 40 del texto superior. A su vez, el artículo 241, tras disponer a cargo de la Corte Constitucional el deber de asegurar la integridad y supremacía de la Constitución, le otorga al citado Tribunal la competencia para “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.¹⁰²⁰

Finalmente, la Corte Constitucional ha reconocido que pueden existir casos donde se desarrollen al mismo tiempo el mandato de colaboración armónica y de controles recíprocos. Este sería el caso de la autorización que debe tramitar el Gobierno Nacional para celebrar contratos de empréstitos internacionales por parte del Congreso de la República. En palabras del alto tribunal:

Un evento donde se presentan al mismo tiempo la colaboración y el control entre las ramas ejecutiva y legislativa del poder público, es el atinente a la autorización para celebrar contratos y negociar empréstitos, el cual se halla regulado en los artículos 150-9 y 189-23 de la Carta Política.¹⁰²¹

4.3.b. La colaboración armónica como algo más que *freno* y *contrapeso*

Una segunda postura que es posible identificar en la jurisprudencia sostiene que los mecanismos de colaboración armónica trascienden de los de mero control. Se caracterizan por promover un relacionamiento caracterizado por la coordinación y articulación para el cumplimiento de funciones y fines comunes entre los órganos. Para ello, la Corte

¹⁰¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-276/93 (1993).

¹⁰²⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-110/16 (2016).

¹⁰²¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-246/04.

Constitucional parte de reconocer expresamente la diferencia entre los mecanismos de control recíproco y los de colaboración armónica

Pese a que la evolución misma de la teoría del Estado vino a imponer la necesidad de que los diferentes órganos de poder no actuaran en forma aislada e independiente, se conservó, sin embargo, la idea original de contar con un sistema de balanzas que equilibrara constantemente el peso entre ellos, el denominado “checks and balances”, con lo cual las ramas del poder público comenzaron a interactuar unas con otras, de forma tal que a la par que se producía una colaboración armónica entre ellas también operaba el control mutuo. Así pues, al lado de la colaboración armónica entre las ramas del poder, que implica relaciones de cooperación y coordinación interinstitucional, existen relaciones de control entre los órganos estatales, pues es una realidad que el poder no sólo debe dividirse para que no se concentre, sino que también debe controlarse para que no se extralimite.¹⁰²²

Establecida la diferencia entre los mecanismos de control y de colaboración, la Corte ha dado algunas luces sobre el contenido y significado de estos últimos. Así, en sentencia C-971 de 2004 dispuso:

El modelo por el cual optó el constituyente de 1991 mantiene el criterio conforme al cual, por virtud del principio de separación, las funciones necesarias para la realización de los fines del Estado se atribuyen a órganos autónomos e independientes. Sin embargo, la idea de la separación está matizada por los requerimientos constitucionales de colaboración armónica y controles recíprocos. Por virtud del primero, se impone, por un lado, una labor de coordinación entre los órganos a cuyo cargo está el ejercicio de las distintas funciones, y, por otro, se atenúa el principio de separación, de tal manera que unos órganos participan en el ámbito funcional de otros, bien sea como un complemento, que, según el caso, puede ser necesario o contingente, o como una excepción a la regla general de distribución funcional, como cuando la Constitución señala que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales o que la ley podrá atribuir excepcionalmente función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas.¹⁰²³

Casi una década más tarde, en la sentencia C-247/13 una de las sentencias en que con más detalle se aborda el principio de colaboración armónica, a saber, la Corte Constitucional da un paso más allá y se atreve a proponer una tipología para identificar los mecanismos de colaboración que están expresamente previstos en la Constitución y que en su criterio se diferencian claramente de los de control. En sus palabras:

Los mandatos de colaboración armónica y de controles recíprocos se realizan constitucionalmente de diferente manera. En primer lugar, en la inexistencia de una coincidencia exacta entre la rama del poder público y el tipo de funciones que le son asignadas. En segundo término, en la fijación de funciones complementarias activando la participación de varios órganos en

¹⁰²² Corte Constitucional de Colombia.

¹⁰²³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-971/04.

momentos diferentes o con diversos grados de generalidad. En tercer lugar, en la posibilidad de transferir temporalmente cierto tipo de funciones de un órgano a otro. En cuarto lugar, en la asignación específica a algunos órganos de funciones que deben cumplir respecto de otros vinculados, usualmente, a alguna rama del poder.¹⁰²⁴

Una vez establecida la tipología, el alto tribunal procede a enunciar algunos ejemplos de cada uno de los tipos identificados. A continuación, a raíz de la pertinencia de esta propuesta, se desarrollará la tipología propuesta y se presentarán los ejemplos sugeridos por la Corte Constitucional, no solo en la sentencia precitada sino en otros pronunciamientos jurisprudenciales, tanto anteriores como posteriores al mismo. En esta línea, la primera tipología de instrumentos de colaboración propuesta se define como aquellos que “suponen que los órganos tradicionalmente vinculados a una de las ramas tienen o puede tener a su cargo el ejercicio de competencias que, *prima facie*, corresponderían a otros. Esta ausencia de coincidencia implica un rompimiento conceptual entre el tipo de órgano y la clase de función”¹⁰²⁵. Dentro de esta tipología la Corte ha identificado distintos mecanismos en su jurisprudencia por lo que se agruparán a continuación atendiendo al órgano que es titular de este.

a). De titularidad de la Rama Legislativa:

- El ejercicio de funciones judiciales por parte del Congreso: así lo dispone el segundo inciso del artículo 116 de la Constitución, ejercerá determinadas funciones judiciales tal y como luego lo precisan los artículos 174, 175 y 177 de la Constitución¹⁰²⁶.
- El ejercicio de ciertas funciones administrativas por parte del Congreso: ello sucede cuando ejerce la competencia prevista en el numeral 20 del artículo 150 de la Constitución, consistente en crear los servicios administrativos y técnicos de las cámaras.
- El ejercicio de ciertas funciones electorales por parte del Congreso: estas competencias se establecen en los artículos 178, 239, 276 y 267 de la Constitución Política. Al respecto, ha sostenido la Corte Constitucional que “[e]l ejercicio de la función electoral por el órgano legislativo, permite la integración de otros órganos del Estado y contribuye a transmitir legitimidad democrática a otras instancias del

¹⁰²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-247/13.

¹⁰²⁵ Corte Constitucional de Colombia.

¹⁰²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-212/94.

poder público. Puede decirse que esta función, lejos de afectar negativamente el principio de separación de funciones, es una manifestación, quizá la más conspicua, del principio de colaboración entre los diferentes órganos estatales”¹⁰²⁷.

b). De titularidad de la Rama Ejecutiva:

- La adopción de medidas materialmente legislativas por parte del Gobierno por expresa habilitación constitucional: la Corte Constitucional en Sentencia C-247 de 2013 dispuso que ello tendrá lugar en los siguientes casos:
 - El decreto que puede expedir el presidente que pone en vigencia el Plan Nacional de Desarrollo cuando el Congreso de la República no lo haya aprobado después de tres meses de presentado. (inciso 3° art. 341 CN)
 - El decreto que pudo expedir el presidente de la República para regular el Sistema General de Regalías, si pasados 9 meses de entrada en vigencia del Acto Legislativo, el Congreso no lo había hecho. (par. 4° transitorio del artículo 2 del Acto Legislativo 5 de 2011),
 - El decreto que pudo adoptar el presidente de la República para expedir las normas necesarias para la regulación del sistema penal acusatorio, si el Congreso no las adoptaba antes del día 20 de junio de 2004. (inciso 2° del parágrafo 4 transitorio del Acto legislativo 3 de 2002). Al pronunciarse la Corte Constitucional sobre esta norma dispuso expresamente en Sentencia C-970 de 2004 que con ella “se respeta la competencia legislativa del Congreso de la República para expedir las leyes correspondientes, y solamente ante la omisión del Legislador queda habilitado el Ejecutivo para regular la materia, lo que se inscribe dentro del principio de colaboración y cooperación de los distintos órganos del Estado”¹⁰²⁸.
 - El decreto que pudo expedir el presidente de la República para establecer las disposiciones relativas a la financiación de los partidos y movimientos

¹⁰²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-497/95 (1995).

¹⁰²⁸ En esta sentencia existe un salvamento de voto suscrito por cuatro de los nueve magistrados de la Corte Constitucional en el que difieren de la apreciación citada previamente al disponer que “*se pretexto que la habilitación extraordinaria al Ejecutivo para transformarlo en legislador “se inscribe dentro del principio de colaboración y cooperación de los distintos órganos del Estado”. No. De lo que aquí se trata es, nada menos que de la privación al Congreso de la República de la función de legislar sino lo hace en un término preciso y sobre tales materias. Es decir, se instituye como novedad que, en esas hipótesis, el presidente de la República asuma también la función legisladora*”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-970/04 (2004).

políticos, si dentro de los tres meses siguientes a la vigencia del Acto Legislativo el Congreso no lo hiciera. (parágrafo transitorio del art. 3 del acto legislativo 1 de 2003). Sobre el particular dispuso expresamente la Corte Constitucional que “de esta manera, se respeta la competencia legislativa del Congreso de la República para expedir las leyes estatutarias en materia electoral, y solamente ante la omisión del Legislador queda habilitado el Ejecutivo para regular la materia, lo que se inscribe dentro del principio de colaboración y cooperación de los distintos órganos del Estado con miras a hacer efectiva las nuevas normas constitucionales sobre financiación de la política antes de las elecciones departamentales y municipales venideras”¹⁰²⁹.

- La declaratoria de Estados de Excepción y la adopción de medidas legislativas tendentes a su superación: esta competencia se establece en los artículos 212-215 de la Constitución y habilitan al Gobierno para la expedición de decretos con fuerza material de ley, conocidos como Decretos Legislativos. En este sentido ha dispuesto expresamente la Corte Constitucional que “[e]s evidente, entonces, que durante los estados de excepción operan en forma concordante y colaboradora todos los poderes públicos, como representantes de la unidad nacional, con el fin de conjurar las situaciones de crisis y en cumplimiento del artículo 113 de la Constitución, que consagra la separación de las distintas ramas del poder público y la colaboración armónica para lograr los fines esenciales del Estado”¹⁰³⁰.
- El ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de ciertas autoridades administrativas: así se consagra en el tercer inciso del artículo 116 de la Constitución Política al disponer que determinadas autoridades administrativas, esto es, órganos vinculados a la rama ejecutiva, ejerzan funciones jurisdiccionales en aquellas materias que de manera precisa sean definidas por la ley.
- La solicitud por parte de un Ministro del Gobierno de la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal a una sentencia adoptada por una alta corte: según lo establece el inciso 4° del artículo 334 Constitucional, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2011, hecha la solicitud, la alta corte que profirió la sentencia deberá oír las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las

¹⁰²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-971/04.

¹⁰³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-179/94 (1994).

finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objetivo de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. Sobre este incidente ha dispuesto expresamente la Corte Constitucional que proporciona “una instancia de interlocución entre los poderes públicos que se explica en el principio de colaboración armónica”¹⁰³¹.

c). De titularidad de la Rama Judicial

- La competencia que tienen las altas cortes para dictar sus propios reglamentos: esta facultad está asignada a la Corte Suprema (num. 6 del artículo 235 CN), al Consejo de Estado (num. 6 del artículo 237 CN) y a la Corte Constitucional (num. 11 del artículo 241 CN).
- Competencias del Consejo Superior de la Judicatura consistentes en administrar la carrera judicial: estas se materializan al elaborar las listas de candidatos para la designación de funciones judiciales, llevar el control de rendimiento de las corporaciones y despachos judiciales (artículo 256 CN), fijar la división del territorio para efectos judiciales, y dictar los reglamentos que se requieran para la organización y funciones asignadas a los distintos cargos (artículo 257 CN).
- El ejercicio de ciertas funciones electorales por parte de órganos judiciales: en la Constitución les son asignadas funciones para participar en la elección del Fiscal General de la Nación (art. 249 CN), a la Corte Suprema de Justicia y del Procurador General de la Nación (art. 276), al Consejo de Estado y a la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la segunda tipología, a saber, la fijación de funciones complementarias señala la Corte Constitucional que esta “se encuentra prevista en disposiciones que exigen la participación de órganos adscritos a diferentes ramas del poder para el cumplimiento de una función constitucional”¹⁰³². Al respecto, en la sentencia C-247/13 se enuncian los siguientes ejemplos:

- La participación del Congreso y del presidente de la República en los procesos de aprobación de la ley del Plan Nacional de Desarrollo o de la ley anual de presupuesto.

¹⁰³¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/12.

¹⁰³² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-247/13.

- La participación del Congreso y del presidente en la regulación de las materias mencionadas en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución: esta norma constitucional consagra las denominadas “leyes marco o cuadro”, las cuales han sido reconocidas por la Corte Constitucional como una técnica legislativa de colaboración armónica de los poderes públicos. Ello al imponer la concurrencia del poder legislativo y el poder ejecutivo, de manera que el primero dictará normas generales y señalará objetivos y criterios y el segundo adecuará las anteriores materias a las necesidades de ejecución mediante decretos reglamentarios que deben someterse a aquella¹⁰³³.
- La iniciativa legislativa funcional: dicha facultad se refiere al reconocimiento de competencias para la presentación de proyectos de ley o reformas constitucionales a los órganos judiciales, a las autoridades electorales o a los organismos de control respecto de materias relacionadas con sus funciones (arts. 156, 237.4, 251.4, 257.4, 265.5, 268.9, 278.3 y 282.6). En palabras de la Corte, “[l]a iniciativa funcional responde a la ampliación realizada en la Constitución, por virtud de la cual se otorga la competencia para presentar proyectos de ley a los principales órganos de la Rama Judicial, así como a los organismos electorales y de control, “en materias relacionadas con sus funciones”. En la práctica se trata de un instrumento de colaboración armónica, a través del cual se brinda la posibilidad a los principales actores del poder público en Colombia de presentar propuestas para mejorar las funciones del Estado, en aquellas materias que son de exclusivo conocimiento”¹⁰³⁴.
- La iniciativa legislativa exclusiva por parte del Gobierno: esta se consagra en el inciso segundo del artículo 154 CN. En palabras de la Corte, “[l]a exigencia de iniciativa del Gobierno es reflejo del principio de la colaboración armónica entre los distintos órganos del poder al tiempo que es consecuente con la función que cumple el Gobierno Nacional en el manejo de la administración pública, así como en el diseño y ejecución de las políticas referentes a la organización y el tamaño de la estructura del Estado, entre otros asuntos”¹⁰³⁵.

¹⁰³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-408/94 (1994); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-312/97; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1111/00 (2000); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-687/17 (2017).

¹⁰³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031/17 (2017).

¹⁰³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-121/03 (2003).

La tercera tipología de mecanismos de colaboración que identifica la Corte es aquellos que permiten que determinados órganos deleguen transitoriamente el ejercicio de algunas de sus funciones¹⁰³⁶. En la sentencia C-247/13, la Corte identifica como único ejemplo de ello la posibilidad que tiene el Congreso de manera temporal y precisa para autorizar al presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley en determinadas materias. Dicha posibilidad se consagra en el artículo 150.10 CN y establece que a iniciativa del Gobierno, por mayoría absoluta, para determinados asuntos y por un periodo máximo de 6 meses, el Congreso podrá revestir de facultades legislativas extraordinarias al Presidente. En virtud de estas, los decretos que se expidan con este fundamento tendrán el rango de ley, por lo que reciben el apelativo de Decretos- Ley. Sobre esta figura, la Corte ha sostenido que “En la Carta de 1991, el otorgamiento de facultades extraordinarias al presidente debe entenderse como una manifestación del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público, establecido en el artículo 113 constitucional.”¹⁰³⁷

El cuarto y último tipo de colaboración identificado se refiere a los dispositivos por medio de los cuales se asignan funciones a determinados órganos en relación con otros. Al respecto, la Corte identifica dos disposiciones constitucionales que constituyen ejemplo de ello, a saber, los artículos 200 y 201 de la Constitución Política. El primero de estos dispone expresamente:

Artículo 200. Corresponde al Gobierno, en relación con el Congreso:

1. Concurrir a la formación de las leyes, presentando proyectos por intermedio de los ministros, ejerciendo el derecho de objetarlos y cumpliendo el deber de sancionarlos con arreglo a la Constitución.
2. Convocarlo a sesiones extraordinarias.
3. Presentar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 150.
4. Enviar a la Cámara de Representantes el proyecto de presupuesto de rentas y gastos.
5. Rendir a las cámaras los informes que éstas soliciten sobre negocios que no demanden reserva.
6. Prestar eficaz apoyo a las cámaras cuando ellas lo soliciten poniendo a su disposición la fuerza pública, si fuere necesario.

En relación con algunos de los mecanismos allí previstos, la Corte Constitucional se ha pronunciado calificándolos expresamente como dispositivos de colaboración entre

¹⁰³⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-247/13.

¹⁰³⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-630/14 (2014).

poderes. Así, en cuanto al mensaje de urgencia que puede interponer el presidente de la República para agilizar el trámite legislativo de proyectos de su interés, el alto tribunal ha dispuesto que “[e]l señalado canon constitucional, otorga al Jefe de Estado una prerrogativa de indudable importancia y que abre valiosa oportunidad de colaboración armónica entre las ramas del poder público para el logro de los fines del Estado”¹⁰³⁸. En el mismo sentido, afirma en un pronunciamiento posterior que “[t]al facultad la tiene, en efecto, el presidente de la República, en el ejercicio de una función de colaboración armónica entre las ramas del Poder Público para el logro de los fines del Estado”¹⁰³⁹.

Por su parte, con relación a la institución de la objeción presidencial, ha dispuesto la Corte Constitucional que en el caso colombiano ha de ser concebida entonces como expresión del principio de colaboración armónica entre las diferentes ramas del poder público y no como un poder de veto¹⁰⁴⁰. De esta manera, agotado el proceso ordinario de aprobación de una ley, el Ejecutivo puede advertir a las cámaras de sus deficiencias jurídicas o los riesgos de su entrada en vigencia, exigiendo un nuevo espacio de reflexión política o jurídica ante el órgano por antonomasia deliberativo. Las objeciones, en los términos de la jurisprudencia constitucional, conducen a un examen adicional en la temática de un proyecto, “lo que indudablemente enriquece las deliberaciones y el resultado final de las mismas”, donde “la actuación preventiva del Gobierno y la inmediata reflexión de las cámaras, constituyen oportunidades institucionales valiosas que se orientan a reforzar la necesaria vinculación del poder público a la Constitución. En este sentido ha dispuesto expresamente el alto tribunal que “el proceso de objeciones presidenciales se ha concebido en aras de incentivar la colaboración armónica entre los órganos del Estado y de preservar la labor realizada por el legislativo”¹⁰⁴¹.

El segundo de los artículos, es decir, el 201 Constitucional dispone que: “Corresponde al Gobierno, en relación con la Rama Judicial: 1. Prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias; 2. Conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad [...]”. Frente a la primera obligación ha dispuesto la Corte

¹⁰³⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-374/97 (1997).

¹⁰³⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-393/00 (2000); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-565/97 (1997).

¹⁰⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-524/13 (2013).

¹⁰⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-987/04 (2004).

que “el cumplimiento de los fallos judiciales por la administración es una exigencia que se deriva de dicha colaboración, y resultaría inadmisibles que esta al omitir su ejecución pudiera actuar contrariando dichos fines”¹⁰⁴². Por su parte, frente a la concesión de indultos, no se encontraron pronunciamientos jurisdiccionales que lo relacionaran como un mecanismo de colaboración armónica.

Una vez expuesta y desarrollada la tipología de mecanismos que realizan el mandato de colaboración y que se encuentran expresamente previstos en la Constitución, la Corte advierte en la misma sentencia C-247/13 que estos también pueden tener origen legal y no solo constitucional, por lo que también podrán ser creados y regulados por el órgano legislativo. Sobre este particular dispuso expresamente la sentencia que:

Las normas que disciplinan la incidencia mutua mediante la fijación de formas de control o de mecanismos de colaboración tienen, en principio, un estatus constitucional, atendiendo la significativa importancia que ello tiene para la protección de los derechos de las personas, así como para la consecución de los fines del Estado. El predominio de la regulación constitucional en esta materia no se opone, sin embargo, a que el Congreso adopte normas legales que se ocupen de concretar los mandatos antes señalados.¹⁰⁴³

Por lo tanto, a lo largo de la jurisprudencia de la Corte es posible también identificar casos en los que esta ha debido analizar la compatibilidad de dichos mecanismos legales con los parámetros constitucionales. En este punto, vale advertir que muchos de estos dispositivos no mencionan expresamente al principio de colaboración armónica, en cuanto al catálogo anteriormente identificado en este capítulo y que, si lo hacían, deberán adicionarse aquellos que la Corte ha identificado como desarrollos del mencionado principio constitucional de colaboración. Así, una vez hecha la búsqueda y sistematización de dichos casos en las Tablas 3, 4, 5 y 6 se agrupan las sentencias atendiendo a los órganos que colaboran a través del mecanismo creado y el contenido de la disposición legal que fue revisada y declarada ejecutable por la Corte Constitucional.

Tabla 13: Mecanismos legales de colaboración entre las ramas ejecutiva y judicial

Sentencia	Contenido de la disposición legal
C-212/94	Una norma legal que asigna a las autoridades de policía el conocimiento transitorio de los hechos punibles sancionados, en su momento, con pena de arresto ¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-537-94.

¹⁰⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-247/13.

¹⁰⁴⁴ Sentencia C-212 de 1994

C-037/96	Una disposición legal que permite la participación del Ministro de Justicia y del Derecho en la Comisión Interinstitucional de la Rama Judicial establecida en la ley 270 de 1996 bajo la condición de que no le sea reconocido un derecho a votar. ¹⁰⁴⁵ Una ley que dispone la designación del Director de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, durante el período de transición previsto en el artículo 177 de la ley 270 de 1996, por parte del Ministro de Justicia y del Derecho. ¹⁰⁴⁶
T-685/15	Se evaluó la posibilidad de permitir la reclusión de un sujeto sometido a fuero especial indígena en un centro de reclusión ordinario. ¹⁰⁴⁷

Fuente: Elaboración propia

Tabla 14: Mecanismos legales de colaboración entre las ramas ejecutiva y legislativa

Sentencia	Contenido de la disposición legal
C-179/94	La disposición de la ley estatutaria en materia de estados de excepción que autoriza al Presidente de la República para asistir e intervenir en el Congreso. ¹⁰⁴⁸
C-283/95	La adopción por parte del Congreso de una ley que se ocupa de regular asuntos de orden público -ley 104 de 1993- a pesar de la competencia que en esta materia le fue asignada al Presidente de la República en el numeral 4 del artículo 189 de la Carta. ¹⁰⁴⁹
C-605/06	La autorización legal para que órganos del poder ejecutivo integren la regulación de tipos penales en blanco. ¹⁰⁵⁰
C-247/13	La norma legal que permite la participación pero no el voto de los congresistas en la Comisión Rectora de Regalías y en los Órganos Colegiados de Administración y Decisión regionales donde se administran los recursos destinados a la Ciencia, Tecnología e Innovación tanto nacionales como territorialmente. ¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁵ Sobre el particular dispuso al alto tribunal que “la participación del ministro de Justicia, prevista en el último inciso de la disposición que se revisa, debe entenderse dentro del marco de la colaboración armónica entre las ramas del poder, la cual en momento alguno puede condicionar o determinar las decisiones que la Comisión o cualquier otro órgano de la rama judicial deba adoptar sobre asuntos de carácter presupuestal o relativos al plan de desarrollo”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-037/96 (1996).

¹⁰⁴⁶ En esta sentencia se dispone sobre el deber de colaboración que “[...] la participación del ministro de Justicia, prevista en el último inciso de la disposición que se revisa, debe entenderse dentro del marco de la colaboración armónica entre las ramas del poder, la cual en momento alguno puede condicionar o determinar las decisiones que la Comisión o cualquier otro órgano de la rama judicial deba adoptar sobre asuntos de carácter presupuestal o relativos al plan de desarrollo.” Corte Constitucional de Colombia.

¹⁰⁴⁷ Al respecto se sostuvo que “en aplicación del principio de colaboración armónica entre las jurisdicciones -especial y ordinaria- y la rama ejecutiva, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que los indígenas juzgados por la jurisdicción especial, pueden ser reclusos de manera excepcional en establecimientos ordinarios cuando la propia comunidad así lo requiera”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-685/15 (2015).

¹⁰⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-179/94.

¹⁰⁴⁹ En esta sentencia indicó la Corte que “No puede desconocerse que, en el ejercicio de las funciones públicas, si bien la Constitución ha establecido el criterio general de la separación, que reserva a cada rama una órbita de atribuciones en la que no pueden inmiscuirse las demás, ella misma ha señalado que todas colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado (Artículo 113 C.P.)” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-283/95.

¹⁰⁵⁰ Sobre el particular dispuso la Corte que “El caso previsto en el artículo 382 del C.P. es ejemplo viviente de esa colaboración, pues mientras el Congreso, como órgano capital de la Rama Legislativa, diseña los elementos estructurales del tipo penal de tráfico de estupefacientes, el Ejecutivo, en aprovechamiento de su ventaja de intermediación con el fenómeno delictivo, complementa la voluntad legislativa mediante la enumeración de las sustancias que podrían tomar el lugar de uno de los elementos del delito.” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-605/06 (2006).

¹⁰⁵¹ Al respecto dispuso la Corte que “La Corte considera que la participación de los congresistas en la Comisión Rectora no implica la inconstitucionalidad de los apartes acusados dado que, a pesar de las funciones asignadas a tal órgano, la ley dispuso que dichos funcionarios carecerán del derecho a votar. Esta regulación constituye una articulación constitucionalmente posible del mandato de separación funcional y del mandato de colaboración armónica”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-247/13.

C-110-19	La norma dispone que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República de una ley que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios deberá rendir su concepto frente a los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo. Al respecto, la Corte Constitucional ha considerado que de emitirse dicho concepto se genera la obligación de “estudiarlo y analizarlo con el fin de admitirlo o rechazarlo” por parte del Congreso y de no hacerse podría comprometerse la validez del trámite legislativo. En palabras de la Corte “[e]llo constituye una manifestación del principio de colaboración armónica y del carácter, orientador, adjetivo e instrumental del criterio de sostenibilidad fiscal” ¹⁰⁵² .
-----------------	--

Fuente: Elaboración propia

Tabla 15: Mecanismos legales de colaboración entre las ramas legislativa y judicial

Sentencia	Contenido de la disposición legal
C-037/96	La obligación legal del Consejo Superior de la Judicatura de presentar al Congreso un informe anual sobre el estado de la Administración de Justicia
C-836/01	La asignación de fuerza obligatoria relativa vía legal a la jurisprudencia en tanto constituye una participación de los jueces en la creación e interpretación del derecho. ¹⁰⁵³
C-221/97	Los exhortos hechos por la Corte Constitucional a diferentes órganos del Estado y, en particular, al Congreso de la Republica. ¹⁰⁵⁴

Fuente: Elaboración propia

Tabla 16: Mecanismos legales de colaboración entre las ramas ejecutiva, legislativa y judicial y los órganos autónomos

Sentencia	Contenido de la disposición legal
C-350/97	La ley que establece la participación del Gobierno en la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión bajo la condición de no otorgarle el derecho a votar. ¹⁰⁵⁵
C-310/96	La obligación legal a la Comisión Nacional de Televisión de ejecutar algunas de sus funciones de manera coordinada con el Ministerio de Comunicación. ¹⁰⁵⁶
C-592/95	Exigencia legal a la Contraloría General de la Republica de la presentación del proyecto de presupuesto a la Dirección General del Presupuesto, no obstante que el numeral 9 del artículo 268 señala que tal funcionario presentará al Congreso los proyectos de ley relativos al funcionamiento de la Contraloría. ¹⁰⁵⁷
C-977/02	La norma legal en la que se dispone que la Procuraduría General de la Nación o la Personería Distrital de Bogotá podrán solicitar a la Administración la suspensión de procedimientos administrativos, actos o contratos a fin de evitar la vulneración del ordenamiento jurídico o la afectación del patrimonio público. ¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-110/19 (2019).

¹⁰⁵³ Según la Corte, de acuerdo con el principio de colaboración armónica reconocido en el artículo 113 de la Carta “la creación del derecho en nuestro sistema jurídico es una labor compartida en la cual participan diversos órganos estatales, que en el ejercicio de sus funciones están limitados por una serie de condicionamientos materiales”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-836/01 (2001).

¹⁰⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-221/97 (1997).

¹⁰⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-350/97 (1997).

¹⁰⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-310/96 (1996).

¹⁰⁵⁷ Advirtió en esa oportunidad la Corte que “Por último, del deber genérico de colaboración armónica entre los diferentes órganos del Estado, en concordancia con las normas constitucionales en materia de presupuesto (Título XII, Capítulo 3 de la Carta Política), se deduce el deber específico de la Contraloría de contribuir a la presentación unificada del proyecto de presupuesto nacional dentro del término constitucional respectivo, para su estudio y aprobación global por parte del Congreso de la República.” Concluyó la Corte que esa obligación [...] por sí sola no conduce al recorte o afectación de la autonomía e independencia de este órgano de control.” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-592/95 (1995).

¹⁰⁵⁸ En ese marco la Corte señaló que “La Procuraduría General es uno de tales órganos que gozan de autonomía constitucional y sus funciones preventivas son una materialización de este principio de colaboración armónica que busca evitar que otra rama u órgano incurra en una vulneración del

C-1506/00	La asignación legal al Banco de la República, de la función de coadyuvar preliminarmente al esclarecimiento de hechos ilícitos que afecten a la entidad o perturben el cumplimiento de sus funciones, así como remitir a la fiscalía las investigaciones preliminares que realice. ¹⁰⁵⁹
C-870/14	La ley que regula el Incidente de Impacto Fiscal previsto en el artículo 334 Constitucional ¹⁰⁶⁰ por medio del cual el Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno podrá exigir a cualquier autoridad judicial que ha expedido una sentencia para que escuche sobre las consecuencias en las finanzas públicas de la decisión adoptada y decida si modula, modifica o difiere sus efectos. ¹⁰⁶¹
C-183/19	La ley que exige que para la apertura de un concurso para la provisión de un cargo de carrera administrativa deba estar suscrita por el jefe de la entidad u organismo y por la Comisión Nacional del Servicio Civil como órgano autónomo, sin que la ausencia de la firma primera pueda viciar la validez el concurso. ¹⁰⁶²

Fuente: Elaboración propia

Una vez realizada la búsqueda jurisprudencial, se pudo identificar algunos otros casos donde a pesar de no existir un mecanismo constitucional ni legal expreso que prescribiera un tipo de relacionamiento preciso entre dos o más órganos, la Corte Constitucional terminó ordenando ese tipo de conducta basándose en el principio de colaboración armónica. Estos casos pueden agruparse en tres distintas circunstancias: los casos en los que la Corte exhorta a otro órgano para que dé cumplimiento a su función constitucional, los casos de sentencias estructurales en las que el tribunal declara un Estado de Cosas Inconstitucional y despliega el seguimiento del mismo y, finalmente, los recientes casos donde la Corte ha debido abordar los cambios jurídicos que se presentaron tras la finalización del reciente proceso de negociación de paz con la guerrilla de las FARC.

ordenamiento jurídico o genere un detrimento patrimonial.” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-977/02.

¹⁰⁵⁹En ella se precisó que “la disposición que se examina consagra una forma especial de colaboración entre organismos públicos, y constituye un desarrollo del artículo 113 de la Carta (...)” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1506/00 (2000).

¹⁰⁶⁰Al respecto debe recordarse que sobre este incidente había indicado antes el alto tribunal que “no existen razones que permitan válidamente inferir que la norma demandada, en cuanto prevé el incidente de sostenibilidad fiscal, sustituya el principio de separación de poderes y la independencia y autonomía judicial. Esto debido a que ese procedimiento es una instancia de interlocución entre los poderes públicos, que se explica en el principio de colaboración armónica”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/12.

¹⁰⁶¹Al respecto dispuso la Corte que “En este contexto, la norma propuesta se convertiría en un llamado para que la judicatura, a pesar de fallar en contra de la parte que solicita la apertura del incidente, en consonancia con el principio de colaboración armónica, valore el citado documento en las etapas posteriores que impliquen verificar o acreditar el cumplimiento de lo ordenado. Esta lectura no sólo tendría congruencia con el citado principio previsto en el artículo 113 Superior, sino que también cumpliría con el propósito del incidente, el cual, finalmente, consiste en poner de presente una situación que podría comprometer la sostenibilidad fiscal”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870/14 (2014).

¹⁰⁶²Frente a la norma dispuso la Corte que “dado que hay otra interpretación posible, que se ajusta mejor a las exigencias constitucionales de colaboración armónica y de colaboración (art. 113 y 209 CP): la de entender que, si bien el jefe de la entidad u organismo puede suscribir la convocatoria, como manifestación del principio de colaboración armónica, de esta posibilidad no se sigue de ningún modo (i) que pueda elaborarla, modificarla u obstaculizarla y (ii) que la validez de la convocatoria dependa de la firma del jefe de la entidad o u organismo”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-183/19 (2019).

Frente a la primera circunstancia advertida, los casos que allí se agrupan se refieren a aquellos en los que la Corte Constitucional resuelve exhortar a otro u otros órganos a cumplir sus funciones o competencias constitucionales debido a los efectos que dicha omisión genera o puede generar en el ordenamiento jurídico. La mayoría de los casos identificados corresponde a exhortos que realiza el tribunal constitucional al órgano legislativo para que proceda a legislar sobre algún asunto, ya sea por una omisión legislativa o la declaratoria de inexecutable diferida de una norma legal¹⁰⁶³. La misma corporación ha definido el exhorto al Congreso como “un llamado para que, en uso de sus competencias, expida una ley sobre asuntos que ameritan su intervención, acorde con los mandatos constitucionales advertidos por la Corte Constitucional en sus providencias”¹⁰⁶⁴. A manera ilustrativa, en la Tabla 7 se compilan algunos ejemplos de exhortos ordenados por la Corte Constitucional en su jurisprudencia.

Sentencia	Exhortos
C-473/94	EXHORTAR al Congreso para que en un plazo razonable expida una regulación sobre la huelga en los servicios públicos esenciales que sea acorde con la Constitución.
C-691/08	Exhortar al Congreso para que desarrolle el artículo 56 de la Constitución.
C-230A/08	EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 16 de diciembre de 2008 profiera la ley que tenga por objeto armonizar el Código Electoral con el modelo de organización electoral adoptado por la Constitución de 1991, con la reforma expedida mediante el Acto Legislativo 01 de 2003 y en particular, la reglamentación de la carrera administrativa especial prevista en el artículo 266 de la Carta Política.
C-577/11	EXHORTAR al Congreso de la República para que antes del 20 de junio de 2013 legisle, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas.
C-489/12	EXHORTAR al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que regule lo concerniente a las regiones como entidades territoriales y expidan el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas.
C-792/14	EXHORTAR al Congreso de la República para que, en el término de un año contado a partir de la notificación por edicto de esta sentencia, regule integralmente el derecho a impugnar todas las sentencias condenatorias. De no hacerlo, a partir del vencimiento de este término, se entenderá que procede la impugnación de todas las sentencias condenatorias ante el superior jerárquico o funcional de quien impuso la condena.
T-528/14	EXHORTAR al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas.
T-532/14	INSTAR al Congreso de la República para que expida la regulación referente a: (i) el establecimiento de un término máximo para el trámite de estudio y aprobación de las solicitudes de interrupción voluntaria del embarazo que se formulen ante las empresas promotoras de servicios de salud, y (ii) la definición de si hay lugar a prever la existencia de una limitación temporal para la práctica de este tipo de procedimientos.

¹⁰⁶³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-221/97.

¹⁰⁶⁴ Corte Constitucional de Colombia, Auto A-558/19 (2019).

T-274/15	EXHORTAR al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos para costear los tratamientos de reproducción humana asistida, entre ellos, la fertilización in vitro, e inicie una discusión pública y abierta de la política pública que incluya en la agenda la posibilidad de ampliar la cobertura del Plan Obligatorio de Salud a dichas técnicas científicas.
T-476/15	EXHORTAR al Ministerio de Educación Nacional para que implemente con mayor celeridad los programas y políticas de acompañamiento, capacitación y ejecución de medidas afirmativas a favor de la población discapacitada en instituciones de educación superior, con énfasis en la incorporación de personal capacitado en lenguaje de señas dentro de dichas instituciones, para que se logre progresivamente el objetivo de que las personas con discapacidad auditiva no estén obligadas a recurrir a servicios externos de interpretación para garantizar el efectivo ejercicio de su derecho fundamental a la educación.
T-306/16	REITERAR el exhorto al Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Salud y Protección Social y la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud, para que realice la revisión de la situación que tienen que enfrentar las personas que padecen de infertilidad y no cuentan con recursos económicos.
C-212/17	EXHORTAR al Congreso de la República para que, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia, en un término no superior al agotamiento de las siguientes dos legislaturas, es decir, antes del 20 de junio de 2019, expida una ley que defina: (i) la jurisdicción y el juez competente para realizar el control posterior y rogado del acceso al domicilio sin orden judicial previa por parte de autoridades administrativas, (ii) los términos y condiciones para solicitarlo y para su realización, (iii) los aspectos procesales del control y (iv) los poderes del juez en la materia.
SU-218/19	EXHORTAR, una vez más, al Congreso de la República, a que regule el procedimiento para el ejercicio del derecho a la impugnación de la primera sentencia condenatoria en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 235, numerales 2 y 7, de la Constitución”.

Fuente: Elaboración propia con información Corte Constitucional¹⁰⁶⁵

Sobre esta figura llama la atención, en primer lugar, que no se encuentra prevista expresamente en el ordenamiento jurídico colombiano, ni a nivel constitucional ni legal, como una competencia de la Corte Constitucional¹⁰⁶⁶. Por otro lado, este tipo de decisión suele justificarse a partir del principio de colaboración armónica previsto en el artículo 113 Constitucional. Así, en la sentencia seminal en la materia dispuso la Corte que:

El exhorto no debe entonces ser visto como una ruptura de la división de los poderes sino como una expresión de la colaboración de los mismos para la realización de los fines del Estado (CP art. 113), en particular para la garantía de la efectividad de los derechos de las personas (CP art. 2º). En efecto, el ordenamiento jurídico colombiano establece mecanismos de cooperación entre los órganos del Estado a fin de asegurar la fuerza expansiva de los derechos constitucionales.¹⁰⁶⁷

En pronunciamiento posterior indicó la Corte que:

La respuesta constitucional adecuada debe basarse en el principio de colaboración armónica, que permite al Tribunal Constitucional dar cuenta al Congreso de la República de la existencia de una situación que requiere con

¹⁰⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia.

¹⁰⁶⁶ La Constitución solo le otorga dicha competencia al Procurador General de la Nación en el artículo 278, numeral 4, al disponer como una de sus funciones “(...) exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes”

¹⁰⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-473/94 (1994).

urgencia desarrollo o configuración legislativa, pero que no puede ser objeto de integración normativa directa por parte del primer órgano, porque implica la consideración de realidades sociales complejas y el diseño de medidas legislativas y políticas públicas adecuadas para su superación.¹⁰⁶⁸

Si bien la Corte ha dispuesto expresamente que los exhortos “carecen de carácter coactivo, ni menos pueden considerarse como una orden judicial susceptible de ser evaluada en su cumplimiento”¹⁰⁶⁹, lo cual ha significado que en la práctica pueda dudarse de su efectividad¹⁰⁷⁰, el tipo de relacionamiento que allí se propone no corresponde a uno de control de un órgano sobre el actuar de otro. Más bien, corresponde a un dispositivo que se dirige a procurar un actuar colaborativo al advertir la omisión y procurar porque el órgano obligado dé cumplimiento al mismo y conjure la situación irregular, lográndose con ello el cumplimiento de un fin común que no es otro que garantizar la vigencia del texto constitucional¹⁰⁷¹.

La segunda circunstancia advertida se refiere a las sentencias por medio de las cuales la Corte Constitucional declarar un Estado de Cosas Inconstitucional, emite una serie de órdenes a los órganos del poder público involucrados y procede a hacer seguimiento a las ordenes en pro de la conjura de la situación¹⁰⁷². Este tipo de sentencias, a las que suele denominarse como estructurales en el derecho comparado, llaman la atención debido a que al ser adoptadas por la Corte Constitucional se suele utilizar como fundamento el principio de colaboración armónica, tanto en el fallo mismo que declara el Estado de Cosas Inconstitucional como en las providencias posteriores que hacen seguimiento a la misma.

¹⁰⁶⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-871/14 (2014).

¹⁰⁶⁹ Corte Constitucional de Colombia, Auto A-078/13 (2013).

¹⁰⁷⁰ Daniel Felipe Ospina Celis, «El exhorto al legislador en Colombia y su eficacia como mecanismo de colaboración armónica entre las ramas», *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2019, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/36902>.

¹⁰⁷¹ En este punto debe recordarse que la figura de exhorto ha sido utilizada por otros Tribunales Constitucionales como en el caso alemán con las denominadas “resoluciones de aviso” o “admonitorias” y en el mismo caso español, vgr, Sentencia del Tribunal Constitucional Español S-124/84 del 18 de diciembre de 1984, Fundamentos 7 a 10.

¹⁰⁷² Este punto ya ha sido advertido por Andrés Gutiérrez al sostener que una posible justificación de las sentencias estructurales se ubica en la necesidad de relaciones de colaboración y armonía entre poderes, argumentación que precisamente defiende, en su criterio, la Corte Constitucional colombiana. Andrés Mauricio. Gutiérrez Beltrán, *El amparo estructural de los derechos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018), 177.

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional son tres los casos más conocidos en los que se ha declarado este estado, a saber, sobre el pago de prestaciones sociales a los empleados del magisterio, sobre el sistema carcelario y sobre las personas desplazadas forzosamente en el marco del conflicto armado. En estos tres casos, tanto en las sentencias que declararon la situación de inconstitucionalidad como las providencias donde se hace seguimiento a las mismas se ha invocado como fundamento de dicho actuar el principio de colaboración armónica¹⁰⁷³.

El primer caso en que se utilizó la figura se debió a la omisión de dos municipios de afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de que hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley. Ante esta situación la Corte en sentencia SU-559 de 1997 declaró el Estado de Cosas Inconstitucional y se procedió a dar órdenes a órganos e instituciones de muy distinto tipo, incluyendo al Ministerio de Educación, de Hacienda y Crédito Público, al Departamento Nacional de Planeación, además de los gobernadores, a las Asambleas Departamentales y a los alcaldes y a los Concejos Municipales. Para justificar las decisiones adoptadas, la Corte consideró expresamente que:

La Corte Constitucional tiene el deber de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines (C.P. art., 113). Del mismo modo que debe comunicarse a la autoridad competente la noticia relativa a la comisión de un delito, no se ve por qué deba omitirse la notificación de que un determinado estado de cosas resulta violatorio de la Constitución Política.

El deber de colaboración se torna imperativo si el remedio administrativo oportuno puede evitar la excesiva utilización de la acción de tutela. Los recursos con que cuenta la administración de justicia son escasos. Si instar al cumplimiento diligente de las obligaciones constitucionales que pesan sobre una determinada autoridad contribuye a reducir el número de causas constitucionales, que de otro modo inexorablemente se presentarían, dicha acción se erige también en medio legítimo a través del cual la Corte realiza

¹⁰⁷³ La primera vez tuvo lugar con la sentencia SU-559 de 1997, ante la omisión de dos municipios en afiliar a los docentes a su cargo al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a pesar de que se les hacían los descuentos para pensiones y prestaciones sociales previstos en la ley. La segunda en la Sentencia T-153 de 1998, por la situación de violación continua de los derechos de sindicatos y procesados detenidos en las distintas cárceles del país. La tercera con las Sentencias T-606 y T-607 de 1998, debido a la falta de un sistema de seguridad social en salud para los sindicatos y reclusos. La cuarta vez, en la Sentencia T-590 de 1998, por la omisión en la convocatoria de un concurso de méritos para el nombramiento de notarios. La quinta en la Sentencia T-525 de 1999, por la mora habitual en el pago de mesadas pensionales durante un período prolongado de tiempo, en los departamentos de Bolívar y Chocó. La sexta vez en la Sentencia SU-090 de 2000, por omisiones en la protección de la vida de defensores de derechos humanos. La séptima en la Sentencia T-025 de 2004, por las precarias condiciones de vida de la población internamente desplazada.

su función de guardiana de la integridad de la Constitución y de la efectividad de sus mandatos.¹⁰⁷⁴

En relación con la situación que venían padeciendo las personas privadas de la libertad en el sistema penitenciario y carcelario, la Corte Constitucional mediante la sentencia T-153 de 1998 declaró la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional. Para la adopción de dicha decisión y algunas posteriores, la Corte cita *in extenso* los apartes referidos de la sentencia SU-557/97 sobre el principio de colaboración armónica. Además, para justificar el alcance estructural de las decisiones adoptadas dispuso el tribunal en esta ocasión que:

Con este tipo de decisiones, la Corte no hace otra cosa que servir de garante de la Constitución evitando, al mismo tiempo, una inútil congestión del aparato judicial. Adicionalmente, este tipo de decisiones tienden a promover el principio de igualdad permitiendo que las entidades públicas comprometidas, adopten las decisiones estructurales que, autónomamente, consideren adecuadas para eliminar las causas de la violación de los derechos fundamentales de una parte significativa de la población colombiana. En consecuencia, se promueven los principios de colaboración armónica, eficacia y eficiencia de la gestión pública y se libera al funcionario demandado de la obligación de adoptar correctivos que sólo pueden ser adoptados por los funcionarios de más alta jerarquía de todas las instituciones públicas involucradas en el asunto.¹⁰⁷⁵

Hoy, cerca de 20 años después de declarado el Estado de Cosas Inconstitucional en el sistema carcelario y penitenciario, la corporación sigue sosteniendo que con estas sentencias se evidenciaron fallas de carácter estructural que requieren de la colaboración armónica de las entidades del Estado para lograr su superación, fallas hoy en día no han sido superadas¹⁰⁷⁶.

Sin embargo, tal vez la sentencia estructural más conocida a nivel nacional y comparado en la jurisprudencia constitucional colombiana sea la sentencia T-025 de 2004¹⁰⁷⁷. Esta providencia fue proferida por la Corte Constitucional colombiana con la pretensión de reaccionar y remediar la situación de millones de colombianos que han sido víctimas del desplazamiento forzado por el conflicto armado interno. Su amplio reconocimiento se

¹⁰⁷⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-559/97 (1997).

¹⁰⁷⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-966/00 (2000).

¹⁰⁷⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-762/15 (2015).

¹⁰⁷⁷ En palabras de César Rodríguez, “[l]a T-025 constituye el intento judicial más explícito y sistemático en Latinoamérica para implementar una decisión estructural”. César Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur global* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015), 34.

debe no solo por declarar un nuevo Estado de Cosas Inconstitucional frente a la situación descrita sino también por el estricto sistema de seguimiento que estableció frente a las órdenes dadas.

Frente al tema que nos ocupa, desde el texto mismo de la sentencia reseñada se invoca expresamente como uno de los fundamentos el deber que tiene la Corte para declarar el Estado de Cosas Inconstitucional a los fines del Estado y a la colaboración armónica prevista en el artículo 113 constitucional. En palabras del propio tribunal:

[S]e observa que, frente a violaciones masivas de derechos constitucionales, una vez constatado el estado de cosas inconstitucional, la Corte ha extendido los efectos de la tutela para ordenar remedios que tengan un alcance material y temporal acorde con la magnitud de la violación y para proteger, en aras del principio de igualdad, los derechos de quienes se encuentran en una situación similar a la demandada, pero no acudieron a la acción de tutela. Así, teniendo en cuenta el deber de las autoridades de “proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (Artículo 2, CP), así como el deber que tienen las ramas del poder público “de colaborar de manera armónica con los restantes órganos del Estado para la realización de sus fines” (C.P. art., 113), la Corte, ha declarado la existencia de un estado de cosas contrario a la Constitución, para que las autoridades adopten, dentro de la órbita de sus competencias, los correctivos que permitan superar tal situación.

En la misma providencia, la Corte Constitucional trata de anticipar su defensa frente a las críticas que a partir de una versión clásica de la separación de poderes puede hacerse a este tipo de sentencia estructurales, en sus palabras:

Con el fin de corregir esta situación, es necesario que las distintas entidades nacionales y territoriales encargadas de la atención de la población desplazada, cumplan a cabalidad con sus deberes constitucionales y legales y adopten, en un plazo razonable, y dentro de las órbitas de sus competencias, los correctivos que aseguren una suficiente apropiación presupuestal. Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes. No se trata en este caso de que a través de la acción de tutela se esté ordenando un gasto no presupuestado o que se esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está definiendo nuevas prioridades, ni modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los

deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional.

Una vez expedida la sentencia se dio inicio a un complejo sistema de seguimiento para evaluar el cumplimiento de las órdenes impartidas, el cual continúa hasta el día de hoy¹⁰⁷⁸. Debido a que dicho proceso está en cabeza del alto tribunal, ello supuso la creación de una Sala Especial de Seguimiento que ha liderado el mismo. Quince años después, se han expedido más de trescientos autos de seguimiento, se han celebrado cerca de 20 audiencias en las que han participado los representantes de las víctimas y de la casi totalidad de órganos del Estado, y donde han debido rendir cuentas públicamente sobre las políticas y acciones implementadas. A pesar de los avances, aún el Estado de Cosas Inconstitucionales sigue vigente y con ello las labores de seguimiento¹⁰⁷⁹.

Durante este proceso, la invocación del mandato de colaboración armónica ha sido recurrente, no sólo para recordar que este fue uno de los que sirvió de fundamento para la declaratoria del Estado de Cosas Inconstitucional¹⁰⁸⁰, sino para ser igualmente uno de los principios rectores de la estrategia para su superación¹⁰⁸¹. En este último sentido, la Corte ha utilizado la colaboración armónica como parámetro para la evaluación de las medidas adoptadas por los demás órganos del Estado involucrados en el cumplimiento de sus órdenes y más puntualmente, en el diseño e implementación de las políticas públicas

¹⁰⁷⁸ Sobre el seguimiento y los efectos de la sentencia véase: Cesar Rodríguez Garavito y Diana Rodríguez Franco, *Cortes y cambio social. Cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia* (Bogotá: Dejusticia, 2010).

¹⁰⁷⁹ Para un enfoque crítico a la implementación de las sentencias estructurales véase: Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur global*.

¹⁰⁸⁰ De forma reciente se ha dispuesto al respecto que: “la Corte ha señalado que, en cumplimiento del mandato de colaboración armónica entre los poderes públicos (artículo 113 de la Constitución), tiene la facultad de “notificar” a las autoridades competentes la existencia de un estado de cosas violatorio de la Constitución Política, para que estas adopten los correctivos necesarios con miras a ponerle fin y superar esta situación”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-377/17 (2017).

¹⁰⁸¹ En otra ocasión dispuso que “Teniendo en cuenta que el estado de cosas inconstitucional constituye un problema estructural que impide el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, era necesario, con el fin de emprender acciones encaminadas a tomar los correctivos pertinentes, el concurso de las distintas instituciones encargadas de planificar y prestar la ayuda a aquellas personas en condición de desplazamiento forzado, de manera tal que se garantice el ejercicio de los derechos fundamentales. [...] La Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional, sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-175/05 (2005).

de atención a la población desplazada¹⁰⁸². En este contexto, la Corte Constitucional ha procurado una diferenciación y ponderación entre los mandatos de colaboración armónica y separación de poderes para justificar las órdenes y el seguimiento hecho a las mismas. Al respecto ha dispuesto el alto tribunal que:

Ahora bien, los fundamentos anteriormente señalados son suficientes para indicar que son admisibles constitucionalmente todas las órdenes que imparta el juez constitucional a partir de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional dirigidas a la superación de las causas de tal declaratoria y a la protección efectiva de los derechos afectados, en la medida que son desarrollo de la optimización de los principios y reglas constitucionales. De este modo, el juez constitucional debe hallar aquella solución que efectivice y materialice el texto constitucional en su integridad. En especial, el juez constitucional debe buscar aquella fórmula que le permita a un mismo tiempo respetar el principio de separación de poderes, y en particular respetar la autonomía del Ejecutivo en la formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas, pero también garantizar, con base en el principio de colaboración armónica, los derechos constitucionales lesionados por el (sic) grupo poblacional que es objeto de una declaración del estado de cosas inconstitucional.

Con base en esta interpretación, a partir de la declaratoria del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado interno en el año 2004, la intervención de la Corte Constitucional ha sido extremadamente celosa del respeto de las competencias constitucionales y legales del Ejecutivo en la formulación, ejecución y evaluación de políticas públicas, pero también, basada en el principio de colaboración armónica, le ha señalado al Ejecutivo, los principios, valores y deberes constitucionales que deben orientar la formulación, corrección, ajuste y ejecución de dicha política, con el fin de asegurar que tales ajustes conduzcan a la protección efectiva de los derechos de la población desplazada.¹⁰⁸³

Finalmente, la misma Corte ha llegado a invocar el principio de colaboración armónica para exigir la actuación de los órganos judiciales y de control cuando ha advertido la existencia de omisiones de los órganos e instituciones comprometidos en la superación de la situación inconstitucional advertida. Este es el caso del Auto 219 de 2011 en el que el alto tribunal sostuvo que:

¹⁰⁸² Un ejemplo de ello tiene lugar en el Auto 007 de 2009 donde la Corte analiza en clave de colaboración armónica una ley expedida por el Congreso en el marco del proceso de seguimiento. Al respecto dispuso la Corte: “No obstante, subraya la Corte que en la Ley 1190 de 2008, ante la continuación del estado de cosa inconstitucional, el Congreso de la República efectuó trascendentales cambios en la coordinación de las entidades territoriales, en aplicación del principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público. Debido a tales cambios, dicha coordinación ya no se encuentra exclusivamente en cabeza del Ministerio del Interior y de Justicia, por lo cual es necesario impartir órdenes adicionales que apliquen las decisiones del legislador en armonía con la Constitución interpretada en la sentencia T-025 de 2004.” Corte Constitucional de Colombia, Auto A-007/09 (2009).

¹⁰⁸³ Corte Constitucional de Colombia, Auto A-385/10 (2010).

Por ello, en desarrollo del principio de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público y dada la participación de los órganos de control en el seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, es necesario indagar sobre los procesos disciplinarios, penales o de control fiscal que hayan sido adelantados por parte de la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación y la Contraloría General de la República, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, contra los funcionarios nacionales responsables de los distintos componentes de atención a la población desplazada, para determinar la eventual renuencia u omisión en el cumplimiento de esta orden, así como el estado actual de dichas actuaciones.¹⁰⁸⁴

La tercera circunstancia advertida en la jurisprudencia en la que se ha abordado sistemáticamente el principio de colaboración armónica tiene que ver con el control ejercido por la Corte Constitucional a las modificaciones en el sistema jurídico que tuvo lugar tras la finalización de las negociaciones de paz entre el Gobierno colombiano y el grupo subversivo autodenominado como Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército del Pueblo - FARC- EP. Tras cerca de 4 años de negociaciones formales, incluyendo el resultado adverso de un plebiscito que pretendió ser el mecanismo de refrendación popular del proceso, las partes suscribieron el 24 de noviembre de 2016 en Bogotá el denominado Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Este acuerdo que versó sobre distintas temáticas, como la política agraria, la participación política y el problema de las drogas ilícitas, impuso como obligación al Gobierno la incorporación de algunos de sus contenidos al sistema jurídico colombiano como garantía de cumplimiento e implementación de lo allí dispuesto.

Para estos efectos, el Gobierno optó por diseñar un mecanismo de “*vía rápida*” o “*fast track*” con carácter transitorio para llevar a cabo dicho proceso de “domesticación” de algunos apartes del acuerdo final. Este mecanismo transitorio se introdujo por el Congreso de la República a través de una reforma constitucional que permitió acortar las etapas y los tiempos para las reformas constitucionales y legales llevadas a cabo por el mismo Congreso, al igual que confería facultades extraordinarias al presidente de la República para introducir normas con rango legal al ordenamiento, siempre y cuando guardaran relación directa con el Acuerdo de Paz. Esta reforma que se conoció como el Acto Legislativo 01 de 2016 y que dio vida al denominado “Procedimiento Legislativo

¹⁰⁸⁴ Corte Constitucional de Colombia, Auto A-219/11 (2011).

Especial para la Paz” dispuso que toda norma incorporada por este mecanismo debía contar con el control automático e integral por parte de la Corte Constitucional.

En este contexto de transición encontramos en la jurisprudencia constitucional dos tipos de pronunciamientos que hacen referencia al principio de colaboración, por un lado, aquellos que evaluaron la constitucionalidad misma del mecanismo de “vía rápida” y, por otro, los que revisaron las normas jurídicas que efectivamente se incorporaron al ordenamiento jurídico a través de dicho mecanismo extraordinario y transitorio. En ambos tipos de pronunciamientos encontramos permanentes referencias al principio de colaboración en esta particular coyuntura de transición como pasa a presentarse.

En relación con el Acto Legislativo 01 de 2016, la Corte Constitucional examinó su constitucionalidad en dos distintas oportunidades. La primera de ellas fue la sentencia C-699/16 en la que debió analizar si con dicho cambio se había excedido la competencia de reforma constitucional al subvertir, entre otros, el principio de separación de poderes, en particular con las facultades extraordinarias conferidas al presidente de la República para introducir normas con rango legal al ordenamiento. Para ello, se parte de sostener en la sentencia que se está ante una reforma constitucional extraordinaria y transitoria que responde a la consolidación de la paz como bien superior. A continuación, señala que esta reforma “introduce ciertamente modificaciones en cuanto a la colaboración entre ramas y órganos del poder público, que deben ser controladas concediéndole un peso mayor al acuerdo de paz”¹⁰⁸⁵. Lo anterior, no implica para la Corte que por ello pudiera desvirtuarse o sustituirse el principio de separación de poderes sino más bien morigerarse con esta otra lógica. Finalmente, la Corte sostuvo que con dicha reforma constitucional no se substituyó el texto constitucional vigente ya que las facultades otorgadas al presidente estaban circunscritas, eran transitorias, no suprimían los controles interorgánicos, no implican que el Congreso quedara privado de su competencia legislativa y puede entenderse como un mecanismo de colaboración armónica para la oportuna y debida implementación del acuerdo final¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸⁵ En este punto la Corte retoma la línea jurisprudencia sobre la constitucionalidad de las facultades extraordinarias del presidente siempre y cuando estas sean temporales y específicas, aspecto que se abordó anteriormente en este capítulo. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-699/16 (2016).

¹⁰⁸⁶ Corte Constitucional de Colombia.

Posteriormente, en la sentencia C-332/17 la Corte debió pronunciarse sobre una demanda que versaba sobre el “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz”, pero ahora sobre las condiciones del trámite que debía surtir por parte del Congreso de la República. El asunto era que el Acto Legislativo 01 de 2016 preveía, entre otros aspectos, que en los proyectos de ley y actos legislativos que se tramitaran por este procedimiento de “vía rápida”, las modificaciones introducidas debían contar con el aval del Gobierno y debían votarse en bloque. Estos aspectos fueron vistos por los demandantes como atentatorios del principio de separación de poderes al afectarse las competencias esenciales del Congreso de la República. Tras una reñida decisión, la mayoría de la Corte dio razón a los demandantes y sostuvo que dichas restricciones sustituían el principio de separación de poderes, porque comportaban una supresión de la capacidad deliberativa y decisoria del Congreso en materias que de manera originaria le han sido atribuidas por la Constitución. En esta línea la Corte decidió que con estas restricciones el carácter definitorio de la labor de configuración política del Congreso, tanto en asuntos legales como de reforma constitucional, se transfería al ejecutivo¹⁰⁸⁷.

El aspecto relevante en materia de colaboración armónica es que los magistrados que salvaron el voto en esta sentencia consideraron explícitamente que dichas restricciones constituían precisamente unos mecanismos que materializaban dicho mandato en la coyuntura de la transición hacia la paz, así explícitamente los señala uno de los magistrados disidentes:

El aval del Gobierno, como la iniciativa en materia de leyes y de actos legislativos, es un indiscutible mecanismo de colaboración recíproca entre los poderes y de adecuada participación del Ejecutivo en las labores del Legislativo, pues, conforme fue puesto de presente en algunas intervenciones y en la ponencia que llevé a Sala Plena, el Gobierno que suscribió el Acuerdo Final lo conoce y, por ello, está en óptimas condiciones para ilustrar al Congreso en una tarea de implementación que debe atender el criterio de fidelidad a lo pactado¹⁰⁸⁸.

Definidas así las condiciones en las que debía llevarse a cabo el “Procedimiento Legislativo Especial para la Paz” y en virtud del control automático e integral previsto, existe una segunda serie de sentencias donde se analiza la constitucionalidad de normas expedidas por dicho procedimiento especial.

¹⁰⁸⁷ Corte Constitucional de Colombia.

¹⁰⁸⁸ Salvamento de Voto, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-332/17 (2017).

De este conjunto de sentencias, en materia de colaboración armónica es posible identificar dos aspectos: algunos desarrollos novedosos en relación con el concepto de colaboración armónica y la inclusión de dicho concepto de cara a las nuevas instituciones creadas para la implementación del acuerdo final. En cuanto al primero, llama la atención la conceptualización que al respecto se hace en la sentencia C-253 de 2017. En ella, la Corte parte de identificar dos nociones del principio de separación de poderes, una estática y una dinámica, que parece diferenciarse de los ya tradicionales modelos rígidos y flexibles. La noción estática se basa en definir de manera precisa las competencias y atribuciones de los diferentes órganos y de esta manera limitar el ejercicio de estos. Sin embargo, afirma que esta es insuficiente y que debe complementarse con una noción dinámica que incluya, por un lado, el modelo de frenos y contrapesos y por otro, el principio de colaboración armónica. Sobre la necesidad de incluir este último principio dispone la Corte que:

La segunda razón que fundamenta la comprensión dinámica de la separación de poderes se centra en considerar que la satisfacción de los fines esenciales del Estado y, en particular, la salvaguarda de los derechos constitucionales, usualmente depende de la acción coordinada, concurrente y complementaria de autoridades y órganos que pertenecen a diferentes ramas del poder público. Así, la eficacia de los derechos fundamentales está supeditada, desde una perspectiva material, a la actividad simultánea de las diferentes ramas del poder, con el fin de adecuar un marco regulatorio, proveer efectivamente las prestaciones inherentes al derecho correspondiente, y resolver las controversias que se deriven de las dos primeras tareas.¹⁰⁸⁹

De allí que concluya que:

[L]a colaboración armónica supone que a pesar que los poderes públicos están orgánicamente delimitados, también están llamados a concurrir en el ejercicio de sus competencias, a efectos de lograr el cumplimiento de los fines del Estado. En ese sentido, cuidándose en todo caso la invasión del ámbito competencial de cada rama u órgano del Estado, la Constitución estima como válida su actuación coordinada y complementaria, conforme lo dispone el artículo 113 de la Constitución [...]

De acuerdo con los argumentos anteriores, la Corte concluye que los propósitos centrales del régimen constitucional, en lo que respecta a la división institucional de las ramas y órganos del poder público, son (i) el mantenimiento de un poder limitado y, por lo mismo, alejado de prácticas autoritarias o tiránicas; y (ii) el logro de los fines esenciales del Estado, dentro los cuales la eficacia de los derechos fundamentales tiene un lugar principal.

¹⁰⁸⁹ “En cambio debe aceptarse en términos colaborativos, pues es deber de las distintas entidades públicas confluir en el desarrollo de los fines y valores constitucionales, e integrarse para materializarlos. De allí que encuentren plena justificación principios como la colaboración armónica entre los poderes, al igual que la vigencia de los controles interorgánicos entre los mismos.” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-253/17 (2017).

Por ende, el primer objetivo se logra a partir de una definición específica de las competencias de cada ente, así como a través de la previsión de controles interorgánicos entre los mismos. El segundo objetivo, en cambio, supone la previsión de canales institucionales específicos, que permitan la acción concurrente y complementaria entre los poderes, bajo un esquema de colaboración armónica.¹⁰⁹⁰

Un segundo aspecto conceptual para destacar es que la Corte Constitucional haya identificado expresamente a la paz estable y duradera como uno de los fines hacia los cuales deberán colaborar armónicamente las ramas y órganos del Estado. En este sentido sostuvo la Corte que en lo que se refiere a los órganos y autoridades públicas, en virtud del principio de buena fe, estas adquieren el deber de no solo de actuar de acuerdo con las específicas atribuciones constitucionales y legales que les han sido conferidas, sino también de orientarse y conducirse en concordancia con los compromisos adquiridos por las propias autoridades del Estado en materia de paz¹⁰⁹¹. Ello implica que tengan que adelantar todas sus gestiones en desarrollo de la articulación, coordinación y colaboración armónica de los poderes públicos que se materializa en el propósito general de consolidar una paz estable y duradera, objetivo cardinal atinente no solo al ejecutivo central, sino a la organización estatal en todo su conjunto¹⁰⁹². Expresamente dispuso la Corte que:

[E]sta Corporación ha sostenido que “la consecución de la paz es un objetivo constitucional con carácter esencial y en el cual se encuentran comprometidos tanto los diferentes poderes del Estado, como la sociedad en su conjunto”¹⁰⁹³, por lo que las instituciones que resulten encargadas de su cumplimiento deberán colaborar de forma armónica con su implementación normativa, a fin de garantizar los resultados deseados dentro del marco constitucional que reconoce a la paz como un objetivo de primer orden del modelo de organización política fijado en la Carta Política de 1991.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁹⁰ “De este modo, en ciertas y precisas circunstancias, las competencias de un poder salen de su órbita tradicional de acción para incursionar en ámbitos propios de los demás y así lo admitió el Constituyente. Por tanto, no resulta extraña la asunción excepcional de funciones otorgadas tradicionalmente a otro poder, siempre que estén delimitadas en sus requisitos, alcances y que no se superpongan entre sí, es decir, que no contraríen la separación y el equilibrio entre los poderes públicos.” Corte Constitucional de Colombia.

¹⁰⁹¹ En esta ocasión la Corte consideró ajustada a la Constitución una reforma constitucional que disponía que “[...] *Las instituciones y autoridades del Estado tienen la obligación de cumplir de buena fe con lo establecido en el Acuerdo Final. En consecuencia, las actuaciones de todos los órganos y autoridades del Estado, los desarrollos normativos del Acuerdo Final y su interpretación y aplicación deberán guardar coherencia e integralidad con lo acordado, preservando los contenidos, los compromisos, el espíritu y los principios del Acuerdo Final*”. Para ello sostuvo que para no contrariar el principio de separación de poderes debía entenderse que la obligación allí establecida debía entenderse de medios y no de resultado, y que el mandato de coherencia implicaba el cumplimiento de buena fe y en marco de sus competencias por parte de los órganos involucrados. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-630/17.

¹⁰⁹² Corte Constitucional de Colombia.

¹⁰⁹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-379/16 (2016).

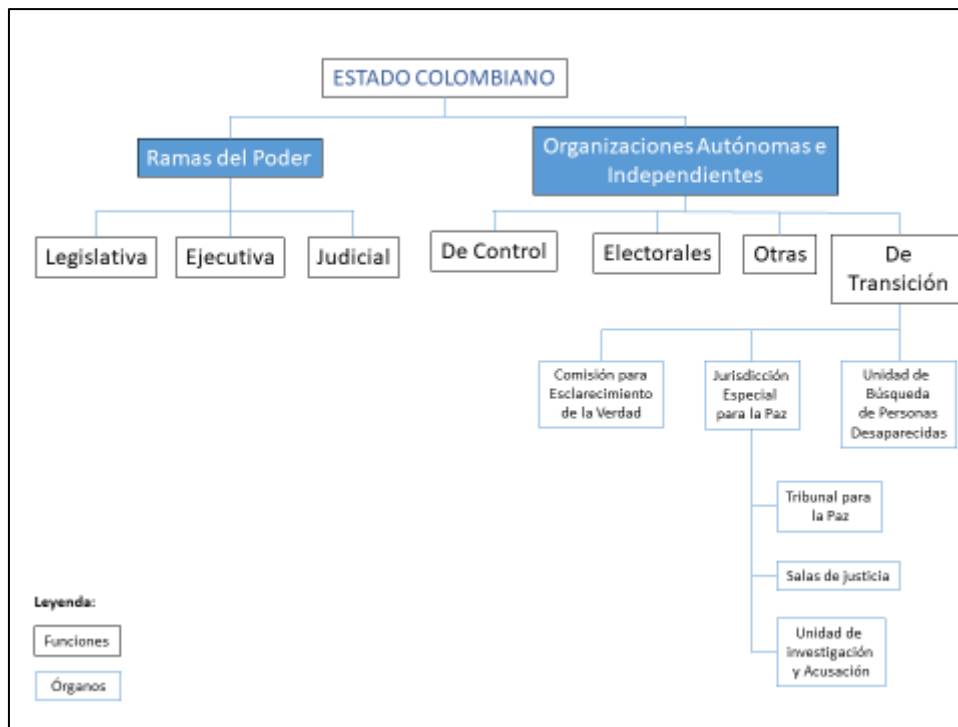
¹⁰⁹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-630/17.

Por otro lado, la implementación del proceso de justicia transicional que se inició tras la suscripción del Acuerdo Final implicó la creación de una institucionalidad transitoria encargada de implementar algunos apartes de este, particularmente en lo relativo al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición¹⁰⁹⁵. Dicha institucionalidad fue creada a través del "Procedimiento Legislativo Especial para la Paz" e incluyó tanto reformas constitucionales como legales. El Acto Legislativo 01 de 2017 fue el encargado de sentar las bases constitucionales para dicha institucionalidad de transición y de su contenido es posible advertir las siguientes características: en primer lugar, se crea una nueva institucionalidad encargada de liderar el proceso transicional, prescindiendo de la estructura orgánica existente bajo la Constitución de 1991. En segundo lugar, los nuevos organismos se encuentran separados orgánica y funcionalmente de las ramas del poder público establecidas en la Constitución de 1991. Ello implica, por un lado, que estas instancias tienen autonomía técnica, administrativa y presupuestal, así como un régimen normativo especial y exceptivo para su conformación y funcionamiento y por otro, que sus funciones son ejercidas de manera separada y en colaboración armónica con las demás instancias estatales. Finalmente, los nuevos organismos tienen, en principio, vocación de vigencia limitada en el tiempo, por tratarse de una institucionalidad llamada a operar en un escenario transicional¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁵Sobre las razones políticas que explican la creación de esta nueva institucionalidad se encuentra, por un lado, las reservas que algunos actores del conflicto armado han manifestado en la institucionalidad existente, debido, entre otras cosas, al alto nivel de impunidad que existiría en relación con los delitos cometidos en dicho contexto, y por la presunta inexistencia de garantías de imparcialidad por parte de los órganos tradicionales del Estado. Por otro lado, la necesidad de crear una institucionalidad distinta para operar los instrumentos de transición se explicaría por las particularidades y complejidades propias de estos escenarios, que exigirían unas instancias altamente especializadas, y dedicadas exclusivamente a operar los dispositivos propios de esta realidad. Al respecto véase: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-674/17.

¹⁰⁹⁶ Corte Constitucional de Colombia.

Ilustración 6: Estructura del Estado colombiano y las organizaciones de transición



Fuente: Elaboración propia

A pesar de las características antes advertidas, resulta claro que la nueva institucionalidad deberá atender a los principios que sustentan la configuración del Estado en la Constitución Política, en particular y como se señaló antes, los principios de separación de poderes y de colaboración armónica. En este sentido, el control ejercido por la Corte Constitucional a las normas que sustentan dicha institucionalidad tuvo a estos principios como parámetros de constitucionalidad. En cuanto al principio de colaboración, lo anterior puede comprobarse al revisarse tanto el marco normativo como las sentencias que analizaron la exequibilidad de las tres principales instituciones creadas para verificar que en todas ellas existe una clara presencia del mencionado principio como pasa a exponerse.

En relación a la creada Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, lo primero que puede advertirse es que en el artículo 15 del Decreto-Ley 588 de 2017, norma que reguló su funcionamiento y estructura, se dispone que “[t]odas las entidades del Estado prestarán su colaboración a la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad para el cumplimiento de sus objetivos, mandato y funciones y le brindarán toda la información que tengan a su disposición en lo relacionado con el cumplimiento de su mandato y funciones [...]”. Al analizar la constitucionalidad de dicha

norma, la Corte consideró que “no obstante su redacción, se trata de una regla de contenido prescriptivo y, por lo tanto, supone la obligación para las entidades referidas de contribuir, desde la órbita de sus funciones, a la realización de los objetivos y mandatos de la CEV”¹⁰⁹⁷. Y luego señaló que:

Es una manifestación del principio de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder público y órganos del Estado, en virtud del cual, debe existir una coordinación entre las diversas entidades a cuyo cargo se encuentra el ejercicio de las distintas funciones oficiales. Específicamente, es una de las dimensiones del principio de separación y colaboración armónica que subyace al diseño de la parte orgánica de la propia Constitución. ¹⁰⁹⁸

En cuanto a la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y debido al conflicto armado, en la misma norma constitucional que previó su creación, a saber, el inciso 2 del artículo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2017, se dispuso expresamente que “los órganos del Estado brindarán toda la colaboración que requiera la Unidad”. Dicha disposición ha sido interpretada por la Corte como un desarrollo del principio genérico de colaboración armónica que establece el deber de articulación y cooperación con la Unidad por parte de las autoridades competentes, sin que lo anterior resulte incompatible con la asistencia que las organizaciones privadas puedan llegar a proveer en el desarrollo de sus funciones¹⁰⁹⁹.

Por último, en cuanto a la Jurisdicción Especial para la Paz, la Corte ha señalado que esta, aunque no se inserta en la estructura permanente del Estado, sí está sometida a la Constitución y debe tener relaciones de colaboración armónica con las otras instituciones del Estado, así como con las otras jurisdicciones. Prueba de ello es que los conflictos de jurisdicción que surjan deben ser definidos por la Corte Constitucional (artículo 241-11 C.P.); sus funcionarios están sometidos a los principios de la función pública, así como a un régimen sancionatorio por las faltas disciplinarias y delitos que llegaren a cometer (artículos transitorios 5 y 14 del Acto Legislativo 01 de 2017) y adicionalmente, complementa esfuerzos previos de la jurisdicción ordinaria en materia de justicia transicional. Así, concluye la Corte afirmando que:

No obstante su independencia externa e interna, dada la colaboración armónica que, conforme al artículo 113 de la Carta ha de prestarse entre los distintos órganos del Estado “para la realización de sus fines”, en el cumplimiento de sus funciones la Jurisdicción Especial para la Paz podrá

¹⁰⁹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-017/18 (2018).

¹⁰⁹⁸ Corte Constitucional de Colombia.

¹⁰⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067/18 (2018).

solicitar la ayuda institucional que deban prestarle otras ramas del poder público y, desde luego, tendrá que requerir y recibir la colaboración de otras jurisdicciones en los términos que se establezcan, todo lo cual implica que, como elemento nuevo, debe articularse con la estructura estatal previa, a fin de interactuar adecuada y armónicamente¹¹⁰⁰.

Finalmente, como resultado del análisis jurisprudencial realizado, además de los casos atinentes a las tres circunstancias analizadas, se pudo identificar una reciente sentencia en la que la Corte Constitucional tuvo oportunidad de analizar, por primera vez en su jurisprudencia, una acción pública donde el cargo principal contra la disposición normativa acusada fuera la vulneración directa del principio de colaboración armónica. Ello, en tanto la totalidad de las sentencias antes reseñadas tenían cargos por vulnerar el principio de separación de poderes en sus tres distintos postulados u otras normas constitucionales, pero ninguno expresamente por vulnerar el principio de colaboración armónica. Así, había hecho la misma Corte al analizar el principio de separación de poderes o al integrar el parámetro constitucional para hacer el juicio correspondiente que había hecho mención y/o desarrollo del mandato de colaboración.

En este reciente caso, por primera vez, el cargo es expresamente la vulneración del mandato de colaboración armónica previsto en el artículo 113 Constitucional. Se trata de la sentencia C-223 proferida el 22 de mayo de 2019 por la Sala Plena de la Corte Constitucional. En ella se revisa la constitucionalidad del primer párrafo del artículo 206 del Código Nacional de Policía y Convivencia el cual dispone:

[...] PARÁGRAFO 1o. Los inspectores de Policía no ejercerán funciones ni realizarán diligencias jurisdiccionales por comisión de los jueces, de acuerdo con las normas especiales sobre la materia.¹¹⁰¹

Para el ciudadano que interpuso la acción pública de inconstitucionalidad, dicha disposición legal resulta inconstitucional por vulnerar directamente el principio de colaboración armónica previsto en el artículo 113 Constitucional al igual que el derecho al acceso a la administración de justicia. Para sustentar su posición sostiene el actor que una posible interpretación de la disposición acusada es aquella en la que prohíbe a todos los inspectores de policía para que puedan ser comisionados por un juez para cualquier tipo de diligencia dentro de un proceso judicial, incluso aquellas que tengan un contenido

¹¹⁰⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-080/18 (2018).

¹¹⁰¹ Congreso de la República de Colombia, «Ley 1801 de 2016: Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia» (2016), Art. 206.

meramente material o físico como los actos de embargo, secuestro y entrega de bienes¹¹⁰². Ello, en su criterio vulneraba el deber de colaboración armónica que existe entre las ramas, en particular, entre la judicial y la ejecutiva.

Para resolver el asunto, la Corte comienza reconociendo el carácter de principio y de parámetro constitucional a la colaboración armónica entre las ramas y órganos del poder público. Sin mayores elaboraciones al respecto¹¹⁰³, continúa señalando que la disposición acusada admite distintas interpretaciones, tal y como lo constata en sentencias y pronunciamientos de distintas autoridades judiciales, incluyendo la propuesta por el actor. Al respecto, considera la Corte que el legislador tiene un amplio margen de configuración legislativa sobre el principio de colaboración por lo que sostiene que:

La norma legal y específicamente la interpretación objeto de reproche, no elimina la posibilidad de que la rama ejecutiva cumpla esa importante función de apoyo a la administración de justicia, en desarrollo del principio de colaboración armónica de las ramas del poder (artículo 113 CP), ni el artículo 201 superior; norma esta que señala el deber que en particular tiene el Gobierno en relación la Rama Judicial de prestar a los funcionarios judiciales, con arreglo a las leyes, los auxilios necesarios para hacer efectivas sus providencias.¹¹⁰⁴

En esta línea, indica la Corte que existen muchas otras medidas de colaboración distintas a la comisión, al igual que otras autoridades de policía distintas a los inspectores. Por lo tanto, no resulta irrazonable ni desproporcionado que el legislador haya eliminado expresamente dicha posibilidad de colaboración, cuando existen otros mecanismos posibles y que es de su resorte establecer nuevas¹¹⁰⁵, y también haya restringido las

¹¹⁰² Es de anotar que la legislación anterior al Código Nacional de Policía y Convivencia permitían expresamente la comisión de diligencia judiciales materiales como el secuestro, embargo, entrega material de bienes, lanzamientos, entre otros, a inspectores de policía. Incluso la misma Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto sosteniendo que dicha posibilidad de comisión no constituía una vulneración principio de separación de poderes. En sus palabras, “la Corte observa que el legislador no ha desvirtuado el principio de colaboración entre los órganos públicos, pues ha mantenido una clara distinción y separación entre las funciones estatales. En modo alguno, prever y regular legalmente el apoyo de la administración a la ejecución material de una decisión judicial, significa usurpar las funciones asignadas a los jueces”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-733/00 (2000); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-251/02.

¹¹⁰³ Al respecto señala la Corte que “[l]a Constitución de 1991 recoge este principio en el artículo 113 CP, señalando que en el caso colombiano no existe una separación absoluta de órganos, puesto que, todos deben colaborar armónicamente en el cumplimiento de las funciones que les han sido otorgadas” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-223/19 (2019).

¹¹⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia.

¹¹⁰⁵ Indica la Corte que “una de las funciones del Legislador es la de definir los diseños concretos sobre como los órganos del Estado se interrelacionan en el cumplimiento de sus funciones, siempre y cuando, ello no contraríe aquellas que han sido específicamente otorgadas en el texto constitucional” Corte Constitucional de Colombia.

existentes, “atendiendo a la oportunidad, el mérito o la conveniencia”¹¹⁰⁶. De esta manera, decide el alto tribunal declarar la exequibilidad de la norma acusada y descartar los cargos por vulneración al principio de colaboración armónica, entre otros.

¹¹⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia.

5. LA COLABORACIÓN ARMÓNICA COMO PRINCIPIO ESTRUCTURANTE DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL COLOMBIANO: UNA APROXIMACIÓN A SU JUSTIFICACIÓN, CONTENIDO Y ALCANCE

El principio de colaboración armónica está expresamente enumerado en el artículo 113, con la novedad de que los principales fines del Estado que han de orientar la colaboración armónica está expresamente enumerados en el artículo 2° de la Constitución

Manuel José Cepeda, 1993¹¹⁰⁷

Tras los desarrollos expuestos en los capítulos anteriores, donde se sugirió un marco teórico para el principio colaborativo, se rastreó su origen en el constitucionalismo colombiano, se abordaron sus perspectivas en el derecho constitucional comparado y finalmente, se sistematizaron las interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia colombiana le ha dado, nos corresponde ahora hacer nuestra propia propuesta hermenéutica del principio de colaboración armónica en el sistema constitucional colombiano. En este sentido, se pretende atribuir o estipular un significado al mandato de colaboración armónica que consta expresamente en los artículos 113 y 334 del texto constitucional colombiano, centrándonos en sus fundamentos, contenido y alcances. Para ello, se defenderá una concepción que obtenga sustento y, por tanto, que sea compatible y adecuada con una lectura sistemática y comprensiva de la estructura, los principios y los fines que inspiran el sistema constitucional colombiano, tanto desde una perspectiva descriptiva como prescriptiva.

Con estas ideas en mente, en el primer apartado nos indagaremos sobre si la Constitución colombiana de 1991 puede considerarse como una constitución transformadora. Para ello,

¹¹⁰⁷ Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, 122.

comenzaremos definiendo dicho concepto e identificando las características que en el derecho constitucional comparado se han establecido en torno a este. Posteriormente, cada uno de los criterios identificados se aplicará, tanto al contenido de la Constitución de 1991, como a la práctica derivada de ella, en particular, dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. A partir del resultado obtenido con este ejercicio, se responderá de forma afirmativa el interrogante planteado, coincidiendo en ello con importantes autores y reconocidos centros de pensamiento en la materia.

En un segundo apartado, se iniciará el análisis de los mecanismos que dispone la Constitución colombiana para procurar su eficacia. El primero en abordarse será el dispositivo normativo, es decir, aquel que determina la vinculatoriedad jurídica del contenido constitucional. Al respecto, el análisis se centrará en el componente aspiracional del texto constitucional colombiano para determinar si este goza de la mencionada obligatoriedad, al igual que los demás contenidos constitucionales. Luego de argumentar a su favor, se indagará por la posición que al respecto han adoptado las instituciones colombianas. Para ello, se tomarán tres indicadores, a saber, si se le ha concedido vigencia jurídica al preámbulo, si se han reconocido a los principios como normas deónticas y de cómo un derecho económico y social prototípico, como el derecho a la salud, ha sido interpretado en clave de su exigibilidad por vías judiciales. A partir del análisis de estos indicadores, se podrá sostener que las metas y objetivos aspiracionales trazados en el plan constitucional colombiano disponen, al menos, de eficacia normativa.

Posteriormente, se abordará el segundo dispositivo de eficacia constitucional a saber: el institucional. Al respecto, se comenzará constatando cómo a la luz del principio de distinción del poder y sus tres postulados, la Constitución colombiana estructura todo un andamiaje institucional a partir de la asignación de funciones, órganos y controles recíprocos. Sobre estos últimos, se presentará una caracterización, atendiendo a su naturaleza política o jurídica. Estos mecanismos de control producen interrelaciones de contrapeso y fricción entre los órganos, por lo que es necesario indagarse si este tipo de relaciones resulta suficiente para garantizar la eficacia del texto constitucional. Tras argumentar en favor de una respuesta negativa a este cuestionamiento, se deberá proseguir en la búsqueda de otro principio que se torna necesario para dicho cometido.

En un cuarto apartado, hará su aparición el principio de colaboración armónica como aquel requerido para garantizar la eficacia del texto constitucional. Para ello, se retomarán las implicaciones analíticas y ontológicas de entender a la Constitución como un plan conjunto, lo cual exigirá el cumplimiento de las máximas de mutua receptividad, compromiso con la actividad conjunta y de apoyo mutuo entre los agentes. Tras aplicar dichas máximas al sistema constitucional colombiano, se sostendrá que en este última adquiere fundamento el mandato de colaboración entre las ramas y órganos del Estado para el cumplimiento del plan constitucional. Afirmación que tiene sustento adicional, no solo en la literalidad del texto constitucional colombiano, sino también en los desarrollos presentados en los capítulos precedentes. Así, se justificará que la colaboración armónica constituye un principio de naturaleza constitucional, institucional y estructural, exponiendo algunas implicaciones de ello.

En una quinta parte, se analizarán las manifestaciones del principio de colaboración armónica en la Constitución colombiana. Para ello, se comenzará con los dispositivos o mecanismos expresamente consagrados en la Constitución que se dirigen a procurar la colaboración entre órganos del Estado y que, por tanto, se distinguen de los de control. Para estos, se propondrá una nueva tipología atendiendo al grado de colaboración que supongan. Posteriormente, se analizará la dimensión implícita de la que igualmente dispone el principio de colaboración, la cual ha sido especialmente desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Debido a ello, el análisis se enfocará en las justificaciones y límites que tiene esta dimensión implícita, en especial, lo relativo a su legitimidad y a la capacidad institucional. Finalmente, se abordarán los límites que les son inherentes a la colaboración, en tanto principio constitucional, con lo cual se le atribuirá contenido al calificativo de “armónica” que acompaña su consagración en el texto constitucional colombiano.

5.1.La Constitución colombiana como un plan transformador

El constitucionalismo transformador ha emergido en los últimos años como un nuevo concepto en el derecho comparado. Si bien aún no existe un significado único ni

comprendivo¹¹⁰⁸, si es posible identificar algunos rasgos distintivos de este. Al respecto, Karl Klare, quien acuñó el término en un influyente artículo en 1998, describe el constitucionalismo transformador como “una empresa dirigida a inducir cambios sociales a gran escala a través de procesos políticos no violentos basados en el derecho”¹¹⁰⁹. A partir de allí, afirma el autor que se trata de un proyecto a largo plazo que incluye la promulgación, interpretación e implementación de una Constitución para transformar las instituciones políticas, sociales y las relaciones de poder de un país en una dirección más democrática, participativa e igualitaria¹¹¹⁰. De esta definición inicial, Roux identifica como elementos centrales los de un proyecto colectivo, protagonizado por el uso del derecho y dirigido hacia el cambio social¹¹¹¹.

En una línea similar, Fowkes sostiene que el constitucionalismo transformador está caracterizado por su preocupación por el cambio, a través del derecho y, al menos, parcialmente, dirigido por jueces¹¹¹². A partir de estas ideas y de la evolución que han tenido, Michaela Hailbronner afirma que la propuesta de este nuevo tipo de constitucionalismo no solo requiere un compromiso constitucional con las transformaciones, sino que implica que el Estado sea el que persiga activamente estos cambios. Así, en palabras de la autora, el constitucionalismo transformador es “solo posible en aquellas sociedades que exigen un rol más activo del Estado, a saber, como un catalizador de los cambios sociales fundamentales y que usan sus constituciones como un instrumento para fortalecer esta idea activista de la estatalidad”¹¹¹³.

Con la pretensión de diferenciar el constitucionalismo transformador de otros modelos, Klare sostiene que aquel adopta una lectura posliberal de las constituciones, la cual implica reivindicar su significado político. En desarrollo de este argumento, Hailbronner propone como correlativo del constitucionalismo transformador al paradigma del constitucionalismo federal de los Estados Unidos, especialmente antes del *New Deal*. De

¹¹⁰⁸ Michaela Hailbronner, «Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South», *American Journal of Comparative Law* 65 (2017): 531.

¹¹⁰⁹ Karl E. Klare, «Legal Culture and Transformative Constitutionalism», *South African Journal on Human Rights* 14 (1998): 150.

¹¹¹⁰ Klare, 150.

¹¹¹¹ Theunis Roux, «Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution: Distinction without a Difference», *Stellenbosch Law Review* 20 (2009): 260.

¹¹¹² James Fowkes, «Transformative constitutionalism and global south», en *Transformative Constitutionalism in Latin America: The emergence of a New Ius Commune*, ed. Armin Von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi (Oxford: Oxford University Press, 2017), 100.

¹¹¹³ Hailbronner, «Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South», 540.

acuerdo con este último, la Constitución y la práctica que se deriva de ella tenía como principal cometido el de contener el poder del Estado y salvaguardar las libertades individuales, entendiendo estas como derechos negativos. A ello se suma, la falta de un rol “positivo” por parte del Estado, lo cual, no solo es evidente en el texto de la Constitución de los Estados Unidos, sino también en la práctica y la dogmática que de ella se derivó en aquel contexto¹¹¹⁴.

Si bien el concepto de constitucionalismo transformador resulta aún vago, además de generar dudas metodológicas¹¹¹⁵ y sobre su alcance¹¹¹⁶, de este resultan destacables tres aspectos que a nuestro criterio le otorgan identidad y relevancia. En primer lugar, el carácter emancipador identificado en la Constitución, segundo, el énfasis que se pone en el componente aspiracional de las Constituciones y finalmente, el rol positivo que se le atribuye al Estado para la consecución de los cambios sociales. En relación con estos tres aspectos es claro que lo que se propone es una lectura de la Constitución en clave “performativa”¹¹¹⁷, es decir, la necesidad de cambiar la realidad social a partir de lo dispuesto en el texto constitucional. En esta línea, el constitucionalismo transformador es aspiracional, en tanto refleja el deseo de romper con las prácticas y las condiciones del pasado y lograr el ideal de una sociedad más justa y equitativa a través de las constituciones¹¹¹⁸. Este pretende dirigir la acción del Estado y ya no solo restringirla, para lo cual es necesario completar el catálogo de los derechos “negativos” o de “libertad”, incluyendo derechos “positivos” o “económicos y sociales” que sirvan de guía de la acción estatal¹¹¹⁹. Así, este modelo de constitucionalismo implica un proyecto emancipatorio en el cual se le atribuye un papel central al Estado para conseguir los cambios sociales perseguidos¹¹²⁰.

¹¹¹⁴ Hailbronner, 537.

¹¹¹⁵ Al respecto Roux critica que el concepto de constitucionalismo transformador solo tenga como fundamento los Estudios Críticos del Derecho y no otras posturas metodológicas como las del iusnaturalismo Dworkiniano. Roux, «Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution: Distinction without a Difference».

¹¹¹⁶ Hailbronner advierte que en la actualidad el concepto de constitucionalismo transformador no está necesariamente ligado a una agenda política y que se requieren más reflexiones al respecto. Hailbronner, «Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South», 529.

¹¹¹⁷ Jonh L. Austin, *How to Do Things with Words*, 2^o (Cambridge: Harvard University Press, 1975).

¹¹¹⁸ Fowkes, «Tranformative constitutionalism and global south», 100.

¹¹¹⁹ Hailbronner, «Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South», 565.

¹¹²⁰ Hailbronner, 528.

Con lo descrito del constitucionalismo transformador, debe advertirse la similitud que esta propuesta tiene con la del constitucionalismo contemporáneo que se caracterizó en el capítulo primero de esta disertación y el cual hace parte central del marco teórico allí esbozado. Al respecto, se ubicó esta nueva corriente del constitucionalismo a partir de la segunda mitad del siglo XX y se señaló que se distinguía por traer a un primer plano la concepción de la Constitución como una norma directiva que dirige a los poderes públicos y condiciona a los particulares, de tal manera que asegura la realización de los valores constitucionales. Así mismo, con ésta renace la idea de que el mismo Estado existe como resultado de un encuentro de voluntades y como consecuencia de una dirección elegida que los poderes públicos deben perseguir de común acuerdo. De allí que el Estado se convierta en un instrumento que existe en función de un objetivo a perseguir, de valores a realizar, de necesidades a satisfacer. Finalmente, estas ideas quedan en evidencia, tanto con la existencia de valores y principios constitucionales a los que se pretende adscribir el actuar estatal, como el goce de los derechos de tipo prestacional o social, a saber, a la salud, a la educación, a la vivienda, entre otros.

Del anterior recuento, queda claro que los modelos del constitucionalismo transformador y contemporáneo coinciden plenamente en los tres aspectos identificados como característicos de aquel, a saber, el carácter emancipador, el énfasis que se pone en el componente aspiracional y el rol positivo que se le atribuye al Estado. Tal vez, el punto en que difieren es en que el constitucionalismo transformador no hace mención específica sobre el lugar que en su modelo ocupa el constitucionalismo liberal y su pretensión característica de evitar los abusos derivados del ejercicio del poder. Por su parte, el constitucionalismo que hemos caracterizado como contemporáneo sí toma posición al respecto, señalando que este resurgir de la Constitución como norma directiva no implicó ni debe implicar que los postulados de aquel constitucionalismo liberal hayan desaparecido, sino que, por el contrario, estos continúan siendo protagonistas, tanto formal como materialmente a través de la persistencia de los instrumentos de los derechos negativos y de la separación de poderes en su formulación clásica. Por ello, se afirmó que lo que corresponde es “templar” los elementos de los modelos constitucionales liberal y republicano con el fin de hacerlos compatibles, suponiendo con ello repensar sus mismos

fundamentos, conceptos, metáforas y los mecanismos que sirven de soporte a las constituciones contemporáneas¹¹²¹.

Sobre la ausencia de este elemento en la propuesta del constitucionalismo transformador consideramos que esta no puede entenderse como una negación o superación absoluta del modelo liberal clásico. Ello, atendiendo a dos razones: en primer lugar, a que consideramos que dicha ausencia atiende a una cuestión de enfoque que pretende hacer el modelo transformador al reivindicar el componente emancipatorio del derecho y del Estado, sin que ello implique desconocer las virtudes del modelo liberal clásico. En segundo lugar, y más relevante, debido a que consideramos que no sería aceptable ética ni moralmente la posibilidad de implementar un proyecto de transformación social, como el que se propone, que no respete el núcleo esencial de los derechos liberales, ni que permita el ejercicio abusivo del poder político, incluso con este loable cometido. En este punto, las dramáticas experiencias totalitarias que tuvieron lugar durante la primera mitad del siglo XX y los experimentos populistas recientes en América Latina constituyen pruebas palpables de la incorrección de dicho planteamiento¹¹²². Por estas razones consideramos que dicho complemento debe hacerse al modelo del constitucionalismo transformador, el cual, con esta advertencia, se seguirá utilizando en este escrito como equivalente al de constitucionalismo contemporáneo.

Continuando con el análisis, acertadamente propone Fowkes que, el constitucionalismo transformador o contemporáneo es un concepto tanto descriptivo como prescriptivo, es decir, implica la constatación de un estado de cosas existentes, al igual que un “deber ser”, una propuesta normativa¹¹²³. En este sentido, lo que inicialmente se requiere para constatar ese modelo desde un plano descriptivo es disponer de una Constitución y de una

¹¹²¹ Sobre el objeto de la academia sostiene Von Bogdandy que “los órdenes jurídicos modernos dependen de construcciones, dichas construcciones dependen de conceptos y los conceptos dependen de la academia. Refinar los conceptos ayuda a construir mejor la realidad, organizar, desarrollar y criticar el derecho y, en nuestro caso, la interacción entre varios sistemas jurídicos“. Armin Von Bogdandy et al., «Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism», en *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, ed. Armin Von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi (Oxford: Oxford University Press, 2017), 6.

¹¹²² Este condicionamiento nos permite distinguir entre el constitucionalismo transformador de otras formas como las del denominado “Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” que como bien señala Couso tiene poco de “constitucionalismo” por su hostilidad a la garantía de derechos individuales y a la separación de poderes y en especial a la independencia de la judicatura. Javier Couso, «Las democracias radicales y el ‘nuevo constitucionalismo latinoamericano’», en *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos* (Buenos Aires, 2014), 374.

¹¹²³ Fowkes, «Transformative constitutionalism and global south», 100.

práctica constitucional transformadora. En palabras de Alterio, el constitucionalismo transformador tiene como condición de posibilidad la existencia de una constitución transformadora, entendiendo por tal, “aquella que se compromete con un proyecto para lograr una sociedad mejor y que otorga los medios para ello, sobre todo por la vía del reconocimiento de amplios derechos, susceptibles de una aplicación positiva tanto en la esfera pública como privada”¹¹²⁴.

En relación con las características de una constitución transformadora, Klare haciendo referencia al modelo constitucional sudafricano posterior al apartheid sostiene que, desde una perspectiva posliberal, tanto la Constitución como la práctica derivada de esta, podía encausarse en lo que él definía como un ejemplo del constitucionalismo transformador. Para ello, Klare identifica seis rasgos en la Constitución sudafricana que contrasta con los de una Constitución liberal clásica. Esos rasgos se refieren a su carácter social, afirmativo frente a derechos a cargo del Estado, horizontalidad en sus efectos, participativo, multicultural y auto-consciente sobre su lugar histórico y su rol transformador¹¹²⁵. Por su parte, Hailbronner identifica tres criterios para definir una Constitución como transformadora, dos de ellos ya incluidos en el catálogo de Klare, a saber, la estipulación de deberes y derechos positivos y que estos sean relevantes en disputas privadas¹¹²⁶ y un tercero relativo a que las Constituciones de este tipo deberán permitir un amplio acceso a los jueces, permitiendo que los litigios de interés público se puedan tramitar ante las altas cortes del Estado¹¹²⁷. En la misma línea, Fowkes sostiene que una constitución será transformadora si contiene un amplio catálogo de derechos positivos, vincula expresamente al derecho con cometidos aspiracionales y crea deberes tanto públicos como privados para desarrollarlos¹¹²⁸, todos ellos criterios ya incluidos en el catálogo de Klare.

A partir de lo referido, ¿Es posible afirmar que la Constitución colombiana de 1991 es una constitución transformadora y contemporánea? ¿Es posible afirmar que la práctica que se ha derivado de ella es igualmente transformadora? Con la finalidad de responder a estos interrogantes, en un primer momento se intentará identificar cada uno de los siete

¹¹²⁴ Alterio, «La Suprema Corte de Justicia Mexicana en la transformación social», 472.

¹¹²⁵ Klare, «Legal Culture and Transformative Constitutionalism», 153.

¹¹²⁶ Hailbronner, «Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South», 540.

¹¹²⁷ Hailbronner, 541.

¹¹²⁸ Fowkes, «Transformative constitutionalism and global south», 100.

criterios reseñados en el texto constitucional colombiano. En un segundo momento y entendiendo que tanto el texto como la práctica constitucional comprenden la noción descriptiva de un proyecto transformador, se procurará reseñar para cada uno de los criterios los principales desarrollos jurisprudenciales que se hayan hecho al respecto.

El primer criterio se refiere a una concepción sustantiva de la igualdad y la existencia de derechos sociales. La Constitución colombiana incluye en su preámbulo, como algunos de sus fines, asegurar la vida, la convivencia, el trabajo y la igualdad, dentro de un marco que garantice un orden político, económico y social justo. En consecuencia, el artículo primero define a Colombia como un Estado Social además de Derecho. Se reconoce expresamente el derecho a la igualdad de todas las personas en su artículo 13 y además de reconocerla en su dimensión formal, dispone que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. Sobre este último punto señala expresamente la Constitución que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ellas se cometan”¹¹²⁹. En relación con los derechos sociales, estos se consagran en el capítulo segundo de la Constitución. Dicho catálogo incluye los derechos fundamentales de los niños (Art. 44), el derecho a la seguridad social (Art. 48), a la salud (Art. 49), a la vivienda digna, al trabajo, la negociación colectiva (Art. 54 y 55), y a la educación (Art. 67), entre otros.

A partir de estos postulados, la Corte Constitucional ha hecho una interpretación progresista de ellos, procurando dotarlos de contenido y de garantizar su cumplimiento. De esta forma, en una de las primeras sentencias expedidas por este tribunal se advertía que el término "social", agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debía ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un toque de filantropía a la idea tradicional del Derecho y del Estado, sino que debía inscribirse en la tradición del Estado de Bienestar europeo y en favor de la vigencia de los derechos sociales¹¹³⁰. En esta misma sentencia, la Corte apunta sobre la imbricada interrelación que debe existir entre los derechos civiles y políticos y los novedosos derechos sociales incluidos en el texto constitucional de 1991:

¹¹²⁹ Constitución Política de Colombia, Art. 13.

¹¹³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406/92 (1992).

[E]s necesario advertir que los derechos económicos, sociales y culturales, promovidos a nivel constitucional durante las primeras décadas del siglo y conocidos como la segunda generación de derechos humanos, no han sido incorporados al ordenamiento jurídico de las democracias constitucionales simplemente por ser considerados como un elemento adicional de protección. La razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma: sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto "de la dignidad humana" en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes. Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada. Y a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes.¹¹³¹

En desarrollo de estas interpretaciones del texto constitucional, la Corte Constitucional colombiana ha adoptado decisiones audaces en materia de protección de derechos económicos, sociales y culturales que le han valido un importante reconocimiento internacional¹¹³². Sentencias estructurales como las adoptadas para la protección de los derechos de la población carcelaria, de las personas desplazadas por la violencia o del derecho a la salud, que fueron reseñadas en el capítulo anterior y que se retoman más adelante, constituyen ejemplos de este tipo de activismo ante la vulneración masiva de derechos económicos y sociales¹¹³³.

El segundo criterio hace referencia a la existencia de deberes afirmativos en cabeza del Estado. La Constitución de 1991 parte de consagrar como fines esenciales del Estado servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella. En desarrollo de estos fines reconoce expresamente que las autoridades de la República están instituidas para asegurar, entre

¹¹³¹ Corte Constitucional de Colombia.

¹¹³² Rodríguez-Garavito, «Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America»; Manuel Jose Cepeda-Espinoza, «Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court», *Texas Law Review* 89 (2010), <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tlr89&id=1717&div=73&collection=journals>.

¹¹³³ Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur global*.

otros cometidos, “el cumplimiento de los deberes sociales del Estado”¹¹³⁴. Estos deberes sociales hacen mención del correlativo de los derechos reconocidos constitucionalmente, los cuales frente a los derechos sociales, económicos y culturales implican claramente deberes positivos, afirmativos y de acción a diferencia de los típicos derechos liberales que imponen principalmente prohibiciones por parte del Estado¹¹³⁵. Estos deberes sociales a cargo del Estado se hacen igualmente explícitos frente a grupos poblacionales especialmente vulnerables como es el caso de las mujeres cabeza de familia (Art. 43), niños, niñas y adolescentes (Art. 44 y 50), las personas de la tercera edad (Art. 46) y disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (Art. 47), entre otros.

Sobre la aplicación de esos deberes estatales en sede judicial, las innumerables sentencias de tutela expedidas por todos los jueces del país desde 1991, en las que se ordena la protección de un derecho constitucional fundamental constituyen prueba de la vigencia de dichos deberes. En esta línea también se inscriben las sentencias estructurales proferidas por la Corte Constitucional y referidas anteriormente, ya que estas constituyen sentencias de tutela expedidas en sede de revisión. A manera simplemente de ejemplo, por su relevancia y su reciente publicación, la Corte Constitucional profirió la sentencia T-607 de 2019, en la cual conoció el caso de una menor de edad diagnosticada tardíamente con una discapacidad mental y cognitiva y que se encontraba bajo el cuidado de una institución pública. En la sentencia, además de ordenar la mejora de las condiciones de la menor y un acompañamiento más estricto por parte de especialistas y de las autoridades a su situación, le ordena al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, con fundamento en sus competencias legales y reglamentarias, implemente las medidas necesarias que aseguren (i) la identificación y caracterización temprana de los niños y niñas en situación de discapacidad; (ii) el diagnóstico y tratamiento adecuado de su situación; y (iii) las rutas claras y eficientes para su atención a efectos de respetar y proteger sus derechos. Lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 44, 50 y 47 constitucionales¹¹³⁶.

¹¹³⁴ Constitución Política de Colombia, Art. 2º.

¹¹³⁵ En este punto debemos advertir que, de forma bastante convincente, Sunstein y Holmes han sostenido que la distinción entre derechos negativos y positivos no resulta correcta y que, por el contrario, todos los derechos son positivos al suponer acciones materiales y la inversión de recursos por parte del Estado. A pesar de compartir dicha posición, en este escrito se mantendrá dicha distinción por su relevancia analítica. Stephen Holmes y Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*, 3ª (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015), 55 y ss.

¹¹³⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-607/19 (2019).

El tercer rasgo de una Constitución transformadora es el efecto horizontal otorgado a los derechos constitucionales. Con ello se hace referencia a la superación del concepto de verticalidad de la eficacia de las disposiciones constitucionales, según el cual la Constitución solo vincula a los órganos y agentes del Estado incluso en materia de derechos. Por lo tanto, el efecto horizontal refiere a la aplicación y al efecto vinculante de la Constitución y en particular de los derechos fundamentales, tanto a los privados como a los actores del Estado. Al respecto, el texto constitucional colombiano parte de reconocer la existencia de deberes no sólo a cargo del Estado, sino también para los particulares. En este punto dispone el inciso final del artículo 2° de la Constitución que las autoridades de la República están instituidas “para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”. Así mismo, el artículo 95 constitucional afirma que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes, enumerando a continuación algunos deberes de la persona y del ciudadano, entre los que se encuentran respetar los derechos ajenos, no abusar de los propios y obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.

Siguiendo estos postulados, el constituyente de 1991, después de una amplia deliberación al respecto¹¹³⁷, previó la posibilidad que la acción de tutela, acción constitucional dirigida a la protección de los derechos fundamentales, pudiera proceder también contra particulares. Al respecto, el artículo 86 constitucional dispone que “la ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos o cuya conducta afecte gravemente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”¹¹³⁸. Dichas causales se regularon en el artículo 42 del Decreto- Estatutario 2591 de 1991 y se hizo estableciéndose un listado taxativo de derechos por los que podrían ser procedentes.

¹¹³⁷ Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que “[l]a procedencia de la tutela contra actos u omisiones de los particulares, se discutió en la Asamblea Nacional Constituyente. Una revisión de las diversas ponencias presentadas revela que hubo cuatro posiciones distintas, a saber: a. Excluir de la acción de tutela los actos u omisiones de los particulares; b. Aceptar la procedencia de la acción de tutela contra los actos y las omisiones de cualquier particular. c. Excluir de la acción de tutela los actos u omisiones de los particulares y aceptar su procedencia para actos u omisiones de "organizaciones particulares". d. Aceptar la procedencia de la acción de tutela contra actos u omisiones de particulares, pero en casos excepcionales previstos por la Constitución y regulados por la ley. Esta última opción primó en la redacción del artículo 86 y que se desarrolló en el artículo 42 y subsiguientes del decreto 2591 de 1991” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-573/92 (1992).

¹¹³⁸ Constitución Política de Colombia, Art. 86.

Esta restricción fue finalmente declarada inexecutable por la Corte Constitucional al considerar que la acción de tutela debe proceder para la protección de todos los derechos fundamentales si se cumplen las demás condiciones de legitimación por pasiva de un particular¹¹³⁹.

De los tres escenarios previstos por el constituyente, el primero, que se refiere a la prestación de un servicio público, es el que menos discusiones ha generado en la jurisprudencia constitucional pues implica un razonamiento objetivo. Su razón de ser tampoco suscita discusiones, pues los servicios públicos son indispensables para el goce de muchos derechos constitucionales. Por lo tanto, al respecto se evidencia una abundante jurisprudencia sobre el acceso a los servicios públicos, en particular a los de salud, seguridad social y educación. El segundo supuesto admite, en cambio, un margen más amplio de interpretación destinado a determinar en qué eventos los particulares afectan intensamente el interés colectivo. A manera de ejemplo, la Corte Constitucional ha considerado estar ante esta circunstancia por la afectación derivada de la contaminación por aguas de alcantarillado¹¹⁴⁰ o por los desechos tóxicos de una empresa productora de químicos¹¹⁴¹.

La tercera circunstancia es la que más desarrollo ha recibido en la jurisprudencia constitucional. La Corte se ha ocupado en un conjunto muy extenso de decisiones a delimitar el alcance de los conceptos de indefensión y subordinación, pues solo es posible definir su existencia en el análisis de casos concretos. Al respecto, la sentencia fundadora de la materia fue la T-290 de 1993 en la cual se dispuso que:

Entiende esta Corte que la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado, sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate¹¹⁴².

¹¹³⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-134/94 (1994).

¹¹⁴⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406/92.

¹¹⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-251/93 (1993).

¹¹⁴² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-290/93 (1993).

Siguiendo estos criterios, la Corte Constitucional ha afirmado a lo largo de su jurisprudencia que existe una relación de subordinación derivada de los contratos laborales¹¹⁴³, de la relación entre los estudiantes y las instituciones educativas¹¹⁴⁴ y de la dependencia de los hijos a sus padres¹¹⁴⁵. Por su parte, ha sostenido que se configura la indefensión ante (i) la ausencia de medios de defensa de carácter legal, material o físico que le permitan a la persona contrarrestar ataques contra sus derechos constitucionales fundamentales inferidos por un particular¹¹⁴⁶; (ii) la imposibilidad de satisfacer una necesidad básica por el ejercicio irrazonable, irracional y desproporcionado de los derechos de otro particular¹¹⁴⁷; (iii) la presencia de vínculos afectivos, morales, sociales o contractuales que propician actuaciones u omisiones lesivas de derechos fundamentales de una de las partes, como puede ocurrir en ciertas relaciones entre familiares, copropietarios, socios, etc.¹¹⁴⁸; y (iv) la utilización de medios de comunicación para divulgar la condición de deudor de una persona¹¹⁴⁹ o el recurso a cobradores profesionales para efectuar el cobro de acreencias¹¹⁵⁰.

Otro ejemplo interesante del efecto horizontal de los derechos tiene lugar con la interpretación que se le ha dado al principio de solidaridad social que se encuentra consagrado en el artículo 95.2 de la Constitución. Así, frente a las víctimas de secuestro, desaparición forzada o similares, la Corte Constitucional sostuvo que en virtud de dicho principio “se permite demandar de la sociedad ayuda para quienes padecen o han padecido dichos flagelos”¹¹⁵¹, obligando, por ejemplo, a que los empleadores continuaran con el pago de los salarios u honorarios a los familiares de las víctimas¹¹⁵² o a que los

¹¹⁴³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-214/11 (2011); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1073/05 (2005).

¹¹⁴⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-938/12 (2012).

¹¹⁴⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-371/95 (1995); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-182/99 (1999).

¹¹⁴⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-573/92; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-190/94 (1994); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-498/94 (1994).

¹¹⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-605/92 (1992); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-036/95 (1995); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-379/95 (1994); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-375/96 (1996); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-801/98 (1998).

¹¹⁴⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-174/94 (1994); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-529/92 (1992); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-233/94 (1994); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-351/97 (1997).

¹¹⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-411/95 (1995).

¹¹⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-412/92 (1992).

¹¹⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-613/15 (2015).

¹¹⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-015/95 (1995).

bancos privados debieran suspender las obligaciones dinerarias por ellos contraídas¹¹⁵³. Tras la consolidación de esta jurisprudencia y ante el drama humano que implica esta situación, el Congreso de la República expediría luego la Ley 986 de 2005 por la cual se adoptaron de forma general las medidas de protección para las víctimas de los delitos contra la libertad personal¹¹⁵⁴. Por lo tanto, del recuento realizado se confirma que la Constitución colombiana prevé un efecto horizontal de los derechos fundamentales.

El cuarto criterio menciona la gobernanza participativa en el contexto de la Constitución. Al respecto, además de incluirse a la democracia como un principio basilar, es indiscutible que la participación es un elemento transversal para el ordenamiento constitucional colombiano; tanto así que, de conformidad con la Carta Política de 1991, es uno de los principios fundantes del Estado y simultáneamente, uno de los fines esenciales hacia los cuales se debe orientar su actividad. Desde el mismo preámbulo se afirma que el pueblo colombiano se otorga un marco participativo, el cual deriva de definir al Estado colombiano, en el artículo siguiente, como una República “*democrática*” y “*participativa*”, entre otros adjetivos. En esta misma línea, el artículo segundo de la Constitución vigente, al señalar los fines esenciales del Estado colombiano, dispone como uno de ellos el de “*facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*”. En desarrollo de estos valores y principios, el artículo 40 constitucional consagra el catálogo de los derechos políticos, afirmando que “[t]odo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político” y consagrando a continuación siete manifestaciones de ese derecho genérico a la participación política. Es de anotar que dentro de estas se incluye el derecho a tomar parte de mecanismos de participación ciudadana directa como plebiscitos, referendos y revocatorias del mandato a alcaldes y gobernadores.

En desarrollo de estos postulados, la Corte Constitucional como su intérprete autorizado y órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, ha considerado desde sus primeros pronunciamientos que el principio democrático- participativo previsto en la Constitución no se limita únicamente al campo político, sino que se extiende a múltiples esferas

¹¹⁵³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-520/03 (2003).

¹¹⁵⁴ Congreso de la República de Colombia, «Ley 986 de 2005: Por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones», 2005, s. f.

sociales, por lo cual ha señalado que es a la vez universal y expansivo. Es universal pues “compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social”¹¹⁵⁵, y es expansivo, pues “ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción”¹¹⁵⁶. Por ende, el principio democrático- participativo desborda el campo electoral y la órbita estrictamente política para irradiar los demás ámbitos sociales. En consecuencia, puede afirmarse que, con la Constitución de 1991 se pasó de una versión restringida de la democracia en su modelo representativo clásico, a una versión robusta que adopta como máxima a la gobernanza participativa.

El quinto criterio identifica al multiculturalismo como rasgo característico de los textos constitucionales transformadores. Sobre el particular, el artículo séptimo constitucional dispone que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación”, e indica que es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales de esta. En desarrollo de estos valores constitucionales se dispone de una serie de acciones afirmativas para las comunidades étnicamente diferenciadas. Por una parte, se les otorgan circunscripciones especiales para garantizar su participación tanto en el Senado (art. 171) como en la Cámara de Representantes (art. 176). Por otra, se les otorga autonomía a las comunidades indígenas para asuntos de gobierno, administración de sus territorios (Art. 330) e incluso jurisdiccionales (Art. 246).

En relación con estas medidas afirmativas o de discriminación positiva se ha desarrollado una interesante jurisprudencia constitucional para definir su alcance¹¹⁵⁷. En relación con la autonomía para la administración de sus territorios, la Corte Constitucional ha entendido que acorde con lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT, el cual fue debidamente ratificado por Colombia y hace parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 superior, se configura un derecho fundamental en favor de las

¹¹⁵⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-089/94 (1994).

¹¹⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia.

¹¹⁵⁷ Daniel Bonilla Maldonado, *La Constitución multicultural* (Siglo del Hombre, 2006).

comunidades indígenas a la consulta previa de medidas, entendidas como políticas, planes o proyectos, que supongan una afectación directa a la comunidad¹¹⁵⁸. Sobre los rasgos característicos del derecho a la consulta previa ha sintetizado la Corte que estos son:

(i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes¹¹⁵⁹.

En segundo lugar, frente a la jurisdicción especial indígena y aún en ausencia de la ley de coordinación, la Corte Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia los elementos necesarios para su configuración, aplicación y límites de cara a la jurisdicción ordinaria¹¹⁶⁰. Al respecto, ha dispuesto la Corte que dicha jurisdicción implica la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, su potestad de establecer normas y procedimientos, atendiendo a sus usos y costumbres y al respeto a la Constitución y la ley, dentro del principio de maximización de la autonomía¹¹⁶¹. En este sentido, jurisprudencialmente se han construido los elementos del fuero indígena, al igual que los límites de dicha jurisdicción en relación con los derechos fundamentales previstos en el texto constitucional¹¹⁶².

¹¹⁵⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-389/16 (2016).

¹¹⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-129/11 (2011).

¹¹⁶⁰ Al respecto se pronunció la Corte Constitucional al señalar que “No es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que, si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-139/96 (1996).

¹¹⁶¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-642/14 (2014).

¹¹⁶² Alejandro Gómez Velásquez, «La jurisdicción especial indígena en el sistema político colombiano», *Revista Boliviana de Derecho* 25 (2018): 586-609.

El sexto criterio predica la auto conciencia histórica de la Constitución. En este punto, la Constitución colombiana de 1991 tuvo lugar tras un proceso constituyente poco ortodoxo, debido a que se hizo por fuera de los mecanismos de reforma constitucional previstos por la constitución precedente de 1886¹¹⁶³. Dicho proceso tuvo un importante apoyo ciudadano desde el comienzo, el cual se vio secundado luego por el Gobierno, la Corte Suprema de Justicia y en alguna medida el Congreso de la República¹¹⁶⁴. A lo largo de este proceso, se vio la posibilidad de convocar a una Asamblea Nacional Constituyente y a la nueva constitución como una forma de “salvar”¹¹⁶⁵ al país frente a la situación de violencia generalizada, des-institucionalidad y abandono social que se vivía para ese entonces. En este sentido, la percepción de la constituyente como un punto de inflexión con el pasado también fue ampliamente compartida por sus delegatarios, tanto así que está presente en los discursos de proclamación del texto constitucional aprobado. Finalmente, ello es también palpable en el preámbulo aprobado, al disponer que el fin fundamental de la Constitución es el de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, convivencia, el trabajo, la justicia, entre otros.

Al pronunciarse la Corte Constitucional sobre el proceso que dio origen a la Constitución de 1991, la concepción de esta como punto de quiebre con el *status quo*, es evidente. Así, para 1992 se pronunciaba el alto tribunal sobre el proceso constituyente:

El acto de elaboración y de promulgación de la nueva Carta Política de 1991, es el resultado de la combinación armónica de distintos elementos y de varios procesos de orden político y jurídico que, aun cuando conforman un episodio *sui generis* en la historia constitucional colombiana y sin alterar la normalidad social ni económica de la Nación, permitieron la expresión originaria del poder Constituyente, dentro de cauces institucionales diseñados específicamente, con el fin de superar la crisis que presentaba el modelo de organización del Estado ante los embates del crimen organizado y ante la creciente deslegitimación de las reglas y de los eventos de la democracia representativa vigente.¹¹⁶⁶

¹¹⁶³ Cepeda Espinosa, *Polémicas constitucionales*, 355 y ss.

¹¹⁶⁴ En palabras del presidente de la República de ese entonces, César Gaviria Trujillo, “la nueva Constitución nació de un proceso en el cual colaboraron las tres ramas del poder público, dentro de su órbita de competencia y ejerciendo independientemente las funciones que le eran propias. Gracias a ello, gracias a esa actitud republicana, Colombia logró superar enormes dificultades y encontrar nuevos rumbos” Citado por: Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, 417.

¹¹⁶⁵ Al respecto resulta diciente el mensaje con el que para 1990 se promocionaba el apoyo a la séptima papeleta que fue la iniciativa ciudadana en la cual se manifestó el apoyo ciudadano inicial que tenía la convocatoria a una asamblea nacional constituyente. El mensaje rezaba: “aún podemos salvar a Colombia, Si a la 7° papeleta”.

¹¹⁶⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-544/92 (1992).

En materia de derechos fundamentales, la idea de la Constitución como instrumento transformador se hace también visible. Al respecto, señalaba la Corte a un año de vigencia del texto constitucional que:

Existe una nueva estrategia para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. La coherencia y la sabiduría de la interpretación y, sobre todo, la eficacia de los derechos fundamentales en la Constitución de 1991, están asegurados por la Corte Constitucional. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la Constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales. En el sistema anterior la eficacia de los derechos fundamentales terminaba reduciéndose a su fuerza simbólica. Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela¹¹⁶⁷.

El séptimo criterio, propuesto por Hailbronner, hace referencia a que las constituciones transformadoras típicamente permiten un amplio acceso a la justicia, conduciendo a que los litigios de interés público se puedan conocer por los tribunales nacionales¹¹⁶⁸. Al respecto, debe comenzarse señalando que la Constitución colombiana prevé en el artículo 229 el derecho fundamental de acceso a la justicia. Además de este, el texto dispone de importantes mecanismos que han facilitado el acceso a la justicia de los ciudadanos. De estos puede destacarse en primer lugar, la acción pública de inconstitucionalidad, la cual faculta a todos los ciudadanos para que demanden directamente ante la Corte Constitucional los actos reformativos de la Constitución, leyes o decretos con fuerza de ley que consideren que vulneran la Constitución, tanto por vicios materiales como procedimentales¹¹⁶⁹. En segundo lugar, encontramos la ya nombrada acción de tutela prevista en el artículo 86 superior. Esta constituye una acción de rango constitucional que puede interponer toda persona, mediante un procedimiento preferente, sumario y que no requiere representación judicial, para procurar la protección de los derechos constitucionales fundamentales.

¹¹⁶⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406/92.

¹¹⁶⁸ Hailbronner, «Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South», 540.

¹¹⁶⁹ Para una reivindicación del acceso directo de los ciudadanos a la acción de inconstitucionalidad en Colombia véase: Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de constitucionalidad deliberativo* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 83 y ss.

Ambos mecanismos han contribuido a que los jueces y, en particular, la Corte Constitucional colombiana, hayan podido conocer y decidir sobre muy distintos asuntos de interés público, implicando que su jurisprudencia sea reconocida, incluso a nivel comparado¹¹⁷⁰. De igual forma, la existencia de estos mecanismos judiciales ha permitido que se desarrollen prácticas de litigio estratégico a través de los cuales asociaciones civiles y Organizaciones No Gubernamentales- ONG han acudido a estos medios, de forma sistemática y estratégica, con el fin de lograr que a través de fallos judiciales se mejoren los estándares de protección¹¹⁷¹. Lo anterior como una respuesta a la inactividad o insuficiencia en la actuación de los demás poderes públicos y con el fin de promover la eficacia de estos derechos, como se abordará más adelante.

Identificados los siete rasgos distintivos de una constitución transformadora dentro de la Constitución colombiana de 1991, al igual que cierta práctica derivada de esta, es posible sostener que, en Colombia tiene lugar un constitucionalismo de tipo transformador¹¹⁷². A esta misma conclusión han arribado los investigadores del Instituto Max Planck, quienes en su división para el derecho público comparado y el derecho internacional, han acuñado el concepto de *Ius Constitutionale Commune en América Latina*- ICCAL¹¹⁷³ para referirse a los rasgos distintivos del derecho constitucional en la región y dentro del cual se incluye decididamente al colombiano. El proyecto del ICCAL, en palabras de Arango, apuesta a una construcción colectiva de la realidad social latinoamericana a partir del derecho constitucional como una alternativa a enfoques que no toman suficientemente en cuenta su experiencia histórica en la regulación de las relaciones entre poderes públicos

¹¹⁷⁰ Manuel José Cepeda Espinosa y David Evan Landau, *Colombian Constitutional Law: Leading cases* (Oxford: Oxford University Press, 2017); Manuel José Cepeda Espinosa, *Derecho constitucional jurisprudencial: las grandes decisiones de la Corte Constitucional* (Bogotá: Legis, 2001).

¹¹⁷¹ Beatriz Londoño Toro, ed., *Litigio estratégico en Colombia: Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013), 4.

¹¹⁷² Esta conclusión es compartida por Landau y Bilchitz quienes afirman que muchas constituciones del “sur global” tienen un significativo aspecto transformativo en el sentido que no solo preservan el *status quo* sino que comprometen al Estado para superar las inequidades raciales, étnicas, basas en género y económicas en sus sociedades. En Latinoamérica, continúan los autores, las constituciones de Colombia y Brasil, constituyen buenos ejemplos. Bilchitz y Landau, *Evol. Sep. powers between Glob. North Glob. South*, 9.

¹¹⁷³ Al respecto afirman Von Bogdandy que “la denominación en latín de *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, puede parecer vetusta, pero se refiere a un enfoque transformador. Apunta a la transformación de la realidad política y social de América Latina para crear las condiciones sociales y políticas necesarias para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos”. Armin Von Bogdandy, «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador», *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (1 de enero de 2015): 3-50, <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01>.

y la sociedad civil en la región, por lo que se parte de identificar al constitucionalismo transformador como el común denominador entre los sistemas jurídicos que lo componen¹¹⁷⁴.

Lo anterior, se fundamenta en reconocerle al derecho constitucional un importante potencial emancipador¹¹⁷⁵ y en entender que las constituciones no están limitadas a organizar el Estado o la política, sino que son un documento que plasma igualmente una visión integral de la vida social en un país¹¹⁷⁶, es decir, un proyecto de sociedad¹¹⁷⁷. En este sentido, el ICCAL encierra una vocación práctica dirigida a hacer realidad las promesas y garantías de las constituciones latinoamericanas¹¹⁷⁸, las cuales se plasman principalmente en las disposiciones sobre derechos fundamentales¹¹⁷⁹. Esta preocupación claramente coincide con la del constitucionalismo transformador, dentro del cual, el ICCAL enfatiza en el original camino que al respecto han adoptado los estados latinoamericanos para desarrollar este ideal¹¹⁸⁰.

En relación con el caso colombiano, desde el ICCAL se afirma por parte de Armin Von Bogdandy, director del mencionado centro de investigación que “el concepto de constitucionalismo transformador se conoce del constitucionalismo colombiano en el marco de la nueva constitución de 1991”¹¹⁸¹. A ello, continúa señalando que los constituyentes de 1991 no solo eran depositarios de una voluntad popular ansiosa de respuestas institucionales para transformar la situación, sino que estuvieron motivados por una especial sensibilidad en lo que concierne al derecho internacional de los derechos

¹¹⁷⁴ Rodolfo Arango, «Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional», en *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, ed. Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, y Mariela Morales Antoniazzi (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México y Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2014), 35.

¹¹⁷⁵ Von Bogdandy, «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador», 17.

¹¹⁷⁶ Von Bogdandy, 10.

¹¹⁷⁷ Von Bogdandy et al., «Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism», 7.

¹¹⁷⁸ Von Bogdandy, «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador», 17.

¹¹⁷⁹ Von Bogdandy, 17.

¹¹⁸⁰ Von Bogdandy, 15.

¹¹⁸¹ Armin Von Bogdandy, «Ius Constitutionale Commune en América Latina: Aclaración conceptual», en *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, ed. Armin Von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Querétaro: Max Planck Institute, 2017), 139.

humanos¹¹⁸². En esta línea, la Constitución de 1991, afirma el autor “se identifica como un parteaguas y tiene como soporte la efectividad de los derechos humanos como uno de sus pilares fundamentales”¹¹⁸³. Para sustentar su posición, Von Bogdandy se refiere a algunos escritos de Manuel José Cepeda Espinosa en torno a la Constitución de 1991. Este reconocido jurista colombiano, se desempeñó como consejero presidencial durante la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y luego como magistrado de la Corte Constitucional colombiana entre los años 2001 y 2009. Durante el primero de estos cargos, escribió varios textos en los que se recogía la posición del Gobierno de cara a la nueva constitución expedida. En ellos, está latente la idea de la nueva Constitución colombiana como un instrumento de transformación social. En sus palabras:

El derecho a la Constitución es el derecho de todo ciudadano a la rebelión, pacífica y dentro de los cauces institucionales, contra la arbitrariedad y los abusos de poder. Y al mismo tiempo, el derecho a la Constitución es la expresión de una noble y justa esperanza: convertir en realidad los ideales de libertad, igualdad y fraternidad, o cualquiera otros que hayan inspirado revoluciones, por fortuna no violentas.¹¹⁸⁴

En materia de derechos, sostiene Cepeda que la carta de 1991 representa una de las mayores conquistas, sin embargo, inmediatamente reconoce que existe una gran distancia entre la consagración nominal de unos derechos y su goce efectivo. Afirma que la intención del constituyente fue precisamente cerrar esa brecha estableciendo todo un aparato institucional, provisto de herramientas de carácter procesal dirigidas a garantizar la eficacia práctica de los derechos y evitar que se pierdan en su dimensión retórica. En el fondo, afirma Cepeda, “el cambio más significativo es el reconocimiento de que los derechos no son declaraciones filosóficas sino poderes reales en cabeza del individuo”¹¹⁸⁵. En cuanto al reconocimiento de derechos sociales en la Constitución indica el autor que “[l]a finalidad es que, al ser incluidos en la Carta, ellos se vuelvan un propósito nacional, una meta hacia la cual todos, el Estado y también los particulares, deben propender”¹¹⁸⁶.

¹¹⁸² Von Bogdandy, 139.

¹¹⁸³ Von Bogdandy, 139.

¹¹⁸⁴ Manuel José Cepeda Espinosa, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, 2º (Bogotá: Editorial Temis, 1997), 333.

¹¹⁸⁵ Cepeda Espinosa, 1.

¹¹⁸⁶ Manuel José Cepeda Espinosa, *La Carta de derechos : su interpretación y sus implicaciones* (Bogotá: Temis, 1993), VIII.

En otra de sus obras, titulada *Introducción a la Constitución de 1991: hacia un nuevo constitucionalismo*, se cita *in extenso* un discurso pronunciado por el Presidente de la República de entonces, César Gaviria Trujillo, rotulado *El poder transformador de la Constitución* y posiblemente de autoría de Cepeda, en el que se desarrolla ampliamente dicha idea. Allí se afirma que, si bien el texto constitucional cambió radicalmente, ha sido aún más profundo el cambio en la manera como concebimos la Constitución, por lo que “es esta concepción diferente lo que hace necesario hablar de un nuevo constitucionalismo”¹¹⁸⁷. Si miramos el nuevo papel de esta frente a la vida en sociedad, encontramos que la tarea de interpretarla habrá de desarrollarse en medio de una paradoja, sostiene Cepeda. Como toda Constitución, la de 1991 cumple una función legitimadora de un régimen, si bien el que ahora tenemos está en proceso de maduración. Pero, al mismo tiempo, la Constitución de 1991 es en sí misma una crítica a muchos aspectos de nuestra realidad cotidiana. Por ser el pasado que pretende reemplazar parte de nuestro presente, la Constitución implica una censura del orden anteriormente existente¹¹⁸⁸. A partir de estas ideas concluye el jurista que “[l]a constitución de 1991, es a la vez una crítica al presente y una Carta de Navegación hacia el futuro”¹¹⁸⁹.

En virtud del recuento realizado puede afirmarse que tanto la Constitución colombiana de 1991, como cierta práctica derivada de ella, pueden adscribirse a lo que se ha denominado el fenómeno del constitucionalismo transformador, al menos desde una perspectiva descriptiva. Incluso, llama la atención que elementos centrales de este, al igual que el uso del término mismo, sea posible rastrearlos en Colombia de forma anterior a que este concepto se popularizara con el artículo publicado por Klare, para el contexto sudafricano en 1998¹¹⁹⁰. De igual forma, la Constitución colombiana se corresponde a una constitución contemporánea al contener la tensión entre el constitucionalismo liberal y el republicano, y pretender armonizarlo de cara a los retos de un Estado del sur global. En esta línea, se puede sostener que la dinámica constitucional colombiana hace parte importante de lo que se ha identificado como el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina debido a su carácter transformador y su enfoque en favor de la vigencia de los derechos humanos, el sistema democrático- participativo y el Estado de Derecho.

¹¹⁸⁷ Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, 16.

¹¹⁸⁸ Cepeda, 25.

¹¹⁸⁹ Cepeda, 119.

¹¹⁹⁰ Ello se fundamenta en el uso del término en el contexto del proceso constituyente de 1991, en especial por el presidente César Gaviria Trujillo y su equipo jurídico como se ha expuesto.

De estas premisas se deriva que, para comprender el rol de la Constitución de 1991, deben superarse las concepciones propias del liberalismo clásico que las asimilaban a un contrato o a un conjunto de pre-compromisos, para en su lugar adoptar metáforas como las de un plan- maestro, tal y como se expuso en el capítulo primero de la presente disertación. Retomando lo dicho, la metáfora de la constitución- plan implica comprender el fundamento y contenido de la Constitución de 1991, de forma tal que establece las metas u objetivos últimos, junto con la definición de los medios permitidos y funciones de las autoridades tendentes a ello¹¹⁹¹. Con este recurso se da cuenta del componente aspiracional de las constituciones contemporáneas y/o transformadoras, su vocación de cumplimiento y de la estrategia de coordinación de la acción colectiva que se requiere para su desarrollo, sin dejar de lado con ello las limitantes propias de los derechos liberales que actúan como prohibiciones a la manera de realización del mencionado plan.

5.2.La eficacia normativa del texto constitucional colombiano

Teniendo en cuenta que el uso de la metáfora de la constitución- plan, al igual de que conceptos como los del constitucionalismo transformador, no solo tienen pretensiones descriptivas sino también prescriptivas, es necesario continuar con el análisis del sistema constitucional colombiano para indagarnos por el deber ser de estos conceptos. El asunto es que podemos afirmar que el contenido de la Constitución colombiana es transformador y que cierta práctica derivada de este, también lo es, pero su constitucionalismo en general ha fallado en lo que debe hacerse para que realmente se transforme una realidad social donde todavía son altamente predominantes la desigualdad y la exclusión¹¹⁹². De esta forma pudiera criticarse que el constitucionalismo transformador como se ha reseñado

¹¹⁹¹ En este punto deben recordarse las advertencias que se hacían en el capítulo primero de esta investigación en torno a los riesgos constructivistas y/o autoritarios que se han materializado en el pasado y pudiera materializarse en el futuro de la metáfora del “plan” en materia política.

¹¹⁹² En la caracterización del sistema político colombiano Mauricio García ha acuñado el término “apartheid” social e institucional para referirse a la exclusión y desigualdad imperante en Colombia. Al respecto véase: Santos y García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*; Revelo Rebolledo y García Villegas, *Mayorías sin democracia: Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia*; Mauricio. García Villegas y Jose Rafael Espinosa Restrepo, *El derecho al Estado: los efectos legales del apartheid institucional en Colombia* (Bogotá: Dejusticia, 2013).

resulta excesivamente optimista, judicialmente dirigido, selectivo y parcial en sus resultados¹¹⁹³.

De manera que el punto de reflexión entonces pasa por cómo hacer lo que se debe para realizar las promesas de transformación social de la constitución de forma estructural y generalizada y no solo para casos puntuales o situaciones particulares como las antes descritas¹¹⁹⁴. Ello nos conduce a indagarnos por la manera de mejorar el desempeño de la Constitución para lograr su eficacia, es decir, atenuar la desarmonía¹¹⁹⁵ entre lo dispuesto en la Constitución y lo que pasa en la realidad, propendiendo por propender por cerrar esa brecha¹¹⁹⁶. Esta reflexión nos conduce a preguntarnos por los dispositivos de los que disponen las constituciones tradicionalmente para garantizar su eficacia, para revisarlos al interior de la Constitución colombiana de 1991, con la pretensión de mejorar y garantizar el cumplimiento del plan constitucional allí trazado. De esta forma, se analizará en primer lugar el dispositivo normativo y, posteriormente, el institucional, proponiendo las reformulaciones que se consideren necesarias de cara a mejorar el desempeño y la eficacia constitucional¹¹⁹⁷.

En este punto, retomamos el planteamiento de Michel Troper según el cual, son dos los dispositivos al interior del régimen político¹¹⁹⁸ de los que dispone una “buena”

¹¹⁹³ Si bien en este punto se volverá más adelante en el texto, resulta importante destacar los planteamientos de Landau y Dixon sobre las limitaciones del constitucionalismo transformador. David Landau y Rosalind Dixon, «Constitutional Non- Transformation? Socioeconomic Rights beyond the poor», en *The Future of Economic and Social Rights*, ed. Katharine G Young (Cambridge: Cambridge University Press, 2019).

¹¹⁹⁴ Alterio, «La Suprema Corte de Justicia Mexicana en la transformación social», 472.

¹¹⁹⁵ El concepto de “desarmonía constitucional” suele utilizarse para referirse a la brecha entre las promesas y su desempeño. Sobre esta acepción véase: Gary J. Jacobsohn, «The Disharmonic Constitution», en *The limits of constitutional democracy*, ed. Jeffrey Tulis y Stephen Macedo (Princeton: Princeton University Press, 2010), 48; Samuel P. Huntington, *American politics: the promise of disharmony* (Cambridge: Harvard University Press, 1981).

¹¹⁹⁶ En los términos de Ospina “eficacia [constitucional] significa el cotejo entre los fines propuestos y los resultados obtenidos, con los instrumentos a disposición” Andrés Fernando Ospina Garzón, «De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 1 (2020): 77; Pozas Loyo, «What is “Constitutional Efficacy?”: Conceptual Obstacles for Research on the Effects of Constitutions».

¹¹⁹⁷ Para Hailbronner, “las constituciones transformadoras requieren un constante esfuerzo del auto-mejoramiento” Hailbronner, «Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South», 533.

¹¹⁹⁸ Estos se refieren exclusivamente a los dispositivos instituciones que constan al interior del régimen político y se dejan por fuera a aquellos que excedan las relaciones inter-instituciones, como los relativos a los movimientos sociales, el apoyo ciudadano, la pedagogía o cultura constitucional, entre otros. A manera de ejemplos de análisis de este último tipo de dispositivos véase: Mauricio García Villegas, «Constitucionalismo Aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina», *Análisis Político* 25, n.º 75 (2012); Galligan y Versteeg, «Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions».

constitución contemporánea para garantizar su eficacia¹¹⁹⁹, uno normativo, que busca lograr la eficacia jurídica y, uno institucional, que se dirige a lograr la eficacia mecánica¹²⁰⁰. El primero de estos dispositivos, como se dijo, pone su acento en la concepción normativa de la Constitución partiendo de la idea que “la constitución es obligatoria”¹²⁰¹. A partir de allí, se dispone que la eficacia de la Constitución se sigue básicamente de su capacidad para guiar o regular la conducta de los órganos del Estado, en palabras de Troper “se piensa obtener este funcionamiento global por el enunciado de la obligación”¹²⁰².

Este dispositivo normativo apuesta por el carácter “regulativo” antes que el “constitutivo” de las normas constitucionales¹²⁰³, indagándose fundamentalmente si la conducta desplegada por la autoridad es lícita. En este razonamiento es donde hacen su aparición los controles jurisdiccionales para velar por la licitud de la acción de las autoridades y con ello, el cumplimiento de la constitución¹²⁰⁴. Dichos controles están protagonizados por la labor que desempeña la jurisdicción constitucional como aquella encargada de juzgar el grado de cumplimiento que se le ha dado al texto constitucional, estableciendo deberes y controles para ello. Este dispositivo normativo ha tenido un especial auge tras la Segunda Guerra Mundial con el denominado “giro normativo” en la teoría constitucional y de la consolidación del control constitucional jurisdiccional, tal y como lo destaca Melero¹²⁰⁵.

En relación con el dispositivo normativo, debemos comenzar retomando las críticas que se hacían de este en su versión liberal clásica, en tanto solo prevenía lo que estaba permitido o prohibido, tanto para el Estado como para los ciudadanos. Al respecto, las

¹¹⁹⁹ Ello se deriva del texto de Troper al afirmar las insuficiencias de cada uno de los modelos de eficacia de la constitución lo que lleva a que deba tomarse en consideración al otro. En esta interpretación coincide Aguiló Regla. Michel Troper, «La máquina y la norma: dos modelos de constitución», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22 (1999): 340, <https://doi.org/10.14198/doxa1999.22.15>; Josep Aguiló Regla, «Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución», en *Fragmentos para una teoría constitucional*, ed. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (Madrid: Iustel, 2007), 27.

¹²⁰⁰ Troper, *Ensayos de Teoría Constitucional*, 111.

¹²⁰¹ Troper, «La máquina y la norma: dos modelos de constitución», 337.

¹²⁰² Troper, 337.

¹²⁰³ Sobre la diferencia entre normas constitutivas y regulativas se volverá más adelante. De manera ilustrativa véase: Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, *Las piezas del derecho : teoría de los enunciados jurídicos*, 1º (Barcelona: Ariel, 1996), 69.

¹²⁰⁴ Aguiló Regla, «Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución», 26.

¹²⁰⁵ Mariano Carlos Melero De La Torre, «El Estado constitucional como cultura democrática de la justificación», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 182 (1 de octubre de 2018): 22, <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.182.01>.

constituciones contemporáneas¹²⁰⁶, como la colombiana, incluyen un amplio componente aspiracional que, como se dijo, se concreta en su parte dogmática, particularmente a través del preámbulo, con la presencia de principios constitucionales y de derechos de contenido económico y social. En este sentido, el dispositivo normativo debe reevaluarse de cara a las constituciones contemporáneas o transformadoras para resolver si su contenido aspiracional resulta igualmente obligatorio y vinculante para todos los poderes públicos, al igual que los típicos contenidos de limitación del poder.

En torno a este asunto, se ha acuñado el término de “constitucionalismo aspiracional”¹²⁰⁷ que es retomado por Mauricio García Villegas para referirse a este tipo de constituciones que son amplias en contenidos ideales, las cuales prevalecen en América Latina y dentro de las que se inscribe la colombiana de 1991. El autor parte de reivindicar el componente político de estos textos constitucionales afirmando que tienen como fin conseguir el progreso social y un futuro mejor para la sociedad, por lo que miran hacia el futuro y prescriben lo que se debe conseguir con el paso de los años¹²⁰⁸. Para García Villegas, resulta común que las constituciones latinoamericanas contengan un catálogo de “ilusiones” acerca de una sociedad mejor y más justa que se quiere en el futuro, por lo que con mucha frecuencia han sido símbolos políticos destinados a compensar el déficit de maniobra política de los gobiernos, más que normas jurídicas destinadas a limitar del poder o a consagrar derechos negativos. Por lo tanto, la idea que subyace a la constitución es la de un “documento político fundamental”, por el que no se conserva lo que se logró con una revolución previa, sino que constituye una “revolución en acto”¹²⁰⁹. Así, la lucha por la efectividad desde el plano jurídico del texto constitucional se torna fundamental.

¹²⁰⁶ Kate O’Regan, «La promesa de las Constituciones: una reflexión desde Sudáfrica», en *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, ed. Roberto Nimebro y Sergio Verdugo (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2019), 495.

¹²⁰⁷ Lane Sheppele es quién primero acuña el término “constitucionalismo aspiracional” para referirse a un proceso constitucional en el cual quién toma las decisiones lo hace en términos de las metas que se quieren alcanzar. Es fundamentalmente un punto de vista a futuro y prospectivo por medio del cual se define una nación en términos de su futuro, sus metas, sus sueños. En un sentido similar se pronuncia Sunstein en relación con la segunda carta de derechos de los Estados Unidos. Kim Lane Scheppelle, «Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models», *International Journal of Constitutional Law* 1, n.º 2 (1 de abril de 2003): 299, <https://doi.org/10.1093/icon/1.2.296>; Cass R. Sunstein, *Las cuentas pendientes del sueño americano : por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca* (Buenos Aires: Siglo XXI , 2015), 156.

¹²⁰⁸ García Villegas, «Constitucionalismo Aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina», 90.

¹²⁰⁹ García Villegas, 91.

A partir del dispositivo normativo, lo que deberá procurarse frente a las constituciones contemporáneas será lograr la eficacia jurídica de sus componentes aspiracionales, es decir, que estos sean reconocidos como unas normas deontológicas y no solo axiológicas y, por tanto, vinculantes para el Estado en su conjunto. Al respecto, es claro que existe una importante resistencia dentro de la dogmática a dicho reconocimiento, al considerar que los apartados constitucionales de contenido aspiracional no constituyen más que manifestaciones de retórica política, que deben ser desatendidos por los jueces y demás autoridades, al no serles vinculantes jurídicamente¹²¹⁰. Los argumentos más comunes para sostener dicha postura tienen que ver con la falta de correspondencia de estos elementos aspiracionales con la estructura tradicional de las normas jurídicas¹²¹¹ y su incompatibilidad con la esencia liberal de las constituciones y el constitucionalismo mismo¹²¹².

Por su parte, para sostener la vigencia jurídica del componente aspiracional de las constituciones contemporáneas, son tres los argumentos principales que pueden plantearse. En primer lugar y más obvio, se refiere a que son elementos que constan expresamente en el texto constitucional y son el resultado del mismo proceso constituyente de las demás disposiciones normativas que en ella constan, por lo que no aparece justificado *prima facie* otorgarles un peso diferente. En segundo lugar, si bien no corresponde a la estructura tradicional de las normas jurídicas, ello no significa que estas no deban ni puedan adecuarse a estos postulados. En esta línea, se ubican las reflexiones contemporáneas en torno a la teoría de la argumentación jurídica que tiene como uno de sus cometidos dar estructura a estas nuevas normas y reflexionar sobre su fuerza normativa¹²¹³. Allí, tal vez el mayor exponente contemporáneo sea Robert Alexy, quien destina una importante parte de sus reflexiones a diferenciar entre valores, principios y

¹²¹⁰ Esta posición sigue siendo reivindicada por importantes autores como: Robert Nozick, *Anarquía, estado, y utopía* (México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1988); Robert H. Bork, «Constitution, Original Intent, and Economic Rights, The», *San Diego Law Review* 23 (1986).

¹²¹¹ Ni en la teoría positivista de Kelsen que planteaba el derecho como la norma primaria que establece la sanción, ni en la Hart que planteaba la posibilidad de normas secundarias como aquellas que confieren potestades jurídicas es posible ubicar la existencia de principios o valores constitucionales aspiracionales. Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, 21; Herbert Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992), 33 y ss.

¹²¹² Entre otros, Sajó, *Limiting government : an introduction to constitutionalism*, 70.

¹²¹³ Estas reflexiones han provenido, principalmente, de autores críticos del positivismo jurídico, al respecto, Ronald Dworkin, «The Model of Rules», *University of Chicago Law Review* 35 (1967); Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984); Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (Madrid: Trotta, 1995), 110 y ss.

reglas constitucionales. Al respecto, señala que estas dos últimas claramente constituyen normas deónticas y que, la forma de concebir los primeros, a diferencia de las reglas, sea a la manera de mandatos de optimización¹²¹⁴, es decir, como aquellos que deben cumplirse en la mayor medida posible, tanto de las posibilidades jurídicas (principios y reglas opuestas), como de las posibilidades fácticas o reales (idoneidad y necesidad de las medidas adoptadas) para materializarlos¹²¹⁵.

El tercer argumento recurre al fundamento mismo de lo que se ha caracterizado en este capítulo como constituciones transformadoras o contemporáneas y que supone concebirlas como planes maestros. El componente aspiracional que consta en la constitución juega un papel basilar para señalar las metas y los ideales a los que se dirigen las sociedades. Investigaciones recientes, como las de Scheppele¹²¹⁶ y Versteeg y Zackin¹²¹⁷, coinciden en que la existencia de constituciones más detalladas responde a cierta desconfianza en la voluntad y capacidad de los órganos políticos y, por tanto, constituye una forma de límite, al establecerles marcos de acción más precisos, sustanciales y de rango constitucional, a manera de estrategia para garantizar su cumplimiento. Por lo tanto, negarles el carácter de enunciados normativos o deónticos que imponen un deber para su implementación implicaría desnaturalizar el fundamento que subyace en estos “nuevos” textos constitucionales y retrotraerse a la concepción liberal clásica del constitucionalismo. En consecuencia, de los tres argumentos expuestos es posible afirmar que existen buenas razones para defender la vigencia del componente aspiracional de las constituciones contemporáneas, en tanto, normas jurídicas vinculantes para todos los poderes públicos, incluyendo a las autoridades judiciales.

Con estas ideas en mente, se procederá a analizar la vigencia jurídica que se le ha dado al componente aspiracional de la Constitución colombiana en virtud del dispositivo

¹²¹⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 68 y ss.

¹²¹⁵ Alexy, 75.

¹²¹⁶ Lane Scheppele ha anotado que las constituciones contemporáneas en nuevas o frágiles democracias tienden a ser más extensa y detallada como mecanismo para garantizar su eficacia ante la desconfianza en los órganos políticos que de alguna manera representan el pasado. Kim Lane Scheppele, «Democracy by Judiciary: Or, why Courts Can be More Democratic than Parliaments», en *Rethinking the Rule of Law After Communism*, ed. Adam Czarnota, Martin Krygier, y Wojciech Sadurski (Budapest: Central European University Press, 2005), 25-60.

¹²¹⁷ Para Versteeg y Zackin, la extensión y detalle responden a una lógica en la teoría del diseño institucional, en tanto, ellas pretenden controlar a los agentes políticos a través de instrucciones específicas a pesar de que estas deban actualizarse más frecuentemente. Mila Versteeg y Emily Zackin, «American Constitutional Exceptionalism Revisited», *University of Chicago Law Review* 81 (2014): 1703 y ss.

normativo. Como se dijo, este componente suele identificarse en las constituciones contemporáneas a través de la existencia de preámbulos, la presencia de normas en formato de principios constitucionales y en un catálogo de derechos de contenido socioeconómico. En esta línea, corresponde considerar como estos tres elementos han sido concebidos e interpretados en la Constitución de 1991. Para ello, se analizará la posición al respecto de los órganos estatales y en particular, de la jurisprudencia constitucional, en torno a si se le ha concedido vigencia jurídica al preámbulo, si se han reconocido los principios como normas deónticas y de como un derecho económico y social prototípico, como el derecho a la salud, ha sido interpretado en clave de su exigibilidad por vías judiciales. La forma en que se hayan abordado estos tres asuntos nos permitirá disponer de un indicador fidedigno sobre la vigencia jurídica de las metas y objetivos aspiracionales trazados por el plan constitucional colombiano.

En primer lugar, en relación con el preámbulo y su valor jurídico, debe señalarse que este suele ser un apartado común en los textos constitucionales que le sirve de introducción, presentando su historia, la autoridad que los sustenta y enunciando los más fundamentales valores, principios y fines nacionales¹²¹⁸. En un sugerente estudio, Liav Orgad¹²¹⁹ identifica los principales temas a los que suele hacerse mención en las constituciones vigentes, siendo estos, los de la soberanía, narrativas históricas, fines supremos, identidad nacional y religión, todos los cuales están incluidos en el preámbulo de la Constitución colombiana, confirmando con ello su relevancia como parte del componente aspiracional¹²²⁰.

En relación con el estatus jurídico de los preámbulos, Orgad identifica tres tipologías. La primera de ellas serían los preámbulos ceremoniales o simbólicos que se caracterizan por su valor persuasivo, retórico y ausencia de eficacia jurídica. El ejemplo prototípico sería

¹²¹⁸ Para una reivindicación del valor jurídico del preámbulo véase: Barber, *Welfare and the Constitution*, 7.

¹²¹⁹ L. Orgad, «The preamble in constitutional interpretation», *International Journal of Constitutional Law* 8, n.º 4 (1 de octubre de 2010): 717, <https://doi.org/10.1093/icon/mor010>.

¹²²⁰ El preámbulo dispone: “en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:” Constitución Política de Colombia.

el de la Constitución de los Estados Unidos¹²²¹ o el de Canadá¹²²², a los cuales, de forma reiterada, sus Cortes Supremas, han reiterado su ausencia de fuerza legal. La segunda categoría corresponde a los preámbulos interpretativos, a los cuales se les otorga el valor de criterio hermenéutico, es decir, para comprender e interpretar el sistema constitucional. Este sería el caso de los preámbulos de Sudáfrica, Irlanda y Alemania a los cuales, si bien no se les ha reconocido como fuente independiente de derechos constitucionales, se les ha reconocido valor como guía y parámetro en la interpretación de las cartas de derechos y de otras normas constitucionales. Finalmente, encontramos los preámbulos sustantivos a los que se les ha reconocido expresamente como fuente autónoma de derechos y obligaciones constitucionales y por ende, de normas jurídicas vigentes. Este sería el caso paradigmático de la Constitución francesa de la Quinta República de 1958, a partir de la lectura que de dicho preámbulo ha hecho de forma reiterada el Consejo Constitucional francés¹²²³ o de la constitución de la India a la luz de la interpretación dada por la Suprema Corte desde 1973¹²²⁴.

Dentro de estas categorías, el preámbulo de la Constitución colombiana de 1991 resulta sustantivo. Desde los primeros fallos de la Corte Constitucional, ya estaba clara la posición de otorgar vigencia jurídica al preámbulo. Así, desde la sentencia C-479 de 1992 se sostuvo que “[j]uzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante, en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma - sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”¹²²⁵. Sin embargo, será unos años después cuando la Corte precise los efectos de dicha posición haciéndolos extensibles a todas las ramas del poder público al señalar expresamente que:

El Preámbulo da cuenta del sentido político y jurídico que el Pueblo de Colombia le imprimió a la formulación de la Carta Política de 1991; es decir, indica los principios que la orientan y los fines a cuya realización se dirige y por ello no sólo hace parte de ésta como sistema normativo, sino que además tiene efecto vinculante sobre los actos de la legislación, la administración y la jurisdicción y constituye parámetro de control en los procesos de constitucionalidad. Y esto es comprensible pues carecería de sentido que una fórmula política y jurídica tan densa de contenidos como la advertida en el

¹²²¹ «Jacobson v. Massachusetts», *U.S.* 197 (1904).

¹²²² *R. v. Morgentaler*, 1 S.C.R. 30, 178 (1988)

¹²²³ Decisión del Consejo Constitucional Francés No. 44-71 (1971)

¹²²⁴ *Kasevanada Baharati v. State of Kerala* (1973) 4 S.C.C. 225.

¹²²⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-479/92 (1992).

Preámbulo, no estuviera llamada a tener implicaciones en los ejercicios de poder subordinados a la teleología en ella señalada¹²²⁶

Por lo tanto, el preámbulo juega un papel fundamental en el componente aspiracional del texto constitucional de 1991 y, contrario a lo que sucede en muchos otros sistemas constitucionales, resulta claro que en Colombia no solo se le ha reconocido el carácter vinculante, sino que también se le considera como parámetro de validez constitucional al que deben adecuar su actuación todas las ramas y órganos que componen el Estado colombiano, so pena de activarse los mecanismos de control constitucional. Con ello, se comprueba que al componente aspiracional allí previsto se le ha otorgado vigencia jurídica en el sistema constitucional colombiano.

En segundo lugar, en relación con la posición que asimila a los principios constitucionales como normas deónticas vinculantes, debemos constatar que muy cercana a la entrada en vigencia del texto constitucional de 1991 y dentro de los primeros fallos por ella proferidos, la Corte Constitucional adoptó de forma expresa dicha postura dogmática. Así, en un fallo seminal en la materia, a saber, la ya citada sentencia T-406 de 1992, se parte de reconocer que los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del Derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales. En este sentido, sostiene la Corte que la constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. Por lo anterior, no es posible entonces interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales. En relación con estos últimos dispone expresamente la sentencia:

[...] Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Son principios constitucionales, entre otros, los consagrados en los artículos primero y tercero: el Estado social de derecho, la forma de organización política y territorial, la democracia participativa y pluralista, el respeto de la

¹²²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-477/05 (2005).

dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general (artículo 1); la soberanía popular y la supremacía de la Constitución (artículo 2). Ellos se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados. Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.¹²²⁷

En este sentido, la Corte Constitucional ha reconocido que es en la estructura de principios donde se plasma la mayoría de los derechos en la Constitución de 1991¹²²⁸. Incluso, ha utilizado la expresión “mandatos de optimización” para referirse a la vigencia jurídica de los derechos que adoptan la forma de principios constitucionales¹²²⁹. En desarrollo de esta postura y de reconocerles su carácter vinculante, la Corte ha recurrido de forma frecuente al *test* de proporcionalidad para la resolución de conflictos entre ellos como un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza¹²³⁰. Por lo tanto, es claro de lo expuesto que la Corte Constitucional ha adoptado la categoría de principios constitucionales como normas jurídicas vinculantes y no solo como simples enunciados retóricos.

En tercer lugar, en relación con la interpretación de los derechos económicos y sociales, tradicionalmente se ha dicho que, por la indeterminación de su contenido y su carácter prestacional¹²³¹, estos derechos no resultaban vinculantes ni sujetos de protección jurisdiccional, sino que debían entenderse como mandatos programáticos a los órganos políticos para su desarrollo solo en la medida en que los recursos políticos y económicos estuvieran disponibles. Este razonamiento que hizo carrera en Colombia durante la primera década de vigencia de la Constitución de 1991 implicó que este tipo de derechos

¹²²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406/92.

¹²²⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-220/17 (2017).

¹²²⁹ Al respecto véase: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-179/00 (2000); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-412/04 (2004); Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-428/14 (2014).

¹²³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-695/13 (2013).

¹²³¹ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 450 y ss.

no fueran considerados como fundamentales y que, por tanto, frente a ellos no fuera procedente la acción de tutela, salvo los casos que tuvieran directa conexión con uno o mas derechos que sí fueran considerados fundamentales.

Esto fue lo sucedido con el derecho a la salud, el cual consta en el artículo 49 constitucional y que, a pesar de la contundencia en su consagración, no fue reconocido como un derecho fundamental autónomo por varios años por considerarse como un derecho social, prestacional y programático¹²³². Al respecto, para su protección judicial a través de tutela, la Corte Constitucional desarrolló la denominada doctrina de la conexidad, por medio de la cual la acción constitucional se hacía procedente siempre y cuando la situación presentada afectara de manera grave un derecho fundamental clásico como el de la vida o la integridad personal¹²³³. Años más tarde, la misma Corte Constitucional comenzaría a reconocer el carácter “artificial”¹²³⁴ de dicha estrategia, por lo que para el año 2008 daría un giro sustancial a su posición. En sentencia T-760 de 2008, la Corte acumuló un significativo número de acciones de tutela en materia de salud y partió de considerar que la clasificación de los derechos fundamentales constitucionales agrupándolos por generaciones debería tener una relevancia exclusivamente académica, más no jurídica o conceptual.

A partir de esta idea, sostiene que la condición de “prestacional” no se predica de la categoría “derecho”, sino de la “faceta de un derecho”, por lo tanto, es un error categorial hablar de “derechos prestacionales”, pues todo derecho tiene facetas prestacionales y otras que no. Frente a la faceta prestacional, la Corte reconoce que algunas de las obligaciones que de ella se derivan son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado que no requiere mayores recursos. Mientras que otras obligaciones pueden ser de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar positivamente el goce efectivo de estas facetas. Frente al cumplimiento de estas obligaciones progresivas dispone expresamente el Alto Tribunal que:

¹²³² Al respecto dispone el artículo 49 Constitucional que “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud [...]”. Constitución Política de Colombia.

¹²³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-597/93 (1993).

¹²³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-016/07 (2007).

La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse.¹²³⁵

En este razonamiento, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, lo mínimo que debe hacer el Estado para proteger la prestación de carácter programático, derivada de la dimensión positiva de un derecho fundamental es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de esos derechos. En consecuencia, dispone el tribunal que se desconocen las obligaciones constitucionales de carácter prestacional y programático, derivadas de un derecho fundamental, como el de la salud, cuando la entidad responsable de garantizar el goce de un derecho ni siquiera cuenta con un programa o con una política pública que le permita avanzar progresivamente en el cumplimiento de sus obligaciones correlativas

En este sentido, para la Corte, a partir de la sentencia T-760 de 2008, la salud no solo adquiere el carácter autónomo de derecho constitucional fundamental, sino que su faceta prestacional y progresiva permite a su titular exigir judicialmente tres condiciones: la existencia de una política pública, que esté orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y que contemple mecanismos de participación de sus titulares¹²³⁶. Por consiguiente, en el caso en que el juez de tutela constate la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental deberá protegerlo, adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo, pero que a su vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas públicas, propio de una democracia. Esta posición jurisprudencial fue luego adoptada por el legislador colombiano quién en 2015 expidió la Ley Estatutaria 1715 por medio de la cual se reguló el derecho a la

¹²³⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760/08 (2008).

¹²³⁶ En concepto de Landau la sentencia T-760 de 2008 se constituye en un claro ejemplo en el que la Corte Constitucional actúa para garantizar un derecho constitucional en el que las ramas políticas del Estado han sido negligentes con sus responsabilidades. Bilchitz y Landau, *Evol. Sep. powers between Glob. North Glob. South*, 40.

salud¹²³⁷. Esta ley, parte de reconocer que “el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo”¹²³⁸. A partir de allí, precisa toda una serie de derechos y obligaciones para garantizar su promoción y acceso a todos los ciudadanos colombianos, bajo la dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control a cargo del Estado.

El desarrollo descrito con el derecho a la salud se ha venido extendiendo a otros derechos económicos y sociales constitucionales, como la educación¹²³⁹, la vivienda¹²⁴⁰ y el acceso a los servicios públicos domiciliarios¹²⁴¹, entre otros. Este proceso evidencia bien como a estos derechos que constituyen parte fundamental en el componente aspiracional de la Constitución vigente, se les ha otorgado efectividad jurídica hasta el punto de ser exigibles judicialmente a través de la acción constitucional de tutela. Así las cosas, podemos concluir que a la Constitución colombiana se le ha otorgado efecto vinculante en su componente aspiracional, lo cual se evidencia con la exigibilidad que en la actualidad se predica del preámbulo, de los principios constitucionales como normas prescriptivas y de los derechos de contenido prevalentemente económico y social, como el derecho a la salud, entre otros.

En este razonamiento, podemos afirmar que el componente aspiracional- constitucional implica que el dispositivo normativo supere la lógica dicotómica liberal de lo que está permitido o prohibido para introducir una tercera categoría que se refiere a lo que está prescrito u ordenado por la Constitución¹²⁴². Según esta categoría, el énfasis ya no está en la ilicitud o en lo que “no puede hacerse”, sino en lo que “debe hacerse” por parte de

¹²³⁷ Rodríguez identifica la expedición de esta ley como una consecuencia de la sentencia T-760 de 2008. Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur global*, 216.

¹²³⁸ Congreso de la República de Colombia, «Ley Estatutaria 1715 de 2015: Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.» (2015), Art. 2a.

¹²³⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-306/19.

¹²⁴⁰ A pesar de que inicialmente el derecho a la vivienda digna fue considerado como no inmediatamente exigible, más recientemente se han hecho importantes avances en pro de la efectividad de estos derechos constitucionales y, por consiguiente, se ha advertido que “cuando de una política pública depende el goce de un derecho fundamental y el Estado no ha desplegado ninguna acción tendiente a garantizar el derecho, siendo deber de este por el carácter de progresividad de los derechos, se estaría aceptando situaciones contrarias a los mandatos constitucionales. En ello no solo incurren quienes hayan omitido llevar a cabo el diseño de una política pública, sino también aquellos que adoptaron la política, pero no implementaron las acciones mínimas o estas fueron insuficientes para asegurar la garantía efectiva del derecho”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-531/17 (2017).

¹²⁴¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-012/19 (2019).

¹²⁴² Waldron, *Political political theory: essays on institutions*, 33.

los órganos o ramas del poder público, poniéndose con ello énfasis en un actuar positivo por parte de las autoridades públicas y en lograr la eficacia de las promesas constitucionales. Esta nueva categoría trae como consecuencia que pueda afirmarse la existencia de un deber, en primer lugar, en cabeza de todos los componentes del Estado tendente al cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución. Este deber al que se le ha denominado como “deber constitucional”, siguiendo el término acuñado por Miller¹²⁴³ y desarrollado por Tushnet en el contexto norteamericano¹²⁴⁴, se utiliza para referirse a la obligación que recae sobre todos los poderes públicos de tomar acciones positivas en favor de los mandatos previstos en la Constitución¹²⁴⁵. La Constitución colombiana, concebida como un plan- maestro, implica la existencia de un deber constitucional predicable de las tres ramas del poder público, al igual que de los demás órganos autónomos e independientes, tanto permanentes como de transición, y que hacen parte de la estructura del Estado, tal y como se explicó en el capítulo anterior. La existencia de dicho deber constitucional nos lleva a abordar el segundo dispositivo para procurar la eficacia de la constitución colombiana.

5.3.La eficacia institucional del texto constitucional colombiano

El segundo dispositivo del que disponen las constituciones contemporáneas es el mecanicista o institucional. Este dispositivo, siguiendo a Troper, pone su acento en la dimensión mecánica de la Constitución basándose en que la realización de los valores y fines constitucionales dependen principalmente de un “adecuado” diseño institucional que incentive o haga más probable la conducta deseada por parte de los órganos del Estado. En palabras del profesor francés: “estos resultados se obtienen porque, en virtud de la distribución de los poderes que tiene en cuenta los intereses y las pasiones, las autoridades se ven constreñidas a hacer compromisos y no puede producir más que los resultados esperados”¹²⁴⁶. La cuestión central para este dispositivo no es la licitud de la actuación de las autoridades, sino qué conductas deben tener lugar por parte de los

¹²⁴³ Arthur Selwyn Miller, «Toward a Concept of Constitutional Duty», *Supreme Court Review* 1968 (1968).

¹²⁴⁴ Tushnet, «Dialogue and Constitutional Duty».

¹²⁴⁵ Sin bien en el constitucionalismo de los Estados Unidos este término se ha utilizado principalmente para hacer referencia a la justificación que subyace a las sentencias que ordenan acciones afirmativas, Miller advierte que este aplica tanto para la judicatura como para las ramas políticas del Estado. Miller, «Toward a Concept of Constitutional Duty», 204.

¹²⁴⁶ Troper, «La máquina y la norma: dos modelos de constitución», 333.

órganos del Estado para procurar la eficacia constitucional, por lo que “la concepción mecanicista conduce a reemplazar un análisis en términos de competencias jurídicas por un análisis en términos de poderes, entendidos como capacidades de actuar y de producir efectos”¹²⁴⁷.

Este dispositivo hace prevalecer la concepción “constitutiva” de las normas constitucionales antes que en su carácter “regulativo”, en tanto su garantía no reside en la dinámica entre los poderes¹²⁴⁸. Como señalan Atienza y Ruiz Manero, dichas normas constitutivas se distinguen de la de mandato, debido a que las primeras no operan en el razonamiento práctico como imperativos categóricos, sino simplemente como imperativos hipotéticos que constituyen razones para actuar, siempre y cuando el sujeto pretenda alcanzar un determinado fin¹²⁴⁹. El ejemplo típico de estas normas constitutivas son aquellas reglas que confieren poderes, para nuestro caso, poderes públicos en una Constitución. En este sentido, destaca Aguiló que el rol principal de la Constitución será disponer de un conjunto de normas constitutivas que indican qué actos y qué hechos jurídicos cuentan como fuentes del derecho¹²⁵⁰. Estas normas constitutivas se centrarán en confeccionar un mapa de órganos y procedimientos que incentive o haga más probable el cumplimiento constitucional¹²⁵¹.

Desde el advenimiento de la modernidad, el dispositivo institucional ha estado determinado por el principio de separación de poderes. Como se advirtió en el capítulo primero de este escrito, sobre el contenido de dicho principio existe una gran confusión desde sus orígenes hasta nuestros días, por lo que preferimos utilizar el denominador de principio de distinción entre poderes para evitar algunas tergiversaciones con alguno de sus postulados¹²⁵². Atendiendo a su origen liberal y teniendo a la libertad como fundamento último, el principio de distinción se compone de tres postulados que atienden a diferentes ideas sobre cómo estructurar el poder político y procurar por su debido funcionamiento. El primero de estos es el de *división del poder*, según el cual, el Estado

¹²⁴⁷ Troper, 337.

¹²⁴⁸ Troper, 335.

¹²⁴⁹ Atienza y Ruíz Manero, *Las piezas del derecho : teoría de los enunciados jurídicos*, 69.

¹²⁵⁰ Aguiló Regla, «Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución», 54.

¹²⁵¹ Melero De La Torre, «El Estado constitucional como cultura democrática de la justificación», 21.

¹²⁵² Para un desarrollo detallado de los orígenes del principio de distinción y sus postulados, véase: Alejandro Gómez Velásquez y Mario Montoya Brand, «Una revisión contemporánea a la doctrina de la distinción de poderes», *Civilizar* 17, n.º 32 (2017), <https://doi.org/https://doi.org/10.22518/16578953.817>.

debe desempeñar determinadas funciones que se otorgan a sus órganos, garantizando así su naturaleza instrumental. El segundo se refiere a la *separación entre poderes*, según el cual el poder no debe estar absolutamente concentrado, sino que debe componerse por diferentes partes como estrategia para procurar la libertad y evitar el abuso del poder. El tercer postulado es el de *frenos y contrapesos*, el cual no solo parte de los anteriores, sino que los complementa estableciendo una serie de controles interorgánicos que promueven el equilibrio y la contención entre los poderes públicos¹²⁵³. Como puede evidenciarse, es este último postulado el que adopta una concepción dinámica de las interrelaciones entre las partes del Estado como desarrollo del dispositivo institucional o mecanicista para la consecución de los fines constitucionales.

Desde su invención hasta nuestros días, el principio de distinción y sus tres postulados han sido los responsables de estructurar el poder público y desarrollar el dispositivo institucional para procurar la eficacia, incluyendo a la gran generalidad de las constituciones contemporáneas, como se expuso en el capítulo tres de esta disertación. Descendiendo al caso colombiano, a lo largo de toda la historia republicana dicho principio no solo ha sido una constante en su versión más estricta como lo es en el presidencialismo, sino que su consagración expresa en los distintos textos constitucionales ha sido una característica distintiva del constitucionalismo colombiano, tal y como se evidenció en el capítulo segundo de este escrito.

Fiel a esta tradición, la Constitución colombiana de 1991 no ha sido la excepción. Como se abordó en el capítulo anterior, el principio de distinción no solo mantiene plena vigencia a través de sus postulados con la consagración explícita que de ellos se hace, no solo en el artículo 113 constitucional, sino también con lo dispuesto en el artículo 121 de la Carta que establece una prohibición expresa a las autoridades del Estado para ejercer funciones diferentes a las previstas en el propio ordenamiento¹²⁵⁴. Estos mandatos se materializan de forma transversal a lo largo de la parte orgánica del texto constitucional, en especial, al determinar la estructura, funciones y controles cruzados entre cada una de las ramas y órganos que componen el Estado. En razón a ello, la misma Corte

¹²⁵³ Para una desagregación de los componentes del principio de separación de poderes similar a la propuesta véase: Jeremy Waldron, «Separation of Powers in Thought and Practice», *Boston College Law Review* 54 (2013); Guastini, «¿Separación de los poderes o división del poder?»

¹²⁵⁴ El artículo 121 constitucional dispone expresamente que “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. Constitución Política de Colombia.

Constitucional ha reconocido al principio de separación de poderes como un elemento esencial y definitorio de la Constitución de 1991, hasta el punto de sostener que su transgresión implicaría una sustitución del texto constitucional vigente, con las consecuencias que ello implica, tal y como se expuso en el capítulo anterior.

Retomando a Troper, el objeto del principio de distinción es la protección de la libertad y en virtud de ello, cada uno de los poderes actúa de acuerdo con sus intereses y pasiones, de forma que estos están en disposición de equilibrarse mutuamente¹²⁵⁵. En la misma línea plantea Gargarella que dicho modelo presume que las personas tendían a moverse, ante todo, a resultas de pasiones o sus propios intereses¹²⁵⁶. Es decir, no era esperable, al menos tendencialmente, que las personas aprovecharan sus diferencias para colaborar unas con otras, sacrificando sus propias ventajas en favor de una mayor cooperación con los demás. Por el contrario, lo que era esperable es que las personas se aprovecharan de tales diferencias para sacar ventajas unas de otras; idearan formas para obtener mayores ventajas futuras o simplemente perdieran el control y actuaran cegadas por sus impulsos más inmediatos.

Así las cosas, lo que alimenta el sistema institucional en un modelo de frenos y contrapesos serán las motivaciones auto-interesadas de los funcionarios públicos. Es decir, el auto interés no era combatido, ni se pretendía promover otras cualidades personales, sino que, aceptando la inevitabilidad y predominio de las conductas egoístas, se procuraba reconducirlas hacia puertos más favorables al interés de todos¹²⁵⁷. Esto es lo que Gargarella, en su metáfora de la constitución como una sala de máquinas, identifica como su combustible denominándolo el principio de la desconfianza¹²⁵⁸. Este principio implica, por un lado, que gracias al sistema de controles recíprocos, el interés de cada funcionario de ampliar sus poderes iba a verse enfrentado con el interés de los demás funcionarios por preservar los propios y por otro, que el interés de los integrantes de cada rama u órganos de gobierno por promover sus propias iniciativas obligaría a cada una de ellas a pactar con integrantes de las contrarias¹²⁵⁹.

¹²⁵⁵ Troper, «La máquina y la norma: dos modelos de constitución», 333.

¹²⁵⁶ Roberto Gargarella, «Una maquinaria exhausta: Constitucionalismo y alienación legal en América», *Isonomía* 33 (2010): 10.

¹²⁵⁷ Gargarella, 12.

¹²⁵⁸ Gargarella, 13.

¹²⁵⁹ Gargarella, 12.

Como se evidencia, el modelo derivado del principio de distinción se caracteriza por establecer relaciones de control recíproco entre órganos del Estado. Como ha indicado Robert Dahl, en un sentido político, el correlativo de estar bajo el control de otra institución es la idea de autonomía. Así, el control es una relación diádica que denota una relación entre actores, según la cual, las preferencias, deseos o intenciones de uno o varios actores producen acciones o predisposiciones para actuar de uno o más actores. El control es entonces una relación causal, es decir, las acciones de un actor son interpretadas como causadas por las preferencias de otro¹²⁶⁰. Ya en el ámbito constitucional, Aragón Reyes sostiene que, si bien no es posible identificar un concepto único de control atendiendo a la pluralidad de medios e instrumentos por los que estos actúan, es posible circunscribirlos a una finalidad común, a saber, al principio de limitación del poder¹²⁶¹. Según este principio, todos los medios de control en el Estado constitucional están orientados a un solo sentido y todos responden, objetivamente a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos.

En relación con la tipología de controles previstos en las constituciones contemporáneas, Aragón nos propone distinguir inicialmente entre aquellos institucionales y los que no lo son¹²⁶². Debido a que son los primeros los que se originan por los postulados del principio de distinción entre poderes y, en especial, por el de frenos y contrapesos, nuestro análisis deberá centrarse en ellos. Dentro de los controles institucionales encontramos, a su vez, controles políticos y jurídicos. En cuanto a los primeros, siguiendo con Aragón, estos se caracterizan por ser subjetivos, basados en razones de oportunidad y su ejercicio es voluntario o discrecional por parte del órgano, autoridad o sujeto controlante¹²⁶³. Atendiendo a su alcance, estos podrán ser supraorgánicos, interorgánicos o intraorgánicos.

Por su parte, en cuanto a los controles jurídicos, estos son de carácter objetivo, es decir, basados en razones jurídicas y su ejercicio, necesario, es realizado no por el órgano que

¹²⁶⁰ Robert A. Dahl, *Dilemmas of pluralist democracy: autonomy vs. control* (New Heaven: Yale University Press, 1982), 16.

¹²⁶¹ Aragón Reyes, *Constitución y Control del Poder*, 57.

¹²⁶² Para Aragón, los controles no institucionales son aquellos que también se denominan como sociales. Se caracterizan por ser generales, difusos y no estar previstos en el texto constitucional. Aragón Reyes, 110.

¹²⁶³ Aragón Reyes, 70.

en cada caso se disponga como controlante, sino por uno independiente e imparcial, dotado de una singular competencia técnica para resolver cuestiones de Derecho. A diferencia de los controles políticos, los jurídicos no resultan de un choque de voluntades, pasiones o preferencias, sino de una norma abstracta y el órgano de control no es un órgano limitante, sino actualizador de una limitación preestablecida, ajeno en principio a toda relación de supremacía o jerarquía con el órgano limitado. Así, los controles jurídicos son siempre interorgánicos y, a pesar de que los jurisdiccionales son los ejemplos prototípicos, no se limitan a ellos¹²⁶⁴. Si bien estas categorías de controles no son del todo precisas y se presentan mecanismos que puede reunir características de ambas atendiendo a su carácter poliédrico o de geometría variable¹²⁶⁵, desde un punto de vista analítico resultan ilustrativas, al menos, para identificar el catálogo de controles que se prevén en el sistema constitucional colombiano, que es el que ahora nos ocupa.

Descendiendo al caso colombiano, encontramos que la Constitución de 1991 prevé toda una batería de controles institucionales en desarrollo del principio de distinción entre poderes. En cuanto a los políticos, encontramos controles de alcance supraorgánico como las elecciones populares, periódicas y directas a las que se someten quienes pretendan conformar los órganos políticos del Estado, tal y como lo enuncia en artículo 260 constitucional¹²⁶⁶. También encontramos controles intraorgánicos, como los que existen al interior de la rama ejecutiva con la dependencia de los ministros y directores de departamento administrativo respecto al presidente de la República y la libertad que a este le asiste para configurar el gobierno¹²⁶⁷. De igual forma, estaría la exigencia de refrendación ministerial¹²⁶⁸, según la cual ningún acto del presidente tendrá valor ni fuerza mientras no esté suscrito y comunicado por el ministro o director del departamento

¹²⁶⁴ Aragón Reyes, 106.

¹²⁶⁵ Javier García Roca, «Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo», *Cuestiones Constitucionales* 37, n.º 37 (1 de julio de 2017): 8.

¹²⁶⁶ En este sentido, el artículo 260 constitucional dispone que “Los ciudadanos eligen en forma directa presidente y vicepresidente de la República, Senadores, Representantes, gobernadores, diputados, alcaldes, concejales municipales y distritales, miembros de las juntas administradoras locales, y en su oportunidad, los miembros de la Asamblea Constituyente y las demás autoridades o funcionarios que la Constitución señale”. Constitución Política de Colombia, Art. 260.

¹²⁶⁷ Al respecto dispone el artículo 189 Superior que “[c]orresponde al presidente de la República como Jefe de Estado, jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 1. Nombrar y separar libremente a los ministros del Despacho y a los Directores de Departamentos Administrativos [...]”. Constitución Política de Colombia, Art. 189.1.

¹²⁶⁸ El Consejo de Estado ha reconocido el carácter de control político a la refrendación ministerial afirmando que “la refrendación ministerial es un mecanismo político para atemperar el presidencialismo que signa el sistema de gobierno colombiano”. Consejo de Estado de Colombia Sección Primera, Sentencia 34144 del 27/10/11 (2011).

administrativo correspondiente¹²⁶⁹, refrendación que para medidas como la declaratoria o el desarrollo de un estado de excepción se hace extensible a todos los ministros¹²⁷⁰.

Con relación a los controles políticos interorgánicos, si bien la Constitución de 1991 conservó la tradición de adoptar un sistema presidencialista, también es cierto que en ella se previeron controles políticos tendentes a atenuarlo. Estos se materializan a través del denominado control parlamentario, el cual, si bien es de la esencia del parlamentarismo, como se explicó anteriormente, en los sistemas presidencialistas dichos controles no solo son posibles y deseables, sino que cuentan con una importante tradición¹²⁷¹. Desde hace un par de décadas, las constituciones latinoamericanas han venido introduciendo y/o fortaleciendo, al menos en su regulación, nuevos controles parlamentarios como estrategia para mitigar los efectos viciados del presidencialismo, práctica que se ha denominado como la “parlamentarización del presidencialismo”¹²⁷² y ha supuesto la creación de sistemas híbridos que flexibilizan la versión rígida de separación de poderes de la que partía el presidencialismo¹²⁷³. Estos controles parlamentarios pueden clasificarse como de fiscalización de la acción del gobierno y los de responsabilidad política¹²⁷⁴.

Descendiendo al caso colombiano, el ejemplo prototípico de estos controles parlamentarios lo constituye la moción de censura que pueden proponer tanto el Senado como la Cámara de Representantes contra ministros, superintendentes y directores de departamentos administrativos. Esta, podrá tener lugar por asuntos relacionados con funciones propias del cargo o por desatención a los requerimientos y citaciones del Congreso de la República y puede conllevar a la separación del cargo de los mencionados

¹²⁶⁹ Dispone expresamente el artículo 115 Superior que “[...] Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables [...]” Constitución Política de Colombia, Art. 115.

¹²⁷⁰ Así se prevé expresamente en los artículos 212, 213 y 215 constitucionales. Constitución Política de Colombia.

¹²⁷¹ En palabras de García Roca, “la rigidez y el absolutismo en la separación de poderes, en definitiva, no funcionan y es menester asegurarse de la existencia de controles que impidan presidencialismo desbordados y autoritarios”. García Roca, «Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo», 32.

¹²⁷² García Roca, 22.

¹²⁷³ Gabriel L. Negretto, «Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina», *Revista mexicana de sociología* 65, n.º 1 (2003): 55.

¹²⁷⁴ García Roca, «Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo», 8.

funcionarios del gobierno. Este instrumento, si bien estaba previsto originalmente en la Constitución, se fortaleció al permitir que sea tramitado y aprobado por cada una de las cámaras del Congreso, previendo que la renuncia del funcionario no obste para adelantar la votación¹²⁷⁵. Si bien desde la efectividad de la figura aún queda mucho por hacer, resulta al menos destacable el que dichos mecanismos, en principio, extraños al presidencialismo clásico, estén previstos y desarrollados a nivel constitucional. En esta misma línea, se inscribe la reforma que otorga curules, tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes, a la fórmula que haya quedado en segundo lugar en las elecciones presidenciales¹²⁷⁶, al igual que el recientemente expedido Estatuto de la Oposición que otorga derechos especiales a la financiación, participación y réplica a los miembros de los partidos que así se declaren en las corporaciones públicas¹²⁷⁷. Con estos controles puede afirmarse que, al menos desde un punto de vista jurídico-constitucional¹²⁷⁸, el sistema político colombiano parece responder a un presidencialismo “parlamentarizado”¹²⁷⁹ o “atenuado”¹²⁸⁰.

Otro tanto sucede con los controles jurídicos en el sistema constitucional colombiano. Estos se establecen en cabeza de la rama judicial y de los demás órganos de control. Frente a los controles jurisdiccionales, estos pueden clasificarse en constitucionales y legales. Si bien frente a los primeros existe debate de si son exclusivamente jurídicos o si comparten características con los controles políticos, dicha discusión no desvirtúa que se trate de un mecanismo de limitación del poder, que es lo que ahora nos ocupa. Atendiendo a las categorías clásicas, en el sistema colombiano dicho control constitucional podrá ser tanto abstracto como concreto. El control abstracto, que se deriva de la acción pública de inconstitucionalidad para normas con rango constitucional o legal, se concentra en la

¹²⁷⁵ Congreso de la República de Colombia, «Acto Legislativo 1 de 2007: Por el cual se modifican los numerales 8 y 9 de del artículo 135 de la Constitución Política» (2007).

¹²⁷⁶ Congreso de la República de Colombia, «Acto Legislativo 2 de 2015: Por el cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones» (2015).

¹²⁷⁷ Congreso de la República de Colombia, «Ley 1909 de 2018: Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes» (2018).

¹²⁷⁸ Como bien nos recuerda Arango, las variaciones de un sistema presidencial, como cualquier otro, no responden necesariamente a un cambio en el diseño institucional a través de una reforma constitucional para lo cual es necesario considerar el innegable espacio entre las normas y la práctica política. Sin embargo, por esta una investigación de teoría de constitucional, nos limitaremos a los primeros. Ana Catalina Arango Restrepo, «Presidencialismo», *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad* 0, n.º 14 (19 de marzo de 2018): 257, <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4167>.

¹²⁷⁹ García Roca, «Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo», 32.

¹²⁸⁰ Leiv Marsteintredet, «Las consecuencias sobre el régimen de las interrupciones presidenciales en América latina», *América Latina Hoy* 49, n.º 0 (1 de diciembre de 2008): 32, <https://doi.org/10.14201/ALH.1349>.

Corte Constitucional y para las de inferior rango, en la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo su órgano de cierre el Consejo de Estado. Por su parte, el control concreto en Colombia se ejerce a través de las acciones constitucionales y en particular, a través de la acción de tutela de la cual podrán conocer todos los jueces del país, incluyendo los órganos de cierre de cada especialidad jurisdiccional. Por su parte, el control de legalidad se ejerce principalmente por la jurisdicción contencioso administrativa, principalmente, a través de los medios de control de nulidad, nulidad y restablecimiento, electoral, reparación directa, pérdida de investidura y contractual, entre otros.

Dentro de los controles jurídicos, también deben incluirse a aquellos que ejercen los órganos de control y que puede ser de dos tipos, a saber, disciplinario o fiscal. En cuanto al primero y que está en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, se ocupa de vigilar la conducta de los servidores públicos o de los particulares que ejercen función pública con el fin de garantizar sus deberes funcionales y sancionar las transgresiones al mismo de acuerdo con el Código General Disciplinario. Por su parte, el control fiscal que protagoniza la Contraloría General de la República se orienta a la vigilancia de la gestión de los recursos públicos y tiene como objetivo buscar el resarcimiento de los daños o detrimentos causados al patrimonio público. Si bien tanto el control disciplinario como fiscal puede ser objeto de revisión en sede jurisdiccional, todos ellos constituyen controles jurídicos en los términos establecidos constitucionalmente.

La existencia de controles políticos y jurídicos en un sistema constitucional genera interrelaciones entre los órganos y ramas del Estado que pueden denominarse de contrapeso¹²⁸¹ o de fricción. Con este último término las denomina N. W. Barber, quien señala que en este caso, las instituciones están unas frente a otras en posición de tensión y dicha relación aparece cuando las instituciones buscan contener a otro órgano o prevenirlo de actuar de alguna manera¹²⁸². Para Barber, dicha postura de confrontación crea una forma de fricción, en lugar de cooperación, debido a que las instituciones están persiguiendo diferentes aspectos del bien común y modificando los actos de otros órganos

¹²⁸¹ En este sentido, Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, 74.

¹²⁸² Barber, *The Principles of Constitutionalism*, 70.

al perseguir estas metas¹²⁸³. Dichas actuaciones egoístas e individuales de los agentes del Estado adquieren sentido en una especie de mecanismo de mano invisible, retomando la famosa analogía de Smith, para afirmar que las partes de un sistema están buscando distintos objetivos, pero el sistema está estructurado de tal forma que un objetivo común es producido a través de dicha interacción¹²⁸⁴. En este sentido, los actores no están persiguiendo inconscientemente ese bien, incluso ellos pueden no estar al tanto de la operación del mecanismo, pero el sistema genera de suyo este resultado¹²⁸⁵.

Es necesario recordar en este punto que la conveniencia de las relaciones de fricción que se producen por la existencia de controles constitucionales ha sido defendida por quienes identifican en el principio de distinción de poderes y sus postulados el mecanismo adecuado para garantizar no solo la libertad sino, también, a la eficacia del texto constitucional¹²⁸⁶. Por lo tanto, lo que corresponde indagarse ahora es si dichas relaciones de fricción entre las ramas y órganos de un Estado como el colombiano resultan suficientes para garantizar la eficacia de una Constitución como la de 1991, la cual, como se ha sostenido, resulta transformadora, en tanto, aspiracional¹²⁸⁷. Dicho interrogante, ya se había contestado de forma negativa en el marco teórico de la presente investigación aduciendo tres razones principales para ello, por lo que corresponderá contextualizar cada una de ellas para el caso colombiano.

Para dar respuesta a la cuestión, la primera razón aducida se refería a que, en una constitución contemporánea su componente dogmático suele vincular al conjunto de poderes, y no a ellos de forma aislada. Este argumento para el caso de la Constitución colombiana de 1991 resulta evidente a partir de lo ya expuesto en este capítulo. Para ello, valga reiterar que es el Estado en su conjunto, y no una o varias ramas u órganos de este,

¹²⁸³ Recordemos que como se señaló en el capítulo primero de esta investigación, Barber encuentra la justificación del principio de separación de poderes, no en la libertad sino, en la eficacia. Por ello, en su reciente obra identifica como principales objetivos del principio el de prevenir errores en la ejecución de lo previsto en la Constitución y generar una división del trabajo entre los órganos del Estado. Barber, 72.

¹²⁸⁴ A modo de crítica a este postura de “mano invisible” de la separación de poderes véase: Vermeule, *The System of the Constitution*, 41.

¹²⁸⁵ Barber, *The Principles of Constitutionalism*, 73.

¹²⁸⁶ Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil : un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*; Barber, «Prelude to the Separation of Powers»; Waldron, *Political political theory: essays on institutions*.

¹²⁸⁷ Al respecto Landau y Bilchitz afirman que el impacto de una constitución robusta (*thick constitution*) en la separación de poderes es un asunto inexplorado en el ámbito académico. Bilchitz y Landau, *Evol. Sep. powers between Glob. North Glob. South*, 8.

el sujeto activo de los deberes afirmativos previstos en la parte dogmática de la Constitución. Ello puede constatarse en lo dispuesto en el preámbulo, artículos 2 y 3, y en el capítulo de derechos sociales¹²⁸⁸. La segunda razón expuesta hacía referencia a que las relaciones que se proponen en una constitución contemporánea exceden la mera asignación aislada de funciones y requiere formas de relacionamiento más complejas que esa. Para el caso colombiano, este argumento encuentra pleno sustento en el efecto vinculante que se le ha otorgado a su componente aspiracional, en virtud del cual se supera la lógica dicotómica liberal de lo que está permitido o prohibido para introducir la categoría de lo que está prescrito u ordenado por la Constitución. Lo anterior implica, como se dijo, que el Estado colombiano ya no solo actúe de forma reactiva y selectiva como en el clásico Estado gendarme, sino que deberá operar sobre una base prospectiva y comprensiva en la que será determinante la coordinación, cooperación y colaboración en el funcionamiento, no solo con actores privados, sino también entre las partes del Estado. En esta misma línea se pronuncia, recientemente, Andrés Ospina Garzón al afirmar que:

El artículo 2º de la Constitución colombiana precisó que es un fin esencial del Estado, todo entero, no de determinado órgano separado o dividido, la eficacia de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, a diferencia de la Constitución anterior que, basada en la estricta separación de poderes, se satisfacía con que hubiera orden público y ciertas libertades.¹²⁸⁹

En tercer lugar, se sostuvo que las constituciones contemporáneas ya plantean mecanismos de acción conjunta que exceden a las relaciones de división, separación y de control inter-orgánico. Para contextualizar este punto al caso colombiano, baste con remitirnos a lo expuesto en el capítulo anterior de esta investigación donde se sostuvo que de la interpretación que se ha hecho del principio de colaboración armónica previsto en el artículo 113 constitucional, tanto la doctrina, como la legislación y la jurisprudencia constitucional, han identificado toda una serie de dispositivos y mecanismos, explícitos e implícitos, en la Constitución, que prevén un relacionamiento entre las ramas y órganos diferente al de control y la fricción entre ellos. Ejemplos de los primeros para el caso

¹²⁸⁸ Al respecto, afirma Cepeda que “[l]a carta de derechos abre entonces un espacio amplio para que las ramas del poder público tengan una relación más fluida y se entrelacen para trabajar conjuntamente en la realización de los fines del Estado”. Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, 123.

¹²⁸⁹ Ospina Garzón, «De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia», 84.

colombiano, serían la iniciativa legislativa institucional, la ejecución de decisiones judiciales, la delegación de facultades normativas; y de los segundos, los exhortos y las sentencias estructurales por parte de la jurisprudencia constitucional, tal y como se desarrollará más adelante. La suma de estos tres argumentos nos permite, cuando menos, dudar de la suficiencia de la versión política del fordismo que genera la aplicación del principio de distinción en la tarea de dotar de eficacia institucional a una constitución transformadora como la colombiana de 1991¹²⁹⁰. Más adelante volveremos sobre este punto.

Esa misma conclusión ha sido sostenida por reconocidos autores, no solo de cara al constitucionalismo transformador, sino también, para el caso colombiano. Para este último, baste con remitirnos a los comentarios que de la doctrina especializada se reseñaron en el capítulo anterior de esta investigación en torno al concepto de colaboración armónica. Con relación al primero de los puntos, sostiene Micaela Alterio que la relación entre el constitucionalismo transformador y la doctrina de la separación de poderes sugiere que ni la doctrina pura de separación estricta de poderes, ni la concepción liberal de *checks and balances*, son afines al constitucionalismo transformador. En palabras de la profesora: “ninguna de las formulaciones concebidas en el siglo XVIII sobre la separación de poderes es útil en el constitucionalismo contemporáneo. Eso no significa que la doctrina sobre división de poderes no sirva para entender los desafíos presentes. Más bien lo que se necesita es reconstruir la doctrina”¹²⁹¹. En la misma línea, Henk Botha indica que el constitucionalismo transformador requiere que se replanteen en términos menos esencialistas algunas nociones y categorías, entre ellas, las de separación de poderes y relaciones intergubernamentales. Frente a la primera, afirma que la separación de poderes no debe ser asimilada solo con la idea de fronteras estrictas entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial, sino que debe estar caracterizada por una relación entre las diferentes esferas como una co-operación, en lugar de una estricta división y jerarquía. De allí que resulta fundamental la idea de co-operación y

¹²⁹⁰ Esta misma conclusión parece ser compartida por la Corte Constitucional colombiana cuando afirma que “[...] en un estado constitucional, que auténticamente lo sea, el objetivo fundamental de la separación de poderes no es la mera eficacia en el desarrollo de las funciones estatales, sino la garantía de los derechos de los asociados”. C-141/10 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141/10.

¹²⁹¹ Alterio, «La Suprema Corte de Justicia Mexicana en la transformación social», 475.

diálogo en la relación entre los diferentes órganos del Estado, lo cual requiere que todo el sistema jurídico este en armonía con la Constitución¹²⁹².

Sin embargo, quién tal vez con mayor insistencia y rigurosidad ha sostenido este punto, incluso de cara a las constituciones americanas ha sido Roberto Gargarella. Hasta hace un par de décadas es posible rastrear en la obra del profesor argentino escritos dirigidos a advertir los déficits que genera el modelo de frenos y contrapesos en los Estados contemporáneos¹²⁹³. Sobre el punto que nos ocupa, afirma Gargarella que, ante las expectativas de las constituciones actuales, la maquinaria institucional que distingue a muchas democracias constitucionales modernas, a saber, una maquinaria diseñada en América entre fines del siglo XVIII y principios del XIX, se muestra actualmente “exhausta”¹²⁹⁴. Para ello, afirma que la idea de Madison según la cual el sistema de frenos y contrapesos servía para transformar en beneficios comunes los impulsos egoístas de los representantes, no era exageradamente optimista, sino directamente errónea. En consecuencia, el sistema de frenos y contrapesos está lejos de asegurarnos los beneficios que proclama.

Ello, tanto para el caso de que las distintas ramas del poder sean ocupadas por fuerzas políticas diferentes, como para aquellas otras situaciones en donde los distintos poderes se encuentren en manos de fuerzas del mismo color¹²⁹⁵. En el primero de los casos, si las ramas del poder estuvieran en manos de distintos grupos y las diferencias entre los integrantes de estas fuera irreducibles, de modo tal que sus miembros decidieran no cooperar entre sí, entonces las consecuencias no serían las mejores¹²⁹⁶. Incluso, en este mismo supuesto, las expectativas debieran ser todavía peores para el caso en que el grupo en el poder tuviera una necesidad urgente de promover alguna o varias iniciativas, superando el bloqueo que le promete la fuerza opositora. En dicho caso, lo esperable es que se activen los mecanismos “extorsivos”, es decir, que un grupo previsiblemente contribuirá a la aprobación de cierta ley si y solo si se le da “algo” a cambio¹²⁹⁷. Por su

¹²⁹² Henk Botha, «Metaphoric Reasoning and Transformative Constitutionalism (Part 2)», *Journal of South African Law* 2003 (2003).

¹²⁹³ El primer escrito identificado en esta línea argumentativa corresponde a: Roberto Gargarella, «Sobre los déficits del sistema de “frenos y contrapesos”» (Rosario, 2003).

¹²⁹⁴ Gargarella, «Una maquinaria exhausta: Constitucionalismo y alienación legal en América», 8.

¹²⁹⁵ Gargarella, 26.

¹²⁹⁶ Gargarella, 24.

¹²⁹⁷ Gargarella, 25.

parte, cuando el poder se concentre en una misma facción se materializará la pesadilla madisoniana, en tanto esta tendrá un poder omnímodo y absoluto, sin que los frenos y contrapesos les sean aplicables.

Sobre las relaciones que este modelo debiera generar entre los poderes públicos, afirma el autor argentino que la supuesta articulación resulta realmente inexistente y será re-descrita como una en donde distintos órganos de legitimidad y representatividad enormemente diversa “golpean” sobre una decisión, le quitan “trozos” y agregan otros, hasta tornarla irreconocible. Por lo demás, dicho panorama puede llegar a adquirir las peores formas imaginables, justamente, debido a la falta de responsabilidad institucional de muchos de estos órganos y a la falta de transparencia pública de los procesos decisorios. En estos casos, ya no solo no quedan vestigios de articulación o diálogo, sino que nos encontramos con distintos órganos extorsivos, desde donde distintos representantes del poder público pueden ejercer más o menos discrecionalmente su autoridad y hacer pagar al público por ello¹²⁹⁸. De allí concluye que, en su mejor presentación, el modelo de frenos y contrapesos pretendía favorecer la integración social, alentar la celebración de acuerdos entre sectores diferentes e impedir las mutuas opresiones, sin embargo, los resultados tienden a ser más bien opuestos a aquellos. La mecánica que alienta es una de “mutuas extorsiones” o “mutuos bloqueos”, a la vez que se facilita la opresión o el mero olvido de segmentos amplios de la población que carecen de poderes efectivos para operar sobre sus propios representantes. Finalmente, la maquinaria diseñada resulta cuestionable en cuanto a muchos de los valores que la animan¹²⁹⁹.

A la insuficiencia de las relaciones de control para determinar el funcionamiento del Estado, Gargarella advierte además que, al menos en el contexto latinoamericano, dichos controles no han logrado el equilibrio que con ellos se esperaban. A pesar de los recientes intentos para moderarlo, para el autor, lo que rige en la mayoría de los Estados en el continente es un sistema de frenos y contrapesos parcialmente desbalanceado en favor de un ejecutivo especialmente poderoso¹³⁰⁰. Esta circunstancia ha conducido a que a pesar de las significativas reformas constitucionales de las últimas décadas tendentes a

¹²⁹⁸ Gargarella, 28.

¹²⁹⁹ Gargarella, 31.

¹³⁰⁰ Gargarella, 19.

reconocer y garantizar derechos sociales y económicos en los textos constitucionales latinoamericanos, su eficacia se ha quedado a medio camino, en razón a que dichas reformas no se han acompañado de otras que aborden la “sala de máquinas” de las constituciones¹³⁰¹, es decir, los aspectos relacionados con la organización del poder que, como se dijo, siguen estando regidos por modelos teóricos anacrónicos y que no permiten un funcionamiento del Estado contemporáneo acorde con las nuevas expectativas.

A manera de síntesis, puede afirmarse que el principio de distinción, con sus tres postulados, fue forjado para un poder público temido, más que deseado¹³⁰². La noción de distinción surge con el fin de establecer límites y controles al Estado, y no resulta suficiente para hacerlo funcionar de forma adecuada y coincidente con lo dispuesto en los textos constitucionales contemporáneos. Ello, en tanto las relaciones de fricción que se generan con el establecimiento de los distintos controles constitucionales resultan insuficientes en el cometido de dar cumplimiento a lo dispuesto en una constitución transformadora, como la colombiana de 1991¹³⁰³. En este sentido, deberá proseguirse con el análisis en torno a qué otro principio, de qué naturaleza y envergadura resulta necesario para garantizar el cumplimiento y realización del plan- maestro que una constitución como estas dispone.

5.4.La colaboración armónica como principio constitucional, institucional y estructural para garantizar la eficacia de la Constitución colombiana

Partiendo de considerar a la Constitución colombiana como un plan maestro, tendente a la transformación de su comunidad política, a través del cumplimiento de los contenidos

¹³⁰¹ Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución : dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, 333.

¹³⁰² Ospina Garzón, «De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia», 77.

¹³⁰³ Al respecto se pronuncia Cepeda, quién afirma que “[con la constitución de 1991] también ha cambiado la concepción del principio de separación de poderes. Es cierto que la principal justificación de dividir el poder público en ramas diferentes y de establecer frenos y contrapesos para que la una controle a la otra fue la de proteger la libertad de los abusos y excesos de la autoridad. La manera de protegerla fue haciendo difícil que el Estado interviniera en el dominio privado de los individuos. Sin embargo, la Carta de Derechos, amplia y generosa como la acogida en 1991, contiene una serie de garantías individuales que hacen que esta justificación histórica del principio de separación de poderes pierda fuerza.” Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, 20.

aspiracionales, los cuales resultan jurídicamente vinculantes para todas las ramas y órganos del Estado colombiano, se torna necesario profundizar en lo que implica analíticamente la noción de plan. Al respecto, en el capítulo primero de esta disertación habíamos recurrido a los planteamientos de la filosofía y la ontología social para este cometido. Allí, encontrábamos la propuesta de Bratman, quien sostiene que un plan puede asimilarse a una “actividad cooperativa conjunta”, siempre y cuando este cumpla con las máximas de mutua receptividad, compromiso con la actividad compartida y de apoyo mutuo entre los agentes llamados a desarrollar el plan. De igual forma, referíamos que dicha propuesta ha tenido un importante eco en el mundo jurídico, desplegando importantes investigaciones contemporáneas sobre las implicaciones de dichas máximas en la concepción del Derecho. Con el objetivo de aplicar dichos postulados a la teoría constitucional, en dicho apartado nos indagábamos por las tres máximas y sus implicaciones en el funcionamiento, desde un plano prescriptivo, de los órganos del Estado como agentes de un plan establecido constitucionalmente. Lo que corresponde ahora es circunscribir dicho análisis al sistema constitucional colombiano y precisar sus consecuencias de cara al surgimiento del deber de colaboración entre sus agentes.

La primera de estas máximas, denominada la de mutua receptividad, implica que cada participante de la acción conjunta debe ser receptivo a las acciones de los otros, sabiendo que los otros están tratando de responder de manera similar a las labores encomendadas. Para la teoría constitucional, dicho postulado se materializa a través del principio de distinción y sus tres postulados, ya que a través del de división, se identificarán las funciones asignadas para desarrollar la acción conjunta; con el de separación, se identificarán los agentes o participantes de esta y con el de frenos y contrapesos, se facultará a cada uno de ellos a fiscalizar y controlar las acciones de los demás, en concordancia con las labores asignadas. Para el caso colombiano, los agentes serán los que constan en el artículo 113 constitucional, a saber, las ramas legislativa, ejecutiva y judicial, además de los órganos autónomos e independientes que incluyen a los de control, los electorales, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, al Banco de la República, las Corporaciones Autónomas Regionales y a los Entes Universitarios Autónomos, además de las instituciones de transición, tal y como se explicó en el capítulo anterior. Sobre sus funciones, estas están debidamente detalladas en la parte orgánica del texto constitucional, al igual que los controles que existen, tanto en su interior, como entre ellos, tal y como se explicó previamente en este capítulo. Así las cosas, para el caso colombiano

se da pleno cumplimiento a la máxima de mutua receptividad entre las ramas y órganos del Estado.

La segunda de estas máximas exige que cada agente debe estar debidamente comprometido con el desarrollo de la actividad conjunta. Atendiendo a que la Constitución colombiana de 1991 es escrita, el contenido de la acción conjunta coincide con el de dicha constitución, siendo especialmente relevante el componente aspiracional y transformador antes descrito. Por lo tanto, lo que se exige es que los agentes del Estado, a saber, las ramas y órganos autónomos e independientes estén comprometidos con una dinámica de “gobernanza constitucional” tendente a la eficacia, es decir, al cumplimiento de los fines y derechos consagrados en la Constitución. En virtud de dicha dinámica, cada entidad pública debe ser consciente de que sus competencias se inscriben, justifican y adquieren sentido solo dentro de esta actividad cooperativa conjunta que, como se dijo, no es otra que la ejecución, la puesta en marcha, de la misma la Constitución. En consecuencia, dicha máxima nos reitera la importancia que reviste la “articulación de propósito”¹³⁰⁴ que deben tener todos los componentes del Estado en el ejercicio de sus funciones, al igual que la unidad del poder en el cometido superior de dar eficacia al texto constitucional.

La mencionada unidad y articulación de propósitos es posible identificarla en el mismo texto de la Constitución de 1991. Ello puede evidenciarse, por un lado, en cómo su componente dogmático vincula al conjunto de poderes y no a ellos de forma aislada. Prueba de ello lo constituye el pluricitado artículo 2º constitucional que señala los fines del Estado o en la formulación de los derechos constitucionales que siempre tienen como sujeto pasivo a este y no a los distintos órganos de forma individualizada¹³⁰⁵. Por otro lado, encontramos la redacción del enunciado final del artículo 113 constitucional, el cual dispone el deber que les asiste a los diferentes órganos del Estado a colaborar armónicamente para la realización de sus fines. Como se puso de presente en el capítulo precedente, de la interpretación de este enunciado es claro que los fines del Estado enunciados en el artículo 2º constitucional vinculan a todos los órganos del Estado y es a estos fines a los que ellos deben propender con sus actuaciones.

¹³⁰⁴ Rubin, *Beyond Camelot: rethinking politics and law for the modern state*, 28.

¹³⁰⁵ Ospina Garzón, «De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia», 84.

En la misma línea, la Corte Constitucional desde sus primeros fallos ha hecho referencia al deber de conciencia de los fines del Estado que deben tener los distintos órganos públicos al actuar. En la seminal sentencia T-006 de 1992, la Corte hace un amplio desarrollo de este mandato señalando que los agentes del poder público deben adquirir conciencia de los fines del Estado, como que en su realización se cifra la existencia misma de la Constitución¹³⁰⁶. Su desconocimiento, continúa el tribunal, convierte las competencias en feudos de poder o de "pequeñas repúblicas independientes", soberanas e imbuidas de sus propios fines¹³⁰⁷. Por el contrario, para la Corte, en Colombia todas las autoridades públicas están obligadas a ejercer responsablemente las atribuciones que les han sido conferidas para realizar las diferentes tareas estatales. Ese ejercicio responsable del poder público supone tener conciencia de los fines del Estado, pues el propósito único de cada competencia asignada a la autoridad es justamente la de realizar dichos fines.

Dicha conciencia tendrá repercusiones inmediatas en la eficacia del texto constitucional. En palabras de la Corte Constitucional, esta lleva a comprender que la Constitución es en cierto sentido un orden a alcanzar que pretende esculpir en la realidad un proyecto de vida comunitaria que puede quedar "inactuado" si los órganos del poder público no se empeñan deliberadamente en cumplirla. Este proyecto parte del presupuesto y de la fe que el Derecho, si cuenta con el auxilio de la voluntad de los hombres, puede tener algún poder de conformación de la realidad y que éstos no siempre estarán expuestos a circunstancias ingobernables. Por tanto, concluye que todo órgano del Estado deberá contribuir eficazmente a que su valor normativo y su pretensión de vigencia se cumplan de modo que el proyecto de vida del constituyente se exprese en la realidad y la regule conforme a sus previsiones.

De igual forma, para el alto tribunal esta conciencia de fines genera unidad de acción en el Estado en el cumplimiento de sus fines y deberes. Así lo considera la Corte al afirmar que las normas constitucionales en su conjunto persiguen conferirle unidad a la acción del Estado y concretar en la comunidad un determinado proyecto de vida. La inviolabilidad de la Constitución, comprendiendo cabalmente su cometido, es condición esencial para ordenar la lucha política dentro de la sociedad, establecer y racionalizar el

¹³⁰⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-006/92 (1992).

¹³⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia.

poder público y evitar su abuso y preservar los derechos y garantías de sus miembros. En consecuencia, los órganos del Estado se asientan sobre esa unidad política que en ningún caso puede darse por lograda y de cuya conservación y afianzamiento depende la existencia misma del Estado. Finaliza la Corte indicando que “tener presente y colaborar en la construcción histórica de esa unidad global es lo que ordena el artículo 113 citado, al imponer a los servidores públicos el deber de colaborar para la realización de los fines del Estado”¹³⁰⁸.

Este compromiso con el cumplimiento de los mandatos constitucionales y su consiguiente unidad de acción también ha sido reivindicado por la doctrina especializada. Recordemos que esta crítica se remonta a los planteamientos de Rousseau en contra del principio de separación de poderes y va a ser replicada por importantes pensadores a lo largo del siglo XIX y XX, incluyendo a Kant¹³⁰⁹, Carré de Malberg, Jellinek¹³¹⁰, hasta llegar a Duguit quién lo hará con absoluta contundencia. Precisamente, será esta postura de Duguit, como se explicó en el capítulo segundo de esta disertación, la que dará sustento doctrinario a la reforma constitucional de 1936 que introducirá en el constitucionalismo colombiano el principio de colaboración armónica. Interpretando esta reforma, afirmaba Devis Echandía, que “fue también la experiencia la que demostró que era imposible dejar de lado la unidad indispensable del Estado y, por consiguiente, la necesaria colaboración de esos tres órganos en que se distribuye el ejercicio de su Soberanía, para que una marcha armónica les dé a todos mayor eficacia, para el logro de los fines comunes”¹³¹¹. A partir de la consagración de este principio en la Constitución de 1991, afirma Ospina Garzón que para alcanzar los fines del Estado social, la unidad del poder, más que la separación, exige que las autoridades públicas (legislativo, ejecutivo, judicial y demás órganos autónomos e independientes), dispongan de los instrumentos necesarios para convertir en realidad los derechos reconocidos a las personas y asegurar el logro de los fines

¹³⁰⁸ Corte Constitucional de Colombia.

¹³⁰⁹ Al respecto señalaba Kant que “Los tres poderes en el Estado, están, pues, en primer lugar, coordinados entre ellos como otras tantas personas morales, es decir, que uno es el complemento necesario de los otros dos para la completa constitución del Estado”. Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres* (Madrid: Tecnos, 1994), 146.

¹³¹⁰ Afirmaba Jellinek que “Sea cual fuere el número de órganos, solamente existe un poder estatal”, Georg Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*. Citado por: Ospina Garzón, «De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia», 84.

¹³¹¹ Hernando Devis Echandía, «La independencia del poder judicial», *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 3 (1985): 124.

constitucionales del Estado¹³¹², por lo tanto, “la unidad del poder se convirtió en un instrumento para el Estado social”¹³¹³.

Pasando a la tercera máxima requerida, Bratman señala que una actividad conjunta que sea cooperativa requiere que los agentes, además de ser receptivos y actuar en pro de la meta conjunta, deben estar comprometidos para ayudar en el cumplimiento del rol de los demás dentro de la acción cooperativa cuando ello sea necesario¹³¹⁴. Con la elaboración del marco teórico de esta investigación encontrábamos que es en esta máxima de apoyo mutuo donde puede identificarse el fundamento del mandato de colaboración para la implementación del plan constitucional. Dicha colaboración, en el plano constitucional, señalábamos que prescribe expresamente que dos o más órganos o agentes del Estado contribuyan de forma efectiva a través de la agregación de sus capacidades institucionales¹³¹⁵. Estas podrán ser de mayor experticia (legitimidad sustancial), mayor apoyo ciudadano (legitimidad de origen) o de mejores procesos de toma de decisión (legitimidad procedimental), para el logro de un resultado superior al que podría obtenerse de forma aislada en el desarrollo del proyecto conjunto de la gobernanza constitucional¹³¹⁶. El efecto de dicho deber de colaboración será la generación de interrelaciones que superen a las de fricción¹³¹⁷ o contrapeso¹³¹⁸, caracterizándose por combinar las fortalezas relativas y minimizar las debilidades de cada institución cuando actúan conjuntamente de cara al cumplimiento del plan constitucional. En una línea similar señala Barber que estas interrelaciones tendrán lugar cuando las instituciones se apoyan mutuamente, cuando cada una trabaja para ayudar y hacer más efectivas las acciones de otras partes de la Constitución¹³¹⁹.

¹³¹² Ospina Garzón, «De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia», 92.

¹³¹³ Ospina Garzón, 84.

¹³¹⁴ Bratman, *Faces of intention : selected essays on intention and agency*, 104.

¹³¹⁵ El tema de las capacidades institucionales es introducido por Sunstein y Vermeule sosteniendo que estas deben ser tenidas en cuenta al momento de determinar la interpretación constitucional. Al respect véase: Sunstein y Vermeule, «Interpretation and Institutions».

¹³¹⁶ Corrales define al principio de colaboración como “la obligatoria coordinación, cooperación y ayuda mutua y solidaridad de los poderes y órganos público e independientes, en la concertación y ejecución de políticas públicas y de Estado, en la prevención y solución de sus conflictos”. Ricardo Corrales Melgarejo, «Principio de colaboración de poderes», *Revista Jurídica del Perú* 134 (2012): 5.

¹³¹⁷ Barber, *The Principles of Constitutionalism*, 81.

¹³¹⁸ Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, 168.

¹³¹⁹ Barber identifica este tipo de relaciones como de Cortesía (*Comity*) con lo que creemos que si bien compartimos su caracterización consideramos que su denominador se queda corto en cuanto a lo que la colaboración implica. Barber, *The Principles of Constitutionalism*, 70.

Adoptar la máxima de apoyo mutuo entre ramas y órganos del Estado colombiano no resulta difícil, atendiendo a la literalidad del texto constitucional vigente. Así, como se ha señalado anteriormente, el artículo 113 constitucional prescribe en su último enunciado que, “[l]os diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”¹³²⁰. Con ello, consideramos que se establece el deber de apoyo mutuo entre los diferentes órganos tendente a la consecución de los cometidos constitucionales, en particular, de los de contenido económico y social. Además del recurso a la literalidad¹³²¹, esta afirmación adquiere fundamento por tres vías argumentativas ya desarrolladas en esta investigación, a saber, por la forma de gobierno presidencialista adoptada por el Estado colombiano, por la reconstrucción histórica que se hizo de dicha norma y por la interpretación que de ella se ha hecho desde su consagración en la Constitución de 1991.

En cuanto a la primera de estas vías argumentativas, tal y como se propuso en el capítulo tercero de esta investigación, la forma de gobierno adoptada por un Estado parece estar relacionada con la consagración constitucional del mandato de colaboración entre poderes. Como se dijo, ante los riesgos que imponen los arreglos institucionales en las formas de gobierno no parlamentarias para el relacionamiento entre los órganos del Estado, se encuentra una posible justificación para que en esas constituciones se consagre explícitamente un deber de colaboración armónica entre las instituciones que lo componen. Esta hipótesis, incluso, pudo ser probada al encontrar una correlación estadísticamente significativa entre la existencia de cláusulas constitucionales que prevén un relacionamiento diferente al derivado del principio de separación de poderes con las constituciones que prevén formas de gobierno presidencialistas. En esta línea argumentativa, el que la Constitución colombiana de 1991 prevea una forma de gobierno presidencialista hace que no sea solo conveniente, sino significativamente más probable, el que se disponga de una cláusula constitucional expresa que ordene la colaboración y apoyo mutuo entre los órganos del Estado, ante el riesgo de bloqueos institucionales que son inherentes a todo sistema presidencialista¹³²².

¹³²⁰ Constitución Política de Colombia, Art. 113.

¹³²¹ Sobre su consagración literal sostiene Cepeda que “El principio de colaboración armónica está expresamente enumerado en el artículo 113, con la novedad de que los principales fines del Estado que han de orientar la colaboración armónica está expresamente enumerados en el artículo 2° de la Constitución”. Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, 122.

¹³²² Esta tesis parece coincidir con la que sostiene Cepeda cuando afirma que “tratándose [Colombia] de un régimen presidencial en el cual el concepto de separación de poderes es fundamental, el Gobierno,

En relación con la segunda vía argumentativa, en el capítulo segundo de esta investigación se expuso como la mencionada cláusula de colaboración armónica tuvo origen en el constitucionalismo colombiano con la reforma constitucional de 1936. Esta tuvo como finalidad la de compatibilizar dogmáticamente a la conservadora Constitución de 1886 con las nuevas expectativas generadas por el constitucionalismo social y la necesidad de instituir un Estado intervencionista¹³²³. Dentro de esta reforma, uno de los asuntos a revisar fue el principio de separación de poderes en su consagración clásica-liberal, la cual se matizó al modificarse el término de poderes por el de órganos para referirse a los componentes del Estado y en especial, al introducir el deber de colaboración armónica entre ellos. Así, siguiendo a importantes pensadores franceses de la época, se dejó en evidencia la insuficiencia de la distinción entre poderes para garantizar la eficacia del texto constitucional y la necesidad de introducir el deber de colaboración armónica para la realización del plan- maestro constitucional.

Finalmente, la tercera vía argumentativa nos conduce a afirmar que la interpretación que se le ha dado a este mandato tras su continuidad en la Constitución de 1991, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia constitucional, coincide en que de este es posible derivar un deber de apoyo mutuo entre los diferentes órganos tendente a la consecución de los cometidos constitucionales. Así, del recuento doctrinario realizado en el capítulo anterior, fue posible identificar la coincidencia entre los distintos autores en torno al deber de unidad de acción del Estado que se deriva del mandato contenido en el artículo 113 constitucional. Por su parte, del rastreo jurisprudencial realizado se pudo identificar que para la Corte Constitucional, la colaboración armónica implica la unidad de acción, esfuerzos y la coordinación de propósitos para realizar el *telos* de las instituciones, que no es otro que cumplir con los fines del Estado. Sin embargo, dicha coincidencia entre la doctrina y jurisprudencia no se queda solo en el alcance del mandato, sino también en su naturaleza. Al respecto, tanto la doctrina especializada como la jurisprudencia de la Corte coinciden en denominar al mandato de colaboración armónica como un “principio” de

respetándolo, ha buscado también establecer mecanismos que aseguren una mayor colaboración y, si se quiere, la armonía entre las ramas del poder.” Cepeda, 130.

¹³²³ Al respecto afirma Cepeda que “Este [principio de colaboración armónica] fue introducido formalmente en Colombia en la reforma de 1936, cuando se recogieron las ideas de Wilson y Roosevelt sobre el replanteamiento del sistema de Madison de frenos y contrapesos, para hacer más eficiente y responsable al Estado, que debía intervenir en la economía e impulsar políticas sociales.” Cepeda, 122.

rango constitucional. Dicha coincidencia nos conduce, entonces, a analizar las implicaciones de dicha calificación.

Con este propósito, que al mandato de colaboración armónica se le atribuya la naturaleza de principio constitucional tiene indudables implicaciones jurídico- dogmáticas. La primera de ellas se refiere a las funciones que con este estatus está llamado a cumplir en el sistema jurídico. Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que son tres los principales cometidos que desempeñan los principios constitucionales en el sistema jurídico colombiano, a saber, servir de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico, actuar como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas y finalmente, en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho¹³²⁴. Por consiguiente, el mandato de colaboración armónica deberá cumplir con el triple cometido de fundamento, criterio hermenéutico e integrador del sistema jurídico colombiano.

En desarrollo de esta premisa, la colaboración armónica desempeña su función de fundamento en la medida en que contribuye a la organización y funcionamiento deontológico de las distintas ramas y órganos que dan soporte y estructura al Estado. Ello tendrá lugar al fijar a la colaboración entre las ramas y órganos, como criterio básico o pilar estructural de las relaciones entre los distintos componentes del poder público colombiano. En consecuencia, en cumplimiento de esta función, el principio de colaboración se convierte en el punto cardinal que sirve de orientación para la aplicación de las innumerables reglas jurídicas que asignan competencias a las distintas ramas y órganos del Estado, en tanto, junto con los demás principios constitucionales, las explican, justifican y las dotan de sentido.

En cuanto a su función como criterio hermenéutico, la colaboración armónica se convierte en guía interpretativa para descifrar el contenido normativo de las reglas de competencia de todos los órganos del Estado que al momento de su aplicación resulten oscuras, incompletas, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras. Finalmente, la colaboración armónica cumple una función de integración, al asumir el rol de fuente formal del derecho ante la insuficiencia material de la Constitución, leyes

¹³²⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-818/05 (2005).

u otras normas jurídicas para regular todas y cada una de las competencias o funciones necesarias para garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales a cargo del Estado. De esta manera, el ordenamiento jurídico crea así un mecanismo que le permite a todos los agentes del Estado y en especial, a los operadores jurídicos, resolver los problemas que escapan a la previsión humana en el momento de expedir los correspondientes estatutos normativos dirigidos a reglar el funcionamiento del Estado, o que se presentan como nuevos, en atención al desarrollo progresivo de la sociedad y a la exigencia de darle una respuesta jurídico- constitucional a las múltiples situaciones que pueden presentarse al respecto.

La segunda de estas implicaciones consiste en que al otorgársele a la colaboración armónica la calidad de principio constitucional, se le reconoce su naturaleza de “norma de mandato”¹³²⁵ y no como un mero enunciado interpretativo, tal y como suele considerarse a los valores constitucionales¹³²⁶. Ya dentro de las “normas de mandato”, al denominarlo principio se está distinguiendo de las reglas constitucionales. Estas últimas, a la luz de la doctrina constitucional, se consideran como normas de conducta que consagran imperativos categóricos o hipotéticos que deben ser exactamente cumplidos en cuanto a lo que ellas exigen, sin importar el ámbito fáctico o jurídico en el que se ejecuten¹³²⁷. Así las cosas, mientras las reglas se limitan a exigir un comportamiento concreto y determinado, los principios tienen una menor especificidad de sus órdenes o preceptos, ya que estos suelen trascender a la mera descripción de una conducta o de un mandato previsto. En consecuencia, el mandato de colaboración armónica no será una norma de cumplimiento pleno o absoluto, sino que implica un mandato de optimización que deberá atender a las condiciones fácticas y jurídicas para determinar su grado de cumplimiento¹³²⁸.

¹³²⁵ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 68.

¹³²⁶ Al respecto ha señalado de forma reiterada la Corte Constitucional que, “[s]u condición de valores fundantes les otorga una enorme generalidad y, en consecuencia, una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido. Corresponde al legislador, de manera prioritaria, la tarea de establecer la delimitación de dichos valores a través de leyes. En vista de su naturaleza abierta, los valores constitucionales sólo tienen una eficacia interpretativa”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-406/92; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1287/01 (2001).

¹³²⁷ Esta construcción doctrinal atribuible a Robert Alexy es expresamente adoptada de forma expresa por la Corte Constitucional, entre otras en: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-818/05.

¹³²⁸ Corte Constitucional de Colombia.

Las posibilidades que determinarán su grado de cumplimiento en el sistema colombiano serán de carácter fáctico o jurídico. En relación con las primeras, estas atienden a las capacidades institucionales materiales o reales que subyacen a cada una de las ramas u órganos del Estado colombiano y que determinarán el grado de colaboración que deberá haber entre ellas¹³²⁹. Como se dijo, dichas habilidades y/o limitaciones de cada una de las instituciones deberán conjugarse para establecer el grado y tipo de colaboración necesario para generar una mayor experticia (legitimidad sustancial), mayor apoyo ciudadano (legitimidad de origen) o de mejores procesos de toma de decisión (legitimidad procedimental), para el logro de un resultado superior al que podría obtenerse de forma aislada en el desarrollo del plan constitucional. Por su parte, el conjunto de las posibilidades jurídicas de la colaboración armónica estará determinado por los principios contrapuestos¹³³⁰. Como se expondrá más adelante, dicha ponderación podrá hacerse no solo frente a otros principios institucionales, sino también ante principios sustanciales que, atendiendo a las circunstancias de cada caso, podrán determinar el grado de cumplimiento de los principios en colisión. Sin embargo, es claro que en la generalidad de situaciones, el grado de cumplimiento del principio de colaboración estará determinado por la ponderación que se haga con el principio constitucional, institucional y estructural de distinción de poderes, con el cual tendrá una relación de contraposición o tensión permanente en el sistema constitucional colombiano.

Al respecto, como ya hemos sostenido en otros espacios de esta investigación, el principio de colaboración, junto con el de distinción, son los responsables de dar forma al Estado colombiano y de garantizar su funcionamiento, a través del ejercicio de las competencias y de los controles otorgados a cada rama y órgano, pero al mismo tiempo de garantizar el logro de los objetivos sustanciales propuestos en el texto constitucional. En este sentido, consideramos que la colaboración armónica no niega ni se opone al de separación de poderes, sino que lo complementa, lo condiciona o en el peor de los casos lo matiza¹³³¹. En consecuencia, para mantener la vigencia del *ethos* del constitucionalismo liberal, pero

¹³²⁹ Sunstein y Vermeule, «Interpretation and Institutions», 886.

¹³³⁰ Robert Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (Lima: Palestra Editores, 2019), 56.

¹³³¹ Al respecto señala Corrales, “El principio colaborador y el de separación de poderes, son dos caras de una misma medalla, que armonizan la unidad e ingeniería del Estado, en el arte del buen gobierno ya que, en tal binomio, lo uno se complementa con lo otro, y si bien contienen valores distintos, en conjunto están intrínsecamente relacionados con los fines del Estado”. Corrales Melgarejo, «Principio de colaboración de poderes», 6.

garantizando su nueva dimensión positiva, ambos principios deben compatibilizarse. Ello tiene lugar, precisamente, con el reconocimiento de una esfera nuclear o funcional de cada una de las ramas u órganos del Estado que no puede vulnerarse, al igual que en la garantía de controles recíprocos. Sin embargo, de igual forma y con la misma contundencia debe sostenerse la obligatoriedad que supone la realización de los fines constitucionales para todos los órganos del Estado, a los cuales deben orientar su actuar. En este punto debe recordarse que esta relación de tensión que reivindica la importancia del principio de distinción de poderes en la estructura constitucional es lo que nos permitió condicionar, en su momento, la concepción del constitucionalismo transformador que pareciera descuidar la tradición liberal del constitucionalismo y que, más adelante, nos permitirá advertir versiones viciadas de colaboración armónica que buscan subvertir al principio de distinción.

Llegados a este punto corresponde aclarar que la colaboración, al igual que su correlativo de distinción, corresponden a los denominados principios institucionales que se distinguen de los sustantivos. Estos últimos, corresponden a aquellos que tienen un sustrato y unos fundamentos materiales o sustantivos definidos, como aquellos que contienen derechos fundamentales como a la vida, a la libertad de expresión, a la igualdad, entre otros. Por su parte, los principios institucionales o formales han sido una de las grandes “lagunas” o “enigmas” de la teoría de los principios constitucionales, que solo recientemente ha sido objeto de análisis. Al respecto, teóricos del derecho tan influyentes como Alexy o Atienza y Ruiz Manero han reconocido que dichos principios han pasado desapercibidos y debido a su relevancia ha sido necesario rectificar o complementar algunos de sus planteamientos.

Así lo reconocen expresamente los dos últimos autores españoles quienes se han propuesto corregir el esquema por ellos esbozado en su reconocida obra *Las Piezas del Derecho*¹³³² para incluir la dimensión institucional que suele materializarse a través de este tipo de principios. Para caracterizarlos, Atienza y Ruiz Manero afirman que los principios institucionales¹³³³, por un lado, obtienen su justificación de razones derivadas

¹³³² Atienza y Ruíz Manero, *Las piezas del derecho : teoría de los enunciados jurídicos*.

¹³³³ Para los autores el carácter institucional de estos principios se circunscribe a que están funcionalmente orientados, es decir, que parten de entender a la institucionalidad como un conjunto de medios orientados a la persecución de fines o, si se prefiere decirlo, a la realización de funciones. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», *Doxa* 24 (2001): 124.

de exigencias del propio Derecho como aparato institucional y no de razones sustantivas como los derechos subjetivos¹³³⁴. Por otro lado, dichos principios tienen como destinatarios a los órganos del Estado y no directamente a los ciudadanos como los sustanciales¹³³⁵. Algunos ejemplos citados son los de la distribución de funciones, la seguridad jurídica, la jerarquía normativa o la deferencia al legislador. Sobre el carácter de estas pautas institucionales, los autores llegan a considerar, incluso la posibilidad de que principios institucionales en sentido estricto¹³³⁶ puedan tener la fuerza suficiente como para derrotar a otros de carácter sustantivo, ya que para estos autores, aquellos defienden un ingrediente trascendental en la configuración de todo ordenamiento jurídico¹³³⁷.

Por su parte, también Bayón había reconocido años atrás la existencia de este tipo de principios formales. Al respecto señalaba que el Derecho de un Estado constitucional, no solo incorpora principios que actúan como parámetros de justificación del contenido material de la acción de los poderes públicos, sino también de principios formales como los de la seguridad jurídica o los de la división de poderes y las funciones, es decir, aquellos relativos a la atribución de espacios de autoridad¹³³⁸. Además, señala el autor que, en casos excepcionales, una regla basada en principios sustantivos tendrá que ser contrapesada y en ocasiones podrá ser superada por un principio formal como el de seguridad jurídica o el de separación de poderes, coincidiendo al respecto con Atienza y Ruiz Manero. En una línea similar, Robert Alexy, en un reciente artículo, trata de incorporar a su teoría de la argumentación a los principios institucionales, a los que se refiere como formales o procedimentales. Para el jurista alemán, los principios materiales y los formales también se diferencian en que en los primeros sus objetivos de optimización son derechos constitucionales fundamentales. Por el contrario, los objetivos

¹³³⁴ Atienza y Ruiz Manero, 126.

¹³³⁵ Atienza y Ruiz Manero, 126.

¹³³⁶ En este punto los autores establecen la distinción entre principios institucionales en sentido estricto y directrices institucionales siguiendo el modelo ya establecido en *Las piezas del Derecho*. Véase: Atienza y Ruiz Manero, 126.

¹³³⁷ La existencia de este tipo de principios ha sido defendida incluso en ordenamientos jurídicos que carecen de constitución escrita, a manera de ejemplo, de forma reciente la Suprema Corte del Reino Unido ha afirmado que “[t]ales principios no están reservados exclusivamente a la protección de derechos individuales, sino que incluyen principios referidos a la conducta de los órganos públicos y las relaciones entre ellos”. Lady Hale et al., [2019] UKSC 41: Judgment R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (2019).

¹³³⁸ Juan Carlos Bayón Mohíno, «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional», *Jueces para la democracia* 27 (1996): 48.

de optimización de los principios formales son las decisiones jurídicas, sin tener en cuenta su contenido, haciendo referencia con ello a una dimensión real o fáctica del Derecho¹³³⁹. Como ejemplos de estos, cita el autor a la democracia, a la seguridad jurídica y a la separación de poderes¹³⁴⁰. En cuanto al peso de estos principios, la posición de Alexy coincide con la de Atienza, Ruiz Manero y Bayón, al indicar que estos podrán igualmente ponderarse con los materiales, llegando incluso a prevalecer cuando no exista certeza o fiabilidad epistémica en la realización de los derechos que subyacen a los materiales¹³⁴¹.

De lo expuesto, puede afirmarse que el principio de colaboración armónica se corresponde bien con los denominados principios institucionales o formales¹³⁴², en tanto su fundamento no radica en un modelo de convivencia entre los seres humanos propio de los derechos fundamentales, sino en garantizar la eficacia del sistema institucional que constituye al Derecho y que lo conduce al modelo de sistema jurídico deseado. En este sentido apuntan Atienza y Ruiz Manero al afirmar que, “[s]i consideramos la preservación de la vigencia del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su maquinaria como condición de posibilidad de la implementación de los principios y fines sustantivos, parece razonable el cuidado de la preservación de este como sistema normativo eficaz y el cuidado de la eficiencia de su maquinaria”¹³⁴³. Como hemos sostenido en este escrito, dicha eficacia y eficiencia a la que se refieren los autores, encuentran plena garantía a través del mandato de colaboración armónica entre poderes. Finalmente encontramos que, de los ejemplos utilizados por los autores antes referidos, no se evidencia porqué dentro de estos no pudiera incluirse el de colaboración armónica cuando se enlista precisamente a su correlativo, a saber, el de distinción de poderes¹³⁴⁴. Además, cuando algunos de los

¹³³⁹ Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, 270.

¹³⁴⁰ Alexy, 272.

¹³⁴¹ Alexy, 276.

¹³⁴² Esta categoría de principio si bien no ha sido desarrollada por la Corte Constitucional tampoco le parece ser del todo ajena, ya que ha citado expresamente autores y apartes que traen dicha distinción, a saber, en la Sentencia C-818 de 2005, se cita in extenso a el profesor García de Enterría sobre el concepto de los principios y consta en dicha cita lo siguiente: “[...] Son los principios institucionales los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a las mismas todo su sentido y alcance, y a la vez, los que precisan, según una lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de alguna de ellas o de laguna. Los principios institucionales son generales porque trascienden a las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre necesariamente un orden de valores de justicia material; son así, a la vez, nódulos de condensación de valores ético-sociales y centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcionamiento” Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-818/05.

¹³⁴³ Atienza y Ruiz Manero, «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», 129.

¹³⁴⁴ En un sentido similar se pronuncia la Corte Constitucional al señalar que “El principio de separación de poderes tiene, entre otros aspectos, una connotación organizativa, pues no responde a la definición de la titularidad de la soberanía, sino a la manera como, desde la Constitución adoptada por el soberano, se ordena

casos a los que se hace referencia en los artículos referidos pudieran leerse en clave de colaboración armónica, más que de distinción entre poderes, como sería la práctica del Tribunal Constitucional alemán de declarar la inconstitucionalidad de preceptos legales sin anularlos, sino encomendando al legislador su sustitución¹³⁴⁵, o de lo resuelto en la decisión sobre *Cannabis* por parte del mismo Tribunal¹³⁴⁶.

Establecida la colaboración como un principio institucional, corresponde ahora considerar si este guarda relación con la estructura constitucional colombiana. Este concepto ha sido reivindicado recientemente por Aharon Barak, quién afirma que con esta metáfora se hace referencia a las asunciones fundamentales y a las instituciones que establecen las relaciones entre las ramas del poder y entre estas y los individuos¹³⁴⁷. Directamente relacionado con esta estructura, continúa Barak, subyacen algunos principios fundamentales que soportan el texto constitucional, uniendo las provisiones constitucionales a la manera de “puentes que unen las islas separadas de texto constitucional, creando una unificada y útil superficie”¹³⁴⁸. Estos postulados que forman los fundamentos de la constitución son los que pueden identificarse como principios estructurales. Para su identificación, señala el autor, es necesario trascender el significado explícito de un postulado constitucional para proceder a indagarse por el que está implícito, para lo cual debe recurrirse a los principales sistemas de interpretación como el intencionalismo, el originalismo y el propositivismo. Una vez identificado dicho significado implícito, si este guarda un vínculo inescindible con la estructura constitucional y esta le otorga legitimidad a la interpretación implícita, estaremos en presencia de un principio constitucional estructural.

En el derecho constitucional comparado, la manifestación más conocida del concepto de estructura constitucional es, sin lugar a duda, la denominada “doctrina de la estructura básica”. Esta doctrina fue desarrollada por la Corte Suprema de la India para sostener que, a pesar de que la Constitución no contiene cláusulas pétreas explícitas, las reformas que se dirijan a vulnerar la “estructura básica de la constitución” deberán ser declaradas

el ejercicio de la soberanía por distintos agentes y con determinadas finalidades”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-247/13.

¹³⁴⁵ Atienza y Ruiz Manero, «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica», 128.

¹³⁴⁶ BVerfGE 90, 145, citado por: Alexy, *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, 275.

¹³⁴⁷ Barak, «On Constitutional Implications and Constitutional Structure», 72.

¹³⁴⁸ Barak, 59.

inconstitucionales. Este fue el argumento inicialmente utilizado en la conocida sentencia *Kesavananda Bharati vs Estado de Kerala*¹³⁴⁹ de 1973 y en fallos posteriores se ha venido completando el catálogo de elementos que componen la mencionada estructura, a saber, la supremacía constitucional, la forma de gobierno republicana y democrática, el carácter secular del Estado, la separación de poderes y el federalismo¹³⁵⁰. Estos elementos, señala la Corte Suprema, son identificados con referencia al preámbulo y a “todo el esquema de la constitución”¹³⁵¹. En desarrollo de esta doctrina, puede afirmarse que el poder de reforma constitucional no es ilimitado y por tanto, no incluye el poder de abrogar o cambiar la identidad de la constitución en sus características básicas, es decir, de modificar sus principios estructurales¹³⁵². Tal y como lo muestra Roznai, dicha doctrina se ha venido replicando, con algunas variaciones, en otros Estados de Asia, África e incluso de Suramérica, donde Colombia ha sido uno de ellos¹³⁵³.

Aplicando el concepto de estructura al mandato de colaboración armónica en el constitucionalismo colombiano podemos comenzar constatando cómo a lo largo de esta investigación, se ha pretendido contribuir al significado, no solo explícito del mandato, como en efecto se hizo en el capítulo segundo al analizar la semántica y la sintaxis del mismo, sino también al implícito, a través del análisis del marco teórico que le subyace, de su origen histórico, de sus referentes en el derecho comparado y de las interpretaciones que de él se ha hecho, ejercicios que se corresponden con los capítulos precedentes. De los resultados obtenidos se ha sostenido que, en tanto la Constitución colombiana tiene pretensiones transformadoras, su eficacia requiere de relaciones de colaboración entre las distintas ramas y órganos del Estado que permita desarrollar el plan- maestro constitucional. Esta arquitectura que subyace al esquema constitucional es lo que podemos identificar como su estructura, en tanto en esta, la colaboración aparece como uno de los principios que la soportan, dan sentido y unidad¹³⁵⁴ y es posible identificarla

¹³⁴⁹ *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v. Kerala*, 1973 SCC (4) 225.

¹³⁵⁰ Richard Albert, *Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions* / Richard Albert. (Oxford: Oxford University Press, 2019), 152.

¹³⁵¹ *Kesavananda Bharati Sripadagalvaru v. Kerala*, 1973 SCC (4), prr. 318.

¹³⁵² Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 43.

¹³⁵³ En la sentencia C-551 de 2003, sentencia *hito* en materia de control de constitucionalidad de reformas constitucionales, la Corte en el fundamento 28 hace referencia explícita a la doctrina de la estructura básica desarrollada por la Corte Suprema de la India. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551/03 (2003).

¹³⁵⁴ Para Barak, “la estructura constitucional es lo que permite que la unidad constitucional sea expresada”. Barak, «On Constitutional Implications and Constitutional Structure», 59.

como un principio constitucional de naturaleza estructural¹³⁵⁵. Una conclusión como esta, no debería ser extraña a la propuesta de Barak quien, para ilustrar su idea recurre permanentemente a los planteamientos de Tribe en torno a la idea de *la constitución invisible*¹³⁵⁶ y quien defiende que “invocar los postulados tácitos del plan constitucional es una empresa que debe unir a todos los que ven a la constitución como su estrella polar”¹³⁵⁷. Además, para Barak, la estructura constitucional se refleja igualmente, en las funciones que la constitución atribuye a los distintos poderes del Estado¹³⁵⁸, dentro de las cuales, como se dijo, se incluyen expresamente el deber de colaboración para la realización de los fines constitucionales.

Derivado del carácter constitucional y estructural del principio de colaboración armónica queda claro que este constituye parámetro de validez en el sistema constitucional colombiano, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional. De esta premisa se deriva, en primer lugar, que toda norma de inferior jerarquía a la Constitución podrá y deberá ser evaluada de conformidad con el mandato de colaboración armónica y, en caso de constatarse una contradicción entre este y la norma inferior, esta deberá ser inaplicada¹³⁵⁹ o declarada inconstitucional. Esta última opción, solo tendrá lugar cuando la norma sea demandada, a través de la acción pública de inconstitucionalidad y la jurisdicción correspondiente declare su inexecutable por contrariar el mencionado parámetro de validez.

En esta línea, destacamos lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-223 de 2019 donde, por primera vez, se admitió a trámite y se sometió a decisión una demanda de inconstitucionalidad basada exclusivamente en que la ley acusada vulneraba el principio de colaboración armónica. Si bien en nuestro criterio, la argumentación de la

¹³⁵⁵ En un sentido análogo, para el Estado peruano Corrales firma que, “el principio de colaboración de poderes se erige como una idea- fuerza fundamental, además de un principio estadual para nuestro sistema político”. Corrales Melgarejo, «Principio de colaboración de poderes», 9.

¹³⁵⁶ Laurence H. Tribe, *The invisible constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2008).

¹³⁵⁷ Tribe, 210 citado por Barak, «On Constitutional Implications and Constitutional Structure», 59.

¹³⁵⁸ Barak, 59.

¹³⁵⁹ el artículo 4º Constitucional, faculta a todo operador jurídico para que pueda inaplicar con efecto *inter partes* cualquier norma del ordenamiento cuando aplicada a un caso concreto esta sea incompatible con el principio constitucional, debiéndosele dar prevalencia a este último para la resolución de caso. Este mecanismo constitucional que se conoce como “excepción de inconstitucionalidad” podrá perfectamente aplicar para darle prevalencia al principio de colaboración armónica sobre cualquiera otra norma de inferior jerarquía en el ordenamiento. Constitución Política de Colombia, Art. 4º; Roa Roa, *Control de constitucionalidad deliberativo*, 514 y ss.

Corte resulta escueta y la decisión podría ser más garantista del principio en cuestión, resulta claro que en criterio del tribunal el mandato de colaboración armónica constituye un principio de rango constitucional y por ende, hace parte del parámetro constitucional. En este sentido, dicha decisión constituye una sentencia *hito* y por tanto, un importante precedente para demandas futuras. Sería interesante, en esta misma línea, el que la Corte Constitucional evalúe, siguiendo el ejemplo del Tribunal Europeo de Justicia¹³⁶⁰, si el principio de colaboración armónica implica trascender la discusión sobre las competencias para proceder a evaluar la forma en las que estas se ejercen. De allí, que la Corte pueda llegar a exigir que las ramas y órganos del Estado colombiano deban tomar en consideración, deliberar, negociar e intentar llegar a acuerdos con las demás al momento de ejercer sus competencias, so pena de declarar su conducta o actuación como no- colaborativa y contraria al mandato constitucional.

En segundo lugar, por tratarse de un principio, no solo de rango constitucional, sino de naturaleza estructural, este se constituye en parámetro, tanto para normas sub-constitucionales, como para reformas constitucionales. Atendiendo al vínculo que el principio de colaboración armónica tiene con la estructura de la Constitución de 1991 y su trayectoria en el constitucionalismo colombiano es claro que este principio puede considerarse como un elemento esencial y definitorio del sistema constitucional vigente. Incluso, puede sostener que el sistema constitucional pudiera llegar a no ser reconocible si dicho principio se afectara de forma desproporcionada. En esta línea, como se expuso para el principio de separación de poderes¹³⁶¹, la Corte Constitucional, basándose en la doctrina de la “estructura básica”, ha sostenido que por su particular relevancia en el diseño del sistema jurídico vigente, cualquier reforma que se dirija a suprimir, suspender o sustituir, directa o indirectamente, a un principio de esta naturaleza supondrá un exceso en la competencia de reforma constitucional y, por tanto, deberá ser declarada inconstitucional al implicar una sustitución del texto vigente¹³⁶². Si bien aún en la jurisprudencia constitucional no ha existido ningún caso que haya abordado una reforma constitucional que se considere que afecte al principio de colaboración armónica¹³⁶³,

¹³⁶⁰ Al respecto remítase a lo dispuesto en el capítulo tercero de esta disertación, en particular, a los numerales 3.3.2.3 y 3.3.2.4.

¹³⁶¹ Al respecto remítase al numeral 4.3 de la presente investigación.

¹³⁶² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-551/03.

¹³⁶³ En nuestra opinión los casos fallados por la Corte Constitucional referidos a las reformas constitucionales que permitían la reelección presidencial y la que creó el incidente de impacto fiscal, ambos referenciados previamente en esta investigación, debieron haberse resuelto con base en el principio de

somos de la posición de que, siguiendo este razonamiento, es perfectamente posible plantear un supuesto en el que enunciados normativos reformatorios del texto constitucional puedan y deban ser declarados inexecutable por suprimir, suspender o sustituir de forma desproporcionada el mandato de colaboración armónica entre ramas y órganos del Estado, en los términos acá expuestos. Lo anterior, al vulnerarse uno de los principios que forman parte de la estructura básica de la Constitución de 1991.

5.5.Las manifestaciones del principio de colaboración armónica en la constitución colombiana

Establecido el carácter de principio constitucional, institucional y estructural del mandato de colaboración armónica y sus implicaciones jurídicas, corresponde ahora indagarnos por el tipo de manifestaciones que este principio tiene y puede tener en el sistema constitucional colombiano. Para ello, nos indagaremos en primer lugar, por los mecanismos previstos expresamente en la Constitución y que desarrollan el mandato de colaboración, intentando proponer una tipología para ellos. En un segundo momento, abordaremos la dimensión implícita de dicho principio a raíz de los desarrollos de la Corte Constitucional en su jurisprudencia, buscando establecer la justificación y el alcance de la mencionada dimensión implícita de la colaboración. Finalmente, nos referiremos a los límites que tiene dicho principio colaborativo en la estructura constitucional, lo cual nos permitirá identificar formas viciadas de colaboración y dotar de contenido al adjetivo “armónico” que lo acompaña y condiciona.

Antes de comenzar con dicho análisis, resulta conveniente precisar nuevamente el alcance del principio de colaboración que venimos abordando para perfilar los análisis subsiguientes. Como se ha establecido, nuestro principal interés radica en la forma en la que se estructura horizontalmente el poder político estatal a través de ramas y órganos del Estado y como dicha estructura condiciona su funcionamiento¹³⁶⁴. Nuestra hipótesis radica en la insuficiencia del principio de distinción para explicar la estructura y funcionamiento del Estado contemporáneo, por lo que se considera necesario introducir

colaboración armónica, a pesar de que ni los demandantes ni la misma Corte lo plantearon de esa manera, sino que lo hicieron exclusivamente desde el principio de separación de poderes.

¹³⁶⁴ El término de estructura horizontal del poder es utilizado y desarrollado por: Martínez, «Horizontal Structuring»; O'Donnell, «Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política».

al principio de colaboración para garantizar la efectividad de las constituciones transformadoras. Dicho planteamiento adquiere particular relevancia para el caso colombiano, ya que se dispone de una constitución típicamente aspiracional y transformadora y el principio de colaboración armónica entre ramas y órganos se encuentra expresamente consagrado en el texto constitucional. Así las cosas, se dejará de lado, al menos en esta investigación, la dimensión externa o internacional que podría tener el principio de colaboración, al igual que la dimensión interna o vertical que guarda relación con el ordenamiento territorial y las relaciones del Estado con sus entidades territoriales, a pesar de que ambas dimensiones parecen promisorias para el principio de colaboración como lo empiezan a evidenciar recientes trabajos al respecto¹³⁶⁵.

Hechas estas advertencias, procederemos a indagarnos por la manifestación del principio de colaboración a través de dispositivos o mecanismos expresamente consagrados en la Constitución colombiana¹³⁶⁶. Para ello coincidimos con Cepeda cuando afirma que si hay un tema que preocupe a los teóricos de la separación de poderes, debido a lo que ha sido la experiencia, es el de la conveniencia de propiciar formas de colaboración, por lo que no basta con establecer el principio tal y como lo hace la Constitución colombiana vigente, sino que es necesario institucionalizar canales de comunicación, colaboración y armonía entre las ramas y órganos del Estado¹³⁶⁷. Además de ello, debemos recordar que la existencia de dichos mecanismos de colaboración o de apoyo mutuo que trascienden las finalidades de control y relaciones de fricción entre los órganos, no resultan extrañas en el derecho constitucional comparado, ni siquiera en regímenes presidencialistas¹³⁶⁸, lo que sirve de prueba de que el principio de colaboración resulta menos extraño de lo que pudiera pensarse¹³⁶⁹.

¹³⁶⁵ En cuanto a la dimensión externa y vertical del principio de colaboración remítase a: Marisa Iglesias Vila, «El futuro de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: ¿Deferencia hacia los Estados o división cooperativa del trabajo?», en *Los desafíos constitucionales de la democracia social* (Buenos Aires: Librería, 2019); Juan Carlos Covilla Martínez, *Coordinación y autonomía en la administración pública* (Madrid: Arazandi, 2019).

¹³⁶⁶ Sobre estos mecanismos señala Corrales que “en la relación pública separación/colaboración que estamos estudiando, no sólo la necesidad de prever los candados institucionales para afianzar la separación de los órganos del Estado, sino también las llaves para abrirlos y reunirlos en la acción gubernamental conjunta, activando los conectores de coordinación y canales institucionales de articulación en la colaboración, siempre en una dinámica de acciones y reacciones con relación al entorno”. Corrales Melgarejo, «Principio de colaboración de poderes», 12.

¹³⁶⁷ Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, 131.

¹³⁶⁸ Al respecto, remítase a lo expuesto en el apartado 1.4 del capítulo primero de esta investigación.

¹³⁶⁹ Corrales Melgarejo, «Principio de colaboración de poderes», 12.

Tal y como se expuso en el capítulo cuarto, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han identificado la existencia de mecanismos de colaboración previstos en la Constitución de 1991. Para la primera es importante traer a colación la recopilación que el profesor Pérez Escobar hace de estos mecanismos, tal y como se referenció en el capítulo anterior y, de la segunda, es necesario recordar la tipología que propone la Corte Constitucional para agruparlos¹³⁷⁰. Esta tipología implica clasificarlos en cuatro grupos, a saber, aquellos que proponen (i) la inexistencia de una coincidencia exacta entre la rama del poder público y el tipo de funciones que le son asignadas; (ii) la fijación de funciones complementarias activando la participación de varios órganos en momentos diferentes o con diversos grados de generalidad; (iii) la posibilidad de transferir temporalmente cierto tipo de funciones de un órgano a otro; y (iv) la asignación específica a algunos órganos de funciones que deben cumplir respecto de otros vinculados, usualmente, a alguna rama del poder.

Revisando la mencionada recopilación doctrinal, al igual que la propuesta de clasificación jurisprudencial, consideramos que no resultan del todo acertadas debido a que en ellas no se distingue con suficiente precisión entre dispositivos propios de la distinción entre poderes, en particular del postulado de frenos y contrapesos, y los de colaboración. Tanto el profesor Pérez Escobar, como la Corte Constitucional, incluyen en dichos catálogos mecanismos que en los términos expuestos tienen finalidades de control interorgánico y que, por tanto, generan relaciones de fricción entre los órganos del Estado. A manera ilustrativa, en el catálogo del profesor Pérez se incluyen dentro de los mecanismos de colaboración, al control constitucional ejercido por la Corte, la función judicial que puede desarrollar el Congreso de la República contra aforados constitucionales y la posibilidad que tiene también el Congreso para citar y requerir a los ministros del Gobierno.

Por su parte, en la clasificación propuesta por la Corte, entre los mecanismos que implican la no coincidencia entre ramas y funciones, se identifica, igualmente, el ejercicio de funciones judiciales del Congreso y de algunas autoridades administrativas. De igual forma, en la tipología que fija funciones complementarias, se incluye la participación del Congreso y del Presidente de la República en los procesos de aprobación de la ley del Plan Nacional de Desarrollo y de la ley anual de presupuesto. En nuestro criterio, la

¹³⁷⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-247/13.

totalidad de los mencionados mecanismos tienen como finalidad principal limitar el poder de otras ramas del Estado, generando relaciones de fricción al sancionar o prevenir de actuar a otro órgano y, por tanto, constituyen ejemplos típicos de controles institucionales jurídicos y/o políticos.

Si bien es cierto que la existencia de controles interorgánicos implica una relativización de la separación entre las ramas y órganos del Estado, la concurrencia funcional por ello generada debe distinguirse, según lo sostenido, de la finalidad, el tipo de relaciones y mecanismos que materializan el mandato de colaboración armónica. A partir del planteamiento de Mikuli y Kuka¹³⁷¹, proponemos una clasificación de los mecanismos de tres niveles atendiendo al grado de colaboración que se exija entre los órganos destinatarios. El primer nivel o grupo de mecanismos son los que denominaremos de impulso. Estos corresponden a aquellos donde un órgano actúa para otro, ayudándole al cumplimiento de las funciones o competencias de este último. Estos mecanismos suponen el menor grado de intervención o interferencia entre las competencias y el funcionamiento entre los órganos que colaboran, ya que la ayuda brindada se deja a disposición del órgano receptor, para que a su discreción esta pueda o no ser tomada en cuenta.

El segundo nivel corresponde a los mecanismos colaborativos de concurrencia. Estos suponen la actuación de un órgano con otro, requiriéndose de un acompañamiento mutuo de dichos órganos para el cumplimiento de la función asignada. Estos mecanismos suponen un grado de intervención mayor que el anterior, ya que requiere del consenso de los órganos que colaboran para lograr el cometido propuesto. Manuel José Cepeda define estos mecanismos de concurrencia como aquellos en los cuales “más de una rama participa en el desarrollo de una misma actividad o decisión”¹³⁷². Si bien Cepeda propone que este tipo de relaciones podría distinguirse de las de colaboración¹³⁷³, consideramos

¹³⁷¹ Priotr Mikuli y Kuka Grzegorz, «The separation versus the cooperation of powers in the contemporary democratic state» (Oslo, 2014), 7.

¹³⁷² Si bien la identificación de este tipo de relaciones no resulta novedosa, cuando el autor procede a dar ejemplos de las mismas, a saber, la moción de censura contra ministros, los poderes del Senado en materia de estados de excepción y la institución de pérdida de la investidura de congresistas decretada por un órgano judicial tendríamos serios reparos al respecto, ya que estos en nuestro criterio corresponden a mecanismos de control político y jurídicos que generan relaciones de fricción o contrapeso como ya se explicó. Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, 122.

¹³⁷³ En su texto Cepeda señala que en la constitución colombiana se pueden concebir tres modelos de relaciones entre poderes, las de frenos y contrapesos, las de colaboración armónica y señala que “también cabe pensar en un tercer sistema de relaciones que podríamos denominar de concurrencia, en el cual más de una rama participa en el desarrollo de una misma actividad o decisión”. Cepeda, 122.

que dicho enfoque no es adecuado por dos razones, la primera, debido a que la concurrencia puede considerarse un tipo de colaboración, de apoyo mutuo que despliegan las ramas involucradas y, la segunda, en razón a que no existen indicios de un principio constitucional de concurrencia o alguno similar, salvo precisamente el de colaboración armónica que, como se ha indicado, dispone de expresa consagración y fundamento constitucional. Así, nuestra propuesta es que los mecanismos y relaciones de concurrencia constituyen una especie dentro del género de mecanismos colaborativos y no un género diferente.

Finalmente, el tercer tipo de mecanismos se refiere a los que identificaremos como de reemplazo. Estos dispositivos suponen la actuación de un órgano por otro, es decir, en lugar de otro. En palabras de Mikuli y Kuka, allí la colaboración toma la forma de actuar en lugar de otro órgano¹³⁷⁴. Como es evidente, estos mecanismos son los que más interferencia e intervención suponen ya que implican que una rama u órgano asuma las funciones de otro y las realice en su lugar, pero estos no tienen una naturaleza inhibitoria por lo que no pueden ser tratados como parte de los frenos y contrapesos. Por lo tanto, atendiendo al nivel de afectación que estos tienen con el principio de distinción, en especial, con el postulado de separación entre poderes, dichos mecanismos son de naturaleza excepcional y extraordinaria y deberán incluir el mayor nivel posible de control y escrutinio en su funcionamiento, debido al riesgo de concentración del poder que le es inherente. Este tipo de dispositivos, como se dijo, es al que el profesor Rodríguez denomina como de *colaboración plena*, pues por medio de estos una rama u órgano de poder público cumple o ejerce efectivamente una función que corresponde a otra¹³⁷⁵.

Atendiendo a la tipología propuesta, en la tabla 5.1, se identifican los dispositivos y mecanismos de colaboración que constan expresamente en la Constitución de 1991, exponiéndose para cada uno de ellos, el tipo de mecanismo colaborativo que corresponde, su descripción y fundamento constitucional.

Tabla 17. Tipos de mecanismos colaborativos en la Constitución de 1991

Tipo de mecanismos colaborativos	Descripción	Fundamento constitucional
----------------------------------	-------------	---------------------------

¹³⁷⁴ Mikuli y Grzegorz, «The separation versus the cooperation of powers in the contemporary democratic state», 7.

¹³⁷⁵ Rodríguez R., *Estructura del poder publico en Colombia*, 8.

De impulso	El ejercicio de ciertas funciones electorales por parte del Congreso de la República para la elección de altos dignatarios del Estado	Art. 173. 6 y 7; 178.1; 254; 276; 281;
	El ejercicio de ciertas funciones electorales por parte de las altas cortes para la elección de altos dignatarios del Estado	Art. 249; Art. 266;
	La solicitud por parte del Procurador o de un ministro del Gobierno de la apertura del Incidente de Impacto Fiscal a una sentencia adoptada por una Alta Corte	Art. 334 Inc. 4°
	La iniciativa legislativa institucional	Art. 156
	La convocatoria del presidente de la República al Congreso de la República a sesiones extraordinarias	Art. 200.2
	La cooperación brindada por los organismos de la administración pública al Congreso para el mejor desempeño de sus atribuciones	Art. 135.6
	La objeción del presidente de la República a un proyecto de ley	Art. 157.4; 165; 167;
	Solicitud del trámite de urgencia a un proyecto de ley por parte del presidente de la República	Art. 163
	El auxilio que puede recibir la Cámara de Representantes de otras autoridades para el desarrollo de las investigaciones que le competen y comisionar para la práctica de pruebas cuando lo considere conveniente	Art. 178.5
	El apoyo brindado por el presidente a las cámaras cuando ellas lo soliciten poniendo a su disposición la fuerza pública, si fuere necesario	Art. 200.6
	El auxilio prestado por el Gobierno a los funcionarios judiciales para hacer efectivas sus providencias	Art. 201.1
	La función de intervención de la Procuraduría General de la Nación ante las autoridades judiciales	Art. 242.2; 277.7
	El exhorto que puede hacer el Procurador General de la Nación al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.	Art. 278.4
De concurrencia	La posibilidad que tiene el Congreso de manera temporal y precisa para autorizar al presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley en determinadas materias	Art. 150.10
	La concesión de indultos, por parte del presidente, con arreglo a la ley	Art. 201.2
	La intervención conjunta que se hace entre el Congreso y el presidente en la regulación de las materias mencionadas en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución	Art. 150.19
	La iniciativa legislativa exclusiva por parte del Gobierno y la necesidad de su aval ante cambios realizados a sus iniciativas por el Congreso	Art. 154 Inc. 2°; Art. 200.3 y 4; 341 Inc. 4°
De reemplazo	La declaratoria de Estados de Excepción y la adopción de medidas legislativas tendentes a su superación por parte del presidente de la República	Art. 212; 213 y 215
	La adopción de medidas materialmente legislativas por parte del Gobierno por expresa habilitación constitucional	341 Inc. 3°
	La sanción y promulgación de las leyes que realice el presidente del Congreso cuando el presidente de la República no cumpliera con el deber de hacerlo	Art. 168

Fuente: Elaboración propia

A manera de balance, pueden destacarse tres aspectos con relación con los mecanismos de colaboración previstos en la Constitución colombiana. El primero es que el número de dispositivos expresamente previstos no resulta despreciable. Por el contrario, el que puedan identificarse al menos 20 de estos mecanismos resulta significativo, muestra que el constituyente era consciente de la importancia de estos dispositivos y de la insuficiencia de la mera consagración genérica del principio de colaboración. El segundo aspecto se refiere a que los mecanismos identificados generan interrelaciones de colaboración entre todas las ramas y órganos del poder público, sin discriminación alguna. Si bien la mayoría de los mecanismos prevé la colaboración entre las ramas políticas del Estado (Legislativa-Ejecutiva), también existen dispositivos que involucran a los órganos judiciales e incluso a los órganos de control. Finalmente, en todos los mecanismos identificados es posible evidenciar un tipo de relacionamiento que no tiene la finalidad de control ni genera relaciones de fricción o contrapeso, lo cual como se dijo, refuerza la existencia del mandato de colaboración armónica en el sistema constitucional colombiano.

Sin embargo, los dispositivos colaborativos no solo tienen rango constitucional. Tal y como se evidenció en el capítulo anterior, estos también pueden tener origen legal y nada obsta para que pudieran ser consagrados incluso en normas de inferior jerarquía como actos o contratos interadministrativos. La posibilidad para que estos dispositivos puedan tener origen en normas sub-constitucionales fue reconocida por la misma Corte Constitucional¹³⁷⁶. Además, como se pudo constatar, en los últimos años se han venido previendo con mayor frecuencia, no solo dispositivos colaborativos de origen legales, sino también mandatos de colaboración armónica específicos en procura de la implementación de algunas leyes. Finalmente, debe advertirse que para que estos dispositivos estén acordes con los parámetros constitucionales deberán ponderarse con otros principios, en especial, con el de distinción de poderes. Así, a manera de ejemplo, cuando estos dispositivos impliquen el vaciamiento de competencias de otros órganos o eviten los controles interorgánicos deberán ser declarados inexecutable, como en efecto, ha tenido lugar en la jurisprudencia constitucional antes reseñada.

¹³⁷⁶ Al respecto dispuso la Corte Constitucional que, “el predominio de la regulación constitucional en esta materia no se opone, sin embargo, a que el Congreso adopte normas legales que se ocupen de concretar los mandatos antes señalados”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-247/13.

En este punto, conviene recordar que, atendiendo a la naturaleza del principio de la colaboración armónica, este no se agota en la existencia de los mencionados mecanismos colaborativos que constan expresamente en la Constitución o en la legislación, sino que, en tanto mandato de optimización deberá procurarse su cumplimiento en la mayor medida posible en todas las actuaciones del Estado¹³⁷⁷. Este razonamiento nos permite afirmar que existe un contenido implícito del mandato de colaboración armónica¹³⁷⁸. En los Estados del sur global que adoptan la doctrina del constitucionalismo transformador, este contenido implícito del mandato de colaboración ha sido especialmente desarrollado por los tribunales constitucionales, a partir de las premisas de la vigencia jurídica de las constituciones y de su vocación de efectividad¹³⁷⁹. Es por ello por lo que suele identificarse a los jueces y, en especial, a los tribunales constitucionales como protagonistas de la práctica del constitucionalismo transformador¹³⁸⁰. De esta tendencia, Colombia no solo no constituye una excepción, sino que es tal vez uno de los modelos, en particular, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de sentencias estructurales para la protección de derechos económicos y sociales.

Como tuvo oportunidad de destacarse en el capítulo anterior, dichas sentencias estructurales parten de la constatación de una falla institucional consistente en que una o varias ramas del Estado son indiferentes o negligentes en el cumplimiento de promesas fundamentales del plan constitucional. Esta situación es la que otorga, en criterio de la Corte, la legitimidad para intervenir en conjura de la situación de incumplimiento constitucional a través de la sentencia estructural. Esta línea de acción es teorizada por Landau para señalar que cuando un tribunal constitucional advierte una situación que denomina de “abdicación constitucional” (*constitutional abdication*)¹³⁸¹, por parte de una

¹³⁷⁷ Sobre la vinculatoriedad del principio de colaboración afirma Cepeda que “[i]nviar a la colaboración entre los órganos no es apelar a teorías generales sobre la relación entre las ramas del poder público. Es acatar los mandatos de la Constitución de 1991 que con toda claridad establece el artículo 113 en su inciso final” Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, 418.

¹³⁷⁸ Así, por ejemplo, lo afirma Corrales para el Estado peruano, en el cual si bien no está explícito dicho principio en la Constitución, señala que este está implícito e incluso abogado por su inclusión expresa en el derecho positivo constitucional para “motivar su mejor desarrollo legislativo y reglamentario”. Corrales Melgarejo, «Principio de colaboración de poderes», 15.

¹³⁷⁹ Leal advierte una perspectiva similar a partir de la Corte Suprema Argentina. Javier Leal de Ibarra, «El principio de cooperación entre los poderes del Estado. Su aplicación por la Corte Suprema», Centro de Información Judicial, 3 de enero de 2017, <https://www.cij.gov.ar/nota-24612--El-principio-de-cooperacion-entre-los-poderes-del-Estado.-Su-aplicacion-por-la-Corte-Suprema.html>.

¹³⁸⁰ Recordemos que es por ello por lo que Hailbronner incluye como una de las características de una constitución transformadora el que esta suponga un amplio acceso a los tribunales. Hailbronner, «Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South», 540.

¹³⁸¹ Bilchitz y Landau, *Evol. Sep. powers between Glob. North Glob. South*, 31.

o algunas ramas del poder al proyecto constitucional, este se ve obligado a actuar en un modelo de “cumplimiento constitucional” (*constitutional realization model*)¹³⁸². Según este modelo, la respuesta de un tribunal constitucional encargado de la guarda y protección de una constitución transformadora, cuando evidencia que las ramas del poder encargadas de ejecutar la mayor parte del plan constitucional son manifiestamente incapaces o no tienen la voluntad para llevarlo a cabo, exige que el tribunal brinde apoyo a las otras ramas del poder con el fin de hacer avanzar el plan transformador que implica la Constitución¹³⁸³.

Para ejemplificar su punto, Landau se refiere expresamente a las sentencias T-025 de 2004 y a la T-760 de 2008 expedidas por la Corte Constitucional colombiana para la protección de los derechos de la población desplazada por la violencia y del derecho a la salud, respectivamente¹³⁸⁴. Como se ha reseñado en esta investigación, en ambas sentencias tiene lugar la intervención de la Corte para garantizar importantes derechos constitucionales, en contextos donde las ramas políticas del poder eran negligentes con sus responsabilidades. En ellas, la Corte les ha ordenado, no solo la creación de una política pública, sino que ha creado esquemas de seguimiento, vinculando a todas las ramas y órganos del Estado, a partir de sus competencias, al igual que a organizaciones sociales y grupos de interés en dichas problemáticas¹³⁸⁵. Estas intervenciones por parte del tribunal generan, según el autor, el que se adopte una concepción flexible de la separación de poderes en vez de una rígida, ya que las líneas entre las diferentes instituciones deben ser redefinidas a la luz de la falla o la disfuncionalidad institucional, conduciendo a que este principio se conciba “como un instrumento para integrar las partes de la constitución en el proyecto constitucional más que como un fin en sí mismo”¹³⁸⁶.

En este punto, es donde consideramos que el análisis del profesor Landau y otros¹³⁸⁷ se han quedado cortos, ya que este tipo de intervenciones encuentran fundamento en el

¹³⁸² Bilchitz y Landau, 41.

¹³⁸³ Bilchitz y Landau, 39.

¹³⁸⁴ Bilchitz y Landau, 39.

¹³⁸⁵ Para un análisis de los esquemas de seguimiento de la sentencia estructurales expedidos por la Corte Constitucional, véase: Rodríguez-Garavito, «Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America».

¹³⁸⁶ Bilchitz y Landau, *Evol. Sep. powers between Glob. North Glob. South*, 39.

¹³⁸⁷ Gutiérrez Beltrán, *El amparo estructural de los derechos*, 178; David Bilchitz, «Towards a defensible relationship between the content of socioeconomic rights and the separation of powers: conflation or separation?», en *The evolution of the separation of powers : between the global North and the global South* (London: Elgar, 2018), 57 y ss.

principio de colaboración armónica y no en el principio de separación de poderes que, como se ha expuesto tiene origen, finalidades y efectos diferentes en el funcionamiento del Estado. El entender a las constituciones como un plan maestro, tendente a la transformación social, a través del componente aspiracional que allí consta, el cual tiene plena vigencia jurídica, implica la existencia de un deber de colaboración armónica entre todas las ramas y órganos del Estado para garantizar su cumplimiento. Por tanto, dicho deber supone implícitamente que cuando el cumplimiento del proyecto constitucional se encuentra en riesgo por la falta de voluntad, negligencia o capacidad de uno de los agentes en el desempeño de su rol, encuentra pleno fundamento y legitimidad el actuar de otro órgano para brindar el apoyo o la ayuda necesaria para garantizar el desarrollo del plan constitucional. De esta manera, la Corte Constitucional colombiana ha justificado, incluso explícitamente, muchas de sus intervenciones ante el incumplimiento sistemático de derechos constitucionales fundamentales, tal y como se pudo advertir en el capítulo anterior.

Sin embargo, las sentencias estructurales no son las únicas intervenciones que la Corte Constitucional justifica con fundamento en el principio de colaboración. Como se evidenció en el pasado capítulo, son varias las decisiones adoptadas por la Corte que encuentran sustento explícito en dicho principio, las cuales pueden incluso clasificarse atendiendo al grado de colaboración, tal y como se propuso para los mecanismos constitucionales que constan expresamente en la Constitución. Así, encontramos decisiones colaborativas de impulso donde la Corte actúa para otro órgano con la intención que este último desarrolle la función a su cargo. Este sería el caso de los exhortos en los que como se dijo, la Corte insta a otro órgano para que dé cumplimiento a las funciones constitucionales que le son propias y que viene incumpliendo. En segundo lugar, identificamos decisiones de concurrencia, es decir, aquellas que suponen la actuación de la Corte junto con otro órgano para el cumplimiento conjunto de un fin constitucional. Estas decisiones tendrían lugar con el esquema de seguimiento creado para el cumplimiento de ciertas sentencias estructurales, siendo uno de los más robustos el dispuesto por la sentencia T-025 de 2004. Como se dijo, esta sentencia previó la creación de una Sala Especial de Seguimiento dentro de la misma Corte, con el fin de evaluar el cumplimiento a las órdenes dadas, al igual que el eventual levantamiento del Estado de Cosas Inconstitucionales. Este esquema de colaboración supone un grado de intervención mayor que los de impulso, ya que requiere del consenso de los órganos que colaboran

para lograr el cometido propuesto, en este caso, la superación, aún pendiente, del Estado de Cosas Inconstitucionales¹³⁸⁸.

Finalmente, encontramos que la Corte Constitucional en su jurisprudencia también ha expedido órdenes colaborativas que pueden considerarse de reemplazo. Como se dijo, estas suponen la actuación de un órgano en lugar de otro, por lo que son las que más interferencia e intervención implican, ya que con ellas una rama u órgano, en este caso la Corte, asume las funciones de otro y las realiza en su lugar. Con ello, se genera un significativo grado de afectación del principio de distinción, en especial, del postulado de separación entre poderes. Este tipo de órdenes las podemos identificar en algunas sentencias estructurales que expresamente ordenan la adopción de decisiones, políticas o erogaciones económicas concretas que, en virtud del principio de distinción, corresponden a otras ramas u órganos del Estado. Un ejemplo de ello lo constituyen las órdenes dadas en las primeras sentencias estructurales¹³⁸⁹.

Si bien la Corte Constitucional en las sentencias estructurales posteriores, ha venido evitando el uso de órdenes fuertes y categóricas como la referida, aún en las más recientes, es posible identificar los elementos de las acciones colaborativas “de reemplazo”, por ejemplo cuando se adoptan decisiones materiales que corresponden a otros órganos del Estado¹³⁹⁰, se indican términos perentorios para su cumplimiento¹³⁹¹ o se establecen

¹³⁸⁸ Moreso igualmente recurre a calificar como “colaborativa” la práctica generada por la sentencia T-025 de 2004, la cual en su criterio consiste en que “la Corte trata de determinar cuál es el contenido esencial de los derechos sociales constitucionalmente protegidos y, de acuerdo con ello, establece el perímetro de protección jurisdiccional. Pero lo hace en diálogo con el poder legislativo y el poder ejecutivo para alcanzar que diseñen los instrumentos más adecuados para alcanzar su fin”. José Juan Moreso, «Una aristocracia para todos: Gargarella o el constitucionalismo de la igualdad», *Revista Latinoamericana de Filosofía Política* VI, n.º 2 (2017): 24.

¹³⁸⁹ Un ejemplo paradigmático de estas la constituye la orden tercera adoptada por la sentencia T-153/98 la cual dispone, “ORDENAR al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación elaborar, en un término de tres meses a partir de la notificación de esta sentencia, un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas en los penales. La Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de Nación ejercerán supervigilancia sobre este punto. Además, con el objeto de poder financiar enteramente los gastos que demande la ejecución del plan de construcción y refacción carcelaria, el Gobierno deberá realizar de inmediato las diligencias necesarias para que en el presupuesto de la actual vigencia fiscal y de las sucesivas se incluyan las partidas requeridas. Igualmente, el Gobierno deberá adelantar los trámites requeridos a fin de que el mencionado plan de construcción y refacción carcelaria y los gastos que demande su ejecución sean incorporados dentro del Plan Nacional de Desarrollo e Inversiones”. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-153/98 (1998).

¹³⁹⁰ A manera de ejemplo, la orden decimosexta de la sentencia T-760 de 2008. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760/08.

¹³⁹¹ A manera de ejemplo, la orden decimoséptima de la sentencia T-760 de 2008. Corte Constitucional de Colombia.

unilateralmente indicadores para evaluar la ejecución de ciertas órdenes adoptadas¹³⁹². Como se ha dicho, en nuestro criterio es posible defender la legitimidad de estas intervenciones, atendiendo a la vigencia jurídica y a la vocación de efectividad que tiene la Constitución, más cuando se trata de incumplimientos sistemáticos y generalizados de referentes constitucionales trascendentales como lo son los derechos económicos y sociales. Sin embargo, el recurso a este tipo de intervenciones debe ser excepcional y extraordinario debido, por un lado, a la ya advertida tensión que generan con el principio de distinción de poderes y por otro, por los límites de capacidad institucional que tienen los tribunales constitucionales.

Frente al primero de estos aspectos, está claro que este tipo de acciones colaborativas de reemplazo suponen un importante riesgo de concentración del poder que las ubica en directa tensión con los postulados del principio de distinción. Así las cosas, en términos de ponderación, en sentido estricto, para que este tipo de actuaciones resulten admisibles, la afectación al principio de colaboración armónica deberá ser de la mayor gravedad, por lo que, las situaciones en las que ello encuentre justificación deberán ser realmente extraordinarias. Además de jurídicas, dicha afectación al principio de distinción también tiene implicaciones fácticas o materiales. En este sentido, Rodríguez Garavito ha identificado que este tipo de decisiones, a las que él denomina como “monocráticas”, suelen generar una gran resistencia política que en muchas ocasiones comprometen directamente su efectividad¹³⁹³. Para nuestros efectos, dichas resistencias podrán provenir de las otras ramas y órganos del Estado y en particular, de aquellas que considerarán usurpadas sus competencias constitucionales, quienes adoptarán posiblemente todas las medidas a su alcance para procurar resistirse y/o reversar al cumplimiento de la decisión impuesta por el alto tribunal y así conservar su lugar en el andamiaje estatal.

En relación con las deficiencias institucionales que tienen los tribunales a la hora de abordar problemas complejos y generalizados, este es un factor en el que coincide la doctrina en torno a las sentencias estructurales. Estos problemas de capacidad institucional se evidencian, como advierte Landau, desde la propia información y en la

¹³⁹² A manera de ejemplo, la orden trigésima de la sentencia T-760 de 2008. Corte Constitucional de Colombia.

¹³⁹³ Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur global*, 224.

forma de selección de los casos utilizados para identificar aquellas fallas institucionales generalizadas. Por un lado, las acciones judiciales de las que conocen disponen en muchos casos de información parcial y distorsionada sobre los hechos en que se fundamentan¹³⁹⁴ y por el otro, quienes suelen tener acceso a estos medios judiciales se corresponden con grupos sociales con ciertos privilegios y no necesariamente a las poblaciones más vulnerables¹³⁹⁵, en virtud del denominado efecto “embudo de la justicia”¹³⁹⁶. Incluso, una vez seleccionados los casos, dichas deficiencias también se evidencian en las limitaciones de conocimiento técnico, personal y de los recursos que tienen los tribunales para diseñar e implementar las soluciones a problemas tan complejos, como los derivados de las fallas institucionales que en la mayoría de los casos requieren de políticas públicas integrales¹³⁹⁷.

Atendiendo a los dos factores mencionados, las intervenciones por parte de la Corte Constitucional colombiana ante fallas institucionales han venido transitando de órdenes “de reemplazo”, monocráticas y orientadas exclusivamente hacia los resultados, a intervenciones colaborativas de impulso y/o de concurrencia que tienden más a esbozar los fines y los procedimientos, garantizando los postulados del principio de distinción. Ello tiene lugar al asignar a los demás órganos del Estado la carga de diseñar e implementar las políticas públicas necesarias para conjurar la situación advertida, reservándose la Corte un rol fuerte en materia de seguimiento a la implementación de las decisiones adoptadas en conjunto. Contrario a lo que pudiera pensarse, este cambio en los remedios adoptados ha tenido efectos favorables en la efectividad e impacto de las sentencias estructurales. Tal y como lo han demostrado Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, este esquema de decisiones a las que denominan como “dialógicas”, nosotros como colaborativas, han surtido mejores y más duraderos efectos que las decisiones adoptadas en las primeras sentencias estructurales. En criterio de los autores, ello obedece a que con dicho modelo, no solo se reafirma la legitimidad del tribunal al disminuir la resistencia política frente a sus decisiones, sino que también se superan los límites de la

¹³⁹⁴ Bilchitz y Landau, *Evol. Sep. powers between Glob. North Glob. South*, 43.

¹³⁹⁵ Landau y Dixon, «Constitutional Non- Transformation? Socioeconomic Rights beyond the poor».

¹³⁹⁶ Sobre los impactos inequitativos y las ineficacias de la justiciabilidad individual en materia del derecho a la salud en Colombia véase: Rodrigo Uprimny y Juanita Durán, *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia* (Bogotá: CEPAL, 2014), 39.

¹³⁹⁷ Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur global*, 225.

capacidad institucional del tribunal al apoyarse en las competencias de los demás órganos del Estado para resolver la problemática advertida¹³⁹⁸.

Este razonamiento de ninguna manera propone que la Corte Constitucional renuncie o relaje el estándar de cumplimiento de sus competencias, tanto de control que se tornan tan necesarias en un sistema hiper- presidencialista como el colombiano, así como las de colaboración, a manera de garantía orgánica para el cumplimiento de las promesas y fines constitucionales. Así, se reivindica la necesidad y conveniencia de un modelo constitucional fuerte como el que se adopta en la Constitución de 1991¹³⁹⁹ y, al tiempo, se aboga por estrategias de relacionamiento institucional que tengan como finalidad disminuir la presión que decisiones colaborativas traen en materia de legitimidad y capacidad para la Corte Constitucional. Una propuesta, en este sentido, consiste en sugerir secuencialidad y gradualidad en las decisiones colaborativas que adopte la Corte en un asunto específico. Ante la identificación de una falla institucional, el tribunal deberá comenzar su intervención a través de decisiones de impulso, que son las menos invasivas competencialmente; pasando a las de concurrencia en caso de reiterarse el incumplimiento constitucional; y solo adoptar decisiones de reemplazo, cuando las demás decisiones hayan sido desatendidas o sean insuficientes para conjurar las fallas institucionales que le dieron origen, e incluso en ellas procurar la introducción de mecanismos colaborativos o de diálogo.

De esta manera, la gradualidad de las intervenciones por parte de la Corte Constitucional matizará las réplicas a su legitimidad y procurará por una dinámica realmente colaborativa y de apoyo mutuo entre los demás órganos del Estado. Un ejemplo de ello lo sería cuando el legislador responde efectivamente al exhorto hecho por la Corte Constitucional, dentro del plazo establecido o, en caso de que este no exista, aquel no dilate de manera desproporcionada el cumplimiento de dicha invitación¹⁴⁰⁰. Si el incumplimiento del legislador se mantiene y no responde al exhorto, la Corte podrá dejar de ser deferente, adoptará una decisión de concurrencia, que sea fuerte frente a los derechos del demandante, pero con órdenes flexibles, acompañadas por un esquema de

¹³⁹⁸ Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 233.

¹³⁹⁹ Para Roa el sistema constitucional colombiano se puede caracterizar como fuerte atendiendo a la rigidez constitucional y a la titularidad en la Corte Constitucional de la última palabra en los desacuerdos sobre la interpretación de la Constitución. Roa Roa, *Control de constitucionalidad deliberativo*, 492.

¹⁴⁰⁰ En este sentido Roa Roa, 529.

seguimiento estricto e incluyendo plazos perentorios. Solo en caso de que se incumpla el plan de seguimiento y ello sea sistemático e injustificado, la Corte podrá adoptar decisiones de reemplazo, asumiendo un modelo monocrático o unilateral de reparación ante el incumplimiento reiterado de la función legislativa, incluyendo órdenes estrictas y dirigidas a la consecución del resultado esperado¹⁴⁰¹.

En una línea similar, Landau sostiene que el modelo de “cumplimiento constitucional” tiene poco sentido en el largo plazo debido, principalmente, a los límites insuperables de lo que los tribunales pueden lograr, lo que conduce a que confiar exclusivamente en la acción judicial frustrará el plan constitucional en el tiempo. Así, el autor norteamericano sugiere evolucionar a un modelo que denomina de “mejoramiento político”, en el que la intervención de los tribunales se dirija, en el mediano y largo plazo, a aminorar las disfuncionalidades institucionales y políticas y no solo a responder a circunstancias coyunturales. En este modelo, el tribunal constitucional actuará como lo sugiere Katharine Young, como un catalizador que pretende que las demás ramas, en especial las políticas, comiencen a ganar capacidad y a prestar mayor atención a las reivindicaciones constitucionales que previamente habían desconocido¹⁴⁰². En la misma línea Rosalind Dixon, afirma que los tribunales deben contribuir directamente a remediar la inercia y superar los bloqueos institucionales¹⁴⁰³. Con ello se generará un efecto, al que Rodríguez define como “desbloqueador”¹⁴⁰⁴, según el cual la intervención del tribunal se dirigirá a mediar e impulsar los procesos de solución de los problemas, apoyándose en la institucionalidad existente, fortaleciendo su receptividad y capacidades, a la vez que garantizando su cooperación y coordinación para la consecución de soluciones estructurales. De esta manera, se logrará el ideal colaborativo que, como se dijo, pretende la agregación de capacidades institucionales, que podrán ser de mayor experticia, mayor

¹⁴⁰¹ De esta manera se puede leer el desarrollo del derecho a morir dignamente en Colombia. Desde la sentencia C-239 de 1997, la Corte Constitucional consideró que el derecho a la vida implicaba el derecho fundamental a morir con dignidad, para lo cual exhortó al Congreso para que lo regulara. Ante la inactividad reiterada y sistemática del Congreso, la Corte en la sentencia T- 970 de 2014 ordenó al Ministerio de Salud que se expidiera una regulación que hiciera posible el ejercicio de este derecho, la cual se materializó en la Resolución 1216 de 2015 y desde la cual se viene viabilizando este derecho a pesar de la inactividad legislativa. Véase: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-970/14 (2014).

¹⁴⁰² Katharine G Young, *Constituting Economic and Social Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 173.

¹⁴⁰³ Rosalind Dixon, «Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited», *International Journal of Constitutional Law* 391 (2007): 403.

¹⁴⁰⁴ Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, *Juicio a la exclusión el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur global*, 95.

apoyo ciudadano o de mejores procesos de toma de decisión, para el logro de un resultado superior al que podría obtenerse de forma aislada en el desarrollo del proyecto constitucional conjunto¹⁴⁰⁵.

A manera de síntesis, puede afirmarse que efectivamente existe una dimensión implícita del principio de colaboración armónica, la cual ha sido especialmente desarrollada por la Corte Constitucional en el sistema colombiano. Esta dimensión encuentra fundamento en las fallas institucionales derivadas de la indiferencia o negligencia de uno o varios órganos estatales en el cumplimiento del plan constitucional. Estas fallas legitiman el actuar de la Corte Constitucional para la conjura de dicha situación y su intervención puede ser de distinto tipo, atendiendo al grado de colaboración que esta suponga, a saber, de impulso, de concurrencia o de reemplazo. Estas últimas al ser las más invasivas, deberán utilizarse solo en situaciones excepcionales y de forma transitoria, prefiriéndose a aquellas que aminoren la resistencia de los demás poderes públicos y supongan la agregación de capacidades institucionales para la superación de los problemas estructurales advertidos, lo cual redundará en mejores y más duraderos efectos. En este tipo de actuaciones colaborativas, la Corte deberá cumplir un rol de catalizador que contribuya a desbloquear a las instituciones, empoderando, impulsando y concurriendo a un actuar coordinado y articulado para el cumplimiento de los fines constitucionales, rol que no será exclusivo de la Corte sino predicable de los demás órganos del Estado.

En este punto debemos advertir que, si bien la dimensión implícita del principio de colaboración ha sido especialmente desarrollada por la Corte Constitucional, ello no significa que le sea exclusiva¹⁴⁰⁶. Ello encuentra especial sentido en las constituciones transformadoras en las cuales, como hemos indicado, el componente aspiracional vincula por igual a todos los poderes y órganos públicos. Así, para el contexto sudafricano afirmaba Pius Langa que “la transformación no es una responsabilidad que deba ser asumida exclusivamente por las cortes, es una tarea que deben realizar las tres ramas del

¹⁴⁰⁵ Al respecto afirma Barber que, la separación de poderes requiere que la constitución sea estructurada para facilitar y promover la cooperación entre instituciones: las ramas del Estado deben trabajar hacia metas comunes usando sus diferentes capacidades y habilidades para el fin común. Barber, *The Principles of Constitutionalism*, 81.

¹⁴⁰⁶ Al respecto, nos recuerda Melero que el modelo colaborativo “no se trata solo de buscar un diálogo entre jueces y legisladores; lo que pretende es promover la colaboración de los poderes públicos en la protección de los derechos fundamentales, respetando la función constitucional de cada uno de ellos” Melero De La Torre, «El Estado constitucional como cultura democrática de la justificación», 25.

Estado en colaboración”¹⁴⁰⁷. En la misma línea y contexto sostiene Fowkes que, “debido a que otras instituciones también deben enfrentar la necesidad de desarrollar el texto constitucional, el derecho constitucional transformador también se indaga por el funcionamiento de las demás instituciones y no solo por el de las Cortes”¹⁴⁰⁸.

En este sentido, consideramos que el constitucionalismo transformador y el desarrollo del principio de colaboración deben dejar de ser un asunto exclusivo de cortes, abogados, defensores de Derechos Humanos y en su lugar, debe convertirse en un verdadero proyecto institucional. Solo en este escenario, el esfuerzo transformador de los tribunales será sostenible en el tiempo, ya que, como bien nos lo recuerda Ferrajoli, debemos ser conscientes de que los tribunales constituyen garantías secundarias¹⁴⁰⁹ del proyecto constitucional¹⁴¹⁰. Por consiguiente, los mecanismos y decisiones colaborativas implícitas están y deben estar disponibles para las demás ramas y órganos del Estado colombiano, dentro de los límites advertidos, por lo que no debería causarnos extrañeza o preocupación indagarnos si una ley, un reglamento, un acto administrativo o incluso un fallo de responsabilidad fiscal o disciplinaria pueden ser el ejercicio del principio de colaboración armónica, en desarrollo del constitucionalismo transformador¹⁴¹¹.

Relacionado con lo anterior, nos referiremos ahora a los límites del principio de colaboración armónica. Para ello, debemos recordar que, en tanto principio

¹⁴⁰⁷ Pius Langa, «Transformative Constitutionalism», *Stellenbosch Law Review* 17 (2006): 358.

¹⁴⁰⁸ Así mismo afirma el autor que “El constitucionalismo transformador incluye interpretar y desarrollar la ley en la dirección de los valores constitucionales y ello implica tratar de cambiar la sociedad por una más cercana a la visión que consta en la constitución. Ello implica la necesidad de crear nuevos instrumentos judiciales, pero ello también implica directamente que este impulso transformador debe ser convertido en normas procesales y la institución judicial por sí misma al igual que las demás instituciones deben hacer parte de este proyecto.”. Fowkes, «Transformative constitutionalism and global south», 112.

¹⁴⁰⁹ Para Ferrajoli la labor jurisdiccional, incluyendo la de control constitucional, constituyen garantías secundarias de los derechos fundamentales y consistentes en la obligación de comprobar, sancionar y, si es posible, reparar las violaciones de las respectivas garantías primarias. Estas últimas serán las ejercidas por el legislador y el ejecutivo para el desarrollo de los principios y derechos constitucionales. De allí que el alcance de las garantías secundarias resulta siempre limitado y en ningún caso podrá sustituir a las primarias de forma permanente. Ferrajoli, *Principia iuris : teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la Democracia*, 93.

¹⁴¹⁰ Moreso ha hecho eco del carácter no- ideal de las intervenciones de los tribunales constitucionales en la protección de derechos sociales debido a su naturaleza secundaria siguiendo a Ferrajoli. Sin embargo, el autor ha justificado dichas intervenciones en contextos “menos favorables” como el colombiano debido a su total desconocimiento en ciertas circunstancias. Moreso, «Una aristocracia para todos: Gargarella o el constitucionalismo de la igualdad», 22.

¹⁴¹¹ En el derecho constitucional norteamericano se suele hablar de prácticas transformadoras las del legislativo y el ejecutivo durante el *New Deal* o del ejecutivo durante los gobiernos de Obama en materia de regulaciones.

constitucional, sus límites serán de tipo jurídico y fáctico. En relación con los primeros, ya ha quedado claro que todo ejercicio de colaboración que desconozca de forma desproporcionada a los demás principios constitucionales, en particular, el de distinción de poderes, debe considerarse como una forma viciada de colaboración. En este sentido, las prácticas de los gobiernos totalitarios del siglo XX que solían recurrir a la noción de unidad del poder, para concentrarlo en un solo órgano, desconociendo las competencias de los demás y el ejercicio de los controles interorgánicos, con el pretexto del deber de colaboración, claramente constituyen un uso abusivo del mismo¹⁴¹². Si bien los gobiernos actuales tienden a utilizar formas más sutiles para dismantelar los sistemas democráticos, como lo advierten Levitsky y Ziblatt¹⁴¹³, aún en algunos de ellos es posible identificar estrategias tendentes a desconocer la importancia del principio de distinción, bajo el pretexto de la unidad del poder¹⁴¹⁴. Sin embargo, como ha quedado expuesto en este escrito, la unidad del poder implica la unidad de propósito de acción de los órganos del Estado y no su concentración excesiva o fusión indeseable.

Los límites fácticos, por su parte, se refieren a los que afectan la idoneidad y la necesidad de los mecanismos y las acciones colaborativas. El deber de colaboración incluye, además de la dimensión positiva ya explicada, una dimensión negativa que implica el deber de no entorpecer las competencias y el funcionamiento de las demás ramas y órganos del Estado¹⁴¹⁵. Así, los mecanismos tanto explícitos como implícitos, deberán ser diseñados de forma que propendan por una colaboración armónica, es decir, sin impedir la actuación de los demás órganos, en especial, el ejercicio de controles interorgánicos. De igual forma, la manera en que estos mecanismos se utilicen deberá responder a esta máxima.

¹⁴¹² Sajó András, *Limiting Government: An introduction to constitutionalism*. Budapest: Central European University Press. 1999, p. 70

¹⁴¹³ Steven Levitsky y Daniel Ziblatt, *How democracies die* (New York: Crown, 2018), 125.

¹⁴¹⁴ Sobre Venezuela expone Gargarella que “[d]icha concentración de poder se reforzó, también a través de un paulatino vaciamiento de los organismos de control que fue traduciéndose en un creciente alineamiento de estos con las políticas presidenciales. La situación quedaría notablemente ilustrada en los insistentes llamados de la presidenta del Tribunal Superior de Justicia a favor de la concentración de poderes, en los que directamente proponía dejar de lado la noción moderna de frenos y contrapesos y pasar a un nuevo sistema institucional organizado bajo la idea de la unidad de poder”. Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución : dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, 317; Pedro Salazar Ugarte, «Chávez: “Los Tres Poderes soy yo”», Nexos, marzo de 2010, <https://www.nexos.com.mx/?p=13622>.

¹⁴¹⁵ Para Timothy Endicott, no es suficiente que las ramas del poder estén separadas, es también necesario que cada institución pública actúe de forma que sea compatible con los roles de las demás instituciones públicas. Esta actitud a la que denomina cortesía (*Comity*) implica, entonces, el respeto que una autoridad debe tener para mostrar por el trabajo de otra autoridad. Timothy Andrew Orville Endicott, *Administrative law*, 2º (Oxford: Oxford University Press, 2011), 17.

En este sentido, nos advierte Young que “si la colaboración constitucional ocurre o no depende, en últimas, de la forma en que dichos mecanismos son usados”¹⁴¹⁶.

Desde esta perspectiva práctica, los mecanismos de colaboración tendrán que compatibilizarse con el deber de contención institucional (*institutional forbearance*) que proponen Levitsky y Ziblatt¹⁴¹⁷, según el cual, las instituciones deberán regirse por el auto control evitando acciones que, a pesar de respetar la literalidad de las normas o los vacíos de regulación, claramente vulneran el espíritu o la estructura constitucional, como acá se ha señalado. El correlativo a esta contención sería lo que el profesor Mark Tushnet ha denominado como “beligerancia” o “juego sucio” constitucional (*constitutional hardball*)¹⁴¹⁸, es decir, aquellas actuaciones que, si bien pueden estar amparadas formalmente por el ordenamiento jurídico, afectan los arreglos y acuerdos constitucionales preexistentes¹⁴¹⁹. En este sentido, un límite fáctico para los mecanismos colaborativos será el que estos se desnaturalicen para generar bloqueos institucionales.

En línea con la identificación de los límites del principio de colaboración encontramos que cobra pleno sentido el calificativo que lo acompaña en la literalidad del artículo 113 de la Constitución colombiana, a saber, el de “armónica”. La colaboración por la que se propende es aquella que no obstaculiza ni puede instrumentalizarse para producir efectos de bloqueos o conflictos constitucionales¹⁴²⁰, por el contrario, es aquella que armoniza la acción del Estado para esa unidad de propósito que se cierne en el plan constitucional. Evitar enfrentamientos y bloqueos es precisamente lo que justificó que en el constitucionalismo brasilero se insertara de forma permanente el mandato de armonía entre los poderes a nivel constitucional, tal y como se expuso en el capítulo segundo y tercero de esta investigación. Siguiendo este parámetro interpretativo, puede concluirse

¹⁴¹⁶ Young, Alison. *Democratic Dialogue and the Constitution*. Oxford, 2017. p. 127

¹⁴¹⁷ Este se identifica como uno de los dos guardianes de la democracia junto a la mutua tolerancia política. Levitsky y Ziblatt, *How democracies die*, 183.

¹⁴¹⁸ Incluso el autor señala que una vez la práctica del “juego sucio” constitucional logra consolidar un nuevo orden se volverá a las relaciones de colaboración entre las cortes y las ramas políticas en el desarrollo de las políticas públicas, en palabras del autor, “el principio establece que una vez un orden constitucional está en su lugar, todas las instituciones gubernamentales operan armónicamente, implementando las características sustantivas y dividiéndose las labores de acuerdo con los acuerdos institucionales del nuevo orden constitucional”. Tushnet, «Constitutional Hardball», 536-37.

¹⁴¹⁹ Tushnet, 523.

¹⁴²⁰ Para una caracterización de los conflictos entre ramas del poder público propuesto para el sistema de los Estados Unidos, pero replicable a otros sistemas constitucionales véase: Isaak Dore, «Inter-Branch Conflicts under the Constitution of the United States: A Comment on Professor Goldstein’s Paper», *Saint Louis University Law Journal* 43 (1999).

que la colaboración que se exige y se promueve en la Constitución colombiana será aquella que necesariamente conduzca a la armonía entre poderes. En este punto coincide Cepeda al afirmar que:

Es cierto que la Constitución, desde la reforma de 1936 ya hablaba de colaboración armónica. De lo que se trataba era de evitar pugnas entre poderes que sólo conducían a la parálisis del Estado con graves perjuicios para la comunidad. A medida que el Estado adquiría exigentes responsabilidades en educación, salud, servicios públicos y promoción del crecimiento económico, la concepción tradicional de la separación de poderes se convirtió en un obstáculo para que el Estado asumiera con eficiencia tales responsabilidades. Entonces fue replanteada para estimular la colaboración de forma armónica entre las ramas y no el enfrentamiento entre ellas.¹⁴²¹

Sin embargo, la exigencia de armonía no implica consenso ni unanimidad. En este punto debe recordarse que el principio colaborativo parte de reconocer las diferencias en la composición, funciones, capacidades y legitimidad de cada una de las ramas y órganos de Estado, por lo tanto, los desacuerdos y pugnas entre ellos resultan apenas esperables. Lo característico será la forma en que estos desacuerdos se resuelvan como lo indica la teoría colaborativa¹⁴²². Siguiendo a Gray, el ideal colaborativo anima a las partes a que vean aspectos diferentes de un problema y a explorar de forma constructiva sus diferencias en búsqueda de una solución que vaya más allá de su limitada visión de lo que es posible¹⁴²³. Para Vangen y Huxham, esas ganancias sinérgicas, al igual que una solución que esté acorde con las metas comunes de los agentes son las que fundamentan las prácticas colaborativas¹⁴²⁴. Ya aplicado a la teoría constitucional indica Carolan que la premisa central de la colaboración es el conflicto útil, entendido como aquel en el que instituciones con diferentes perspectivas tienen el potencial de producir una decisión que es superior a ella que podrían lograr actuando individualmente¹⁴²⁵. Por consiguiente, el principio de colaboración armónica no es ajeno a la existencia de desacuerdos

¹⁴²¹ Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, 418.

¹⁴²² Para Ansell, la colaboración estaba basada en la idea de un conflicto productivo, el cual no se corresponde a una técnica para reducir o eliminar el conflicto político, sino para estructurarlo de forma que su resultado sea fructífero y no solo antagónico. Ansell, *Pragmatist Democracy Evolutionary Learning as Public Philosophy*, 168.

¹⁴²³ Barbara Gray, *Collaborating : finding common ground for multiparty problems* (Jossey-Bass, 1989), 5.

¹⁴²⁴ Siv Vangen y Chris Huxham, «The Tangled Web: Unraveling the Principle of Common Goals in Collaborations», *Journal of Public Administration Research and Theory* 22, n.º 4 (21 de diciembre de 2011): 731, <https://doi.org/10.1093/jopart/mur065>.

¹⁴²⁵ Carolan, «Dialogue isn't working: the case for collaboration as a model of legislative–judicial relations», 224.

racionales¹⁴²⁶ sobre el contenido y los medios adecuados para el desarrollo del plan constitucional entre los agentes del Estado, la diferencia estará en la forma constructiva en las que estos deben resolverse de cara a la mejor protección y logro de los derechos y fines constitucionales.

Para el caso colombiano, como se ha expuesto, el andamiaje institucional prevé mecanismos explícitos e implícitos para la tramitación de los desacuerdos racionales esperables en el cumplimiento del plan constitucional. En este cometido, cumple un rol fundamental la Corte Constitucional como garante institucional del plan constitucional, pero de igual forma existen mecanismos de democracia directa que dentro de los cánones constitucionales, pueden dirigirse a este cometido¹⁴²⁷. A través de estos, los conflictos deberán estructurarse de forma productiva, es decir, en concordancia con los fines constitucionales y evitando situaciones de antagonismo o bloqueo que conduzcan soluciones extra- constitucionales. Estos mecanismos, la contención institucional y la comprensión del proceso de definición e implementación del plan constitucional como un proceso articulado, continuado y permanente, sientan las condiciones para que pueda tener lugar un desarrollo colaborativo que contribuya a dotar de eficacia al plan constitucional y así lograr sus aspiraciones transformadoras propuestas¹⁴²⁸.

¹⁴²⁶ Sobre el concepto de desacuerdos racionales véase: John Rawls, *Political liberalism* (New York: Columbia University Press, 1996); Jeremy Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford University Press, 1999), 152.

¹⁴²⁷ En este sentido, afirma Cepeda que “La preocupación con este esquema es que pueda llevar a enfrentamiento entre estas dos ramas (ejecutiva y legislativa) que no puedan ser superados. De no existir unos mecanismos auxiliares, se vería entonces abocado el país a presenciar una parálisis en la toma de decisiones necesarias para promover un programa de gobierno o atender los problemas más sentidos por la población. Ante este peligro, la consulta popular adquiere gran trascendencia. Generalmente esta institución es vista como uno de los tantos instrumentos de participación consagrados en la nueva Constitución. Sin embargo, su principal valor reside quizás en ser el procedimiento de colocar en manos del pueblo decisiones que, debido a un eventual enfrentamiento entre el Congreso y el Presidente, no pueden ser adoptadas en la oportunidad debida” Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*, 21.

¹⁴²⁸ Jacobsohn identifica precisamente como elementos de una constitución armónica al contenido aspiracional y a la articulación dialógica entre los órganos para su cumplimiento. Jacobsohn, «The Disharmonic Constitution», 52.

6. EL SURGIMIENTO DE UN CONSTITUCIONALISMO COLABORATIVO

-Epílogo-

*Without the coordinated behavior
produced by human institutions,
we cannot compete with other species
or survive the conditions of nature
to the extent we have*

Donald S. Lutz, 2006¹⁴²⁹

A raíz de la relevancia que ha adquirido el principio de colaboración armónica para el funcionamiento de un sistema constitucional, incluyendo el colombiano, ha comenzado a aflorar el término de “constitucionalismo colaborativo”¹⁴³⁰ en la teoría constitucional contemporánea. Creemos que esta propuesta resulta útil y prometedora, en tanto ubica en el centro de atención y análisis el deber de colaboración en el ámbito estatal. De esta manera, se reivindica un principio que, si bien no ha estado completamente ausente en el devenir del constitucionalismo, sí ha tenido una menor atención y visibilidad que su correlativo, el principio de separación de poderes. Ambos principios resultan centrales no solo en la estructuración, sino en el funcionamiento y desempeño del Estado. Sin embargo, debido al protagonismo de este último y a la confusión en torno a sus postulados¹⁴³¹, el que ahora se ponga énfasis en el componente colaborativo, puede abrir nuevas perspectivas para mejorar la eficacia de los textos constitucionales. Esta pretensión se torna de especial relevancia para sociedades como las del sur global que han puesto sus esperanzas en textos constitucionales con un alto componente aspiracional y que, a través de ellos, buscan la transformación de sus realidades.

¹⁴²⁹ Lutz, *Principles of constitutional design*, 29.

¹⁴³⁰ Aileen Kavanagh, *The collaborative constitution*, de próxima publicación; Coenen, «A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue»; Eoin Carolan, «Leaving behind the Commonwealth model of rights review: Ireland as an example of collaborative constitutionalism», en *Rights-Based Constitutional Review: Constitutional Courts in a Changing Landscape*, ed. John Bell y Marie-Luce Paris (London: Edward Elgar Publishing, 2016), 480; Mariano Carlos Melero De La Torre, «El modelo colaborativo de constitucionalismo: Hacia una cultura democrática de la justificación» (Universidad Carlos III, 2016).

¹⁴³¹ Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, 2.

Para defender la novedad y lo promisorio del enfoque del “constitucionalismo colaborativo”, de forma muy breve y a manera de epílogo de la investigación que nos precede, se destacarán tres puntos referentes a su justificación y perspectivas. El primero de ellos se refiere a la necesidad y a la conveniencia de actualizar los usos lingüísticos y las metáforas que se utilizan en la teoría constitucional, en particular, en lo relativo a los dispositivos institucionales dispuestos para su eficacia. En segundo lugar, se discurrirá sobre la conveniencia del calificativo colaborativo, sus implicaciones y oportunidades, de cara a las discusiones contemporáneas sobre los modelos de constitucionalismo. Finalmente, se harán algunas reflexiones sobre las perspectivas y las líneas de investigación que se abren con este modelo constitucional, en especial para las actuales circunstancias.

6.1.La necesidad de actualizar los usos lingüísticos y las metáforas constitucionales

La concepción mecánica de la constitución tiene sus orígenes en el impacto cultural que produjo la física newtoniana en el siglo XVIII¹⁴³². Con ello se explica el uso de metáforas como frenos y contrapesos, equilibrios y tensiones entre sus componentes, que nos remite a la idea de la parte orgánica de la constitución como una “sala de máquinas”, tal y como bien lo ilustra Gargarella¹⁴³³. Estos usos lingüísticos permanecen no solo vigentes, sino que son protagonistas de la estructuración y del funcionamiento de los Estados constitucionales hasta nuestros días. Teniendo claro que el uso de estas metáforas también tiene implicaciones prescriptivas¹⁴³⁴, consideramos que la teoría constitucional contemporánea exige referencias más cercanas a esta época, con el objetivo de abrir nuevas líneas de reflexión y que redunden en su mejor desempeño, a la vez que se eviten anacronismos.

¹⁴³² Wilson, *Constitutional Government in the United States*, 56; Rubin, *Beyond Camelot: rethinking politics and law for the modern state*, 43; David Wootton, «Liberty, Metaphor, and Mechanism: “checks and balances” and the origins of modern constitutionalism», en *Liberty and American experience in the eighteenth century*, ed. David Womersley (Indianapolis: Liberty Fund, 2006), 472.

¹⁴³³ Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, 7.

¹⁴³⁴ Rubin, *Beyond Camelot: rethinking politics and law for the modern state*, 15.

Los avances que se han obtenido desde mediados del siglo pasado en teoría social y económica resultan sugerentes y podrían ser útiles a la teoría constitucional. En esta perspectiva, Robert Cooter nos propone una concepción no solo normativa, sino también estratégica del funcionamiento de las constituciones¹⁴³⁵. Esta concepción sostiene que se debe abandonar una lectura simplemente normativa, para proponernos una en términos predictivos, debido a que la conducta de los agentes derivada de las constituciones será básicamente estratégica¹⁴³⁶. De esta manera, se pretende trascender del dispositivo normativo y del mero equilibrio entre poderes, para hacer énfasis en la previsibilidad de los arreglos institucionales y en la causalidad de los resultados¹⁴³⁷. Así, esta relectura parece aplicable a los problemas de eficacia constitucional que presentan las sociedades contemporáneas, pluralistas y complejas. Por consiguiente, en esta línea se propone que el análisis de los enfoques estratégicos y predictivos no deberían escapar a la teoría constitucional.

En desarrollo de este enfoque estratégico de la constitución, consideramos que deberían incluirse los recientes aportes de la teoría y la ontología social, tal y como se expuso en la presente investigación. En este último campo resultan destacables los planteamientos de Bratman¹⁴³⁸, Tomasello¹⁴³⁹, Tuomela¹⁴⁴⁰, Gilbert¹⁴⁴¹ e incluso Searle¹⁴⁴² que identifican en la cooperación la principal cualidad humana para la construcción de proyectos conjuntos, incluyendo el de la realidad social. Aplicando estos conceptos a la teoría constitucional, vimos como entender a la Constitución como el plan para llevar a cabo una “actividad cooperativa conjunta”, implica que el deber de colaboración entre los órganos del Estado obtenga no solo un sustento analítico, sino que se reivindique su importancia para el cumplimiento del proyecto conjunto. De esta manera, se propone

¹⁴³⁵ Cooter, *The strategic constitution*, 2 y 3.

¹⁴³⁶ Aguiló Regla, «Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución», 30.

¹⁴³⁷ En esta línea se orienta la reciente propuesta y el marco analítico propuesto por Rodríguez Garavito. Cesar Rodríguez Garavito, «Empowered Participatory Jurisprudence», en *The Future of Economic and Social Rights*, ed. Katharine G Young (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 236.

¹⁴³⁸ Bratman, *Shared agency : a planning theory of acting together*; Bratman, *Faces of intention : selected essays on intention and agency*.

¹⁴³⁹ Tomasello en sus obras denomina a las “actividades cooperativas conjuntas” como acciones colaborativas. Tomasello, *Why we cooperate*; Tomasello y Hannes, «The ontogeny of social ontology: steps to shared intentionality and status functions».

¹⁴⁴⁰ Raimo Tuomela, *Cooperation: a philosophical study* (Amsterdam: Springer, 2000); Tuomela, *Social ontology: collective intentionality and group agents*.

¹⁴⁴¹ Gilbert sostiene que cuando existen compromisos conjuntos entre las partes estas deben actuar analíticamente como un “cuerpo”. Margaret Gilbert, *Joint Commitment: how we make the social world* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 31.

¹⁴⁴² Searle, *Making the social world : the structure of human civilization*.

revaluar la suficiencia de las interrelaciones orgánicas que se derivan de la separación y los controles recíprocos para el desarrollo del plan constitucional, haciendo énfasis en las que obtienen su fundamento en la ayuda y el apoyo mutuo¹⁴⁴³.

En la misma línea, la teoría de juegos ha probado que a través de la cooperación entre los agentes se logra un resultado óptimo para todos. Si aplicamos estos desarrollos a la teoría constitucional encontraremos interesantes perspectivas. A manera de ejemplo, si a la teoría de juegos aplicamos la premisa según la cual las constituciones se expiden con una vigencia indefinida, ello implica que debemos introducir la variable de la iteración e interdependencia en el relacionamiento entre órganos. De acuerdo con esta, habrá mayor probabilidad de cooperación entre los agentes mientras las partidas del juego se mantengan, según la reformulación propuesta por Axelrod conocida como la “sombra del futuro”¹⁴⁴⁴. De igual forma, el mismo autor ha probado con simulaciones computacionales como las normas constituyen una efectiva solución a dilemas de acción colectiva que trascienden la dinámica bipersonal¹⁴⁴⁵. Por lo tanto, entender la definición e implementación del plan constitucional como un proceso de cooperación y en permanente desarrollo, implica que los agentes tengan mayores incentivos para cooperar que si este proceso se entiende de forma inmediata, aislada y segmentada¹⁴⁴⁶.

Otro ejemplo interesante de la aplicación de la teoría de juegos a la constitucional es la propuesta de Sabel y Simon que sugiere entender los bloqueos institucionales como situaciones reducibles al conocido dilema del prisionero¹⁴⁴⁷. Según los autores, en estos bloqueos las instituciones son capturadas en un equilibrio de bajo nivel que es susceptible de generar mejoras beneficiosas. No obstante, para que ello pueda tener lugar, se requiere de cierta coordinación que las instituciones individualmente no están en condiciones de

¹⁴⁴³ Aileen Kavanagh, «The Constitutional Separation of Powers», en *Philosophical foundations of constitutional law*, ed. David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn (Oxford: Oxford University Press, 2016), 236; Kyritsis, *Where our protection lies : separation of powers and constitutional review*, 35.

¹⁴⁴⁴ Robert M. Axelrod, *The evolution of cooperation* (New York: Basic Books, 1984).

¹⁴⁴⁵ Robert M. Axelrod, *La complejidad de la cooperación: modelos de cooperación y colaboración basados en los agentes* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004), 60.

¹⁴⁴⁶ Baker y Schwartz, «Interbranch cooperation and the shadow of the future».

¹⁴⁴⁷ Para ilustrar su punto, los autores se refieren a un proceso de insolvencia. Allí, como las instituciones, si a los acreedores se les deja actuar individualmente se comportarán de formas destructivas colectivamente. Sin embargo, en un procedimiento de estos la actuación del liquidador facilitará la coordinación entre los acreedores y se dispondrá de un orden adecuado y proporcional para sus acreencias. Charles F. Sabel y William H. Simon, «Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds», *Harvard Law Review* 117 (2003): 1067.

inducir¹⁴⁴⁸. De allí que las constituciones deban ser entendidas como típicos dispositivos de coordinación de la acción colectiva del Estado¹⁴⁴⁹ y que, por ello, sea necesario introducir máximas de comportamiento que superen las del auto- interés institucional, al igual que mecanismos de coordinación interinstitucional¹⁴⁵⁰.

A partir de estos ejemplos podemos destacar, por un lado, que los nuevos desarrollos en la teoría social y de juegos tienen importantes aportes para la teoría constitucional y por otro, que estos coinciden en la importancia de introducir la variable cooperativa dentro del funcionamiento de los Estados constitucionales. De esta manera, la necesidad de revisar y renovar muchos de los dispositivos e incluso usos lingüísticos que tuvieron origen con el constitucionalismo liberal decimonónico obtiene pleno fundamento. Con ello, podrá tener lugar la inclusión de nuevos elementos, mecanismos y metáforas que contribuyan a la eficacia constitucional y que sean distintos al ya exhausto principio de separación de poderes. Dentro de estas propuestas, la metáfora de la colaboración como una forma calificada de cooperación resulta especialmente prometedora en la teoría constitucional.

6.2.La conveniencia del calificativo colaborativo, sus implicaciones y oportunidades

En el derecho constitucional comparado, tal vez el debate más difundido en las últimas décadas sea entre los modelos fuertes y débiles de control constitucional. Dentro del primero de estos modelos, también conocidos como jurídicos, se ubican los autores que se decantan por la conveniencia de la inclusión de los derechos fundamentales en una norma jurídica suprema cuya interpretación última se les confía a los jueces o a un tribunal

¹⁴⁴⁸ Esto puede relacionarse con lo que Dixon denomina “cargas de inercia” y que según su tesis podrán activar la actuación del juez constitucional. En aplicación de esta idea, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, consideran que un ejemplo de bloqueos institucionales del tipo “dilema del prisionero” fue lo que tuvo lugar en el tema del desplazamiento forzado antes de la sentencia T-025/04. Rosalind Dixon, «Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos», en *Por una justicia dialógica* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2014).

¹⁴⁴⁹ Oakeshott, *What Is History? : and Other Essays.*; Hardin, *Liberalism, constitutionalism, and democracy.*

¹⁴⁵⁰ Cameron, *Strong constitutions: social-cognitive origins of the separation of powers*; Katharine Young, «A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review», *International Journal of Constitutional Law* 8, n.º 3 (2010): 386.

constitucional. Por otro lado, los defensores de los modelos débiles¹⁴⁵¹ e incluso políticos¹⁴⁵² se decantan por sostener que el fundamento de los derechos recae en la deliberación política y, por tanto, el catálogo, contenido y alcance de estos derechos les corresponde en últimas al legislador o a la comunidad política.

Dentro de este álgido debate, ha comenzado a surgir con especial fuerza una tercera posición que parte de considerar que no existe un abismo insalvable entre ambos modelos y que pueden establecerse diferencias graduales entre ellos¹⁴⁵³. Este tercer modelo, al que se le suele referir como “dialógico”¹⁴⁵⁴, pone un especial énfasis en las interacciones que están llamadas a tener los órganos del Estado, previa a la definición de los desacuerdos constitucionales y no solo en quién emite la “última palabra” al respecto. Por ello, el modelo ha recurrido a la metáfora del diálogo¹⁴⁵⁵ o de la deliberación¹⁴⁵⁶ para hacer alusión al tipo ideal de relacionamiento que deben tener las ramas y órganos estatales, antes de la adopción de la decisión final. Si bien este enfoque pareciera tener mayor afinidad con el modelo débil de constitucionalismo al disponer de una mayor capacidad para promover la deliberación por los arreglos constitucionales previstos, es claro que no todos los modelos débiles pueden ser considerados dialógicos¹⁴⁵⁷ y que dicha práctica tampoco resulta incompatible con los modelos de constitucionalismo fuerte¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵¹ En este punto adoptamos la acepción que originalmente acuñó Tushnet al referirse a modelos de constitucionalismo débil como aquellos en los que los tribunales no gozan de la posibilidad de definir jurídica y formalmente una disputa constitucional. Mark Tushnet, «Alternative Forms of Judicial Review», *Michigan Law Review* 101 (2002): 2782.

¹⁴⁵² En este punto coincidimos con Bellamy en que el denominado modelo *commonwealth* y los esquemas de constitucionalismo débil derivados de este constituyen variaciones del constitucionalismo político y no un nuevo modelo como sostiene Gardbaum al no otorgar la última palabra a la judicatura en asuntos constitucionales. Stephen Gardbaum, *The new commonwealth model of constitutionalism: Theory and practice*, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), 20; Richard Bellamy, «Political constitutionalism and the Human Rights Act», *International Journal of Constitutional Law* 9, n.º 1 (1 de enero de 2011): 89, <https://doi.org/10.1093/icon/mor024>.

¹⁴⁵³ Dixon, «Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited».

¹⁴⁵⁴ Roberto Gargarella y Paola Bergallo, eds., *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014).

¹⁴⁵⁵ El uso de la metáfora del diálogo suele atribuirse a Hogg en un artículo de 2007. Para su versión revisada véase: Peter W. Hogg y Allison A. Bushell, «El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas», en *Por una justicia dialógica* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2014), 19.

¹⁴⁵⁶ Roberto Gargarella, «El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos», en *Por una justicia dialógica* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2014), 124.

¹⁴⁵⁷ Mark Tushnet, «Revisión judicial dialógica», en *Por una justicia dialógica*, ed. Roberto Gargarella (Buenos Aires: Siglo XXI, 2014), 112.

¹⁴⁵⁸ Roa Roa, *Control de constitucionalidad deliberativo*, 490.

La propuesta de un modelo de constitucionalismo dialógico nos resulta, en principio, novedosa y sugestiva en razón al énfasis que pone en el relacionamiento entre órganos y su relevancia en el desarrollo de una constitución¹⁴⁵⁹, aspecto que parece olvidarse en los modelos puros. Sin embargo, debido a la trascendencia no solo descriptiva sino también prescriptiva de las metáforas que se utilizan en el Derecho, es necesario detenernos en las implicaciones analíticas que tiene la invocación del diálogo como ideal de comportamiento de los agentes estatales. Desde el comienzo, muchos han criticado el uso de la metáfora dialógica con estos propósitos¹⁴⁶⁰, sin embargo, quién con mas ahínco y de forma mas reciente lo hecho ha sido tal vez Eion Carolan¹⁴⁶¹. Como se reseñó antes en esta investigación, Carolan parte de advertir la inconveniencia de utilizar la metáfora del diálogo, no solo para describir y prescribir el tipo de interacciones que tienen lugar entre el órgano legislativo y los tribunales, sino también para los demás órganos y ramas de un Estado contemporáneo. Así, la indeterminación del concepto¹⁴⁶², la falta de correspondencia con lo que efectivamente sucede en modelos caracterizados como débiles, la referencia a una relación bilateral, el prejuicio que se tiene hacia la posibilidad de una solución definitiva¹⁴⁶³ y el excesivo énfasis que se hace en el conflicto¹⁴⁶⁴, predisponiéndose a soluciones de tipo autoritativo, son todas críticas que consideramos merecen especial atención.

En esta línea, pensamos que el concepto de colaboración se corresponde y tiene una mayor potencialidad que el del diálogo para describir y prescribir el tipo de interrelaciones que deben tener lugar entre las distintas ramas del poder en un Estado contemporáneo, de cara al desarrollo del proyecto constitucional¹⁴⁶⁵. De esta manera, la colaboración es un concepto que tiene mayor desarrollo y trayectoria en disciplinas afines al derecho

¹⁴⁵⁹ Young, *Democratic Dialogue and the Constitution*, 148.

¹⁴⁶⁰ Conrado Hubner Mendes, «Una división de poderes deliberativa: en el diálogo y la última palabra», en *Por una justicia dialógica* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2014), 168; Allan C. Hutchinson, *Waiting for Coraf: a critique of law and rights* (Toronto: University of Toronto Press, 1995); Kent Roach, «Dialogic Judicial Review and its Critics», *Supreme Court Law Review* 23, n.º 2 (2004).

¹⁴⁶¹ Carolan, «Dialogue isn't working: the case for collaboration as a model of legislative-judicial relations», 224.

¹⁴⁶² Este punto es reconocido por Dixon. Dixon, «Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos», 54.

¹⁴⁶³ Tushnet, «Revisión judicial dialógica», 113.

¹⁴⁶⁴ Este excesivo énfasis en el conflicto se refiere al contenido y contornos de una peculiar concepción de la organización constitucional que Gargarella denomina como “la lógica agonal o del conflicto”. Gargarella, «El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos», 128.

¹⁴⁶⁵ Esta correspondencia adquiere pleno sentido en constituciones que incluyen en sus textos al principio colaborativo de forma expresa como la colombiana en los artículos 113 y 334.

constitucional como la Ciencia Política y la Administración Pública¹⁴⁶⁶. Se adecúa mejor a la idea que fundamenta al constitucionalismo débil, hasta el punto de que algunos autores prefieren referirse a los modelos que le dieron origen como colaborativos¹⁴⁶⁷. Este proceso comprende mejor la interdependencia entre las distintas ramas y órganos que incluyen hoy en día los Estados contemporáneos, tales como las agencias independientes, los órganos de control, electorales, entre otros¹⁴⁶⁸. Con ello, se supera el esquema de relacionamiento bilateral y se promueve una dinámica de gobernanza articulada, donde cada órgano cumple un rol particular y contribuye al proceso colaborativo¹⁴⁶⁹. Además, el desacuerdo y el conflicto, desde la perspectiva colaborativa, dejan de ser vistos como patológicos para reivindicar su carácter útil y fructífero, como se desprende de su fundamento y conceptualización¹⁴⁷⁰. De allí que se rebata la idea de soluciones únicas, correctas, impuestas y/o definitivas sobre el contenido e interpretación constitucional, para proyectar la imagen de un proceso continuado, donde la interpretación y aplicación de la Constitución se encuentra en permanente movimiento¹⁴⁷¹.

De igual forma, el modelo colaborativo parece ser el que mejor se adecúa a una “cultura democrática de la justificación” de la acción política. Según esta, en el marco del control constitucional, el legislativo no solo debe justificar frente al electorado porque su decisión de política pública es mejor que las demás, sino que deberá también ofrecer razones de como esta se adecúa a los valores y derechos constitucionales¹⁴⁷². Extrapolando esta cultura constitucional a las demás relaciones entre órganos del Estado, se deriva que la actividad de cualquier institución pública sea administrativa, legislativa, judicial o de cualquier otra índole, está sujeta a una demanda de justificación centrada también en el objetivo de respeto, protección y satisfacción de los derechos constitucionales¹⁴⁷³. De esta forma, dado que los derechos constitucionales pueden ser desarrollados de diversas

¹⁴⁶⁶ Ansell, *Pragmatist Democracy Evolutionary Learning as Public Philosophy*, 168; Jody Freeman, «Collaborative Governance in the Administrative State», *UCLA Law Review* 45 (1997).

¹⁴⁶⁷ Melero De La Torre, «El modelo colaborativo de constitucionalismo: Hacia una cultura democrática de la justificación», 9.

¹⁴⁶⁸ Carolan, *The new separation of powers: a theory for the modern state*, 186.

¹⁴⁶⁹ Tourkochorití, «What Is the Best Way to Realise Rights?», 227.

¹⁴⁷⁰ Gray, *Collaborating : finding common ground for multiparty problems*, 5.

¹⁴⁷¹ Marisa Iglesias Vila, «¿Cómo piensa los derechos la sala de máquinas de las constitución?», *Revista Latinoamericana de Filosofía Política* V, n.º 3 (2016): 13.

¹⁴⁷² David Dyzenhaus, «What is a ‘Democratic Culture of Justification?», en *Parliaments and human rights : redressing the democratic deficit*, ed. Murray Hunt, Hayley Jayne Hooper, y Paul Yowell (Oxford: Hart Publishing, 2015), 37.

¹⁴⁷³ Iglesias Vila, «¿Cómo piensa los derechos la sala de máquinas de las constitución?», 15.

formas, esta concepción da pie a una cultura de la justificación que sea sensible tanto a la unidad de propósito que encierra la constitución como al pluralismo en los modos de alcanzar estos fines por parte de los demás agentes estatales y que darán lugar a los inevitables “desacuerdos racionales”. Por consiguiente, los roles desempeñados por las ramas y órganos del Estado en materia de derechos constitucionales no deben concebirse sobre la base de la soberanía o autoridad última, sino desde la perspectiva de la colaboración y la responsabilidad compartida en el desarrollo del proyecto constitucional¹⁴⁷⁴.

Desde la imagen colaborativa de la gobernanza constitucional es por tanto posible cuestionar la metáfora de la “última palabra”¹⁴⁷⁵ y así proponer líneas argumentales alternativas al debate entre los modelos de constitucionalismo. El modelo colaborativo que se propone permite introducir factores institucionales, estratégicos y prospectivos que, como se dijo, trascienden el carácter normativo del Derecho. En esta línea, el campo de los efectos generados por las sentencias judiciales está poco explorado¹⁴⁷⁶ e incluso en este suelen ocurrir efectos contraintuitivos¹⁴⁷⁷, lo cual podría predicarse igualmente sobre la implementación de normas legales¹⁴⁷⁸. Por lo tanto, afirmar que con la expedición de una sentencia o una ley se ha dictado la última palabra y que con ello se ha terminado de forma exitosa y definitiva el diálogo institucional resulta, cuando mucho, optimista¹⁴⁷⁹. En el mejor de los casos, esa última palabra lo será exclusivamente desde un punto de vista normativo y será precisamente luego donde el proceso colaborativo adquiera relevancia para lograr la implementación y los efectos esperados o, en su defecto, para que ello solo revista resultados simbólicos. De esta manera, lo que se irán configurando son acuerdos colaborativos parciales, no solo en torno a la interpretación sino también a la implementación de la Constitución.

¹⁴⁷⁴ Melero De La Torre, «El Estado constitucional como cultura democrática de la justificación», 26.

¹⁴⁷⁵ Sobre el concepto de última palabra es bien conocida la reflexión de Pitkin cuando señalaba en el contexto de la política que “Nadie tiene la última palabra, porque la última palabra no existe”. Hanna Pitkin, «Obligation and Consent—II», *American Political Science Review* 60, n.º 1 (marzo de 1966): 52, <https://doi.org/10.2307/1953805>.

¹⁴⁷⁶ Rodríguez-Garavito, «Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America».

¹⁴⁷⁷ Gerald N. Rosenberg, *The hollow hope: can courts bring about social change?* (Chicago: University of Chicago Press, 1991).

¹⁴⁷⁸ Webber et al., *Legislated rights: Securing human rights through legislation*; Arghya Sengupta et al., «Legislating Human Rights», en *The Future of Economic and Social Rights*, ed. Katharine G Young (Cambridge: Cambridge University Press, 2019).

¹⁴⁷⁹ Conrado Hubner Mendes, «Is It All about the Last Word: Deliberative Separation of Powers», *Legisprudence* 3 (2009): 70.

Por otro lado, el modelo colaborativo tampoco aspira ser el justo medio entre el constitucionalismo fuerte y débil, como pretende serlo el modelo dialógico. Por el contrario, el constitucionalismo colaborativo no solo se ocupa de analizar el procedimiento interactivo previo a la adopción de la decisión supuestamente definitiva, sino que amplía el objeto de estudio a las interrelaciones posteriores a ella que se refieren, como se dijo, a su implementación. Así, el interés principal no estará en quién y cómo decidió, como lo propone el constitucionalismo dialógico, sino en que las decisiones de cada órgano son elementos del proceso colaborativo de interacción tendentes al desarrollo conjunto del plan constitucional. En este contexto, como se señaló, el mandato colaborativo prescribe que los órganos del Estado contribuyan de forma efectiva a través de la agregación de sus capacidades institucionales, a saber, de mayor experticia (legitimidad sustancial), de mayor apoyo ciudadano (legitimidad de origen) o de mejores procesos para la toma de decisiones (legitimidad procedimental). Estas sinergias se dirigen al logro de un resultado superior al que podría obtenerse de forma aislada en el desarrollo del proyecto conjunto de la gobernanza constitucional. De esta manera, el fundamento del constitucionalismo colaborativo estará en aquellas sinergias que se logran por el inter-relacionamiento, y no en las decisiones individuales, autoritativas y aisladas de los componentes estatales, sin que con ello se renuncie a la existencia de controles interorgánicos, como ya se ha dicho.

Este enfoque colaborativo del constitucionalismo resulta especialmente útil para proyectos de transformación social que recurren al texto constitucional como referente para este cometido¹⁴⁸⁰. Entender a la Constitución como un plan transformador implica el compromiso, entre otros, de los agentes estatales con su implementación. El relacionamiento entre las ramas y órganos del Estado de cara a este objetivo deberá superar la división, separación y control mutuo que se deriva del clásico principio de separación de poderes. La necesaria reconstrucción¹⁴⁸¹ de este principio en contextos transformadores deberá pasar por la inclusión de principio colaborativo en tanto presupuesto necesario para la realización de las esperanzas y aspiraciones

¹⁴⁸⁰ Si bien esta noción tuvo origen en el sur global, su práctica es también identificable en todas las latitudes. Hailbronner, «Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South».

¹⁴⁸¹ Alterio, «La Suprema Corte de Justicia Mexicana en la transformación social», 475.

constitucionales¹⁴⁸². De esta forma, el grado de desarrollo del contenido aspiracional se constituye en la piedra de toque para evaluar el desempeño de las constituciones con vocación transformadora, al igual que identificar aquellas prácticas no- colaborativas que buscan defraudarla.

Finalmente, la propuesta colaborativa también parece acompañarse mejor con una concepción de los derechos constitucionales como razones morales para el ejercicio del poder, es decir no solo como restricciones o limitaciones a este, sino como razones que orientan la acción del Estado. Así, se reconoce la fuerza expansiva de los derechos constitucionales disputando las distinciones generacionales y sobre su naturaleza para proponer que sean concebidos como fines preceptivos siguiendo la terminología de Sen¹⁴⁸³ o como mandatos de optimización, adoptando la de Alexy¹⁴⁸⁴. De esta forma, la protección de los bienes que dan contenido a los derechos es una meta que el poder institucional tiene la función de perseguir de forma conjunta y concertada entre todos sus agentes¹⁴⁸⁵. Por lo tanto, la ponderación aparece no solo como un principio para la solución de controversias entre el legislativo y el juez constitucional, sino que se transforma en una máxima de comportamiento que deben seguir todas las ramas y órganos del Estado para responder tanto al carácter progresivo en el cumplimiento de los derechos como a la cultura democrática de la justificación antes mencionada¹⁴⁸⁶.

6.3.Los rasgos característicos del constitucionalismo colaborativo

A partir de lo expuesto, la noción de constitucionalismo colaborativo que proponemos tiene cuatro rasgos distintivos. El primero se refiere a la vocación de cumplimiento de la constitución y la consiguiente unidad de propósito que esta genera entre sus agentes¹⁴⁸⁷. Como se expuso en esta investigación, se parte de adoptar una noción fuerte de

¹⁴⁸² Henk Botha, «Metaphoric Reasoning and Transformative Constitutionalism (part 1)», *Journal of South African Law* 2002 (2002): 21.

¹⁴⁸³ Amartya Sen, «Well-being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984», *Journal of Philosophy* 82, n.º April (1985): 217.

¹⁴⁸⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 68 y ss.

¹⁴⁸⁵ Iglesias Vila, «¿Cómo piensa los derechos la sala de máquinas de las constitución?», 9.

¹⁴⁸⁶ Desde esta perspectiva los mecanismos, dispositivos y procedimientos que se han diseñado para regular las relaciones entre jueces y legisladores como la proporcionalidad, la doctrina de la deferencia debida, la doctrina sobre el margen de apreciación, y los dispositivos de reforma no contramayoritarios deberán leerse en clave colaborativa para establecer la corrección de estos de cara al modelo constitucional deseado. De esta forma, nos inclinamos por las razones mencionadas por el principio/mecanismo de la proporcionalidad.

¹⁴⁸⁷ Rubin, *Beyond Camelot: rethinking politics and law for the modern state*, 28.

constitución que haga énfasis en su función planificadora de la conducta social y estatal hacia el logro de un proyecto de sociedad común¹⁴⁸⁸. En este sentido, obtiene sustento el concepto de constitucionalismo transformador acuñado en los Estados del sur global y orientado al cumplimiento del componente aspiracional que consta en los textos constitucionales¹⁴⁸⁹. Por tanto, concebir a la constitución como un plan maestro que establece las metas y aspiraciones compartidas, al igual que los medios permitidos y prohibidos para ello, implica que se le debe otorgar una clara vocación de cumplimiento y eficacia a lo allí dispuesto, vinculando hacia ese único propósito el actuar de los órganos Estatales.

La segunda característica se refiere al reconocimiento y la valoración que se hace de la diversidad de órganos que hacen parte del proyecto constitucional. Esta propuesta de constitucionalismo colaborativo parte de constatar la superación de la tridivisión clásica que preveía el constitucionalismo liberal, y reconoce la existencia de otras ramas y órganos que desempeñan funciones distintas y necesarias dentro de los Estados administrativos contemporáneos¹⁴⁹⁰. Sin embargo, dicha diversidad no solo se reconoce, sino que se reivindica, ya que son las diferencias las que conducen a un proceso colaborativo¹⁴⁹¹. De esta forma, se valoran las diferentes capacidades de experticia, de apoyo ciudadano o de procesos de decisión con los que opera cada uno de los órganos estatales, entendiendo que la agregación de sus fortalezas, a través de sus interacciones, son las que articulan el proceso colaborativo y continuo de gobernanza constitucional¹⁴⁹². De esta manera, reivindicar las diferencias entre las ramas y órganos del Estado, nos conduce a rechazar una perspectiva institucional como definitiva, los razonamientos que buscan generar jerarquías institucionales¹⁴⁹³ o a concentrar excesivamente poderes en algunas de ellas.

El tercer rasgo distintivo es la relevancia que el constitucionalismo colaborativo le otorga a las interrelaciones entre los distintos componentes estatales. A partir de la vocación de cumplimiento que tiene la Constitución y la revalorización de las diferencias entre sus

¹⁴⁸⁸ Cameron, *Strong constitutions: social-cognitive origins of the separation of powers*, 168.

¹⁴⁸⁹ Fowkes, «Transformative constitutionalism and global south».

¹⁴⁹⁰ Loughlin, *Foundations of public law*, 445.

¹⁴⁹¹ Carolan, «Dialogue isn't working: the case for collaboration as a model of legislative–judicial relations», 225.

¹⁴⁹² Mendes, «Una división de poderes deliberativa: en el diálogo y la última palabra», 162.

¹⁴⁹³ Gargarella, «El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos», 148.

agentes, se impone poner especial atención al tipo de interacciones que se generan entre ellos, al igual que a sus efectos. Como se expuso en esta investigación, los dispositivos generados por el principio de separación de poderes pueden catalogarse como de control, generando relaciones de fricción entre los agentes estatales¹⁴⁹⁴. Si bien estos resultan adecuados para evitar el abuso del poder, no puede decirse lo mismo para la eficacia de una Constitución aspiracional y transformadora¹⁴⁹⁵. De esta forma, el constitucionalismo colaborativo no niega la importancia de las relaciones de control interorgánico que se generan del principio de separación de poderes, lo cual permite que se distingan y rechacen con vehemencia algunos proyectos constitucionales que pretenden la concentración excesiva del poder para la implementación de regímenes autoritarios. Sin embargo, como se dijo, debe advertirse que estas relaciones que conducen a una especie de *fordismo constitucional*¹⁴⁹⁶ no resultan suficientes para dar cumplimiento y eficacia a proyectos transformadores y aspiracionales¹⁴⁹⁷. De allí que sea necesario identificar y promover dispositivos tanto explícitos como implícitos, que conduzcan a relaciones colaborativas, es decir, a la agregación de fortalezas y capacidades institucionales.

La cuarta y última característica se deriva del fundamento que subyace al modelo, es decir, de entender el desempeño constitucional como un proceso colaborativo continuo y sostenido en el tiempo que pretende la obtención de mejores resultados a través de la interacción de los agentes para el cumplimiento del proyecto constitucional¹⁴⁹⁸. El modelo colaborativo, al reaccionar a la metáfora de la última palabra reivindica la existencia de decisiones provisionales¹⁴⁹⁹, adoptadas por los distintos órganos estatales y que deberán reconocerse como interdependientes y articuladas a la empresa constitucional común. Como lo sugiere Tushnet, entender que las interrelaciones entre los órganos tienen lugar a lo largo del tiempo¹⁵⁰⁰, nos permite ampliar su alcance, pasando de decisiones judiciales o leyes, a incluir fenómenos como enmiendas constitucionales, reemplazo de jueces¹⁵⁰¹,

¹⁴⁹⁴ Barber, *The Principles of Constitutionalism*, 70.

¹⁴⁹⁵ Klare, «Legal Culture and Transformative Constitutionalism», 153.

¹⁴⁹⁶ Sobre el uso del término “fordismo” en el campo político y constitucional véase: Bob Jessop, *The future of the capitalist state* (Cambridge: Polity, 2002).

¹⁴⁹⁷ Alterio, «La Suprema Corte de Justicia Mexicana en la transformación social», 475.

¹⁴⁹⁸ En este sentido, Iglesias acuña el término de constitucionalismo “en movimiento” con fundamento en la famosa metáfora del barco de Neurath. Iglesias Vila, «¿Cómo piensa los derechos la sala de máquinas de las constitución?», 13.

¹⁴⁹⁹ Freeman, «Collaborative Governance in the Administrative State», 28.

¹⁵⁰⁰ Tushnet, «Revisión judicial dialógica», 109.

¹⁵⁰¹ Robert A. Dahl, «Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker», *Journal of Public Law* 6 (1957): 287.

periodos electorales, el comportamiento de burocracias institucionales¹⁵⁰² o incluso movilizaciones ciudadanas¹⁵⁰³, entre otras. Por otro lado, entender a la colaboración como un proceso implica que, no solo se tenga en cuenta la creación e implementación del Derecho, sino como ya se ha dicho, que se incluya su aplicación e implementación dentro del objeto de análisis. Por consiguiente, el carácter prolongado y continuado que propone el modelo colaborativo de las interacciones instituciones nos permite tener una visión más amplia e integral del fenómeno constitucional, al igual que responder no solo por la existencia sino también por la eficacia de los elementos normativos del sistema.

Por consiguiente, con la misma relevancia que se le ha otorgado al principio de separación de poderes, deberá reivindicarse la existencia de un principio constitucional, institucional y estructural de colaboración entre las ramas y órganos estatales, independiente de si este goza o no de consagración constitucional expresa¹⁵⁰⁴. Este, como todo principio, estará limitado por la vigencia de los demás y por las condiciones fácticas que restrinjan su aplicación, de allí que pueda y suela utilizarse el adjetivo de armónica para calificar el tipo de colaboración exigida. Por lo tanto, consideramos que advertir y promover la existencia del principio de colaboración armónica, al igual que de dispositivos que lo concreten, es una apuesta prometedora para contribuir al desempeño de las constituciones, al logro de los fines por ellas previstos, al igual que para responder a los retos inmediatos que enfrentamos.

6.4.Las perspectivas del constitucionalismo colaborativo

Además de las perspectivas de investigación que se derivan de lo expuesto, estas líneas se terminan de escribir durante la pandemia global generada por el COVID-19, por lo que dentro del ambiente de incertidumbre y de perplejidad que trae esta coyuntura, quisiéramos destacar dos ideas que por el desarrollo actual de las circunstancias guardan relación directa con la investigación que nos precede. Por un lado, encontramos que todas

¹⁵⁰² García Villegas, «Constitucionalismo Aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina», 94.

¹⁵⁰³ Robert Post y Reva Siegel, «Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 42 (2007): 373.

¹⁵⁰⁴ Con la inclusión del principio de colaboración se intenta remediar la crítica advertida por Gargarella según la cual en un sistema protagonizado exclusivamente por el principio de frenos y contrapesos la cooperación no será posible ni duradera. Gargarella, «El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos», 146.

las estrategias que se plantean con alguna viabilidad para superar la actual coyuntura coinciden en la necesidad de la cooperación entre los seres humanos para materializarlas. Desde el descubrimiento de una vacuna, pasando por el desarrollo de un tratamiento, llegando incluso a las estrategias de distanciamiento social para evitar su expansión, todas ellas presuponen la necesaria coordinación entre los miembros de la especie humana. En este contexto, cobran especial sentido las palabras de Donald Lutz y que sirven de epígrafe a este apartado, en las que se reivindica la cooperación como institución social y su particular relevancia para asuntos tan básicos y evidentes como nuestra propia supervivencia como especie.

Por otro lado, la pandemia ha evidenciado desde el ámbito político un particular protagonismo de los Estados, en detrimento del rol de las instituciones supra o internacionales. En este sentido, el manejo actual de la crisis se ha hecho, en parte a nuestro pesar, en clave de fronteras, nacionalidades, autoridades e intereses estatales. Si bien esto genera dudas sobre la debilidad de la cooperación en el ámbito internacional, lo cierto es que reposiciona al Estado como actor político fundamental, adquiriendo especial importancia las reflexiones sobre su funcionamiento. Desde esta perspectiva, el Estado como institución política y social se propone coordinar la conducta de sus ciudadanos y residentes en los términos que la constitución establece. Sin embargo, para que ello tenga lugar, es necesario que el actuar del Estado mismo sea coordinado. En esta línea de reflexión se inscribe la presente investigación, al igual que el modelo de constitucionalismo colaborativo que se propone.

Así, visibilizar y teorizar en torno al principio de colaboración armónica entre poderes, como instrumento necesario para dotar de eficacia un proyecto constitucional, resulta no solo pertinente, sino oportuno de cara a las actuales circunstancias de supervivencia. De igual forma, promover un interrelacionamiento entre los órganos del Estado que genere sinergias colaborativas para el logro de los cometidos constitucionales, incluyendo la pervivencia de los ciudadanos, sin que se dejen de lado los controles y fricciones necesarias para evitar los abusos del poder, parece ser la forma adecuada de caracterizar el funcionamiento debido del Estado contemporáneo¹⁵⁰⁵. Así, de la adecuada ponderación

¹⁵⁰⁵ En este sentido, compartimos con Acemoglu que el actuar del Estado ante la actual crisis es de empoderarlo ya que sería un grave error si le “atamos las manos”, pero al tiempo, “trabajar duro para controlarlo y contenerlo”. Daron Acemoglu, «“Ahora necesitamos empoderar a los Estados y trabajar muy

entre los principios de colaboración y de separación de poderes, se garantizará la eficacia del plan constitucional, sin desmedro de la libertad de los ciudadanos, o en su defecto, se evidenciará la prevalencia de un valor sobre otro, como ya comienza a evidenciarse en el manejo de algunos Estados de la actual crisis global. Por consiguiente, si al menos estos planteamientos resultan sugerentes y se logra incluir en las reflexiones de la teoría constitucional las preocupaciones por el funcionamiento del Estado a la luz de los preceptos constitucionales, se habrá logrado con creces el objetivo de esta investigación.

duro para controlarlos y contenerlos” - LA NACION», La Nación, 12 de abril de 2020, <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/daron-acemoglu-ahora-necesitamos-empoderar-a-los-estados-y-trabajar-muy-duro-para-controlarlos-y-contenerlos-nid2353255>.

CONCLUSIONES

Tout notre droit public moderne, toute notre vie politique protestent contre l'isolement complet des différents organes et impliquent au contraire leur pénétration intime

León Duguit, 1907¹⁵⁰⁶

El objeto de nuestra investigación es el deber de colaboración que debe existir entre las distintas ramas y órganos de los Estados contemporáneos para el logro de los cometidos constitucionales. En la Constitución colombiana se prevé expresamente dicho deber, sin embargo, no existe claridad sobre su significado y alcance. A partir de ello, la presente investigación se propuso la aplicación de los distintos criterios y métodos hermenéuticos con el fin de plantear una propuesta interpretativa del mandato de colaboración armónica para el sistema constitucional colombiano. A continuación, se presentan las conclusiones que se siguieron del mencionado ejercicio interpretativo.

El marco teórico- analítico de la colaboración entre poderes

Con la pretensión de recrear un marco teórico y analítico para el deber de colaboración entre los componentes estatales es posible afirmar que, a partir del carácter funcional de las constituciones, ya para el siglo XVIII es posible distinguir con claridad dos distintos modelos. Por un lado, uno de origen liberal que las identificaba con un instrumento de limitación del poder y por otro, uno republicano que las concebía como una herramienta para la coordinación de la acción colectiva. Durante el siglo XIX, tanto para Europa como para América, se consolidó el modelo liberal de las constituciones junto con las ideas de soberanía nacional, democracia representativa y prevalencia del derecho legislado. En este modelo, los dispositivos para garantizar su eficacia fueron el establecimiento de derechos negativos y la instauración del principio de separación de poderes.

Sólo con el advenimiento del siglo XX tendrá lugar un resurgimiento de las constituciones republicanas, no solo con la aparición de textos novedosos como los de México de 1917

¹⁵⁰⁶ Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 331.

o Weimar de 1919, sino a partir del funcionamiento mismo del Estado como consecuencia de las contingencias económicas y sociales, tal y como se evidenció durante el *New Deal* en los Estados Unidos. Este resurgimiento del modelo republicano partirá de reconocer la existencia de derechos no sólo pre-políticos, el concepto de soberanía popular y la existencia de cláusulas constitucionales de carácter aspiracional en forma de principios y valores. Además, para entonces, se desarrolla la idea del carácter normativo y supremo del texto constitucional y con ello, los mecanismos de control correspondiente.

Si bien para la segunda posguerra del siglo XX se encontraban ampliamente difuminadas estas ideas, ello no supuso la desaparición del modelo liberal, hasta el punto de que sus principales elementos siguen conviviendo con los propios del modelo republicano, aún hasta nuestros días. Ello implica que podamos identificar un nuevo modelo constitucional al que denominamos como contemporáneo que combina elementos de ambas tradiciones. Así, lo que ahora corresponde es templar los elementos de los modelos constitucionales anteriores con el fin de hacerlos compatibles, suponiendo con ello repensar sus mismos fundamentos, usos lingüísticos y los mecanismos que sirven de soporte a las constituciones contemporáneas.

Con esta pretensión, se propone abandonar las metáforas que sugieren entender a las constituciones como un mero contrato o solo como pre- compromisos debido a su incorrección e insuficiencia con los fundamentos actuales de las constituciones. En su lugar se propone reemplazarlas por la de un plan maestro que se identifique con el componente aspiracional, la determinación de los medios permitidos para su consecución y su vocación de cumplimiento. Así, la constitución se propone ser entendida como un dispositivo de coordinación de la acción colectiva hacia la ejecución del plan que allí se dispone, respetando para ello el núcleo de los fundamentos liberales.

En este orden de ideas, la pregunta por la forma de coordinación necesaria bajo la constitución para lograr su eficacia se torna central. En este sentido, y enfocándonos en la coordinación necesaria entre los órganos y agentes del Estado, encontramos que los dispositivos que se disponen para ello en la actualidad son los propios del modelo liberal. A saber, uno de carácter normativo que dispone lo que está permitido o prohibido y otro, de carácter mecánico basado en el principio de separación de poderes. En cuanto a este último, puede afirmarse que no resulta suficiente para procurar la eficacia de los textos

constitucionales contemporáneos, debido a que el componente dogmático de estas vincula por igual a todos los poderes, en ellas se exigen acciones más complejas que las de evaluar la legalidad de las actuaciones y se dispone de mecanismos diferentes a los típicos de control inter-orgánico.

Para reevaluar este dispositivo mecanicista se propone recurrir a los desarrollos de la Filosofía social. Para esta, cuando se está ante un plan, en nuestro caso, ante una constitución y los agentes están dispuestos a llevarla a cabo, estos emprenderán lo que se denomina una “actividad cooperativa conjunta”. Según los planteamientos de la ontología social, dicho tipo de actividad implica tres máximas de comportamiento. Por un lado, la de mutua receptividad, donde se identifican y reconocen los agentes que actuarán y que, para nuestros efectos, se satisface con los postulados del principio de separación de poderes. Por otro, la de compromiso con la actividad conjunta, que para nuestros efectos supone el desarrollo de la gobernanza constitucional, es decir, procurar las acciones tendentes a la realización del proyecto constitucional. Y finalmente, la máxima de compromiso de apoyo mutuo, la cual no supone solo un compromiso de coordinación, ni de cooperación, sino de efectiva colaboración entre las partes. Ello, en tanto sea necesario para el éxito del desarrollo de la actividad común, sin que con esta colaboración se termine socavando el rol y la propia contribución de los agentes.

En este último punto radica, en nuestro criterio, el fundamento de la colaboración armónica entre las ramas y órganos del Estado que, si bien no se contradice, si condiciona y complementa al principio de separación de poderes en las constituciones contemporáneas. En este sentido, de entender a la constitución como un plan se deriva el deber de colaboración armónica, el cual implica que dos o más órganos del Estado deban contribuir de forma efectiva a través de la agregación de sus fortalezas, sean estas de mayor experticia, mayor apoyo ciudadano o de mejores procesos de toma de decisión para garantizar el logro de la gobernanza constitucional.

El origen del mandato de colaboración armónica en el constitucionalismo colombiano

Establecido el marco teórico de la colaboración entre poderes, se aplicó el criterio histórico para identificar el origen de dicho mandato en el constitucionalismo colombiano. De este ejercicio puede afirmarse que el movimiento independentista

colombiano tuvo una marcada influencia de la ideología liberal de origen europeo. Con ello, la doctrina de la separación de poderes fue incorporada de forma expresa en la gran generalidad de las constituciones republicanas expedidas durante el siglo XIX. Si bien en las primeras constituciones de alcance provincial y nacional, dicha consagración fue más formal que real y efectiva, con la progresiva construcción de la institucionalidad republicana, la doctrina de la separación de poderes se irá consolidando al calor de los acontecimientos políticos.

Dicho proceso se verá finalmente terminado con el advenimiento de las denominadas constituciones federales de mediados de siglo, caracterizadas por una forma de gobierno alejada del presidencialismo que se había implantado desde los orígenes de la república. Así, el nuevo régimen fue uno marcadamente limitado y restringido en su actuar, en el cual existe un equilibrio entre los poderes a partir de su levedad. Debido a la forma excluyente en que se adoptó y su radicalismo, la Constitución que les sucedería en 1886, adoptará una forma de gobierno exactamente opuesta. De ahí que, para comienzos del siglo XX, la constitución vigente estará caracterizada por ser unitaria, centralista, confesional y configurar un régimen que puede calificarse como “hiper- presidencialista”, a raíz de la cooptación de los demás poderes en cabeza del ejecutivo. Por lo tanto y a pesar de los retoques hechos con la reforma de 1910, la vigencia de la doctrina de la separación de poderes se encontrará en una particular paradoja, ya que, si bien esta seguía constando en el tenor del texto constitucional, su vigencia se encontraba, cuando menos, en entredicho. Será con la implementación de las reformas de 1910, el auge económico y el surgimiento de nuevas clases sociales, con lo que llegarían a Colombia nuevas ideas sobre la política y el rol que debería desempeñar el Estado. Estos aires de renovación se concretarán con el advenimiento de los primeros gobiernos liberales tras cerca de 50 años de hegemonía conservadora.

Con la llegada en 1934 del gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo se emprendió una ambiciosa reforma constitucional. Esta tendrá como finalidad la de compatibilizar dogmáticamente a la conservadora constitución de 1886 con las nuevas expectativas generadas por el constitucionalismo social y la necesidad de instituir un Estado intervencionista. Dentro de esta reforma, uno de los asuntos a revisar fue el principio de separación de poderes en su consagración clásica-liberal que traía el artículo 57 constitucional. Haciendo eco de las críticas de León Duguit y con una notable influencia

de constitucionalistas de la época, se modificó el mencionado artículo, cambiando el término poderes por el de órganos; para referirse a los componentes del Estado, se mantuvo su carácter separado y limitado, pero se introdujo el deber de colaboración armónica entre ellos para el cumplimiento de los fines del Estado.

Así, con esta reforma constitucional, que será promulgada en 1936, se dio origen al mandato de colaboración armónica entre los órganos del Estado en el constitucionalismo colombiano. En este punto llama la atención que con esta reforma se trasciende la noción de constitución como instrumento de limitación y que esta puede ahora asimilarse a la de un “plan”, tal y como se propuso en el capítulo precedente. De igual forma, cabe destacar el contexto en que tiene lugar la misma, a saber, el advenimiento del constitucionalismo social y el interés por los mecanismos que garanticen la eficacia del texto constitucional. Es precisamente en esta línea, en la que, siguiendo a importantes pensadores europeos, se deja en evidencia la insuficiencia de la separación del poder para garantizar la eficacia del texto constitucional y se coincide en la necesidad de introducir el deber de colaboración armónica para estos efectos.

Una vez en vigor la reforma constitucional, fue a la doctrina y a la Corte Suprema de Justicia como juez constitucional, a quienes les correspondió interpretar las nuevas normas constitucionales. Así, en los fallos en los que tuvo que abordar el alcance de dicha cláusula, la Corte hizo mención a cinco puntos principales. Con el primero, ésta reconoce en su jurisprudencia la notable influencia que tuvo el pensamiento “solidarista” en el origen de la norma constitucional. En el segundo, la Corte reconoce que el artículo constitucional efectivamente contiene un mandato o deber de colaboración para los poderes públicos a pesar de su redacción como enunciado meramente declarativo. Tercero, que el objeto de la colaboración armónica se dirige a matizar al principio de separación estricta entre poderes. En cuarto lugar, la Corte identifica algunos mecanismos constitucionales y legales que en su criterio desarrollan ese deber de colaboración armónica. Y quinto, se reconoce que es el cumplimiento de los fines mismos últimos del Estado, establecidos en la parte dogmática de la Constitución, los que justifican el deber de colaboración entre las ramas del poder público.

A este respecto, merece destacarse cómo la Corte en su jurisprudencia reconoce a la colaboración armónica como un mandato de orden constitucional, originado en un contexto muy preciso, dirigido al cumplimiento de los fines estatales, que supone

interrelaciones entre los poderes que trascienden a las de control que se materializan tanto en mecanismos ya previstos en la constitución, como en otros desarrollados legalmente para estos efectos.

Bajo la vigencia del mandato de colaboración armónica y la mencionada jurisprudencia constitucional, para 1991 tendrá lugar en Colombia un nuevo proceso constituyente que propondrá la expedición de un nuevo texto constitucional como una estrategia para hacer frente a la crítica situación política y social de la época. Para estos efectos y de forma poco ortodoxa se convocó a una Asamblea Nacional Constituyente que sesionó durante 1991. Para nuestros efectos, la Asamblea discutió intensamente sobre el número de órganos o ramas que debían componer el Estado colombiano atendiendo a la novedad que suponía la función electoral y la de control desde una perspectiva constitucional. Sin embargo, poco se discutió sobre el significado o alcance del deber de colaboración armónica entre ellos, creándose un importante consenso entre los delegatarios sobre la conveniencia de mantener su consagración en el que sería el nuevo artículo 113 constitucional.

Las perspectivas comparadas de la colaboración armónica

Tras el anterior recuento histórico, se recurrió al Derecho Constitucional Comparado para indagarnos sobre el mandato de colaboración armónica en ese campo. De allí, es posible concluir que la colaboración resulta ser un elemento intrínseco en las formas de gobierno parlamentaristas, en especial, para las relaciones entre el gobierno y el parlamento. Sin embargo, en los sistemas presidencialistas y en razón al mayor grado de separación entre las ramas de naturaleza política, es posible advertir un mayor riesgo de inestabilidad y conflicto institucional. Por lo tanto, al no ser la colaboración un elemento ínsito en los sistemas presidencialistas parece plausible afirmar que en ellos se justificaría la consagración en sus textos constitucionales de una disposición que prescriban un relacionamiento colaborativo entre las ramas del poder público. Lo anterior, como estrategia para conjurar los riesgos de inestabilidad y falta de colaboración antes advertidos.

Dicha hipótesis pudo comprobarse al analizar las cláusulas de relacionamiento entre poderes actualmente presentes en las constituciones vigentes. Al realizar dicho ejercicio, se encontró que cerca de una de cada cinco constituciones vigentes disponen de dichas

cláusulas. En este subconjunto de constituciones, el 83% de las mismas prevé sistemas presidencialistas. Ello implica, estadísticamente, que las constituciones que prevén esta forma de gobierno tienen una probabilidad de tener una cláusula de relacionamiento 7.8% mayor a las que no.

Con el fin de profundizar en algunas de estas cláusulas, se recurrió al análisis de dos estudios de caso. Aplicando el criterio de “los casos más diferentes” se seleccionó el mandato de armonía previsto en el artículo 2° de la Constitución Federal de Brasil de 1988 y el de cooperación leal del artículo 13(2) del Tratado de la Unión Europea. Frente al primero fue posible rastrear su origen hasta la Constitución imperial de 1824 donde se previó la existencia de un poder moderador, ejercido por el emperador, que debía garantizar, precisamente, la armonía entre los poderes ante eventuales conflictos. A pesar de la desaparición del poder moderador, el mandato de armonía se mantuvo en las constituciones brasileñas posteriores más por razones de tradición y de costumbre.

A pesar de su expresa consagración en la Constitución de 1988, el Supremo Tribunal Federal, como intérprete autorizado de la constitución, no ha realizado una particular conceptualización del mandato de armonía, ni siquiera en el abordaje de casos que han comprometido la estabilidad institucional. Salvo algunos pronunciamientos que no constituyen más que *obiter dicta*, el Tribunal ha interpretado la disposición prevista en el artículo 2° como una referencia al principio de separación de poderes, sin hacer mención a lo que implica aquel mandato de armonía. Por el contrario, una perspectiva más novedosa al respecto puede encontrarse en la doctrina brasileña, la cual, a la luz de la revisión del principio de separación de poderes en el marco de un Estado Social, al igual que como estrategia para incentivar el diálogo interinstitucional, han comenzado a advertir la potencialidad que tiene el desarrollo de dicha norma constitucional.

En relación con el caso de la Unión Europea, el origen del mandato, contrario al caso brasileño, se ha dado a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia. Este, en distintos pronunciamientos, ha derivado del deber de cooperación leal entre los Estados y la Unión el de cooperación entre las instituciones mismas. Para ello, el Tribunal ha llegado a evaluar la conducta de las instituciones para afirmar si de esta se deriva un comportamiento cooperativo y leal. A partir de su construcción jurisprudencial, tanto el fallido tratado por medio del cual se creaba una constitución para Europa, como el tratado

de Lisboa procedieron a positivizar dicho principio, quedando finalmente consagrado en el artículo 13(2) del TUE.

A raíz de su consagración, ha aumentado la invocación de dicho principio en las contingencias entre las instituciones de la Unión. Con ello, el Tribunal Europeo ha continuado la definición del alcance de dicho mandato. Al respecto, ha reconocido que el principio de cooperación leal trasciende la discusión sobre las competencias de una institución para proceder a evaluar la forma en la que estas se ejercen. Por lo tanto, el Tribunal ha llegado a exigir que las instituciones deben tomar en consideración, deliberar, negociar e intentar llegar a acuerdos con las demás al momento de ejercer sus competencias. Finalmente, en relación con estos desarrollos, la doctrina europea viene otorgando un papel central al mandato de cooperación leal en el futuro de la Unión. Así, a manera de ejemplo, Marise Cremona ha considerado que éste debe considerarse como uno de los principios estructurales de la Unión Europea, mientras que David Yuratich lo considera como un principio que puede contribuir a disminuir el déficit democrático y por tanto, dotar de mayor legitimidad el funcionamiento de la Unión.

Los significados de la colaboración armónica en Colombia

Volviendo al caso colombiano, del recuento realizado de las interpretaciones que se han hecho del contenido del artículo 113 Constitucional, puede afirmarse que éste define la estructura del Estado colombiano entre las tres ramas tradicionales y unas organizaciones compuestas por órganos autónomos e independientes que cumplen funciones diferentes a las tradicionales. Entre estos órganos encontramos actualmente los de control, electorales, el Banco Central, las Corporaciones Autónomas Regionales, los Entes Universitarios Autónomos, la Comisión Nacional del Servicio Civil, y la institucionalidad de transición. A la luz del artículo en mención, dichos órganos tienen funciones separadas, con lo que se garantizan los postulados de división y separación entre poderes. Sin embargo, dicha separación funcional se condiciona, contrario a lo que pudiera intuirse, con el mandato de colaboración armónica entre los órganos para el cumplimiento de los fines del Estado, conservándose para ello la misma fórmula sintáctica utilizada en la reforma constitucional de 1936.

En la doctrina colombiana ha sido limitado el interés que ha generado ese mandato de colaboración. Ello se evidencia en la ausencia de estudios monográficos sobre el concepto

de colaboración armónica en la doctrina iuspublicista colombiana. A pesar de ello, en los estudios que se identificaron y analizaron resulta coincidente la idea de identificar a la colaboración armónica con el de unidad de acción del Estado, denominarlo como un “principio”, equipararlo con el de separación de poderes e incluso identificarlo como un modelo flexible de esta. Sin embargo, sobre este último punto, no existe claridad en la doctrina sobre la forma en que se manifiesta dicha colaboración, a saber, si con interacciones, injerencias o incluso si los controles interorgánicos pueden considerarse manifestaciones de colaboración armónica.

Pasando ahora a los desarrollos que del mandato constitucional de colaboración ha hecho el legislador colombiano encontramos, en primer lugar, que este aprobó una reforma constitucional en 2011 con la que, además de introducir a la sostenibilidad fiscal a la carta política, condicionó a que su implementación se diera en un marco de colaboración armónica. En segundo lugar, ya en el plano legal, encontramos que el legislador ha hecho mención explícita a la colaboración armónica en siete leyes desde 1991 y de estas, en cinco se hace algún desarrollo al respecto. Estas han versado principalmente sobre labores de planeación y coordinación entre los órganos y entidades destinatarias y es notable que de forma reciente se ha incrementado el uso del mandato para el cumplimiento de los fines previstos en otras leyes. También es cierto, que al menos uno de estos desarrollos legales fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por considerar que con lo allí dispuesto se vulneraba el principio de separación de poderes.

En cuanto a la interpretación que se ha hecho del artículo 113 superior en la jurisprudencia debemos comenzar constatando que la Corte Constitucional ha identificado en este artículo al principio de separación de poderes. Sobre este principio, la Corte ha identificado tradicionalmente dos modelos, uno estricto y uno flexible, sosteniendo que es este último, el de *frenos y contrapesos*, el adoptado por el sistema político colombiano. En esta línea, la Corte ha identificado a este principio como un “elemento estructural” de la Constitución, hasta el punto de que su vulneración o quebrantamiento implicará un exceso en la competencia de reforma, lo que implica que dicha modificación deberá ser declarada inexecutable, como en efecto ha sucedido en significativas oportunidades.

Sobre la colaboración armónica, la Corte ha sostenido en su jurisprudencia que se trata de un principio de rango constitucional y de un elemento rector de las relaciones entre las

diferentes ramas del poder público. Sobre su significado, este implica la unidad de acción, esfuerzos y la coordinación de propósitos para realizar el *telos* de las instituciones, que no es otro que cumplir con los fines del Estado, es decir, aquellos que constan en la parte dogmática del texto constitucional. Frente a la relación con el principio de separación de poderes, la Corte ha señalado que deberá ponderarse entre ambos buscando que no se subsuma el núcleo básico de cada principio. En cuanto a la manera en que se manifiesta la colaboración armónica en el plano constitucional, el alto tribunal ha sostenido dos posiciones, una inicial que parece ya revaluada, en la que se identifica a la colaboración armónica con el modelo flexible de separación de poderes, llegando a considerar que los mecanismos de control, propios del modelo de *frenos y contrapesos*, constituían mecanismos de colaboración.

Una segunda posición, ya consolidada, parte de distinguir claramente entre los mecanismos de control y los de colaboración. Sobre estos últimos, la Corte ha creado una tipología de estos mecanismos, la cual atiende a (i) la inexistencia de una coincidencia exacta entre la rama del poder público y el tipo de funciones que le son asignadas; (ii) la fijación de funciones complementarias activando la participación de varios órganos en momentos diferentes o con diversos grados de generalidad; (iii) la posibilidad de transferir temporalmente cierto tipo de funciones de un órgano a otro; y (iv) la asignación específica a algunos órganos de funciones que deben cumplir respecto de otros vinculados, usualmente, a alguna rama del poder. Frente a cada una de estas categorías, la Corte en su jurisprudencia ha identificado mecanismos presentes en el mismo texto constitucional. Sin embargo, la Corte también ha identificado mecanismos de colaboración de origen legal, frente a los cuales ha tenido oportunidad de evaluar su constitucionalidad a la luz de la debida ponderación entre los principios de colaboración y separación entre poderes.

Finalmente pudo constatar en la jurisprudencia constitucional cuatro conjuntos de casos en los que la Corte ha hecho un desarrollo significativo del concepto de colaboración armónica. El primero de ellos se refiere a aquellos donde la Corte resuelve exhortar a otro órgano para que dé cumplimiento a sus funciones constitucionales, mecanismo que ha creado el mismo tribunal justificándolo siempre en la colaboración entre órganos y garante de la separación de poderes. El segundo, se refiere a las sentencias estructurales en las que se declara un Estado de Cosas Inconstitucional, decisión que siempre ha estado

fundamentada por el alto tribunal en el principio de colaboración armónica, tanto al momento de decretarse como en las acciones de seguimiento.

En tercer lugar, encontramos los casos recientes donde se han abordado los cambios jurídicos e institucionales propios de las negociaciones de paz. De estos casos llama la atención, por un lado, que la paz haya sido identificada por el mismo tribunal como uno de los fines hacia los que deben colaborar todos los órganos del Estado y por otro, que la institucionalidad creada para estos efectos disponga de expresos mandatos de colaboración no solo entre ella misma sino con la institucionalidad permanente. Por último, se pudo identificar un caso aún más reciente en el que la Corte debió pronunciarse por primera vez frente a la demanda ciudadana contra una norma por vulnerar directamente el principio de colaboración armónica. Si bien ni la decisión ni los desarrollos allí realizados fueron favorables al demandante, ni tampoco novedosos, este caso bien podría abrir una interesante vía para futuras demandas y desarrollos por parte de la Corte Constitucional, como viene sucediendo en el caso europeo expuesto anteriormente.

Nuestra propuesta interpretativa del principio de colaboración armónica en Colombia

Finalmente, para la construcción de nuestra propuesta interpretativa del principio de colaboración armónica podemos partir de considerar que la Constitución colombiana de 1991 puede definirse como transformadora, en tanto, sus contenidos como la práctica derivada de ella se adecúan a los parámetros que doctrinalmente se han adscrito a este concepto. Así, la Constitución adopta una concepción sustantiva de la igualdad, consagra la existencia de deberes afirmativos en cabeza del Estado, proclama el efecto horizontal de los derechos constitucionales, dispone de un amplio derecho de acceso a la justicia, promueve la gobernanza participativa y el multiculturalismo, además de que se reconoce como un punto de inflexión en la historia política y social colombiana. De esta manera, la Constitución de 1991 deberá comprenderse como un plan- maestro que establece metas y objetivos, a través de su componente aspiracional y que tiene una clara vocación de cumplimiento.

Para garantizar su eficacia, la Constitución dispone de dos dispositivos principales, uno normativo y otro institucional. Frente al primero, es decir, aquel que le pretende dotar de

vigencia u obligatoriedad jurídica, podemos afirmar que para el caso colombiano ello es predicable de todo el texto constitucional, incluyendo su contenido aspiracional. Esto puede evidenciarse en el valor jurídico que se le ha otorgado al preámbulo, en la concepción de los principios constitucionales como normas deónticas y en el desarrollo jurisprudencial y legislativo que se le ha dado a importantes derechos económicos y sociales. En relación con el componente institucional que hace énfasis en el diseño orgánico de la constitución, encontramos que este ha estado definido por el principio de distinción y sus postulados de división, separación entre poderes y frenos y contrapesos. De esta manera, se ha presupuesto que la ambición y la desconfianza sirven de combustible a la sala de máquinas de la Constitución colombiana. Ello se evidencia por la amplia batería de controles inter- orgánicos que en ella se establecen, tanto políticos como jurídicos, y que configuran relaciones de fricción entre ellos. Sin embargo, esas inter- relaciones de fricción no resultan suficientes para garantizar la eficacia de una Constitución transformadora y aspiracional como la colombiana.

Entender a la constitución como un plan maestro implica analíticamente que los agentes encargados de su realización deban actuar con mutua receptividad, compromiso con la actividad conjunta y disposición para brindarse apoyo mutuo. Como se dijo, en esta última máxima radica el fundamento del mandato de colaboración, el cual prescribe que los órganos del Estado deben contribuir de forma efectiva, a través de la agregación de sus capacidades institucionales, a saber, de mayor experticia, mayor apoyo ciudadano o de mejores procesos de toma de decisión para el logro de un resultado superior al que podría obtenerse de forma aislada en el desarrollo del proyecto constitucional. Para el caso colombiano, dicho mandato obtiene pleno fundamento, no solo por su consagración expresa, sino también por su origen histórico, la interpretación dada y el régimen presidencialista adoptado. De esta forma, el mandato de colaboración constituye un principio de rango constitucional, de naturaleza institucional y estructural para el sistema constitucional colombiano.

Dicho principio se manifiesta tanto de forma expresa como implícita. Frente a la primera, la Constitución colombiana dispone de mecanismos inter- orgánicos que pueden clasificarse como de impulso, concurrencia o reemplazo atendiendo al grado de colaboración exigido. Con relación a su manifestación implícita, esta ha sido especialmente desarrollada en la jurisprudencia constitucional y suele tener lugar cuando

se constata la abdicación o incumplimiento de uno o varios órganos de sus funciones dentro del proyecto constitucional. A raíz de ello, es posible identificar decisiones judiciales que se correspondan con la misma tipología de los mecanismos colaborativos. Sin embargo, estas decisiones presentan límites en cuanto a la legitimidad y a las capacidades institucionales de las autoridades jurisdiccionales, por lo que resulta deseable que dichas intervenciones sean graduales, procurando empoderar a las demás instituciones en el cumplimiento de su rol constitucional, antes que simplemente pretender reemplazarlas. Finalmente, el principio de colaboración tiene límites. Desde el punto de vista jurídico estos se determinarán por los demás principios constitucionales, en particular, el de distinción. Desde el punto de vista fáctico, su desarrollo deberá procurar la contención y evitar la beligerancia institucional, sin que esto implique consensos absolutos o unanimidad en los asuntos constitucionales. De allí que la colaboración deberá ser siempre armónica, tal y como lo dispone el mandato constitucional colombiano.

Por el surgimiento de un constitucionalismo colaborativo

A raíz de la relevancia que ha adquirido el principio de colaboración armónica para el funcionamiento de un sistema constitucional, incluyendo el colombiano, ha comenzado a aflorar en los últimos años el concepto de “constitucionalismo colaborativo”. Este nuevo concepto responde a la necesidad de actualizar los usos lingüísticos a los que recurre el constitucionalismo, además que parece corresponderse mejor que otras analogías para prescribir el tipo de interrelaciones que deben tener lugar entre las distintas ramas del poder en un Estado contemporáneo. Así, con el adjetivo colaborativo, se pretende aludir a un nuevo tipo de constitucionalismo que se caracteriza, primero, por enfatizar en la vocación de cumplimiento que tienen las constituciones y la consiguiente unidad de propósito que esta genera entre sus agentes. Segundo, por el reconocimiento y la valoración que se hace de la diversidad de órganos que hacen parte del proyecto constitucional. Tercero, por la relevancia que se le otorga a las interrelaciones entre los distintos componentes estatales y, finalmente, por entender el desempeño constitucional como un proceso colaborativo continuo y sostenido en el tiempo que pretende la obtención de mejores resultados a través de la interacción de los agentes para el cumplimiento del proyecto constitucional. En los tiempos actuales, cuando incluso

nuestra supervivencia como especie parece estar en juego, un modelo como el propuesto que enfatiza en la necesidad de un actuar colectivo coordinado y colaborativo a la luz de los derechos y aspiraciones constitucionales parece ser, cuando menos, prometedor.

BIBLIOGRAFIA

- Acemoglu, Daron. «“Ahora necesitamos empoderar a los Estados y trabajar muy duro para controlarlos y contenerlos” - LA NACION». *La Nación*, 12 de abril de 2020. <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/daron-acemoglu-ahora-necesitamos-empoderar-a-los-estados-y-trabajar-muy-duro-para-controlarlos-y-contenerlos-nid2353255>.
- Ackerman, Bruce. *La nueva división de poderes*. Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2007. (Trad. José Manuel Salazar).
- . «The New Separation of Powers». *Harvard Law Review* 113, n.º 3 (enero de 2000): 633. <https://doi.org/10.2307/1342286>.
- Ackerman, Bruce A. *The civil rights revolution*. Cambridge: Harvard University Press, 2014.
- Adserà, Alicia, y Carles Boix. «Constitutions and Democratic Breakdowns». En *Controlling Governments*, editado por Jose Maria Maravall y Ignacio Sanchez-Cuenca, 247-302. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Aguiló Regla, Josep. «Cuatro pares de concepciones opuestas de la Constitución». En *Fragmentos para una teoría constitucional*, editado por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero. Madrid: Iustel, 2007.
- Alarcón Bernal, Edith. «Las primeras constituciones democráticas en Colombia». Universidad Nacional de Colombia, 2013. <http://www.bdigital.unal.edu.co/9711/1/6698332.2013.pdf>.
- Albert, Richard. *Constitutional amendments: making, breaking, and changing constitutions / Richard Albert*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- . «Presidential Values in Parliamentary Democracies». *International Journal of Constitutional Law* 8, n.º 2 (2010): 207-36.
- Alexander, Larry, ed. *Constitutionalism : philosophical foundations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Alexy, Robert. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Lima: Palestra Editores, 2019.
- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2012. (Trad. Carlos Bernal Pulido).
- Alterio, Ana Micaela. «La Suprema Corte de Justicia Mexicana en la transformación social». En *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, editado por Roberto Niembro y Sergio Verdugo. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2019.
- Ansell, Christopher. *Pragmatist Democracy Evolutionary Learning as Public Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Antonio Nariño. *Escritos Políticos*. Bogotá: El Áncora, 1982.
- Anzoátegui, Víctor Tau. *La ley en América hispana: del Descubrimiento a la Emancipación*. Buenos Aires: Academia Nacional de la Historia, 1992.
- Aragón Reyes, Manuel. *Constitución y Control del Poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Arango Restrepo, Ana Catalina. «Presidencialismo». *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad* 0, n.º 14 (19 de marzo de 2018): 244. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4167>.
- Arango, Rodolfo. «Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional». En *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, editado por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro, y Mariela Morales

- Antoniazzi. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México y Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 2014.
- Aristóteles. *La Política*. 9a. Madrid: Espasa-Calpe, 1962.
- Asamblea Nacional Constituyente. «Gaceta Constitucional No. 105». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 109». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 113». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 114». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 14». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 22». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 24». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 26A». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 27». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 5». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 57». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 59». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 78». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 83». Bogotá, 1991.
- . «Gaceta Constitucional No. 85». Bogotá, 1991.
- Assembléia Nacional Constituinte. «constituição da República Federativa do Brasil», 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruiz Manero. «La dimensión institucional del derecho y la justificación jurídica». *Doxa* 24 (2001): 115-30.
- Atienza, Manuel, y Juan Ruíz Manero. *Las piezas del derecho : teoría de los enunciados jurídicos*. 1o. Barcelona: Ariel, 1996.
- Austin, Jonh L. *How to Do Things with Words*. 2o. Cambridge: Harvard University Press, 1975.
- Avila, Ana Paula Oliveira, y Karen Cristina Correa de Melo. «Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde». *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (1 de enero de 2018): 83. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.54934>.
- Axelrod, Robert M. *La complejidad de la cooperación: modelos de cooperación y colaboración basados en los agentes*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- . *The evolution of cooperation*. New York: Basic Books, 1984.
- Baker, Keith Michael. «Constitutions». En *A Critical Dictionary of the French Revolution*, editado por François Furet y Mona Ozouf. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1989.
- Baker, Travis J., y Thomas Schwartz. «Interbranch cooperation and the shadow of the future». *Constitutional Political Economy* 27, n.º 3 (1 de septiembre de 2016): 319-31. <https://doi.org/10.1007/s10602-015-9201-7>.
- Baleeiro, Aliomar. *Constituição de 1891*. 3º. Brasília DF: Senado Federal, 2012.
- Barak, Aharon. «On Constitutional Implications and Constitutional Structure». En *Philosophical foundations of constitutional law*, editado por David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn, 332. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Barber, N. W. «Prelude to the Separation of Powers». *The Cambridge Law Journal* 60, n.º 1 (2001): 59-88. <https://doi.org/10.1017/S0008197301000629>.
- Barber, Nicholas William. *The Principles of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Barber, Sotirios A. *Welfare and the Constitution*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

- Barber, Sotirios A, y James E Fleming. *Constitutional interpretation the basic questions*. Oxford : Oxford University Press, 2007.
- Barbosa, Antonio Ezequiel Inácio, y Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. «Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo». *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (1 de enero de 2018): 109. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.55825>.
- Barreto Rozo, Antonio. «El análisis de la división de los poderes públicos en Colombia: guía de instrucciones iniciales». En *Nuevas tendencias del derecho administrativo*, editado por Helena Alviar García, 410. Bogotá: Universidad de los Andes, 2016.
- Barreto Rozo, Antonio Felipe. *Venturas y desventuras de la regeneración : apuntes de historia jurídica sobre el proyecto político de 1886 y sus transformaciones y rupturas en el siglo XX*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.
- Barreto Rozo, Antonio, Miguel Malagón Pinzón, y Ana María Otero Cléves. *Tratados y Manuales Jurídicos del Período Radical*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.
- Bayón Mohíno, Juan Carlos. «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional». *Jueces para la democracia* 27 (1996): 41-49.
- Bellamy, Richard. *Political constitutionalism: a republican defence of the constitutionality of democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- . «Political constitutionalism and the Human Rights Act». *International Journal of Constitutional Law* 9, n.º 1 (1 de enero de 2011): 86-111. <https://doi.org/10.1093/icon/mor024>.
- Berman, Paul. «From Laeken to Lisbon: The Origins and Negotiation of the Lisbon Treaty». En *EU Law after Lisbon*, 3-39. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Bernal Pulido, Carlos. «¿Puede la colaboración abierta fortalecer la legitimidad en los procesos de construcción constitucional?» En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 24°. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2018.
- . «Austin, Hart y Shapiro. Tres variaciones alrededor del derecho como una entidad fundada en una práctica social». *Derecho y práctica social* 14, n.º 1 (2014): 21-72.
- . «Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine». *International Journal of Constitutional Law* 11, n.º 2 (1 de abril de 2013): 339-57.
- Bilchitz, David. «Towards a defensible relationship between the content of socioeconomic rights and the separation of powers: conflation or separation?» En *The evolution of the separation of powers : between the global North and the global South*. London: Elgar, 2018.
- Bilchitz, David, y David Landau. *The evolution of the separation of powers : between the global North and the global South*. London: Edward Elgar Publishing, 2018.
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 3°. Bogotá: Temis, 2012.
- Bodino, Jean. *Los seis libros de la República [1576]*. Editado por Jose Luis Bermejo Cabrero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- Bogdandy, Armin Von. «Ius Constitutionale Commune en América Latina: Aclaración conceptual». En *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, editado por Armin Von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Querétaro: Max Planck Institute, 2017.
- . «Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador». *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (1 de enero de 2015): 3-50. <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01>.

- Bogdandy, Armin Von, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan, y Ximena Soley. «Ius Constitutionale Commune en América Latina: A Regional Approach to Transformative Constitutionalism». En *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, editado por Armin Von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Bolívar, Simón. «Decreto que debe servir de ley constitucional del Estado hasta el año de 1830». En *Las Constituciones de Colombia*, 2º, Vol. I. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1985.
- Bolívar, Simón. «Carta de Jamaica». En *Escritos Políticos*, 5º. Bogotá: El Áncora, 1984.
- . «Discurso pronunciado por el Libertador ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819». En *Escritos Políticos*, 5º. Bogotá: El Áncora, 1984.
- Bonilla-Maldonado, Daniel Eduardo. «La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes». *Vniversitas* 64, n.º 131 (30 de noviembre de 2015): 231-76. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj131.acps>.
- Bonilla Maldonado, Daniel. *La Constitución multicultural*. Siglo del Hombre, 2006.
- Bork, Robert H. «Constitution, Original Intent, and Economic Rights, The». *San Diego Law Review* 23 (1986).
- Botero Bernal (Coord.), Andrés. *Cádiz en la Nueva Granada: ocho estudios sobre la constitución gaditana en el período de la independencia neogranadina*. Medellín: Universidad de Medellín, 2014.
- Botha, Henk. «Metaphoric Reasoning and Transformative Constitutionalism (part 1)». *Journal of South African Law* 2002 (2002).
- . «Metaphoric Reasoning and Transformative Constitutionalism (Part 2)». *Journal of South African Law* 2003 (2003).
- Bradley, Anthony W, y Cesare Pinelli. *Parliamentarism*. Oxford: Oxford University Press, 2012. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0032>.
- Bratman, Michael. *Faces of intention : selected essays on intention and agency*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- . *Shared agency : a planning theory of acting together*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Breslin, Beau. *From words to worlds : exploring constitutional functionality*. Batimore: Johns Hopkins University Press, 2009.
- Brito Ruíz, Fernando. *Estructura del Estado Colombiano y de la administración pública nacional según la Constitución de 1991*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2010.
- Bryman, Alan. *Social research methods*. 4º. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Caballero Sierra, Gaspar, y Marcela Anzola Gil. *Teoría constitucional*. Bogotá: Temis, 1995.
- Calabresi, Steven G. «An Agenda for Constitutional Reform». En *Constitutional Stupidities, Constitutional Tragedies*, editado por Sanford V. Eskridge, William N. Levinson, 22-27. New York: New York University Press, 1998.
- Camargo, Pedro Pablo. *Trayectoria y características del Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Sociedad Colombiana de Abogados, 1974.
- Cameron, Maxwell A. *Strong constitutions: social-cognitive origins of the separation of powers*. Oxford: Oxford Univesity Press, 2013.
- Carolan, Eoin. *The new separation of powers: a theory for the modern state*. Oxford University Press, 2009.
- Carolan, Eoin. «Dialogue isn't working: the case for collaboration as a model of legislative–judicial relations». *Legal Studies* 36, n.º 02 (2 de junio de 2016): 209-

29. <https://doi.org/10.1111/lest.12099>.
- . «Leaving behind the Commonwealth model of rights review: Ireland as an example of collaborative constitutionalism». En *Rights-Based Constitutional Review: Constitutional Courts in a Changing Landscape*, editado por John Bell y Marie-Luce Paris, 480. London: Edward Elgar Publishing, 2016.
- Carré de Malberg, Raymond. *Teoría general del Estado*. 3°. México D.F: Fondo de Cultura Económico, 1998. (Trad. José Lión Depetre).
- Centro Nacional de Memoria Histórica. *Una nación desplazada: informe nacional del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015.
- Cepeda-Espinoza, Manuel Jose. «Transcript: Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court». *Texas Law Review* 89 (2010).
<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tlr89&id=1717&div=73&collection=journals>.
- Cepeda Espinosa, Manuel José. *Derecho constitucional jurisprudencial : las grandes decisiones de la Corte Constitucional*. Bogotá: Legis, 2001.
- . *La Carta de derechos : su interpretación y sus implicaciones*. Bogotá: Temis, 1993.
- . *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. 2°. Bogotá: Editorial Temis, 1997.
- . *Polémicas constitucionales*. Bogotá: Legis, 2008.
- Cepeda Espinosa, Manuel José, y David Evan Landau. *Colombian Constitutional Law: Leading cases*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Cepeda, Manuel. *Introducción a la Constitución de 1991 Hacia un nuevo constitucionalismo*. Bogotá: Imprenta Nacional, 1993.
- Cheibub, José Antonio. «Democracy and Dictatorship Revisited». Consultado 11 de diciembre de 2018.
<https://sites.google.com/site/joseantoniocheibub/datasets/democracy-and-dictatorship-revisited>.
- Cheibub, José Antonio, y Fernando Limongi. «Legislative-executive relations». En *Comparative constitutional law*, editado por Tom Ginsburg y Rosalind Dixon, 668. Northampton: Edward Elgar, 2011.
- Chinchilla, Tulio Elí. *Constitución política de Colombia comentada*. Título V. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, 1996.
- Chomsky, Noam. *Estructuras sintácticas*. 6°. Ciudad de México: Siglo Veintiuno, 1997.
- Choper, Jesse H., Richard H. Fallon, Yale Kamisar, y Steve H. Shiffrin. *Constitutional law : cases, comments, questions*. 10°. St. Paul: Thomson/West, 2006.
- CLXXXIII, Gaceta Judicial Tomo. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 28 de febrero (1985).
- Coenen, Dan T. «A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue». *William and Mary Law Review* 42 (2000).
- Cole, David, y Federico Fabbrini. «Bridging the transatlantic divide? The United States, the European Union, and the protection of privacy across borders». *International Journal of Constitutional Law* 14, n.º 1 (9 de enero de 2016): 220-37.
<https://doi.org/10.1093/icon/mow012>.
- Coleman, Jules L. *The practice of principle : in defence of a pragmatist approach to legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Colombia, Corte Constitucional de. Sentencia T-290/93 (1993).
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación. *¡Basta Ya! Colombia: Memorias*

- de guerra y dignidad*. Bogotá: Imprenta Nacional, 2013.
- Comisión Tercera- Asamblea Nacional Constituyente. «Transcripción de sesión del 15 de mayo de 1991». Bogotá, 1991.
- Concha, José Vicente. *Apuntamientos de derecho constitucional*. Bogotá: Librería Americana, 1927.
- Conferencia de los Representantes de los Gobierno de los Estados Miembros de la UE. «Proyecto de Tratado por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea», 2007.
- Congreso Constituyente. «Constitución de la República de Colombia de 1830». En *Constituciones de Colombia*, editado por Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra. Bogotá: Banco Popular, 1986.
- Congreso de Colombia. «Acto Legislativo No. 1 de 1945». En *Constituciones de Colombia*, editado por Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra. Bogotá: Banco Popular, 1986.
- . «Acto Legislativo Número 3 de 1910». En *Constituciones de Colombia*, editado por Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4a, T. IV. Bogotá: Banco Popular, 1986.
- Congreso de la Nueva Granada. «Constitución Política de la Nueva Granada 1853». En *Constituciones de Colombia*, editado por Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4º, TomoIV. Bogotá: Banco Popular, 1986.
- . «Constitución Política de la República de la Nueva Granada 1843». En *Constituciones de Colombia*, editado por Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4º, Tomo I. Bogotá: Banco Popular, 1986.
- Congreso de la República de Colombia. Acto Legislativo 1 de 2007: Por el cual se modifican los numerales 8 y 9 de del artículo 135 de la Constitución Política (2007).
- . Acto Legislativo 2 de 2015: Por el cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones (2015).
- . «Gaceta del Congreso No. 421». Bogotá, 2011.
- . «Gaceta del Congreso No. 491». Bogotá, 2011.
- . «Gaceta del Congreso No. 63». Bogotá, 2011.
- . «Gaceta del Congreso No. 989». Bogotá, 2010.
- . Ley 1151 de 2007: Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010", Pub. L. No. 1151 (2007).
- . Ley 1762 de 2015: Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal, Pub. L. No. 1762 (2015).
- . Ley 1801 de 2016: Por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia (2016).
- . Ley 1909 de 2018: Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes (2018).
- . Ley 434 de 1998 (1998).
- . «Ley 986 de 2005: Por medio de la cual se adoptan medidas de protección a las víctimas del secuestro y sus familias, y se dictan otras disposiciones». 2005, s. f.
- . Ley Estatutaria 1715 de 2015: Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. (2015).
- Congreso General de Colombia. «Constitución de la República de Colombia 1821». En *Constituciones de Colombia*, editado por Jose Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4º, Tomo I. Bogotá: Banco Popular, 1986.
- . «Constitución Política para la Confederación Granadina de 1858». En

- Constituciones de Colombia*, editado por Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4º, T. IV. Bogotá: Banco Popular, 1986.
- . «Ley Fundamental de la Unión de Pueblos de 1821». Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Accedido 24 de abril de 2019.
http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/colombia-15/html/0260c6c0-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1.html.
- Consejo de Europa. «Declaración de los Jefes de Gobierno de los Estados Miembros de la Unión Europea sobre la ratificación del Tratado que Establece una Constitución para Europa». Bruselas, s. f.
- Consejo Nacional Constituyente. «Constitución de la República de Colombia de 1886». En *Constituciones de Colombia*, editado por Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4a, T. IV. Bogotá: Banco Popular, 1986.
- Consejo Nacional de Delegatarios. «Acuerdo sobre Reforma Constitucional 1885». En *Constituciones de Colombia*, editado por Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4a, T. IV. Bogotá: Banco Popular, 1986.
- Constant, Benjamin. *Curso de Política Constitucional*. Madrid: Imprenta de la Compañía, 1820. (Trad. Marcial Antonio Lopez).
- Constitución Política de Colombia (1991).
- Constituyente, Assembléa Nacional. «Diario da Assembléa Nacional Constituinte (Suplemento “B”)». Brasilia DF, 1987.
<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>.
- . «Diario da Assembléa Nacional Constituinte (Suplemento “C”)». Brasilia DF, 1987. <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/redacao.pdf>.
- . «Diário Oficial No. 185». Brasilia DF, 1986.
<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>.
- . «Diário Oficial No. 267». Brasilia DF, 1988.
<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/N020.pdf>.
- Convención Constituyente. «Constitución del Estado de la Nueva Granada 1832». En *Constituciones de Colombia*, editado por Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4º, Tomo I. Bogotá: Banco Popular, 1986.
- Convención Europea. «proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa CONV 850/03». Bruselas, 2003. <http://european-convention.europa.eu/docs/Treaty/cv00850.es03.pdf>.
- Convención Nacional. «Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863». En *Constituciones de Colombia*, editado por Manuel Antonio Pombo y Jose Joaquin Guerra, 4º, T. IV. Bogotá: Banco Popular, 1986.
- Cooke, Robin. «The Road Ahead for the Common Law». *International and Comparative Law Quarterly* 53 (2004).
- Cooter, Robert. *The strategic constitution*. New Jersey: Princeton University Press, 2000.
- Copete Lizarralde, Álvaro. *Lecciones de Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis, 1957.
- Corrales Melgarejo, Ricardo. «Principio de colaboración de poderes». *Revista Jurídica del Perú* 134 (2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Auto A-007/09 (2009).
- . Auto A-078/13 (2013).
- . Auto A-219/11 (2011).
- . Auto A-385/10 (2010).
- . Auto A-558/19 (2019).
- . Sentencia C-004/92 (1992).

———. Sentencia C-017/18 (2018).
———. Sentencia C-031/17 (2017).
———. Sentencia C-037/96 (1996).
———. Sentencia C-053/98 (1998).
———. Sentencia C-067/18 (2018).
———. Sentencia C-080/18 (2018).
———. Sentencia C-089/94 (1994).
———. Sentencia C-1040/05 (2005).
———. Sentencia C-1056/12 (2012).
———. Sentencia C-110/19 (2019).
———. Sentencia C-1111/00 (2000).
———. Sentencia C-121/03 (2003).
———. Sentencia C-127/02 (2002).
———. Sentencia C-127/18 (2018).
———. Sentencia C-1287/01 (2001).
———. Sentencia C-134/94 (1994).
———. Sentencia C-141/10 (2010).
———. Sentencia C-1493/00 (2000).
———. Sentencia C-1506/00 (2000).
———. Sentencia C-170/12 (2012).
———. Sentencia C-179/94 (1994).
———. Sentencia C-183/19 (2019).
———. Sentencia C-212/94 (1994).
———. Sentencia C-219/93 (1993).
———. Sentencia C-220/17 (2017).
———. Sentencia C-221/97 (1997).
———. Sentencia C-223/19 (2019).
———. Sentencia C-227/93 (1993).
———. Sentencia C-246/04 (2004).
———. Sentencia C-247/13 (2013).
———. Sentencia C-251/02 (2002).
———. Sentencia C-253/17 (2017).
———. Sentencia C-276/93 (1993).
———. Sentencia C-283/95 (1995).
———. Sentencia C-285/16 (2016).
———. Sentencia C-286/14 (2014).
———. Sentencia C-288/12 (2012).
———. Sentencia C-306/04 (2004).
———. Sentencia C-306/19 (2019).
———. Sentencia C-310/96 (1996).
———. Sentencia C-312/97 (1997).
———. Sentencia C-332/17 (2017).
———. Sentencia C-350/97 (1997).
———. Sentencia C-372/99 (1999).
———. Sentencia C-373/16 (2016).
———. Sentencia C-374/97 (1997).
———. Sentencia C-377/17 (2017).
———. Sentencia C-379/16 (2016).
———. Sentencia C-389/16 (2016).
———. Sentencia C-393/00 (2000).

———. Sentencia C-408/94 (1994).
———. Sentencia C-473/94 (1994).
———. Sentencia C-477/05 (2005).
———. Sentencia C-479/92 (1992).
———. Sentencia C-497/95 (1995).
———. Sentencia C-524/13 (2013).
———. Sentencia C-544/92 (1992).
———. Sentencia C-551/03 (2003).
———. Sentencia C-565/97 (1997).
———. Sentencia C-588/09 (2009).
———. Sentencia C-592/95 (1995).
———. Sentencia C-605/06 (2006).
———. Sentencia C-608/17 (2017).
———. Sentencia C-613/15 (2015).
———. Sentencia C-630/14 (2014).
———. Sentencia C-630/17 (2017).
———. Sentencia C-674/17 (2017).
———. Sentencia C-687/17 (2017).
———. Sentencia C-695/13 (2013).
———. Sentencia C-699/16 (2016).
———. Sentencia C-733/00 (2000).
———. Sentencia C-743/98 (1998).
———. Sentencia C-818/05 (2005).
———. Sentencia C-827/01 (2001).
———. Sentencia C-836/01 (2001).
———. Sentencia C-870/14 (2014).
———. Sentencia C-871/14 (2014).
———. Sentencia C-967/12 (2012).
———. Sentencia C-970/04 (2004).
———. Sentencia C-971/04 (2004).
———. Sentencia C-977/02 (2002).
———. Sentencia C-987/04 (2004).
———. Sentencia SU-559/97 (1997).
———. Sentencia T-006/92 (1992).
———. Sentencia T-012/19 (2019).
———. Sentencia T-015/95 (1995).
———. Sentencia T-016/07 (2007).
———. Sentencia T-036/95 (1995).
———. Sentencia T-1073/05 (2005).
———. Sentencia T-109/19 (2019).
———. Sentencia T-110/16 (2016).
———. Sentencia T-129/11 (2011).
———. Sentencia T-139/96 (1996).
———. Sentencia T-153/98 (1998).
———. Sentencia T-174/94 (1994).
———. Sentencia T-175/05 (2005).
———. Sentencia T-179/00 (2000).
———. Sentencia T-182/99 (1999).
———. Sentencia T-190/94 (1994).
———. Sentencia T-214/11 (2011).

- . Sentencia T-233/94 (1994).
- . Sentencia T-251/93 (1993).
- . Sentencia T-351/97 (1997).
- . Sentencia T-371/95 (1995).
- . Sentencia T-375/96 (1996).
- . Sentencia T-379/95 (1994).
- . Sentencia T-406/92 (1992).
- . Sentencia T-411/95 (1995).
- . Sentencia T-412/04 (2004).
- . Sentencia T-412/92 (1992).
- . Sentencia T-428/14 (2014).
- . Sentencia T-498/94 (1994).
- . Sentencia T-520/03 (2003).
- . Sentencia T-529/92 (1992).
- . Sentencia T-531/17 (2017).
- . Sentencia T-537-94 (1994).
- . Sentencia T-573/92 (1992).
- . Sentencia T-597/93 (1993).
- . Sentencia T-605/92 (1992).
- . Sentencia T-607/19 (2019).
- . Sentencia T-642/14 (2014).
- . Sentencia T-685/15 (2015).
- . Sentencia T-760/08 (2008).
- . Sentencia T-762/15 (2015).
- . Sentencia T-801/98 (1998).
- . Sentencia T-938/12 (2012).
- . Sentencia T-966/00 (2000).
- . Sentencia T-970/14 (2014).
- . Sentencia T-983A/04 (2004).
- Council, European. «Presidency Conclusions of the Brussels European Council», s. f.
- Courtis, Christian. «El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática». En *Observar la Ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, editado por Christian Courtis. Madrid: Trotta, 2006.
- . *Observar la Ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.
- Couso, Javier. «Las democracias radicales y el 'nuevo constitucionalismo latinoamericano»». En *Derechos humanos : posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, 374. Buenos Aires, 2014.
- Covilla Martínez, Juan Carlos. *Coordinación y autonomía en la administración pública*. Madrid: Arazandi, 2019.
- Craig, Paul. *The Lisbon Treaty*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199595013.001.0001>.
- Craig, Paul P. «Democracy and Rule-making Within the EC: An Empirical and Normative Assessment». *European Law Journal* 3, n.º 2 (1 de junio de 1997): 105-30. <https://doi.org/10.1111/1468-0386.00023>.
- Craig, Paul P., y Gráinne De Búrca. *The evolution of EU law*. 2º. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Cremona, Marise. «Defending the Community Interest: the Duties of Cooperation and Compliance». En *EU foreign relations law : constitutional fundamentals*, editado por Marise. Cremona y Bruno de Witte, 324. Oxford: Hart, 2008.

- Cremona, Marise. «C-246/07 CASE LAW». *Common market law review* 48, n.º 5 (2011): 1639-65.
- . *Structural Principles in EU External Relations Law*. Oxford: Bloomsbury Publishing PLC, 2018.
- Crisafulli, Vezio. *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*. Padova: S.T.E.U., 1939.
- Dahl, Robert A. «Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker». *Journal of Public Law* 6 (1957).
- . *Dilemmas of pluralist democracy : autonomy vs. control*. New Heaven: Yale University Press, 1982.
- «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano». Conseil Constitutionnel, 1789. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf.
- Devis Echandía, Hernando. «La independencia del poder judicial». *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 3 (1985).
- Dixon, Rosalind. «Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form versus Weak-Form Judicial Review Revisited». *International Journal of Constitutional Law* 391 (2007).
- . «Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos». En *Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- Dore, Isaak. «Inter-Branch Conflicts under the Constitution of the United States: A Comment on Professor Goldstein's Paper». *Saint Louis University Law Journal* 43 (1999).
- Dubinsky, Paul R. «The Essential Function of Federal Courts: The European Union and the United States Compared». *The American Journal of Comparative Law* 42, n.º 2 (1994): 295. <https://doi.org/10.2307/840749>.
- Duguit, Léon. *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1996.
- . *Law in the modern state*. New York: B.W. Huebsch, 1919.
- . *Manual de derecho constitucional*. Granada: Comares, 2005.
- . *Manuel de Droit Constitutionnel*. Editado por Albert Fontemoing. Paris: Ancienne Librairie Thorin et Fils, 1907.
- Duverger, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1988. (Trad. Pablo Lucas Verdú).
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- . «The Model of Rules». *University of Chicago Law Review* 35 (1967).
- Dyzenhaus, David. «Reuniting the Brain: The Democratic Basis of Judicial Review». *Public Law Review* 98 (1998).
- . «What is a 'Democratic Culture of Justification?» En *Parliaments and human rights : redressing the democratic deficit*, editado por Murray Hunt, Hayley Jayne Hooper, y Paul Yowell, 520. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- Dyzenhaus, David, y Malcolm Thorburn, eds. *Philosophical Foundations of Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Eisenmann, Charles. «El espíritu de las leyes y la separación de poderes». *Anuario Jurídico* 1975, n.º 2 (1977): 429.
- Eissa Barroso, Francisco Antonio. «El poder moderador en América Latina: el fracaso de una alternativa de diseño constitucional». CIDE, 2004. <http://repositorio-digital.cide.edu/handle/11651/294>.
- Elkins, Zachary, Tom Ginsburg, y James Melton. *The endurance of national constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

- Elster, Jon. «Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process». *Duke Law Journal* 45, n.º 2 (1 de noviembre de 1995).
- . «The Optimal Design of a Constituent Assembly». En *Collective Wisdom*, editado por Helene Landemore y Jon Elster, 148-72. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511846427.008>.
- . *Ulises y las Sirenas : estudios sobre racionalidad e irracionalidad*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- . *Ulysses unbound : studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- Ely, John Hart. *Democracy and distrust : a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- Endicott, Timothy Andrew Orville. *Administrative law*. 2º. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Falcao, Joaquim, y Marcelo Lennertz. «Separação de Poderes: Harmonia ou Competição». *Revista Jurídica Consulex* 12, n.º 281 (2008): 28-29.
- Federal, Senado. «Bases da Assembleia Nacional Constituinte 1987-1988 Emenda 00043 (Maurício Correa)», s. f. <http://www6g.senado.gov.br/apem/data/EMEN-B/1433.html>.
- Federal, Supremo Tribunal. ADI 3.046-9 Sao Paulo (2004).
- . ADI 4.102 Rio de Janeiro (2014).
- . Agravo de Instrumento 410.096 Sao Paulo (2015).
- . Medida Cautelar Na Argüição De Descumprimento De Preceito Fundamental 347 Distrito federal (2015).
- Fernández Botero, Eduardo. *Las Constituciones Colombianas Comparadas*. Medellín: Universidad de Antioquia, 1964.
- Fernández Montalvo, Rafael. *Relaciones interadministrativas de colaboración y cooperación*. Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- Ferrajoli, Luigi. *Principia iuris : teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del Derecho*. Tomo 1. Madrid: Editorial Trotta, 2007. (Trad. Perfecto Andrés Ibañez).
- . *Principia iuris : teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la Democracia*. Tomo 2. Madrid: Editorial Trotta, 2007. (Trad. Perfecto Andrés Ibañez).
- Ferrerres Comella, Víctor. «Amending the National Constitutions to Save the Euro: Is This the Right Strategy». *Texas International Law Journal*, n.º 48 (2013).
- Finn, John E. *Constitutions in crisis : political violence and the rule of law*. Oxford University Press, 1991.
- Fioravanti, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 1996.
- Fowkes, James. «Transformative constitutionalism and global south». En *Transformative Constitutionalism in Latin America: The emergence of a New Ius Commune*, editado por Armin Von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Freeman, Jody. «Collaborative Governance in the Administrative State». *UCLA Law Review* 45 (1997).
- Friedrich, Carl J. *Constitutional Government and Politics, nature and Development*. New York: Harper & Brothers, 1937.
- Gaceta Judicial Tomo CCI. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 6 de febrero (1990).
- Gaceta Judicial Tomo CLII. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 14 de febrero (1974).

———. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 3 de abril (1973).
 Gaceta Judicial Tomo CLVIII. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral,
 Sentencia del 24 de febrero (1978).
 Gaceta Judicial Tomo CLXII. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia
 del 18 de junio (1980).
 ———. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de noviembre (1980).
 Gaceta Judicial Tomo CLXIV. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional,
 Sentencia del 4 de junio (1981).
 ———. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia del 5 de noviembre
 (1981).
 Gaceta Judicial Tomo CLXVII. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 24
 de marzo (1981).
 Gaceta Judicial Tomo CLXXIX. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del
 23 de agosto (1984).
 ———. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 31 de mayo (1984).
 Gaceta Judicial Tomo CLXXXVII. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del
 15 de mayo (1986).
 Gaceta Judicial Tomo CXCI. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 10 de
 septiembre (1987).
 ———. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 2 de julio (1987).
 ———. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 26 de marzo (1987).
 ———. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 3 de marzo (1987).
 Gaceta Judicial Tomo CXCIV. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 10
 de marzo (1988).
 Gaceta Judicial Tomo CXLIV. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 24
 de abril (1972).
 Gaceta Judicial Tomo CXLIX. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,
 Sentencia del 29 de abril (1973).
 ———. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 9 de agosto (1973).
 Gaceta Judicial Tomo CXXXVII. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,
 Sentencia del 29 de abril (1969).
 ———. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 16 de diciembre (1969).
 ———. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 15 de abril (1970).
 ———. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 17 de junio (1970).
 ———. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 27 de septiembre (1969).
 Gaceta Judicial Tomo L. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 20 de
 febrero (1941).
 ———. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 21 de febrero (1941).
 Gaceta Judicial Tomo LV. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 23 de
 mayo (1945).
 Gaceta Judicial Tomo LXVIII. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 20
 de octubre (1950).
 Gaceta Judicial Tomo LXXI. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 6 de
 marzo (1952).
 Gaceta Judicial Tomo LXXXIII. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del
 28 de junio (1956).
 Gaceta Judicial Tomo XXXIV. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 13
 de noviembre (1928).
 Gaitán, Jorge Eliecer. *Lagrimas y sangre o la Matanza de las Bananeras*. Cali:
 Tipografía Gutenberg, 1929.

- Galligan, Denis J., y Mila Versteeg. «Theoretical Perspectives on the Social and Political Foundations of Constitutions». En *Social and Political Foundations of Constitutions*, editado por Denis Galligan y Mila Versteeg, 3-48. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- García-Pelayo, Manuel. *Obras completas*. Vol. 2. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- . *Obras completas*. Vol. 3. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- García Roca, Francisco Javier. «Del principio de la división de poderes». *Revista de estudios políticos*, n.º 108 (2000): 41-75.
- . «Sobre la teoría constitucional de Rudolf Smend». *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, No 59, 1988, págs. 269-276, n.º 59 (1988): 269-76.
- García Roca, Javier. «Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo». *Cuestiones Constitucionales* 37, n.º 37 (1 de julio de 2017): 3-49.
- García Villegas, Mauricio., y Jose Rafael Espinosa Restrepo. *El derecho al Estado: los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2013.
- García Villegas, Mauricio. «Constitucionalismo Aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina». *Análisis Político* 25, n.º 75 (2012).
- Gardbaum, Stephen. *The new commonwealth model of constitutionalism: Theory and practice*. *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- Gargarella, Roberto. *Crítica a la Constitución: sus zonas oscuras*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2004.
- . «El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos». En *Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- . *La sala de máquinas de la Constitución : dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Madrid: Katz, 2015.
- . *Los fundamentos legales de la desigualdad : el constitucionalismo en América (1776-1860)*. Madrid: Siglo XXI, 2005.
- . «Scope and Limits of Dialogic Constitutionalism». En *Democratizing Constitutional Law*, editado por Bernardo Bustamante, Thomas, Gonçalves Fernandes, 119-46. Berna, 2016. https://doi.org/10.1007/978-3-319-28371-5_6.
- . «Sobre los déficit del sistema de “frenos y contrapesos”». Rosario, 2003.
- . «Una maquinaria exhausta: Constitucionalismo y alienación legal en América». *Isonomía* 33 (2010).
- Gargarella, Roberto, y Paola Bergallo, eds. *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.
- Garrorrena Morales, Angel. *El estado español como estado social y democratico de derecho*. Madrid: Tecnos, 1984.
- Gavilanes, Raúl Velásquez, y Ana Gómez Rojas. «Definición y factores del ‘ultrapresidencialismo’: hacia la construcción de un problema de política pública». *Desafíos* 22, n.º 2 (2010).
- Gelderren, Martin van, y Quentin Skinner. *Republicanism : a shared european heritage. Volume I, Republicanism and constitutionalism in early modern Europe*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Gilbert, Margaret. *Joint Commitment: how we make the social world*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Ginsburg, Tom, ed. *Comparative Constitutional Design*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139105712>.

- . «Constitutions as Contract, Constitutions as Charters». En *Social and Political Foundations of Constitutions*, editado por Denis Galligan y Mila Versteeg, 182-204. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Ginsburg, Tom, y Rosalind Dixon. *Comparative constitutional law*. Northampton: Edward Elgar, 2011.
- Ginsburg, Tom, Zachary Elkins, y James Melton. «Do Executive Term Limits Cause Constitutional Crises?» En *Comparative Constitutional Design*, editado por Tom Ginsburg, 350-80. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Ginsburg, Tom, y Aziz Huq. *Assessing Constitutional Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- «Giscard: EU Treaty is the constitution rewritten - Telegraph». *The Telegraph*. 29 de octubre de 2007. <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/1567804/Giscard-EU-Treaty-is-the-constitution-rewritten.html>.
- Gnecco Mozo, Jose. *La reforma constitucional de 1936: comentario jurídico al Acto reformativo*. Bogotá: Editorial ABC, 1938.
- Godoy, Miguel Gualano de. *Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- Gómez Velásquez, Alejandro. «La jurisdicción especial indígena en el sistema político colombiano». *Revista Boliviana de Derecho* 25 (2018): 586-609.
- . «The constitutional framework for transitional justice in Colombia». *Revista Opinión Jurídica* 14, n.º 28 (2015): 21-44.
- Gómez Velásquez, Alejandro, y Mario Montoya Brand. «Una revisión contemporánea a la doctrina de la distinción de poderes». *Civilizar* 17, n.º 32 (2017). <https://doi.org/https://doi.org/10.22518/16578953.817>.
- Gonçalves Carlos, Fabiano. «Separação de Poderes: da concepção clássica à noção contemporânea». *Revista da AJURIS* 43, n.º 140 (10 de octubre de 2016): 151-84.
- González Jácome, Jorge. *Entre la ley y la constitución*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- Gordon, Rachel A. *Regression analysis for the social sciences*. New York: Routledge, 2015.
- Graham, Richard. *Patronage and politics in nineteenth-century Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 1990.
- Gramsci, Antonio. *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el estado moderno*. Madrid: Nueva Visión, 1980.
- Gray, Barbara. *Collaborating : finding common ground for multiparty problems*. Jossey-Bass, 1989.
- «Greek Word Study Tool». Tufts University. Accedido 21 de junio de 2019. [http://www.perseus.tufts.edu/hopper/morph?l=organon&la=greek#Perseus:text:1999.04.0057:entry=o\)rganon-contents](http://www.perseus.tufts.edu/hopper/morph?l=organon&la=greek#Perseus:text:1999.04.0057:entry=o)rganon-contents).
- Griller, Stefan. «Is this a Constitution? Remarks on a contested concept». En *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, editado por Stefan Griller y Jacques Ziller. Wien: Springer, 2008.
- Grimm, Dieter. *Constitutionalism : past, present, and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- . «Integration by constitution». *International Journal of Constitutional Law* 3, n.º 2-3 (1 de mayo de 2005): 193-208. <https://doi.org/10.1093/icon/moi014>.
- Grofman, Bernard, y Donald Wittman. *The Federalist Papers and the new institutionalism*. Washington: Agathon Press, 1989.
- Grossi, Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- Group, World Bank. «World Development Report 2017: Governance and the Law».

- Washington D.C.: The World Bank, 2017. <https://doi.org/10.1596/978-1-4648-0950-7>.
- Guastini, Riccardo. «¿Separación de los poderes o división del poder?» *Revista de la Facultad de Derecho de México* 1, n.º 229 (1 de enero de 2000): 299-319. (Trad. María Bono).
- Gutiérrez Beltrán, Andrés Mauricio. *El amparo estructural de los derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- Gutiérrez Sanín, Francisco. *La destrucción de una República*. Bogotá: Externado de Colombia- Taurus, 2017.
- Häberle, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos, 2000.
- Hailbronner, Michaela. «Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South». *American Journal of Comparative Law* 65 (2017).
- Hale, Lady, Kerr Lord, Wilson Lord, Carnwath Lord, Hodge Lady, Black Lord, Lloyd-Jones Lady, Arden Lord, y Kitchin Lord Sales. [2019] UKSC 41: Judgment R (on the application of Miller) (Appellant) v The Prime Minister (2019).
- Hamilton, Alexander, James Madison, y John Jay. *El federalista*. 3º. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. (Trad. Gustavo Velasco).
- Hardin, Russell. *Liberalism, constitutionalism, and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- . «Why a Constitution?» En *Social and Political Foundations of Constitutions*, editado por Denis Galligan y Mila Versteeg. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Hart, Herbert. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.
- Hauriou, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1971. (Trad. Juan Antonio Gonzalez).
- Hauriou, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. Granada: Comares, 2003. (Trad. Carlos Ruiz del Castillo).
- Hayek, Friedrich August. *The constitution of liberty : the definitive edition*. University of Chicago Press, 2011.
- Hesse, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. (Trad. Pedro Cruz Villalón).
- Hillion, Christophe. «Conferral, cooperation, balance in EU external action». En *Structural principles in EU external relations law*, editado por Marise Cremona, 323. Oxford: Hart, 2018.
- Himma, Kenneth Einar. «Inclusive Legal Positivism». En *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, editado por Jules L. Coleman, Kenneth Einar Himma, y Scott J. Shapiro. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Hirschl, Ran. *Comparative matters : the renaissance of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- . «The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law». *The American Journal of Comparative Law* 53, n.º 1 (1 de enero de 2005): 125-56. <https://doi.org/10.1093/ajcl/53.1.125>.
- Hogg, Peter W., y Allison A. Bushell. «El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas». En *Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- Holmes, Stephen. *Passions and constraint : on the theory of liberal democracy*. Chicago : University of Chicago Press, 1995.
- Holmes, Stephen, y Cass R. Sunstein. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. 3a. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.
- Hume, David. «El contrato original». En *Ensayos Políticos*, editado por César Gómez,

- 2a., 200. Madrid: Unión Editorial, 2005.
- Huntington, Samuel P. *American politics : the promise of disharmony*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.
- . *El orden político en las sociedades en cambio*. Buenos Aires: Paidós, 1972.
- Huq, Aziz Z. «The Negotiated Structural Constitution». *Columbia Law Review* 114 (2014).
- Hutchinson, Allan C. *Waiting for Coraf: a critique of law and rights*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Ibáñez Najar, Jorge Enrique. *Estudios de derecho constitucional y administrativo*. 2°. Bogotá: Legis, 2007.
- Iglesias Vila, Marisa. «¿Cómo piensa los derechos la sala de máquinas de las constitución?» *Revista Latinoamericana de Filosofía Política* V, n.º 3 (2016).
- . «El futuro de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: ¿Deferencia hacia los Estados o división cooperativa del trabajo?» En *Los desafíos constitucionales de la democracia social*. Buenos Aires: Librería, 2019.
- Jackson, Vicki C. «Comparative Constitutional Law: Methodologies». En *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0004>.
- Jacobsohn, Gary J. «The Disharmonic Constitution». En *The limits of constitutional democracy*, editado por Jeffrey Tulis y Stephen Macedo, 47-65. Princeton: Princeton University Press, 2010.
- «Jacobson v. Massachusetts». *U.S.* 197 (1904).
- Jessop, Bob. *The future of the capitalist state*. Cambridge: Polity, 2002.
- Jiménez Asensio, Rafael. *El Constitucionalismo*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2001.
- . *Los frenos del poder: separación de poderes y control de las instituciones*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Jones, Mark P, y Wonjae Hwang. «Party Government in Presidential Democracies: Extending Cartel Theory Beyond the U.S. Congress». *American Journal of Political Science* 49, n.º 2 (1 de abril de 2005): 267-82. <https://doi.org/10.1111/j.0092-5853.2005.00122.x>.
- Joseph, Philip A. «Parliament, the Courts, and the Collaborative Enterprise». *King's Law Journal* 15, n.º 2 (29 de enero de 2004): 321-45. <https://doi.org/10.1080/09615768.2004.11427576>.
- Kahn, Paul W. *Putting liberalism in its place*. Princeton University Press, 2008.
- Kant, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 1994.
- Kavanagh, Aileen. *Constitutional review under the UK Human Rights Act*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- . «The Constitutional Separation of Powers». En *Philosophical foundations of constitutional law*, editado por David Dyzenhaus y Malcolm Thorburn. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Kay, Richard S. «American Constitutionalism». En *Constitutionalism : philosophical foundations*, editado por Alexander Larry. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- Kelsen, Hans. *El Estado como integración. Una controversia de principio*. Editado por Juan Antonio García-Amado. Madrid: Tecnos, 1997.
- . *Teoría general del derecho y del estado*. 2°. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.
- Klamert, Marcus. *The Principle of Loyalty in EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199683123.001.0001>.

- Klare, Karl E. «Legal Culture and Transformative Constitutionalism». *South African Journal on Human Rights* 14 (1998).
- Kleinlein, Thomas, y Bilyana Petkova. «Federalism, rights, and backlash in Europe and the United States». *International Journal of Constitutional Law* 15, n.º 4 (3 de noviembre de 2017): 1066-79. <https://doi.org/10.1093/icon/mox081>.
- Krotoszynski, Ronald J. «The Separation of Legislative and Executive Powers». En *Comparative Constitutional Law*, editado por Tom Ginsburg y Rosalind Dixon. Northampton: Elgar, 2011.
- Krygier, Martin. «Tempering Power». En *Constitutionalism and the Rule of Law*, editado por Maurice Adams, Anne Meuwese, y Ernst Hirsch Ballin, 34-59. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Kyritsis, Dimitrios. *Shared authority : courts and legislatures in legal theory*. Oxford: Hart Publishing, 2015.
- . *Where our protection lies : separation of powers and constitutional review*. New York: Oxford University Press, 2017.
- Landau, David. «Report on IACL Roundtable on the “New” Separation of Powers | UK Constitutional Law Association». Johannesburgo, 2015. <https://ukconstitutionallaw.org/2015/06/16/david-landau-report-on-iacl-roundtable-on-the-new-separation-of-powers/>.
- Landau, David, y Rosalind Dixon. «Constitutional Non- Transformation? Socioeconomic Rights beyond the poor». En *The Future of Economic and Social Rights*, editado por Katharine G Young. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Langa, Pius. «Transformative Constitutionalism». *Stellenbosch Law Review* 17 (2006).
- Lasalle, Ferdinand. *Que es una Constitución [1862]*. 3º. Bogotá: Panamericana, 1996. Trad. Fernando Carrero.
- Law, David S. «Constitutions». En *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, editado por Peter Cane y Herbert Kritzer. Oxford: Oxford University Press, 2010. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199542475.013.0017>.
- Laws, John. «The good constitution». *The Cambridge Law Journal* 71, n.º 03 (27 de noviembre de 2012): 567-82. <https://doi.org/10.1017/S0008197312000827>.
- Leal de Ibarra, Javier. «El principio de cooperación entre los poderes del Estado. Su aplicación por la Corte Suprema». Centro de Información Judicial, 3 de enero de 2017. <https://www.cij.gov.ar/nota-24612--El-principio-de-cooperaci-n-entre-los-poderes-del-Estado.-Su-aplicaci-n-por-la-Corte-Suprema.html>.
- Legrand, Pierre. «Issues in the Translatability of Law». En *Nation, Language & the Ethics of Translation*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- Lemaitre, Eduardo. «Como nació la Constitución de 1886». En *Núñez y Caro: 1886*. Bogotá: Banco de la República, 1986.
- Lenaerts, Koen, y Kathleen Gutman. «“Federal Common Law” in the European Union: A Comparative Perspective from the United States». *The American Journal of Comparative Law* 54, n.º 1 (1 de enero de 2006): 1-121. <https://doi.org/10.1093/ajcl/54.1.1>.
- Levinson, Daryl J. «Empire-Building Government in Constitutional Law». *Harvard Law Review* 118 (2004).
- Levitsky, Steven, y Daniel Ziblatt. *How democracies die*. New York: Crown, 2018.
- Lijphart, Arend. *Patterns of democracy : government forms and performance in thirty-six countries*. 2º. New Heaven: Yale University Press, 2012.
- Linz, Juan. *La quiebra de las democracias*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.
- Linz, Juan J, y Arturo Valenzuela. *Las crisis del presidencialismo*. Madrid: Alianza

- Editorial, 1997. (Trad. Rocío de Terán).
- Lizarazo Arias, Germán Rodrigo. «El principio de colaboración armónica, ópticas, problemática y posibles soluciones a los conflictos». *Inédito*. Universidad del Rosario, 2014. <http://repository.urosario.edu.co/handle/10336/8948?show=full>.
- Lobel, Jules. «The Political Tilt of Separation of Powers». En *The politics of law: a progressive critique*, editado por David Kairys, 3a ed., 738. New York: Basic Books, 1998.
- Locke, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Madrid: Alianza Editorial, 2000.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la constitución (1957)*. Barcelona: Ariel, 1976. (Trad. Eduardo Espín).
- Londoño Toro, Beatriz, ed. *Litigio estratégico en Colombia: Casos paradigmáticos del Grupo de Acciones Públicas*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.
- López Medina, Diego. «El sueño weberiano: claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano». *Revista de Derecho Público* 31, n.º 19 (2007).
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2a. Bogotá: Legis, 2006.
- . *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. 1º. Bogotá: Legis, 2009.
- López Michelsen, Alfonso. «Una visión de Alfonso López Pumarejo». En *Cambio y Reforma en 1936*. Medellín: El Mundo, 1986.
- Loughlin, Martin. *Foundations of public law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Lozano Salazar, Miguel. «Ineficacia de la Ley 1448 de 2011. Un problema de colaboración armónica entre poderes públicos». Universidad EAFIT, 2019. <https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/13796>.
- Lutz, Donald S. *Principles of constitutional design*. New York: Cambridge University Press, 2006.
- MacCormick, Neil, y Robert S Summers. *Interpreting precedents: a comparative study*. New York: Routledge, 1997.
- Macdonald, Roderick A., y Hoi Kong. «Judicial Independence as a Constitutional Virtue». En *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, editado por Michel Rosenfeld y Andrés Sajó. Oxford: Oxford University Press, 2012. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0041>.
- Madison, James. *The papers of James Madison: 6 April 1791- 16 March 1793*. Editado por Robert A. Rutland y Thomas A Mason. Vol. 14. Charlottesville: University Press of Virginia, 1983.
- Malagón Pinzón, Miguel Alejandro. «La ciencia de la policía en los inicios del constitucionalismo colombiano (1811-1830)». *Prisma Jurídico* 9, n.º 1 (2010): 155-68.
- Marsteintredet, Leiv. «Las consecuencias sobre el régimen de las interrupciones presidenciales en América latina». *América Latina Hoy* 49, n.º 0 (1 de diciembre de 2008). <https://doi.org/10.14201/ALH.1349>.
- Martines, Temistocle. «Indirizzo Político». En *Enciclopedia del diritto*, editado por Giuffrè Editore, 136-42. Milán, 1971.
- Martinez, Jenny S. «Horizontal Structuring». En *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, editado por Michael Rosenfeld y Andrés Sajó. Oxford: Oxford University Press, 2012.

- <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199578610.013.0028>.
- Mattessich, Paul W., Barbara R. Monsey, Wilder Research Center., y Amherst H. Wilder Foundation. *Collaboration what makes it work : a review of research literature on factors influencing successful collaboration*. Minnesota: Amherst H. Wilder Foundation, 1992.
- Matteucci, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Trotta, 1998.
- Maya Chavez, Maria José. *Control constitucional y presidencialismo monárquico (1886-1910)*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.
- McCormick, John. *European Union politics*. London: Palgrave Macmillan, 2011.
- Melero De La Torre, Mariano Carlos. «El Estado constitucional como cultura democrática de la justificación». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 182 (1 de octubre de 2018): 13-41. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.182.01>.
- . «El modelo colaborativo de constitucionalismo: Hacia una cultura democrática de la justificación». Universidad Carlos III, 2016.
- Melo, Jorge Orlando. «Núñez y la Constitución de 1886: triunfo y fracaso de un reformador». En *Núñez y Caro: 1886*. Bogotá: Banco de la República, 1986.
- Mendes, Conrado Hubner. «Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação». Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da Universidade de São Paulo, 2008. <https://doi.org/10.11606/T.8.2008.tde-05122008-162952>.
- . «Is It All about the Last Word: Deliberative Separation of Powers». *Legisprudence* 3 (2009).
- . «Una división de poderes deliberativa: en el diálogo y la última palabra». En *Por una justicia dialógica*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- Mendes Medeiros, Fabrício Juliano. «Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional». *Revista de informação legislativa* 45, n.º 178 (2008). <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176530>.
- Mercado Gazabón, Ana Carolina. *La influencia de Léon Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015.
- Mikuli, Priotr, y Kuka Grzegorz. «The separation versus the cooperation of powers in the contemporary democratic state». Oslo, 2014.
- Miller, Arthur Selwyn. «Toward a Concept of Constitutional Duty». *Supreme Court Review* 1968 (1968).
- Molina Ramírez, Gerardo. «La revolución en marcha, antecedentes y desarrollos». En *Cambio y Reforma en 1936*. Medellín: El Mundo, 1986.
- Möllers, Christoph. *Three branches: a comparative model of separation of powers*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Montesquieu, Charles de Secondat. *Del espíritu de las leyes [1748]*. Madrid: Tecnos, 1985.
- Moreno Jaramillo, Miguel. *Colombia Constitucional*. Medellín: Imprenta, 1915.
- Moreso, José Juan. «Una aristocracia para todos: Gargarella o el constitucionalismo de la igualdad». *Revista Latinoamericana de Filosofía Política* VI, n.º 2 (2017).
- Mortati, Costantino. *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato: la Costituzione*. Roma: Ricerche, 1960.
- Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas*. 7°. Editorial Temis, 1997.
- Naranjo Villegas, Abel. *Tradición y reforma constitucional*. Medellín: Imprenta Departamental, 1964.
- Navarro, Pedro Juan. *Constitución Política de la República de Colombia 1936: historia, proceso y comentarios*. Bogotá: Mundo al Día, 1937.

- Negretto, Gabriel. *La política del cambio constitucional en América Latina*. México D.F.: FCE - Fondo de Cultura Económica, 2015.
- Negretto, Gabriel L. «Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina». *Revista mexicana de sociología* 65, n.º 1 (2003): 41-75.
- . *Making constitutions : presidents, parties, and institutional choice in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Neustadt, Richard E. *Presidential power and the modern presidents : the politics of leadership from Roosevelt to Reagan*. Washington D.C.: Free Press, 1991.
- Nieto Arteta, Luis Eduardo. *Economía y cultura en la historia de Colombia*. Bogotá: Banco de la República- Ancora, 1996.
- Nino, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. 4°. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2013.
- Nozick, Robert. *Anarquía, estado, y utopía*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1988.
- O'Donnell, Guillermo. «Horizontal Accountability: The Legal Institutionalization of Mistrust». En *Democratic Accountability in Latin America*, 34-54. Oxford University Press, 2003. <https://doi.org/10.1093/0199256373.003.0002>.
- O'Flynn, Ian, y David Russell. *Power sharing : new challenges for divided societies*. London: Pluto Press, 2005.
- O'Flynn, Janine. «The Cult of Collaboration in Public Policy». *Australian Journal of Public Administration* 68, n.º 1 (1 de marzo de 2009): 112-16. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8500.2009.00616.x>.
- O'Donnell, Guillermo. «Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política». *Revista Española de Ciencia Política* 11 (2004).
- O'Regan, Kate. «La promesa de las Constituciones: una reflexión desde Sudáfrica». En *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, editado por Roberto Nimebro y Sergio Verdugo. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2019.
- Oakeshott, Michael. *On history and other essays*. Oxford: B. Blackwell, 1983.
- . *What Is History? : and Other Essays*. Charlottesville: Imprint Academic, 2004.
- Orgad, L. «The preamble in constitutional interpretation». *International Journal of Constitutional Law* 8, n.º 4 (1 de octubre de 2010): 714-38. <https://doi.org/10.1093/icon/mor010>.
- Orlando, Vittorio Emanuele. *Principii di diritto costituzionale*. Firenze: Barbera, 1889. <https://archive.org/details/principiididiri01orlagoog/page/n63>.
- Ortega Montero, Carlos Rodolfo. *Derecho constitucional colombiano*. 3°. Bogotá: Ibañez, 2012.
- Ospina Celis, Daniel Felipe. «El exhorto al legislador en Colombia y su eficacia como mecanismo de colaboración armónica entre las ramas». *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2019. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/36902>.
- Ospina Garzón, Andrés Fernando. «De la separación de poderes al ejercicio multiorgánico del poder: los desafíos del principio de eficacia». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 1 (2020).
- Ottawa, University of. «JurisGlobe», s. f. <http://www.juriglobe.ca/eng/apropos/index.php>.
- Palacios, Marco. *Entre la legitimidad y la violencia : Colombia 1875-1994*. Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2003.

- Palti, Elías José. «De la historia de “ideas” a la historia de los “lenguajes políticos”: las escuelas recientes de análisis conceptual». *Anales*, n.º 7-8 (1989): 63-82.
- Pasquino, y Pasquale. «The New Separation of Powers: Horizontal Accountability». *Italian Journal of Public Law* 7, n.º 1 (2015): 157-69.
- Pérez Escobar, Jacobo. *Derecho Constitucional Colombiano*. 5°. Medellín: Horizontes, 1974.
- . *Derecho Constitucional Colombiano*. 5°. Bogotá: Temis, 1997.
- Pérez, Francisco de Paula. *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Editorial ABC, 1952.
- Peters, B. Guy. *El nuevo institucionalismo*. Barcelona: Gedisa, 2003.
- Pettit, Philip. *Republicanism : a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Pinilla Pinilla, Nilson. «Autonomía territorial y ambiente. Naturaleza jurídica de las Corporaciones Autónomas Regionales». En *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional*, editado por Liliana Estupinán Achury y José Antonio Cepeda Amarís. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.
- Piris, Jean-Claude. *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Pitkin, Hanna. «Obligation and Consent—II». *American Political Science Review* 60, n.º 1 (marzo de 1966): 39-52. <https://doi.org/10.2307/1953805>.
- Pitkin, Hanna Fenichel. «The Idea of a Constitution». *Journal of Legal Education* 37, n.º 2 (1987).
- Plenaria- Asamblea Nacional Constituyente. «Transcripción de sesión del 17 de junio de 1991». Bogotá, 1991.
- Posner, Eric A., y Adrian Vermeule. *The Executive Unbound*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Post, Robert, y Reva Siegel. «Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash». *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 42 (2007).
- Postema, Gerald J. «Coordination and Convention at the Foundations of Law». *Journal of Legal Studies* 11 (1982).
- Pozas Loyola, Andrea. «What is “Constitutional Efficacy?”: Conceptual Obstacles for Research on the Effects of Constitutions». *Mexican Law Review* 1, n.º 17 (22 de junio de 2016): 23-44.
- Praesidium. «Anteproyecto de Tratado Constitucional CONV 369/02». Bruselas, 2002. <http://european-convention.europa.eu/docs/sessplen/00369.es2.pdf>.
- . «Draft articles for Title IV of Part I of the Constitution CONV 691/03». Bruselas, 2003. <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/en/03/cv00/cv00691.en03.pdf>.
- . «Proyecto de artículos para el título IV de la parte I de la Constitución CONV 691/03». Bruselas, 2003. <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/es/03/cv00/cv00691.es03.pdf>.
- Presidencia de la República de Colombia. Decreto 1084 de 2015 (2015).
- Presidencia del Consejo. «Reporte desde la Presidencia al Consejo Europeo: Procurando el proceso de reforma de los tratados», s. f.
- Project, Comparative Constitutions. «Constitute Project», s. f. www.constituteproject.org.
- Quinche Ramírez Manuel Fernando. *Derecho constitucional colombiano de la carta de 1991 y sus reformas*. 4°. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010.
- Rabinovich- Berkman, Ricardo. «Sobre Cádiz y los Derechos Humanos en la Primera Constitución de Brasil». *Revista de Derecho Político* 0, n.º 84 (1 de mayo de

- 2012).
- Rawls, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1996.
- . *Teoría de la justicia*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Raz, Joseph. «On the Authority and Interpretations of Constitutions: Some Preliminaries». En *Constitutionalism : philosophical foundations*, editado por Larry Alexander, 319. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- Real Academia Española., y Asociación de Academias de la Lengua Española. *Nueva gramática de la lengua española*. Madrid: Espasa, 2009.
- Real Academia Española. «Diccionario de la Lengua Española», 2017. <http://dle.rae.es/>.
- Reich, Gary M. «The 1988 Constitution a Decade Later: Ugly Compromises Reconsidered». *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* 40, n.º 4 (1998): 5. <https://doi.org/10.2307/166452>.
- Renaut, Alain. «Lógicas de la nación». En *Teorías del nacionalismo*. Barcelona: Paidós, 1993.
- Revelo Rebolledo, Javier, y Mauricio García Villegas. *Mayorías sin democracia: Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2009.
- Rincón Córdoba, Jorge Iván. *La teoría de la organización administrativa en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Roa, Jorge Ernesto, y Vera Karam de Chueiri, eds. *Derechos políticos y garantías judiciales en procesos de impeachments : subsidiariedad y deferencia en el SIDH*. 1º. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- Roa Roa, Jorge Ernesto. «Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal». En *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, XXIII., 453-80. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2017.
- . *Control de constitucionalidad deliberativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Roach, Kent. «Dialogic Judicial Review and its Critics». *Supreme Court Law Review* 23, n.º 2 (2004).
- Rodriguez-Garavito, Cesar. «Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America». *Texas Law Review* 89 (2010): 1669-86.
- Rodriguez Garavito, Cesar. «Empowered Participatory Jurisprudence». En *The Future of Economic and Social Rights*, editado por Katharine G Young. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Rodriguez Garavito, Cesar, y Diana Rodriguez Franco. *Cortes y cambio social. Cómo la corte constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010.
- Rodríguez Garavito, César, y Diana Rodríguez Franco. *Juicio a la exclusión el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.
- Rodríguez R., Libardo. *Estructura del poder publico en Colombia*. 15º. Bogotá: Temis, 2017.
- Rosenberg, Gerald N. *The hollow hope : can courts bring about social change?* Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- Rosenn, Keith. «Brazil's New Constitution: An Exercise in Transient Constitutionalism for a Transitional Society». *Am. J. Comp. L.*, 1 de enero de 1990. https://repository.law.miami.edu/fac_articles/168.
- Roux, Theunis. «Comparative Constitutional Studies: Two Fields or One?» *Annual*

- Review of Law and Social Science* 13, n.º 1 (13 de octubre de 2017): 123-39.
<https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-110316-113534>.
- . «Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution: Distinction without a Difference». *Stellenbosch Law Review* 20 (2009).
- Roznai, Yaniv. *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Rubin, Edward L. *Beyond Camelot: rethinking politics and law for the modern state*. Princeton: Princeton University Press, 2005.
- Sabel, Charles F., y William H. Simon. «Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds». *Harvard Law Review* 117 (2003).
- Sáchica, Luis Carlos. *Constitucionalismo colombiano: historia, teoría y realidad del sistema*. Bogotá: Universidad La Gran Colombia, 1962.
- . *Nuevo Constitucionalismo colombiano*. 12°. Bogotá: Temis, 1996.
- . *Nuevo Constitucionalismo Colombiano*. Bogotá: Temis, 1994.
- Saiz Arnaiz, Alejandro. «La actividad gubernamental de dirección política». San Sebastián, 1989.
- Sajó, András. *Limiting government : an introduction to constitutionalism*. Central European University Press, 1999.
- Salazar Ugarte, Pedro. «Chávez: “Los Tres Poderes soy yo”». Nexos, marzo de 2010.
<https://www.nexos.com.mx/?p=13622>.
- Samper, José María. *Derecho Público Interno de Colombia*. Bogotá: Imprenta de la Luz, 1886.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- Santos, Boaventura de Sousa, y Mauricio García Villegas. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia : análisis socio-jurídico*. Bogotá: Colciencias- Siglo del Hombre, 2001.
- Sargentich, Thomas O. «Contemporary Debate About Legislative-Executive Separation of Powers». *Cornell Law Review* 72 (1986): 430-88.
- Sartori, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada : una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1994. (Trad. Roberto Reyes Mazzoni).
- Scartascini, Carlos, Cesi Cruz, y Philip Keefer. «The Database of Political Institutions 2017 (DPI2017)», 16 de marzo de 2018. <https://doi.org/10.18235/0001027>.
- Scheppele, Kim Lane. «Aspirational and aversive constitutionalism: The case for studying cross-constitutional influence through negative models». *International Journal of Constitutional Law* 1, n.º 2 (1 de abril de 2003): 296-324.
<https://doi.org/10.1093/icon/1.2.296>.
- . «Democracy by Judiciary: Or, why Courts Can be More Democratic than Parliaments». En *Rethinking the Rule of Law After Communism*, editado por Adam Czarnota, Martin Krygier, y Wojciech Sadurski, 25-60. Budapest: Central European University Press, 2005.
- Searle, John R. *Making the social world : the structure of human civilization*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Sección Primera, Consejo de Estado de Colombia. Sentencia 34144 del 27/10/11 (2011).
- Secretaría. «Ficha de análisis de las propuestas de enmiendas CONV 709/03». Bruselas, 2003. <http://european-convention.europa.eu/pdf/reg/es/03/cv00/cv00709.es03.pdf>.

- Sen, Amartya. «Well-being, Agency and Freedom: The Dewey Lectures 1984». *Journal of Philosophy* 82, n.º April (1985).
- Sengupta, Arghya, Ajey Sangai, Shruti Ambast, y Akriti Gaur. «Legislating Human Rights». En *The Future of Economic and Social Rights*, editado por Katharine G Young. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- Shapiro, Ian. «Problems, Methods, and Theories in the Study of Politics, or What's Wrong with Political Science and What to Do about It». *Political Theory* 30 (s. f.): 596-619. <https://doi.org/10.2307/3072623>.
- Shapiro, Martin. «The problems of independent agencies in the United States and the European Union». *Journal of European Public Policy* 4, n.º 2 (29 de junio de 1997): 276-77. <https://doi.org/10.1080/13501769709696343>.
- Shapiro, Scott J. «Law, Plans, and Practical Reason». *Legal Theory* 8 (2002): 387-441. ———. *Legalidad*. Madrid: Marcial Pons, 2014. ———. «Massively Shared Agency». En *Rational and Social Agency: the philosophy of Michael Bratman*, editado por Manuel Vargas y Gideon Yaffe. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Shugart, Matthew Soberg, y John M Carey. *Presidents and assemblies : constitutional design and electoral dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- Sierra Porto, Humberto Antonio. *Concepto y Tipos de ley en la Constitución colombiana*. 1º. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Silva, José Alfonso Da. «Harmonia entre os poderes e governabilidade». *Revista de Direito do Estado* 1, n.º 1 (2006): 25-35. ———. «Responsabilidade de governador – crime comum – processo – necessidade de aprovação prévia da assembleia legislativa». *Revista dos Tribunais* 657 (1990).
- Slater, Dan, y Erica Simmons. «Coping by Colluding: Political Uncertainty and Promiscuous Powersharing in Indonesia and Bolivia». Editado por Noam Lupu y Rachel Beatty Riedl. *Comparative Political Studies* 46, n.º 11 (13 de noviembre de 2013): 1366-93. <https://doi.org/10.1177/0010414012453447>.
- Smend, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. (Trad. José M. Beneyto).
- Solanes Mullor, Joan. *Administraciones independientes y estado regulador : el impacto de la Unión Europea en el derecho público español*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2016.
- Sunstein, Cass R. «Beyond the Republican Revival». *The Yale Law Journal* 97, n.º 8 (julio de 1988): 1539. <https://doi.org/10.2307/796540>. ———. «Constitutionalism after the New Deal». *Harvard Law Review* 101, n.º 2 (diciembre de 1987): 421. <https://doi.org/10.2307/1341264>. ———. «Constitutionalism and Secession». *The University of Chicago Law Review* 58, n.º 2 (1991): 633. <https://doi.org/10.2307/1599969>. ———. *Las cuentas pendientes del sueño americano : por qué los derechos sociales y económicos son más necesarios que nunca*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.
- Sunstein, Cass R., y Adrian Vermeule. «Interpretation and Institutions». *Michigan Law Review* 101, n.º 885 (2003).
- Supremo Tribunal Federal. ADI 3367 Distrito Federal (Conselho Nacional de Justiça) (2005). ———. Mandado de Segurança No. 21564-0 (1992). ———. Mandado de Segurança No. 21689-1 (1993).
- Tascón, Tulio Enrique. *Derecho Constitucional Colombiano: Comentarios a la Constitución Nacional*. 2º. Bogotá: Minerva, 1934.
- Temer, Michel. «Harmonia entre os Poderes». Artigos, 2014.

- <http://micheltemer.com.br/opinioes/harmonia-entre-os-poderes/>.
- Tirado Mejía, Álvaro. *Antología del pensamiento liberal colombiano*. Medellín: El Mundo, 1981.
- . *La revolución en marcha: aspectos políticos del primer gobierno de López Pumarejo*. Medellín: Beneficencia de Antioquia, 1986.
- . «La revolución en marcha y la reforma constitucional de 1936». En *Cambio y Reforma en 1936*. Medellín: El Mundo, 1986.
- Tirado Mejía, Álvaro, y Magdala Velásquez Toro. *Reforma Constitucional de 1936*. Bogotá: Cámara de Representantes, 1986.
- Tomás de Aquino. *La Monarquía [1267]*. Editado por Laureano Robles y Ángel Chueca. Barcelona: Altaya, 1994.
- Tomasello, Michael. *Why we cooperate*. Cambridge: MIT Press, 2009.
- Tomasello, Michael, y Rakoczy Hannes. «The ontogeny of social ontology: steps to shared intentionality and status functions». En *Intentional Acts and Institutional Facts*, editado por Savas L. Tsohatzidis. Dordrecht: Springer, 2007.
- Tomkins, Adam. *Public law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Tourkochoriti, Ioanna. «What Is the Best Way to Realise Rights?» *Oxford Journal of Legal Studies* 39, n.º 1 (1 de marzo de 2019): 209-28.
<https://doi.org/10.1093/ojls/gqz004>.
- Tratado por el que se establece una constitución para Europa, Diario Oficial de la Unión Europea § (2004). https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_es.pdf.
- Tribe, Laurence H. *American constitutional law*. 2a. Mineola (N.Y.): Foundation Press, 1988.
- . «The Idea of the Constitution: A Metaphor-morphosis». *Journal of Legal Education* 37, n.º 2 (1987).
- . *The invisible constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Tribunal de Justicia. 204/86 Grecia v. Consejo (1988).
- . 34/86 Consejo v. Parlamento (1986).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. C-65/93 Parlamento v. Consejo (1995).
- Troper, Michel. *Ensayos de Teoría Constitucional*. México D.F.: Fontamara, 2008.
- . «La máquina y la norma: dos modelos de constitución». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 22 (1999): 331-47.
<https://doi.org/10.14198/doxa1999.22.15>.
- Tsebelis, George. *Veto players : how political institutions work*. Princeton: Russell Sage Foundation, 2002.
- Tuomela, Raimo. *Cooperation: a philosophical study*. Amsterdam: Springer, 2000.
- . *Social ontology: collective intentionality and group agents*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- Tushnet, Mark. *Advanced introduction to comparative constitutional law*. 1º. Northampton: Elgar, 2014.
- . «Alternative Forms of Judicial Review». *Michigan Law Review* 101 (2002).
- . «Constitutional Hardball». *John Marshall Law Review* 37 (2003).
- . «Dialogue and Constitutional Duty». 10. Cambridge, 20 de marzo de 2012.
- . «Revisión judicial dialógica». En *Por una justicia dialógica*, editado por Roberto Gargarella. Buenos Aires: Siglo XXI, 2014.
- . «Saying and Doing In Comparative Constitutional Studies—Ran Hirschl, Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law (Oxford University Press, 2014)». *American Journal of Comparative Law* 64, n.º 1 (28 de

- marzo de 2016): 201-8. <https://doi.org/10.5131/AJCL.2016.0008>.
- . «The new “bolivarian” Constitutions: a textual analysis». En *Comparative constitutional law in Latin America*, editado por Dixon; Rosalind y Ginsburg; Tom, 376. Northampton: Elgar, 2017.
- . *The new constitutional order*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- . «The Supreme Court and American political development: Collaboration and confrontation». En *The Supreme Court and American political development*, editado por Ronald. Kahn y Kenneth Ira Kersch, 494. University Press of Kansas, 2006.
- Tushnet, Mark V. *Weak courts, strong rights : judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- Uprimny, Rodrigo, y Juanita Durán. *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*. Bogotá: CEPAL, 2014.
- Uribe de Hincapié, María Teresa. «Las guerras por la nación en Colombia durante el siglo XIX». *Estudios Políticos*, n.º 18 (2001).
- Uribe de Hincapié, María Teresa, y Jesús María Álvarez. «La constitución de 1886 como respuesta a la crisis del modelo federal y la confrontación nación-región en Colombia». *Lecturas de Economía*, n.º 24 (1987): 49-84.
- Uribe Vargas, Diego. *Evolución política y constitucional de Colombia*. Madrid: Instituto de Derecho Comparado, Universidad Complutense de Madrid, 1996.
- . *Las constituciones de Colombia*. 2º, Vol. I. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica, 1985.
- Valencia Villa, Hernando. *Cartas de batalla, una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana, 2010.
- Vangen, Siv, y Chris Huxham. «The Tangled Web: Unraveling the Principle of Common Goals in Collaborations». *Journal of Public Administration Research and Theory* 22, n.º 4 (21 de diciembre de 2011): 731-60. <https://doi.org/10.1093/jopart/mur065>.
- Varela Suanzes-Carpegna, Joaquín., ed. *Historia e historiografía constitucionales. Historia e historiografía constitucionales : entrevistas con Ernst-Wolfgang Böckenförde, Michel Troper, Maurice J. C. Vile, Maurizio Fioravanti*. Madrid: Editorial Trotta, 2015.
- Vega, Pedro De. «El poder moderador». *Cuestiones Constitucionales: Revista mexicana de derecho constitucional* 0, n.º 7 (2002).
- . «Legitimidad y representación en la crisis de la democracia actual». Barcelona, 1998.
- Velásquez Turbay, Camilo. *Derecho constitucional*. 3º. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Verdú, Pablo Lucas. *Curso de Derecho político*. 3a ed. Madrid: Tecnos, 1977.
- . *La lucha contra el positivismo jurídico en la república de Weimar : la teoría constitucional de Rudolf Smend*. Madrid: Tecnos, 1987.
- Vergottini, Giuseppe De. *Derecho constitucional comparado*. Bnos Aires: Universidad, 2005. (Trad. Claudia Herrera).
- Vermeule, Adrian. *The System of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Versteeg, Mila, y Emily Zackin. «American Constitutional Exceptionalism Revisited». *University of Chicago Law Review* 81 (2014).
- Vidal Perdomo, Jaime. *Derecho Administrativo*. 14º. Bogotá: Legis, 2016.
- . *Derecho constitucional general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1969.

- Vile, M. J. C. *Constitutionalism and the separation of powers*. Indiana: Liberty Fund, 1998.
- Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- . *Political political theory: essays on institutions*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- . «Separation of Powers in Thought and Practice». *Boston College Law Review* 54 (2013).
- . *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Webber, Grégoire, Paul Yowell, Richard Ekins, Maris Köpcke, Bradley W. Miller, y Francisco J. Urbina. *Legislated rights: Securing human rights through legislation*. *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. <https://doi.org/10.1017/9781108551069>.
- Weingast, Barry R. «The Political Foundations of Democracy and the Rule of the Law». *American Political Science Review* 91, n.º 02 (1 de junio de 1997): 245-63. <https://doi.org/10.2307/2952354>.
- Weingast, Barry R., y Donald A. Wittman. *The Oxford handbook of political economy*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Wilson, Woodrow. *Constitutional Government in the United States*. New York: Columbia University Press, 1908.
- Wootton, David. «Liberty, Metaphor, and Mechanism: “checks and balances” and the origins of modern constitutionalism». En *Liberty and American experience in the eighteenth century*, editado por David Womersley, 472. Indianapolis: Liberty Fund, 2006.
- Yap, Po Jen. «Defending Dialogue». En *Constitutional Dialogue in Common Law Asia*, 7-30. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Younes Moreno, Diego. *Derecho Constitucional Colombiano*. 5º. Bogotá: Gustavo Ibañez, 2004.
- Young, Alison L. *Democratic Dialogue and the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Young, Katharine. «A Typology of Economic and Social Rights Adjudication: Exploring the Catalytic Function of Judicial Review». *International Journal of Constitutional Law* 8, n.º 3 (2010).
- Young, Katharine G. *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Yuratich, David. «Article 13(2) TEU: Institutional Balance, Sincere Co-Operation, and Non-Denomination during Lawmaking». *German Law Journal* 18 (2017): 99-126.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.
- Zimmermann, Augusto. «Constitutions Without Constitutionalism: The Failure of Constitutionalism in Brazil». En *The Rule of Law in Comparative Perspective*, 101-45. Dordrecht: Springer Netherlands, 2010.
- Zuleeg, Manfred. «What Holds a Nation Together? Cohesion and Democracy in the United States of America and in the European Union». *The American Journal of Comparative Law* 45, n.º 3 (1997): 505. <https://doi.org/10.2307/840948>.
- Zuleta Angel, Eduardo. *El Presidente López Pumarejo*. Bogotá: Gamma, 1986.

ANEXO 1

El presente anexo presenta los resultados obtenidos de aplicar el protocolo de búsqueda sistemática que se expone a continuación y que tuvo como muestra a las 193 constituciones vigentes, tal y como se expuso en el capítulo segundo de la presente investigación.

criterio	Descripción
Base de datos	<i>Constitute Project</i>
Acceso a la fuente	www.constituteproject.org
Tipo de información	Abierta y pública
Licencia	Creative Commons Attribution-NonCommercial 3.0 Unported License
Idioma de búsqueda	Inglés
Última Fecha de búsqueda	19/11/2018
Filtro utilizado	<i>In Force (Vigente)</i>
Restrictores utilizados	“collaboration”, “collaborate”, “collaborative”, “cooperation”, “cooperative”, “harmonious”, “harmonic”, “harmoniously”, “interrelation”, “interdependence”, “separation”, “separate”, “coordination”, “coordinate”

Los resultados obtenidos de la aplicación del protocolo fueron:

Word	Country	Year	Text on the constitution	Political System by observation	Political System-WB
<i>Collaboration</i>	Colombia	1991	TITLE XIIC HAPTER IARTICLE 334 Fiscal sustainability shall provide guidance to the branches and organs of government, within their competences, in a framework of harmonious collaboration.	Presidential	Presidential
	Morocco	2011	TITLE ONEARTICLE ONE The constitutional regime of the Kingdom is founded on the separation, the balance and the collaboration of the powers, as well as on participative democracy of [the] citizen, and the principles of good governance and of the correlation between the responsibility for and the rendering of accounts.	Constitutional Monarchy	Presidential
	Rwanda	2003	SUBSECTION 3. COLLABORATION BETWEEN THE LEGISLATURE AND THE EXECUTIVE ARTICLE 126. INFORMING CABINET OF THE ACTIVITIES OF PARLIAMENT Each Chamber of Parliament informs the President of the Republic and the Prime Minister about the agenda of plenary sittings and parliamentary committees. The Prime Minister and other Cabinet members may attend sittings of each Chamber of Parliament if they wish. They take the floor whenever they request to do so. They may be accompanied by technical advisers of their choice if necessary. These technical advisers may only take the floor during Committee meetings.	Presidential	Presidential

			<p>ARTICLE 127. VOTE OF CONFIDENCE FOR GOVERNMENT PROGRAMMES</p> <p>The Prime Minister may, upon approval by Cabinet, request the Chamber of Deputies to pass a vote of confidence either with respect to the approval of Government programmes or adoption of a draft law.</p> <p>The debate on the request for a vote of confidence can only take place after three (3) complete days from the time the request was received.</p> <p>A vote of no confidence may only be passed through a secret ballot by a two-thirds (2/3) majority of members of the Chamber of Deputies.</p> <p>In case the Prime Minister loses a vote of confidence, he or she tenders a resignation of Cabinet to the President of the Republic, within twenty four (24) hours.</p>		
<i>Collaborate</i>	El Salvador	1983	<p>TITLE IIIARTICLE 86</p> <p>All public power emanates from the people. The organs of the Government shall exercise it independently within the respective powers (atribuciones) and competences established by this Constitution and the laws. The powers of the organs of the Government cannot be delegated, but these shall collaborate amongst themselves in the exercise of the public functions.</p>	Presidential	Presidential
	South Sudan	2011	<p>PART THREECHAPTER III 49 INTER-GOVERNMENTAL LINKAGES</p> <p>1.In the administration of the decentralized system of governance, the following principles of inter-governmental linkages shall be observed: [...] b.in their relationships with each other or with other government organs, all levels of government shall observe the following: [...] ii.collaborate in the task of governing and assist each other in fulfilling their respective constitutional obligations;</p>	Presidential	Presidential
	Sudan	2005	<p>In the administration of the decentralized system of the country, the following principles of inter-governmental linkages shall be respected:- [...] b.in their relationships with each other or with other government organs, all levels of government and particularly national, Southern Sudan and state governments shall observe the following:- [...] ii.collaborate in the task of governing and assist each other in fulfilling their respective constitutional obligations.</p>	Presidential	Presidential
<i>Collaborative</i>	Somalia	2012	<p>ARTICLE 51. COLLABORATIVE RELATIONSHIPS BETWEEN THE VARIOUS LEVELS OF GOVERNMENT IN THE FEDERAL REPUBLIC OF SOMALIA</p> <p>1. Every government shall strive for a cooperative relationship with other governments, whether at the same level or at another level of government.</p> <p>2. Every government shall respect and protect the limits of its powers and the powers of other governments, and shall:</p> <p>a. Have effective brotherly relationships with other levels of government in order to promote the unity of the citizenry; b. Inform governments of other levels of policies and activities it implements within its boundaries which may have an impact on the areas of other levels;</p>	Parliamentary	Presidential 2012

			c. Have policies that facilitate the planning and implementation of joint development projects.		
<i>Cooperation</i>	Bahrein	2002	CHAPTER IV GENERAL PROVISIONS ARTICLE 32A The system of government rests on a separation of the legislative, executive and judicial authorities while maintaining cooperation between them in accordance with the provisions of this Constitution. None of the three authorities may assign all or part of its powers stated in this Constitution. However, limited legislative delegation for a particular period and specific subject(s) is permissible, whereupon the powers shall be exercised in accordance with the provisions of the Delegation Law.	Constitutional Monarchy	Presidential
	Bolivia	2009	PART I TITLE I CHAPTER III ARTICLE 12I The State organizes and structures its public power through Legislative, Executive, Judicial and Electoral bodies. The organization of the State is based on the independence, separation, coordination and cooperation among these bodies.	Presidential	Presidential
	Croacia	1991	II ARTICLE 4 The principle of separation of powers includes the forms of mutual cooperation and reciprocal checks and balances provided by the Constitution and law.	Parliamentary	Parliamentary
	Kuwait	1962 Reinst. 1992	PART IV CHAPTER I ARTICLE 50 In conformity with the provisions of the Constitution the system of government shall be established on the basis of separation and cooperation of powers. No Authority shall be allowed to waive all or part of its jurisdiction as prescribed in this Constitution.	Constitutional Monarchy	Presidential
	Lebanon	1962	PART I PREAMBLE TO THE CONSTITUTION The system is based upon the principle of separation of powers, their balance, and their cooperation.	Parliamentary	Assembly Elected President
	Moldova	1994	ARTICLE 6. SEPARATION AND COOPERATION OF POWERS In the Republic of Moldova the legislature, the executive and the judiciary shall be separate and cooperate in the exercise of the assigned prerogatives pursuant to the provisions of the Constitution.	Parliamentary	Assembly Elected President
	Poland	1997	PREAMBLE Aware of the need for cooperation with all countries for the good of the Human Family, [...] Hereby establish this Constitution of the Republic of Poland as the basic law for the State, based on respect for freedom and justice, cooperation between the public powers, social dialogue as well as on the principle of aiding in the strengthening the powers of citizens and their communities.	Presidential	Presidential
	Qatar	2003	CHAPTER IV SECTION I ARTICLE 60 The governing system is based upon the separation of powers and their cooperation in the manner specified in this Constitution.	Absolut Monarchy	Presidential
	Thailand	2007	CHAPTER XII PART I SECTION 221 In performing duties, the Independent Organs shall extend mutual cooperation and assistance with a view to achieving the goals in performance of the duties of each respective organ. If any Independent Organ is of the opinion that there is a person who commits an unlawful act which falls in the scope of duties and powers of another Independent Organ, the former Independent Organ shall notify the latter Independent Organ to take further action in accordance with its duties and powers.	Constitutional Monarchy	Parliamentary
	Turkey	1982	PREAMBLE The separation of powers, which does not imply an order of precedence among the organs of the State, but refers solely to the exercising of certain state powers and discharging of duties, and is limited to a civilized cooperation and division of functions; and the fact that only the Constitution and the laws have the supremacy;	Presidential	Presidential since 2018 EIU
<i>Cooperate</i>	Azerbaijan	1995	FIRST PART CHAPTER II ARTICLE 7IV	Semi-Presidential	Presidential

			According to the constitutional provisions, executive, legislative and judicial powers cooperate and are independent within the framework of their authority.		
	Colombia	1991	In addition to the organs that constitute them, there are others, autonomous and independent, for the execution of other functions of the State. The various organs of the State have separate functions, but cooperate harmoniously for the realization of their goals.	Presidential	Presidential
	Moldova	1994	TITLE IARTICLE 6 In the Republic of Moldova the legislature, the executive and the judiciary shall be separate and cooperate in the exercise of the assigned prerogatives pursuant to the provisions of the Constitution.	Parliamentary	Assembly Elected President
	Panama	1972	TITLE VICHAPTER 2ARTICLE 194 The Ministers of State are Chiefs of their respective branches and cooperate with the President of the Republic in the exercise of their functions in accordance with this Constitution and the law.	Presidential	Presidential
	Portugal	1976	PART IIITITLE IIICHAPTER IARTICLE 1553 Public bodies shall possess the duty, as laid down by law, to cooperate with Members in the performance of their functions.	Semi-Presidentialism	Parliamentary
	Saudi Arabia	1992	BASIC LAWPART 6ARTICLE 44 All these powers shall cooperate in performing their duties according to this Law and other regulations. The King is the ultimate source of all these authorities.	Absolute Monarchy	Presidential
	Venezuela	1999	TITLE IVCHAPTER ISECTION ONEARTICLE 136 Each of the branches of Public Power has its own functions, but the organs charged with exercising the same shall cooperate with one another in attaining the ends of the State.	Presidential	Presidential
<i>Harmonious</i>	Turkey	1982	PART THREECHAPTER TWOIDARTICLE 104 In this capacity, he/she shall represent the Republic of Turkey and the unity of the Turkish Nation; he/she shall ensure the implementation of the Constitution, and the regular and harmonious functioning of the organs of the State.	Presidential	Presidential
	Brazil	1988	The branches of the Union are the Legislative, the Executive and the Judiciary, which are independent and harmonious with each other.	Presidential	Presidential
	Colombia	1991	TITLE XIICHAPTER IARTICLE 334 In a special manner, the state shall intervene for the sake of the full employment of the human resources and to ascertain that all individuals, especially those with a low income, may have effective access to all basic goods and services. [It shall] also [intervene] to promote productivity and competitiveness and the harmonious development of the regions. Fiscal sustainability shall provide guidance to the branches and organs of government, within their competences, in a framework of harmonious collaboration.	Presidential	Presidential
	Haiti	1987	PREAMBLE To assure the separation, and the harmonious division of the powers of the State to the service of the fundamental interests and priorities of the Nation.	Semi-Presidential	Presidential
	Panama	1972	TITLE IARTICLE 2 Public power emanates solely from the people. It is exercised by the State, in conformity with this Constitution, through Legislative, Executive, and Judicial Branches of Government, which act within limits and separately, but in harmonious cooperation.	Presidential	Presidential
<i>Harmonic</i>	0				
<i>Harmoniously</i>	Colombia	1991	TITLE VCHAPTER IARTICLE 113 In addition to the organs that constitute them, there are others, autonomous and independent, for the execution of other functions of the State. The various organs of the State have separate functions, but cooperate harmoniously for the realization of their goals.	Presidential	Presidential

	Nicaragua	1987	<p>TITLE I ISOLE CHAPTER ARTICLE 7 Nicaragua is a democratic republic. Democracy is practiced through direct, participatory, and representative mechanisms. The delegated functions of the sovereign power are expressed through the legislative, executive, judicial and electoral branches of government. They have specialized and distinct functions, cooperating harmoniously with each other for the achievement of their purposes.</p> <p>TITLE VIII CHAPTER I ARTICLE 129 The Legislative, Executive, Judicial and Electoral Powers are independent of one another and coordinate harmoniously, subordinated only to the supreme interests of the nation and to what is established in this Constitution.</p>	Presidential	Presidential
Interrrelation	0				
Interdependence	Angola	2010	<p>TITLE I ARTICLE 21 The Republic of Angola shall be a democratic state based on the rule of law and on the sovereignty of the people, the primacy of the Constitution and the law, the separation of powers and the interdependence of functions, national unity, pluralism of political expression and organisation, and representative and participatory democracy.</p> <p>TITLE IV CHAPTER I ARTICLE 1053 The sovereign bodies must respect the separation and interdependence of the functions established in the Constitution.</p> <p>TITLE VII CHAPTER II ARTICLE 236 Alterations to the Constitution must respect:</p> <p>[...]</p> <p>j. The separation and interdependence of the bodies that exercise sovereign power;</p>	Presidential	Presidential
	Cape Verde	1980	<p>PART I TITLE I ARTICLE 22 The Republic of Cape Verde shall recognize and respect the organization of political power and the unitary nature of the State, the republican form of government, pluralistic democracy, the separation and interdependence of powers, the separation of Churches and the State, the independence of the Courts, the existence and autonomy of local authorities, and the democratic decentralization of Public Administration.</p> <p>PART IV TITLE I CHAPTER II ARTICLE 1083 3. Each referendum shall have as an object only one question; the following questions may never be submitted to popular referendum:</p> <p>a. Separation and interdependence of national bodies and their authority;</p> <p>PART V TITLE I ARTICLE 130 PRINCIPLE OF SEPARATION AND INTERDEPENDENCE OF POWERS The basic organizing principles of national bodies shall be the separation and interdependence of powers.</p> <p>[...]</p> <p>National bodies in their reciprocal relations and in the exercise of their duties, must respect the separation and interdependence of powers under conditions provided in the Constitution.</p>	Semi- Presidential	Semi- Presidential
	Mozambique	2004	<p>PREAMBLE The Constitution of 1990 introduced the democratic rule of law, based on the separation and interdependence of powers and on pluralism. It laid down the structural parameters for modernisation, making a decisive contribution to the beginning of a</p>	Semi- Parliamentary	Semi- Parliamentary

			democratic climate that led the country to its first multiparty elections. TITLE V SOLE CHAPTER ARTICLE 134 SEPARATION AND INTERDEPENDENCE The sovereign public offices are established on the principles of separation and interdependence of powers enshrined in the Constitution, and shall owe obedience to the Constitution and the laws		
	Portugal	1976	FUNDAMENTAL PRINCIPLES ARTICLE 2 The Portuguese Republic shall be a democratic state based on the rule of law, the sovereignty of the people, plural democratic expression and organisation, respect for and the guarantee of the effective implementation of fundamental rights and freedoms, and the separation and interdependence of powers, all with a view to achieving economic, social and cultural democracy and deepening participatory democracy.	Semi- Presidential	Semi- Presidential
	Sao Tome and Principe	1975	PART III TITLE I ARTICLE 69 THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION AND INTERDEPENDENCE OF POWERS Sovereign bodies shall observe the principles of separation and interdependence laid down in the Constitution.	Semi- Presidential	Semi- Presidential
	Timor- Leste	2002	PART III TITLE I ARTICLE 69 The organs of sovereignty, in their reciprocal relationship and exercise of their functions, shall observe the principle of separation and interdependence of powers established in the Constitution.	Semi- Presidential	Semi- Presidential
<i>Coordination</i>	Bolivia	2009	PART II TITLE I CHAPTER III ARTICLE 121 The State organizes and structures its public power through Legislative, Executive, Judicial and Electoral bodies. The organization of the State is based on the independence, separation, coordination and cooperation among these bodies.	Presidential	Presidential
	Paraguay	1992	PART II TITLE I ARTICLE 3 The People exercise the Public Power through suffrage. The government is exercised by the Legislative, Executive, and Judicial powers within a system of separation, equilibrium, coordination, and reciprocal control. None of these powers may arrogate, or grant to another, or to any person, individual or collectivity, extraordinary faculties or the sum of the Public Power.	Presidential	Presidential
<i>Coordinate</i>	Ecuador	2008	TITLE IV CHAPTER 5 SECTION 1 ARTICLE 206 The standing representatives of the entities of the Transparency and Social Control Branch shall establish a coordination body and shall choose, from among themselves every year, the Chair of the Branch. The following shall be the attributions and duties of the coordination body, in addition to those provided for by law: [...] 2. To coordinate the plan of action of the entities of the Branch, without undermining their autonomy.	Presidential	Presidential
	Liberia	1986	CHAPTER I ARTICLE 3 Liberia is a unitary sovereign state divided into counties for administrative purposes. The form of government is Republican with three separate coordinate branches: the legislative, the Executive and Judiciary. Consistent with the principles of separation of powers and checks and balances, no person holding office in one of these branches shall hold office in or exercise any of the powers assigned to either of the other two branches except as otherwise provided in this Constitution; and no person holding office in one of the said branches shall serve on any autonomous public agency.	Presidential	Presidential
	Nicaragua	1987	TITLE VIII CHAPTER I ARTICLE 129 The Legislative, Executive, Judicial and Electoral Powers are independent of one another and coordinate harmoniously, subordinated only to the	Presidential	Presidential

			supreme interests of the nation and to what is established in this Constitution.		
	Vietnam	1992	CHAPTER IARTICLE 2 [...] 3.The State powers are unified and distributed to state bodies, which shall coordinate with and control one another in the exercise of the legislative, executive and judiciary powers.	Unique party	Assembly Elected President
<i>Separation</i>	Albany	1998	PART ONEARTICLE 7 The system of government in the Republic of Albania is based on the separation and balancing of legislative, executive and judicial powers.	Parliamentary	Parliamentary
	Algeria	1989	The Constitution shall assure the separation of powers, independence of the judiciary, juridical protection and the control over the work of public authorities in a society in which legality reigns and permits the development of man in all dimensions. TITLE ICHAPTER IIIARTICLE 15 The State shall be founded on the principles of democratic organization, separation of powers and social justice.	Semi- Presidential	Presidential
	Angola	2010	PREAMBLE Reaffirming our commitment to the values and fundamental principles of the independence, sovereignty and the unity of a democratic state based on the rule of law, pluralism of political expression and organisation, the separation and balance between the powers of bodies that exercise sovereign power, the market economy and respect and guarantees for fundamental human rights and freedoms, which constitute the essential pillars supporting and structuring this Constitution; TITLE IARTICLE 21 The Republic of Angola shall be a democratic state based on the rule of law and on the sovereignty of the people, the primacy of the Constitution and the law, the separation of powers and the interdependence of functions, national unity, pluralism of political expression and organisation, and representative and participatory democracy. TITLE IVCHAPTER IARTICLE 1053 The sovereign bodies must respect the separation and interdependence of the functions established in the Constitution.	Presidential	Presidential
	Armenia	1995	CHAPTER 1ARTICLE 4THE PRINCIPLE OF SEPARATION AND BALANCE OF THE POWERS State power shall be exercised in accordance with the Constitution and the laws, based on the separation and balance of the legislative, executive, and judicial powers.	Parliamentary	Presidential Parliamentary EIU
	Azerbaijan	1995	FIRST PARTCHAPTER IIARTICLE 7III State power in the Republic of Azerbaijan is based on the principle of separation of powers: THIRD PARTCHAPTER VIIARTICLE 130III III. Upon request by the President of the Republic of Azerbaijan, the Milli Majlis of the Republic of Azerbaijan, the Cabinet of Ministers of the Republic of Azerbaijan, the Supreme Court of the Republic of Azerbaijan, the General Procurator's Office of the Republic of Azerbaijan or the Ali Majlis of the Nakhichevan Autonomous Republic, the Constitutional Court of the Republic of Azerbaijan shall examine the following matters: [...] 8.disputes related to the separation of powers between the legislative and executive branches.	Semi- Parliamentarism	Presidential
	Bahrain	2002	CHAPTER IVGENERAL PROVISIONSARTICLE 32A The system of government rests on a separation of the legislative, executive and judicial authorities while	Constitutional Monarchy	Presidential

			maintaining cooperation between them in accordance with the provisions of this Constitution. None of the three authorities may assign all or part of its powers stated in this Constitution. However, limited legislative delegation for a particular period and specific subject(s) is permissible, whereupon the powers shall be exercised in accordance with the provisions of the Delegation Law.		
	Bangladesh	1972	PART II22SEPARATION OF JUDICIARY FROM THE EXECUTIVE The State shall ensure the separation of the judiciary from the executive organs of the State.	Parliamentary	Parliamentary
	Belarus	1994	SECTION IARTICLE 6 State power in the Republic of Belarus shall be exercised on the principle of its separation into legislative, executive, and judicial powers. State bodies within the confines of their powers, shall be independent: they shall interact among themselves, check and balance one another.	Presidential	Presidential
	Bhutan	2008	ARTICLE 113 There shall be separation of the Executive, the Legislature and the Judiciary and no encroachment of each other's powers is permissible except to the extent provided for by this Constitution.	Constitutional Monarchy	Presidential
	Bolivia	2009	PART ITITLE ICHAPTER IIIARTICLE 12I The State organizes and structures its public power through Legislative, Executive, Judicial and Electoral bodies. The organization of the State is based on the independence, separation, coordination and cooperation among these bodies.	Presidential	Presidential
	Brazil	1988	TITLE IVCHAPTER ISECTION VIIISUBSECTION IIART 60§4° §4°. No proposed constitutional amendment shall be considered that is aimed at abolishing the following: [...] III.separation of powers;	Presidential	Presidential
	Burundi	2005	TITLE I2ARTICLE 18 The Government respects the separation of powers, the pre-eminence of the law, principles of good governance and transparency in public affairs.	Presidential	Presidential
	Cape Verde	1980	PART ITITLE IARTICLE 22 The Republic of Cape Verde shall recognize and respect the organization of political power and the unitary nature of the State, the republican form of government, pluralistic democracy, the separation and interdependence of powers, the separation of Churches and the State, the independence of the Courts, the existence and autonomy of local authorities, and the democratic decentralization of Public Administration. ARTICLE 130. PRINCIPLE OF SEPARATION AND INTERDEPENDENCE OF POWERS 1. The basic organizing principles of national bodies shall be the separation and interdependence of powers. 2. National bodies in their reciprocal relations and in the exercise of their duties, must respect the separation and interdependence of powers under conditions provided in the Constitution.	Semi-Presidential	Presidential
	Central African Republic	2016	PREAMBLE Resolved to build a State of Law founded on a pluralistic democracy, the respect for the separation and the equilibrium of the powers to [en vue de] guarantee the security of persons and of property [biens], the protection of the most weak, notably vulnerable persons, the minorities, and the full exercise of the fundamental freedoms and rights;	Presidential	Presidential
	Chad	1996	TITLE IARTICLE 7 The principle of the exercise of power is the Government of the people by the people and for the	Presidential	Presidential

			people, founded on the separation of the Executive, Legislative and Judicial powers.		
	Cote d'Ivoire	2016	PREAMBLE Proclaim our attachment to the principles of multi-party democracy based on the holding of free and transparent elections, of the separation and balance of power;	Presidential	Presidential
	Croatia	1991	IIARTICLE 4 In the Republic of Croatia government shall be organized on the principle of separation of powers into the legislative, executive and judicial branches, but limited by the right to local and regional self-government guaranteed by this Constitution. The principle of separation of powers includes the forms of mutual cooperation and reciprocal checks and balances provided by the Constitution and law.	Parliamentary	Parliamentary
	Dominica Republic	2015	TITLE I CHAPTER IIARTICLE 7 The Dominican Republic is a Social and Democratic State of Law, organized in the form of a single Republic, bases on the respect of human dignity, fundamental rights, work, popular sovereignty, and the separation and independence of the public powers.	Presidential	Presidential
	Egypt	2014	CHAPTER ONEARTICLE 5 The political system is based on political and partisan multiplicity, the peaceful transfer of power, the separation and balance of powers, authority going with responsibility, and respect for human rights and freedoms, as set out in the Constitution.	Semi-Presidential	Presidential
	Estonia	1992	CHAPTER IARTICLE 4 The activities of the Riigikogu (Parliament of Estonia), the President of the Republic, the Government of the Republic, and the courts shall be organized on the principle of separation and balance of powers.	Parliamentary	Assembly Elected President
	Fiji	2013	CHAPTER 11 1. The Republic of Fiji is a sovereign democratic State founded on the values of- [...] f. good governance, including the limitation and separation of powers;	Parliamentary	Parliamentary
	Finland	1999	SECTION 3. PARLIAMENTARISM AND THE SEPARATION OF POWERS The legislative powers are exercised by the Parliament, which shall also decide on State finances. The governmental powers are exercised by the President of the Republic and the Government, the members of which shall have the confidence of the Parliament. The judicial powers are exercised by independent courts of law, with the Supreme Court and the Supreme Administrative Court as the highest instances.	Parliamentary	Parliamentary
	Gabon	1991	FIRST TITLEARTICLE 5 The Gabonese Republic is organized according to the principles of national sovereignty, and the separation of the executive, legislative and judicial powers of the State.	Presidential	Presidential
	Georgia	1995	CHAPTER ONEARTICLE 54 State authority shall be exercised under the principle of separation of powers.	Semi-Presidential	Semi-Presidential
	Guinea	2010	TITLE IARTICLE 2 The principle of the separation and of the equilibrium of the Powers is consecrated TITLE XVIIIARTICLE 154 The republican form of the State, the principle of secularity [laïcité], the principle of the uniqueness [unicité] of the State, the principle of the separation and of the equilibrium of the powers, the political and	Presidential	Presidential

			syndical pluralism, [and] the number and the duration of the mandates of the President of the Republic[,] may not be made the object of a revision.		
	Guinea Bissau	1984	PART IIISECTION IARTICLE 592 The organization of political power is based on the separation and the independence of all sovereign bodies, as well as their subordination to the Constitution.	Semi-Parliamentary	Semi-Parliamentary
	Haiti	1987	PREAMBLE To assure the separation, and the harmonious division of the powers of the State to the service of the fundamental interests and priorities of the Nation. TITLE VARTICLE 59 The principle of separation of the three (3) powers is embodied in the Constitution.	Semi-Presidential	Semi-Presidential
	Iraq	2005	SECTION THREEARTICLE 47 The federal powers shall consist of the legislative, executive, and judicial powers, and they shall exercise their competencies and tasks on the basis of the principle of separation of powers.	Parliamentary	Parliamentary
	Kenya	2010	CHAPTER 11PART 1174 174. The objects of the devolution of government are- [...] i.to enhance checks and balances and the separation of powers. 175. County governments established under this Constitution shall reflect the following principles- a.county governments shall be based on democratic principles and the separation of powers;	Presidential	Presidential
	Kosovo	2008	CHAPTER IARTICLE 4FORM OF GOVERNMENT AND SEPARATION OF POWER Kosovo is a democratic Republic based on the principle of separation of powers and the checks and balances among them as provided in this Constitution.	Parliamentary	Parliamentary
	Kuwait	1962	PART IVCHAPTER IARTICLE 50 In conformity with the provisions of the Constitution the system of government shall be established on the basis of separation and cooperation of powers. No Authority shall be allowed to waive all or part of its jurisdiction as prescribed in this Constitution.	Constitutional Monarchy	Constitutional Monarchy
	Kyrgyzstan	2010	SECTION IARTICLE 3 The state power in the Kyrgyz Republic shall be based on the following principles: [...] 2.Separation of state power; [...] 4.Separation of functions and powers of state authorities and local self-governance bodies.	Parliamentary	Parliamentary
	Lebanon	1926	PART IPREAMBLE TO THE CONSTITUTIONE The system is based upon the principle of separation of powers, their balance, and their cooperation.	Parliamentary	Parliamentary
	Liberia	1986	CHAPTER IARTICLE 3 Liberia is a unitary sovereign state divided into counties for administrative purposes. The form of government is Republican with three separate coordinate branches: the legislative, the Executive and Judiciary. Consistent with the principles of separation of powers and checks and balances, no person holding office in one of these branches shall hold office in or exercise any of the powers assigned to either of the other two branches except as otherwise provided in this Constitution; and no person holding office in one of the said branches shall serve on any autonomous public agency.	Presidential	Presidential
	Madagascar	2010	PREAMBLE Considering that the development of the personality and of the identity of all Malagasies is the essential factor of the durable and full development of which the conditions are, notably:	Semi-Presidential	Semi-Presidential

			[...] •the separation and the equilibrium of power exercised through democratic procedures;		
	Moldova	1994	TITLE VARTICLE 1343 Constitutional Court shall guarantee the supremacy of the Constitution, shall ascertain the enforcement of the principle of separation of the State power into the legislature, executive and judiciary, and it shall guarantee the responsibility of the State towards the citizen and of the citizen towards the State.	Parliamentary	Parliamentary
	Monaco	1962	CHAPTER IART 6 The separation of the administrative, legislative and judiciary functions is guaranteed.	Constitutional Monarchy	Constitutional Monarchy
	Morocco	2011	TITLE ONEARTICLE ONE The constitutional regime of the Kingdom is founded on the separation, the balance and the collaboration of the powers, as well as on participative democracy of [the] citizen, and the principles of good governance and of the correlation between the responsibility for and the rendering of accounts.	Constitutional Monarchy	Constitutional Monarchy
	Mozambique	2004	PREAMBLE The Constitution of 1990 introduced the democratic rule of law, based on the separation and interdependence of powers and on pluralism. It laid down the structural parameters for modernisation, making a decisive contribution to the beginning of a democratic climate that led the country to its first multiparty elections. TITLE VSOLE CHAPTERARTICLE 134SEPARATION AND INTERDEPENDENCE The sovereign public offices are established on the principles of separation and interdependence of powers enshrined in the Constitution, and shall owe obedience to the Constitution and the laws.	Semi-Parliamentary	Semi-Parliamentary
	Nepal	2015	PART 5566 The Federation, provinces and local levels shall protect Nepal's independence, sovereignty, territorial integrity, autonomy, national interests, overall development, multi-party competitive democratic republic and federal system of governance, human rights and fundamental rights, rule of law, separation of powers and check and balance, equitable society based on plurality and equality, and inclusive representation and identity.	Parliamentary	Parliamentary
	Palestine	2003	TITLE ONEARTICLE 2 The people are the source of power, which shall be exercised through the legislative, executive and judicial authorities, based upon the principle of separation of powers and in the manner set forth in this Basic Law.	Semi-Parliamentary	Semi-Parliamentary
	Poland	1997	CHAPTER IARTICLE 101 The system of government of the Republic of Poland shall be based on the separation of and balance between the legislative, executive and judicial powers.	Presidential	Presidential
	Portugal	1976	FUNDAMENTAL PRINCIPLESARTICLE 2 The Portuguese Republic shall be a democratic state based on the rule of law, the sovereignty of the people, plural democratic expression and organisation, respect for and the guarantee of the effective implementation of fundamental rights and freedoms, and the separation and interdependence of powers, all with a view to achieving economic, social and cultural democracy and deepening participatory democracy.	Presidential	Presidential
	Qatar	2003	CHAPTER IVSECTION IARTICLE 60 The governing system is based upon the separation of powers and their cooperation in the manner specified in this Constitution.	Absolut Monarchy	Absolut Monarchy
	Romania	1991	TITLE IARTICLE 14 The State shall be organized based on the principle of the separation and balance of powers-legislative,	Semi-Presidential	Semi-Presidential

			executive and judicial-within the framework of constitutional democracy.		
	Sao Tome and Principe	1975	PART III TITLE I ARTICLE 69 THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION AND INTERDEPENDENCE OF POWERS Sovereign bodies shall observe the principles of separation and interdependence laid down in the Constitution.	Presidential	Presidential
	Senegal	2001	PREAMBLE PROCLAIM: [...] •the separation and the balance of powers conceded and exercised through democratic procedures;	Semi-Parliamentary	Semi-Parliamentary
	Serbia	2006	PART I ARTICLE 3 The rule of law shall be exercised through free and direct elections, constitutional guarantees of human and minority rights, separation of power, independent judiciary and observance of Constitution and Law by the authorities.	Parliamentary	Parliamentary
	Slovenia	1991	ARTICLE 3 In Slovenia power is vested in the people. Citizens exercise this power directly and through elections, consistent with the principle of the separation of legislative, executive and judicial powers.	Parliamentary	Parliamentary
	Somalia	2012	CHAPTER I ARTICLE 34 The Constitution of the Federal Republic of Somalia promotes human rights, the rule of law, general standards of international law, justice, participatory consultative and inclusive government, the separation of powers between the legislature, executive and an independent judiciary, in order to ensure accountability, efficiency and responsiveness to the interests of the people.	Parliamentary	Parliamentary
	South Sudan	2013	PART THREE CHAPTER III 48 DEVOLUTION OF POWERS 1. The following principles shall guide the devolution and exercise of powers: [...] d. pursuit of good governance through democracy, separation of powers, transparency, accountability and respect for the rule of law to enhance peace, socio-economic development and political stability.	Presidential	Presidential
	Timor-Leste	2002	PREAMBLE Solemnly reaffirm their determination to fight all forms of tyranny, oppression, social, cultural or religious domination and segregation, to defend national independence, to respect and guarantee human rights and the fundamental rights of the citizen, to ensure the principle of the separation of powers in the organization of the State, and to establish the essential rules of multi-party democracy, with a view to building a just and prosperous nation and developing a society of solidarity and fraternity. PART III TITLE I ARTICLE 69 PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS The organs of sovereignty, in their reciprocal relationship and exercise of their functions, shall observe the principle of separation and interdependence of powers established in the Constitution. PART VII TITLE II ARTICLE 156 1. Laws revising the Constitution shall respect: [...] d. the separation of powers;	Semi-Parliamentary	Semi-Parliamentary
	Tunisia	2014	PREAMBLE With a view to building a republican, democratic and participatory system, in the framework of a civil state founded on the sovereignty of the people, exercised through the peaceful alternation of power through free elections, and on the principle of the separation and balance of powers, which guarantees the freedom of association in conformity with the principles of	Semi-Presidential	Semi-Presidential

			pluralism, an impartial administration, and good governance, which are the foundations of political competition, where the state guarantees the supremacy of the law and the respect for freedoms and human rights, the independence of the judiciary, the equality of rights and duties between all citizens, male and female, and equality between all regions.		
	Turkey	1982	PREAMBLE The separation of powers, which does not imply an order of precedence among the organs of the State, but refers solely to the exercising of certain state powers and discharging of duties, and is limited to a civilized cooperation and division of functions; and the fact that only the Constitution and the laws have the supremacy;	Presidential	Presidential
	Uzbekistan	1992	PART ONE CHAPTER II ARTICLE 11 The principle of separation of powers into the legislative, executive and judicial shall underlie the system of state authority of the Republic of Uzbekistan.	Presidential	Presidential
	Vietnam	1992	CHAPTER III ARTICLE 52 The State constructs and perfects economic institutions, coordinate the economy on the base of respecting market rules; exercises distribution, decentralization, and separation of authorities in state management; and promotes the connection of regional economy and guarantee the unity of the national economy.	Partido único	Partido único
	Zimbabwe	2013	CHAPTER 132 2. The principles of good governance, which bind the State and all institutions and agencies of government at every level, include-- [...] e. observance of the principle of separation of powers;	Presidential	Presidential
<i>Separate</i>	Cambodia	1993	CHAPTER IV ARTICLE 51 The legislative, executive and judicial powers shall be separate.	Parliamentary	Parliamentary
	Colombia	1991	TITLE V CHAPTER I ARTICLE 113 In addition to the organs that constitute them, there are others, autonomous and independent, for the execution of other functions of the State. The various organs of the State have separate functions, but cooperate harmoniously for the realization of their goals.	Presidential	Presidential
	Liberia	1986	CHAPTER I ARTICLE 3 Liberia is a unitary sovereign state divided into counties for administrative purposes. The form of government is Republican with three separate coordinate branches: the legislative, the Executive and Judiciary. Consistent with the principles of separation of powers and checks and balances, no person holding office in one of these branches shall hold office in or exercise any of the powers assigned to either of the other two branches except as otherwise provided in this Constitution; and no person holding office in one of the said branches shall serve on any autonomous public agency.	Presidential	Presidential
	Moldova	1994	TITLE I ARTICLE 6 In the Republic of Moldova the legislature, the executive and the judiciary shall be separate and cooperate in the exercise of the assigned prerogatives pursuant to the provisions of the Constitution.	Parliamentary	Parliamentary
	Portugal	1976	PART III TITLE I ARTICLE 111 Bodies that exercise sovereign power shall be separate and interdependent as laid down by this Constitution.	Presidential	Presidential
	Rwanda	2003	CHAPTER VIII SECTION ONE ARTICLE 61 The three branches are separate and independent from each other but are all complementary. Their responsibilities, organization and functioning are defined by this Constitution.	Presidential	Presidential

