

## DE LA SEPARACIÓN DE PODERES AL EJERCICIO MULTIORGÁNICO DEL PODER: LOS DESAFÍOS DEL PRINCIPIO DE EFICACIA<sup>1</sup>

### THE SEPARATION OF POWERS AND THE MULTI-ORGAN EXERCISE OF PUBLIC POWER: THE CHALLENGES OF THE PRINCIPLE OF EFFICACY

Andrés Fernando Ospina Garzón

Docente-Investigador

Universidad Externado de Colombia

Doctor en Derecho de la Universidad de París II, Panthéon-Assas

Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia

**RESUMEN:** La separación de poderes es, al mismo tiempo, un principio del derecho público y un dogma de contenido difuso. Se trata de una idea forjada para proteger de las libertades en los Estados liberales de Derecho, cuya función era la contener al poder público. En el Estado Social de Derecho, los mandatos de eficacia que lo caracterizan permiten preguntarse legítimamente si es la separación de poderes un sistema adecuado no para limitar el poder público, sino para conducirlo hacia la producción efectiva de resultados socialmente valiosos. La idealización de la separación de poderes es entonces reemplazada por el real ejercicio multiorgánico del poder público, al tiempo que el principio de separación entre las ramas del poder público (unitario), encuentra un alcance que evite la arbitrariedad, pero sin impedir la eficacia administrativa.

**PALABRAS CLAVE:** separación de poderes; principio de eficacia; Estado Social de Derecho; ejercicio multiorgánico del poder público.

**ABSTRACT:** The Separation of Powers is, at the same time, a principle of public law and a dogma of diffuse content. It is an idea forged to protect individual freedoms in the Liberal State, and to help bring public power under the Rule of Law. In the Social State of Law, the mandates of efficacy that characterize this principle allow to legitimately ask whether the Separation of Powers

---

<sup>1</sup> Aunque este artículo tiene concepciones teóricas, parte principalmente del Derecho colombiano, como sistema normativo de referencia.

is an adequate system not just to limit power, but also to lead it towards the effective production of socially valuable results. The idealization of the Separation of Powers could then be replaced by a real multi-organ exercise of public power, where the principle of the separation between the branches of public power (unitary), achieves a scope that avoids arbitrariness without impeding administrative efficacy.

**KEYWORDS:** separation of powers; principle of efficacy; Social State of Law; multi-organ exercise of the public power.

**SUMARIO:** 1. LA SEPARACIÓN DE PODERES PARA PROTEGER LAS LIBERTADES PÚBLICAS: 1.1 La separación de poderes, una expresión vaga. 1.2. Una idea para contener el poder público.—2. EL EJERCICIO MULTIORGÁNICO DEL PODER PARA LA EFICACIA DE LOS DERECHOS: 2.1. El Estado Social y la preocupación por la eficacia. 2.2. El ejercicio multiorgánico de funciones para la eficacia.—3. CONCLUSIÓN—4. BIBLIOGRAFÍA

¿Resulta contradictorio que las constituciones incluyan mandatos de eficacia administrativa, pero, a la vez, reiteren el principio de separación de poderes?<sup>2</sup>. La expresión “separación de poderes” no es un concepto polisémico. Para serlo, se requeriría que se tratara de un verdadero concepto<sup>3</sup>: ser susceptible de ser delimitada, a partir de un criterio claro, estable y operativo, es decir, de la identificación de elementos esenciales que permitieran cotejar la realidad para determinar, caso a caso, si un régimen político o cierta situación corresponde o no a la separación de poderes. El problema de la separación de poderes no consiste en su esencia de principio porque, a partir de esta naturaleza, podría aceptarse que no estableciera consecuencias concretas que solucionaran nuestras inquietudes cotidianas, sino, que se tratara de un postulado general de contornos establecidos, que incluyera un mandato de optimización de cumplimiento variable. Aun los principios como el de igualdad o el de dignidad humana, poseen un alcance determinable y existen aristas que permiten su identificación. A pesar de su vaguedad, se trata de una idea que goza de prestigio y, por lo tanto, es utilizada como argumento *passé-partout* que, sacado en el momento

<sup>2</sup> La Constitución colombiana de 1991 dispone en el art. 113 que “Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines” y, entre otros muchos artículos que exigen eficacia, dispuso en su artículo 209 la eficacia como uno de los principios de la función administrativa. De manera equivalente, el art. 103.1 de la Constitución española dispone que la administración pública actúa de acuerdo con el principio de eficacia. Sin embargo, ningún artículo de la Constitución española exige expresamente separación de poderes, aunque indirectamente algunos la infieren de la combinación de la referencia al Estado de Derecho, del preámbulo y de la configuración del poder público en los arts. 66.2, en cuanto a lo legislativo; Título IV, Gobierno y Administración; Título VI “Poder” judicial.

<sup>3</sup> “El concepto, [...] es la expresión de la realidad verdadera de una institución en un momento de su evolución: más allá de las apariencias superficiales de hechos simples, el concepto expresa el nivel al que llega una institución, en su progreso hacia lo racional absoluto de la idea, en un momento dado”: Francis-Paul BENOIT, “Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel”, in *Mél. Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 25.

justo, sirve para justificar posiciones contrarias entre sí; una llave maestra para abrir o clausurar debates, con aires de erudición. Tal es la magia, indeterminación y maleabilidad de la separación de poderes, que incluso se presta para ser adaptada a las creencias religiosas de las personas, lo que los lleva a buscar los fundamentos bíblicos de esta, la que sería también, una verdad revelada<sup>4</sup>.

Pareciera que cualquier tema del Derecho público podría ser cotejado a la luz de la separación de poderes y los resultados no serían uniformes o absolutos: las prerrogativas de la Administración y la separación de poderes, el control del juez a la actividad administrativa y la separación de poderes, la imposibilidad de ejecución *in natura* de obligaciones de hacer de la Administración y la separación de poderes<sup>5</sup>. Tal es el peso mágico de la idea que una pregunta macro también es pertinente: la separación de poderes y el Derecho administrativo<sup>6</sup>. Ya que sería necio despreciar la importancia del dogma<sup>7</sup>, al ser un asunto tan presente en las preocupaciones de la doctrina del Derecho público<sup>8</sup>, de épocas y lugares distantes<sup>9</sup>, resulta legítimo formularse una pregunta más: ¿Es la separación de poderes un instrumento adecuado para la efectividad de la acción administrativa o, por el contrario, se convierte en un obstáculo para la misma? Eficacia significa un cotejo entre los fines propuestos y los resultados obtenidos, con los instrumentos a disposición. No se trata aquí de la preocupación de la eficiencia que implica el logro de resultados, mediante la optimización de tiempo y recursos, sino de la efectividad de la actuación pública. A primera vista, la pregunta pareciera encerrar un contrasentido o un reto: la expresión división o separación de poderes fue forjada para un poder público temido, más que deseado, exento de preocupaciones propias de la eficacia. La idea de la separación surge, esencialmente, con el fin de establecer límites al poder público y permitir, por esta vía, el ejercicio de las libertades públicas. La separación de poderes tiene por función atar al poder público, no hacerlo funcionar adecuadamente y coincide entonces con una administración mínima (Estado liberal), cuya única función es el establecimiento

---

<sup>4</sup> Cf. Carlos BERNAL PULIDO, “Fundamentos bíblicos de la separación de poderes y función catalizadora del juez”, en *Dikaion*, 28, 2, Bogotá, 2019, pp. 222-246.

<sup>5</sup> Respecto del poder de proferir órdenes concretas a la administración francesa: Bertrand SEILLER, “L’intérêt général et l’exercice des pouvoirs juridictionnels”, en *L’intérêt général. Mélanges en l’honneur de Didier Truchet*, Dalloz, París, 2015, p. 597.

<sup>6</sup> Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, “Separación de poderes y Derecho administrativo: en la búsqueda de la partícula de Dios”, en *La constitucionalización del Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 117 y ss.

<sup>7</sup> “La división del poder es el eje básico sobre el cual se fundamenta el Derecho Administrativo”: José Luis VILLAR PALASÍ, “El fin del Antiguo Régimen y los orígenes del Estado constitucional en España. La aparición del Derecho administrativo”, en *Posada Herrera y los orígenes del Derecho administrativo español*, INAP, Madrid, 2001, p. 20.

<sup>8</sup> “Pero las personas y los objetos, las acciones y los sucesos, no tendrían significación ni valor de verdad, si no hubiera quienes pensarán en ellos y, al pensarlos, no hablarán de ellos”: Philippe COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Coll. La pensée juridique, Bruylant – L.G.D.J., París, 1998, 291 p., p. 2.

<sup>9</sup> Epaminondas SPILIOTOPOULUS, *Droit administratif hellénique*, L.G.D.J., París, 1991, p. 28 y ss.

normativo de las condiciones de orden público<sup>10</sup>, es decir, la policía administrativa<sup>11</sup>. Ahora bien, habiendo superado el asombro, podría ser un reto interesante utilizar un sistema concebido con el fin de atar al poder público, para producir resultados socialmente valiosos. En otras palabras, aunque la separación de poderes es un sistema concebido para proteger las libertades (1), es el ejercicio multiorgánico del poder público el que contribuye para la eficacia de la actividad administrativa (2).

## 1. LA SEPARACIÓN DE PODERES PARA PROTEGER LAS LIBERTADES PÚBLICAS

La separación de poderes es una expresión vaga (1.1), respecto de la cual, a pesar de todo, pareciera haber consenso en que apunta a excluir la arbitrariedad, mediante la contención del poder público (1.2). Así, no es en esencia la separación de poderes un sistema que propenda hacia una actuación pública eficaz, es decir, al servicio de la consecución de los fines de la acción administrativa.

### 1.1. La separación de poderes, una expresión vaga

Separación de poderes o división de poderes fue una expresión que se convirtió en cliché a la moda a finales del siglo XVIII en sociedades ávidas de libertad. Popularizada, la expresión fue incluida en los idearios de la Revolución francesa, aunque no existía consenso entre sus defensores en cuanto a su significado concreto. Pareciera que el acuerdo que subyacía era cualquier cosa distinta a la monarquía absoluta, la cual, valga la pena precisarlo, no concentraba completamente todas las facultades y sí existían mecanismos para controlar el poder<sup>12</sup>. El art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, de 1789, en plena revolución, elevó al Olimpo la idea de separación de poderes<sup>13</sup>. Sin embargo, el lema división o separación de

<sup>10</sup> “[...] el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos humanos”: Corte Constitucional, sentencia C-024/94.

<sup>11</sup> Fernando GARRIDO FALLA, “Las Transformaciones del Concepto Jurídico de Policía Administrativa.”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 11. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1953. Pág. 11 y ss.

<sup>12</sup> En Francia, la justicia penal y civil, entre particulares, había sido delegada por el rey a los Parlamentos y fue justamente su independencia incómoda la que generó conflicto con la monarquía y dio lugar al nacimiento de la Jurisdicción administrativa. Cf. Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, *De la Jurisdicción administrativa a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿Un viaje de ida y vuelta?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. Respecto de la separación antigua entre lo administrativo y lo jurisdiccional “La existencia de este dualismo prueba que no hubo absolutismo en la Inglaterra, ni en la Europa Medieval”: Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *Poder y Derecho – Del Antiguo Régimen al Estado constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 33. (De *Administración y jueces* – 1971).

<sup>13</sup> “Todo el ideario político de la Revolución está concentrado, como el árbol frondoso en la semilla, en el fundacional texto de la Declaración de Derechos del Hombre y el ciudadano de 1789”:

poderes no era algo sobre lo cual la misma Constituyente francesa tuviera una idea precisa<sup>14</sup> y, a la postre, nunca significó, en la práctica, especialidad absoluta en el ejercicio de las funciones, ni aislamiento autárquico entre los tres “poderes”<sup>15</sup>. La expresión “separación de poderes a la francesa”<sup>16</sup> fue la manera de explicar que, a pesar de la apariencia, sí había una cierta separación de poderes, aunque no coincidiera en absoluto con lo que en la mente de algunos exige dicho principio.

A pesar de las distintas interpretaciones que suscitó la idea de la separación, la teoría de los pesos y contrapesos, injustamente atribuida a los independentistas estadounidenses en sus escritos publicados en *El Federalista*<sup>17</sup>, no era más, en realidad, que la correcta interpretación del capítulo “De la Constitución de Inglaterra”, de *El espíritu de las leyes* de Montesquieu, donde propugnaba por la idea de la balanza del poder o de un gobierno moderado<sup>18</sup>: para evitar la arbitrariedad, ninguna persona o ningún órgano público debe acumular todas las funciones, la de expedir normas, la de aplicarlas y la de juzgar las controversias generadas por esas normas. Esta construcción teórica parte del supuesto de que el poder público es un enemigo de las libertades, que es peligroso; el leviatán que amenaza a las personas. La que acaba de ser enunciada sería la *separación llamada horizontal de los poderes*.

---

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994, p. 103.

<sup>14</sup> “Nosotros tendremos dentro de poco la ocasión de estudiar esta teoría de los tres poderes, la que, exactamente examinada, mostrará, posiblemente, la facilidad con la que la inteligencia humana toma las palabras por cosas, las fórmulas por argumentos y, en esta rutina, establece un cierto orden de las ideas, sin volver nunca a examinar la ininteligible definición de algo que se ha tomado por axioma”: MIRABEAU, «Discours sur le renvoi des ministres»: Asamblea constituyente, discurso pronunciado el 18 de julio de 1789, citado por Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Larose, París, 1881, p. 293.

<sup>15</sup> “Todo derecho de veto atribuido al poder ejecutivo parece absolutamente contrario al principio de la separación de poderes”, Adhémar ESMEIN, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 8.ª ed., t. I, Sirey, París, 1927, p. 514. Sin embargo, la Constitución de 1791 disponía “Los decretos del Cuerpo legislativo son presentados al Rey, que puede rehusar su consentimiento. 2. En el caso de que el Rey rehúse su consentimiento, tendrá un efecto suspensivo. Cuando las dos legislaturas que sigan a aquella en que se ha presentado el decreto, presenten de nuevo sucesivamente el decreto en los mismos términos, se considerará que el Rey tiene que conceder la sanción”.

<sup>16</sup> Idea aceptada por el Consejo Constitucional francés: decisión núm. 86-224 DC del 23 de enero de 1987, *Rec.*, p. 8; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, (M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS), Dalloz, 19 edición, París, 2013, p. 635; *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, (L. FAVOREU Y L. PHILIP), Dalloz, 17.ª ed., París, 2013, p. 57.

<sup>17</sup> James MADISON desarrolla la Teoría en su artículo “The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments”, incluido en el número 51 de *The Federalist*, publicado el 6 de febrero de 1788.

<sup>18</sup> “[...] pero es una experiencia eterna, que todos los hombres que tienen poder, tienen tendencia a abusar de él, hasta que encuentra límites [...] para que no se pueda abusar del poder, es necesario que por disposición de las cosas, el poder detenga al poder”: MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, liv. XI, ch. IV. Cf. Gérard TIMSIT, «M. le maudit, Relire Montesquieu», in *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, París, 1992, pp. 617-632.

Otra forma de separación que también tendería hacia garantizar las libertades públicas se instauraría entre los poderes humanos y los divinos, en las diferentes formas de laicidad o de la *separación entre las iglesias y el Estado*<sup>19</sup>, igualmente dúctil y abierta a interpretaciones o acomodos y evoluciones políticas propias de cada Estado<sup>20</sup>. Con la necesidad de buscarle a esta separación una paternidad tan mítica como la de los poderes, esta no se fundaría en la Declaración francesa de Derechos del Hombre y el Ciudadano, sino en la biblia misma<sup>21</sup>. En ciertos sistemas la separación sería radical o combativa, sin ninguna forma de relacionamiento entre instituciones eclesiásticas y estatales, mientras que, para otros, las relaciones son posibles, pero bajo importantes restricciones o alertas<sup>22</sup>.

La separación entre los asuntos humanos y los espirituales hace parte, en realidad, de una forma de separación mucho más amplia y con fundamento racional<sup>23</sup>: la *separación entre lo público y lo privado* o entre Estado y sociedad<sup>24</sup>, que se encuentra

<sup>19</sup> El art. 16.3 de la Constitución española de 1978 dispone que “ninguna confesión tendrá carácter estatal”. La Ley francesa 46547 del 9 de diciembre de 1905, relativa a la separación de las Iglesias y el Estado dispuso en su artículo 2 que: “La República no reconoce, paga, ni subvenciona culto alguno”. En el caso colombiano “La Constitución Política de 1991, fundada sobre el pluralismo (artículo 1) y el respeto por la diversidad (artículo 7), en desarrollo del principio democrático (artículo 1) y el respeto para la construcción de un Estado laico, en el que el principio de laicidad fuera el elemento integrador de la libertad religiosa y la igualdad de las distintas confesiones (artículo 19), con algunos aspectos de la libertad de conciencia (artículo 18) y del libre desarrollo de la personalidad (artículo 16) y determinara el carácter laico de los servicios públicos”: Corte Constitucional, sentencia C-664/16.

<sup>20</sup> La Corte Constitucional colombiana reprochó la financiación de la Semana Santa en la ciudad de Pamplona, Norte de Santander, con dineros públicos (sentencia C-224/16), pero declaró constitucional que la administración municipal de la misma ciudad fuera obligada a gestionar y promocionar las procesiones (C-033/19), validando así la evidente confusión de las funciones públicas, con actividades netamente religiosas. Advirtió que la constitucionalidad se declara: “en el entendido de que en desarrollo de la labor atribuida al Municipio de Pamplona como gestor y promotor de las procesiones de Semana Santa en dicha ciudad, la administración municipal debe preservar la neutralidad del Estado en materia religiosa y, por lo tanto, debe evitar promover directa o indirectamente la religión católica, afectar la igualdad entre las distintas confesiones religiosas o realizar actos de adhesión a dicha religión”. La pregunta es evidente: ¿cómo es posible gestionar y promover las procesiones de semana santa, sin promover la religión católica?

<sup>21</sup> El fundamento se encontraría en el relato según el cual Jesucristo habría respondido a quienes le preguntaron si debían pagar impuestos: “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”.

<sup>22</sup> Para profundizar en el estudio de los diferentes modelos de laicidad: Víctor J. VÁSQUEZ ALONSO, *Laicidad y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.

<sup>23</sup> “[...] uno de los momentos esenciales en el desarrollo del constitucionalismo y de la idea de los derechos humanos fue el reconocimiento de que las creencias religiosas eran un asunto que no debía de ser controlado por el poder público y que, por consiguiente, debería respetarse la libertad de conciencia, de religión y de cultos. Así, al consagrarse tales libertades, se desplazó la cuestión de la verdad religiosa a la vida privada de las personas y se comenzaron a establecer límites al poder de intervención del Estado”: Corte Constitucional, sentencia C-350/94.

<sup>24</sup> “En la base de la organización del Estado de Derecho y en su mismo sistema de libertades constitucionalmente garantizadas está claramente la autonomía de una sociedad independiente del Estado”: Ernst FORSTHOFF, “Concepto y esencia del Estado Social de Derecho”, en *El Estado Social*, (Wolfgang ABERROTH, Ernst FORSTHOFF y Karl DOEHRING), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 81.

reconocida expresamente en algunos textos constitucionales<sup>25</sup> y que, en otros, como el colombiano, atraviesa transversalmente la norma superior, a tal punto que se convierte en piedra angular del Derecho público y define políticamente al Estado, al establecer límites fundamentales a la acción pública, a través del reconocimiento de asuntos, materias o espacios de interés privado y, en principio, irrelevantes para lo público y en los que no podrían inmiscuirse las autoridades estatales<sup>26</sup>, como ocurría en el Estado absoluto<sup>27</sup>. Así, la separación entre lo público y lo privado protege igualmente el principio democrático y, por lo tanto, excluye toda forma de control estatal, respecto de los partidos políticos<sup>28</sup>.

Pero en estricto sentido esas otras ideas de separación no corresponderían a la separación de poderes. Sin embargo, al contar con prestigio e indeterminación, sus contornos permitirían justificar toda idea de limitaciones al poder público, de garantías contra la arbitrariedad y de condiciones para el ejercicio de las libertades públicas.

## 1.2. Una idea para contener al poder público

La expresión separación o división de poderes conoció el éxito en el contexto del Estado liberal de Derecho, en el que la función pública se restringía a la garantía de las condiciones mínimas para el ejercicio de las libertades básicas, esto es, el orden público, en donde la función administrativa era exclusivamente la de policía administrativa, entendida en su sentido más elemental<sup>29</sup>. Esto resultó del abandono del modelo absoluto que negó la individualidad del súbdito e, incluso, asumió como función pública la felicidad personal de todos. Por el contrario, en el Estado liberal, la realización del proyecto personal se convirtió en una responsabilidad individual, algo propio de los asuntos privados en los que las autoridades públicas no pueden inmiscuirse porque, el Estado no es absoluto, sino limitado. La libertad, en todos los aspectos, fue entendida como la única expectativa social y los límites al poder, la función propia del Derecho. La máxima de Goethe resume la idea liberal de las ex-

---

<sup>25</sup> El art. 10 de la Constitución uruguaya dispone que “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados”.

<sup>26</sup> “No es papel del Estado el promocionar las distintas confesiones religiosas, así lo haga respetando la igualdad entre ellas”: Corte Constitucional, sentencia C-766/10.

<sup>27</sup> LOUIS XIV, *Mémoires pour l'instruction du dauphin, mémoires pour l'année 1661*, ed. de Pierre GAUBERT, París, 1992, p. 66-86.

<sup>28</sup> En la sentencia SU-585/17, la Corte Constitucional censuró que mediante una acción popular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pudiera examinar y controlar la moralidad en el funcionamiento interno de un partido político, el Partido Liberal Colombiano.

<sup>29</sup> “Siendo el Estado de Derecho abstencionista en sus comienzos, el orden público casi se limita a asegurar la “tranquilidad de la calle”. La policía administrativa es simplemente policía de la seguridad”: Fernando GARRIDO FALLA, “Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, 1959, p. 13.

pectativas ciudadanas frente al poder público: “El mejor de los Estados es aquel que nos enseña a gobernarnos a nosotros mismos”<sup>30</sup>, no aquel que nos gobierna.

Para garantizar los límites al poder, el Derecho público se satisfacía con la validez legal de las actuaciones públicas, por lo que el respeto de los diferentes estancos impuestos al poder, daría por satisfecha la función estatal: excluir la arbitrariedad o el abuso del poder<sup>31</sup>, a través del respeto de las competencias, sin extralimitación o desbordamiento alguno. Pareciera que si se respetan las leyes, el Estado cumple con su rol y, por lo tanto, la dirección legal de la actividad administrativa es plena y de verificación objetiva, por contraste normativo; el Estado actuaba bien si no violaba las leyes, ni las libertades de las personas. En estricto sentido, era posible hablar de un Estado legal, mas no de un Estado de Derecho<sup>32</sup>. La función del Derecho administrativo fue la de ser muro de contención<sup>33</sup> que permitiera la libertad y no instrumento de acción: amarrada la bestia, se limitaría su peligrosidad<sup>34</sup>. De esta manera, todo el esquema de control de la actividad pública se centró en la actividad judicial y fue dirigido a la validez, mientras que la conveniencia, la oportunidad, el mérito y la efectividad de la actuación pública, no fue un problema relevante y extraño a las funciones de los jueces. Justamente las limitaciones al control judicial se explicaron en la necesidad de separar lo judicial de lo administrativo y, en este sentido, evitar el gobierno de los jueces o la coadministración. Los controles administrativos extrajudiciales fueron despreciados en torno del resplandor de un control judicial, no obstante, muy limitado. Un Derecho administrativo desconectado de la realidad garantizó la apariencia de respeto de la idea generalizada de lo que constituye la separación de poderes.

Sin embargo, la despreocupación e indolencia del Derecho público por los problemas sociales, generó descontento en una sociedad que conoció y sufrió las injusticias del mercado<sup>35</sup>. En la prestación de servicios públicos no lucrativos o inaccesibles para

<sup>30</sup> Johann Wolfgang von GOETHE.

<sup>31</sup> “Desde el punto de vista clásico, la esencia de la separación de poderes es prevenir el abuso de poder [...] Ahora, diferentes líneas del constitucionalismo clásico definen el ‘abuso’ de manera diferente”: Adrian VERMULE, *Law’s Abnegation*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2016, p. 58.

<sup>32</sup> Véase Marie-Joëlle REDOR, *De l’état légal à l’état de droit : l’évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Economica, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, París, 1994.

<sup>33</sup> “[...] en realidad, el derecho administrativo no es un derecho de privilegios; es un derecho de sumisión [...]. Desde cuando esta sumisión fue total, las autoridades administrativas ya no pueden actuar sin que la ley las autorice. Incluso en ese caso, la idea de privilegio sigue siendo fundamentalmente falsa. Lejos de instaurar privilegios, la necesidad de una ley para conferir una competencia es, por el contrario, la marca de su sumisión”: Francis-Paul BÉNOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, París, 1968, p. 76.

<sup>34</sup> “Por ello al monstruo se le somete a fuertes límites y a fuertes restricciones, tanto en sus funciones de ser garante de la conservación del orden social, como en sus limitaciones, sujeto a un escrupuloso respeto de la libertad individual”: Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “Estado Social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 69, sept-dic., 2003, p. 149.

<sup>35</sup> La primavera de los pueblos, movimiento popular de enero (Italia), febrero (Francia) y marzo (Alemania), fue un movimiento popular, obrero, que buscaba un cambio en el rol del Estado, con el abandono del *laissez faire, laissez passer* en pro de la intervención económica para proteger a las personas.

los más pobres, el Estado encontró, por primera vez, una acción positiva en pro de la eficacia de los derechos prestacionales: ya no solo se esperaba del Estado autoridad dentro de la legalidad, sino prestaciones, resultados... eficacia<sup>36</sup>. No es coincidencia que en la entraña de la idea de servicio público se encuentre el solidarismo, base del Estado social<sup>37</sup>. Sin embargo, la idealización de la separación de poderes se erigió en un obstáculo para la eficacia de la protección de los derechos de las personas: los jueces no pueden suplantar a la Administración<sup>38</sup>, no existen mecanismos eficaces para realizar los derechos de las personas y el control judicial, lento, limitado e ineficaz, se convierte en la única esperanza para la sociedad. Un cambio profundo en el rol del Estado, ya no considerado como una amenaza para las personas, sino como el gestor del bienestar social y garante de la realización de los derechos, determinó la inadaptación de la interpretación ortodoxa de la separación de poderes, para hacer que la actuación pública fuera eficaz.

## 2. EL EJERCICIO MULTIORGÁNICO DEL PODER PARA LA EFICACIA DE LOS DERECHOS

Sin haber verdaderamente determinado atribuciones exclusivas, absolutas y excluyentes de las funciones públicas, Colombia abandonó la separación o división de poderes en 1936 y, en su lugar, adoptó el principio de unidad del poder, con separación entre sus órganos, pero con necesaria colaboración. Por influencia de la teoría del francés León Duguit<sup>39</sup>, la *Revolución en marcha*, movimiento liberal de reforma

<sup>36</sup> Para DUGUIT, el principio de solidaridad, “hecho fundamental de toda sociedad humana” (Léon DUGUIT, *L’État, le doit objectif et la loi positive*, Fontemoing, París, 1901, 1, p. 24) vendría a transformar el Estado poder (con prerrogativas justificadas en sí mismas), por el Estado colaborador o colaboracionista: “Así, la noción de servicio público viene a reemplazar la de soberanía. El Estado ya no es un poder soberano que ordena: ahora es un grupo de individuos que detentan una fuerza que deben emplear para crear y administrar los servicios públicos. La noción de servicio público se convierte en la noción fundamental del derecho público moderno”: Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, París, 1913, p. XIX.

<sup>37</sup> La construcción jurídica de León DUGUIT se funda en la idea según la cual la función del Estado es crear vínculos de solidaridad social. La idea de solidaridad de DUGUIT se inspira en el sociólogo DURKHEIM, como él mismo lo reconoce: “Nosotros nos inspiramos, en este capítulo, del bello libro de M. Durkheim, *De la division du travail social*, 1893, a pesar de que rechazamos muchas de las ideas que allí se exponen”: Léon DUGUIT, *L’État, le droit objectif et la loi positive*, (citada), edición Dalloz, París, 2003, nota 1, p. 23.

<sup>38</sup> “El principio organizativo de la separación del poder [...] no opera solo en el sentido de distanciar el poder legislativo del poder ejecutivo y administrativo, sino opera simultáneamente en el sentido de separar a este último del primero y de conferirle una posición autónoma: la autonomía de la administración es la otra cara de la supremacía de la ley”: Mario NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 4.ª ed., Il Mulino, Bolonia, 1974, p. 26.

<sup>39</sup> Léon DUGUIT, “La séparation des pouvoirs et l’Assemblée nationale de 1789”, *Revue d’économie politique*, L. Larose, París, 1893, p. 96. Sus ideas las desarrolla en “Des fonctions de l’État moderne. Étude de sociologie juridique”, en *Revue internationale de sociologie*, núm. 3, marzo de 1894, pp. 37 y 197.

social a las instituciones<sup>40</sup>, entendió que la mejor manera de paralizar al Estado es separar los poderes y que, en realidad, para el correcto funcionamiento del poder público, deben existir órganos o ramas especializadas, con garantía de su independencia (independencia de la rama judicial e independencia de la Administración<sup>41</sup>) pero cuyas funciones no sean exclusivas, ni excluyentes y, en realidad, la unidad del poder<sup>42</sup> determine el evidente y necesario concurso o colaboración de todos los órganos para la consecución de los fines sociales del Estado. La separación entre los *órganos* del poder, de 1936, fue cambiada por una separación entre *ramas* del poder unitario, a partir de 1945 y fue confirmada por la Constitución colombiana de 1991<sup>43</sup>. De esta manera, el art. 2 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 separación de poderes, se satisfacía con que hubiera orden público y ciertas libertades<sup>44</sup>. La unidad del poder se convirtió en un instrumento para el Estado social, preocupado fundamentalmente por la eficacia (2.1), lo que permitió la aceptación del ejercicio multiorgánico de las funciones, necesario para la eficacia en la actividad pública (2.2).

---

<sup>40</sup> “Las leyes sociales, el nuevo trato a los viejos y antiguos problemas, la legislación agraria y tributaria, en lugar de dejar satisfechos a los oprimidos abrió sus ojos a la luz del día, del siglo XX y del socialismo, no obstante que algunas de las disposiciones se quedaron escritas [...]. Una serie de reformas esperadas desde los inicios de la república fueron emprendidas por su administración. La Constitución Nacional fue adicionada y reformada; La Ley tributaria moderna expedida; la legislación de tierras dictada; la Universidad Nacional creada y la Educación Pública actualizada. Las disposiciones en materia laboral y la dirección social del Estado permitieron la presencia activa de las clases trabajadoras en la vida nacional [...]. La Constitución Nacional, hasta entonces suma de normas monárquicas y estáticas, se vuelve en 1936 carta magna de gobiernos que pueden, sin salirse del principio de la legalidad, intervenir en la economía, progresar los débiles, organizar el estado providencia, dar cobertura asistencial al pueblo”: Benjamín ARDILA DUARTE, “Alfonso López Pumarejo y la Revolución en marcha”, en <http://www.revistacredencial.com/credencial/historia/temas/alfonso-lopez-pumarejo-y-la-revolucion-en-marcha>.

<sup>41</sup> “La separación entre las ramas del poder implica la garantía de las autonomías, en este caso, la judicial y la administrativa. Se trata de un sistema recíproco en el que también el juez debe ejercer sus competencias de tal manera que respete la autonomía de la administración”: Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, “La justicia administrativa para la paz”, en *La Constitucionalización del derecho administrativo*, t. 2, El derecho administrativo para la paz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 670.

<sup>42</sup> “Sea cual fuere el número de órganos, solamente existe un poder estatal”: Georg JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*, II parte, M. Giard y E. Brière, París, 1913, p. 164.

<sup>43</sup> Art. 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”.

<sup>44</sup> El Acuerdo sobre la reforma constitucional, del Consejo nacional de delegatarios que preparó la Constitución colombiana de 1886, firmado el 1 de diciembre de 1885, disponía, en cuanto a las bases para la reforma “3. La conservación del orden general y seccional pertenece a la nación. Sólo ella puede tener ejército y elementos de guerra” y los numerales 9 y 10 disponen “9. La prensa será libre en tiempo de paz; pero estará sujeta a responsabilidad cuando atente contra la honra de las personas, o contra el orden social, o contra la tranquilidad pública”, “10. Las demás libertades individuales serán consignadas en la Constitución con razonables limitaciones”.

## 2.1. El Estado Social y la preocupación por la eficacia

La crisis del Estado de Derecho no es, en esencia, la puesta en duda del sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico (principio de juridicidad), sino la aceptación de que el rol del Estado no se satisface con la contención del poder público, la expedición y cumplimiento de normas; que se requiere la obtención de resultados socialmente valiosos<sup>45</sup> para los que no basta legislar<sup>46</sup> y expedir actos administrativos policivos; que se necesita actuar, hacerlo de manera adecuada, evaluar los resultados, corregir, reformular y seguir en la procura constante de transformaciones sociales positivas.

La Constitución colombiana de 1991 introdujo expresamente el componente social al Estado de Derecho<sup>47</sup>, aunque el germen ya se encontraba en la reforma constitucional de 1936<sup>48</sup>, de corte solidario, que, también inspirada en Duguit, había incluido la función social de la propiedad privada<sup>49</sup>. La cláusula de Estado social de Derecho no es una proclama de buenas aspiraciones políticas o de reglas meramente incitativas, sino un conjunto de exigencias concretas de eficacia, entre otras, para la realización de los derechos fundamentales<sup>50</sup>. En el Estado Social de Derecho, los de-

---

<sup>45</sup> “La conciencia de la crisis del Estado de Derecho es general y como una superación de dicha crisis se presenta la acomodación del Estado de Derecho a las urgentes tareas sociales mediante una remodelación o reinterpretación del Estado de Derecho en tanto que Estado Social de Derecho”: Ernst FORSTHOFF, “Concepto y esencia del Estado Social de Derecho”, *op. cit.*, p. 74.

<sup>46</sup> “Esta distinción es la nota que diferencia al Estado de Derecho, que es obligatoriamente un Estado de leyes, del Estado de administración”: *ibid.*, p. 90.

<sup>47</sup> Art. 1. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

<sup>48</sup> “La teoría del Estado social de derecho formulada por Hermann Heller a comienzos del siglo xx, sostiene que la única forma de evitar la caída de un régimen dictatorial es la transformación de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho. La consagración constitucional del Estado Social de Derecho se produjo en 1949, con la ley fundamental de Bonn, en su art. 20, que prescribe ‘la república federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social’. La cuestión social se introdujo en los textos constitucionales de Latinoamérica a partir de la Constitución Mexicana de 1971 (Querétaro). Aunque la Constitución colombiana incorporó esa cuestión en 1936, la cláusula del Estado social solo se incorpora en el texto de 1991”, DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El Estado social y democrático de derecho y los derechos humanos*, Bogotá, 2001, p. 21.

<sup>49</sup> “La propiedad tal como la entiende el gobierno no se basa únicamente en el título inscrito, sino que tiene su fundamento en la función social que desempeña, y la posesión consiste en la explotación económica de la tierra por medio de hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio, como la plantación o sementera, la ocupación con ganados, la construcción de edificios, los cercamientos y otros de igual significación”: Alfonso LÓPEZ PUMAREJO, discurso de posesión como Presidente de la República, citado por Benjamín ARDILA DUARTE, “Alfonso López Pumarejo y la Revolución en marcha”, *op. cit.*

<sup>50</sup> “La eficacia de los derechos constitucionales es entonces un rasgo definitorio del Estado colombiano. El principio de eficacia indica que la mera consagración retórica de un derecho, aunque necesaria, no constituye por sí misma una garantía del mismo, si la persona no cuenta con los instrumentos jurídicos para perseguir la satisfacción de su contenido o para lograr el goce efectivo del derecho”:

rechos fundamentales dejan de ser simples mandatos de abstención y esto no únicamente en lo que concierne a los derechos prestacionales (DESC), sino también porque se reconocen contenidos prestacionales de los derechos individuales, incluidos los derechos libertades<sup>51</sup>. En el Estado Social, se exige la satisfacción de necesidades sociales, eficacia de los derechos y calidad de vida (mínimo vital, dignidad)<sup>52</sup>. Pero la eficacia de los derechos fundamentales no es una exigencia predicable únicamente del Estado, sino también de los particulares<sup>53</sup>, lo que condujo a la constitucionalización de ámbitos antes librados al Derecho privado<sup>54</sup>.

La igualdad formal o ante la ley cedió para dar paso a la acción pública transformadora, focalizada y diferenciada como exigencia propia del Estado Social de Derecho. La igualdad material implica transformación y, ella, en sí misma, la idea de logros tangibles en la superación de barreras e inequidades<sup>55</sup>. La vigencia real del Estado Social explica que el art. 209 de la Constitución colombiana hubiera incluido la eficacia como uno de los principios del ejercicio de la función administrativa<sup>56</sup>.

---

Consejo de Estado, Secc. 2, Sentencia de acción de cumplimiento del 26 de octubre del 2012, exp. n. 15001-23-31-000-2012-00243-01 AC (2014287).

<sup>51</sup> “Las garantías jurídico-sociales no consisten primariamente en limitaciones, sino en participación. Libertad y participación son nociones cardinales que configuran hoy las relaciones del individuo en el Estado. [...] La participación como derecho y pretensión presupone un Estado que ayuda, reparte, distribuye y adjudica, que no abandona al individuo en su situación social sino que acude en su ayuda mediante subsidios. Tal es el Estado Social”: Ernst FORSTHOFF, “Concepto y esencia del Estado Social de Derecho”, *ibid.*, p. 86.

<sup>52</sup> Aunque teóricamente es aceptable la diferencia entre validez y eficacia propuesta en la diferencia entre el Estado Social y el Estado de Bienestar, la validez deja de ser una preocupación extrajurídica. “Creemos que hay que partir de dos conceptos potencialmente interrelacionados pero perfectamente distinguibles e, incluso, potencialmente independientes. Un concepto estrictamente jurídico –el de Estado Social de Derecho– que recoge nuestra Constitución, y un concepto no normativo, sino descriptivo, sociopolítico y socio-económico, que es el de Estado de bienestar. La diferencia es nítida desde una perspectiva epistemológica. En un caso hablamos de un conocimiento perteneciente a las ciencias del espíritu y, en el otro, de un objeto extraído de la realidad sensible, que descansa en proposiciones descriptivas, susceptibles de verificación empírica. En un caso enjuiciamos la validez y el alcance de una proposición prescriptiva y, en el otro, analizamos descriptivamente una realidad socio-económica”: Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, *Estado Social*, *op. cit.*, p. 140.

<sup>53</sup> “[...] en el caso colombiano la consagración directa por la Constitución de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones inter privados ha evitado los problemas de fundamentación presentes en la doctrina y jurisprudencia alemana y española”: Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 307.

<sup>54</sup> “Una parte importante de los debate alrededor de la constitucionalización se encuentra determinada por el concepto de Constitución que cada uno de los partícipes o agentes defiende o presupone al aproximarse al asunto”: Juan Jacobo CALDERÓN VILLEGAS, *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia de impacto constitucional en Colombia*, 3. ed., Temis, universidades de los Andes y Rosario, Bogotá, 2017, p. 39.

<sup>55</sup> Incluso en la adjudicación de los contratos públicos “se aceptan tratos diferenciados, a fin de garantizar la igual material para quienes se encuentren en una situación de desventaja, trato éste que debe estar sujeto a un juicios de razonabilidad y proporcionalidad”: Consejo de Estado, Sección 3, Sentencia del 28 de agosto del 2013, exp. n. 11001-03-26-000-2010-00037-00 39005 (2015690).

<sup>56</sup> Alguna jurisprudencia ha extendido a la función legislativa y a la judicial los principios propios de la función administrativa. Por ejemplo, la sentencia C-274/13 refiere que el artículo 209 de la Cons-

La actuación legítima ya no es únicamente la que respeta las normas (ficción de la voluntad popular), sino aquella que logra resultados socialmente valiosos<sup>57</sup>.

La obtención de dichos resultados es confiada a la administración pública, por lo que, en esencia, el Estado Social es un Estado administrativo. Sin embargo, más allá de las normas y fruto de la improvisación, la corrupción y la inercia de un sistema que tradicionalmente despreció los mínimos sociales, las expectativas que nacieron del reconocimiento de importantes derechos constitucionales de contenido prestacional, se vieron frustradas en la realidad. Ante este panorama, el sistema mismo dispuso de alternativas a la inacción administrativa: si las normas jurídicas reconocen derechos a las personas y el sistema prevé mecanismos judiciales para exigir su cumplimiento, los jueces no pueden hacer nada distinto que sancionar la desidia y proferrir órdenes concretas. La idea de derechos programáticos o no actualmente exigibles se evidenció, con el paso del tiempo, como una excusa que ponía en riesgo la eficacia misma de las Constituciones<sup>58</sup> y por esta razón, poco a poco se trata de una figura en progresivo abandono, para dar paso a derechos verdaderamente exigibles, lo que imprime a la Constitución su carácter realmente normativo<sup>59</sup>.

A pesar de la ausencia de consenso sobre el contenido de la separación de poderes, algo era claro: la realidad estaba desconociendo o, incluso, superando el concepto

---

titudinación prevé los principios que rigen la función pública, en lugar de la función administrativa.

<sup>57</sup> “La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad. De ahí pues, que los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales. Ahora bien, la efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos.”: Corte Constitucional, sentencia T-068/98.

<sup>58</sup> “La Constitución señaló el derecho que tienen toda persona para acceder a la vivienda en condiciones dignas. Dicho derecho, que se cataloga como de segunda generación y que se sitúa junto con otros derechos de carácter económico, no tiene la protección inmediata que le puede brindar la acción de tutela, pues en su condición de derecho asistencial, le corresponde al Estado la obligación de desarrollar planes de vivienda, ya sea directamente o por medio de contratos con particulares, todo de acuerdo con la ley. Por tal motivo, las condiciones jurídicas, económicas y materiales son las que determinarán la efectiva materialización de tal derecho”: Corte Constitucional, sentencia T-258/97.

<sup>59</sup> 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, sentencia T-531/17.

idealizado del principio<sup>60</sup>. Desde un punto de vista teórico, el Estado social de Derecho puso en jaque la idea clásica de la necesaria separación de poderes<sup>61</sup> y, en su lugar, vino a contextualizar la unidad del poder y la evidente, más que necesaria, colaboración entre órganos o ramas para la eficacia de los fines del Estado<sup>62</sup>. El terreno fue fértil para las alarmas y las ideas reaccionarias con un panorama que algunos pueden identificar con el cataclismo: los jueces estarían saliéndose de sus competencias al fallar más allá el caso concreto y, proferir, sentencias estructurales, realizar seguimientos prolongados en el tiempo frente a las órdenes emitidas, identificar el interés general y formular políticas públicas. Pero lo que se ve como una anomalía, no es más que la inadaptación de la concepción idealista de la separación de poderes, frente a mandatos constitucionales de eficacia, dirigidos al Estado, en su conjunto<sup>63</sup>, en los que no se admiten excusas formales y orgánicas. En otras palabras, el Estado Social de Derecho es ciertamente un Estado administrativo<sup>64</sup> en el que el juez adquiere un papel de árbitro fundamental, pero también de actor de la realización de los fines sociales del Estado<sup>65</sup> y, para ello, también sus poderes se encuentran ampliados e,

<sup>60</sup> “[...] el movimiento básico del derecho administrativo moderno es la abnegación de la separación de poderes”: Adrian VERMULE, *Law’s Abnegation*, *op. cit.*, 59. Se hizo entonces necesario buscar “la manera como el derecho administrativo moderno optimiza y desacraliza la separación de poderes”: *ibid.*, p. 69.

<sup>61</sup> “La separación de poderes, como vimos, es una técnica en declive sujeta a una superación gradual, impuesta por las exigencias nuevas de equilibrio político y de acomodarse a esquemas constitucionales cuyo pensamiento ya no se asienta en razones preponderantes de formalismo en la protección de los derechos individuales, conforme a la teoría clásica de su elaboración inicial y finalidades del liberalismo”: Paulo BONAVIDES, *Do Estado Liberal au Estado Social*, 8.ª ed., Malheirons editores, San Pablo, 2007, p. 65.

<sup>62</sup> Art. 2. “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

<sup>63</sup> El art. 2 de la Constitución colombiana prevé cuáles son los fines esenciales del Estado, en su conjunto, lo que se acompaña con el deber de colaboración armónica para lograrlos, prevista en el art. 113. Esto se explica porque en el Estado Social “Ello no es solamente vinculante para el legislador y, por consiguiente, de naturaleza programática, sino que vincula directamente a cualquiera aplicación del Derecho, bien sea por los tribunales de justicia o por la administración”: Ernst FORSTHOFF, “Concepto y esencia del Estado Social de Derecho”, *op. cit.*, p. 98.

<sup>64</sup> “No es, pues, por el ámbito constitucional, sino por el de la administración por donde el Estado social ha penetrado en la teoría del derecho público”: *ibid.*, p. 78.

<sup>65</sup> “Así el juez tiende a convertirse en una especie de factótum institucional, cuya función parece consistir con frecuencia no solo en dirimir disputas, sino también en resolver problemas que las otras instituciones no han afrontado aún, o que han tratado de manera no satisfactoria (Cramton, 1976)”: Carlo GUARNIERI y Patricia PEDERZOLI, *Los jueces y la política. Política judicial y democracia*, Traducción al español de *La puissance de juger*, Michalon, París, 1996, Taurus, De Santilla editores, Madrid, 1999, p. 15.

incluso, finalmente se logra aceptar la evidencia: que la jurisprudencia hace parte de las normas que integran el ordenamiento jurídico.

En el Estado social, los poderes del juez se ven aumentados en pro de la eficacia. Si el juez era esencial para el Estado de Derecho, también lo es para el Estado social pero su rol se transforma, se acrecienta<sup>66</sup>. El formalismo es abandonado y el juez empieza a preocuparse por la eficacia<sup>67</sup>. No solo se trata de la atribución de nuevos mecanismos para realizar efectivamente los derechos de las personas y, más generalmente, los fines del Estado, sino también de cambios o modulaciones en los mecanismos judiciales tradicionales; la idea de control judicial, tradicionalmente entendida como garantía de los límites al poder, se abre hacia un control que se preocupa por los resultados, para forzar a la Administración a actuar, es decir, a ser eficaz<sup>68</sup>. En cuanto a los nuevos mecanismos, como la acción de tutela (para proteger derechos fundamentales), la acción de cumplimiento (para forzar la realización de la ley o de los actos administrativos) y las acciones populares (para proteger derechos e intereses colectivos), todos en común dotan al juez de poderes amplísimos guiados por la eficacia, para controlar más allá del simple apego a las normas, la situación real de los derechos involucrados y para impartir las órdenes necesarias para forzar la realización de los fines de las normas. Las decisiones son adoptadas en un término breve (tutela) e incluso los poderes del juez, para hacer efectivos los derechos, no se limitan a aquellos que se encuentren invocados o mencionados por la demanda, sino que de oficio, el juez, luego de la instrucción del asunto, puede ordenar la protección de cualquier derecho que considere que puede estar amenazado o vulnerado, así no haya sido mencionado en la demanda (esto en tutela y en acciones populares). También el juez puede adoptar una decisión *ultra* o *extra petita*, ya que las normas lo autorizan para adoptar cualquier medida eficaz para proteger los derechos conculcados o amenazados, incluso si la decisión

---

<sup>66</sup> En Colombia, todos los jueces son jueces de la acción de tutela para la defensa de los derechos fundamentales. En esta medida, todos, civiles, penales, de lo contencioso administrativo, etc., integran la Jurisdicción constitucional, en cuya cabeza se encuentra la Corte constitucional. De la misma manera, todas las autoridades públicas, jurisdiccionales o no, controlan la constitucionalidad de las normas (leyes, actos administrativos, etc.), por la vía de un control vía excepción que el art. 4 de la Constitución ordena, para garantizar la supremacía constitucional.

<sup>67</sup> En pro de la eficacia, la Constitución le exige al juez darle prevalencia al Derecho sustancial sobre el procesal. Trabas simplemente formales a la tutela judicial para que sea efectiva poco a poco se van superando. Así, por ejemplo, aunque pareciera una evidencia, la ley 1437 de 2011 obliga al juez a interpretar la demanda para darle el camino procesal más adecuado, independientemente de los errores formales en la determinación de la acción que corresponde. También, por la misma motivación, se obliga al juez a entender que cuando se demanda el acto administrativo inicial, pero no se controvierten los que resolvieron recursos contra este, entienda que los dos están demandados y no deniegue justicia bajo el argumento de la inepta demanda.

<sup>68</sup> “Si las nuevas formas de gobernanza descansan en leyes más abiertas, en las que se establecen los objetivos y los fines y se dejan en manos de la administración la selección de los medios [...] la revisión jurisdiccional habrá de ser igualmente más finalista y adaptarse a la estructura normativa”: Javier BARNES, “Las transformaciones del Derecho administrativo contemporáneo y el control judicial de la administración pública”, en *Justicia Contenciosa Administrativa – Congreso Internacional*, UNAM, México, 2013, p. 352.

no concuerda con las pretensiones. Estos nuevos mecanismos para proteger derechos fundamentales no se satisfacen con la decisión, sino que prevén instrumentos para la realización de la misma: las órdenes son obligatorias *so pena* de una sanción de arresto por desacato a la decisión judicial (tutela), el juez puede adoptar todo tipo de órdenes a la Administración y las acompaña de un término para su realización e, incluso, realiza labores de seguimiento al cumplimiento de sus decisiones (por ejemplo, la Corte constitucional)<sup>69</sup>. En estos nuevos mecanismos, el control de validez pierde algo de protagonismo y se trata, en todos los casos, de un control de eficacia, sobre todo, de la realización de los derechos de las personas.

Pero también los mecanismos judiciales tradicionales se modulan en pro de la eficacia de los derechos constitucionales. Así, el contencioso de la legalidad de los actos administrativos comienza a involucrar cuestiones propias de la eficacia como los juicios de proporcionalidad en el ejercicio de poderes discrecionales y la moralidad administrativa<sup>70</sup>. Luego de superar la idea de la especialización absoluta, incluso, el juez anula una decisión administrativa desproporcionada en cuanto a la relación entre sus fines y sus medios y en su lugar, para el restablecimiento del derecho, adopta el acto administrativo en reemplazo, con una nueva proporcionalidad. Se trata de una medida eficaz para realizar los derechos de las personas; aunque esto no lo podría entender la separación de poderes.

Ahora bien, es necesario reconocer que el sistema judicial no es el más adaptado a las necesidades del control de eficacia, lo que explica que se redescubran y revitalicen controles administrativos no judiciales, tanto internos, como externos, en particular, los controles internos de calidad en donde los juicios de conveniencia, oportunidad, idoneidad, necesidad y de resultados, encuentran su ambiente natural. Se trata de controles basados en los principios de eficiencia y eficacia, que no tienen por finalidad reprochar, sino intervenir oportunamente para reorientar y proponer correctivos que permitan alcanzar las finalidades impuestas a través de un permanente monitoreo de los indicadores de gestión. Este tipo de controles de eficacia parten del supuesto según el cual cada uno de los instrumentos que acumula la autoridad administrativa (poderes normativos, de gestión y contenciosos) no pueden ser juzga-

---

<sup>69</sup> Por ejemplo, la Corte constitucional constató la existencia de un generalizado desconocimiento del derecho fundamental de petición por parte de la entidad pensional pública (CAJANAL) en razón del retraso generalizado en la decisión de solicitudes de pensión o de reliquidación de la misma. Por consiguiente, de oficio, fue más allá de la decisión de los casos de las personas que habían ejercido una acción de tutela que, aunque eran bastantes, no eran todas, y constató un estado de cosas inconstitucional. Para resolverlo, dispuso de un plazo perentorio para que se adoptara un plan de choque para resolver todas las solicitudes represadas. Corte Constitucional, sentencia T-068/98.

<sup>70</sup> “La supremacía de las normas constitucionales exige, antes que la evocación de un enunciado formal de prevalencia de los derechos colectivos, su plena eficacia material. Y a ese objetivo debe orientarse imperiosamente la tarea del juez de la acción popular, pues un entendimiento distinto conduciría al desconocimiento de uno de los fines esenciales del Estado social, para el efecto la participación en la protección de la moralidad administrativa con la eficacia que su trascendencia exige”: Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia del 2 de diciembre del 2013, 76001-23-31-000-2005-02130-01 (2020409) AP.

dos individualmente ni en términos numéricos, sino a partir de su contribución real para alcanzar los fines de la actividad pública, examinada en cada caso<sup>71</sup>.

En suma, la influencia de la eficacia en el estudio del Derecho administrativo implica transformaciones profundas que permiten identificar el nacimiento de un nuevo Derecho con especificidades en cuanto a su definición<sup>72</sup>, sus fuentes<sup>73</sup>, sus roles<sup>74</sup> y la manera de juzgar su legitimidad, ya que no basta con que la actuación administrativa sea legal<sup>75</sup>. Aunque se mantienen los límites con la ciencia administrativa, ya no es solo la acción administrativa el objeto común con el Derecho admi-

<sup>71</sup> “La función principal de la sanción administrativa no es impedir la extracción, sino completar el engranaje de la política minera nacional en la búsqueda de un equilibrio bastante difícil y frágil: extracción regulada que se acompase con las necesidades económicas, seguridad alimentaria, presión internacional e interna, sostenibilidad medioambiental, salud de las personas, derechos fundamentales, por ejemplo de comunidades indígenas, interés general previsto tanto en la protección del medio ambiente, como en el interés general presente en la actividad minera y retribución justa al Estado y a las zonas de donde se extrae para que la minería conlleve al desarrollo en regiones donde sus riquezas no renovables fueron extraídas”: Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, “La eficacia de las sanciones administrativas, en materia minera”, en *Minería y desarrollo, t. 2, medio ambiente y desarrollo sostenible* (Juan Carlos HENAO y María del Pilar GARCÍA -editores-), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 410-411.

<sup>72</sup> Cf. Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, “La eficacia en el Derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann”, en *Perspectivas de una reforma. Estudios de Derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 37-74.

<sup>73</sup> Héctor SANTAELLA puso de presente cómo la visión que se tenga de la separación de poderes tiene un importante influjo en las fuentes del derecho administrativo ya que una “excesiva consideración” de este principio “Para el sistema de fuentes, su influjo pernicioso se desprende de la simple secuencia (que en un movimiento ordenado y lineal, en una jerarquía siempre descendente, que presupone un continuum predeterminado por las normas superiores) a la que se reduce su funcionamiento: el legislador legisla por medio de normas generales y abstractas; el ejecutivo ejecuta cumplidamente el programa material definido por la ley y el poder judicial controla que los actos de la Administración se hayan ceñido estrictamente a la ley. Producto de su orden, claridad y simpleza, dicho esquema seduce, pero transmite una visión apenas parcial y distorsionada de cómo suceden las cosas hoy en la realidad de numerosos sectores del derecho administrativo”: Héctor SANTAELLA QUINTERO, “Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia: en tránsito hacia un ordenamiento jurídico menos jerárquico, menos rígido, menos formal y menos estatal”, en *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*, t. I (Jorge Iván RINCÓN -editor-), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, p. 139.

<sup>74</sup> “Una Administración pública a cargo de responsabilidades resueltamente heterogéneas; que ya no solamente ejecuta mecánicamente un programa legal preestablecido”: *ibidem*, p. 141. Así el derecho administrativo debe “satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y efectividad de la acción administrativa”: Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 26.

<sup>75</sup> “[...] ha de tenerse en cuenta que la acción administrativa ha de ser no sólo conforme con la Ley y al Derecho, sino que más allá de ese estándar mínimo debiera satisfacer otros criterios de corrección (eficacia, calidad, etc.)”, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Javier BARNES (editor), Global Law Press, INAP, 2.ª ed., España, 2012, p. 72.

nistrativo, sino también la eficacia administrativa<sup>76</sup>. La historia reivindica a Nicolas Delamare<sup>77</sup>, que Maurice Hauriou acusó de justificar el poder por el poder, por no realizar estudios estrictamente jurídicos<sup>78</sup>. En el Derecho administrativo del Estado Social, la programación legal dejó de ser estricta y se convirtió en una técnica más abierta o discrecional, a través de la fijación de principios, fines y, por consiguiente, el control del juez también varió por los difíciles equilibrios en juego.

## 2.2. El ejercicio multiorgánico de las funciones para la eficacia

Para alcanzar los fines del Estado social, la unidad del poder, más que la separación, exige que las autoridades públicas (legislador, jueces, autoridades administrativas, órganos políticos, órganos autónomos y órganos de control de naturaleza diversa), dispongan de los instrumentos necesarios para convertir en realidad los derechos reconocidos a las personas y asegurar el logro de los fines constitucionales del Estado. Los mandatos de eficacia presentes en la Constitución, implican que el Legislador debe dotar a las distintas autoridades de suficientes poderes para lograr los fines que le son encomendados. En esta labor de configuración del poder público, debe tenerse en cuenta que la acumulación de funciones diversas, normativas, de gestión, de resolución de litigios y controversias, entre otras, genera condiciones adecuadas para una actuación pública eficaz. De esta manera, al superar la idealización de la separación de poderes, en su concepción de exclusividad monopolística de funciones y de aislamiento recíproco, se pone en evidencia que la mezcla de “poderes”, antes considerados como debiendo estar separados<sup>79</sup>, se erige en instrumento necesario para una actuación administrativa eficaz. Lo anterior se evidencia no únicamente respecto de las autoridades administrativas, sino también en las autoridades judiciales.

Ya que norma jurídica no es sinónimo de ley, la función normativa se encuentra dispersa entre los diferentes órganos del Estado, en forma de ejercicio multiorgánico. Para cumplir de manera eficaz los mandatos del Estado Social, la autoridad administrativa dispone de un poder normativo no únicamente en lo relativo a la expedición de actos administrativos concretos, sino en los diversos poderes reglamentarios

<sup>76</sup> “Un derecho nuevo apareció con la venida del Estado providencia, un derecho “intervencionista” (N. Luhmann), concebido como un instrumento de acción en las manos del Estado, puesto al servicio de la realización de las políticas públicas [...] que se dirige ya no sólo a limitar comportamientos, sino a alcanzar ciertos objetivos y a producir ciertos efectos económicos y sociales”: Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, 5.ª ed., Montchrestien, París, 2010, p. 93.

<sup>77</sup> Nicolas DELAMARE, *Traité de la Police*, Michel Brunet, París, 1722, en cuatro tomos.

<sup>78</sup> Maurice HAURIUO, «Droit administratif», en *Répertoire de droit administratif*, (Léon Béquet) 14, Paul Dupont editores, París, 1897, p. 1 y s.

<sup>79</sup> “La asignación de funciones propias, por tanto, no implica que cada uno de los órganos del Estado siempre tenga el ejercicio exclusivo de alguna función específica. Por tanto, todos los órganos del Estado, en una u otra forma, ejercen todas las funciones del Estado, lo que conduce al principio del ejercicio interorgánico de las funciones del Estado, que se configura como otro de los marcos constitucionales del derecho administrativo”: Luciano PAREJO ALFONSO, *El concepto del Derecho administrativo*, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p. 51.

reconocidos a autoridades administrativas de diferentes niveles. La jurisprudencia es fuente del Derecho porque los jueces también ejercen el poder normativo del Estado y profieren verdaderas normas jurídicas tanto individuales, como generales. La ficción de la ausencia de poder normativo de los jueces es entonces superada<sup>80</sup> y se abren paso nuevos retos en cuanto a la seguridad jurídica derivada de normas jurisprudenciales, así como los efectos de la jurisprudencia en el tiempo.

Igualmente, el ejercicio multiorgánico de las funciones públicas, en pro de la actuación pública eficaz permite entender que la función de resolver litigios y controversias no es exclusiva de la rama judicial del poder público y que, por lo tanto, resulta legítimo que las autoridades administrativas ejerzan la función contenciosa<sup>81</sup>. La confusión entre función contenciosa y función jurisdiccional lleva al error de encontrar funciones jurisdiccionales allí donde, sin formalización estatal, únicamente hay una función de resolver litigios, es decir, la función contenciosa<sup>82</sup>.

En pro de la realización de los derechos de las personas, mecanismos clásicos como los recursos administrativos que, por diversas razones, incluida la idealización de la separación de poderes, habían sido condenados a ser instrumentos ineficaces, adquieren una connotación diferente: pasan de ser simples privilegios administrativos, concebidos para proteger a la Administración, para convertirse en mecanismos contenciosos de resolución de litigios<sup>83</sup>. En esta misma corriente, se supera la falsa idea relativa a la exclusividad jurisdiccional de la resolución de litigios entre particulares o del poder estatal de sanción y se asumen las sanciones administrativas como instrumento de la actuación administrativa eficaz<sup>84</sup>. También, las autoridades admi-

<sup>80</sup> “[...] producto de esa renovada comprensión del principio de separación de poderes, resulta forzoso igualmente asumir que los jueces ya no sólo aplican el derecho. También lo crean”: Héctor SANTAELLA, “Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia”, *op. cit.*, p. 142.

<sup>81</sup> Al respecto, puede consultarse: Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, “El contencioso administrativo no jurisdiccional: el despertar lento de la función contenciosa de la administración”, en *Las transformaciones de la administración pública y el derecho administrativo*, t. III (Julián Andrés PIMIEN-TO – editor-), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 261-331 y, para una aproximación histórica y de derecho comparado: *L'activité contentieuse de l'Administration Tome I: Étude de Droit administratif comparé, éditions Universitaires Européennes*, 2016.

<sup>82</sup> “En Deuteronomio 1, Dios ordenó a Moisés que creara un poder judicial independiente, cuando el pueblo de Israel estaba a punto de tomar posesión de la tierra prometida”: Carlos BERNAL PULIDO, “Fundamentos bíblicos de la separación de poderes y función catalizadora del juez”, *op. cit.*, p. 230. ¿Poder judicial en la biblia? En realidad, el mismo autor cita lo que se encuentra en dicho libro Deuteronomio 1:16-17: “Atiendan todos los litigios entre sus hermanos, y juzguen con imparcialidad, tanto a los israelitas como a los extranjeros. No sean parciales en el juicio; consideren de igual manera la causa de los débiles y la de los poderosos. No se dejen intimidar por nadie, porque el juicio es de Dios. Los casos que no sean capaces de resolver, tráiganmelos, que yo los atenderé”.

<sup>83</sup> Cf. José Luis BENAVIDES y Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, “La justificación de los recursos administrativos”, publicado en *Revista de Derecho del Estado*, núm. 29 del 2012. Una versión electrónica puede consultarse en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2190409](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2190409).

<sup>84</sup> “La potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines”, Corte Constitucional, sentencia C-506/02. Se trata de una reiteración de la sentencia C-214/94.

nistrativas de regulación acuden a instrumentos jurídicos y no jurídicos, pero que contribuyen para el logro del fin propuesto.

En este sentido, es el ejercicio multiorgánico de diversas funciones estatales un elemento tan característico por ejemplo de las autoridades con funciones de regulación, que es justamente la acumulación de instrumentos y funciones en pro de alcanzar eficazmente sus fines (condiciones de libre sana y leal competencia, calidad en el servicio y respeto de los derechos de los usuarios), que puede incluso esta acumulación de funciones convertirse en un elemento capaz de definir la regulación<sup>85</sup>. En cuanto a los instrumentos jurídicos, la autoridad de regulación acumula competencias que, ingenuamente, la separación creyó poder mantener separadas: la función normativa, la función de gestión y la función contenciosa para, incluso, resolver litigios entre los agentes del mercado regulado<sup>86</sup>. Igualmente se recurre a mecanismos no coactivos o de administración informal<sup>87</sup> cuya eficacia se convierte en su preocupación fundamental, por lo que es la eficacia misma la que los define<sup>88</sup>.

La configuración del poder público en el Estado Social de Derecho no responde entonces únicamente a la necesidad de contener al poder público, para evitar la arbitrariedad, sino a la búsqueda de eficacia en la actuación pública, para lo cual se asume que es el ejercicio transversal de las diferentes funciones lo que se requiere para que las autoridades cuenten con los instrumentos necesarios para lograr sus objetivos. En otras palabras, la estructuración del poder público se guía por lógicas de gerencia pública en las que el Estado no solo se impone, sino que negocia y coordina<sup>89</sup>;

<sup>85</sup> “La regulación supone el recurso a una panoplia de medios de acción: la reglamentación (*rule-making*), la vigilancia (*monitoring*), la asignación de los derechos (*adjudication*), la resolución de conflictos (*dispute resolution*)”: Jacques CHEVALLIER, *El Estado posmoderno*, trad. Oswaldo Pérez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 109.

<sup>86</sup> En Derecho francés, el Código de comunicaciones electrónicas y postales dispuso que “En caso de negativa de acceso a la interconexión, de fracaso de las negociaciones comerciales o desacuerdo sobre la firma o la ejecución de una convención de interconexión o de acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y postales, cualquiera de las partes puede solicitarle a la autoridad de las comunicaciones que decida el diferendo”: art. 36-8, inciso 1 del Código francés de comunicaciones electrónicas y postales. En Colombia, la ley relativa a los servicios públicos domiciliarios, ley 142 de 1994, dotó a las comisiones de regulación del poder de resolver litigios entre los usuarios en pro de la interconexión, necesaria para alcanzar sus fines de instaurar la libre competencia en el mercado. Cf. Consejo de Estado, Sección 1, Auto del 4 de septiembre del 2005, exp. n. (217313) 11001-03-24-000-2002-00242-01 242.

<sup>87</sup> Javier BARNES VÁSQUEZ, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial derecho global, 2008, pp. 11-69.

<sup>88</sup> “Sea cual fuere su función, el derecho suave sólo puede ser útil si es efectivo. La preocupación por la efectividad también está presente en el derecho duro, pero no representa para éste un carácter existencial: el derecho duro tiene una respuesta frente a su desconocimiento, que es la sanción o, al menos, la responsabilidad de aquel que lo viole [...]. El derecho suave, existe únicamente en la medida en que se aplica, es decir, si logra modificar comportamientos de sus destinatarios en el sentido querido por sus autores; el derecho suave que es ignorado, no es interesante”: Consejo de Estado francés, *Étude annuelle 2013, Le droit souple*, Conseil d’État, La documentation française, París, 2013, p. 104.

<sup>89</sup> “Si gobernar termina siendo, en la práctica, a gerenciar la acción colectiva, la calidad de la coordinación es la que determina la capacidad de pilotaje de las autoridades públicas”, Sophie NICINSKY, «Avant propos», en *La puissance publique*, AFDA, Lexis-Nexis, París, 2012, p. 6.

aunque el orden jurídico sigue siendo imprescindible, deja de ser la única razón que guía al poder público<sup>90</sup> y, en esta concepción de gerencia pública, incluso el Estado se organiza de la mejor manera posible para actuar eficazmente en pro de resultados socialmente valiosos<sup>91</sup>.

El ejercicio multiorgánico del poder parte entonces de la idea de que no existen funciones exclusivas ni excluyentes y que, en función de la eficacia en la actuación pública, es legítimo que una sola autoridad acumule funciones que tradicionalmente se propugnaba por su separación. Sin embargo, luego de evidenciar la inadaptación de la visión idealista de la separación de poderes al Estado Social de Derecho y, en particular, la incapacidad de responder adecuadamente a la preocupación por la eficacia, queda una duda por resolver: ¿cómo se garantiza la exclusión de la arbitrariedad en un sistema de ejercicio multiorgánico del poder y qué queda del principio constitucional de separación de poderes?

No es el ejercicio multiorgánico del poder una fuente en sí misma de arbitrariedad, ni de desconocimiento del principio constitucional de separación de poderes. La arbitrariedad se hace posible (i) si el poder ejercido es inmune al control, (ii) este es insuficiente o (iii) el control es desbordado, a tal punto que él mismo se convierte en fuente de arbitrariedad.

(i) La garantía de juridicidad dentro del Estado Social de Derecho se hace efectiva mediante la existencia de controles diversos, administrativos y, evidentemente, judiciales. Las autoridades administrativas que acumulan funciones diversas, incluidas, por ejemplo, las autoridades de regulación, profieren decisiones administrativas que son susceptibles de control judicial. Cuando se expiden normas de contenido general o se profieren normas de contenido particular, incluidas sanciones, se deciden las impugnaciones o recursos o se resuelve un litigio o una controversia entre dos particulares o dos entidades públicas, la administración no ejerce la función legislativa, en el primer caso, ni la judicial, en los otros, sino, en todos los casos, se trata de la más pura función administrativa y es, en esa medida, pasible de control. Esto se explica porque la aceptación del ejercicio multiorgánico del poder exige entender que la función legislativa, y la judicial o jurisdiccional, únicamente se definen por criterios formales y, por lo tanto, la función legislativa no es más que una de las formalizaciones de la diversa función normativa y la función jurisdiccional, es una de las formalizaciones de la función contenciosa, pero no la única<sup>92</sup>. En otras palabras, aunque existen las funciones normativa y contenciosa, de ejercicio transversal en los órganos del Estado,

---

<sup>90</sup> “El derecho ya no es el elemento central de la acción pública”: Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'Etat*, Bruylant, Bruselas, 2007, p. 250.

<sup>91</sup> Jacques CAILLOSSE, “Quel droit la gouvernance publique fabrique-t-elle?“, *Droit et Société*, núm. 72/2009.

<sup>92</sup> Por lo tanto, cuando la administración ejerce la función contenciosa no ejerce una función “cuasi judicial”, sino una verdadera y completa función administrativa. La expresión cuasi judicial o cuasi jurisdiccional es usada en muchas partes del mundo. Para España, puede citarse como ejemplo: Ángel Manuel MORENO MOLINA, “La administración por Agencias en Estados Unidos de Norteamérica”, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 70.

no existe la función materialmente legislativa, ni la función materialmente jurisdiccional. Aunque las autoridades públicas acumulen funciones diversas, cada una actúa de acuerdo con sus propias formas, lo que determina su fuerza y el tipo de control que se ejerce.

(ii) La manera de compensar la ampliación de los poderes públicos es la profundización del control judicial. Los controles judiciales integrales, que permiten reexaminar los asuntos administrativamente decididos, practicar pruebas y valorar judicialmente lo decidido, en control incluso de resultados, resultan necesarios en consideración de dos factores: la calidad del debido proceso desarrollado en sede administrativa y la importancia del riesgo que la decisión significa para los derechos de la persona. Los jueces no administran cuando juzgan a la administración, profieren órdenes concretas e, incluso, adoptan directamente el acto administrativo que reemplaza el anulado<sup>93</sup>. De la misma manera, los tribunales constitucionales no legislan cuando expulsan normas legales, las modulan, adicionan o condicionan su interpretación. Ni juzgar a la administración es administrar<sup>94</sup>, ni los tribunales constitucionales son legisladores “negativos”, en la infortunada expresión de Kelsen; en ambos casos, ejercen únicamente la función jurisdiccional. Ahora bien, la garantía de exclusión de la arbitrariedad pública implica que no existan actividades públicas inmunes al control, ni que el control sea meramente formal, sino de fondo.

(iii) El control judicial debe respetar la autonomía del órgano controlado: el núcleo mínimo del principio de separación entre ramas del poder público consiste en la prohibición de poderes absolutos o incontrolados y en el respeto de la autonomía propia de cada uno de los órganos constitucionales. El primer instrumento para el respeto de la autonomía administrativa y evitar que el control judicial lo suplante, es la regla de la justicia rogada. La imposibilidad general del juez de realizar controles oficiosos e integrales, salvo puntuales excepciones, apunta a mantener al juez dentro de su función propia: la judicial frente al caso puesto a su conocimiento. La búsqueda oficiosa de vicios en la actuación administrativa permite que el juez reemplace su juicio al propio de la administración. Para respetar la autonomía administrativa, a más de los límites procesales a su función, el juez debe autocontenerse, es decir, autoimponerse ciertos límites dirigidos a evitar reemplazar un juicio adecuado y proporcional de la administración, por un juicio de conveniencia judicial<sup>95</sup>.

---

<sup>93</sup> El art. 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presente en la Ley 1437 de 2011, dispone en su inciso 3 que “Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas”.

<sup>94</sup> Un ejemplo de este razonamiento decimonónico es el siguiente: “El juez administrativo es igualmente un administrador, cuando le impone a la administración el contenido que debe tener la decisión”, Benjamin HUGLO, “Une nouvelle obligation : celle de bien réglermenter ?”, *A.J.D.A.*, París, p. 20, 2009.

<sup>95</sup> “El límite a la tarea fiscalizadora del juez viene determinado por la autorrestricción que le impone el no reemplazar a la administración en la definición de órdenes de prioridades para la atención de necesidades de la colectividad [...] el juez popular, en principio, no debe incursionar en ámbitos en los cuales la administración ejerce su discrecionalidad planificadora, salvo en los casos en los cuales el órga-

### 3. CONCLUSIÓN

Fruto de la influencia del Estado Social de Derecho en el Derecho Administrativo, no es únicamente la idea separatista de la organización adecuada del poder público la que quedó en jaque, sino, incluso pareciera que adquirió verdadero sentido la etimología de la palabra administración, la que significa servicio (*ministratio*) para (*ad*). Ya no son únicamente reprochables los fines contrarios al interés general (desviación del poder), sino también los resultados mediocres o contrarios a la eficacia (ineficacia del poder). En este sentido, el poder público se organiza en función de los fines del Estado y no al revés. Sin embargo, el principio de eficacia no constituye un mandato de resultados a cualquier precio, ya que la existencia de límites al poder público es de la esencia del Estado Social de Derecho y es el control judicial de las diferentes funciones el que garantiza que no existan poderes absolutos. Dicho control debe respetar tanto la autonomía judicial, como la autonomía administrativa. Para alcanzar los fines del Estado, todos los órganos, de los distintos niveles, confluyen en un ejercicio no exclusivo, sino multiorgánico de las funciones públicas. Con este panorama, pareciera factible parafrasear la máxima de Santander<sup>96</sup>: las leyes y la separación de poderes garantizan la libertad, pero sólo una actuación pública eficaz, permite la efectividad de los derechos fundamentales y el logro palpable de los fines sociales del Estado.

### 4. BIBLIOGRAFÍA

#### Libros

- Francis-Paul BÉNOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, París, 1968, p. 76.
- Paulo BONAVIDES, *Do Estado Liberal au Estado Social*, 8 edición, Malheirons editores, San Pablo, 2007.
- Juan Jacobo CALDERÓN VILLEGAS, *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia de impacto constitucional en Colombia*, 3 edición, Temis, universidades de los Andes y Rosario, Bogotá, 2017.
- Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, 5.<sup>a</sup> de., Montchrestien, París, 2010.
- *El Estado posmoderno* (trad. Oswaldo Pérez), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.
- CONSEJO DE ESTADO FRANCÉS, *Étude annuelle 2013, Le droit souple*, Conseil d'État, La documentation française, París, 2013.
- Philippe COPPENS, *Normes et fonction de juger*, Coll. La pensée juridique, Bruylant – L.G.D.J., París, 1998.

---

no administrativo actuante incurra en manifiestas arbitrariedad, irrazonabilidad, desproporcionalidad o desatención de preceptos que orientan la distribución del gasto”: Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia del 26 de octubre del 2006, exp. n. AP-0708. Cf. Julián Andrés PIMIENTO, “Las órdenes del juez a la administración”, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, (Andrés Fernando OSPINA GARZÓN – editor -), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 439.

<sup>96</sup> “Colombianos, las armas os han dado la independencia, pero solo las leyes os darán la libertad”: Francisco de Paula SANTANDER, Congreso de Cúcuta, 30 de agosto de 1821.

- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El Estado social y democrático de derecho y los derechos humanos*, Bogotá, 2001.
- Nicolas DELAMARE, *Traité de la Police*, Michel Brunet, París, 1722, en cuatro tomos.
- Léon DUGUIT, *l'État, le doit objectif et la loi positive*, Fontemoing, París, 1901 redición Dalloz, París, 2003.
- *Les transformations du droit public*, Armand Colin, París, 1913.
- Adhémar ESMEIN, *Éléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 8.ª ed., t. I, Sirey, París, 1927.
- Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *Poder y Derecho – Del Antiguo Régimen al Estado constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 33. (De *Administración y jueces* – 1971).
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1994.
- Carlo GUARNIERI y Patricia PEDERZOLI, *Los jueces y la política. Política judicial y democracia*, Traducción al español de *La puissance de juger*, Michalon, París, 1996, Taurus, Madrid, 1999.
- Georg JELLINEK, *L'État Moderne et son Droit*, II parte, M. Giard y E. Brière, París, 1913.
- Alexei JULIO ESTRADA, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- LOUIS XIV, *Mémoires pour l'instruction du dauphin, mémoires pour l'année 1661*, ed. de Pierre Gaubert, París, 1992.
- Daniel MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'Etat*, Bruylant, Bruselas, 2007.
- Mario NIGRO, *Giustizia amministrativa*, , 4.ª ed., Il Mulino, Bolonia, 1974.
- Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, *De la Jurisdicción administrativa a la Jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿Un viaje de ida y vuelta?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- *L'activité contentieuse de l'Administration Tome I: Étude de Droit administratif comparé, éditions Universitaires Européennes*, 2016.
- Luciano PAREJO ALFONSO, *El concepto del Derecho administrativo*, 2.ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- Marie-Joëlle REDOR, *De l'état légal à l'état de droit : l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, París, 1994.
- Antoine SAINT-GIRONS, *Droit public français. Droit public français. Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Larose, París, 1881.
- Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- Epaminondas SPILIOTOPOULUS, *Droit administratif hellénique*, L.G.D.J., París, 1991.
- Víctor J. VÁSQUEZ ALONSO, *Laicidad y Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- Adrian VERMULE, *Law's Abnegation*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2016.

## Artículos y capítulos de libros

- Benjamín ARDILA DUARTE, “Alfonso López Pumarejo y la Revolución en marcha”, en <http://www.revistacredencial.com/credencial/historia/temas/alfonso-lopez-pumarejo-y-la-revolucion-en-marcha>.
- Javier BARNES VÁSQUEZ, “Reforma e innovación del procedimiento administrativo”, en *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial derecho global, 2008, pp. 11-69.
- “Las transformaciones del Derecho administrativo contemporáneo y el control judicial de la administración pública”, en *Justicia Contenciosa Administrativa – Congreso Internacional*, UNAM, México, 2013, p. 352.
- José Luis BENAVIDES y Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, “La justificación de los recursos administrativos”, publicado en *Revista de Derecho del Estado*, n. 29 del 2012. Una versión electrónica puede consultarse en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2190409](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2190409)
- Francis-Paul BÉNOIT, “Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la philosophie du droit de Hegel”, in *Mél. Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 25.

- Carlos BERNAL PULIDO, “Fundamentos bíblicos de la separación de poderes y función catalizadora del juez”, en *Dikaion*, 28, 2, Bogotá, 2019, pp. 222-246.
- Jacques CAILLOSSE, “Quel droit la gouvernance publique fabrique-t-elle?“, *Droit et Société*, n°72/2009.
- Léon DUGUIT, “Des fonctions de l’État moderne. Étude de sociologie juridique”, en *Revue internationale de sociologie*, n. 3, marzo de 1894, p. 197.
- “La séparation des pouvoirs et l’Assemblée nationale de 1789”, *Revue d’économie politique*, L. Larose, París, 1893, p. 96.
- Alfonso FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, “Estado Social”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 23, núm. 69, sept-dic-, 2003, p. 149.
- Ernst FORSTHOFF, “Concepto y esencia del Estado Social de Derecho”, en *El Estado Social*, (Wolfgang ABERROTH, Ernst FORSTHOFF y Karl DOEHRING), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, p. 81.
- Fernando GARRIDO FALLA, “Las Transformaciones del Concepto Jurídico de Policía Administrativa.”, en *Revista de Administración Pública* No. 11. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1953. Pág. 11 y ss.
- “Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas”, en *Revista de Administración Pública*, 1959, p. 13.
- Maurice HAURIOU, « Droit administratif », en *Répertoire de droit administratif*, (Léon Béquet) 14, Paul Dupont editores, París, 1897, p. 1 et s.
- Benjamin HUGLO, “Une nouvelle obligation : celle de bien régler?”, *A.J.D.A.*, París, p. 20, 2009.
- James MADISON, “The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments”, incluido en el número 51 de *The Federalist*, publicado el 6 de febrero de 1788.
- Ángel Manuel MORENO MOLINA, “La administración por Agencias en Estados Unidos de Norteamérica”, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 70.
- Sophie NICINSKY, “avant propos”, En *La puissance publique*, AFDA, Lexis-Nexis, París, 2012, p. 6.
- Andrés Fernando OSPINA GARZÓN, “El contencioso administrativo no jurisdiccional: el despertar lento de la función contenciosa de la administración”, en *Las transformaciones de la administración pública y el derecho administrativo*, t. III (Julián Andrés PIMIENTO –editor-), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 261-331
- “La eficacia de las sanciones administrativas, en materia minera”, en *Minería y desarrollo*. T. 2, *medio ambiente y desarrollo sostenible* (Juan Carlos HENAO y María del Pilar GARCÍA -editores-), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 409-235.
- “La eficacia en el Derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann”, en *Perspectivas de una reforma. Estudios de Derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 37-74.
- “La justicia administrativa para la paz”, en *La Constitucionalización del derecho administrativo*, t. 2, El derecho administrativo para la paz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 670.
- “Separación de poderes y Derecho administrativo: en la búsqueda de la partícula de Dios”, en *La constitucionalización del Derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 117 ss.
- Héctor SANTAELLA QUINTERO, “Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia: en tránsito hacia un ordenamiento jurídico menos jerárquico, menos rígido, menos formal y menos estatal”, en *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*, Tomo I (Jorge Iván RINCÓN – editor-), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019, p. 139.
- Eberhard SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Javier BARNES (Editor), Global Law Press, INAP, 2.ª de., España, 2012, p. 72.

- Bertrand SEILLER, “L’*intérêt général* et l’exercice des pouvoirs juridictionnels”, en *L’*intérêt général*. Mélanges en l’honneur de Didier Truchet*, Dalloz, París, 2015, p. 597.
- Gérard TIMSIT, « M. le maudit, Relire Montesquieu », in *Mélanges René Chapus. Droit administratif*, Montchrestien, París, 1992, pp. 617-632
- José Luis VILLAR PALASÍ, “El fin del Antiguo Régimen y los orígenes del Estado constitucional en España. La aparición del Derecho administrativo”, en *Posada Herrera y los orígenes del Derecho administrativo español*, INAP, Madrid, 2001, p. 20.

## Jurisprudencia

### *Corte Constitucional colombiana*

- Corte Constitucional, sentencia C-024/94.
- Corte Constitucional, sentencia C-214/94.
- Corte Constitucional, sentencia C-350/94.
- Corte Constitucional, sentencia T-258/97.
- Corte Constitucional, sentencia T-068/98.
- Corte Constitucional, sentencia C-506/02.
- Corte Constitucional, sentencia C-766/10.
- Corte Constitucional, sentencia C-664/16.
- Corte Constitucional, sentencia C-224/16
- Corte Constitucional, sentencia T-531/17.
- Corte Constitucional, sentencia SU-585/17.
- Corte Constitucional, sentencia C-033/19.

### *Consejo de Estado de Colombia*

- Consejo de Estado, Sección 1, Auto del 4 de septiembre del 2005, exp. n. (217313) 11001-03-24-000-2002-00242-01 242.
- Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia del 26 de octubre del 2006, exp. n. AP-0708. Cf. Julián Andrés PIMIENTO, “Las órdenes del juez a la administración”, en *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana*, (Andrés Fernando OSPINA GARZÓN – editor -), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 439.
- Consejo de Estado, Secc. 2, Sentencia de acción de cumplimiento del 26 de octubre del 2012, exp. n. 15001-23-31-000-2012-00243-01 AC (2014287).
- Consejo de Estado, Sección 3, Sentencia del 28 de agosto del 2013, exp. n. 11001-03-26-000-2010-00037-00 39005 (2015690).
- Consejo de Estado, Secc. 3, Sentencia del 2 de diciembre del 2013, 76001-23-31-000-2005-02130-01 (2020409) AP.

### *Consejo Constitucional francés*

- Consejo Constitucional francés: decisión n°86-224 DC del 23 de enero de 1987, *Rec.*, p. 8 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, (M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ y B. GENEVOIS), Dalloz, 19.<sup>a</sup> ed., París, 2013, p. 635; *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, (L. FAVOREU y L. PHILIP), Dalloz, 17.<sup>a</sup> de., París, 2013, p. 57.