

# ANÁLISIS PRÁCTICO SOBRE LOS CRITERIOS DE DISTINCIÓN DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS

Aleksey Herrera Robles\*

## Resumen

*A partir del establecimiento de los criterios de colaboración armónica entre las ramas del poder público, se han venido utilizando diversos criterios para identificar la naturaleza jurídica de los actos y funciones públicas. Su utilización, además de ser complementaria, debe atender a los fines del intérprete.*

**Palabra clave:** Distinción de funciones públicas, separación jurídica de poderes, colaboración armónica.

## Abstract

Since the establishment of the harmonic collaboration criteria among the divisions of the public powers, diverse criteria have been being used in order to identify the legal nature of the public acts and functions. Its use besides being complementary must also follow the interpreter aims.

**Key words:** Public function distinction, legal power separation, harmonic collaboration.

Fecha de recepción: 14 de marzo de 2002

---

\* Abogado. Director de la *Revista de Derecho* de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte. Profesor de Constitucional General, Hacienda Pública y Administrativo General. Magister en estudio Políticos y Económicos. ([aherrera@uninorte.edu.co](mailto:aherrera@uninorte.edu.co))

## 1. LA SEPARACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS

El poder o autoridad constituye el elemento fundamental en el proceso de creación de organizaciones sociales. Bodenheimer desde el punto de vista sociológico lo define como «la capacidad de un individuo o grupo de llevar a la práctica su voluntad, incluso a pesar de la resistencia de otros individuos o grupos»<sup>1</sup>. Según este autor, el poder ilimitado se puede manifestar en cabeza de cada uno de los miembros de la sociedad o a través de uno solo de ellos. En el primer caso estaríamos en presencia de la anarquía, y en el segundo, del despotismo.<sup>2</sup>

La única forma de evitar tales extremos es a través del derecho<sup>3</sup>, en el entendido que, como fenómeno racional<sup>4</sup>, no consiste simplemente en la existencia de un marco jurídico o en la definición coactiva de reglas generales de conducta, sino que se trata de un concepto cualificado que implica necesariamente el establecimiento de límites al poder del Estado, fundados en el respeto a los derechos y libertades, la existencia de un ordenamiento jerarquizado y sistemático, la eliminación del abuso y la arbitrariedad y la división del ejercicio del poder.

Montesquieu reconocía que el ambiente de libertad política sólo es posible lograrlo a través de gobiernos moderados, indispensables para evitar el abuso del poder teniendo en cuenta que «[...] todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que ni incite al abuso, a la extralimitación...».<sup>5</sup>

Una de las formas principales de moderación del poder se encuentra en la *teoría de separación jurídica*, la cual, no obstante es concebida actualmente

<sup>1</sup> BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 17.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>3</sup> Bodenheimer señala que «[...] Por su propia naturaleza el Derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. Trata de cerrar y mantener un equilibrio entre esas dos formas extremas de la vida social. Para evitar la anarquía, el Derecho limita el poder de los individuos particulares; para evitar el despotismo, enfrena el poder del gobierno...».

<sup>4</sup> En el prefacio de su obra, *Teoría del derecho*, Bodenheimer señala que «[...] ciertas ideologías proclaman que el poder y la fuerza son los únicos factores potentes de la historia y la vida social humana. Se considera al hombre como un ser irracional que sigue sus impulsos como cualquier animal. Estas ideologías repudian y vilipendian la razón como fuerza reguladora de la sociedad humana con una intensidad que no tiene apenas paralelo en la historia...».

<sup>5</sup> MONTESQUIEU. *El espíritu de las Leyes*. Bogotá, Ediciones Universal, 1989, Libro XI, capítulo IV, p. 144.

como un instrumento de eficacia y efectividad de la función pública<sup>6</sup>, mantiene su carácter original frente a la tendencia cíclica de ciertos estados, especialmente los latinoamericanos, de retornar a formas despóticas, inspiradas principalmente en el aparente servicio a ideales superior<sup>7</sup>.

Desde Aristóteles, la separación y diversidad en el origen de los órganos que integraban el poder fueron concebidos como instrumentos de moderación. En su obra *La política*, se establecía la diferencia entre los buenos y los malos gobiernos, y considera los primeros como aquellos que antepoñían en sus decisiones los intereses generales, independientemente de la forma que adoptaran: monarquía, aristocracia o república; y a los segundos, como aquellos en los cuales primaban los intereses individuales los cuales constituían verdaderas desviaciones: tiranía, oligarquía y demagogia<sup>8</sup>. En tal sentido, Aristóteles reconoce la necesidad, en cada uno de ellos, de dividir las funciones del Estado: «[...] En todo Estado hay tres partes de cuyos intereses debe el legislador, si es entendido, ocuparse ante todo, arreglándolos debidamente. Una vez bien organizadas estas tres partes, el Estado todo resultará bien organizado; y los Estados no pueden realmente diferenciarse sino en razón de la organización diferente de estos tres elementos. El primero de estos tres elementos es la asamblea general, que delibera sobre los negocios públicos; el segundo, el cuerpo de magistrados, cuya naturaleza, atribuciones y modo de nombramiento es preciso fijar; y el tercero, el cuerpo judicial...».<sup>9</sup>

Locke, por su parte, retoma el tema de la separación de los poderes públicos e intenta en su obra *Ensayo sobre el gobierno civil*, explicar las causas por las cuales el hombre renuncia a su libertad plena, a su estado de naturaleza, señalando que «[...] la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes; esa salvaguardia es muy incompleta en el estado de naturaleza...».<sup>10</sup> Para ello se requiere la expedición de leyes que determinen lo justo y lo injusto, teniendo en cuenta que la ley natural no siempre es

---

<sup>6</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, 2ª ed. Barcelona, Editorial Ariel, 1970, p. 54: «[...] La separación de poderes no es sino la forma clásica de expresar la necesidad de distribuir y controlar respectivamente el ejercicio del poder político. Lo que corrientemente, aunque erróneamente, se suele designar como la separación de los poderes estatales, es en realidad la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos del Estado.»

<sup>7</sup> BODENHEIMER, *op cit.*, p. 24.

<sup>8</sup> ARISTÓTELES. *La Política*. Bogotá, Ediciones Universal, 1981. Libro III, capítulo V, p. 96.

<sup>9</sup> *Ibidem*. Libro XI, capítulo XI, p. 199.

<sup>10</sup> LOCKE, Jhon. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Madrid, Aguilar, 1973, p. 94.

reconocida por los hombres; la existencia de un juez reconocido e imparcial para resolver las diferencias que se presenten entre los hombres y de acuerdo con las leyes preexistentes y la existencia de un poder suficiente para que respalde y ejecute las sentencias. De los tres poderes, Locke reconoce en el legislativo el fundamental, y desprende de éste las distintas formas de gobierno: así, cuando dicha función corresponda a la mayoría, será una democracia perfecta; cuando corresponda a un grupo de hombres selectos, la oligarquía, y a uno solo, la monarquía.

Montesquieu, por su parte, reconoce al interior del Estado tres clases de poderes: el legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil. «[...] En virtud del primer, el príncipe o jefe de Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado...».<sup>11</sup> La libertad del ciudadano<sup>12</sup> depende de su confianza en los órganos del poder, de tal manera que no le tenga miedo al otro; confianza que se pierde cuando en una sola persona se reúnen los poderes legislativo y ejecutivo pues nada impide que el monarca o el Senado aprueben leyes tiránicas. «[...] Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría pedido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares...».<sup>13</sup>

<sup>11</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 145.

<sup>12</sup> Para Montesquieu, la libertad política no consiste en hacer lo que se quiere sino en «poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no debe quererse...». Tomando a Cicerón, distingue entre independencia y libertad señalando que «la libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permiten y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría mas libertad, pues los demás tendrían el mismo poder». Esta definición contrasta con el principio de libertad establecido en el artículo 6º de la Constitución colombiana, en virtud del cual los particulares pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba.

<sup>13</sup> *Ibidem.*, pp. 145-146.

## 2. SEPARACIÓN JURÍDICA Y COLABORACIÓN ARMÓNICA:

### EL ORIGEN DEL CONFLICTO

Aunque Montesquieu fue interpretado en la época en el sentido de que tal separación funcional debía ser tajante, la afirmación no se desprende del texto transcrito, a lo que se suma el hecho de que la experiencia en Inglaterra, de donde surge el análisis del autor<sup>14</sup>, demostraba las primeras formas de colaboración armónica entre poderes.

No obstante lo anterior, tanto la constitución de Estados Unidos de 1787 como la primera constitución francesa de 1791 establecían una separación rígida de los poderes públicos.

En Estados Unidos, en la Declaración de Derechos de Virginia, redactada por George Mason y adoptada por la Asamblea de Virginia el 12 de junio de 1776, artículo 5º, se estableció que «*los poderes legislativo y ejecutivo del Estado deben ser separados y distintos del judicial...*». Esta conceptualización quedó establecida posteriormente en la Carta expedida por la convención el 17 de septiembre de 1787 cuando se estableció que: «*Todos los poderes legislativos otorgados en la presente Constitución corresponderán a un Congreso de los Estados Unidos...*»<sup>15</sup>, e indicó además que «*[...] Se deposita el poder ejecutivo en un presidente...*» y el depósito del poder judicial en un Tribunal Supremo y en los tribunales inferiores que el Congreso determine.

En el caso específico de Francia, el abate Emmanuel Siayés había propuesto la integración de un cuerpo colegiado tricameral, similar a la estructura existente en el antiguo régimen; sin embargo, la Asamblea Nacional adoptó finalmente una sola cámara con poderes constituyentes, integrada por 1.200 diputados: 300 eclesiásticos, 300 nobles y 600 del Tercer Estado. Entre 1790 y 1791 surgió al interior de la Asamblea el llamado *Club Breton*, el cual integró un bloque constitucional que permitió no sólo la aprobación de varias iniciativas<sup>16</sup> sino, además, el proyecto definitivo de Constitución, el cual debía ser presentado al rey Luis XVI a través de una diputación oficial integrada por 60 diputados escogidos entre los miembros de la Asamblea Nacional. La Constitución de 1791, si bien resultó un

<sup>14</sup> El análisis sobre la separación jurídica de poderes surge a partir de una interpretación de la Constitución de Inglaterra, como se denomina el capítulo.

<sup>15</sup> Artículo 1 de la primera sección.

<sup>16</sup> Alguna de éstas fueron el principio de igualdad de los habitantes del Reino frente a la ley, la declaración de derechos, la permanencia del cuerpo legislativo, el reconocimiento al Rey del veto suspensivo, la organización municipal, entre otros.

texto extenso y complejo, contenía el diseño de un sistema político avanzado que sólo se alcanzó en Francia a partir de la III República (1875). Entre los aspectos fundamentales relacionados con el tema objeto de análisis, se otorgó la soberanía a la Nación, reconociendo al poder como «*único, indivisible, inalienable e imprescriptible*» (art. I/II), el cual sería ejercido a través de los poderes públicos a título de delegación. Estos poderes recaían en la Asamblea Nacional (legislativo) y el Rey (ejecutivo). No obstante la separación jurídica planteada, en esencia la función estatal se encontraba recargada en el órgano legislativo, de tal manera que el Rey cumplía básicamente la función de ejecutor del mandato normativo.

Así las cosas, desde su inicio, la teoría de la separación de poderes es, en términos de Duverger, al menos discutible si tenemos en cuenta que tanto en Locke como en Montesquieu se trataba de una construcción abstracta que se justificaba ideológicamente para un objetivo concreto: «[...] *debilitar a los gobernantes en su conjunto, haciendo que se limiten recíprocamente...*».<sup>17</sup>

En tal sentido, el profesor Hauriou señala: «[...] *De lo anterior resulta que, si importante es desempeñar, en el seno de la sociedad política, actividades específicas y atribuir su ejercicio a órganos diferentes, no lo es menos respetar o, mejor todavía, preservar la necesaria unidad del Estado. Todo esto quiere decir que la existencia de lazos entre los poderes surge como una necesidad, desde el momento en que constituyen los mecanismos de una misma y única maquinaria de ese cerebro que es, en muchos aspectos, el Estado. Desde entonces puede sostenerse, con bastante verosimilitud, que los poderes, "mutatis mutandi" participan, fuera irreverencias, del principio de la consubstanciación o del ministerio de la Santísima Trinidad...*».<sup>18</sup>

En Colombia, durante las constituciones provinciales y hasta 1936 se estableció la existencia de tres poderes independientes. Así, en la Constitución de Cartagena de 1812 aprobada por una convención General y promulgada por el ciudadano Manuel Rodríguez Torices<sup>19</sup> se estableció en el artículo 6º que: «*Los poderes de la administración pública formarán tres departamentos separados y cada uno de ellos será confiado a un cuerpo particular de magistratura, a saber: el poder legislativo, a un cuerpo particular; el Ejecutivo,*

<sup>17</sup> DUVERGER, Maurice. *Instituciones Políticas y derecho Constitucional*. Barcelona, Ariel, 1982, p. 125.

<sup>18</sup> HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona, Ariel, 1980, p. 266.

<sup>19</sup> RENATO SALAZAR, Diego. *Historia constitucional de Colombia*. Bogotá, Librería Jurídica Wilches, 1980, p. 102.

a otro segundo cuerpo; y el judicial, a un tercero». En la Constitución de 1886 se estableció originalmente que «los poderes públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones...». Pero sólo fue hasta la reforma constitucional de 1936 que se estableció que «Son órganos del poder público: El Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial». La disposición anterior recibió toda serie de reparos hasta que fue modificada mediante acto legislativo N° 1 de 1945, artículo 6°, en el cual se dispuso: «Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional. El Congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado».

Esta redacción se mantuvo similar en la Constitución de 1991<sup>20</sup>, y se aclaró la naturaleza de los denominados órganos de control, los cuales ni integraron una cuarta rama del poder ni se adhirieron a las ramas existentes, como solían ser presentadas bajo el régimen anterior, sino que integraron los llamados órganos autónomos e independientes. La Corte Constitucional señaló al respecto que:

*Las tres ramas del poder público, en términos generales, no se distinguen por el origen mismo de su investidura, pues, su autoridad proviene del pueblo, como lo expresa el artículo 3° de la Constitución Política que, por lo visto, no contiene una fórmula puramente retórica. La separación de los poderes públicos, en consecuencia, debe construirse a partir de los diferentes procedimientos cuyo agotamiento se precisa para producir los actos que se imputan a los variados órganos que integran cada rama. Los indicados procedimientos, que corresponden a la traducción de la respectiva organización o estructura en acción, se distinguen de acuerdo a las finalidades que se proponen alcanzar y se justifican de conformidad con las particulares pautas de legitimación ya examinadas. A ésta cabe agregar una pauta de legitimación esencial común a las tres ramas del poder público y que se superpone a la estructura y a la dinámica de todas las manifestaciones del Estado: el respeto a la Constitución, a sus normas, principios y valores.<sup>21</sup>*

Las manifestaciones prácticas de la colaboración armónica tuvieron diversas expresiones: los poderes legislativos otorgados al ejecutivo, los

<sup>20</sup> Artículo 113 C.N.: «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>21</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-025 del 4 de febrero de 1993.

cuales se manifestaban no sólo en los casos de iniciativa legislativa, eventualmente con carácter privativo, sino, además, en la competencia para expedir decretos con fuerza de ley en circunstancias excepcionales; el otorgamiento de competencias judiciales a órganos que integraban la rama legislativa y ejecutiva y el cumplimiento de las funciones administrativas inherente al desempeño funcional de las distintas ramas del poder público.

A este marco general de conflictos se suma la creación de los órganos de fiscalización, con su carácter de autónomos e independientes, los cuales desarrollan sus funciones sin integrar ninguna de las ramas del poder público.

Dentro de este escenario de confusión surgen los criterios para distinguir las funciones públicas, los cuales, si bien constituyen puntos de partida, no resuelven en forma integral y definitiva los conflictos que surgen a partir de éste.

### 3. CRITERIOS PARA LA *DISTINCIÓN DE LAS FUNCIONES PÚBLICAS*

Actualmente se cuenta con cuatro criterios básicos para distinguir la naturaleza de las funciones públicas: el orgánico, el material, el funcional y el jerárquico.<sup>22</sup>

#### 3.1. Criterio Orgánico:

El criterio orgánico establece la naturaleza de una función a partir del órgano encargado de ejercerla. Así, los órganos que integran la rama legislativa tienen por objeto expedir las leyes; la ejecutiva, darle cumplimiento, y la judicial, administrar justicia.

La rama ejecutiva, integrada por la administración pública, tiene a su cargo el ejercicio de la función administrativa, no obstante las dificultades existentes para identificar su objeto. García de Enterría señala al respecto que *«El intento de aislar una abstracta función estatal de administrar, para edificar sobre la misma el objeto formal del Derecho Administrativo como disciplina, ha sido uno de los esfuerzos más prolongados y más sutiles en la historia de nuestra ciencia – y también uno de los más baldíos. Administrar sería acción (frente a declaración, como propia de la función legislativa y judicial), o acción singular y concreta, o acción organizada, o acción de conformación social, o gestión*

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo General y Colombiano*, 10ª ed. Bogotá, Temis, 1998, p. 194.

de los servicios públicos (esta tesis dominó la primera mitad de este siglo en Francia), o actuación bajo formas jurídicas peculiares (acto de autoridad primero, acto-condición y acto subjetivo en DUGUIT, actuación ejecutoria, etc.) El cansancio de este prolongado esfuerzo dialéctico se manifestó en la sorprendente adopción final de formulas exclusivamente negativas: *administrar sería toda actuación del Estado distinta de legislar o de enjuiciar...*<sup>23</sup>.

El criterio orgánico es aplicable dentro de un marco de separación funcional, pero presenta crisis cuando de colaboración armónica se trata. En Colombia es aplicable en forma parcial teniendo en cuenta que:

1. El artículo 150 constitucional establece que *«Corresponde al Congreso hacer las leyes...»*.
2. El artículo 116 del mismo ordenamiento señala: *«La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces, administran justicia...»*.
3. El artículo 115 identifica al presidente como máxima autoridad administrativa<sup>24</sup> y a las gobernaciones, alcaldías y otros órganos descentralizados como pertenecientes a la rama ejecutiva y, en consecuencia, a la administración pública.

El criterio anterior es insuficiente en la medida en que no incluye a los órganos autónomos o independientes, para efectos de establecer la naturaleza jurídica de sus actos, y enfrenta serios conflictos cuando de calificar las competencias públicas se trata en materia de colaboración armónica, como sucede con los decretos con fuerza de ley que expide el gobierno, las facultades judiciales que excepcionalmente se otorgan a la rama Legislativa y Ejecutiva<sup>25</sup> o a la interpretación del artículo 1º del Código Administrativo, el cual, al definir el campo de aplicación de las normas de la primera parte sobre actuaciones administrativas, incluye a todas las ramas del

<sup>23</sup> GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y RAMIÓN FERNÁNDEZ, Tomas. *Curso de derecho administrativo*, tomo I. Madrid, Civitas, 1986, p. 24.

<sup>24</sup> La misma norma lo identifica igualmente como Jefe de Estado y de Gobierno típico de un régimen presidencial con ejecutivo monocrático. El criterio orgánico es válido y aplicable en la medida en que en los artículos 209 y siguiente se identifica el objeto del ejercicio de la función administrativa.

<sup>25</sup> Constitución Nacional, artículo 116: *«[...] El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales. Excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales en materias precisas a determinadas autoridades administrativas...»*.

poder público y a los particulares, y los rotula con la denominación genérica de «autoridad».

### 3.2. Criterio formal

Tiene en cuenta el procedimiento utilizado y la denominación que se otorga al acto que contiene la decisión. De esta manera, si su expedición está sometida a los procedimientos regulados en los códigos y se trata de una providencia judicial, con la forma de auto o sentencia, estaremos en presencia de una función judicial. Si el mecanismo de expedición está sometido al procedimiento legal, especialmente al previsto en la Constitución Nacional y a la ley 5ª de 1993, Ley Orgánica del Reglamento del Congreso, y se denomina «Ley», se tratará efectivamente de una función legislativa. Finalmente, cuando el acto adopta la forma de acuerdo, ordenanza, decreto resolución, circular o acto de registro, y su expedición está sometida a procedimientos generales o especiales previstos en la ley, se tratará de una función administrativa.

Este criterio de calificación, si bien es práctico, tiene a ser superficial en la medida en que deja por fuera algunos actos como los decretos legislativos, los cuales, no obstante su denominación, tienen fuerza jurídica de ley. De igual manera, cuando organismos administrativos ejercen funciones judiciales, sus actos mantienen la denominación que corresponde a la metodología ordinaria de trabajo de la entidad y no necesariamente adquieren la que implica el ejercicio de la actividad judicial.

### 3.3. Criterio material

Se puede plantear desde dos puntos de vista: teniendo en cuenta el contenido del acto o los efectos que producen en el campo del derecho objetivo.

#### 3.3.1. Según el contenido del acto:

Si se trata de una decisión que resuelva el fondo de un asunto, el cual hace tránsito a cosa juzgada, independientemente de la autoridad que la produzca o de la forma que adopte, estaríamos en presencia de una función judicial<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> En este criterio se podría incluir el elemento del debido proceso, pero tal factor no cualifica la actividad judicial en la medida en que constitucionalmente se exige no sólo de los trámites judiciales sino de los administrativos (artículo 29, Constitución Nacional).

Si el acto trata de aquellos asuntos que constituyen «*reserva legal*», tendrá efectivamente ese carácter. La reserva de ley es la competencia que sobre materias específicas la Constitución otorga en forma privativa al órgano legislativo. Sierra Porto señala al respecto que: «[...] *Las reservas legales se originan como proyección de una concepción material de la función legislativa, esto es, la potestad legislativa está circunscrita a unas materias determinadas y tienen en su origen, insistimos, la finalidad de sustraer materias a la potestad reglamentaria, o por lo menos su normatividad primaria...*».<sup>27</sup> Su origen, de carácter parlamentario, buscaba reservar determinados temas al legislativo con objeto de preservar intereses sociales de la injerencia del rey, fundado en su ausencia de legitimidad popular. La *causa motivandi* no tiene justificación alguna en el sistema colombiano teniendo en cuenta que como régimen democrático y presidencial, el ejecutivo es escogido, al igual que el Congreso, por el voto popular. En Colombia, la Constitución de 1991 acude en forma insistente al principio de reserva al dejar el desarrollo de principios constitucionales a la regulación legislativa<sup>28</sup>.

Sin embargo, el criterio afronta las siguientes situaciones de conflicto:

- a. La radicación en cabeza del Congreso de la cláusula general de competencia legislativa; en tal sentido, la Corte Constitucional ha señalado: «[...] *la cláusula general de competencia normativa está radicada en el Congreso, puesto que a éste corresponde «hacer las leyes» (C.N. arts. 114 y 150). Esta es una diferencia profunda de nuestro ordenamiento constitucional con el de otros países como Francia. En efecto, el artículo 34 de la Constitución de la V República enumera las materias que son competencia del Congreso, de suerte que toda otra materia es de competencia reglamentaria del Ejecutivo (art. 37 de esa constitución), lo que significa que ese régimen constitucional atribuye el poder principal de elaborar las reglas de derecho al ejecutivo (cláusula general de competencia) y tan solo un poder secundario y taxativo al Parlamento. En Colombia, en cambio, el órgano que tiene la potestad genérica de desarrollar la Constitución y expedir reglas de derecho es el Congreso, puesto que a éste le corresponde “hacer las leyes” por lo cual la enumeración de las funciones establecidas en el artículo 150 de la Constitución no es taxativa...*».<sup>29</sup>

<sup>27</sup> SIERRA PORTO, Humberto. *Conceptos y tipos de ley en la Constitución Colombiana*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 173.

<sup>28</sup> Además de las competencias previstas en el artículo 150, la Constitución establece, verbigracia, que corresponde a la ley la exigencia de títulos de idoneidad profesional (art.26), el establecimiento de los procedimientos de juzgamiento (art. 29), la definición de las entidades encargadas de la prestación del servicio de seguridad social (art. 48), etc.

<sup>29</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-527, 18 de noviembre de 1994. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

- b. El otorgamiento de competencias temporales y excepcionales al ejecutivo en virtud de los estados de excepción.
- c. En los casos de delegalización, lo cual se presenta cuando *«una materia o campo jurídico determinado pasa, de ser regulado por una ley formal o una norma equivalente, a ser objeto de normación por una norma de rango inferior»*.<sup>30</sup>

En materia administrativa, la naturaleza del asunto también define su carácter, el cual está determinado por la ley. En tal sentido, el artículo 209 constitucional establece que *«la función administrativa está al servicio de los intereses generales...»*; caracterización que no permite una identificación de la función, pues tal circunstancia se predica de toda la función pública. Sin embargo, el artículo 2º del Código Administrativo señala que *«la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley»*, texto que se reitera para los contratos estatales, en el artículo 3º de la ley 80 de 1993<sup>31</sup>. Por otra parte y para efectos del ejercicio de las competencias administrativas de las entidades territoriales, la ley 489 de 1998 determina que en lo posible se distribuirán teniendo en cuenta que *«la prestación de los servicios corresponda a los municipios, el control sobre dicha prestación a los departamentos y la definición de planes, políticas y estrategias a la Nación...»*. Esta disposición fue complementada por la ley 715 de 21 de diciembre de 2001<sup>32</sup>.

### 3.3.2. Según los efectos en el campo del derecho objetivo:

Según León Duguit, para clasificar las diversas funciones del Estado no se debe tener en cuenta el objeto que se persigue o la función que se proponen. *«[...] Para alcanzar un fin determinado, los gobernantes ejercitan su voluntad, quieren, en una palabra, este acto de voluntad produce un efecto en el mundo del derecho, esto es, un efecto sobre las demás voluntades; crea, determina, condiciona o modifica el derecho objetivo; crea, modifica, suprime o reconoce en forma*

<sup>30</sup> SIERRA PORTO, *op. cit.*, p. 182.

<sup>31</sup> Estatuto de Contratación Estatal, ley 80 de 1993, artículo 3º: *«Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines...»*.

<sup>32</sup> *«Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto legislativo 01/01) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros»*.

auténtica una situación subjetiva. He aquí la función jurídica...». <sup>33</sup> Así las cosas, el autor distingue tres funciones:

- a) *Legislativa*: Mediante la cual el Estado formula el derecho objetivo o establece reglas, u organiza instituciones destinadas a asegurar el cumplimiento de una regla de derecho objetivo. La ley «[...] constituye en sí misma una disposición que no desaparece después de su aplicación a un caso previsto y determinado previamente, sino que sobrevive a esa aplicación y que sigue aplicándose, mientras no se derogue, a todos los casos idénticos al previsto...» <sup>34</sup>;
- b) *Administrativa* <sup>35</sup>: El Estado crea una situación de derecho subjetivo o condiciona por un acto individual el nacimiento de una situación legal; Duguit define la función administrativa como «[...] aquella por la cual el Estado ejecuta actos jurídicos, es decir, expresa una voluntad al efecto de crear una situación de derecho subjetivo o de condicionar una situación de derecho objetivo. De esta suerte, el acto administrativo es siempre un acto individual y concreto, en tanto que el acto legislativo es la fórmula de una regla de derecho; el acto administrativo es la creación o la condición de una situación de derecho». <sup>36</sup>
- c) *Jurisdiccional*: «[...] El Estado hace constar la existencia y la extensión de una regla de derecho o de una situación de derecho, en caso de violación o contienda, y dispone las medidas necesarias para asegurar el respeto debido a su decisión.» <sup>37</sup> Para Duguit, la función jurisdiccional es una construcción silogística en la que la premisa mayor es la regla de derecho que se va a aplicar, la menor es el reconocimiento del acto o del hecho contrario a la regla, y la conclusión es la decisión adoptada y hecha pública; sin embargo, distingue entre jurisdicción objetiva y subjetiva, entendiendo por la primera cuando se trata de verificar la ocurrencia de actos o hechos que dan lugar al nacimiento de una situación prevista de manera general en la ley, y por la segunda,

<sup>33</sup> DUGUIT, León. *Manual de derecho Constitucional*. Madrid, Francisco Beltrán Librería, 1921, p. 85.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 90.

<sup>35</sup> Duguit señala que no existe, al menos en el derecho francés, una función ejecutiva sino administrativa. No puede considerarse ejecutiva la expedición de reglamentos de la ley por cuanto éstos son actos materialmente legislativos teniendo en cuenta su carácter general.

<sup>36</sup> DUGUIT, *op. cit.*, p. 99.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 86.

cuando el objeto del proceso es verificar la existencia de las condiciones prevista en una regla subjetiva o particular.

Según el criterio material, los reglamentos de la ley, los de carácter policivo y los actos políticos, no tienen el carácter administrativo, pues los dos primeros se consideran verdaderas leyes en sentido material, y el tercero se considera como resultado directo de la Constitución, «y así se concibe fácilmente que no puedan ser atacados ante ningún Tribunal por vía contenciosa. No emanan, por ningún título, de autoridad administrativa alguna. No se sitúan fuera de la legalidad. Y, en caso de situarse, como no proceden de ninguna autoridad administrativa, la sanción de la legalidad no puede hallarse en las normas jurídicas organizadas y dispuestas para los actos realizados por la autoridad administrativa. He aquí la verdadera razón por la cual no les alcanza el recurso contencioso por exceso de poder, no habiendo, por lo tanto, motivo alguno para justificar la antigua teoría de los actos de gobierno...».<sup>38</sup> En nuestro caso, los decretos reglamentarios, ya sean del presidente de la República en ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución<sup>39</sup> o de las otras autoridades a las cuales la Carta les otorgó esa competencia,<sup>40</sup> tienen el carácter de administrativos<sup>41</sup>; igual sucede con los actos políticos, los cuales, de acuerdo con el inciso 2° del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 12 del D.E. 2304 de 1989<sup>42</sup>, son objeto de control por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, que les otorga el mismo carácter que los actos administrativos generales.

### 3.4. Criterio funcional o de control jurisdiccional

Este criterio tiene en cuenta la jurisdicción competente para conocer de las acciones contra los actos, para establecer su naturaleza jurídica. Si el acto

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>39</sup> «Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: [...] 11. Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes...».

<sup>40</sup> La facultad reglamentaria, además del Presidente la ejerce, entre otros, el Contralor General de la República (Art. 268, numeral 12 C.N.), el Consejo Superior de la Judicatura (art. 257, numeral 3°), el Consejo Nacional Electoral (Art. 265, numeral 9°).

<sup>41</sup> Igual sucede en el caso francés, independientemente del criterio expuesto por Duguir, como él mismo lo reconoce al señalar que «La opinión que considera los actos reglamentarios como actos genuinamente administrativos, se halla tan extendida, que no creemos inútil insistir en nuestra tesis de que, racionalmente, no es posible ver en aquellos actos, desde el punto de vista material, otra cosa que actos legislativos...».

<sup>42</sup> «[...] Esta jurisdicción (refiriéndose a la contenciosa administrativa) podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno...».

es susceptible de control ante el organismo que ejerce la jurisdicción constitucional (cortes o Consejo Constitucional), será de carácter legislativo; si el órgano competente es la jurisdicción contenciosa administrativa, será administrativo. El acto será judicial cuando no sea susceptible de control, pues finalizadas las distintas instancias, la decisión hace tránsito a cosa juzgada.

Presenta sin embargo, dos inconvenientes:

- a. En primer lugar, sólo es aplicable es los sistemas jurídicos que adoptan la dualidad jurisdiccional, es decir que existen dos jurisdicciones separadas para los asuntos estatales y los particulares y en donde existe órgano jurisdiccional de control constitucional;
- b. Teniendo en cuenta que la ley determina la separación de competencias, en ocasiones la diferencia jurisdiccional obedece a circunstancias poco técnicas que si bien resuelven el problema práctico de definir la jurisdicción competente, no dan explicación alguna al analista o al jurista en cuenta a su naturaleza. Es el caso de los decretos especiales<sup>43</sup> bajo el régimen de la Constitución de 1886, los cuales por mandato del artículo 214, numeral 2º, eran objeto de revisión por parte de la Corte Suprema de Justicia en sala Constitucional no obstante el hecho de estar sometidos a la ley.

En Colombia, el criterio funcional es aplicable en la medida en que a la Corte Constitucional se le entregó una competencia taxativa para conocer de:

- Las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución por vicios de forma o procedimiento;
- Convocatorias a referendo o a una asamblea constitucional por visos de forma y procedimiento;

<sup>43</sup> Los decretos especiales estaban incluidos en el artículo 76, numeral 12, en virtud del cual correspondía al Congreso «Conceder autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional». Dentro de estas funciones se encontraba la del artículo 32 sobre intervención económica en virtud de la cual la competencia, aunque era del gobierno, sólo la podía ejercer por mandato de la ley. Actualmente, la intervención del Estado en la economía es ejercida por el Congreso de la República mediante ley y los actos que expide el gobierno tienen carácter administrativo de acuerdo con el criterio funcional.

- Convocatorias a referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos;
- Demanda de inconstitucionalidad contra las leyes;
- Demandas contra los decretos leyes o extraordinarios<sup>44</sup> y los decretos de planeación<sup>45</sup>;
- Demandas contra los decretos legislativos, expedidos en virtud de los estados de excepción;
- Decisión sobre los proyectos de ley objetados por el Presidente de la República (control previo de constitucionalidad);
- Decidir sobre la exequibilidad de los tratados y la ley que los aprueba;

El Consejo de Estado, por su parte, ejerce un control de constitucionalidad residual en la medida en que en el artículo 237 de la Constitución Nacional, numeral 2º, se le asigna como competencia la de «conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional».

En el caso de algunos decretos con fuerza de ley expedidos por el Gobierno en virtud de las facultades transitorias otorgadas por la Carta Fundamental, artículo 5º<sup>46</sup>, aunque no se encontraban establecidos dentro de la competencia especial y taxativa del artículo 241, en el artículo 9º transitorio se estableció su fuerza de ley y se le asignó a la Corte Constitucional la competencia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad en su contra. No sucedió lo mismo con los decretos de reestructuración y modernización del Estado expedidos por el gobierno en virtud del artículo 20 transitorio de la Constitución los cuales, no obstante tener una reserva

<sup>44</sup> Se refiere a los expedidos por el gobierno en virtud de las facultades precisas y por un plazo no mayor de seis meses otorgadas por el Congreso (C.N. artículo 150 numeral 10).

<sup>45</sup> Se encuentra consagrados en el artículos 341 de la Constitución y se expiden cuando el Congreso no aprueba el plan de Inversiones Públicas dentro de los tres meses siguientes a su presentación por parte del gobierno.

<sup>46</sup> Estas facultades permitieron la expedición de los decretos 2067 de 1991 sobre trámites ante la Corte Constitucional; 2591, reglamentario de la acción de tutela; 2699, que estableció la organización de la Fiscalía General de la Nación; 2652 de 1992, sobre organización y funcionamiento del Consejo Superior de la Judicatura, entre otros.

legal<sup>47</sup> desde el punto de vista material, al no estar incluidos en el listado taxativo del artículo 241 y no existir una previsión de constitucionalidad para la Corte en las disposiciones transitorias, por vía residual su control correspondió ejercerlo a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Igual sucede con los decretos de consulta popular, regulados en el artículo 56 de la ley 134 de 1994,<sup>48</sup> los cuales, no obstante tener fuerza de ley, su control de constitucionalidad corresponde al Consejo de Estado en virtud del principio de residualidad.

### 3.5. Criterio jerárquico

Tomando como base la estructura sistemática del ordenamiento jurídico propuesta por Kelsen, el criterio jerárquico define la naturaleza de los actos teniendo en cuenta la posición jurídica que ocupan dentro de la pirámide y el respeto debido al ordenamiento superior. Así, si el acto está sometido a la Constitución únicamente, tendrá carácter legislativo, mientras que si está sometido a la ley y a la Constitución, tendrá carácter administrativo.

Esta dependencia surge del hecho de que todo ordenamiento superior no sólo determina el contenido de la norma inferior sino además su creación<sup>49</sup>.

Sirven como fundamento al criterio, por una parte, el artículo 4º constitucional, que establece que «*La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales...*». Por otra parte, la Corte Constitucional mediante sentencia C-037 del 26 de enero de 2000, no obstante declarar la inexecutable del artículo 240 de la ley 4ª de 1913, Código de Régimen Político y Municipal<sup>50</sup>, señaló que:

<sup>47</sup> De acuerdo con el artículo 150, numeral 7º de la Constitución, corresponde al Congreso de la República determinar la estructura de la administración nacional.

<sup>48</sup> Ley 134 de 1994, artículo 56: «*Cuando el pueblo haya adoptado una decisión obligatoria, el órgano correspondiente deberá adoptar las medidas para hacerla efectiva. Cuando para ello se requiera de una ley, una ordenanza, de un acuerdo o de una resolución local, la corporación respectiva deberá expedirla dentro del mismo período de sesiones y a más tardar en el período siguiente. Si vencido este plazo el Congreso, la asamblea, el concejo o la junta administradora local, no la expidieren, el Presidente de la república, el gobernador, el alcalde o el funcionario respectivo, dentro de los tres meses siguientes la adoptará mediante decreto con fuerza de ley, ordenanza, acuerdo o resolución local, según el caso...*».

<sup>49</sup> KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Bogotá, Ediciones Reflexión, 1986, p. 158.

<sup>50</sup> La disposición establecía el orden de preferencia en disposiciones contradictorias en el orden nacional, departamental y municipal.

El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea. En efecto, diversas disposiciones superiores se refieren a la sujeción de cierto rango de normas frente a otras. Además de ser evidente que las normas constitucionales ocupan, sin discusión, el primer lugar dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, dentro de la propia Carta, no todas las normas son igualmente prevalentes. Pero más allá de la supremacía constitucional, de la propia Carta también se desprende que las leyes expedidas por el Congreso dentro de la órbita de competencias que le asigna la Constitución, ocupan, en principio, una posición prevalente en la escala normativa frente al resto del ordenamiento jurídico. Así las cosas, tenemos que los actos administrativos de contenido normativo, deben tener por objeto el obedecimiento y cumplimiento de la ley, de donde se deduce su sujeción a aquélla. Tenemos entonces que, de manera general, la normatividad jurídica emanada de autoridades administrativas o de entes autónomos, debe acatar las disposiciones de la ley, tanto en su sentido material como formal. Aunque existe una jerarquía normativa que se desprende de la Constitución, ella no abarca, de manera completa, la posición de todas y cada una de las disposiciones que conforman el orden jurídico; es decir, el orden de prevalencia normativa no ha sido señalado en su totalidad por el constituyente.

En esta jurisprudencia se aclaran varios aspectos: en primer lugar, la vigencia del artículo 12 de la ley 153 de 1887, que establece que «Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes ni a la doctrina legal mas probable»<sup>51</sup>. En segundo lugar, se determina la aplicabilidad del principio de la excepción de ilegalidad pero se determina su alcance, como quiera que éste sólo puede ser aplicado por la jurisdicción contenciosa administrativa.

En la práctica, sin embargo, surgen algunas dudas de aplicación respecto a cierta clase de decretos como los constitucionales o autónomos, los cuales, si bien se redujeron de manera sustancial en la Constitución de 1991, subsisten algunos, como destaca Libardo Rodríguez<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Es importante destacar que en el salvamento de voto se invoca la derogatoria de la norma fundada en el artículo 66 del Código Administrativo, que establece que los actos administrativos son de obligatorio cumplimiento mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción administrativa. Para la mayoría de los autores, tal disposición consagra la presunción de legalidad de los actos administrativos.

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho administrativo general y colombiano*, 10<sup>a</sup> ed. Bogotá, Temis, 1998, p. 278.

## CONCLUSIONES

1. La separación jurídica de los poderes públicos se concibe desde Aristóteles como un mecanismo para evitar el abuso del poder y los malos gobiernos.
2. Locke reconoce la función legislativa como la fundamental del Estado, y establece una jerarquía de poderes. Montesquieu los plantea en un plano de igualdad, sin que del texto de su obra se desprenda una conceptualización acerca de su separación total o definitiva.
3. La colaboración armónica se impone como una necesidad, producto de la conceptualización acerca de la unidad del poder.
4. Las dificultades en la calificación de la naturaleza jurídica de ciertos actos y funciones públicas surgen de la implementación de los principios de colaboración armónica.
5. El criterio orgánico tiene en cuenta el autor del acto; el criterio formal, el procedimiento y la presentación del acto; el criterio material califica la actividad por su contenido material o por la situación jurídica que genera el acto; el criterio funcional analiza los actos a partir de los órganos encargados de su control, y el criterio jerárquico, su ubicación dentro de la pirámide normativa.
6. No obstante lo anterior, no existe un criterio único de clasificación sino que al momento de resolver un caso particular se requiere la combinación de factores, y priman aquellos que más se ajusten a las necesidades del intérprete.