

Investigación

Poder, derechos individuales y función regulatoria: tensiones y desafíos

Power, Individual Rights, and Regulatory Function: Conflicts and Challenges

Daniela Escobar Arbeláez¹
Juan Manuel Barrero Arbeláez²

Recepción: 11/07/2025 • Aprobación: 07/11/2025 • Publicación 12/12/2025

Para citar este artículo

Escobar Arbeláez, D. y Barrero Arbeláez, J. M. (2025). Poder, derechos individuales y función regulatoria: tensiones y desafíos. *Dos mil tres mil*, 27, 1-18. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/27536>



¹ Abogada. Magíster en justicia y tutela de derechos con énfasis en teoría jurídica y filosofía del derecho. Docente del programa de Derecho de la Universidad de Ibagué. E-mail: daniela.escobar@unibague.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3024-894X>

² Abogado. Magíster en derecho con énfasis en teoría del derecho, especialista en derecho constitucional. Docente del programa de Derecho de la Universidad del Tolima. E-mail: jmbarreroa@ut.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6905-3763>

Resumen

El presente escrito explora la relación entre el poder y el derecho a partir del fenómeno de la función de regulación de la administración pública, entendida como una de las expresiones más significativas del poder contemporáneo. A través de un enfoque teórico y normativo, se analizan las tensiones que surgen entre la discrecionalidad administrativa y los principios del Estado de derecho, así como los riesgos de arbitrariedad y captura del regulador. Se sostiene que la regulación, no es solo un acto técnico, también constituye un ejercicio político que exige límites jurídicos y control democrático, para garantizar su legitimidad y compatibilidad con los derechos y libertades.

Palabras clave:

poder, derechos, Estado regulador, regulación y seguridad jurídicas.

Abstract

This text examines the relationship between power and law based on the phenomenon of the regulatory function of public administration, understood as one of the most significant expressions of contemporary power. Through a theoretical and normative approach, it analyses the tensions that emerge between administrative discretion and the principles of the rule of law, as well as the risks of arbitrariness and regulatory capture. The article posits that regulation is not merely a technical act; rather, it is also a political exercise that requires legal limits and democratic control to ensure its legitimacy and compatibility with rights and freedoms.

Keywords:

Power, rights, regulatory state, regulation, and legal certainty.

Introducción

En las últimas décadas el mundo se ha transformado de manera significativa. Esto ha traído consigo cambios vertiginosos en distintos niveles (políticos, sociales, económicos, científicos, culturales, entre otros). El derecho parece seguir dichas transformaciones. Las distintas áreas que constituyen lo jurídico tratan de abordar, en la medida de sus posibilidades, las cuestiones que les conciernen, de manera que nada quede “sin regular”, bajo la óptica (ingenua o totalitaria) de que lo no regulado no funciona adecuadamente.

Así, en un afán por construir sistemas jurídicos omnicomprendivos, se ha producido un aumento en el tamaño y las funciones del Estado. Esto trae consigo una inflación normativa que cada vez es mayor y, con ello, el ámbito de acción y libertad del individuo parece ir disminuyendo. Bruno Leoni planteaba, en su obra *La libertad y la ley* (1961), que nos enfrentamos a un escenario de legislación desmesurada y exagerada y, cuando esta prevalece, lo hace en contra de la iniciativa y la libertad del individuo. De esta forma, este autor criticó y miró con desconfianza el incremento de la actividad legislativa y cuasi-legislativa del poder ejecutivo, en tanto consideraba que es incompatible con la iniciativa y la decisión individual cuando se alcanza un límite que la sociedad contemporánea dejó atrás ya hace mucho tiempo (Leoni, 1961). Esto recuerda también al filósofo colombiano, Nicolás Gómez Dávila (2005), cuando sostenía que “a medida que el Estado crece el individuo disminuye” (p. 23).

Estas cuestiones ponen de presente que el derecho y su teoría no deben centrar todos sus esfuerzos en el estudio de las normas, sino también en los fenómenos que ocurren en el Estado y otros sectores fuera de él, pues se constituyen en manifestaciones de poder. Esto, en tanto esos fenómenos pueden amenazar los derechos individuales de una u otra forma. Si bien este tema no es nuevo, se mantiene vigente a partir de las elaboraciones contemporáneas sobre el Estado social de derecho.

Sobre la tradición del estudio de la relación entre derecho y poder, la sociología jurídica y algunas perspectivas de la teoría del derecho han avanzado de manera significativa. Al respecto Borrero (2014) afirma:

Incluso, toda la teoría crítica del derecho podría leerse bajo esta óptica, a partir de las intuiciones que tuvo el joven Marx en torno a la funcionalidad del derecho para la consolidación de la dominación, posteriormente desarrollada por las diferentes escuelas de pensamiento marxista. (p.154)

Aunado a lo expuesto, hay quienes van más allá de la descripción y explicación de las dinámicas de poder y cómo están afectando lo jurídico; le reconocen al derecho una función limitadora del poder. A esta se refiere Ferrajoli (2001) cuando sostiene que

El poder —todos los poderes, sean estos públicos o privados— tiende en efecto, ineluctablemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho. “Es una experiencia eterna”, como escribiera Montesquieu, “que todo hombre que tiene poder, siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”³. Y este límite es precisamente el derecho, el cual, por lo mismo, se configura, al menos en la edad moderna, como una técnica dirigida a limitar, disciplinar y, por consiguiente, minimizar el poder. (pp. 121-122)

No obstante, a pesar de que el estudio de la relación poder-derecho no es nuevo, muchos teóricos, y la población en general, centran principalmente su atención en la actividad de la rama legislativa, dejando a un lado la actividad regulatoria —cuasi-legislativa en términos de Leoni (1961)— de la de la rama ejecutiva y la administración pública, en la que también se pueden presentar situaciones que vulneran los derechos individuales. Así pues, en el presente texto se pretende abordar la cuestión sobre cómo la actividad regulatoria de la administración pública resulta una cuestión política de gran relevancia, dado que pone de presente un escenario de poder en el que se puede atentar de manera directa contra los derechos de los ciudadanos y contra la seguridad jurídica. Analizar estas tensiones permite Mostar que las decisiones regulatorias no son solo actos técnicos, sino también expresiones de poder. De este modo, se aporta a la reflexión sobre los límites y fundamentos de la acción administrativa.

Para abordar esta cuestión, primero, se tratará el concepto de poder desde la filosofía, su relación con la violencia y la libertad. Para ello, se señalará que existe una tensión entre este y los derechos, especialmente, los derechos individuales. Enseguida, se hablará del origen, concepto y características de la función regulatoria de la administración pública, para mostrar las razones por las que se debe prestar más atención a esta actividad si se tiene en mente la tensión entre el poder y los derechos individuales. Por último, se formularán algunas ideas conclusivas.

Es importante señalar que el trabajo se desarrolló por medio de una metodología de carácter cualitativo con enfoque teórico-documental. Por esta razón, se llevó a cabo un análisis de fuentes doctrinales y normativas, con el fin de examinar las relaciones entre el poder, el derecho y la función regulatoria de la administración pública. Para esto, se revisaron textos de filosofía política, teoría del derecho y derecho administrativo, junto con disposiciones normativas y jurisprudencia relevantes del ordenamiento jurídico colombiano. El método utilizado fue analítico y reflexivo, con el fin de identificar las tensiones entre el ejercicio del poder regulatorio y los principios de legitimidad, seguridad jurídica y garantía de derechos. En consecuencia, este estudio no presentará resultados empíricos, sino que se limitará a ofrecer una reflexión crítica y argumentada sobre el papel político y jurídico de la función de regulación de la administración pública contemporánea.

³ Esta cita aparece en el texto citado Ferrajoli (2001) de la siguiente forma: “Ch Montesquieu. *De l'Esprit des lois en Oeuvres de Montesquieu*, Paris, Dalibon 1822, liv. XI, cap. 4, Vol. III, pp. 6 y 7. (ed. Cast., por la que se cita, *Del Espíritu de las Leyes*, trad, Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1993, p. 106) [...]” (p. 121)

Poder, violencia y libertad

Aunque se sabe que poder y derecho son como dos caras de una misma moneda, la mayoría de las elaboraciones conceptuales sobre el poder provienen de la filosofía política y la sociología, y no del derecho. Por este motivo, se partirá de algunas consideraciones provenientes de la filosofía política, para luego llegar a las cuestiones de tipo jurídico.

Uno de los filósofos que más ha centrado su atención en el poder y sus manifestaciones en el mundo contemporáneo es el surcoreano Byung-Chul Han, quien ha sostenido que

Por “poder” suele entenderse la siguiente relación causal: el poder del yo es la causa que ocasiona en el otro una determinada conducta contra su voluntad. El poder capacita al yo para imponer *sus* decisiones sin necesidad de tener en consideración al otro. El poder del yo restringe la libertad del otro. El otro sufre la voluntad del yo como algo que le resulta ajeno. Esta noción habitual de poder no hace justicia a su complejidad.

El acontecimiento del poder no se agota en el intento de vencer la resistencia o de forzar una obediencia. El poder no tiene por qué asumir la forma de una coerción. (Han, 2017a, p. 11)

Es decir que, para Han (2017a), el poder no se corresponde con la noción clásica, que lo entiende como una fuerza coercitiva y negadora de la autonomía de la voluntad que se impone al yo o a la masa. El poder no siempre es la manifestación de una conciencia que orienta a su arbitrio las decisiones o acciones de los sujetos a través del engaño, el miedo o la coacción pues, contrario a lo que se piensa, no es necesariamente el antagonista de la libertad, sino que la puede usar a su favor. Al respecto Han (2014) refiere que

El poder sin duda puede exteriorizarse como violencia y represión. Pero no *descansa* en ella. No es necesariamente excluyente, prohibitorio y censor. Y no se opone a la libertad. Incluso puede hacer uso de ella. Solo en su forma negativa, el poder se manifiesta como violencia negadora que quiebra la voluntad y niega la libertad. Hoy el poder adquiere cada vez más una *forma permisiva*. En su permisividad, incluso en su *amabilidad*, depone su negatividad y se ofrece como libertad. (p. 28)

A partir, precisamente, de la libertad y la forma en que esta puede limitarse, se puede diferenciar entre el poder y la violencia. Así pues, este autor sostiene que “el poder no se opone a la libertad. Es la libertad la que distingue el poder de la violencia o de la coerción” (Han, 2017a, p. 22). Es más, el ejercicio de la violencia no es constructivo, sino destructivo del poder y desgarrador. En ese sentido, Han (2017b) defiende que “mientras que el poder construye un *continuum* de relaciones jerárquicas, la violencia genera desgarros y rupturas” (p. 102). Cuando un poder requiere ejercer acciones violentas, esto es muestra de su ya debilitada influencia en la vida de los sujetos: “Es cuando un poder extendido y abarcador se desmorona que sobrevienen diversas formas de la violencia y esta salta a la vista” (Han, 2019, p. 9). Sin embargo, no se puede

perder de vista que, tal como sostiene Zonana (2018), “el poder, como casi todo lo que el hombre toca, supone paradojas, formas variadas de manipulación y cada uno, con su historia y a su manera, necesita generar su propio manual de uso” (p. 7).

Por su parte, la coacción o la amenaza de coacción (que, en principio, es incompatible con la libertad, o se sirve de esta como herramienta), resulta fundamental para el derecho y la garantía del orden, así como para la orientación de las conductas de acuerdo con los valores sociales. Dicha labor en el mundo contemporáneo es principalmente ejercida por los Estados, quienes la monopolizan. Así pues, Hayek (2008) afirma que

La coacción, sin embargo, no puede evitarse totalmente, porque el único camino para impedirla es la amenaza de coacción. La sociedad libre se ha enfrentado con este problema confiriendo al Estado el monopolio de la coacción, e intentando limitar el poder estatal a los casos que sea necesario ejercerlo e impidiendo que dicha coacción la ejerzan personas privadas. (pp. 45-46)

Una vez expuestas las formas en que el poder puede ejercerse y sus relaciones con la violencia y la libertad, resulta importante abordar la relación que este tiene con el derecho y los derechos, para luego mostrar por qué la actividad regulatoria es tan importante para el debate político en los Estados democráticos.

El poder, el derecho y los derechos

Como ya se ha dicho, el poder en lo que respecta a los Estados democráticos de derecho no puede ser identificado con la violencia (por lo menos teóricamente), sino que se ejerce (o debe ejercerse) a partir del derecho. Así pues, surgen conceptos de política y poder que toman en cuenta el derecho, como el de Palacios Mejía (1980) quien sostiene que “[...] definimos la *política*, entonces, como la *actividad encaminada a conseguir el poder*, es decir, el control de las representaciones jurídicas de una comunidad global” (p. 10). Entiéndase por representaciones jurídicas el

conjunto de ideas que la comunidad tiene en relación con el derecho y, en particular, con los siguientes problemas: qué es el derecho, quién puede crearlo, cuál puede ser su contenido, qué fin persigue, en qué medida obliga y a quiénes (Palacios Mejía, 1980, p. 9).

Es decir que, el poder, que en principio se entendía como coacción, amenaza e imposición de la voluntad en los Estados de derecho, pasa a ser una construcción ideal. De esta forma, el verdadero poder político reside en aquello que los ciudadanos crean que es el derecho y sobre todo quién es el competente para crearlo o interpretarlo.

Ahora bien, es importante destacar que el poder (en su forma fáctica como imposición, o en su forma jurídica como construcción ideal) no solo entra en tensión con la libertad (o libertades), sino también con otros derechos, especialmente con los llamados derechos individuales. Sobre estos Nino (2013) sostiene que

Los “derechos individuales” son los derechos morales que los hombres tienen no por cierta relación especial con otros hombres, ni por ocupar determinado cargo o función, ni por ciertas particularidades físicas o intelectuales, ni por las circunstancias en que un individuo puede encontrarse, sino por el hecho de ser hombres. (p. 417)

Así, el ejercicio del poder y sus distintas manifestaciones entra en disputa, principalmente, con los derechos que tienen los hombres (entiéndase por hombres, seres humanos) por el hecho de serlo. Algunos de estos derechos son el derecho a la dignidad humana, la vida, la igualdad ante la ley o la integridad física.

La cuestión de cómo el poder limita derechos individuales a través de la legislación ha ocupado y aún ocupa un lugar destacado en la discusión política de los Estados democráticos. Podría decirse que frente al actuar del legislador el debate es plural y diverso y todos tienen sus ojos puestos en él. En este tipo de debates participan personas de todos los sectores sociales. Además, hay atención de los medios de comunicación y los discursos políticos se ocupan de ellos. Sin embargo, en lo relacionado con la actividad creadora de normas jurídicas por parte de la administración pública (función de regulación), el debate es mucho menor, pues pareciera que lo relacionado con la regulación fuese una cuestión de carácter técnico y apolítico, que no se relacionara con los intereses de los ciudadanos comunes. Por lo tanto, estas cuestiones le quedan reservadas a funcionarios técnicos y a académicos versados en el tema.

De este modo, las cuestiones relativas a la regulación proferida por el ejecutivo tienden a salir de la discusión pública, como si no se tratara de una actividad típica de ejercicio del poder con consecuencias inmediatas y directas para la vida de los ciudadanos. Por todo lo expuesto, a continuación, se pretende ofrecer algunas razones a favor de la idea de que la actividad regulatoria de la administración pública resulta de gran relevancia para el debate sobre el poder y los derechos individuales. De ahí que esta actividad deba ocupar la atención de todos los sectores sociales en una democracia.

La función regulatoria de la administración pública y sus límites

A principios de los años noventa del siglo xx surgió la noción de Estado regulador que hace referencia al rol central de la regulación como mecanismo de intervención del Estado en la economía y en la sociedad. Desde esa época se empezaron a difundir en el mundo y en América Latina las agencias reguladoras que se encargan de fijar las reglas de juego de los diferentes sectores de la economía y de ejercer gobernanza sobre el mercado y sus actores (Alviar y Montealegre, 2016).

Colombia no ha sido ajena a la difusión global que ha tenido el modelo de Estado regulador, pues en la Constitución Política de 1991 se adoptó la regulación como un mecanismo por medio del cual el Estado no solo interviene en la economía, sino que también garantiza

la prestación universal de los servicios públicos. En la sentencia C-616 del 2001, la Corte Constitucional puso de presente:

El Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado, dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta. En ese contexto y supuesto el espacio de competencia económica en una determinada actividad, el Estado debe evitar y controlar todo aquello que se oponga a la libertad económica, dentro de lo cual está aquello que pueda constituir una restricción de la competencia.

Asimismo, en la sentencia C-150 del 2003 se habló de la regulación con base en la Constitución Política de 1991:

Al margen de las controversias doctrinarias sobre el paso de un “Estado interventor” a un “Estado regulador”, es claro que el Constituyente de 1991 concibió la regulación en general y la regulación de los servicios públicos en particular, como un tipo de intervención estatal en la economía al cual le dedicó un capítulo especial de la Constitución, el Capítulo 5 del Título XII “Del régimen económico y de la hacienda pública”.

En esta misma providencia se dijo lo siguiente acerca de los órganos que tienen funciones regulatorias:

Los órganos de regulación han de ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines que justifican su existencia en un mercado inscrito dentro de un Estado social y democrático de derecho. Estos fines se pueden agrupar en dos clases, a pesar de su variedad y especificidad. La primera clase comprende los fines sociales que el mercado por sí mismo no alcanzará, según las prioridades de orden político definidas por el legislador y de conformidad con el rango temporal que éste se ha trazado para alcanzarlos. La segunda clase abarca los fines económicos atinentes a procurar que el mercado funcione adecuadamente en beneficio de todos, no de quienes dentro de él ocupan una posición especial de poder, en razón a su predominio económico o tecnológico o en razón a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas tanto en el órgano legislativo como en los órganos administrativos clásicos.

La regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado (Corte Constitucional, 2003).

De esta forma, hoy en día, la regulación puede ser entendida como una forma predominante de gobernanza del mercado en la fase de capitalismo global, que se dio luego —y como consecuencia— de la liberalización de las economías y la privatización de las empresas públicas (Alviar y Montealegre, 2016). Así pues, los Estados empezaron a regular bajo la justificación de hacer prevalecer el interés general, el bien común, corregir las fallas del mercado⁴ y mantener el orden público (Moreno, 2019).

Ahora bien, existen diferentes definiciones y caracterizaciones frente al concepto de regulación. Montero (2014) la define como

la actividad de la administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a propósitos de interés general objetivamente determinadas según la valoración que en un ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la administración. (p. 27)

En la actualidad es posible hablar, como lo hace Moreno (2019), de un derecho administrativo de la regulación en el que la función de regulación es una modalidad de intervención o función misma del Estado. Se convierte así en una de las más importantes funciones administrativa, por su dinámica y el papel que juega frente a los problemas que presentan los ciudadanos. De esta forma, la regulación puede ser entendida como una intervención en cabeza de la administración pública que consiste en la expedición o creación de normas jurídicas de carácter general con contenido económico, social o técnico. Estas normas se pueden dictar a través de técnicas tradicionales o mediante nuevas. Esto con el fin de que prevalezca el interés general, de conformidad con los objetivos que se plantean en la Constitución y la ley (Moreno, 2019).

Según Moreno (2019), los elementos característicos de la regulación son los siguientes:

- a. Se trata de una función del Estado en la que concurren diferentes órganos de regulación, pero el protagonismo lo tiene la administración pública.
- b. Implica la función de dictar y expedir normas jurídicas abstractas y generales para determinadas materias.
- c. Su objeto es someter la conducta de las personas a través de técnicas tradicionales, (obligación, prohibición, permisión, entre otros), así como a través de nuevas técnicas, tales como la regulación por incentivos, la regulación acudiendo a herramientas de la economía conductual (como, por ejemplo, el *nudge*), la regulación responsiva, por riesgos o por desempeño, la autorregulación o la correulación (que combina la autorregulación y la regulación estatal), para que se cumplan los objetivos trazados en la Constitución Política y la ley.

⁴ Ariño (2008) se ha referido a la regulación y a su papel frente a los fallos de mercado. Para ello, pone de presente que, cuando el mercado funciona, el Estado solo debe encargarse de mantener orden, seguridad y ejecutabilidad de los contratos. La regulación solo debe aparecer cuando se presentan fallos o fracasos del mercado.

- d. No es una función meramente normativa, sino que involucra otros saberes de carácter técnico, económico y científico.
- e. Las normas que se dictan en ejercicio de la regulación se pueden dividir en *hard law* o derecho duro (como las leyes, los decretos, las resoluciones y las circulares) y en *soft law* o derecho blando (como las guías, directivas, recomendaciones, lineamientos que, si bien no son vinculantes legalmente, pueden tener influencia normativa).

En línea con Montero (2014), es necesario hacer referencia también a la discrecionalidad como uno de los elementos característicos de la regulación. De esta forma, en el marco de la función de regulación, la administración cuenta con amplios márgenes de discrecionalidad a la hora de imponer obligaciones jurídicas. Esta discrecionalidad opera de forma más específica en relación con la determinación del principio del interés general y con la ponderación de este con los derechos individuales que se encuentran en juego y pueden llegar a verse sacrificados. Esto, en tanto, no es tarea pacífica definir de forma precisa de aquello que es el interés general y concretar lo que hace parte de este⁵. Por esto, se afirma que es este punto aquello que conforma el núcleo del ejercicio del poder político. Así pues, “el tradicional ámbito de la discrecionalidad administrativa reside, en lo fundamental, en completar para el caso concreto, el juicio sobre el interés general que se contiene en la ley”. (Montero, 2014, p. 32)

El amplio margen de discrecionalidad de la administración es, para autores como Montero (2014), una modificación del equilibrio que debe existir entre la rama legislativa y ejecutiva. Este desequilibrio se hace más notorio si el margen de discrecionalidad se otorga a una entidad con independencia formal, ajena a la responsabilidad política propia del gobierno. Por esta razón, son de gran importancia las garantías que se otorgan a los ciudadanos para la protección de sus derechos. De esto surge la necesidad de que haya garantías institucionales y procedimentales, alguna forma de control político y jurisdiccional riguroso sobre la actividad reguladora de la administración, que permita someter a juicio su proporcionalidad.

En línea con lo mencionado, se ha dicho que, con el fin de proteger los derechos individuales, el principio de legalidad, la seguridad jurídica y el interés general frente a la gran discrecionalidad de la administración, el procedimiento administrativo regulador debe tener herramientas claras de participación para todas las personas, especialmente para los operadores activos (los sujetos o instituciones que desarrollan actividades reguladas) y los usuarios (quienes consumen o se benefician de los servicios o productos regulados). Asimismo, se debe

⁵ Usualmente las normas jurídicas de rango legal se limitan a definir de forma genérica el principio del interés general, sin proporcionar pautas concretas sobre su contenido o sobre las obligaciones concretas que se deben imponer a los operadores del mercado.

garantizar la transparencia y el acceso constante a toda la información posible, así como una constante comunicación entre la administración y los sujetos regulados, para evitar una asimetría informativa. Esta transparencia y accesibilidad de la información debería extenderse a todos los procedimientos de los reguladores, tales como los de creación de normas generales, los sancionadores y los de resolución de conflictos que se presentan entre los diferentes operadores (Montero, 2014).

En este mismo sentido, se señala como imperioso que se tome con seriedad la exigencia de la motivación de los actos del regulador, con el fin de que los diferentes actores y ciudadanos puedan realizar un control del poder discrecional de la administración. Esto último solo es posible si los actos cuentan con una motivación clara que muestre la forma en que se construyó el juicio de proporcionalidad entre el interés general, los objetivos programáticos (previamente definidos en la ley) y el contenido del acto administrativo. De tal forma que se pueda verificar que las disposiciones, en efecto, son adecuadas e idóneas para satisfacer el interés general. Todo esto facilita el posterior control jurisdiccional, que no debe limitarse a aspectos de forma, sino que también debe poder analizar en detalle la proporcionalidad de la actividad del regulador (Montero, 2014).

Ahora bien, en el derecho administrativo colombiano, si bien hay una discrecionalidad de la administración, encaminada a que esta tenga libertad en la valoración y ponderación de los intereses en juego a la hora de escoger una alternativa regulatoria, debe estar sujeta a varias limitaciones (Moreno, 2019). El artículo 44 de la Ley 1437 del 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA) dispone que “en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.

De esta forma, si bien el regulador puede apreciar las circunstancias fácticas y la conveniencia en la toma de la decisión, así como escoger su contenido, debe hacerlo dentro de los fines generales de la función pública y de los fines particulares de la norma que lo habilitó. Así pues, existen dos límites a la discrecionalidad en el ejercicio de la función de regulación. Por un lado, adecuación de la decisión a los fines de la norma habilitante; y, por el otro, la proporcionalidad con respecto a los hechos que son causa de la decisión. Si estos límites no se respetan, la decisión podría incurrir en falsa motivación (Moreno, 2019).

Además, la función reguladora debe sujetarse a los límites de la legalidad y a aquellos previstos en el artículo 137 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA) que establece los casos en los que puede solicitarse la nulidad de un acto administrativo de carácter general (Moreno, 2019). Estos límites son la concordancia con las normas en las que debe fundarse, la competencia, cumplir con las formalidades para la expedición de la norma, no desconocer el derecho de audiencia y defensa, que no exista una falsa motivación y que no se presente el desvío de las atribuciones propias de quien profiere la norma.

Resta mencionar que la administración también debe sujetarse a los límites constitucionales que han sido establecidos jurisprudencialmente por parte de la Corte Constitucional. En la sentencia C-150 del 2003, esta puso de presente:

Así pues, las leyes que tratan sobre actividades o materias objeto de regulación por parte de los órganos administrativos, deben contener criterios inteligibles que establezcan de manera clara: (i) “las finalidades que han de guiar a la administración y los criterios materiales que orientarán la regulación para alcanzarlas”; (ii) las prestaciones o derechos que se busca asegurar por medio de la actividad objeto de regulación; (iii) las reglas a las cuales se sujetará el órgano de regulación y que regirán la actividad regulada; y (iv) las previsiones que impidan que algunas personas sean objeto de tratamientos arbitrarios o de beneficios ilegítimos, y que especifiquen los parámetros de control por parte del juez contencioso administrativo. Esto es necesario para que el legislador fije el régimen de la regulación de los servicios públicos como lo ordena el principio de reserva de ley, y así se evite que “el Congreso se abstenga de tomar las decisiones que le competen y opte por delegar en las autoridades administrativas su adopción”. La Corte también ha dicho que las “regulaciones sólo puedan limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta”.

Así pues, la regulación se ha consolidado como una función esencial del poder público actual, caracterizada por un amplio margen de actuación discrecional de la administración. Esta discrecionalidad, aunque necesaria para atender de forma flexible las complejidades propias de las dinámicas del mercado y los intereses públicos en juego, exige límites claros y mecanismos de control efectivos que garanticen el respeto por los derechos individuales, el principio de legalidad y la seguridad jurídica. La evolución de las técnicas regulatorias trae consigo la necesidad de establecer garantías institucionales y procedimentales que equilibren el interés general con la protección de las libertades fundamentales. En este contexto resulta indispensable reflexionar sobre por qué debe prestarse una atención prioritaria a la función reguladora del Estado, y especialmente, a las tensiones que esta genera respecto de los derechos individuales y la seguridad jurídica, lo cual será objeto del siguiente apartado.

Sobre por qué se debe prestar más atención a la regulación y a la tensión con los derechos individuales y la seguridad jurídica

Resulta de gran relevancia prestar más atención a la función reguladora de la administración, porque si bien con ella se dice que se busca perseguir o trabajar en pro del interés general, por lo general, la búsqueda de este entra en conflicto con los intereses particulares y derechos individuales.

Así pues, a pesar de que se suele aceptar que la coacción y el sacrificio de los intereses particulares resulta admisible cuando se hace para fomentar un bienestar general, la vaguedad de estos términos y su falta de definición precisa deriva en que se les dé cualquier contenido que sugieran los intereses de quienes ostentan el poder político. Además, si se pensara que el interés general es la suma de las satisfacciones personales, también es cierto que ni el gobierno ni ninguna persona o entidad pueden conocer las circunstancias precisas y particulares que determinan estas necesidades individuales (Hayek, 2006). Es más:

Toda la historia del desarrollo de instituciones populares es la historia de una lucha constante por evitar que grupos particulares abusen del aparato del poder para promover sus propios intereses colectivos. Esta lucha no ha terminado desde luego con la actual tendencia a definir como interés general cualquier cosa que decida una mayoría formada por una coalición de intereses organizados. (Hayek, 2006, p. 192)

También hay otros autores que se han mostrado críticos y escépticos frente al concepto de interés general. Por ejemplo, Frank J. Sorauf (1957) realizó un análisis crítico y aseguró que, al no tener un carácter objetivo, puede variar según el contexto y las circunstancias políticas. De tal forma que es usado por distintos actores políticos, con el fin de promover sus propias agendas. Por su parte, Glendon Schubert (1961) puso de presente la complejidad que tiene la tarea de definir el interés público, pues este cambia según el contexto político y social. Además, está sujeto a diferentes interpretaciones, puesto que está influenciado, muy a menudo, por las opiniones y valores de quienes lo definen y aplican.

De igual manera, la regulación puede presentar diferentes fallas o problemas. Por lo tanto, a veces no se logra el cometido u objetivo que con ella se busca. Esto es especialmente notorio si se considera que quienes se encargan de regular dentro de la administración pública son individuos que pueden buscar y actuar en pro de sus propios intereses y beneficios (como, por ejemplo, mantenerse en sus cargos, reelecciones, mejores salarios, más poder, entre otros). El economista Joseph Stiglitz (2000) señala las siguientes cuatro causas, por las que a veces hay incapacidad del Estado para cumplir con los objetivos que se propone:

1. Información limitada: existen medidas frente a las cuales es difícil prever todas las consecuencias que pueden llegar a tener al ser tomadas, pues, por lo general, los gobiernos no cuentan con toda la información suficiente y necesaria, ni con los métodos para obtenerla.
2. Control limitado de todos actores: el Estado tampoco tiene un control directo sobre las consecuencias de sus decisiones, pues no controla ni tiene la posibilidad de controlar a todos los actores de un mercado como, por ejemplo, a las empresas privadas.
3. Control limitado de la burocracia: en algunos casos no se dan los incentivos necesarios para que los funcionarios persigan los fines fijados en la ley. Por ejemplo, puede ocurrir que el regulador de una industria se beneficie de complacer a las empresas de un sector y que,

por esto, no actúe de acuerdo con el interés de los consumidores, sino de estas empresas y el propio.

4. Limitaciones impuestas por los procesos políticos: el proceso político por medio del cual se toman decisiones plantea dificultades, pues en ocasiones los políticos tienen incentivos para actuar en interés de ciertos grupos de presión que financiaron o financiarán sus campañas. Asimismo, el electorado tiene una tendencia a buscar soluciones simples para problemas complejos, pues no tienen mayor comprensión sobre temas de carácter técnico.

Junto a los autores mencionados, el economista George Stigler (1971) también asumió una posición crítica de la regulación. Sostuvo la tesis de que, por regla general, la regulación es adquirida o cooptada por la industria, al ser diseñada y operada para su beneficio. Si bien existen regulaciones cuyos efectos sobre la industria son gravosos, estos casos suelen ser excepcionales. Cuando se considera que el Estado tiene el poder de la coacción y con él de ayudar o perjudicar selectivamente a una o varias industrias por medio de la imposición de cargas y la asignación de recursos, se entiende fácilmente por qué una industria puede incrementar sus beneficios al capturarlo.

Existen diferentes contribuciones que una industria puede esperar del Estado como, por ejemplo, el subsidio directo de dinero, el control de las entradas al mercado de nuevos competidores (por medio del establecimiento de barreras de entrada por medio de la regulación), los poderes que afectan los bienes sustitutos y complementarios (por ejemplo, si alguien produce mantequilla, puede desear que se suprima la margarina y fomentar el consumo de pan) y la fijación de precios para obtener tasas de rendimiento mejores que las competitivas en un mercado no regulado. Dice de manera expresa el economista “cuando una industria recibe una concesión de poder del Estado, el beneficio a esa industria quedará lejos del daño al resto de la comunidad” (Stigler, 1990, p. 94).

Ahora bien, para el caso concreto de Colombia, se ha señalado que los regímenes reguladores en el país son institucionalmente inestables; están sujetos a constantes reformas y, en ciertos casos, actúan de forma politizada (Lamprea y Alviar, 2016). De esta forma, quienes están encargados de la regulación no siempre dan prelación a los intereses técnicos sobre los políticos. En este mismo sentido, se debe mencionar que en nuestro país el diseño constitucional y legal de las autoridades regulatorias permite que se presente el fenómeno de captura del regulador por parte de algunos operadores económicos y de agentes políticos. De tal forma que las autoridades que se supone deben proteger el interés general, dejan de hacerlo y, en su lugar, terminan favoreciendo intereses particulares. Sanclemente-Arciniegas (2020) pone de presente lo siguiente:

Naturalmente, se han analizado diferentes estrategias tendientes a evitar dicha captura. La primera de ellas es aislar las entidades de regulación económica del control directo de responsables políticos,

como el presidente de la República. En Colombia, sin embargo, este tipo de recomendaciones no ha sido atendido y las entidades de regulación económica, como las superintendencias, permanecen bajo la dirección política del jefe del Ejecutivo brindando múltiples oportunidades de corrupción. (p.112)

También vale la pena mencionar que en Colombia se presenta el fenómeno de inflación normativa y regulatoria, que conlleva a que sea difícil para las personas y empresas conocer la normatividad que deben cumplir. Esto ocasiona, además, escenarios de inseguridad jurídica. Según el CONPES 3816 del 2014, entre el 2007 y el 2011, la rama ejecutiva expidió cuatro mil treinta y nueve decretos, de los cuales mil seiscientos cuarenta y cinco correspondieron a sustanciales y los demás a actos administrativos de trámite, de nombramiento y otros de carácter particular. Esto se traduce en que se llegaron a expedir dos o más decretos por día.

La inflación regulatoria o normativa tiene repercusiones no solo para las empresas, que deben invertir en tiempo y dinero para capacitarse, actualizarse y contratar personal que pueda dar cumplimiento a todas las exigencias regulatorias que aparecen día tras día, sino que también se ve afectada la competitividad del país (y, con ella, el desarrollo económico), en tanto no se presentan condiciones favorables para atraer capital. Para nadie es un secreto que para atraer la inversión deben ofrecerse condiciones atractivas, como una buena infraestructura, seguridad, seguridad o estabilidad jurídica, un sistema de justicia que funcione, un sistema financiero consolidado, entre otras. Cuando estas condiciones no se presentan, la inversión termina en otros lugares que sí las pueden ofrecer.

La seguridad jurídica implica que en el Estado existan normas jurídicas o reglas de juego claras, que no sean cambiadas de manera abrupta o repentina y que guarden coherencia o consistencia entre ellas, con el fin de que los sujetos puedan identificar las consecuencias jurídicas que tienen determinados actos. El jurista Giorgio Pino (2023) la entiende así: “la seguridad jurídica consiste en la posibilidad de identificar, de manera razonablemente confiable, las consecuencias jurídicas o la calificación jurídica de determinados actos o hechos” (p. 264).

Ahora bien, esta posibilidad de que los individuos puedan conocer e identificar razonablemente las consecuencias jurídicas que tienen diferentes actos, se ve afectado, de manera evidente, cuando todos los días se están expidiendo nuevas regulaciones en distintos sectores y materias. Más aún, si se considera la influencia que tienen actores políticos, que cambian según los periodos electorales, en las instituciones encargadas de la regulación.

Todo esto muestra que en ciertos escenarios la desbordada actividad regulatoria puede llegar a entorpecer la relación entre el Estado y sus ciudadanos y desincentivar la actividad empresarial que resulta tan importante para una sociedad y su desarrollo económico. De esta forma, quienes resultan afectados a mediano y largo plazo son los ciudadanos, pues tener una mejor calidad de vida en términos económicos implica también una mayor posibilidad de realización de los derechos individuales, y también menos posibilidades de que se presente su vulneración.

Conclusiones

A partir de lo expuesto, puede concluirse que existen claras relaciones entre poder, derecho, el Estado regulador y la función regulatoria de la administración pública. En el desarrollo del texto se mostró que, si bien la función regulatoria de la administración pública constituye una herramienta poderosa y necesaria para garantizar el interés general que se encuentra consagrado en las constituciones y corregir las fallas o fracasos del mercado, su ejercicio en caso de ser desbordado o carente de controles adecuados puede derivar en la vulneración de derechos individuales y en la afectación de la seguridad y estabilidad jurídica. Estos son pilares que resultan fundamentales en un Estado democrático de derecho. El amplio margen de discrecionalidad que caracteriza a las autoridades encargadas de la función regulatoria exige mecanismos fuertes de participación, transparencia y un control jurisdiccional riguroso, que permitan realizar un ejercicio juicioso de ponderación entre el interés general y el respeto a las libertades individuales. Solo de esta forma se puede evitar que la regulación se convierta en un instrumento de poder arbitrario al servicio de intereses particulares, en detrimento de los ciudadanos e individuos.

Por ello, es necesario y de suma relevancia que la sociedad en su conjunto, y no solo unos cuantos expertos con perfil técnico o sectores especializados, presten una mayor atención a la actividad regulatoria de la administración pública y sus límites, así como a sus oportunidades de mejora. De tal forma que estos temas deben empezar a ser abordados con mayor frecuencia y protagonismo en el debate público. Fortalecer el control social y jurídico sobre la función regulatoria no solo protege los derechos individuales, sino que también contribuye a construir un Estado más transparente y eficiente; capaz de promover el desarrollo económico y social sin sacrificar las garantías de los ciudadanos.

En el caso de Colombia, la inflación normativa (que obedece no solo al ejercicio de la rama legislativa, sino también y cada vez más a la actividad de regulación de la administración pública) debe ser una cuestión que se ponga sobre la mesa de debate democrático. Esto no solo porque pueda afectar la seguridad jurídica, sino también porque resulta valioso cuestionar la idea generalizada de que la única forma de resolver los problemas que aquejan una sociedad y mejorar la vida de los ciudadanos es mediante la intervención del Estado en los diferentes sectores, como, por ejemplo, el económico. Es necesario sentar las bases para una reflexión sobre si realmente tener una regulación abundante va en línea con una protección más efectiva de los derechos o si, de hecho, sucede lo contrario.

Referencias

- Alviar & Montealegre. (2016). *El Estado regulador en Colombia*. Universidad de los Andes.
- Ariño, G. (2008). *Principios de derecho público económico*. Universidad Externado de Colombia.
- Borrero García, C. (2014). *Explorando la sociología jurídica: una propuesta de cátedra participativa*. Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá.
- Colombia. Sentencia C-616 del 2001. Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-616-01.htm>
- Colombia. Sentencia C-150 del 2003. Corte Constitucional. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-150-03.htm>
- Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011. DO: 47.956.
- Departamento Nacional de Planeación. (2014). *Mejora normativa: Análisis de impacto normativo*. Consejo Nacional de Política Económica y Social. <https://www.dnp.gov.co/CONPES/Documents/3816.pdf>
- Ferrajoli, L. (2001). *El garantismo y la filosofía del derecho*. Traducción de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín. Universidad Externado de Colombia.
- Gómez Dávila, N. (2005). *Escolios a un texto implícito*. Tomo I. Villegas Editores.
- Han, B. C. (2014). *Psicopolítica*. Herder Editorial.
- Han, B. C. (2017a). *Sobre el poder*. Herder Editorial.
- Han, B. C. (2017b). *Topología de la violencia*. Herder Editorial.
- Han, B. C. (2019). *Hegel y el poder. Un ensayo sobre la amabilidad*. Herder Editorial.
- Hayek, F. A. (2006). *Derecho, legislación y libertad: Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*. Unión Editorial. <https://www.unioneditorial.net/libro/derecho-legislacion-y-libertad-una-nueva-formulacion-de-los-principios-liberales-de-la-justicia-y-de-la-economia-politica/>
- Hayek, F. A. (2008). *Los fundamentos de la libertad*. Unión Editorial.
- Lamprea Montealegre, E. y Alviar García, H. (2016). *El Estado regulador en Colombia*. Ediciones Uniandes.
- Leoni, B. (1961). *La libertad y la ley*. 3ª ed. Unión Editorial.
- Montero Pascual, J. J. (2014). La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (12), 23–44. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/De-radm/article/view/3993>

- Moreno Castillo, L. F. (2019). *Teoría de la regulación: Hacia un derecho administrativo de la regulación*. 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/54a9bb49-2a3b-40dc-873f-17a110935aa6>
- Nino, C. S. (2013). *Introducción al análisis del derecho*. Editorial Astrea.
- Palacios Mejía, H. (1980). *Introducción a la teoría del Estado*. Temis.
- Pino, G. (2023). Seguridad jurídica. Eunomía. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 25, 262-284. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2023.8000>
- Sanclemente-Arciniegas, J. (2020). Corrupción, orden público y regulación económica en Colombia. *Revista Jurídicas*, 17(1), 105-124. <https://doi.org/10.17151/jurid.2020.17.1.6>
- Schubert, G. (1961). *The Public Interest: A Critique of the Theory of a Political Concept*. The Free Press.
- Stiglitz, J. (2000). *La economía del sector público*. Antoni Bosch.
- Stigler, G. (1971). "The Theory of Economic Regulation". *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2(1), 3-21.
- Sorauf, F. (1957). The Public Interest Reconsidered. *The Journal of Politics*, 19(4) 616-639.
- Zonana, R. Á. (2018). Poder: Modo de usar - Poder: Modo de usar -. *Calibán: Revista Latinoamericana de Psicoanálisis*, 16(2): 6-12.