



Prolegómenos

ISSN: 0121-182X

Universidad Militar Nueva Granada

Bustos Romero, Michel Federico
El *soft law* como fuente del derecho administrativo colombiano
Prolegómenos, vol. XXII, núm. 44, 2019, Julio-Diciembre, pp. 35-48
Universidad Militar Nueva Granada

DOI: 10.18359/prole.3432

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87663301008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UAEV
redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto



El *soft law* como fuente del derecho administrativo colombiano^a

Michel Federico Bustos Romero^b

Resumen: El sistema de fuentes del derecho administrativo ha sido influenciado por normas o disposiciones normativas que carecen de fuerza vinculante y que escapan a la comprensión y jerarquía tradicional del derecho. Esto es una realidad en lo que concierne al derecho administrativo contemporáneo y a la tecnificación de los tiempos de la globalización y la industrialización. El presente texto busca adentrarse en las características de esas fuentes normativas, conocidas como *soft law* o normas de derecho blando, y esclarecer la tipología de aquellas en el derecho administrativo colombiano. Esto con el fin de señalar su importancia y la forma de aplicación en nuestro país y en el derecho comparado.

Palabras clave: derecho administrativo; fuentes del derecho; normas administrativas; *soft law*.

Fecha de recepción: 24 de abril de 2018 **Fecha de evaluación:** 26 de julio de 2018 **Fecha de aprobación:** 31 de enero de 2019

Cómo citar: Bustos Romero M. F. (2019). El *soft law* como fuente del derecho administrativo colombiano. *Revista Prolegómenos*, 22(44), pp. 35-48. DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.3432>

-
- ^a Este artículo es producto de la reflexión académica del autor como docente del Grupo de investigación GICPODERI
 - ^b Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Administrativo. Magíster en Derecho Público de la Universidad de Sevilla (España). Candidato a Doctor en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Barcelona. Docente del Departamento de Derecho Público. Miembro del Grupo de Investigación GICPODERI de la Universidad Santiago de Cali.
Correo electrónico: michel.bustos00@usc.edu.co

Soft Law as a Source of Colombian Administrative Law

Abstract: The system of sources of administrative law has been influenced by rules or regulatory provisions that lack binding force and fall outside the traditional understanding and hierarchy of law. This is a reality as regards contemporary administrative law and technification in the time of globalization and industrialization. This paper seeks to delve into the characteristics of these regulatory sources —known as soft law— and clarify their typology in Colombian administrative law in order to point out its importance and application to our country and comparative law.

Keywords: Administrative law; sources of law; administrative regulations; soft law.

Soft law como fonte do direito administrativo colombiano

Resumo: O sistema de fontes de direito administrativo foi influenciado por normas ou disposições normativas que carecem de força vinculativa e escapam ao entendimento e hierarquia tradicionais do direito. Isso é uma realidade no que diz respeito ao direito administrativo contemporâneo e à tecnificação em tempos de globalização e industrialização. Este texto procura se aprofundar nas características dessas fontes normativas, conhecidas como *soft law*, e esclarecer a tipologia delas no direito administrativo colombiano. A fim de indicar sua importância e a forma de aplicação em nosso país e no direito comparado.

Palavras-chave: direito administrativo; fontes do direito; normas administrativas; *soft law*.

Introducción

Las transformaciones del derecho administrativo en los últimos años han llevado a cuestionar las fuentes normativas tradicionales, cuya exigibilidad se hace efectiva en la jurisdicción contencioso-administrativa. Este proceso de introducción, en la práctica administrativa de normas e instrumentos no exigibles, replantea la comprensión de las fuentes del derecho administrativo y conduce a esta hacia un conjunto de instrumentos jurídico-administrativos, conocidos como *soft law*.

Este artículo pretende señalar y describir aquellas fuentes de derecho administrativo no exigibles, pero aplicadas en la práctica de las entidades estatales en el ejercicio de las funciones administrativas, a través de la concepción del derecho administrativo, el análisis de las fuentes tradicionales y la identificación de los elementos estructurales característicos.

Concepto del derecho administrativo

Antes de identificar las fuentes del derecho administrativo es necesario hacer una aproximación conceptual a esta rama del derecho. Esta tarea implica, a su vez, profundizar en una discusión polémica que no se agota en la consideración de los orígenes de aquel, pues puede entenderse a partir del nacimiento del servicio público o del ejercicio de la policía administrativa.

El concepto de derecho administrativo debe incluir, como parte de su descripción, la naturaleza del cumplimiento de los cometidos propios del Estado social y democrático de derecho, el interés general y el bien común. De ahí que resulte imposible concebir un concepto que no se nutra de esta constante ideológica, es decir, que no busque la consolidación del ya mencionado Estado social de derecho. En este sentido, el derecho administrativo debe entenderse como el subsistema normativo o rama del derecho positivo, que tiene por objeto el conocimiento y la regulación jurídica de los órganos, sujetos, funciones y finalidades de la administración pública y de sus relaciones con los asociados y la comunidad (Santofimio, 2013,

p. 171). El derecho administrativo puede definirse, además, a partir de la comprensión de tres aspectos fundamentales, objetos de este, para su autonomía y existencia: la función administrativa; la administración pública, y las relaciones entre órganos de la administración pública y de esta con los administrados.

En primer lugar, la función administrativa es una actividad encaminada hacia el fin común, con prescindencia del órgano o agente que la realice, y que se traduce en una ejecución concreta y práctica con el fin de satisfacer el interés general (Dromi, 1996, p. 124). Entre las funciones más comunes se encuentran la función de la policía administrativa, del servicio público, las funciones de intervención, control y vigilancia, la función de planificación económica, y la función reglamentaria, etc.

En este primer enfoque, el derecho administrativo puede entenderse como el conjunto de normas, principios y procedimientos que materializan y justifican el ejercicio de la función administrativa, y que tiende a preocuparse por el interés general de los administrados.

Si se identifica el derecho administrativo como “el derecho de la administración pública”, necesariamente tendría que delimitarse el concepto de *administración pública*. Esta expresión de administración pública solo puede entenderse, en lo jurídico o en lo político, a partir del verbo rector, cuya acción desarrolla: administrar. En su acepción moderna, el término administrar implica la idea de dirigir, cuidar, gestionar bienes e intereses. La cuestión de administrar se encuentra incorporada en el concepto de dirección, y conlleva decisiones, orientaciones y aplicaciones; por lo tanto, también implica la organización, planeación y coordinación, siempre bajo la idea de satisfacer el interés general (Santofimio, 2013, p. 34).

Así, el derecho administrativo suele entenderse como el conjunto de normas, principios y procedimientos a los que están sometidos los órganos de la administración pública y aquellos particulares que ejerzan funciones públicas. De forma más concreta, el derecho administrativo es aquella parte del derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de la administración pública y las consiguientes

relaciones jurídicas entre aquellas y otros sujetos (Parada, 1992, pp. 8-9). Además, el derecho administrativo no puede concebirse sin sus destinatarios que son por naturaleza la administración pública y los administrados. En este existen unas normas administrativas, cuyo sujeto destinatario es la administración pública y otros que no se conciben sin la presencia de los administrados o incluso de los particulares, que ejercen funciones públicas o funciones. El problema de tal definición es que se reduce solo a las relaciones entre la administración y el ciudadano, y desconoce que además de estas relaciones existen otras *ad intra* (dentro de la propia administración).

Otra de las definiciones es aquella que deduce que el derecho administrativo no puede definirse tomando como base exclusiva la consideración formal o la consideración material de la administración. De ese modo, una definición de derecho administrativo debería incluir normas de organización y del funcionamiento del poder ejecutivo y, por otra parte, comprender las normas que regulan la actividad de dicho poder, realizado en forma de función administrativa (Fraga, 1971, p. 92).

Ahora bien, si se sigue la evolución del derecho administrativo, es menester identificar que la concepción contemporánea de este se fundamenta en dos tesis: en primer lugar, la tesis organicista y, en segundo lugar, la tesis subjetiva o estatutaria. La primera tesis señala que la existencia del derecho administrativo depende o está en función de una administración, en cuanto que cuerpo de agentes, de un conjunto de órganos; esta proposición vale tanto para el derecho administrativo-sistema normativo como para el derecho administrativo-disciplina científica. Lo que quiere decir, pues, es que el derecho administrativo está vinculado a una cierta estructura y organización del aparato estatal, por lo que la administración-institución constituye el fundamento mismo de toda definición de aquel derecho (Parejo Alfonso, 2008, p. 266).

La tesis subjetivista, defendida por García de Enterría, analiza el derecho administrativo en consideración de tres elementos esenciales de su conceptualización: la idea de pertenencia a las ramas del derecho público; la idea de que el derecho administrativo es un derecho común a las

administraciones públicas, y la existencia de la relación jurídica administrativa. En este sentido, el derecho administrativo es el derecho público interno y externo de la administración pública en relación con el ejercicio de las funciones administrativas, objeto de su existencia, de acuerdo con la necesidad de configurar una relación jurídica entre sus órganos y con los administrados.

Recientemente, con el fin de construir un concepto de derecho administrativo, se ha propuesto, por parte del profesor Mir Puigpelat, la definición lingüística y semántica del derecho administrativo. En palabras de este notable jurista, el derecho administrativo es el ordenamiento jurídico propio y específico de la administración-aparato, consistente en un conjunto de normas y principios exorbitantes, establecidos para conciliar el interés general y el interés particular (2003, p. 79).

Dentro de las tendencias actuales del derecho administrativo, también merece especial atención el aporte de la doctrina alemana, cuyo principal exponente es el profesor Schmidt-Assmann, que concibe el derecho administrativo como una ciencia jurídica que constituye un sistema normativo de la administración, en el que existe una relación de interdisciplinariedad con la ciencia de la administración, con el fin de buscar la eficiencia en el ejercicio de la función administrativa o en la prestación de servicios públicos. Además, es de vital importancia, para la comprensión sistémica del derecho administrativo, la constitucionalización de este y el papel de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así mismo, dentro de las transformaciones del derecho administrativo, en la doctrina especializada, consecuencia de los procesos de integración, ha surgido la idea de la globalización de aquel, en virtud de la cual se va construyendo un ordenamiento jurídico global que comprende las estructuras, reglas, procedimientos y principios a los que están sujetos organismos intergubernamentales que ejercen funciones administrativas (Ponce Solé, 2010, p. 23).

De todas formas, sea cual fuere la tendencia doctrinaria acogida, el derecho administrativo debe entenderse como un sistema normativo que tiene como fin el interés general, por medio del

ejercicio de la función administrativa, que bien puede ser ejercido por los órganos del Estado o por particulares que ejerzan funciones públicas, a través de medios que tradicionalmente son actos administrativos o contratos administrativos.

Lo importante para este trabajo no es el concepto y la comprensión del derecho administrativo como subsistema normativo, sino los caracteres de las fuentes de aquel, específicamente el encuadramiento del *soft law*, en cuanto fuente del derecho administrativo, al relacionarse con el ejercicio de la función administrativa. En esa dirección, a continuación, se desarrollará un bosquejo descriptivo de las fuentes del derecho administrativo para posteriormente relacionar el entendimiento y la clasificación de esas fuentes con el alcance y contenido del *soft law*.

Fuentes del derecho administrativo

Tradicionalmente en el derecho existen fuentes formales y reales. Las primeras son aquellas que directamente pasan a constituir el derecho aplicable y las segundas las que se promueven u originan en un sentido social-político.

La Constitución nacional, las leyes, los reglamentos y la jurisprudencia son fuentes en sentido formal, mientras que los hechos sociales, la doctrina y la costumbre son fuentes en sentido material u “orígenes”. Algunos autores no distinguen entre uno y otro tipo de fuentes, y consideran así que las fuentes del derecho administrativo son la ley (en sentido amplio), la doctrina y la costumbre; otros agregan los hechos como fuente formal. Hay que decir, por otra parte, que las fuentes reales del derecho administrativo comprenden todos aquellos factores naturales, morales, religiosos, históricos, políticos, sociales, económicos, culturales, estéticos, artísticos e ideales, que influyen en un momento dado en la formación de la regla de derecho (Penagos, 2003, p. 198).

En síntesis, los tradicionalistas del derecho administrativo entienden como fuentes formales de este aquellas que conforman el ordenamiento jurídico y que tienen características de coercibilidad y vinculación directa con los principios de

juridicidad y de legalidad, a los cuales debe someterse la actuación de la administración.

Otro elemento importante en el sistema de fuentes es la relación jerárquica entre las distintas tipologías. Sobre la base del criterio jerárquico, una norma de rango superior no puede ser privada por una norma de rango inferior. De lo que se infiere que este sistema de fuentes del derecho administrativo está organizado funcionalmente a partir de la normatividad constitucional: las leyes en sentido estricto, los decretos, etc. La primera de estas fuentes sería, por ende, la Constitución, fuente de extraordinaria importancia en el derecho administrativo, por lo menos en los países en que esta es imperativa, en los que existe un orden jurídico pleno impuesto por el pueblo al Estado, regulador de su estructura y organización, y que establece las facultades de aquel frente a los individuos y los derechos de los habitantes frente a él. Puesto que el derecho administrativo estudia la estructura de uno de los órganos jurídicos del Estado (la administración) y el ejercicio de la función administrativa (facultades del Estado en el órgano “administración” y limitaciones a estas en los derechos de los habitantes), fácil es advertir la importancia del derecho constitucional y concretamente de la Constitución como fuente del derecho administrativo (Gordillo, 1974, p. 130).

En el caso colombiano, es notable esa apreciación, ya que la Constitución Política de Colombia establece, en primer orden, los elementos estructurales de la organización del Estado y señala los principales órganos que ejercen funciones, tanto a nivel central como nivel descentralizado. Además, indica la carta magna, en su artículo 209, la razón de ser de la función administrativa y enuncia los principios de esta, que posteriormente han sido concretados por la Ley 489 de 1998, positivizando de esta forma aquellos lineamientos constitucionales.

Es preferible, en el contexto contemporáneo, hablar de ordenamiento jurídico y no de legalidad en sentido estricto, con el fin de realizar una comprensión sistemática de las fuentes del derecho administrativo, que tienen fuerza vinculante y, por ende, son coercibles; a estas fuentes debe estar sometida la actuación de los órganos de la

administración pública, bajo la óptica del principio de legalidad, mejor entendido como juricidad.

En una concepción universal, el sistema de fuentes se identifica con la totalidad de los elementos normativos reguladores del ordenamiento jurídico; en una versión estricta, el grupo se individualiza frente a una situación fáctica concreta y constituye así el conglomerado o conjunto de disposiciones que, en relación jerárquica y proveniente de diversos niveles, concurren de manera armónica y articulada para integrar la legalidad aplicable al asunto específico. De suerte que lo característico de un grupo normativo es su articulación de una forma total, su interacción, su compenetración funcional y su solidaridad; sujetos siempre a la noción de coherencia, que implica una interpretación y aplicación vinculada a los principios de dependencia y estratificación, por ende, de jerarquía normativa entre los diferentes niveles normativos que entran en juego, tanto en el sistema globalmente considerado como en el grupo propiamente dicho (Santofimio, 2013, p. 422).

El derecho administrativo colombiano identifica las siguientes fuentes directas de derecho: en primer lugar, la Constitución Política; en segundo lugar, las leyes en sentido estricto; en tercer lugar, los decretos del Presidente de la República, y, en cuarto lugar, los actos de las demás autoridades administrativas. La primera fuente, la Constitución, contiene las bases fundamentales del derecho administrativo, al señalar los lineamientos y determinar los conceptos fundamentales de aquel, que posteriormente han sido concretados por normas con rango de ley. No hay duda de que las leyes son la fuente principal del derecho; en este sentido, tampoco hay duda respecto a la naturaleza fantástica. En relación con los decretos del Presidente de la República, estas son fuente directa, puesto que en el contexto colombiano son expresión de la máxima autoridad administrativa del orden nacional. Finalmente, hay que señalar que los actos administrativos de otras autoridades administrativas constituyen fuente de derecho en particular, tales son los proferidos por los ministerios, los departamentos administrativos, superintendentes, etc. (Rodríguez, 2015, p. 50).

Ahora bien, la jurisprudencia está compuesta por el conjunto de las decisiones de los jueces, en nuestro caso, los jueces administrativos, con el fin de interpretar, integrar o aplicar la normatividad administrativa. En principio, aquella no es fuente directa del derecho administrativo sino fuente auxiliar. Sin embargo, a partir de la reforma introducida por el CPACA, se le da mayor importancia, bajo el esquema de unificación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, para lograr una aplicación uniforme del derecho en determinadas circunstancias fácticas.

Actualmente, el sistema de fuentes de la administración pública ha sido atacado por elementos extraños que emanan de sus mismos dogmas, caracterizados tanto por su habilidad para generar efectos jurídicos sobre terceros —en una zona distinguida por ser inmune al control judicial— como por su rebeldía al principio de seguridad, conocidos con el nombre de *soft law* o normas de derecho blando. Las normas de derecho blando se definen por la ausencia de imperatividad y coercibilidad y por su destreza para extenderse ágilmente en el ordenamiento jurídico (Sánchez, 2012, p. 34).

El *soft law* como fuente del derecho administrativo

El *soft law*, en cuanto manifestación de una realidad jurídica, tiene sus orígenes en el derecho romano, que distinguía distintas tipologías de disposiciones normativas desde el punto de vista de su eficacia. Posteriormente, este *soft law*, en oposición al *hard law*, ha asumido diversas formas en nuestros sistemas jurídicos contemporáneos, y es recogido primordialmente en el derecho internacional, disciplina jurídica que, entre otras cosas, se caracteriza por la ausencia de imperatividad y coercibilidad, notas distintivas de la eficacia obligacional de la norma legal (*hard law*). Se caracteriza, además, por los siguientes derroteros: no es un derecho vinculante; responde a normas y principios, pero no a reglas, y no es aplicable a través de una resolución vinculante de controversias (Lara Arroyo, 2011).

El *soft law* ha sido denominado, dentro del contexto del derecho iberoamericano, como “normas

de derecho blando”, cuyas características, según el tratadista Daniel Sarmiento, son las siguientes: se constituyen de normas jurídicas, dirigidas a una pluralidad de destinatarios, que no tienen efectos obligatorios ni poseen, como regla general, procedimientos tasados de elaboración; al carecer de efectos obligatorios, no son parámetros de enjuiciamiento, ni de disposiciones generales, ni de actos administrativos; no son susceptibles de impugnación ante los tribunales del orden contencioso administrativo, y tienen su principal potencia en el terreno de la interpretación, dando sentido a las disposiciones del ordenamiento (*hard law*) y coadyuvando a este en el proceso de enjuiciamiento de los actos administrativos (Sarmiento, 2008, p. 95).

Este conjunto de elementos normativos se ha incorporado paulatinamente en el sistema jurídico y merece especial atención en el campo del derecho administrativo, ya que, dados sus caracteres, no constituye norma jurídica vinculante, en sí actos administrativos, ni en su contenido crea, modifica o extingue derechos y obligaciones, pero estos son invocados por la administración en el ejercicio de funciones administrativas.

El *soft law* administrativo involucra un conjunto de instrumentos jurídicos que procuran que la administración alcance y materialice eficientemente los fines y valores estatales, sus objetivos políticos y las obligaciones internacionales. Es una realidad en la práctica jurídica de la administración que no ha sido ampliamente estudiada en la escena académica colombiana, pero que, sin duda, se internó en el derecho administrativo moderno para quedarse (Martínez, 2018, p. 291).

Es importante mencionar, además, que el *soft law* puede entenderse desde dos puntos de vista, respecto a los efectos jurídicos dentro de la administración y en relación con el administrado. El primero suele denominarse *soft law* interadministrativo, y genera efectos *ad intra*, y al segundo se le llama *soft law* extra-administrativo, y que genera efectos en el administrado.

El *soft law* o derecho blando, en cuanto a su ubicación en el sistema de fuentes, tales instrumentos constituyen criterios y parámetros técnicos imprescindibles para la adopción de medidas

razonables y adecuadas, que permitan proteger los diversos intereses en juego, de manera que contribuyan al cumplimiento de la obligación central del juez en el Estado de derecho; esta es: fallar con base en motivos razonables dentro del orden jurídico, y no con capricho o arbitrariedad (Corte Constitucional, 2011).

Aplicación del *soft law* en el derecho administrativo colombiano

En el derecho administrativo colombiano, el *soft law* tiene aplicación en la denominada “reserva de instrucción”, contemplada en la Constitución, y que faculta a ciertas autoridades administrativas para ejercer la potestad de instruir y emitir órdenes dentro de la administración y algunas con efectos respecto de los administrados. Según Sánchez Pérez:

Las normas de derecho blando expedidas en virtud de la reserva de instrucción se caracterizan por ser un derecho mudo e inofensivo, porque no tiene en su estructura los componentes impuestos por el ordenamiento jurídico para acceder al rango de regla en la nomenclatura normativa; son manifestaciones informales de la administración que no tienen efecto obligatorio, pues, al no crear normas, ni alterar situaciones jurídicas, no son un parámetro de validez infraconstitucional. Se trata, entonces, de carriles de circulación del derecho positivo, que están a disposición de las autoridades superiores de la administración en virtud del poder jerárquico y discrecional, de manera que introducen en la actividad de la administración elementos dinámicos y coherentes, que explican de manera pragmática el modo de aprehender la función administrativa. (2012, p. 23)

Tales normas tienen cuatro funciones: función de organización interna de los órganos de la administración; función de interpretación y aplicación de normas jurídicas; función de justificación del ejercicio del poder discrecional de la administración, y la función de integración de normas o vacíos jurídicos necesaria para adoptar una decisión. En las tipologías de las normas de derecho blando

se pueden identificar, por ende, en primer lugar, las instrucciones organizativas y de servicio, que afectan la organización interna y el funcionamiento de los servicios del órgano administrativo; las instrucciones que determinan la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas, en especial cuando existen conceptos jurídicos indeterminados —instrucciones que ayudan a los órganos subordinados a hacer una exégesis de la ley y garantizar la aplicación uniforme de ella—; en tercer lugar, las instrucciones administrativas directivas del ejercicio de la discrecionalidad, que determinan de qué manera debe hacerse uso de la discrecionalidad otorgada a la administración, la cual asegura un ejercicio uniforme e igualitario de la potestad discrecional; en cuarto lugar, las instrucciones administrativas supletorias de la ley, que se dictan cuando falta o se necesita una regulación legal, bien sea porque esta no existe en absoluto o porque, aun habiéndola, es tan general que se hace necesario el uso de la reserva de instrucción administrativa que le concrete (Sánchez Pérez, 2012, p. 73).

Las normas de derecho blando tienen una relación tormentosa o confusa con el principio de legalidad. En un primer momento, suelen fundarse en la existencia de un mandato legal expreso para su aplicación, caso en el cual es el ordenamiento jurídico administrativo quien legitima y habilita su implementación. Por otro lado, debe verificarse que no existe una disposición normativa del ordenamiento jurídico que la prohíba expresamente. Como es natural, el control de legalidad se encuentra en cabeza del juez administrativo, quien, en el ejercicio de las funciones encomendadas, deberá determinar el alcance de este conjunto de instrumentos normativos, en caso de que se le concedan efectos interpretativos conforme con el ordenamiento jurídico.

En el derecho colombiano, el control de legalidad de las normas de derecho blando ha sido concretado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que ha indicado, en referencia a las circulares, que son susceptibles de ser demandadas cuando estas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante

frente al administrado. De no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas o por otras instancias, con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces, esta no será un acto susceptible de demanda (Consejo de Estado, 2000).

Del análisis del anterior pronunciamiento, podemos inferir que el elemento central que justifica el control de legalidad de las normas de derecho blando es el contenido de estas, en relación con la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones, que pudieren ser objeto de análisis legal.

A continuación, se realizará un análisis conceptual de la tipología de los instrumentos más comunes del derecho blando en el escenario nacional.

Tipología de las normas de derecho blando

Generalmente, las herramientas de *soft law* se han aplicado en el derecho administrativo japonés a través de la figura de la Gyosei Shido, que se ha definido como un tipo de regulación informal de las personas naturales, sociedades y asociaciones, y adopta, generalmente, la forma de una petición, sin efecto legal coercitivo, hecho por una autoridad administrativa, en la que se solicita que se tome o evite un particular curso de acción, con el fin de lograr un propósito administrativo o un objetivo de políticas públicas (Jaramillo y Lara).

En el derecho administrativo colombiano es frecuente recurrir a la utilización en el ejercicio de la función administrativa de instrucción de instrumentos de *soft law*, que vale la pena analizar, en concordancia con los lineamientos jurisprudenciales al respecto.

Las formas más comunes de normas de derecho blando que se esgrimen en el derecho administrativo colombiano son: circulares de servicio; directivas; documentos Conpes; circulares externas, y guías de buenas prácticas.

Las circulares de servicio tienen la función de instruir, orientar o coordinar a la administración en el ejercicio de sus funciones y competencias, y deben, en primer lugar, provenir de una autoridad o particular que cumpla funciones administrativas

y, en segundo lugar, en ellas es necesario que se observe un contenido decisorio o que produzca efectos jurídicos vinculantes. Sin embargo, hay que distinguir entre las circulares de los actos administrativos: puede ser un mandato que una autoridad dirige a sus inferiores jerárquicos, el cual, en algunas ocasiones, se extiende a particulares, cuando la entidad de carácter administrativo tiene como competencia la vigilancia de actividades privadas; en este caso, se denomina *circular de servicio*. Puede tratarse también de avisos dirigidos a un determinado grupo de personas públicas o privadas interesadas en el asunto objeto de información; en este caso, se ha denominado *circular informativa*. De aquello se infiere que las circulares, en principio, son simples medidas de orden interno, ya que a través de estas, la administración puede pretender imponer su interpretación de la ley o, de una manera más amplia, del ordenamiento jurídico; no obstante, cuando en esta labor impone nuevas obligaciones o deberes, en el fondo se está ante un verdadero ejercicio de potestad reglamentaria y, por tanto, ante auténticos actos administrativos o poderes normativos (Consejo de Estado Sala Plena, 1999).

En conclusión, para que una circular pueda estar sujeta a control de legalidad, por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, debe producir los mismos efectos de los actos administrativos, a través de la creación, extinción o modificación de un derecho o una obligación. En caso de que la circular de servicio, en su contenido, reproduzca otras normas o instruya a funcionarios en el ejercicio de sus competencias, no está sujeta a control de legalidad y, por ende, no configura un acto administrativo.

El derecho español también parece compartir la opinión de la jurisprudencia colombiana en lo que concierne a la determinación de la naturaleza jurídica de las circulares de servicio y de las —denominadas en la terminología jurídica ibérica— “instrucciones”. El honorable Tribunal Constitucional español ha indicado:

se traduce en un acto que sólo tiene relevancia en el ámbito interno de la Administración, por medio del cual los órganos superiores dirigen, con carácter general, la actividad de los inferiores.

Si la forma no es un criterio que permite determinar la naturaleza de la Circular, lo normal será que tal calificación pueda realizarse a partir de su contenido. Sucede, sin embargo, que en ocasiones un mismo contenido puede calificarse como norma o como acto interno, como tendremos ocasión de ver, por lo que en tal caso resulta necesario acudir al criterio de la competencia, de especial trascendencia en un Estado compuesto, en el que la potestad normativa y la de ejecución, en relación con una materia, pueden no corresponder normalmente a la misma entidad. (1983)

Directivas

Otro de los instrumentos reconocidos dentro del derecho administrativo colombiano son las denominadas directivas, manifestaciones blandas que constituyen pautas acerca del entendimiento y alcances de la legislación; en cuanto conforman meras normas de conducta en el ejercicio de la gestión pública o propósitos de programas de gobierno, no trascienden la esfera de los actos internos que van dirigidos exclusivamente a los órganos de la administración con vocación instructiva (Sánchez Pérez, 2012, p. 214).

En el escenario colombiano, las directivas más comunes son las presidenciales, que emergen directamente del ejercicio de la función administrativa en cabeza del Presidente de la República. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, que estipula:

De lo anterior se establece que las disposiciones impugnadas (Directivas) constituyeron manifestaciones de voluntad del Presidente de la República en ejercicio de la función administrativa en materia de lucha contra la corrupción en la contratación estatal, las cuales revistieron el carácter de actos administrativos típicos, toda vez que mediante la orden correspondiente, el Presidente de la República impuso a los funcionarios públicos destinatarios, la obligación de manejo excepcional de pagos anticipados en la contratación estatal. (Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 12 de marzo de 2015)

Las directivas presidenciales se ejercen en el ejercicio de la potestad reglamentaria en función de la primera autoridad administrativa. Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

Se trata de una regulación secundaria y limitada que aporta los detalles y pormenores de la ejecución de la ley y que convierte de esta suerte al ejecutivo en guardián de los mandatos del legislador. Competencia que supone la expedición de actos administrativos (bien bajo la modalidad de decretos, ya como resoluciones, ora como órdenes o la denominación que quiera dársele). (Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del 12 de marzo de 2015)

Documentos Conpes

Es frecuente en el ejercicio de funciones administrativas, en particular en lo relacionado con la planeación, la utilización de documentos Conpes, que son considerados recomendaciones informales para la administración, debido a su naturaleza consultiva y funcional, y que sirven como instrumento de definición de políticas de orientación de la actividad de las entidades públicas.

El Consejo de Estado ha reconocido que el Conpes, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 2167 de 1992, puede expedir actos administrativos en asuntos de su competencia, cuando la naturaleza del asunto así lo exija, lo cual implica que sus actos deben ser refrendados por otro organismo, en este caso, por el Gobierno nacional. Los consejos cumplen funciones de asesoría y coordinación y, por lo tanto, como en el caso objeto de la presente controversia, el concepto por ellos emitidos debe ser finalmente adoptado por el órgano ejecutor, esto es, en este caso, el Gobierno nacional (Consejo de Estado. Sección Primera, sentencia del 16 de diciembre de 1996).

Del pronunciamiento del honorable Consejo de Estado se puede inferir que los documentos Conpes tienen carácter de acto de instrucción, en relación con los órganos ejecutores del Gobierno nacional, destinatarios de estos dentro de la función administrativa de planeación atribuida al Departamento Nacional de Planeación (DNP). Sin embargo, aquellos tienen fuerza vinculante en cuanto que son de obligatorio cumplimiento para los órganos de la administración, no así para terceros ajenos a esta.

Circulares externas

Las primeras son las circulares externas que desbordan los linderos del ámbito interno de la administración y producen efectos externos vinculantes con relevancia jurídica, que se equiparan en su grado de obligatoriedad a la medida de vinculación de la ley. La eficacia jurídica externa de estas circulares solo se origina cuando existe tanto una relación especial de sujeción con el administrado como una norma previa habilitante (Sánchez, 2012, p. 125). Las circulares externas son de frecuente utilización en el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de las superintendencias sobre los sujetos destinatarios de tales funciones. De ahí que la Superintendencia Financiera ha reconocido el alcance, el contenido y la naturaleza jurídica de las circulares externas en el ejercicio de las funciones y entidades vigiladas a su cargo:

Con fundamento en sentencia del Consejo de Estado del 18 de Octubre de 1994 las resoluciones, instrucciones, circulares, etc., proferidas por la Superintendencia Bancaria en desarrollo de la facultad de inspección y vigilancia que le ha sido adscrita por la ley, constituyen actos administrativos de carácter general, amparados por la presunción de legalidad, y son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades vigiladas (sic) al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, pudiendo impartir instrucciones.

Por lo tanto, los instructivos que expide la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus funciones, entre los cuales se encuentra la Circular Básica Jurídica, son actos administrativos revestidos de la presunción de legalidad y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento tanto para la Superintendencia Bancaria como para sus vigiladas mientras no sean anulados o suspendidos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme al artículo 66 del Código Contencioso Administrativo. (Superintendencia Financiera, 1999).

Guías de buenas prácticas

Las guías de buenas prácticas son orientaciones que surgen de la administración y se dirigen a los destinatarios de sus actuaciones; en estas se establecen

estándares de comportamiento de carácter voluntario. Las *buenas prácticas* son el conjunto de procedimientos en el ámbito comercial o profesional, que se consideran correctos o más efectivos en el desarrollo de una actividad industrial, comercial o administrativa. En la actualidad es frecuente la expedición de *Guías de buenas prácticas* en el sector agrícola, industrial o ambiental. Un ejemplo ostensible de la implementación de estos instrumentos de derecho blando puede ser la expedición de guías ambientales de buenas prácticas para el sector plástico, el sector de textiles, el sector de alimentos, el subsector frutas y verduras, etc.

A propósito de esto, se expide la Resolución 1023 de 2005 del Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante la cual “se adoptan guías ambientales como instrumento de autogestión y autorregulación”. Dichas guías son documentos técnicos *no vinculantes* de orientación conceptual, metodológica y procedimental, para apoyar la gestión, el manejo y el desempeño ambiental de los proyectos, las obras o las actividades contenidas en las guías que sean expedidas. En consecuencia, pese a su tinte jurídico-público, a su contenido claramente regulatorio de conductas y a que la observancia de la guía ambiental no exime al interesado de cumplir la normatividad ambiental vigente aplicable al desarrollo de su proyecto, obra o actividad (artículo 6 de la Resolución 1023 de 2005), “su finalidad no es engrosar el bloque de legalidad ambiental coactiva (artículos 4, 5, 6 y 7 de la Resolución 1023 de 2005), sino valerse de las oportunidades envueltas en la concertación con el sector privado para apelar y activar su sentido de responsabilidad social”. Esto, con el fin de perseguir, sin coerción alguna, una mejora en los índices de protección ambiental. De ahí que constituyan una forma distinta de intervención respecto de las que típicamente conoce el derecho administrativo.

Normas técnicas

En el mundo actual es frecuente que la administración fundamente decisiones en normas o estándares técnicos, dirigidos a los procesos industriales y a motivar determinaciones que fomenten la calidad y la seguridad industrial. Esta competencia ha sido ejercida mediante dos técnicas que provienen

del mundo privado empresarial y que son aplicadas por el Estado: la normalización y la certificación.

“Por medio de la normalización se busca garantizar que los productos y los procedimientos de la elaboración y puesta en circulación se ajusten a unas condiciones específicas (habitualmente de calidad y seguridad), fijadas en las normas técnicas elaboradas para tal efecto por los entes autorizados. Su cumplimiento suele ser de carácter voluntario, dado el carácter comúnmente privado del ente normalizador” (Santaella Quintero, 2008, p. 56).

“Por otra parte, dado que la sola existencia de las normas técnicas no asegura el logro de las finalidades perseguidas, es preciso que el sistema de normalización se acompañe de un acicate adicional, que permita controlar y comprobar el efectivo cumplimiento de las especificaciones técnicas definidas: la certificación. Se trata de una operación por medio de la cual, mediante la emisión de un documento, se acredita que un determinado producto, servicio o empresa, cumple con los requisitos o exigencias establecidas por el ordenamiento de la técnica en relación con un aspecto específico. Esta actividad puede ser desarrollada por la administración de manera directa, con carácter obligatorio, o por particulares con carácter voluntario. En el primer caso se trata de la llamada homologación; y en el segundo certificación” (Santaella Quintero, 2008, p. 69-70).

Las normas técnicas que tradicionalmente han sido parte del *soft law* se caracterizan por los siguientes aspectos: “i) en cuanto a su fundamento, se trata de especificaciones técnicas, cuya base se encuentra en los conocimientos científicos, técnicos y en la experiencia acumulada sobre una determinada actividad; ii) en cuanto a su procedimiento de expedición, son producto de un procedimiento consensuado y participativo surtido dentro de un organismo de normalización, jurídicamente habilitado para ello, en el que toman parte los interesados en su formulación; iii) en cuanto a su valor jurídico, dado que los cuerpos de normalización son usualmente asociaciones privadas, las normas que se emiten carecen de fuerza vinculante y son por ende de aplicación voluntaria; iv) en cuanto a su objeto, son disposiciones llamadas a

una aplicación reiterada y continuada en un ámbito concreto de la actividad humana; v) en cuanto a su divulgación, son documentos que deben ser accesibles al público para lo cual son objeto de publicación y venta por parte de las asociaciones de normalización” (Santaella Quintero, 2008, p. 69-70).

En el derecho colombiano, la implementación de normas técnicas y en particular de la normalización son ostensibles en el contenido normativo del Decreto 2269 de 1993, por el cual se organiza el Sistema Nacional de Normalización, Certificación y Metrología, que, en su artículo 2, señala las definiciones importantes para comprender el sistema. De ahí que la citada norma mencione que la normalización sea una actividad que se establece en relación con problemas actuales o potenciales soluciones para aplicaciones repetitivas y comunes, con el objeto de lograr un grado óptimo de orden en un contexto dado. En particular consiste en la elaboración, la adopción y la publicación de las normas técnicas. Así mismo, el mencionado artículo señala que la norma técnica es el documento establecido por consenso y aprobado por un organismo reconocido, que suministra, para uso común y repetido, reglas, directrices y características para las actividades o sus resultados, encaminados al logro del grado óptimo de orden en un contexto dado. Las normas técnicas se deben basar en los resultados consolidados de la ciencia, la tecnología y la experiencia y sus objetivos deben representar beneficios óptimos para la comunidad.

En lo que concierne a la certificación, la disposición normativa indica que esta es un procedimiento mediante el cual una tercera parte de la constancia por escrito o por medio de un sello de conformidad de un producto, un proceso o un servicio cumple los requisitos especificados en el reglamento.

Estos tres conceptos anteriores son el eje fundamental del sistema de normalización, certificación y metrología y establecen claramente la necesaria relación entre la administración y el desarrollo de estas funciones administrativas, las cuales se ejercen a través del Invima y el Icontec, entre otros.

Existe otro evento en el que la norma técnica, pese a lo manifestado anteriormente, adquiere

fuerza vinculante: cuando esta se refiere a la remisión directa que el ordenamiento jurídico efectúa para la aplicación de una disposición normativa técnica. En este caso, su acostumbrado carácter voluntario, expresión de la naturaleza privada de su fuente de producción, variará, pues adquiere el carácter de norma jurídica. Sucede, entonces, que en vez de agotar en su totalidad la reglamentación, mediante la definición exhaustiva y detallada de las especificaciones técnicas de un determinado asunto, conforme a las exigencias del interés general y del Estado de derecho, la norma jurídica hace un reenvío a una norma técnica que desarrolla la cuestión. Por obra de tal remisión, esta entra a formar parte del ordenamiento jurídico y queda, por ende, revestida de fuerza vinculante. Su cumplimiento se hace, por ende, obligatorio (Santaella Quintero, 2008, p. 115).

Esta clase de reenvío puede ser de dos tipos: el reenvío material, denominado también estático, y el reenvío formal, denominado también dinámico. En el primer caso, el reglamento hace una remisión o un reenvío a una determinada versión claramente identificada de la norma técnica a la que se remite, con lo que se deja fuera de su ámbito a las futuras versiones que pudiera llegar a desarrollar el organismo de normalización. De ahí que se diga que, en este caso, la norma que reenvía absorbe materialmente o incorpora a su contenido propio el de la norma reenviada, motivo por el cual la pretensión de actualización permanente del ordenamiento jurídico, que subyace al uso de la técnica del reenvío, se ve afectada de raíz, y su efectiva realización exigirá de tantas reformas, y ojalá tan inmediatas, que las sufridas por el ordenamiento técnico (Santaella Quintero, 2008, p. 117).

El reenvío formal, en cambio, no posee esta dificultad. Dado que la remisión se hace a una norma genéricamente considerada, esto es, identificada solo por su código, número, serie, sin indicación de la fecha, la norma jurídica no adopta un contenido fijo variable. En su lugar se produce la mera incorporación formal o transitoria del enunciado correspondiente, en cuanto que la norma reenviante asume el contenido del momento de la norma reenviada, sin perjuicio de sus eventuales actualizaciones, también prospectivamente consideradas

como parte de esta cuando quieran que sean expedidas (Santaella Quintero, 2008).

En materia de reenvío, opera el conocido *reenvío indirecto*, el cual se lleva a cabo a partir de la remisión, mediante cláusulas generales, contenidas en una norma jurídica que, de manera genérica, aluden al estado de la técnica o de los conocimientos científicos. Este reenvío se conoce como *reenvío mediante cláusula técnica* (MTD).

Finalmente, es menester mencionar que, en el derecho comunitario de la Unión Europea, se encuentra un sistema de fuentes; algunas se encuadran dentro de la figura jurídica del *hard law* y otras se conciben como *soft law*. En el primer caso, encontramos los reglamentos y directivas y, en el segundo caso, se encuentran las recomendaciones y los dictámenes. Aquello se encuentra claramente definido en el artículo 249 del Tratado de Constitución de la Unión Europea (TCE)¹, disposición normativa que indica que las recomendaciones y dictámenes forman parte del *soft law* comunitario, y que constituye las normas de derecho blando.

Conclusiones

Las fuentes tradicionales del derecho administrativo se han transformado y, con ello, han dado paso a nuevas expresiones jurídicas que carecen de forma vinculante, pero que han sido utilizadas frecuentemente por la administración, ya sea para

ejercer funciones administrativas a su cargo o para justificar decisiones que surgen de procedimientos administrativos. Estas suelen llamarse, en su conjunto, *soft law*, e irrumpen en un contexto caracterizado por la rigidez de la norma y la taxatividad irrestricta de la legalidad como principio rector del actuar de la administración.

Estas normas de derecho blando o *soft law* carecen de vinculación jurídica, lo que trae como consecuencia que su control de legalidad, por parte del juez administrativo, sea criticable. Sin embargo, suelen tener la función de interpretación de una norma legal vinculante (*hard law*) para el ejercicio de las funciones administrativas y para la comprensión del contenido de normas jurídicas en sentidos estricto.

En la actualidad, la administración suele recurrir a estas formas jurídicas; es el caso de la reserva de instrucción y la expedición de circulares de servicio que, en algunas ocasiones y según el contenido, suelen configurar actos administrativos, siempre y cuando su contenido crea, extinga, modifique un derecho o una obligación; si es así, serán sujetos de legalidad y su naturaleza jurídica se equiparará a la de los actos administrativos.

En el ordenamiento colombiano, suelen existir distintas manifestaciones de *soft law* que, en la práctica administrativa, son de uso frecuente. Entre estas se encuentran: las circulares de servicio, las directivas, las circulares externas, los documentos Conpes, las guías de buenas prácticas y las normas técnicas.

Finalmente, es importante aseverar que, cada vez más, la rigidez del principio de legalidad como rector y único determinante de la acción de la administración ha quedado en entredicho y, necesariamente, debe adaptarse a la realidad de la tecnología y de la sociedad, flexibilizando sus caracteres tradicionales.

Referencias

- [1] Alfonso, L. P. (2008). *El concepto del derecho administrativo* (Vol. 1). Bogotá: Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia.
- [2] Arroyo, J. L. L. (2011). La regulación administrativa en materia económica y sus nuevas manifestaciones: la

1 “Artículo 249. Para el cumplimiento de su misión, el Parlamento Europeo y el Consejo, conjuntamente, el Consejo y la Comisión adoptarán reglamentos y directivas, tomarán decisiones y formularán recomendaciones o emitirán dictámenes, en las condiciones previstas en el presente Tratado. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios”.

- irrupción del denominado *soft law*. *Ars Boni et Aequi*, 7(2), 161-198. Santiago de Chile.
- [3] Consejo de Estado. (1999) Sala plena. Sentencia del 3 de mayo de 1999. C. P.: Ricardo Hoyos Duque.
- [4] ——. (1996). Sección Primera. Sentencia del 16 de diciembre de 1996. C. P.: Libardo Rodríguez.
- [5] ——. (2000). Sección Primera. Sentencia del 3 de febrero del 2000. C. P.: Manuel Santiago Urueta, Exp 5236.
- [6] ——. (2015). Sección Tercera. Sentencia del 12 de marzo de 2015. C. P.: Hernán Andrade Rincón.
- [7] Corte Constitucional. (2000). Sentencia 037-2000 del 26 de enero. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.
- [8] ——. (2011). Sentencia T 235-2011 del 31 de marzo. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- [9] De Bogotá, C. D. C. (1993). Decreto 2269 de 1993.
- [10] Dromi, J. R. (1996). *Derecho administrativo* (5.ª ed.). Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- [11] Fraga, G. (1971). *Derecho administrativo* (14.ª ed.). México: Porrúa.
- [12] Gordillo, A. A. (1974). *Tratado de derecho administrativo* (Vol. 1). Buenos Aires: Agustín Gordillo.
- [13] Jaramillo, M y Lara, J. L. *Acerca del denominado soft law administrativo. Notas frente a la experiencia chilena y japonesa*. Centro PACEM. Buenos Aires: Facultad de Derecho Uba.
- [14] Martínez Jurado, D. (2018). El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (20). Bogotá: Universidad Externado.
- [15] Mir Puigpelat, O. (2003). El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. *Revista de Administración Pública* (162), 47-87.
- [16] Pacheco, R. (2017). Aproximación al estudio del objeto del derecho administrativo. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (18).
- [17] Parada, R. (1992). *Derecho administrativo*. Tomo I. Parte General. Madrid: Marcial Pons.
- [18] Penagos, G. (2004). *Derecho administrativo: nuevas tendencias: parte general*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- [19] Ponce Sole, J (Coord). (2010). *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- [20] Quintero, H. S. (2011). Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativa impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (5), 87-105. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/institucional/pacem/el-soft-law-administrativo.pdf>
- [21] Rodríguez, L. (2015). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Ed Temis.
- [22] Sánchez, P. A. (2012). *Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- [23] Santaella, H. S. (2008). *Normas técnicas y derecho en Colombia: desafíos e implicaciones para el derecho en un entorno de riesgo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- [24] Santofimio, J. O. (2013). *Tratado de derecho administrativo. Introducción a los conceptos de la administración pública y el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- [25] Sarmiento, D. (2008). *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración*. Pamplona: Thomson Civitas.
- [26] Schmidt-Assmann, E. (2003). *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons.
- [27] Superintendencia Financiera. (1999). Concepto No. 1999049875-1 de septiembre 13. Director Jurídico.