

MARIO FELIPE DAZA PÉREZ

LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS  
A LA LUZ DE LAS NORMAS DE DERECHO BLANDO

Maestría en Derecho de Estado con Énfasis en Gobierno y Desarrollo de las  
Entidades Territoriales

BOGOTA D.C, COLOMBIA

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO DE ESTADO CON ÉNFASIS EN GOBIERNO Y  
DESARROLLO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

Rector:	Dr. Juan Carlos Henao Pérez
Secretaria General:	Dra. Marta Hineirosa Rey
Decana Facultad de Derecho:	Dra. Adriana Zapata Giraldo
Director Departamento de Derecho Administrativo:	Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba
Director de Tesis:	Dr. Alexander Sánchez Pérez
Presidente de Tesis:	Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau
Examinadores:	Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba Dr. Camilo Perdomo Villamil

# **CONTENIDO**

## **ÍNDICE**

## **AGRADECIMIENTOS**

## **INTRODUCCIÓN**

### **I. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO BLANDO**

#### A. ETIMOLOGÍA

#### B. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

#### C. DESARROLLO CONCEPTUAL

#### D. TIPOLOGÍA

#### E. LAS NORMAS BLANDAS COMO FUENTE DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

### **II. LA APLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO A LA LUZ DE LAS NORMAS DE DERECHO BLANDO**

#### A. LAS NORMAS DE DERECHO BLANDO COMO RELAJAMIENTO DE LA LEGALIDAD Y LA TIPICIDAD DISCIPLINARIA

#### B. METÁSTASIS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO: DE LA INFORMALIDAD A LA PRESUNTA LEGALIDAD

C. LA VALIDEZ Y VIGENCIA NORMATIVA DE LAS NORMAS BLANDAS CON EFECTOS AD INTRA COMO ALTERACIÓN AL SISTEMA DE FUENTES: ¿RECONFIGURACIÓN DE LA PIRÁMIDE DE MERKL?

D. INVESTIGACIONES DISCIPLINARIAS EN CONTRA DE SERVIDORES PÚBLICOS DE CARGOS ELECCIÓN POPULAR Y DE LAS DISTINTAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO A NIVEL TERRITORIAL Y NACIONAL INICIADAS CON MOTIVO DE INCUMPLIMIENTO DE NORMAS BLANDAS

### **III. CONSECUENCIAS DE LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS NORMAS BLANDAS EN EL ÁMBITO DISCIPLINARIO: ¿PROBLEMA DEL NEOINSTITUCIONALISMO Y DE LA GLOBALIZACIÓN?**

A. INTERVENCIÓN MÍNIMA Y DEBIDO PROCESO EN LA ARTICULACIÓN DEL DESPLIEGUE DE LAS NORMAS BLANDAS CON EFECTOS AD INTRA EN EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

B. LA RELACIÓN BIPOLAR ENTRE EL NUEVO MICROPODER, EL DEBILITAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO Y EL FORTALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

### **IV. LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL EN TORNO A LAS NORMAS DE DERECHO BLANDO CON EFECTOS AD INTRA EN MATERIA DISCIPLINARIA**

### **V.CONCLUSIÓN**

## AGRADECIMIENTOS

Quiero ovacionar nuevamente a mi madre, por haberme criado y permitido educar en una segunda Maestría, en esta ocasión, en Derecho del Estado con énfasis en Gobierno y Desarrollo de las Entidades Territoriales de la cual culminó académicamente.

A esta nueva experiencia se le puede atribuir la frase: “*El hijo pródigo vuelve a casa*”, sucede por el retorno a la ciudad de Bogotá D.C, exactamente a la Universidad Externado de Colombia la cual considero como estadía intelectual, esto, por haberme dado los primeros pininos en la formación de una “*dogmática jurídica*” robusta, en la que hoy me siento complacido gracias al apoyo de muchos profesores que me han servido de acicate para el fomento de un estudio liberal del derecho que se maximiza ahora con este nivel de estudio, en esas “*sendas del derecho*”, distinción que debo enfocarme ya no en lo normado, sino como lo dice el profesor Alejandro Nieto: “*en lo practicado*”.

Le doy gracias a todos los docentes investigadores que me han ayudado moral e intelectualmente a sacar adelante esta tesis, en especial al profesor Baldassare Pastore<sup>1</sup> por su remisión bibliográfica desde Ferrara (Italia) y al

---

<sup>1</sup> Me ha enviado la siguientes referencias para su estudio: A. di Robilant, *Genealogies of Soft Law*, in «The American Journal of Comparative Law», 54, 2006, 499-554; E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*; Padova, Cedam, 2008; A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009; M. Distefano, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in «Lavoro e diritto», 17, 1, 2003, pp. 17-35; F. Francioni, *International ‘Soft Law’: A Contemporary Assessment*, in V. Lowe and M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, pp. 167-178; D. Thürer, *Soft Law*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam - London - New York - Oxford - Paris - Shannon - Tokyo, Elsevier, 2000, pp. 452-460; J. d’Aspremont, *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials*, in «European Journal of International Law», 19, 2008, pp. 1075-1093; B. Pastore, *Soft law, gradi di normatività, teoria*

---

delle fonti, in «Lavoro e diritto», 17, 1, 2003, pp. 5-16; B. Pastore, *Soft law y la teoría de las fuentes del derecho*, in «Soft Power», 1, 1, 2014, pp. 75-89; B. Pastore, *Principio di legalità, positivizzazione giuridica, soft law*, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 153-176; F. Snyder, «Soft law» e prassi istituzionale nella Comunità europea, in «Sociologia del diritto», 20, 1, 1993, pp. 79-109; L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2004; A. Poggi, *Soft Law nell'ordinamento comunitario*, in *Annuario 2005. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali* (Atti del XX Convegno Annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Catania, 14-15 ottobre 2005), Padova, Cedam, 2007, pp. 369-419; G. De Minico, *La soft law: nostalgie e anticipazioni*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 343-358; F. Terpan, *Soft Law in the European Union. The Changing Nature of EU Law*, in «European Law Journal», 2014, pp. 1-40; F. Bano, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, in «Lavoro e diritto», 17, 1, 2003, pp. 49-75; G. Falkner, O. Treib, M. Hartlapp, S. Leiber, *Complying with Europe. EU Harmonisation and Soft Law in the Member States*, Cambridge - New York, Cambridge University Press, 2005; A. Somma, *Soft law sed law. Diritto morbido e neocorporativismo nella costruzione dell'Europa dei mercati e nella distruzione dell'Europa dei diritti*, in «Rivista critica del diritto privato», 26, 3, 2008, pp. 437-467; O. Ştefan, *Soft Law in Court. Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Wolters Kluwer, 2013; A. Algotino, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in «Costituzionalismo.it», 3, 2016, pp. 255-285; E. Pariotti, «Soft law» e ordine giuridico ultra-statuale tra «rule of law» e democrazia, in «Ragion pratica», 32, 2009, pp. 87-105; M.J. Bonell, *Soft Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles*, in «Loyola Law Review», 51, 2005, pp. 229-252; A. Bernardi, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 54, 2011, pp. 536-583; B. Caruso, *Il diritto del lavoro tra hard e soft law: nuove funzioni e nuove tecniche normative*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 77-98; A. Sperti, *Una Soft law costituzionale?*, in «Politica del diritto», 43, 1, 2012, pp. 107-140; S. Rodotà, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in «Rivista critica del diritto privato», 22, 3, 2004, pp. 357-375; S. Morettini, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedura oscura o assenza di garanzie?*, in «Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione», [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it), 4, 2011, pp. 1-29; G. Bevivino, *Soft law e orientamenti interpretativi dei Consigli notarili: sul ruolo delle massime notarili nel quadro delle fonti del diritto*, in AA.VV., *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*. Atti del Convegno - Firenze, 8 maggio

Doctor Alexander Sánchez Pérez, primero, por ser mi tutor en esta investigación y segundo, por haberme dado una voz de aliento en este tema que es novedoso<sup>2</sup> pero que aún es nulo en la profesión jurídica y que ahora se introduce en el país, en desarrollo de la “*teoría del soft law administrativo*” o de “*las normas de derecho blando*” en el ámbito territorial, mutado en esta oportunidad hacia el derecho sancionatorio, concretamente en su especie: “*disciplinaria*”.

Por último, también quiero agradecer a mis amigos<sup>3</sup> que me orientaron con sus recomendaciones, conocimientos y experiencias, en instrucciones que me han servido de mucho sostén para poder desarrollar esta monografía. Lo mismo va para conocidos y familiares que de cierta forma fueron cómplices de todos mis berrinches.

---

2015, “I Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato”, Milano, 2015, pp. 198-210; G. Morbidelli, *Degli effetti giuridici della soft law*, in «Rivista della regolazione dei mercati», 2, 2016, pp. 1-5; M. Chiarelli, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in «Federalismi.it - Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo», 3, 2019, pp. 2-10; T. Meyer, *Soft Law as Delegation*, in «Fordham International Law Journal», 32, 2009, pp. 888-942; B.H. Druzin, *Why does Soft Law have any Power anyway?*, in «Asian Journal of International Law», 7, 2017, pp. 361-378.

<sup>2</sup> Crítica que realiza el profesor Manuel Quinche Ramírez. Para este, estos temas no han sido tratados en la doctrina claramente, por ejemplo, ver, “*La elusión constitucional. Una política de evasión del control constitucional en Colombia*”, 2009, Universidad del Rosario.

<sup>3</sup> Entre ellos, los profesores Bernardo Carvajal, Juan Carlos Covilla, Jean Paul Vásquez, Mauricio Rodríguez Tamayo, David Roa Salguero, Pedro Alfonso Hernández, Vladimir Arteaga, Iván Alfredo Alfaro Gómez, Carlos Arturo Ramírez y por supuesto al maestro Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

## INTRODUCCIÓN

**El objetivo general** de este trabajo investigativo en la Maestría de Derecho del Estado con énfasis en Gobierno y Desarrollo de las Entidades Territoriales programa que pertenece al Departamento del Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, es la de demostrar la presunta responsabilidad disciplinaria que pueda existir derivado de los deberes, responsabilidades y faltas en el que pueda incurrir todo servidor público, desprendido del artículo 38 de la Ley 1952 de 2019<sup>4</sup> del nuevo Código General Disciplinario (o bien artículo 34 de la Ley 734 de 2002), en lo que se refiere a la facultad de las autoridades administrativas en poder disciplinar a los empleados estatales que no cumplan con las reservas de instrucciones impartidas, exactamente en lo que se refiere a: *“Las órdenes superiores emitidas por funcionario competente”*, en este caso principalmente de: directivas<sup>5</sup>, circulares, protocolos, recomendaciones, instructivos, etc.

Lo que se quiere dar entender como **justificación** es que el *“principio de tipicidad”* en materia disciplinaria, a diferencia de otras manifestaciones del ius puniendi como lo es el derecho penal delictivo (criminal), y en razón de la naturaleza de las normas, los comportamientos reprochables, el ámbito de utilización, los bienes protegidos —deberes funcionales— y el objeto de la sanción no tenga la misma rigidez que la que tiene una norma dura (decreto, resoluciones, leyes...) al momento de investigar/sancionar disciplinariamente a los distintos servidores estatales, lo que no impide que se requiera en este

---

<sup>4</sup> Subsidiariamente lo establece el artículo 7 en sus numerales 7 y 36 del Decreto 262 de 2000, sobre las funciones del Procurador General de la Nación: *“Expedir los actos administrativos, órdenes, directivas y circulares que sean necesarios para el funcionamiento de la entidad y para desarrollar las funciones atribuidas por la ley”*.

<sup>5</sup> El jurista Hartmut Maurer expresa que el derecho administrativo alemán está integrado por un gran número de normas jurídicas diferentes entre ellas, leyes formales, reglamentos, derechos de los *lander*, costumbre, principios generales, como *“directivas”*, 2011, p.105.

ámbito del derecho un mínimo de garantías en la descripción de las conductas ilícitas y la predeterminación de la sanción en consonancia con el principio de reserva.

No obstante en el campo de las normas de derecho blando (del que también llamamos a veces como “*soft law administrativo*”), el **problema jurídico** a tratar como tesis consistiría en el determinar si el principio de legalidad y tipicidad (en línea con el debido proceso) en materia sancionatoria se flexibilizan cuando los comportamientos que constituyen falta disciplinaria no exigen una relación detallada, sino que su descripción típica se configura en función del uso de la norma de derecho blando que les impone el andar del operador jurídico-administrativo.

Para responder el anterior cuestionamiento jurídico, contamos con información enviada el día 12 de septiembre de 2018 con Oficio N° CGS3030<sup>6</sup> del cual se preguntó por escrito al Ministerio Público: *"Cuantos y que (en caso tal que los haya) Alcaldes, Gobernadores, miembros de Corporaciones públicas, tanto como servidores públicos de nivel territorial y nacional que sean de su resorte (competencia) han sido investigados o sancionados en Colombia por incumplimiento de normas blandas administrativas<sup>7</sup>..."*.

---

<sup>6</sup> Información que fue actualizada con respuesta de solicitud de información E-2020-111783 del 11 de marzo de 2020, con parámetros de búsqueda técnicamente adecuados, los cuales son incorporados por las diferentes dependencias de la entidad en los sistemas de información GEDIS y SIM, atendiendo las Circulares 009, 021, 038, 048 de 2009, 011 de 2017, y Resoluciones 068 de 2011 y 618 de 2017 del despacho del Procurador General de la Nación, rubricado por el Coordinador Grupo de Administración, Soporte y Análisis de los Sistemas de Información Misional y Estratégica - SIME (E): Ricardo Alberto Montaña Prieto.

<sup>7</sup> Lo que el Grupo SIRI de la Procuraduría General de la Nación, conforme al artículo 1 de la Resolución 473 del 18 de octubre de 2016, respondió que es este el encargado de registrar la información recibida de las diferentes autoridades que imponen una sanción que ha quedado en firme, referida a investigaciones y a sanciones.

En últimas, con la información entregada se propuso junto con lo expuesto en el desarrollo de la tesis, **una delimitación y conceptualización** sobre el apego de las normas blandas cuyos límites se concentren en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Estado, en principio bordada por el debido proceso flexibilizado por la tipicidad disciplinaria misma, hasta el punto que pueda ser recurrida en cumplimiento al *“test de ductilidad”*<sup>8</sup>.

Por cuestiones metodológicas, para el desarrollo temático de esta tesina se compondrá su desarrollo de cinco (5) ejes que responden a cada uno de los **objetivos específicos** trazados, que son:

1. El origen y naturaleza jurídica del derecho blando en el sistema de fuentes del derecho administrativo colombiano, así mismo trataremos la evolución histórica y su definición conceptual desde una aproximación dogmática.
2. La aplicabilidad del régimen disciplinario a la luz de las normas de derecho blando, tomándolo como relajamiento de la legalidad y de la tipicidad disciplinaria, haciendo hincapié en la metástasis existente de una presunta ilegalidad -*“informalidad”*-, tratando de buscar la validez y vigencia en el sistema de normativo.

Con base en lo anterior sistematizaremos algunos casos (muestreo) de respectivas investigaciones disciplinarias contra servidores públicos de cargos de elección popular y de las distintas ramas del poder público a nivel territorial y nacional iniciadas con motivo del incumplimiento de este tipo de reserva.

---

<sup>8</sup> Teoría expuesta en Colombia por primera vez por el profesor Sánchez Pérez en su texto: *“Las normas de derecho blando: Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial”*, (pero ahora referido en esta tesis en materia sancionatoria en su especie disciplinaria), 2012, p. 152.

3. Las consecuencias acerca de la flexibilización del soft law administrativo en el ámbito sancionatorio, sugiriendo si es problema del neoinstitucionalismo o de la globalización o no, para ello se requerirá de una intervención mínima<sup>9</sup> de la administración con un respeto al debido proceso en articulación del despliegue de las normas blandas en el principio de tipicidad en materia disciplinaria, evitando así la relación bipolar que pueda existir como micropoder por el uso injustificado de estos instrumentos informales en contravía de un debilitado Estado de derecho, teniendo como solución la búsqueda de un fortalecimiento de la seguridad y del orden jurídico.
4. Las reglas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado en las relaciones de sujeción especial en torno a las normas de derecho blando con efectos ad intra en materia disciplinaria y
5. Una conclusión de todo lo esbozado en esta tesis, del que indique como el soft law administrativo con efectos ad intra y como herramienta de fuente de derecho informal debe de manera vertical u horizontal solventar las problemáticas derivadas de las mismas “*órdenes superiores expedidas por funcionario competente*”, siendo indispensable la creación de un procedimiento interno que regule el uso injustificado de este tipo de reserva, evitando los posibles riesgos jurídicos existentes de responsabilidad disciplinaria del que pudieran acarrearles a los servidores públicos.

---

<sup>9</sup> Como indica Adolf Merkl, “*Se necesitaría de unas reglas mínimas en persecución de un interés general, desde el momento de la interconexión con el principio de juridicidad*”. Cfr. Teoría general del derecho administrativo, México, Editora Nacional, p. 214, citado por Sánchez Pérez, 2012, p. 83.

## I. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO BLANDO

### A. ETIMOLOGÍA

Expresa Hartmut Maurer que la naturaleza jurídica de las instrucciones administrativas (en este caso de las normas blandas) es controvertida<sup>10</sup>, ya que cambian conceptualmente, lo que se debe diferenciar de estas es que hacen parte de las fuentes del derecho como disposiciones o normas jurídicas, por ser vinculantes para los órganos y servidores públicos que regulan su comportamiento interno en la administración<sup>11</sup>, porque también existen disposiciones jurídicas externas (Estado-ciudadano) que lo son<sup>12</sup>.

El *soft law* así surte efectos jurídicos desde la óptica de la interpretación y condiciona el margen de discrecionalidad de la administración que debe aplicarlo. Por tanto, si este no es parte del sistema de fuentes (salvo que una norma de *hard law* diga lo contrario para una forma específica), cuando menos

---

<sup>10</sup> Una de las pocas sentencias de la Corte Constitucional que se refiere al *soft law*, expresa que es “caracterizado por utilizar verbos no imperativos o complementos directos ambiguos dentro de sus estructuras gramaticales”. Cfr. C-160 de 2000, M.P. Naranjo Mesa.

<sup>11</sup> “Aunque sea indirectamente, el *soft law* tiene efectos jurídicos. En este sentido, a la hora de analizar esta cuestión puede ser útil tener presente la distinción que recoge D’Aspremont entre “actos jurídicos” y “hechos jurídicos”, según la cual los efectos de los “actos jurídicos” se caracterizarían por derivar directamente de la voluntad de los sujetos (como Estados) a que se atribuyen, mientras que los efectos de los “hechos jurídicos” se fundamentaría en normas preexistentes en el ordenamiento. En consecuencia, los instrumentos no vinculantes jurídicamente como las recomendaciones de organizaciones internacionales, directrices o modelos de tratado no constituye un acto jurídico, pero sí que podrían considerarse “hechos jurídicos” que de forma indirecta podrían generar consecuencias jurídicas, esta posición ha sido sostenida, por ejemplo, por Dupuy, Pierre-Marie, mientras que en la opinión de Gassner, el *soft law* no constituye ninguna fuente de Derecho por sí mismo, por lo que la tarea de la doctrina debe ser determinar su relevancia y sus efectos a partir de las normas jurídicas existentes”, citado García Álvaro, “El *soft law* en la fiscalidad internacional”, 2014, pp. 68-69

<sup>12</sup> Maurer, 2011, p. 512.

es una herramienta que genera efectos jurídicos en un plano que no es necesariamente el de la validez. Aunque no sea un parámetro normativo suficiente para determinar la nulidad o anulabilidad de actos y disposiciones generales, nadie parece dudar de la capacidad de esta para condicionar la decisión final que adopte la entidad.

De esta manera el uso de la reserva de instrucción administrativa<sup>13</sup> (tomado del derecho internacional modernamente) ha sido descontrolada en los ordenamientos jurídicos continentales, y no solo en el colombiano<sup>14</sup>.

Llamadas también como *“normas dúctiles de regulación”* (en Francia como *“actos de administración interior”*), es decir *“actos administrativos no creadoras*

---

<sup>13</sup> *“El soft law es un concepto originado en la doctrina anglosajona de derecho internacional que se utilizó para para identificar y definir el alcance, el valor jurídico y los efectos de determinados instrumentos internacionales que carecen de carácter vinculante pero que tienen una relevancia jurídica. En ese sentido, se define como un conjunto de disposiciones que, en principio, no son obligatorias, pero por determinadas vías o medios devienen en principios y normas de carácter vinculante. Las disposiciones que conforman soft law tienen origen en organizaciones internacionales de cooperación, organizaciones no gubernamentales (ONG) y sociedades transnacionales, como resultado de las siguientes circunstancias: i) dada la rigidez y complejidad de los procedimientos para proferir normas jurídicas internacionales (normas con carácter vinculante – hard law), el soft law se constituyó en una herramienta eficiente para proferir de manera expedita unas disposiciones programáticas, en atención a que estas se expiden de manera informal y no están sometidas a normas de competencia ni de procedimiento; y ii) es un mecanismo que han utilizado las organizaciones internacionales de cooperación y los Estados en vía de desarrollo para que las normas internacionales respondan a sus derechos e intereses”*. Cfr. Consejo de Estado, Sentencia del 25 de noviembre de 2019, Sección I, M.P. Hernando Sánchez, exp, 2007-0089-00

<sup>14</sup> *“Llamadas en Japón como: gyōsei shidō (行政指導) y en inglés como: “administrative guidance”*. Cfr. Acerca del denominado soft law administrativo: notas frente a la experiencia japonesa y chilena de Jaramillo, Marcos y Lara, José, p. 1.

de derecho". En Roma se les denominaba: "*leges imperfectae*<sup>15</sup>"; estos pretenden ahora desarrollar una forma diferente de concebir el derecho administrativo, flexibilizando, cuyo fin sería: "*interpretar, orientar y describir*" (cómo instrucción administrativa, la cual comprende ser una metanorma).

Se podría decir en sí que las instrucciones administrativas son fuentes del derecho y este se debe a un asunto de terminología, pero no referido como derecho externo, sino como derecho [en general<sup>16</sup>]. Por tanto, "*las instrucciones administrativas*" parten del derecho administrativo originario, siendo las primeras regulaciones establecidas por la administración en el ámbito de sus funciones<sup>17</sup>, mientras que los reglamentos son normas jurídicas del ejecutivo derivadas, dictadas en virtud de una delegación en el ámbito funcional del legislativo<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> "*El Derecho suave, o débil, siempre ha estado presente en los sistemas jurídicos; incluso el Derecho romano conceptualizaba estas formas de regulación como *leges imperfectae*. Pero el soft law, tal como lo conocemos en la actualidad, es una criatura del Derecho Internacional y, en especial, de las organizaciones internacionales, cuyas normas no siempre gozan de efectos jurídicos nítido*", ob cit, 2006, p. 224.

<sup>16</sup> Ibid., 2011, p. 512.

<sup>17</sup> Tenemos como ejemplo los Estados Unidos en el que cuentan con unas agencias independientes.

<sup>18</sup> Ibid., p. 527

Existen también entes institucionales del cual expiden normas blandas<sup>19</sup>, con cierta atribución de potestad reglamentaria, (para autores como Chapus<sup>20</sup>, Muñoz Machado, etc), en el que justifican este poder como especializado cuando se trate de materia regulares, como pasa con una comisión eléctrica, por ejemplo, y que sin vinculación incluso de otra norma reglamentaria puede desarrollar su propia normatividad, como es el caso de circulares del Banco de España, la cual se pueden catalogar como verdaderos reglamentos, frente a efectos de los particulares<sup>21</sup>.

## B. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La disciplina de la ciencia de la administración pública se debe a Charles-Jean Bonin, sin embargo, la nueva temática se aplicó en régimen republicano en Colombia por Florentino González, tal como lo hizo Stein en Alemania<sup>22</sup>. Este último llamaba al derecho administrativo interno como el que le da forma y fija la gran función de la vida del Estado, como el conjunto de las decisiones de la voluntad del Estado orientadas a la actividad administrativa, sin importar que lo haga con o sin conciencia y a esto se llama: “*espíritu*”<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> “Además de los tratados, pactos y convenciones existen los instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del así denominado en la doctrina anglosajona como *soft law*. Se trata de declaraciones o principios elaborados por expertos, relatores o cuerpos especializados que tiene un valor importante en la medida en que constituyen un desarrollo doctrinal sobre el alcance de determinados tratados de derechos humanos, sin embargo, no tiene un carácter vinculante, a diferencia de los tratados”. Cfr. C-257 de 2008, M.P. Vargas Hernández.

<sup>20</sup> “Las normas de derecho blando se distinguen por su carácter interpretativo de aquellas que no poseen sino la forma, el intitulado, la apariencia exterior, pero que en realidad contienen auténticas normas reglamentarias que confieren actos decisorios”.

<sup>21</sup> Cosculluela, 2012, p. 114.

<sup>22</sup> Cfr. Tratado de teoría de la administración y derecho administrativo, 2016, p.11.

<sup>23</sup> Ibid., 2016, p.186.

De todas formas, ese derecho suave o “*blando*” como ya se mencionó nace con los romanos<sup>24</sup>, desde el siglo I, cuando los juristas comenzaban a teorizar sobre figuras normativas muy próximas al soft law, conceptualizadas como: “*leges imperfectae*” o “*leyes rogatae*”, que surgen de la colaboración entre los magistrados (cónsules), los comicios (por centurias)<sup>25</sup>, y el senado, contando con una serie de elementos de carácter esencial: “*la praescriptio*” (una mención del magistrado que había tomado la iniciativa y datos sobre la asamblea comicial que había dado su aprobación) de las consecuencias de violar la parte dispositiva de la ley). Así, cuando la norma carecía de la “*sanctio*”, se hablaba de una “*lex imperfecta*”<sup>26</sup>.

Esta última idea es desarrollada luego en la modernidad con el derecho internacional<sup>27</sup>, exactamente con las organizaciones internacionales y luego en el aspecto local con los “*soft law administrativos*”<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> Es comúnmente aceptado que el término fue acuñado por Lord McNair en el ámbito internacional según R.-J. Dupuy, en “*Droit déclaratoire et droit programmatore: de la coutume sauvage à la 'soft law'*”, en, L'élaboration du droit international public. Société française pour le Droit international, Colloque de Toulouse, 1975, citado por Mazuelos, A. 2006, p. 1. También en Alberto Vega, 2014, El soft law en la fiscalidad internacional, p. 23.

<sup>25</sup> Daniel Sarmiento, ob cit, 2008, p. 75.

<sup>26</sup> “*En el derecho internacional se encuentran obras como la de Herdeger, que enseña que el soft law o legislación blanda son recomendaciones que hacen organizaciones o instituciones de carácter internacional en determinados temas que “tienen un significado muy difícil de clasificar (...). Ellas tienen relevancia legal, sin fundamentar directamente derechos y deberes. Para tales instrumentos que se encuentran en una zona gris entre la proclamación sin fuerza vinculante y la determinación con efectos vinculantes”.* Cfr. José Castro Arango.

<sup>27</sup> Lo mismo lo expresa Edmondo Mustacchi en “*La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*”, p. 2.

<sup>28</sup> “*Los autores reticentes al término “soft law” emplean términos tales como “derecho programático”, “pre-derecho” o “lex in statu nascendi”. Estos términos parecen más apropiados, ya que muestran en qué etapa se encuentra una norma en el proceso de formación del Derecho y en qué medida esta norma es imperfecta cuanto a su fuerza*

Desde su evolución la “*orientación administrativa*”, o “*Gyosei Shido*” se ha venido elaborando por los funcionarios públicos japoneses, del cual se pueda hacer la siguiente clasificación según Dean Merrill<sup>29</sup>:

1. **Orientación administrativa conciliatoria:** Que significa mediar en disputas empresariales.

2. **Orientación administrativa promocional:** Trata de ayudar a las empresas a llevar adelante sus negocios, ya sea técnicamente, o entregando consejos financieros o de administración y

3. **Orientación administrativa regulatoria:** Se puede definir como un instrumento informal de los órganos administrativos, dirigido normalmente a entes privados (sociedades y personas naturales) y ello se debe a la ausencia de revisión institucional.

Así para abarcar el tema del origen y naturaleza de las normas del derecho blando o soft law en la “*posmodernidad*”, debemos remontarnos como hemos dicho al “*derecho internacional*” para luego remitirnos al campo doméstico, fue desde aquí el inicio del desarrollo de estas reservas de instrucciones que después fueron acogidas administrativamente haciendo metástasis a las diferentes áreas del derecho (incluyendo la disciplinaria), si se puede decir, a veces con un toque maligno, irradiando de tal forma contrariedad en normas superiores y en el principio de reserva.

---

*obligatoria*”, Cfr. Ángeles Galiana Saura, Crisis de la capacidad regulativa y flexibilidad del Derecho, 2010, N° 21, p. 47.

<sup>29</sup> Cfr. Japanese Legal System, Routledge, London, 2002, p. 141.

Los sujetos primarios de derecho internacional<sup>30</sup> (Estados) se encuentran frente a un desafío que consiste en una rápida adaptación a la continua evolución de este derecho que aún no está bien formado. Siguiendo al Tribunal Supremo no ha dado por sentado si estos instrumentos: “*Circulares, Instrucciones...*”, tienen la naturaleza de un reglamento o de un acto administrativo.

Un vaivén de posturas al que también se ha sumado el Tribunal Constitucional y la doctrina. Pero, podemos concluir, que surte efectos jurídicos desde la óptica de la interpretación, condicionando el margen de discrecionalidad de la administración que debe aplicarlo, siendo no parte del sistema de fuentes (salvo que una norma del hard law exprese lo contrario, para una forma específica del soft law), cuando menos es, una herramienta que genera consecuencias jurídicas en un plano (digamos en nuestro caso: con efectos “*ad intra*”), que no es necesariamente el de validez<sup>31</sup>.

Aunque debido a la aceptación de los Estados de las disposiciones propuestas en diversas resoluciones se piensa que generan las opinio iuris en el plano

---

<sup>30</sup> “El fenómeno del soft law fue reconocido en el año 2003 por la Unión Europea en el Acuerdo Interinstitucional “Legislar mejor”, donde dada la inflación de normas comunitarias, se propone recurrir a técnicas propias del soft law (co-regulación y autorregulación) cuando se considere que no es conveniente la creación de Directivas o Reglamentos. Acuerdo Institucional del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión “Legislar mejor” (2003/C 321/01, DOUE C 321, de 31 de diciembre de 2003). En este sentido, puede verse también el Informe Cot sobre el COM (97)626, “Legislar mejor” (A4-498/98); Resolución PE de 18 de diciembre de 1998”, citado por, A. Saura. La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa, p. 308.

<sup>31</sup> Estableciendo el parangón entre el nivel internacional y local y asimilando el elemento de opinio iuris de la costumbre (“del que son obligatorios”), lex mercatoria, estoppel, como expresiones del derecho que pasan a ser expectativas de concreción jurídico con el soft law administrativo, pero que por falta de un legislador internacional se quedan en solo eso, expectativas, nada sólido, pero sí con relevancia jurídica.

internacional, del que pueden considerarse como un paso anterior a la costumbre, o a un “pre-derecho<sup>32</sup>” o un “derecho programático”.

De todos modos, este tipo de juridicidad es visto de dos formas, i) unos lo apoyan diciendo que sirve para agilizar la creación y evolución del derecho (llena las necesidades de la comunidad internacional) ii) y otra que lo asimila como “contaminador” y “evaporizador”, de igual forma como sucede con el soft law administrativo a nivel local<sup>33</sup>. Como corolario, la atipicidad de este cuerpo de normas, no es claro si las normas producto del soft law son manifestaciones formales de consentimiento, sin embargo, se considera que por su falta de certeza no lo son.

Además, se ubican como elementos atípicos de lo formal, es decir como estipulaciones que no podrán ser consagradas como fuentes propiamente dichas del derecho internacional ni local. Dicha ubicación no impide en absoluto su generación de efectos jurídicos, sin embargo, se espera que con la consolidación futura de un órgano legislativo se conviertan en instrumentos

---

<sup>32</sup> Según Ryuichi Ida, “la expresión “soft law” debería evitarse y, en su lugar, podrían emplearse otras expresiones como “lex in statu nascendi” o “pre-Derecho”, en este sentido, Arndt ha desarrollado el concepto alternativo de “fuentes del Derecho adaptables” (*adaptive Rechtsquellen*) para referirse a aquellos instrumentos que pueden evolucionar tanto hasta convertirse en hard law como hasta perder cualquier relevancia jurídica”, Cfr. “Formation des normes internationales dans un monde en mutation: critique de la notion de soft law”, en *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Pedone, París, 1991, pág. 340, citado por García Alberto, 2014, *El soft law en la fiscalidad internacional*, pp. 34-35, mientras que otros hablan de una “zona gris”.

<sup>33</sup> El uso del soft law con mayor frecuencia se da en el ámbito del derecho internacional, es en lo económico y ambiental, como también en los derechos humanos. Cfr, Gómez Pavajeau, Carlos y López Iglesias, R. “Integración e incorporación de las normas internacionales del soft law sobre derechos humanos a los sistema penal y disciplinario en Colombia”. *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 37, n° 103, julio-diciembre de 2016. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 53-80.

más definidos que no generen riesgos notorios en la seguridad jurídica<sup>34</sup> y el Estado de derecho, bien como está sucediendo en cierta forma y más en materia disciplinaria con las normas blandas de estirpe administrativa a la hora de investigar o sancionar a servidores públicos por incumplimientos de estas<sup>35</sup>.

Si atendemos a la evolución histórica, el fin de las normas blandas con un fin loable con tal de dictar por ejemplos lineamientos necesarios a los servidores públicos que indiquen que hacer bajo la lupa de la ley o bien recordar las pautas frente a un procedimiento a seguir, no ha sido posible marcar aún unas reglas claras y fijas de la línea existentes cuando raya en la arbitrariedad debido a que desbordó el sentido normativo de fuentes<sup>36</sup>.

Se podría determinar que las normas blandas, así como acontece en el ordenamiento internacional a nivel local son fuentes atípicas de producción del derecho, también referido en el ámbito supranacional como “*derecho verde*”, “*droit mou*”, que bien pueden desorientar a los juristas tradicionales dentro del esquema normativo clásico.

---

<sup>34</sup> “La finalidad del soft law no es la de eludir los principios de seguridad jurídica, o el imperio de la ley, sino que “*juegan en campos diferentes*”, pretende jugar, precisamente, en aquellos lugares de los que la clásica regulación basada en los principios citados ya se ha retirado”. Escudero, Rafael. El concepto de soft law, en VV. AA., Moreso, J. J. y Martí, J. L. (Eds.), Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona 2010, Marcial Pons, Barcelona, 2012.

<sup>35</sup> Tenemos que la cuestión del soft law no está en su obligatoriedad sino más bien, en sus intereses comunes, recíprocos o complementarios, la cuestión esta, en hacer que esta norma atípica pueda catalogarse de formación formal, como las demás normas. Por lo que al carecer de consentimiento serán mecanismos jurídicos atenuados, a pasar de los años este método tomo gran acogida debido a la sociedad globalizada, propio del “*neoinstitucionalismo*”.

<sup>36</sup> Para Daniel Sarmiento el soft law no es una mera declaración de intenciones, sino una manifestación normativa de la administración con vocación de generalidad y estabilidad. “*Parece indudable que la manifestación que formula la Administración mediante una declaración oral o escrita dirigida a un particular, difiere considerablemente de la declaración institucional con efectos cuasi-normativos y universales*”, 2008, p. 208.

## C. DESARROLLO CONCEPTUAL

A las normas blandas o *soft law* administrativo, se les podría definir como:

Aquellas instrucciones (en sentido general) dinamizadores del *hard law* (leyes, decretos, reglamentos...) de la cual tienen como función interpretar, recomendar, describir, diagnosticar y orientar..., a una norma en concreto en consonancia con una de orden superior que en principio no es vinculante, ni produce efectos jurídicos, ni tampoco extingue, crea o modifica una situación jurídica en particular<sup>37</sup>.

Sánchez Pérez dice con respecto a la definición de las normas blandas que estas son un derecho mudo e inofensivo<sup>38</sup>, que se trata 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 que se torna cada vez más en una “*zona gris de ilegalidad*”, debido a un déficit de regulación normativa<sup>39</sup>.

En principio, la vinculación de la reserva de instrucción se materializa solo hasta donde la norma se lo permite, empero en ciertos casos esto no es tan cierto, ya que terminan irrespetando el principio de legalidad, la reserva de ley,

---

<sup>37</sup> De todas formas, esta noción habría que analizarla con beneficio de inventario, ya que se tendría que tener en cuenta el criterio material del contenido del acto a considerar, ya que podría sobrepasar el límite justificativo (esquemático) normativo propuesto en esta tesina.

<sup>38</sup> Vicente Ferrari en funciones del derecho, expresa refiriéndose a este tipo de derechos que es: “*móvil, disponible, imprevisible, regido por una especie de tácita metarregla que advierte que cualquier regla, durante la interacción puede ser desconocida o modificada*”. Trad. de M. J. Añón y J. de Lucas, Debate, Madrid, 1989, pp. 150-151.

<sup>39</sup> Ibid., Las normas de derecho blando: Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial, 2011.

las fuentes del derecho y el control de estas mismas, en fin, terminan socavando la seguridad jurídica<sup>40</sup> en su totalidad creando así una relación bipolar.

Para Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero el surgimiento, auge y desarrollo [conceptual] se debe a que el *soft law* se haya tomado como “fuente” —de algún modo— del derecho, y esto se da por los siguientes factores:

1. La crisis del legislador
2. El poder desmedido de la jurisdicción
3. El creciente papel protagónico del ejecutivo y la administración, junto con lo que se entiende como la crisis del Estado-Nación

El *soft law* administrativo o el uso del derecho blando es una realidad en la práctica de la administración que facilita el logro de los fines del Estado “*posmoderno*”. Sin embargo, también es factible que en esa zona de producción normativa abundante se soslayan principios, garantías fundamentales y derechos de los destinatarios de las normas o terceros interesados<sup>41</sup>.

De acuerdo con Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, el *soft law* se expresa mediante diversas formas, actos e instrumentos que pueden adquirir una regulación autónoma, como es el caso de las circulares o cartas de servicio en

---

<sup>40</sup> “Una de las peticiones más comunes de los ciudadanos y una de las promesas más comúnmente anunciadas por los legisladores se refiere a la seguridad jurídica. Los grupos de presión, especialmente los que representan la industria, están interesados en que la legislación nueva no introduzca la incertidumbre en el derecho”. Cfr. Neil Maccormick, *retórica y estado de derecho*, p. 46.

<sup>41</sup> Martínez Jurado, 2018.

el contexto administrativo de España. Si bien estos casos resultan ser la excepción a la regla, lo que parece resulta de la aplicación del soft law es su completa arbitrariedad, es decir, este tipo de acción toma la forma de procedimientos que conducen a finalidades particulares y propias, cuestionando el esquema obligatorio de fuente.

El proceso de soft law confirma que la interpretación representa un aspecto interior en las dinámicas de las fuentes. Al mismo tiempo, este proceso demuestra de manera paradigmática que la teoría de las fuentes no se puede concebir bajo la perspectiva de la reconstrucción estática entre los actos y las normas que proceden de ellos (como “*mónadas*” cerradas en sí mismas, consideradas de manera atomística y netamente distinguibles), sino al contrario se puede afirmar que conecta de manera constitutiva con la teoría de la interpretación. El derecho se manifiesta como un tejido, una red de interrelaciones, dentro de las cuales unas reglas ligeras, fluidas y elásticas, coexisten con disciplinas plenamente obligatorias, desempeñando distintos roles y respondiendo a la exigencia de flexibilidad y adaptabilidad de contextos sociales cada vez más complejos<sup>42</sup>.

Este es el criterio que defendemos: “*La producción de normas y la administración de justicia desmonopolizadas<sup>43</sup> y descentralizadas*”, en Francia frente a estas figuras llamadas: “*técnicas de gobierno cooperativo*” (instrumentos convencionales) ganando terreno frente a las clásicas fórmulas coactivas en campos como la regulación, la acción social, el medio ambiente o

---

<sup>42</sup> Pastore, 2008, p. 88.

<sup>43</sup> Para Juan Carlos Cassagne: “*La Ley positiva ha dejado de ser el centro del sistema jurídico, ya que el clásico bloque de legalidad de que nos hablaba Hauriou (integrado por la Ley y la costumbre) se integra principalmente también con los principios generales del derecho, que se expanden y desarrollan de una forma extraordinaria, prevaleciendo sobre las Leyes positivas*”. Los grandes principios del derecho público. Biblioteca internacional de derecho público. Editorial Temis. 2018. Página 144.

la cultura. El Estado se despoja así de la superioridad jurídica que acompaña la habitual definición unilateral de medidas de policía, para asumir un papel dialogante, no jerárquico, en el cual no ordena, sino que negocia, pacta, previene, aconseja, incentiva o promueve una conducta<sup>44</sup>.

Para terminar con este punto, según Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, la administración pública debe ser a partir de este concepto una de las principales fuentes generadoras de soft law, especialmente con efectos ad intra, esto es, *“una forma de regulación sin efectos jurídicos adoptada por un poder público en el ejercicio de sus potestades públicas, para la ordenación de su organización interna”*.

## **E. LAS NORMAS BLANDAS COMO FUENTE<sup>45</sup> DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

A partir de la función introducida en el derecho disciplinario como normas blandas podríamos decir que existe un nuevo tipo de orden jurídico de la mal llamada pirámide kelseniana (en realidad de Merkl<sup>46</sup>), lo cual ha permitido irreprochablemente declarar la pérdida de vigencia de mayor rango normativo

---

<sup>44</sup> Cfr. H. Santaella. *“Normas técnicas y derecho en Colombia”*, 2008, p. 167 o a Jorge Agudo González en *“Control administrativo y justicia administrativa, entre un mundo de ineficacia legislativa y la desregulación”*.

<sup>45</sup> De acuerdo con Marienhoff, *“etimológicamente la palabra fuente (del latín fons, fontis) hace referencia al “manantial de agua que brota de la tierra”. “Fuente” es un término que remite al conjunto de factores que influyen en la producción de las normas. Esta influencia puede variar: hay fuentes que proporcionan al operador jurídico una norma inmediatamente válida y fuentes que ofrecen solo ideas, inspiraciones y orientaciones a partir de las cuales los operadores tienen que inferir las normas”*, Citado por Pastore, 2008, p. 87.

<sup>46</sup> La estructura como jerarquía normativa (stufenbaulehre) integrada luego en la teoría pura del derecho (desde la primera edición), tuvo su influencia en Puchta precisamente en la genealogía de conceptos piramidal como producción científica del derecho. Cfr. Positivismo y derecho natural de Horst Dreier, 2015, pp. 43-45.

jerárquico, lo cual ha condicionado inclusive a la misma Procuraduría General de la Nación a investigar hechos a través de faltas cometidas por estas mismas, tales como: *“directivas, instrucciones, circulares, etc<sup>47</sup>”*.

Este punto de *“las normas blandas como fuente del derecho administrativo”* se debe a un análisis que depende del grado de ductilidad de los actos administrativos flexibles de la administración pública, donde expresa la voluntad unilateral de generar, modificar o extinguir situaciones jurídicas entre los particulares.

La presunción de esta legalidad (o de juridicidad como diría Héctor Santaella) ha otorgado a estos actos de las entidades del Estado una prerrogativa exorbitante que ha soslayado la voluntad legislativa hasta el punto de superponerse al órgano que por naturaleza crea las leyes para ocupar un lugar más alto dentro de la tradicionalmente llamada: *“pirámide de Merkl<sup>48</sup>”*, donde

---

<sup>47</sup> *“De fuentes del Derecho, en síntesis, tenemos una noción material y una formal. Según la noción material, la expresión hace referencia a todo acto o hecho que produzca Derecho. A la luz de esta definición, para saber si un acto o hecho es fuente del Derecho, se ha de identificar su contenido (si es un acto) o su resultado (si es un hecho). Según la noción «formal», la expresión hace referencia a todo acto o hecho, no ya efectivamente productivo de normas, pero autorizado a producir normas, independientemente de su contenido (si es acto) o resultado (si es hecho). De ello se sigue que para saber si un cierto acto o hecho es fuente del Derecho, basta con mirar si en el ordenamiento del que se trata existe una norma (precisamente una norma sobre la producción jurídica) que autoriza al acto o al hecho en cuestión a crear Derecho”*. Cfr. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*. Giuffrè, Milano, 1998, pp. 57-65, citado por A. Saura, *La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*, p. 313.

<sup>48</sup> La estructura como jerarquía normativa (*stufenbaulehre*) integrada luego en la teoría pura del derecho (desde la primera edición), tuvo su influencia en Puchta (jurisprudencia de conceptos) precisamente en la genealogía de conceptos piramidal (árbol de Boecio con Porfirio como producción científica del derecho). Aunque el primero que utiliza el árbol de Porfirio irónicamente fue Christian Wolff un iusnaturalista racionalista, cuando bien hizo la relación entre Puchta y el primero, ya que concebida que el derecho debía ser tratado como

se le otorga a la ley un grado jerárquico superior a la de los actos administrativos.

Como hemos dicho en la introducción, esta tesina presenta una luz clara de la actualidad y el papel que juega el soft law administrativo frente al orden jurídico, y los efectos de estos terminan por acarrear la constitución de la responsabilidad disciplinaria expedida por estos actos administrativos “*no vinculantes*” en investigaciones y sanciones achacadas a servidores públicos por supuestos incumplimientos de normas blandas que no respetan dicha jerarquía.

Por ejemplo, para el profesor López Peña el no cumplimiento de este tipo de normas, genera una intimidación por parte de quien las emite, por tanto, la norma que ordena cumplirla no proviene de otra que a discreción del interprete aplicador, sino la cumple tiene sanción. Aquí se juegan por supuesto la legitimidad [neoinstitucionalismo-] y legalidad (juridicidad) de las actuaciones que tiene el Estado, lo que hace es contrariar cualquier sentido legal, del que puede ser entendido no solamente como daño material sino como actuar antijurídico<sup>49</sup>. Así, no solo es la ley, sino también los decretos, reglamentos, actos administrativos en general los que forma parte de este “*nuevo orden jurídico o micropoder*<sup>50</sup>” que bien proviene de un sistema coactivo y monopolizador<sup>51</sup>.

---

un sistema. Cfr. Ibid., Positivismo y derecho natural de Horst Dreier, Universidad Externado, Bogotá, 2015, pp. 43-45.

<sup>49</sup> Ob cit, p. 31.

<sup>50</sup> El profesor Santaella expresa que no se debe referir frente a esta nueva producción como fuentes del derecho sino como esquemas jurídicos, 2019.

<sup>51</sup> Ver al respecto Max Weber en The Theory of Social and Economic Organization, 1964, p. 154 y El político y el científico: El político como vocación.

Ahora, para clasificar y ver dentro de las fuentes (llamados también esquemas<sup>52</sup>) del derecho administrativo este tipo de normas que la cual se hace difícil a veces distinguir entre el uno y el otro, pero a la final tienen un contenido típico, ya que no tienen un procedimiento tasado<sup>53</sup>, no cuentan con regla uniforme, ni es objeto de publicación, o tiene una identificación formal, se hace necesario como reto conceptual ubicarla dentro de los siguientes rasgos<sup>54</sup>:

1. Están dirigidas a una pluralidad de destinatarios que no tienen efectos obligatorios ni posee como regla general, procedimiento tasados de elaboración.
--

2. Carecen de efectos obligatorios, no es parámetro de enjuiciamiento ni de disposiciones generales ni de actos administrativos.
--

3. Por lo general, no son susceptibles de impugnación antes los tribunales de orden contencioso-administrativo y
--

4. Tiene su principal virtualidad en el terreno de la interpretación, dando sentido a las disposiciones del ordenamiento, dado que su función se encuentra ligada a la ejecución de políticas públicas donde la administración opte por reforzar el principio de subsidiariedad. Son mínimos los regímenes
--

---

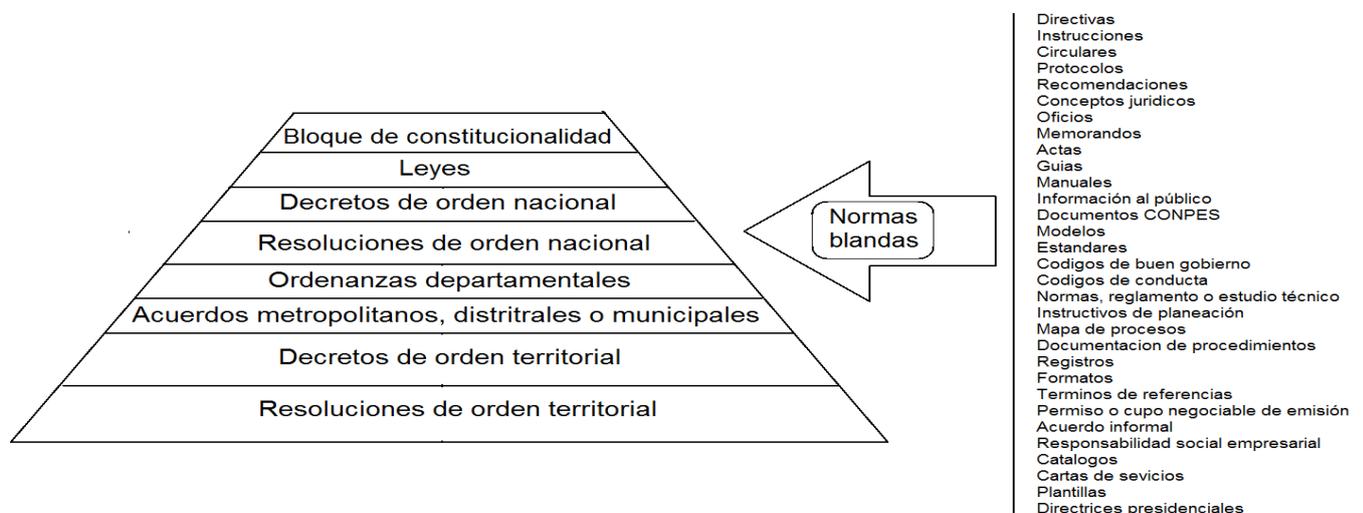
<sup>52</sup> Según Baldassare Pastore “*el soft law, por tanto, forma parte del corpus normativo y entra en el proceso de positivización. Es, por ello, una fuente del Derecho, en el sentido que es considerado capaz de generar en cualquier modo reglas jurídicas*”. Cfr. Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti, in Lavoro e Diritto, a. XVII, 1, 2003, citado por A. Saure, La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa, p. 314.

<sup>53</sup> En el ordenamiento jurídico francés existen grandes esfuerzos de racionalización para combatir el creciente aumento de las circulares. Una ilustración de lo anterior puede estar representada en la Circular del 25 de febrero 2011, que traza pautas generales para la producción de normas blandas, citado por Sánchez Pérez, 2012, p. 124.

<sup>54</sup> 2008, pp. 93-95.

que existen sobre el soft law, que se encuentran carentes de toda especificación, sobre sus efectos, y con agujeros negros<sup>55</sup>.

En este orden de ideas y con base en la pirámide planteada por Adolf Merkl, en la figura se presenta la jerarquía de las normas en Colombia, diferenciando aquellas que son proferidas por las ramas del Estado a escala nacional (principalmente la rama legislativa: leyes y la ejecutiva con decretos y resoluciones—) y las que expiden las entidades territoriales que hacen parte de la rama ejecutiva (incluyendo aquí las normas blandas o soft law administrativos), del siguiente modo<sup>56</sup>:



Entonces, tenemos que existen fuentes<sup>57</sup> que no se pueden colocar exhaustivamente en cualquier nivel de la jerarquía (como las normas blandas).

<sup>55</sup> Ibid., 2008, p. 163.

<sup>56</sup> La Corte Constitucional tuvo ocasión de ratificarse en la postura expuesta, y así en la Sentencia C-131 de 1993, con ponencia del magistrado Martínez Caballero, afirmó: [...] *“La Constitución es la primera de las normas. Es por ello que cualquiera otra norma jurídica, así sea expedida por el operador jurídico más modesto de la República, debe sujetarse en primer lugar a la Constitución”*.

<sup>57</sup> *“Si bien hay cierto consenso en encuadrar el Derecho débil o flexible en las fronteras del sistema jurídico, las discrepancias se manifiestan a la hora de ubicarlo en el borde exterior o*

Se trata de esquemas extra ordinem -metajurídicas<sup>58</sup>-, no disciplinadas por disposiciones sobre la producción jurídica, sino que operan en base al principio de efectividad<sup>59</sup> (que a su vez ejerce como norma sobre el proceso de producción<sup>60</sup>).

---

*interior de esos confines. En este sentido comparto la tesis de quienes sitúan el soft law en el interior del Derecho, en razón de su aptitud para generar algún efecto jurídico relevante, evidentemente también débil". Valdés Dal-Re, F. Cfr. "Derecho del trabajo y orden económico globalizado: el imparable avance del Derecho flexible", en Modelo Social Europeo. Claridad, 2005, citado por A. Saura, "La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa", p. 314. "Otros autores como Thürer también consideran al soft law como un tipo de "norma", a pesar de no constituir una fuente del Derecho, en la medida en que pretende influir en el comportamiento de sus destinatarios", citado por García, Alberto, 2014, "El soft law en la fiscalidad internacional", p. 33.*

<sup>58</sup> *"En el ámbito jurídico este proceso ha dado lugar a la interrupción del llamado soft law. Una forma de producción normativa que se coloca al lado de las formas tradicionales de regulación jurídica y que en este momento inicial puede caracterizarse a través de las siguientes notas: i) responde a esquemas del consejo o la recomendación, en vez de ajustarse al esquema imperativo tradicional, ii) propone y no impone la relación de conductas y iii) se corresponde con lo que Norberto Bobbio la función promocional del derecho", Cfr. El concepto de soft law. p. 128. Para este autor se debe tomar una teoría del sistema de fuentes de la cual debe ser distinta a la planteada por la de Hans Kelsen, ya que para este último la sanción era el elemento definitorio de la norma jurídica, p. 132.*

<sup>59</sup> *Así mismo, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia C-037 del 2000 [ya citada ut supra], con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, reitero que [...] "El ordenamiento jurídico colombiano supone una jerarquía normativa que emana de la propia Constitución. Si bien ella no contiene disposición expresa que determine dicho orden, de su articulado puede deducirse su existencia, así no siempre resulte sencilla esta tarea [...] Así las cosas, la supremacía de las normas constitucionales es indiscutible [...] La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación del sistema de que se reviste el ordenamiento, que establece su coherencia interna".*

<sup>60</sup> *Riccardo Guastini en Teoria e dogmatica delle fonti, pp. 57-59, 64-65, citado por Pastore, p. 87.*

El profesor Héctor Santaella propone un esquema de fuentes contemporáneo, notable en la amplificación del ordenamiento, dado en nuevas fuentes y forma de producción normativa, ya que el derecho administrativo se ha expandido a todas partes, pues este deja de ser meramente interno, monopolizado por el Estado para empezar a recibir también el input externo. Lo cual se traduce en fragmentación e hiperespecialización del sistema de fuentes (se habla más bien de esquema de fuentes<sup>61</sup> y no de forma sistemática<sup>62</sup> (nuevo modelo de administración, gerencia pública o gobernanza).

Por ejemplo, para Miguel Sánchez Morón, el reglamento es en nuestro derecho interno toda norma jurídica aprobada por el Gobierno o por la administración, mejor dicho, por los Gobiernos o administraciones públicas, de rango inferior a la ley y controlable por los tribunales de justicia en particular los del orden contencioso administrativo<sup>63</sup>.

Para este último autor distinto de los reglamentos están las instrucciones o circulares, que son reglas de servicio de contenido general que los titulares de los órganos administrativos pueden dirigir a sus inferiores jerárquicos para ordenar su actuación, lo característico de estos instrumentos es que tienen eficacia meramente ad intra de la organización administrativa que se dirigen a los inferiores jerárquicos y no a los ciudadanos, aunque de manera indirecta

---

<sup>61</sup> Expresa la Sentencia del 25 de noviembre de 2019, Sección I, M.P. Hernando Sánchez, exp, 2007-0089-00: *“Teniendo en cuenta que las normas técnicas [normas blandas] en sí mismas no son una fuente formal de derecho, en principio, no es posible ubicarlas dentro de la estructura jerárquica de las normas jurídicas; sin embargo, atendiendo a que tienen relevancia jurídica por las razones antes expuestas, se pueden ubicar en la parte baja de la pirámide como disposiciones facultativas o no obligatorias, por cuanto estrictamente no son normas y en su estructura carecen de una consecuencia jurídica ante su eventual inobservancia”*.

<sup>62</sup> 2019, p. 137.

<sup>63</sup> 2010, p. 181.

los puede afectar, no se pueden considerar verdaderas normas reglamentarias<sup>64</sup>.

Algo claro está en que los reglamentos o bien las normas blandas deben estar subordinados a la ley y al bloque de constitucionalidad<sup>65</sup> (debe contar con una habilitación), y encontrar su límite al control judicial<sup>66</sup> en búsqueda de una tutela judicial efectiva, por tanto en virtud del principio de legalidad los órganos internos y los ciudadanos no solo se encuentran sometidos a la ley en sentido estricto sino a todo el ordenamiento jurídico (juridicidad), incluido los reglamentos y los principios generales del derecho (test de ductilidad).

De esta forma tenemos, que las normas blandas administrativas podrían considerarse como normas secundarias, pero no vista como lo establecía Herbert Hart sino que son derivadas de esas normas primarias (parasitario) duras, pues las normas dúctiles destiladas de estas son las que producen una regulación distinta informal cuyo fin es *“interpretar, aclarar, orientar, informar, describir, etc”*, una situación en concreto (entonces, su desplazamiento no es vertical sino horizontal, de afuera hacia adentro).

---

<sup>64</sup> Ibid., p. 188.

<sup>65</sup> *“El Bloque de Constitucionalidad es una caja política-jurídica que contiene normas internacionales, que va a servir de herramienta a la Constitución de 1991, y al ordenamiento jurídico con el propósito de establecer garantías y libertades que debe de tener los individuos y la sociedad; tal como lo establecen los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”*. Cfr. Daza, M. El bloque de constitucionalidad, publicado en: [www.derechopublicomd.blogspot.com](http://www.derechopublicomd.blogspot.com).

<sup>66</sup> *“Pese a la validez de la interpretación tradicional, la Sala estima que a la vista del cambio operado en el orden contencioso administrativo a partir de la entrada en vigor del CPACA y de las visibles transformaciones en los modos de actuación de la Administración, cada vez más proclive al uso de instrumentos blandos o atípicos (desde la perspectiva clásica del acto administrativo), basado en un control judicial más amplio y acorde con el espíritu del Estado de Derecho”*. Cfr. Consejo de Estado, Sentencia del 26 de julio de 2018, exp. 1087-11. M.P. Perdomo Cuéter.

Sobre su estructura lógica-deóntica se podría decir que las normas blandas tienen composición de regla y no bien en sentido de principio como pensaría Alexy<sup>67</sup>. Se diría que es un mandato que necesita ser optimizado, pero no, está determinado en el sentido de ser normas incluso contra legem, volviéndose cada vez más formal y menos informal, como una vez se inspiró.

#### **D. TIPOLOGÍA**

El derecho, como esfera peculiar del discurso normativo, se ha siempre remitido a varias tipologías de normas con el objetivo de influenciar el comportamiento y estas reglas han sido diferenciadas según sus distintos grados de intensidad prescriptiva<sup>68</sup>.

En el ámbito de la experiencia jurídica la presencia de normas con diferente fuerza de obligación es bastante habitual. El mundo del derecho lo ocupan mandamientos, prohibiciones, órdenes, intimaciones, preceptos, instrucciones, directivas, recomendaciones, consejos, opiniones, avisos, admoniciones, advertencias, propuestas, peticiones, intimaciones, instancias, etc. La distinción entre normas con obligaciones, por lo tanto, tienen una influencia más fuerte y normas sin obligaciones, menos condicionantes, es muy común. Se puede así afirmar que la gradación de niveles de vinculación, que se refiere a la distinción entre soft y hard law, no es un concepto nuevo<sup>69</sup>.

El “*soft law administrativo*”, por lo tanto, forma parte del corpus normativo y participa en el proceso de positivización. Es una fuente o esquema del

---

<sup>67</sup> Daniel Sarmiento también cree que tiene la estructura de principio.

<sup>68</sup> Sánchez Pérez en su texto originario se refiere a una tipología basada solo en: i) Directivas, ii) Circulares, iii) Instrucciones, iv) Documentos CONPES, v) Protocolos y vi) Recomendaciones.

<sup>69</sup> Pastore, 2008, p 84.

derecho<sup>70</sup>, (tal como indicamos en el punto anterior) puesto que de alguna forma se le considera capaz de generar reglas jurídicas.

Por ello que se pueda decir que no exista un *numerus clausus* (sino *apertus*) en la tipología de normas blandas en el ordenamiento jurídico, estando fundamentada en el artículo 287 constitucional, y su construcción es una novedosa y no clásica avance del derecho administrativo globalizado (nosotros le llamamos: “*neoinstitucional*”) y de la dogmática; estas comúnmente son categorías abiertas en la producción normativa, de las cuales podemos distinguir las siguientes (entre las más comunes, de las cuales haremos referencia concreta abajo):

<b>1. Circulares</b>	Llamadas a veces también en otros ordenamientos jurídicos como “ <i>cartas de instrucción, cartas circulares o simplemente como instrucción</i> ” por los doctrinantes, son las únicas normas blandas (por ahora) que pueden ser demandadas “ <i>en principio</i> ” por mandato legal a través del medio de control de nulidad (a través del criterio formal y también material del acto administrativo siempre y cuando produzcan efectos jurídicos).
----------------------	--

---

<sup>70</sup> Edmondo Mostacci en “*La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*”, 2008, p. 23, también lo establece como fuente del derecho a las normas blandas. En el mismo sentido Pastore, *ibid*, p. 86.

<p><b>2. Protocolos</b></p>	<p>Son procedimientos que deben seguirse (órdenes); por ejemplo los órganos subordinados, ante una situación concreta, ejemplo de ello tenemos los Autos emanados de la Corte Constitucional de las cuales se ordena a la Procuraduría General de la Nación establecer un protocolo en materia de desplazamiento forzado<sup>71</sup>.</p>
<p><b>3. Recomendaciones</b></p>	<p>Son a razón de su naturaleza consultiva y funcional, tal como las que se generan con los denominados: “<i>Documentos CONPES</i>” -como especie de las recomendaciones- (a pesar que se llegue a expresar que son “<i>vinculantes</i>”), también están los que expide el Consejo o Comisión de Política Criminal.</p> <p>En todo caso este tipo de instrumento constituye una nueva base para el derecho administrativo, con lo que se crea de un derecho duro y favorece el acoplamiento entre el Estado, la sociedad civil y la economía en un modo global.</p>

---

<sup>71</sup> Cfr. Autos 4 y 5 de 2009 de la Corte Constitucional

<p><b>4. Instrucciones</b></p>	<p>En estricto sentido, constituyen a su vez una forma irregular de la administración, su misión principal es ayudar a los órganos subordinados (digamos, a los entes territoriales) a interpretar la ley y otras normas de derecho duro, garantizando una aplicación normativa donde existan conceptos jurídicos determinados/indeterminados<sup>72</sup>.</p>
<p><b>5. Directivas</b></p>	<p>Constituyen unas pautas acerca del entendimiento y alcance de la legislación; son normas de conducta en el ejercicio de la gestión pública o propósitos constitutivos de programas de Gobierno, en la que se cuenta a los entes territoriales y los organismos de control.</p>

Esta lista se podría extender a muchas otras, una taxonomía que puedan ser incluso hasta inventadas<sup>73</sup>, que no estén en los dictados anteriores, también

<sup>72</sup> Para David Roa, los denominados "*conceptos jurídicos indeterminados*" son manifestaciones imprecisas que aun acudiendo a diccionarios nunca llegan a ser concretizadas para efectos de realizar la adecuación típica de la conducta, lo que podría resultar mal concebido en el Derecho Disciplinario, estos en general no requieren de complementación normativa, es al intérprete a quien compete descifrar el alcance en su aplicación, mientras que los tipos abiertos y los en blanco requiere remisión, 2018, p. 23.

<sup>73</sup> Según P. Amselek, las normas de derecho blando no constituyen más que un "*fourre-tout*", término peyorativo que significa "*para todo*" y que tiene una infinidad de utilización, citado por Sánchez Pérez, 2012, p. 78.

podría existir una mezcla entre una y otra norma blanda, tal como una circular/directiva-instrucción o una directiva como circular asimilable como instrucción, porque bien hay directivas instructivas o interpretativas o reglamentarias que no deben ser en principio creadoras de derechos subjetivos, por ejemplo<sup>74</sup>:

1. Circular/Directiva... instructiva
2. Circular/Directiva... informativa
3. Circular/Directiva... interpretativa
4. Circular/Directiva... reglamentaria

Para ser más concretos, definiremos con mayor alcance las cinco (5) normas blandas más comunes ya mencionadas, que son utilizadas en el derecho administrativo de las que tienen alta incidencia en el derecho disciplinario, contando con las que se relacionan con la Procuraduría General de la Nación que son: “*las circulares*<sup>75</sup> y *las directivas*<sup>76</sup>”.

## Las instrucciones

---

<sup>74</sup> Al respecto se puede revisar a autores internacionales que han escrito sobre el tema tales como: Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, Rafael Escudero, Gloria Alarcón, Ana Rubio Castro, etc.

<sup>75</sup> Tal como ya lo habíamos expresado el artículo 7.7 sobre funciones del Procurador General de la Nación del Decreto 262 de 2000: “*Expedir los actos administrativos, órdenes, directivas y circulares que sean necesarios para el funcionamiento de la entidad y para desarrollar las funciones atribuidas por la ley*”.

<sup>76</sup> Aunque bien este organismo de control también utiliza el término de “*memorando*”, “*agencia especial*”, para otras cuestiones que bien también podrían corresponder con una “*directiva*” o una “*circular*”.

Ahora, podemos hablar de instrucciones o directrices de forma general (preceptos administrativos), cuando nos referimos a cualquier tipo de norma blanda, como cuando mencionamos por ejemplo a una Directiva. En cambio, las instrucciones como hemos dicho arriba, en estricto sentido constituyen a su vez una forma irregular de la administración, su misión principal es ayudar a los órganos subordinados (digamos, a los entes territoriales) a interpretar la ley y otras normas de derecho duro, garantizando una aplicación normativa donde existan conceptos jurídicos determinados/indeterminados.

Las instrucciones llamadas indebidamente en otros ordenamientos jurídicos como circulares, tiene por finalidad informar sobre sus obligaciones a los funcionarios o los interesados, recordatorias de la normativa vigente en una determinada materia, que no tienen tampoco una naturaleza normativa, a algunos órganos se les atribuye la facultad de dictar recomendación con carácter indicativo o de consejo<sup>77</sup>.

Dentro de la categoría de instrucción administrativa en estricto sentido, podemos encontrar, subespecies tales como las<sup>78</sup>:

<b>1. Instrucciones organizativas y de servicio:</b> Afectan la organización misma interna
--

<b>2. Instrucciones interpretativas de la ley (directrices interpretativas):</b> Determinan la interpretación y aplicación de normas jurídicas donde existen más que todo conceptos jurídicos indeterminados -garantizando una aplicación uniforme-
---

---

<sup>77</sup> Cosculluela, 2012, p. 113.

<sup>78</sup> Estructura de Hartmut Maurer en Derecho administrativo, parte general, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 513-515, citado por Sánchez Pérez, 2012, pp. 72-73. Al respecto también se puede ver a Tokiya Fujita, citado por Yves Gaudemet en: *“Les actions administratives informelles”*, p. 646.

**3. Instrucciones administrativas directivas del ejercicio de la discrecionalidad:** Expresa de qué manera y grado se debe hacer la discrecionalidad

**4. Instrucciones directivas e instrucciones supletorias de ley:** Cuando haga falta regulación legal, que no hay o bien habiendo es confusa que hace falta la creación de una reserva de instrucción. que la concrete.

### Las circulares

Como hemos dicho arriba, en la descripción de la tipología, estas son llamadas a veces también en otros ordenamientos jurídicos como cartas de instrucción, cartas circulares o simplemente como instrucción por los doctrinantes, son las únicas normas blandas (por ahora) que pueden ser demandadas “*en principio*” por mandato legal a través del medio de control de la nulidad (a través del criterio formal y también material del acto administrativo siempre y cuando produzcan efectos jurídicos<sup>79</sup>).

Las circulares se dividen en cuatro (4) enfoques (igual puede suceder con las demás normas blandas), que son:

1. Internas

2. Externas

3. Conjuntas

---

<sup>79</sup> Actualmente existen dos tesis del Consejo de Estado acerca del control judicial de las normas blandas o soft law: La sección primera 1, denominado: “*criterio ilimitado o ensanchada del control judicial de las actuaciones de la administración*” y la de la sección segunda 2, llamada: “*la tesis restrictiva*”.

4. Únicas (esta última recoge a todas las circulares expedidas <sup>80</sup> )
--

Además de haber normas blandas compilatorias, su propósito se maximiza en proveer reglas comunes a los procedimientos sobre el soft law, que bien en Colombia no existen, con el fin de conseguir transparencia y reglas de juego justas y a su vez estas se dividen como ya hemos mencionado ut supra en:

1. Instructivas
-----------------

2. Informativas
-----------------

3. Interpretativas
--------------------

4. Reglamentarias
-------------------

Por tanto, se puede desprender de este análisis que existen circulares internas o externas por ejemplo con vocación de instructiva o informativas o bien en mezcla de una o la otra. Veamos.

1. Circulares internas (puede ser instructiva, informativa, mixta, etc).
--

2. Circulares externas (puede ser instructiva, informativa, mixta, etc).
--

3. Circulares conjuntas (puede ser instructiva, informativa, mixta, etc).
---

4. Circulares únicas (puede ser instructiva, informativa, mixta, etc).
--

5. Circulares compilatorias (puede ser instructiva, informativa, mixta, etc).
---

---

<sup>80</sup> Como ejemplo tenemos la: "Administrative Procedure Act #88 of 1993", disponible en: [http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/APA\\_2.pdf](http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/APA_2.pdf).

Entonces, la misión primordial de las “*circulares de servicio*”, (como puede ser naturalmente la de cualquier otra norma blanda) es la de instruir, orientar, diagnosticar, coordinar, etc, a la administración, pero jamás tiene la virtualidad de obligar; como ejemplo de ello tenemos los conceptos de los asesores jurídicos, los certificados de tiempo de servicio, etc.

Podemos tener también que por “*extralimitación de funciones*”, o por “*error de técnica administrativa*” a través de un acto de servicio, se expidan decisiones que son verdaderos actos administrativos, lo cual puede ser demandados por vicios (por medio del criterio de carácter material) ante la jurisdicción contenciosa. Normalmente encontramos circulares que son expedidas por las distintas Superintendencias, la Procuraduría General de la Nación o cualquier otro organismo estatal o de control.

La administración utiliza la denominación de circular para designar también a estas instrucciones generales y órdenes de servicio, a las simples recomendaciones y las instrucciones de carácter recordatorio, y el mismo nombre sería para designar, en ocasiones, a verdaderos reglamentos. Es decir, una única denominación servía para designar realidades de naturaleza absolutamente distinta. Esto crearía una gran inseguridad jurídica, pues los efectos de las circulares-instrucciones generales y las demás de contenido no normativo no obligaban a los administrados y si tenían en cambio plenos efectos normativos las circulares-reglamentos<sup>81</sup>.

Las circulares entonces son normas que solo resultan exigibles a los destinatarios en el marco de una relación bipolar interna con la administración que las dicta. Los terceros ajenos a esta relación no pueden en principio exigir su cumplimiento, podrán en todo caso mencionarlas ante la administración, como ocurre con las denuncias ante las autoridades reguladoras por parte de

---

<sup>81</sup> Cosculluela, 2012, p. 113.

usuarios o clientes de estos mercados regulados en el supuesto de que se tratara de circulares que han sido publicadas<sup>82</sup>.

Para terminar, las circulares desde el punto de vista del nivel territorial, como sucede con las Directivas y las Circulares de la Procuraduría General de la Nación, han surtido como una forma de "*mesías legal*" ya que son las más utilizadas, y las más cuestionadas en el mundo de las normas blandas, debido a que se hacen agregaciones normativas en este género, suplantaciones y mutaciones, que la ley no permite, llegando a alterar el orden jurídico (por ello la importancia del test de ductilidad). Por ejemplo, nos podemos encontrar que un Procurador le asigne competencias a un alcalde que no estén detalladas por ley, infringiendo así el esquema normativo a través de este tipo de normas<sup>83</sup>.

### **Las directivas<sup>84</sup>**

Constituyen unas pautas acerca del entendimiento y alcance de la legislación; son normas de conducta en el ejercicio de la gestión pública o propósitos constitutivos de programas de Gobierno, en la que se cuenta a los entes territoriales; como cuando la Procuraduría General de la Nación traza unos libramientos a través de una Directiva a los Personeros, como poder preferente

---

<sup>82</sup> Pardo, 2013, p.80.

<sup>83</sup> Últimamente, la jurisprudencia nacional, en similar entendimiento al que tiene la doctrina francesa concibe la existencia de "*circulares reglamentos*", denominadas de esa manera porque concretan disposiciones contenidas en la Carta Política, la ley o un decreto; es decir, a través de ellas se disponen normas generales de obligatorio cumplimiento y con consecuencias notables para sus destinatarios, sobre aquellas no ha existido duda de la posibilidad de impugnación como las circulares informativas.

<sup>84</sup> La obra clásica en materia de directivas es la de Prokopis Pavlopoulos. "*La directive en droit administratif*", citado por Sánchez Pérez, 2012, p. 70.

y discrecional que tiene supuestamente por delegación o por competencia obviando toda control jurídico.

Dentro de la categoría de directivas, podemos encontrar, subespecies tales como:

1. Directiva presidencial
2. Directiva transitoria
3. Directiva permanente
4. Directiva administrativa (muy utilizadas por parte de la Procuraduría General de la Nación)

En todo caso también nos podemos encontrar con una simbiosis entre una y otra subespecie dentro de las Directivas.

### **Las recomendaciones**

Son a razón de su naturaleza consultivas y funcionales, tal como las que generan los documentos CONPES (a pesar de que se llegue a expresar que son “*vinculantes*”) o los que expide el Consejo o la Comisión de Político Criminal. Aunque muchas veces se pretenda valer que estas normas informales son obligatorias, no lo son, aún; aunque haya conceptos jurídicos por parte de la DNP que lo hayan dicho (en otra norma blanda). Tal como lo establece el Decreto 2167 de 1992<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> Para otros, solo se le dio facultad de definir orientación, directriz, recomendación en la Sentencia del Consejo de Estado del 16 de diciembre de 1996, M.P. Libardo Rodríguez, como también en el Reglamento del Consejo de Estado, así lo estima (Acuerdo 55 de 2003), artículo 13.3.

En cualquier caso, se puede afirmar que el soft law se manifiesta en los “*Documentos Conpes*”, pues porque constituye una nueva base para el derecho administrativo, con lo que contribuye a la creación del derecho duro o hard law y específicamente favorece la sinergia entre el Estado, la sociedad civil y la economía en un contexto neoinstitucional o en el proceso de la globalización.

Al mismo tiempo, estos documentos producen efectos por sí mismos en el marco legal que los validó, es decir, son la base para creación del derecho duro, puesto que sus funciones permiten la expedición de nuevos decretos o la presentación de proyectos de ley a consideración del Congreso, sobre temas y problemas que demandan tanto la administración interna como la irrupción de actores privados e internacionales que emergen del contexto social y global<sup>86</sup>.

### **Los protocolos**

Son procedimientos que deben seguirse (órdenes); por ejemplo, los órganos subordinados ante una situación concreta. Por ejemplo, la Sentencia C-754 de 2015, ordena al Ministerio de Salud seguir un protocolo para atender las víctimas de violencia sexual.

Tenemos también el protocolo para el seguimiento al cumplimiento de los Autos 4 y 5 de 2009 de la Corte Constitucional, por parte de la Procuraduría General de la Nación con el fin de evitar las violaciones a los derechos fundamentales de indígenas y comunidades afro a raíz del conflicto armado, el desplazamiento forzado, el confinamiento y el desarrollo de megaproyectos.

---

<sup>86</sup> Medina, 2016, p. 90.

## Normas blandas especiales<sup>87</sup>

Por otro lado, existen planes y programas de la administración que obedecen a una tipología heterogénea, del cual son vinculantes para los sujetos públicos y privados por igual y que determinan derechos y obligaciones, como urbanísticos, hidrológicos, los de ordenación, gestión de recursos naturales, la cual establecen su propio procedimiento de elaboración, con convergencia de la ciudadanía y de distintas entidades. También se habla sobre pactos, acuerdos, convenios, plantillas, comunicados<sup>88</sup>, lineamientos, códigos o normas deontológicas, cartas de servicios, catálogos, trinos<sup>89</sup>, normas técnicas, distinguiéndose esta últimas de las reglamentaciones técnicas que sin son vinculantes, pero también puede que un reglamento asuma una norma técnica obligatoria, es diferente<sup>90</sup>.

Ahora, además de la tipología propuesta en esta monografía (como general y ahora especial) podemos incluir pautas como las que emite Colombia Compra

---

<sup>87</sup> Sánchez Pérez las podría llamar normas blandas innominadas, 2012, p. 149. Expresa también este mismo autor que: *“la precariedad del control judicial hace que aparezcan incorporadas en el universo de instrucción administrativas además de las circulares, actas de certificaciones y registro, dejando a un lado las múltiples manifestaciones informales, lo que comporta un evasivo control judicial, como fenómeno anormado en la función administrativa gris”*. ibid, p. 228.

<sup>88</sup> Como las alocuciones realizadas por el presidente en televisión en medio de una declaración de emergencia (artículo 215 constitucional).

<sup>89</sup> Es común que los gobernantes tomen decisiones a través de las redes sociales (Twitter, Facebook...), lo cual se pueden tomar estas como órdenes (escritas u orales), hasta incluso: *“actos administrativos”*, ejemplo de esto han sido las comunicaciones enviadas por el Presidente, Alcalde o Gobernador en el tiempo del fenómeno del Coronavirus (COVID-19) a los ciudadanos, del cual establecen la medida de poder comprar bienes de primera necesidad tales días según el número digito de la cédula.

<sup>90</sup> Sánchez Morón, pp. 189-191.

Eficiente a través de Guías<sup>91</sup> que ya hemos mencionado, también de las directrices presidenciales a los negociadores de paz en la Habana (Cuba), guías ambientales<sup>92</sup>, código de buena práctica<sup>93</sup>, permisos o cupos negociables de emisión, acuerdos informales, etc, todas ellas como herramientas inconexas que puedan tomar la particularidad de una u otro instrumento, de sus distintos subgéneros y especies, pero menos comunes, tales como<sup>94</sup>:

<p><b>1. Modelos</b></p>	<p>Podemos considerarlo como otra forma de instrumento informal administrativa, por lo general son largos y constituyen seguimientos, actuaciones y hasta</p>
--------------------------	---

<sup>91</sup> Para el profesor Héctor Santaella indica: *“si bien los lineamientos o guías que emite la Colombia Compra Eficiente no son vinculantes directamente en el orden jurídico colombiano conforme a la sentencia C-004 de 2017, ello no significa que sean irrelevantes en el derecho administrativo, ya que proporcionan a la administración pública criterios adicionales dentro del ejercicio aplicativo de normas jurídicas, acortan la discrecionalidad administrativa cuando ciertas disposiciones ofrecen margen interpretativo y decisorio”*. Cfr. “El doble nivel, vinculante y no vinculante, de la contratación pública en Colombia”, en Contratos públicos. Problemas, perspectivas y prospectivas.

<sup>92</sup> Sobre la naturaleza jurídica de este tipo de acto también el profesor Héctor Santaella estima que tienen un alcance regulatorio y no eximen a los interesados de cumplir con la normatividad ambiental vigente aplicable al desarrollo de su proyecto, obra o actividad (artículo 6 de la Resolución 1023 de 2005).

<sup>93</sup> A título de ejemplo, podemos mencionar la Circular Externa 028 de 2007 expedida por la Superintendencia Financiera, por medio de la cual el Estado, preocupado por los gobiernos corporativos, adoptó el siguiente documento que denominó *“Código de mejores prácticas corporativas”*.

<sup>94</sup> Natalia Franco hace referencia a otros tipos de normas blandas como: *“guía ambiental”, “permiso negociable de emisión”, “cupo negociable de emisión”, “acuerdo informal”, “información al público”, “responsabilidad social empresarial”, “remisión del derecho a la técnica”, “norma técnica”, “reglamento técnico”, “estudio técnico”, “circular”, “instrucción”, “directiva”, “protocolo”, “CONPES”, “memorando de entendimiento”, 2019, pp. 75-82.*

	<p>recomendaciones a órdenes dadas por fuentes normativas superiores<sup>95</sup>, como ejemplo tenemos los Modelos Gestión de la Función Preventiva (con más de 65 páginas) o el Modelo de Vigilancia Preventiva en la lucha contra la Trata de Personas (con más de 200 páginas) ambas de la Procuraduría General de la Nación.</p>
<p><b>2. Estándares</b></p>	<p>Son acuerdos documentados que contienen especificaciones técnicas o criterios precisos que son utilizados consistentemente, como reglas, guías o definiciones de características similares para asegurar que los materiales, productos, procesos y servicios cumplen con su propósito.</p> <p>En términos sencillos son lenguajes comunes que permiten el entendimiento y la comunicación entre distintos actores<sup>96</sup> Como ejemplo tenemos Comité Técnico 287 (CEN/TC 287) del Comité Europeo de</p>

<sup>95</sup> Dentro del tesoro de la Procuraduría General de la Nación encontramos la solapa de: “*Modelos*”, pero sin ningún contenido, en cambio googleando nos encontramos con dos documentos referentes al tema.

<sup>96</sup> IDEAM. Definiciones y entes normalizadores. Publicado en: <http://www.ideam.gov.co/web/ecosistemas/normas-estandares>

	<p>Normalización, o los Estándares ISO, algunas de ellas también pueden ser vistas como normas técnicas.</p>
<p><b>3. Códigos de buen gobierno</b></p>	<p>Generalmente realizados por Estados u organismos internacionales (como los principios de la OCDE o el G20) de las que también plantean estándares o principios de buenas prácticas ya sea en asuntos comerciales, fiscales, ambientales, corporativos..., como ejemplo de ello tenemos Código unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas (2006), el Código de buen gobierno de las sociedades cotizadas (2015) o las Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas.</p>
<p><b>4. Códigos de conducta o de buenas prácticas</b></p>	<p>Constituyen lineamientos (jurídicos o técnicos) que el Estado se propone unificar para que sean adoptados de manera voluntaria por determinados sectores de la economía o de servicios y la propia administración, con la finalidad de que determinados sectores se amolden a estándares unificados de eficiencia, transparencia y garantía de derechos de usuarios y comunidad en general.</p>

	<p>A título de ejemplo, podemos mencionar la Circular Externa 028 de 2007 expedida por la Superintendencia Financiera, por medio de la cual el Estado, preocupado por los gobiernos corporativos, adoptó el siguiente documento que denominó: <i>“Código de mejores prácticas corporativas (o bien Código de buenas prácticas para el despliegue de redes de comunicaciones de la CRC y la Agencia Nacional del Espectro<sup>97</sup>”</i>.</p>
<p><b>5. Normas, reglamento o estudio técnico</b></p>	<p>Estos instrumentos, generalmente, son proferidos por organismos de normalización. En Colombia, de acuerdo con el Decreto 2269 de 1993, encontramos al Instituto Colombiano de Normas Técnicas (ICONTEC).</p> <p>Las normas técnicas se sustentan en el consenso científico y tecnológico, corroborado por la experiencia y resultados satisfactorios en las áreas a las cuales se dirige (economía, medio ambiente, tecnologías, etc.)<sup>98</sup>,</p>

<sup>97</sup> Martínez Jurado, p. 320.

<sup>98</sup> Martínez Jurado, p. 318. Al respecto ver también Héctor Santaella. *“Normas técnicas y derecho”*, op. cit., p. 66. En Sentencia del 25 de noviembre de 2019, Sección I, M.P. Hernando Sánchez, exp, 2007-0089-00, expresa: *“El organismo nacional de normalización (Instituto*

	<p>como ejemplo de ello tenemos la , NTC 4595-4596, Norma Técnica española NTP 211, ISO 9000, ISBN (International Standard Book Number), Copyright o Licencias Comunes de Creative Commons (aunque estas última puedan ser vistos como normas técnicas también son clasificadas como estándar).</p>
<p><b>6. Instructivos de planeación</b></p>	<p>Son los programas estratégico definidos para la futura inversión, o bien planeación de una entidad específica con el propósito de cumplir acciones en el cumplimiento de proyectos, que se consolidan en los planes de acción e institucional, como ejemplo tenemos el Manual de Planificación Estratégica e Indicadores de Desempeño en el Sector Público de la CEPAL.</p>
<p><b>7. Mapa de procesos</b></p>	<p>Es un diagrama de valor que representa, a manera de inventario gráfico, los procesos de una organización en forma</p>

---

*Colombiano de Normas Técnicas – Icontec) aprueba y adopta la norma técnica colombiana, la cual es de carácter facultativo; ii) esa norma puede declararse obligatoria por la autoridad administrativa competente, caso en el cual se denomina norma técnica colombiana oficial obligatoria; iii) las autoridades administrativas tienen la potestad de expedir normas técnicas, que se denominan reglamentos técnicos que en todo caso son de carácter obligatorio”.*

	interrelacionada <sup>99</sup> . Como ejemplo tenemos el Mapa de Procesos adoptado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, del Ministerio del Interior o de la ANI.
<b>8. Conceptos<sup>100</sup></b>	Es la opinión o representación que una persona (natural o moral) experta en un tema concreto tiene sobre un aspecto particular de la realidad o del pensamiento, mejor dicho, son la base de comprensión y entendimiento de las experiencias con el medio externo, y son clave en la comunicabilidad frente al actor que la haya solicitado en respuesta al planteamiento de un problema jurídico, técnico, administrativo, etc, como ejemplo tenemos los conceptos jurídicos suministrados por la Alcaldía Mayor de Bogotá o cualquier otra entidad (compilados bajo una relatoría o tesaurus).
<b>9. Documentación de procedimientos</b>	Son los pasos necesarios para completar una tarea o proceso. Es una documentación interna y

<sup>99</sup> ESAN. *¿Qué es el mapa de procesos de la organización?*

<sup>100</sup> David Roa, expresa que el concepto no es una palabra, sino varias palabras, como una descripción, lo cual inserta un contenido y una extensión, 2018, p. 40.

	<p>continua del proceso mientras se lleva a cabo; en la documentación es más importante el “cómo” de la implementación que el “cuánto” del impacto del proceso<sup>101</sup>. Como ejemplo tenemos el procedimiento de control de documentos de la FAO o de la Universidad Nacional.</p>
<p><b>10. Guías o manuales</b></p>	<p>Orientan, mejoran, difunden información sobre un tema en concreto, como ejemplo tenemos los manuales de contratación que expide Colombia Compra Eficiente o las implementaciones de cumbres ambientales tales como el Proceso de Marrakech o los ahora denominados “<i>pliegos tipos</i>”.</p>
<p><b>11. Actas</b></p>	<p>Es una certificación por escrito o testimonio que cuenta lo sucedido en una reunión, congreso, simposio, etc, o de algo que se haya pactado frente a hechos en concreto. Ejemplo de ellos tenemos las actas que se originan en las Juntas Directivas o Comités de las distintas entidades descentralizadas como las de un Instituto de Tránsito.</p>

<sup>101</sup> Lucidchart. Que es la documentación de procesos. Recuperado de: <https://www.lucidchart.com/pages/es/que-es-la-documentacion-de-procesos>

<p><b>12. Memorandos</b></p>	<p>Como su nombre lo indica es un recordatorio que puede hacerse de otras normas, e inclusive hasta de las mismas normas blandas, o también puede referirse al comunicar, indicar, disponer, etc, sobre algo en específico, ejemplo de ello tenemos el Memorando del 25 de enero de 2006 en el cual el Procurador General recuerda a los procuradores agrarios y ambientales la Directiva 015 de 2006 en materia de servicios públicos domiciliarios.</p>
<p><b>13. Formatos</b></p>	<p>Se refiere al archivo que adopta medidas, tamaños... de los cuales debe de tener un documento, esto, con características técnicas y formales en el que se materializan los actos administrativos, con el fin de unificar criterios al interior de la entidad, como la forma de visitas de ley de garantías, de recepción de quejas, control electoral en escrutinios, etc de la Procuraduría General, ejemplo de ello tenemos los formatos de recepción de queja o denuncia.</p>
<p><b>14. Términos de referencia</b></p>	<p>Son los lineamientos generales que la autoridad (por ejemplo, la ambiental)</p>

	<p>señala y publica para la elaboración y ejecución de los Estudios de Impacto Ambiental (EIA) y Diagnóstico Ambiental de Alternativa presentados ante la autoridad competente al momento de solicitar el otorgamiento de una licencia<sup>102</sup>.</p>
<p><b>15. Registros</b></p>	<p>Es un documento electrónico o físico de una entidad en la organización de esta, que le sirve como prueba de una actividad o transacción realizada por su sistematización y se debe conservar durante un determinado período de tiempo para su archivo<sup>103</sup>. Como ejemplo tenemos los actos de certificación y registro.</p>
<p><b>16. Oficios</b></p>	<p>Es un documento que sirve para comunicar alguna situación jurídica, administrativa o un hecho con el fin llevar a cabo un acto, una realización de una cuestión específica, como la indicar un evento, o un memorial del que vaya dirigido a un representante legal de una entidad.</p>

<sup>102</sup> ANLA. Términos de referencia. Publicado en: <http://portal.anla.gov.co/terminos-referencia>

<sup>103</sup> Administración de registros en SharePoint Server. Publicado en: <https://docs.microsoft.com/es-es/sharepoint/governance/records-management-in-sharepoint-server>.

	<p>Por lo general son enviados a otras entidades, pero también pueden ir concretados a particulares, esto con el motivo de poner al tanto, sobre algo de lo que se quiere decir, como ejemplo tenemos el Oficio N° 015883 de la DIAN dirigida a un particular respondiendo una consulta sobre el tema de: “retención de la fuente”, en este caso se podría determinar también como: “<i>concepto</i>”.</p>
<p><b>17. Información al público</b></p>	<p>Son sugerencias, alegaciones, preguntas del público o bien de la ciudadanía en general en el querer saber algo sobre un tema, que puede ser representado a través de datos, imágenes, videos, del cual el sujeto o sujetos desean conocer, como ejemplo tenemos la información que se puede adquirir en el INVIMA de forma escrita u oral sobre el coronavirus (COVID-19).</p>
<p><b>18. Documentos CONPES</b></p>	<p>Son una especie dentro la tipología de normas blandas administrativas denominadas como: “<i>recomendaciones</i>”, a razón de su naturaleza consultiva y funcional (especial), es la encargada de estudiar y recomendar en políticas</p>

	<p>generales en específico ya sea asuntos sociales, económicos... como ejemplo tenemos el Documentos CONPES 3956 del 8 de enero de 2019 sobre: <i>“política de formalización empresarial”</i>.</p>
<p><b>19. Permisos o cupo negociable de emisión</b></p>	<p>Los permisos negociables o derechos de contaminación transferibles son cuotas medioambientales o autorizaciones asignadas sobre los niveles de contaminación o de uso del entorno que, una vez fijadas y atribuidas por la autoridad competente, pueden ser negociadas e intercambiadas por sus titulares respetando un marco predeterminado, como ejemplo tenemos el Programa Nacional de Cupos Transables de Emisión de Gases Efecto de Invernadero (PNCTE)<sup>104</sup>.</p>
<p><b>20. Acuerdo informal</b></p>	<p>Se tratan de acuerdos de voluntades entre entidades públicas y personas privadas para coordinar esfuerzos en la obtención de intereses mutuos relacionados, como tenemos los acuerdos informales sobre protección ambiental, que a su vez redundan en</p>

<sup>104</sup> Luis Franco Sala, Permisos negociables. pp. 135-147

	beneficio del interés público <sup>105</sup> .
<b>21. Responsabilidad social empresarial</b>	Es el compromiso consciente y congruente de cumplir integralmente con la finalidad de la empresa, tanto en lo interno como en lo externo, considerando las expectativas económicas, sociales y ambientales de todos sus participantes, demostrando respeto por la gente, los valores éticos, la comunidad y el medio ambiente, contribuyendo así a la construcción del bien común, como ejemplo tenemos la RSE de Mercadona, Inditex, Ikea o Telefónica <sup>106</sup> .
<b>22. Catálogos</b>	Es un registro que presenta, de manera ordenada, descripciones y datos generales de individuos, objetos, documentos u otras cosas que mantienen algún tipo de vínculo entre sí. Tienen la finalidad de facilitar el acceso a un determinado elemento <sup>107</sup> . Como ejemplo tenemos el catálogo de componentes de información, el catálogo general de

<sup>105</sup> Erika Castro Buitrago. La actuación informal, ob. cit, p. 399.

<sup>106</sup> Juan Felipe Cajiga Calderón. El concepto de responsabilidad social empresarial. Publicado en: [https://www.cemefi.org/esr/images/stories/pdf/esr/concepto\\_esr.pdf](https://www.cemefi.org/esr/images/stories/pdf/esr/concepto_esr.pdf)

<sup>107</sup> Recuperado de: <https://definicion.de/catalogo/>

	cuentas de la Contaduría General, catálogo de Siglas, de datos o de flujos del Ministerio de Salud.
<b>23. Carta de servicios</b>	Son documentos que explican los servicios que ofrecen las organizaciones, así como los compromisos de calidad que asumen en su prestación, se trata más que todo sobre la orientación e instrumento de calidad del mismo, pueden ser internas, externas o mixtas, como ejemplo tenemos la invitación que le hace una empresa de servicios públicos a los usuarios para que adquieran sus productos, tal como lo hace en España la Dirección General de Agua, de Desarrollo Rural o Forestal, Pesca y Agricultura, etc <sup>108</sup> .
<b>24. Plantillas</b>	Nos ayudan a parametrizar la configuración de algo que queramos realizar en la administración, en todo caso son formularios impresos o digitales que están en blanco o a color con el fin de que sean rellenados, como ejemplo tenemos la Plantilla de identidad visual del Ministerio de

<sup>108</sup> Al respecto se puede ver a Amparo Giménez Ruiz en *“Las cartas de servicio como instrumento para el desarrollo de la información integrada en las entidades públicas”*. Revista Española de Control Externo, vol. XIX • n.º 57 (septiembre 2017), pp. 129-169.

	<p>Educación, de caracterización de proceso del Ministerio del Interior o la famosa Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA) del Ministerio de Salud.</p>
<p><b>25. Directrices</b></p>	<p>Puede ser asemejando a una directiva, pero aquí se plantea la diferencia a que se refiere a unos lineamientos marcados por el ejecutivo, en una materia específica, por ejemplo, en el tema de la Paz.</p> <p>Se trazan unos objetivos que debe cumplir el equipo negociador para el desarrollo de una actividad o un proyecto. Como ejemplo de ello tenemos la Directiva Presidencial 02 del 12 de marzo de 2020 dictada en seno de la declaratoria de emergencia de salud derivada del COVID-19 (Coronavirus) o la Directiva 09 del 9 noviembre de 2018 sobre: <i>“directrices de austeridad”</i>.</p> <p>Dentro de este mismo instrumento podemos plantear la posibilidad de incluir los lineamientos, comunicados, trinos, publicaciones en redes sociales, etc.</p>

## 26. Dictámenes

Es el acto institucional comunitario elaborado sólo a título consultivo y a instancia de tercero, carece de fuerza vinculante; a través de él, las instituciones comunitarias expresan su parecer y toman posición sobre temas determinados. Se utiliza para promover la colaboración entre los Estados miembros en el terreno de lo social. Puede servir para preparar procedimientos posteriores; tal sucede cuando se exige la emisión de un dictamen antes de adoptar un reglamento o una directiva.

En definitiva, el dictamen es la expresión de una opinión sobre una cuestión determinada, emitida por una institución comunitaria y a instancia de tercero<sup>109</sup>. Como ejemplo tenemos los dictámenes e informes forenses rendidos por Medicina Legal, el de un auditor sobre estados financieros, revisoría fiscal, etc.

<sup>109</sup> Enciclopedia jurídica, recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/dictamen/dictamen.htm>. Aunque también se puede referir a: “i) *Opinión de una institución o autoridad sobre una cuestión determinada*, ii) *opinión del jurista sobre el problema legal sometido a su consideración* o iii) *una opinión, consejo o juicio que en determinados asuntos debe oírse por los tribunales, corporaciones, autoridades, etc. También se llama así al informe u opinión verbal o por escrito que expone un letrado, la petición del cliente, acerca de un problema jurídico o sometido a su consideración*”.

De las normas blandas tratadas que son conocidas, comunes y/o las especiales, innominadas. etc, podemos manifestar siguiendo a Adolf Merkl que existen actos formales y actos sin forma, en todo caso, no importa el nombre o como se indique, porque no todo lo que se titula reglamento es en realidad este, ni todo lo que es suele llamarse así, con un tecnicismo acrítico, se han designado desde la monarquía absoluta como ordenanzas meras constataciones que han sido publicadas o decretos para casos individuales.

Son estas disposiciones con las que este nombre suele llevar otros nombres como instrucciones, comunicaciones, órdenes ejecutivas, una vacilación en la terminología, bien por el desconocimiento de la verdadera naturaleza jurídica del acto que se trate o bien por la prevención de la palabra: “*reglamento*<sup>110</sup>”.

La situación como siempre, está y pasa igual que en las normas de derecho duro, hard law, cuando quieren sobreponer ideologías o razones políticas<sup>111</sup> les colocan el nombre (nomen iuris) que les viene en gana, pero ahora, desde las reservas de instrucción desbordando así su naturaleza jurídica.

Si bien, el uso de instrumentos informales puede ser una herramienta útil, también es peligrosa y a veces conveniente, como cuando corrigen deficiencias de leyes (instrucciones supletorias de ley), -contra legem- pero en uso de sus facultades, tal como la coordinación y formulaciones e interpretación de normas basados en las fuentes normativas, tratando de desarrollar elementos de

---

<sup>110</sup> Cfr. Teoría general del derecho administrativo. 2004, p. 229.

<sup>111</sup> Para Sánchez Pérez, se pueden presentar dos modalidades de expresión de expedición de normas blandas, que son: i) cuando está amparado en el principio de legalidad basado en una norma dura y la otra cuando ii) por razones operativas, ideológicas, operativas, u oportunidad, sin mencionar el hard law, para evitar una antítesis normativa [y he ahí donde está el problema], 2012, pp. 146-147.

políticas públicas, buscando indicadores de desarrollo frente a un caso en concreto.

Como colofón, de este acápite podríamos decir que hay una ausencia de legislación sobre la reserva de instrucción administrativa (en sentido general), a espera de su racionalización, debido al creciente aumento de normas blandas (soft law).

No habiendo en el ordenamiento jurídico nada sobre su organización; en la ciencia de la administración le que queda difícil conseguirlo aún, sumado a esto el problema de la falta de reglas claras mínimas, sobre la informalidad existente, se corre un riesgo enorme, consiguiendo efectos contrarios, por ir en contra de la supremacía constitucional; y ese es el dilema precisamente de la discontinuidad del derecho convencional, para dar cabida solo a la legalización (juridicidad) del derecho administrativo.

## II. LA APLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO A LA LUZ DE LAS NORMAS DE DERECHO BLANDO

### A. LAS NORMAS DE DERECHO BLANDO COMO RELAJAMIENTO DE LA LEGALIDAD Y LA TIPICIDAD DISCIPLINARIA

Se ha dicho que las normas blandas son inimpugnables, pero esto no es tan cierto, porque cuando lo dejan de ser, se convierten en sujetas a control de legalidad, tal como ha sucedido con las circulares, oficios, conceptos, directivas y demás tipología mencionada... el elemento original lo toma por fuera de la jurisdicción (por medio del criterio material<sup>112</sup>), pero no es así.

El derecho referencial y sus manifestaciones nos conducen inequívocamente a la noción de acto administrativo, a partir de la cual se desprenden una serie de efectos (presunción de legalidad, fuerza obligacional, impugnabilidad, sometimiento a mecanismos de control ex ante, ex post, de reemplazo, etc).

En consecuencia, cabría plantear que el denominado “*soft law o derecho referencia*”, al menos en sus efectos, no tendría propiamente existencia en nuestro ordenamiento y más bien, consistiría en nuevas tipologías de actos administrativos con las características inherentes a los mismos, y por ende en una nueva expresión de hard law al fin y al cabo. Es común encontrar ejemplos de foros, asociaciones o reuniones en donde se emiten compromisos, recomendaciones, comentarios, planes, intenciones y otra suerte de

---

<sup>112</sup> “*Toda clase de circulares [en sentido amplio], con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expidan, se encuentran sujetas al control de los jueces de la Administración*”. Sentencia del 27 de noviembre de 2014, exp, 2012-00533-01, M.P. Vargas Ayala.

documentos que, sin ser normas jurídicas —de derecho positivo—, cuentan con una evidente eficacia<sup>113</sup>.

Así pues, la dogmática sancionatoria y la necesidad constitucional de construir un modelo que se acorde al principio de legalidad y al debido proceso, en la relación de sujeción es al derecho disciplinario lo que la teoría del bien jurídico es al derecho penal, como categoría superior<sup>114</sup>.

Si tenemos que su carácter es individualizado, dirigido a un sector en particular, puede que se aparte de la concepción en que fueron elaboradas, causando consecuencias perjudiciales. Y he aquí que nazca un juicio de validez desde el enfoque de la responsabilidad respecto a este tipo de normas, buscando el resarcimiento del daño, siendo el título de imputación su ilegalidad, una vez verificado su existencia, por medio de su publicación (o forma de comunicar) en la página web de la entidad, diario oficial, etc.

Cuando de la potestad discrecional del servidor público se deriva la creación de normas no solo de actos administrativos duros, sino blandos, se puede extraer algún tipo de responsabilidad disciplinaria por parte de estos a los administrados, derivada de los poderes estatales. Y a esto puede que lleguemos, aunque en Colombia aún no ha concebido tratar sobre tales fenómenos cuando de la interpretación de una norma del hard law (acto administrativo duro) se trata, más bien se toma una norma blanda para su configuración y ejecución, por ejemplo, cuando una instrucción contraria un decreto nacional, una ley, y se deje de aplicar tal soft law, por tomar esta última.

---

<sup>113</sup> Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero, este mismo expresa que *“la forma más habitual de otorgar efectos al soft law consiste en formular una referencia expresa al mismo desde un instrumento de hard law. Estas referencias, también calificadas como reenvíos por parte de la doctrina”*.

<sup>114</sup> Gómez Pavajeau, 2017, p. 270.

En principio la inaplicabilidad formal de normas duras ya es un hecho, bien, si determinamos de las diversas Circulares, Directivas..., demandadas ante la jurisdicción contenciosa administrativa, de allí que tomemos no solo el tema de la impugnabilidad de las normas blandas sino también su inmunidad al constituir una responsabilidad extracontractual del Estado, que se causa cuando el daño resulte antijurídico frente a sanciones impuestas a servidores públicos por presunto incumplimientos de estas órdenes superiores, siendo por supuesto contrario al esquema normativo o piramidal<sup>115</sup>.

La causa de todo esto, se genera en una expectativa por parte de la administración de aquellos que obtienen un derecho adquirido, o viceversa, una ilusión, cuando no son tomadas en serio, por tanto, defraudando así la confianza legítima hacia el particular, en últimas llamado a cumplir efectos. Cuando este sucede podemos imputar el nexo causal al Estado (nación) de la infracción del soft law, ya sea cuando vaya en contra de una norma legal, o su interpretación sea errónea, defectuosa en su aplicación, susceptible de ser resarcido.

En sí, y por último, las normas blandas o el soft law administrativo afecta dogmáticamente al derecho por la cuestión de la fuente misma o desde el esquema normativo planteado en esta tesina porque luego el relajamiento del principio de legalidad se debe realizar conforme a las normas superiores (juridicidad), y no como forma de actuar de la administración, en este caso de la Procuraduría General de la Nación, cambiando a través de asignaciones normativas en sí la jerarquización dadas en una relación de sujeción especial

---

<sup>115</sup> Una cosa son las normas blandas, como el mecanismo a través del cual se podrían imponer estas coerciones o sanciones blandas (cuando se incluyen por ejemplo en lista negra los países que no obedecen una instrucción internacional), de las cuales no se podrían comparar con la sanción que deviene del hard law.

por medio de un supuesto incumplimiento de una Circular, Recomendación, Directiva, etc.

## **B. LA METÁSTASIS ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO: DE LA INFORMALIDAD A LA PRESUNTA LEGALIDAD**

El soft law parece ser un derecho parasitario (normas que no son normas, en el que nadie se atrevería a afirmar que su existencia va desnuda a efectos jurídicos, que carece de vida propia, y que vive a expensas del hard law, aprovechándose de su autoridad y alimentándose de sus derechos, pero no es así<sup>116</sup>.

Lo que realmente realiza el soft law es componer la incapacidad legislativa<sup>117</sup> en poder alcanzar acuerdos que se extienden en todos los ámbitos de la sociedad. Esto es posible debido a la globalización, y el multiculturalismo en la dogmática jurídica-administrativa, [si se quiere al “*neoinstitucionalismo*”], integrándose incluso en el derecho comunitario y en el plano supranacional<sup>118</sup>.

### **El soft law estatal con efectos ad extra**

Su finalidad es la ordenación de las relaciones entre particulares, se trata, por tanto, de un soft law con efectos hacia terceros, se trata por tanto de una

---

<sup>116</sup> Esto lo afirma José Esteve Pardo en el prólogo del libro de Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero. Ver al respecto también a Ricardo Alonso García (mentor del primero) en “*Soft law comunitario*”, se puede decir de este autor que ha sido uno de los primeros que ha hablado sobre el concepto de norma blanda en el habla hispana.

<sup>117</sup> “*El hecho que la legislación demuestre su incapacidad para ofrecer la regulación de ciertas materias, provoca el incremento de normas ligeras que indican los objetivos a conseguir sobre la misma, generando un amplio abanico de medidas que responden a la finalidad de posibilitar el desarrollo de una materia social*”. Cfr. Ángeles Galiana Saura, *Crisis de la capacidad regulativa y flexibilidad del Derecho*, 2010.

<sup>118</sup> Sarmiento, 2008, pp. 15-16, 60.

finalidad de actuar como un mandato dirigido a actores del ámbito privado, cuando se reclama un nivel laxo de intervención (en la economía), podemos encontrar: “*códigos de conducta, códigos de buen gobierno, recomendaciones o directrices, de órganos independientes*”. En suma, puede expresarse, igualmente, como una manifestación concertada entre el poder público y los particulares con el fin de regular un segmento de la realidad social con efectos jurídicos sui generis<sup>119</sup>.

Para Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero el soft law no está sujeto a procedimientos para su aprobación (salvo excepciones contempladas en disposiciones especiales), pero sí deberá cumplir una fase del procedimiento si desea desplegar efectos ad extra: su publicación. El soft law va a contar con distintos niveles de efectos. Su manifestación más intensa la encontraremos en las reglas de soft law, mientras que los principios de soft law son escalones inferiores en intensidad (grados)<sup>120</sup>.

Para Sánchez Morón en este punto dispone que hay disposiciones que se consideran instrucciones o circulares, pero tienen eficacia ad extra, como las de Banco de España<sup>121</sup> dirigida a las entidades financieras, comisión de mercado de valores, agencia de protección de datos, estamos antes verdaderos reglamentos, con contenido general, del que no solo vinculan a los empleados públicos sino también a los ciudadanos, lo que importa entonces es su contenido real y no su nomen iuris<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> Sobre ello José Esteve Pardo se refiere que se proyecta sobre bienes, personas y relaciones jurídicas sin vínculo especial alguno que los conecte con la administración, sobre relaciones civiles, 2013, p. 77, lecciones de derecho administrativo.

<sup>120</sup> Ibid., 2013, pp. 120-122

<sup>121</sup> Al respecto se puede revisar, M. Aragón en “*Las fuentes. En particular el problema de los estatutos de los bancos y de las circulares de los Bancos de España*”, Contratos Bancarios, Civitas, 1992.

<sup>122</sup> Ob cit, 2013, p. 188.

Por último, Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero<sup>123</sup> expresa que esta expresión se trata, por tanto, de un soft law con efectos ad extra y la detalla con la finalidad de actuar como un mandato dirigido a actores del ámbito privado. Esta manifestación normativa, al igual que en el caso del soft law ad intra, podrá adoptarse de forma unilateral por el poder público o de forma convencional acordada con los destinatarios de las disposiciones. Así, cabe hablar de un soft law ad extra unilateral, y otro paccionado.

### **El soft law con efectos estatal-privado**

Cuenta con un factor cercano a la delegación. Es una expresión normativa depositada en manos de entes privados; en este caso una persona física o jurídica privada ejerce una potestad normativa, pero con la importante característica de que los efectos jurídicos de las normas aprobadas solo surten efectos entre un grupo reducido de personas. Así el poder estatal, se desprende de una competencia reguladora, dando paso al sector privado para que sea responsable de adoptarlas y en últimos términos, aplicarlas, tomadas desde: las normas técnicas y estándares de conducta, como manifestación del *laissez faire*<sup>124</sup>.

En últimas, se podría decir que el principio general en este caso de legalidad se establece como una garantía jurídica, como protección para impedir arbitrariedad de los poderes<sup>125</sup>, cuando la administración expide una norma

---

<sup>123</sup> Ob cit, 2006.

<sup>124</sup> Ibid., pp.137-138.

<sup>125</sup> En una interesante decisión del Tribunal Superior de Neiva se revoca la improbación a un preacuerdo que se fundamentó en que el Fiscal no cumplió con la Directiva 001 de 2018 que prohíbe conceder marginalidad, ignorancia y pobreza extrema de que habla el art. 56 C.P. cuando se trate de delitos que atenten contra la seguridad pública (porte de armas). Consideró que esas directivas no pueden ir en contravía de la independencia con la que han

blanda, por ejemplo, contraria a la legislación, de ello que hasta los reglamentos deban someterse a este test, sobre todo cuando se trata de determinar (tipicidad<sup>126</sup>) algún tipo de falta disciplinaria dentro de los diferentes tipos de efectos, ya sea ad intra, ad extra o estatal-privado<sup>127</sup>.

Mientras que los supuestos de soft law público ad intra y ad extra nos mostraban a normas públicas adoptadas por el poder público en el ejercicio de potestades públicas, el soft law público-privado es una expresión normativa depositada en manos de entes privados. En este caso, una persona física o jurídica privada ejerce una potestad normativa por delegación, pero con la importante característica<sup>128</sup> de que los efectos jurídicos de las normas aprobadas sólo surten efectos entre un grupo reducido de personas. La más

---

de actuar los Fiscales y que, por ende, no obliga ni al Fiscal y mucho menos al Juez, trayendo a colación dos precedentes, uno de la Corte Suprema y otro de la Corte Constitucional como apoyo de su decisión. (Cfr. Tribunal penal de huila 2018-124 del 24 de julio de 2019 MP. Caballero Quintero).

<sup>126</sup> Para David Roa, la doctrina en general al ocuparse de la teoría de conceptos jurídicos indeterminados en el derecho disciplinario, ha sido tímida, coincide de tal forma de la tipicidad, 2018, p. 38.

<sup>127</sup> Covilla habla hasta incluso de un soft law interorgánico. Expresa: *“Sin embargo, el tipo de soft law sobre el cual nos referiremos es particularmente el que se da entre administraciones públicas, esto es, interadministrativo. Además, no se hará referencia a los antecedentes y los cuestionamientos problemáticos que se puedan plantear en la utilización de esta figura en otros sectores sobre ser fuente de derecho o la capacidad de ser enjuiciado”*, 2019, p. 100

<sup>128</sup> Para Santaella las características del soft law administrativo son: i) falta de efectos jurídicos vinculantes, no crea derecho ni obligaciones ii) carece de procedimientos legalmente fijados para su elaboración lo cual imprime informalidad aun cuando no le resta, en todo caso, un mínimo de formalización (no es documentos) iii) no precisa pese a su contenido normativo, de una competencia reglamentaria expresa en cabeza de quien lo expide, sin perjuicio de la competencia legal general que debe poseer para ocuparse de la materia respectiva, y por último iv) tener la capacidad de incidir eficazmente sobre el comportamiento de otros sujetos, 2019, p. 173.

clara manifestación de esta forma de soft law la hallamos en las normas técnicas, propias del ordenamiento público industrial<sup>129</sup>.

### **El soft law estatal con efectos ad intra<sup>130</sup>**

Es una forma de regulación sin efectos jurídicos adoptada por un poder público en el ejercicio de sus potestades públicas, para la ordenación de su organización interna [la que nos interesa en esta investigación]. Ejemplo de ello, es cuando se quiere trazar mandados normativos en ámbitos que afectan a la autoorganización de cada estructura burocrática en sectores complejos, que vendrán manifestado ya sea por medio de: Circulares, Instrucciones u Órdenes de Servicio, a diferencia de los Planes, Programas y Directrices que pueden afectar a terceros, pero no necesariamente, porque pueden estar dirigidos a otros órganos estatales<sup>131</sup>.

José Esteve Pardo explica sobre las circulares e instrucciones como expresión de la potestad normativa interior (con efectos ad intra), envuelto en el círculo de una especial relación de sujeción o supervisión, integrándose al bloque de legalidad en su sentido más genérico, su distinción expresa esa en el sentido material y no formal, como cuando la circular del ministro dirigida a los policías

---

<sup>129</sup> Sarmiento 2006, pp. 244-245.

<sup>130</sup> Para la Sección Primera del Consejo de Estado *“el contencioso administrativo no puede dar la espalda a las nuevas realidades en que opera la Administración (de escenarios complejos e inciertos, que formulan una permanente necesidad de colaboración tanto inter e intra- administrativa como con el sector privado) ni a las nuevas lógicas que rigen parte de sus actuaciones (más promocional y cooperativa que coercitiva y unilateral). De aquí que sea natural ajustar sus posturas a la pluralidad de modelos regulativos adaptados hoy por las autoridades administrativas como forma de responder a los desafíos que plantea esta notable transformación en el obrar del sujeto de control”*. Cfr. Sentencia del 26 de julio de 2018, exp. 1087-11. M.P. Perdomo Cuéter.

<sup>131</sup> Ibid., pp. 106-108.

estableciendo unas medidas cuando se produzca una visita de altos mandatarios extranjeros<sup>132</sup>.

Para Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero las Circulares y las Instrucciones, así como las Órdenes de Servicios, son las formas más desarrolladas de soft law ad intra previstas en el Derecho público. Tradicionalmente han servido para establecer normas internas de organización y conducta, dirigidas a los servidores públicos que integran las estructuras administrativas.

Con el fin de dar una imagen completa de las distintas manifestaciones del soft law administrativo, desde el punto de vista de sus efectos, se puede resumir de la siguiente manera (interesándonos aquí por el tercero y último)<sup>133</sup>

<b>1. Estatal-privado</b>	Tiene una naturaleza pública (estatal y privada) con elementos propios de las relaciones entre particulares.
<b>2. Ad extra:</b>	Comparte el mismo origen que el primero, pero tiene como finalidad una regulación que afecta a terceros.
<b>3. Ad intra:</b>	Se caracteriza por su naturaleza jurídico-estatal y un objeto volcado en la autoorganización <sup>134</sup>

### **El soft law unilateral**

Este tipo de soft law vendrá en algunos casos predeterminado por una normativa propia que establecerá los procedimientos de adopción y los efectos

---

<sup>132</sup> 2013, p. 80.

<sup>133</sup> Cfr. La autoridad del Derecho y la naturaleza del soft law de Daniel Sarmiento, p. 231-232.

<sup>134</sup> De la cual también puede ser interorgánicos (especie) tal como indica Juan Carlos Covilla en: "El soft law como instrumento para dirigir el gobierno local".

del mismo. En otros, nos encontramos ante actos o instrumentos ad hoc, sin respaldo normativo alguno

### **El soft law paccionado**

Los actos o instrumentos de soft law público con efectos ad intra pueden articularse a través de acuerdos entre dos o más poderes públicos<sup>135</sup>, o entre dos o más órganos integrados en estructuras públicas. Las formas más habituales de este tipo de disposiciones las hemos de encontrar en los acuerdos surgidos en el marco de foros de cooperación entre administraciones territoriales, muy destacadamente las conferencias sectoriales y estructuras de cooperación equivalentes<sup>136</sup>.

Dentro la categoría ad intra, se distinguen a su vez dos (2) formas que son (lo mismo puede suceder con las demás):

<b>1. Ad intra unilateral</b>	Es el resultado de la sistematización de normas blandas por parte de la administración o en este caso de los organismos de control disciplinario en general. Son productos internos del mismo, es decir, de la manifestación del mismo, adoptadas exclusivamente por un poder estatal, esto, sin contar con un acuerdo con los demás actores, son los instrumentos de reserva que emanan a voluntad de la entidad, ejemplo de ello puede ser la Directiva 006 del 10 de marzo de 2020 o la
-------------------------------	--

<sup>135</sup> Por ejemplo, las que resultan de Directivas o Circulares Conjuntas, entre la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República.

<sup>136</sup> Sarmiento 2006, p. 238.

	reciente Circular 05 del 1 de septiembre 2020 de la Procuraduría General de la Nación.
<b>2. Ad intra paccionado</b>	Se basa en la convencionalidad, en especial en la emanación de las normas blandas administrativas por parte de los distintos actores (estatales), de las cuales pueden ser expedidos por diferentes autoridades, en consenso con la comunidad o sectores en específico (muy poco frecuente), ejemplo de esto son las instrumentos de reserva que se dictan conjuntamente, tal como lo es la Directiva 001 del 25 de julio de 2018 expedida por la Procuraduría General de la Nación y Archivo General de la Nación.

En síntesis, la norma blanda administrativa con efecto ad intra ya sea unilateral (siendo esta primera más común) o paccionado (no tan común, pero la ideal) lo que busca es que ante la ausencia de una regulación propia se permita por parte del operador jurídico completar el desarrollo normativo dejado de reglar por parte del legislador o el mismo ejecutivo, esto, con algún marco de instrucción, pero claro está bajo unos márgenes de discrecionalidad debido a su supremacía técnica.

Hasta ahora podría decirse con tranquilidad tal como lo hemos ya notado que son muy pocos los profesionales del derecho que se han ocupado de dar una definición específica y describir una tipología coherente de las distintas normas blandas administrativas existentes en el ordenamiento jurídico colombiano, o al menos en el habla hispana.

Se ha determinado entonces que el soft law irradia intimidando o con temor reverencial<sup>137</sup> a través de directivas, instrucciones o circulares expedidas en el seno de una facultad (ahora sancionatoria) dirigida a los diversos servidores públicos de distintos niveles, ya que bien conciben que sus efectos (ad intra - sobre todo unilateral-).

En principio no generan suspicacia porque su relevancia está dada a ser “solo” en el carril de un hard law, en cuestión de: “interpretar, instruir, diagnosticar, orientar o dar alcance, etc” a una norma dura contenida en un reglamento, ley, decreto o bien de la misma Constitución.

### **C. LA VALIDEZ Y VIGENCIA NORMATIVA DE LAS NORMAS BLANDAS CON EFECTO AD INTRA COMO ALTERACIÓN AL SISTEMA DE FUENTES: ¿RECONFIGURACIÓN A LA PIRÁMIDE DE MERKL?**

La teoría jurídica, en general, reconoce que el concepto de validez que usan los juristas es altamente ambiguo, pero también ella destaca su conexión con el positivismo jurídico y la relevancia que adquirió en relación a la propuesta de un concepto del derecho.

Una manifestación central de esa relevancia surge al conectarse, por el mismo Kelsen, la validez a la existencia de las normas jurídicas: Con la palabra “validez” designamos la existencia específica de una norma. Más allá de aquella herencia iuspositivista recibida por los juristas al referirse a la validez, el término ha quedado incorporado al lenguaje de los mismos —teóricos y prácticos—, a punto, que cualquier teoría jurídica integral requiere afrontar la

---

<sup>137</sup> Juan Carlos Covilla en “El soft law como instrumento para dirigir el gobierno local”, expresa que: “La restricción que puede haber sobre el no cumplimiento de un soft law administrativo puede ser el de i) Temor reverencial al nivel territorial superior, o un frente a una ii) Capacidad financiera de quien emite el soft law como forma de constreñimiento”.

respuesta sobre la pregunta en torno a la validez e invalidez jurídica, la que, en definitiva, en nuestra opinión, coincide en responder si la norma existe y obliga<sup>138</sup>.

Para Luis Cosculluela, en *Manual de Derecho Administrativo*<sup>139</sup> expresa que existen reglamentos y actos no normativos, los primeros son verdaderas normas y en cuantos tales son regulaciones abstractas y generales de situaciones de futuro y que deben ser publicadas y conservan una vigencia indefinida. Las instrucciones u órdenes de servicio tampoco tienen naturaleza normativa, se ejerce respecto de los órganos superiores a los inferiores, pero no obligan a terceros, a los administrados, en cuanto que no son normas, sino meros actos administrativos, que se insertan en el régimen de organización de la administración pública.

Por tanto, la forma más ortodoxa de incorporar soft law en el sistema de fuentes consiste en su inclusión dentro de un texto de hard law, es decir: la inclusión del soft law en el articulado de una norma con rango legal o reglamentario. Esta incorporación se manifiesta habitualmente mediante la inclusión del instrumento de soft law en un Anexo a la Ley o reglamento correspondiente, dejando constancia de que se trata de un cuerpo normativo informal, posteriormente asumido por un cuerpo normativo formal.

Adviértase —reiteramos— que en el juicio de validez se juega —en opinión ampliamente compartida por autores de distintas escuelas, pero sobre todo de uso consagrado en la jurisprudencia— la existencia misma de la norma jurídica, y tal trascendencia exige tener claro cuál es el contenido de aquella predicación, como asumir su proyección a la totalidad de las normas jurídicas,

---

<sup>138</sup> Vigo, p. 100.

<sup>139</sup> 2012, pp. 111-112

cualquiera sea su nivel y su inserción en las ramas o campos del derecho vigente<sup>140</sup>.

Instalar la validez y existencia de la norma jurídica en el terreno de su justificación racional supone que el destinatario la puede comprender y cumplir racionalmente, pero, en definitiva, instala el conflicto en un plano donde corresponderá valorar el peso de los argumentos a favor y en contra<sup>141</sup>.

A la final son instrumentos ajenos al sistema de fuentes, en el que incorpora mecanismos de aprobación (en el que puede participar particulares<sup>142</sup>) y reformas ágiles donde prima la celeridad y la eficiencia respecto a los procedimientos formalizados para la adopción de normas de naturaleza legal o reglamentaria, o como el acuerdo de sujetos estatales y privados, otorgando a la administración un papel secundario que facilita la regulación desde una instancia más cercana al ciudadano. Esta flexibilización permite la vinculatoriedad o no, y de sus efectos en función del hard law, es así, que una norma dura no tendrá carácter obligatorio, mientras que una norma de soft law administrativa, lo pueda tener, con efectos jurídicos, como si tuviese esa vinculatoriedad<sup>143</sup>.

---

<sup>140</sup> Jürgen Habermas con su reiterada tesis ha afirmado: *“Válidas son aquellas normas (y solo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales, que implica que en la fundamentación de las normas jurídicas hay que hacer uso de la razón práctica en todo el espectro de esta”*. En el mismo sentido Vigo, p. 100.

<sup>141</sup> Vigo, p. 125.

<sup>142</sup> Ana Rubio castro expresa que *“quienes defienden el hard law y el soft law como dos modelos regulativos distintos, argumentan que el soft law representa un modelo regulativo, deliberativo y participativo, que fomenta e incentiva compartir información y aprendizaje mutuo entre los diferentes actores implicados, en la regulación y experimentación de nuevas estrategias de cooperación y negociación”*, Cfr. *“Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva”*, p. 49.

<sup>143</sup> Sarmiento, 2008, p. 70.

En definitiva, el soft law se convierte en una herramienta que atribuye autoridad a la actuación de los poderes estatales, pero curiosamente, en principio, sin la autoridad con la que cuenta una norma integrada en el esquema o sistema de fuentes.

Explica en detalle la autonomía local y además introduce que un ordenamiento jurídico regido por un sistema de fuentes se debe respetar las fuentes superiores, propio de una garantía institucional. La existencia de competencias locales permite que los entes territoriales puedan determinar sus propias normas, llamadas como: “*competencias propias, tramitadas o encargadas*”<sup>144</sup>.

Lo que entiende este libro (en su lección segunda) por municipios y departamentos, que el autor le llama: “*derecho local*”, va a definir al menos la estructura que es española pero aplicable a Colombia, en lo que tiene que ver con los elementos que se deben ver a la hora de expedir actos administrativos a través de las autoridades de la administración doméstica, por ejemplo, en lo que tiene que mirar con los principios del régimen territorial, como su naturaleza de las normas, incluyendo dentro de estas, las blandas, (sistema de fuentes), en el punto de hacer un comparación entre las fuentes normativas de los dos países, sin que esto signifique que sea un estudio de derecho comparado intenso<sup>145</sup>.

Se explica que las instrucciones administrativas hacen parte del sistema de fuentes del derecho, que regula los asuntos internos de la administración e inclusive tiene repercusiones en el ámbito externo para las personas que no integran la administración local<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Sosa, 2005, p.53.

<sup>145</sup> Sosa, 2005, pp-43-74.

<sup>146</sup> Maurer, 2011, p.119.

Así las instrucciones (normas blandas) son mandatos general-abstracto dirigido a inferiores -jerárquicamente hablando- (aunque en la práctica no se distinga las instrucciones de las disposiciones circulares, directrices, órdenes internas de servicio, edicto...). La instrucción administrativa explica que se impone cada día más, dentro de los empleados de la administración<sup>147</sup>.

Si es fuente o no del derecho, (es tema de la terminología), estriba que si afirmamos que las instrucciones administrativas (norma blanda en sentido amplio) es fuente del derecho interno (no es fuente) pero si externo. De este tipo de normas blandas se debe entrever si deben estar sujetas al control del contencioso administrativo, porque bien puede que concretice una norma nueva que integra (concreta) en virtud de conceptos jurídicos indeterminados o supuestos de hechos abiertos. Aquí el autor para este enfoque distingue entonces, entre instrucciones organizativas y de servicio, interpretativas de la ley, del ejercicio de la discrecionalidad y supletorias de la ley<sup>148</sup>.

De esta manera, la colisión de deberes (derecho-deber) en cumplimiento de su deber legal (por ejemplo de acatar la norma -en este sentido la norma blanda-), el ilícito disciplinario (esto es tipicidad y antijuricidad, se encuentran no escindibles) sobre la infracción de la norma no nace, si se refleja como orden de una norma que ha sido establecida como superior, cuando comienza una determinada forma de actuar (es exigible dicha conducta) excluyéndose así la norma de menor rango. En este sentido, el funcionario que ejecuta un acto de autoridad objetivamente fundado, no transgrede con permiso<sup>149</sup> una norma

---

<sup>147</sup> Maurer, 2011, pp. 511-527. El problema está en que son dirigidas las cuestiones internas, tiene también repercusiones externas, tal como indica Sosa Wagner.

<sup>148</sup> Maurer, 2011, pp. 511-527.

<sup>149</sup> *"Mediante estos mecanismos se crea toda una "legislación" [normas blandas] paralela a la establecida por el Congreso, altamente perjudicial para los usuarios en cuanto complica en extremo su información y comprensión acerca de los derechos que los asisten y toda vez que introduce de manera recurrente nuevos requisitos y trámites que dificultan el efectivo acceso*

prohibitiva (instrucción, directiva...), sino que cumple una norma imperativa (ley)<sup>150</sup>. Por ejemplo.

<b>Instrumento</b>	<b>Reserva de instrucción administrativa</b>	<b>Agregación normativa</b>	<b>Exclusión de control de legalidad</b>	<b>Mutación normativa</b>
Directiva 003 del 4 de marzo de 2019	“Por medio del cual se modifican la Directiva 9 del 30 de julio de 2011, proferidas por el Procurador General de la Nación”	Transgrede la reserva de Ley, al alterar lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 836 de 2003 y el artículo 48 de la misma Ley 734 de 2002.	Evade el control judicial tanto constitucional como legal.	Se reforman las normas sobre prescripción en violación a DDHH y DIH que son de doce (12) años, lo cual ahora se tornan imprescriptibles. Se transmuta el principio de jerarquía normativa

*de las personas a los servicios que presta el Estado y aun el cumplimiento de sus propias obligaciones. Pero, ante todo, esos actos, toda vez que agreguen nuevos requisitos, trámites y documentos no contemplados por el legislador, para obtener el reconocimiento de un derecho, para ejercer una actividad, o para cumplir una obligación frente al Estado, son abiertamente inconstitucionales, pues chocan de manera directa con lo dispuesto en la Constitución Política”. Cfr. T-335 de 1997. M.P. Hernández Galindo.*

<sup>150</sup> Maurer, 2011, pp. 405-407.

La mutación normativa del ejemplo transcrito se daría porque conculcaría los preceptos legales mencionados, pero que bajo un criterio material se obtendría su juridicidad en un control difuso de convencionalidad aplicando directamente la carta internacional, esto referente a los derechos humanos y los fallos de la Corte IDH, surgido bajo el pretexto de un bloque de constitucionalidad y el ius cogens<sup>151</sup>.

Lo mismo sucedería ahora con la reciente Circular 05 del 1 de septiembre de 2020, la cual va en contravía de los estándares internacionales a propósito del Fallo ante la Corte IDH de Petro Urrego vs. Colombia.

<b>Instrumento</b>	<b>Reserva de instrucción administrativa</b>	<b>Agregación normativa</b>	<b>Exclusión de control de legalidad</b>	<b>Mutación normativa</b>
Circular 05 del 1 de septiembre de 2020	“Competencia disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación luego de la expedición de la Sentencia de la Corte IDH - Caso Gustavo Petro contra el Estado colombiano”	Transgrede el artículo 93 sobre firmeza de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.	Evade el control de convencionalidad	Se reforman las normas internacionales en especial el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>151</sup> Véase al respecto el Caso Almonacid vs Chile.

#### **D. INVESTIGACIONES DISCIPLINARIAS EN CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR Y SERVIDORES PÚBLICOS DE LAS DISTINTAS RAMAS DEL PODER PÚBLICO A NIVEL TERRITORIAL Y NACIONAL INICIADAS CON MOTIVO DE INCUMPLIMIENTO DE NORMAS BLANDAS**

En lo relacionado a este punto, y como tarea principal de esta investigación le fue solicitado al coordinador del Grupo de Dirección, Control y Administración Funcional del SIM de la Procuraduría General de la Nación indicar cuántos y que (en caso tal que los haya) Alcaldes, Gobernadores, miembros de corporaciones públicas, tanto como servidores públicos de nivel territorial y nacional que sean de su resorte (competencia) han sido investigados o sancionados en Colombia<sup>152</sup> por incumplimiento de normas blandas (soft law administrativo<sup>153</sup>).

---

<sup>152</sup> *“Finalmente cabe destacar el debate en torno al soft law relacionado con la problemática de la sanción, pues éste se caracteriza por la no aplicabilidad de sanciones como consecuencia de su incumplimiento, pues no existe una norma vinculante de la cual depende la prescripción de una sanción para el caso de su incumplimiento. Esta ausencia se presenta a veces como un problema para su extensión y su consolidación como método eficaz de regulación de conductas. De ahí que se articulen esfuerzos teóricos tendentes a relacionar el incumplimiento de las normas de soft law con algún tipo de sanción, aunque sea ésta más débil o difusa, tales como perjuicios económicos. En este punto es necesario poner de manifiesto que hay autores que consideran que aun cuando el incumplimiento de las disposiciones que integran el soft law no es sancionable mediante las formas tradicionales, existe lo que se viene denominando la soft coerción, la cual tiene sus propios canales de sanción”, Cfr. A. Saura. La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa, p. 317.*

<sup>153</sup> En Sentencia de la Corte Constitucional T-1093 de 2004, M.P. Cepeda Espinosa, se ha expresado: *“El Procurador General de la Nación no puede impartir directrices específicas que determinen el resultado de procesos disciplinarios adelantados por los Procuradores Delegados en uno u otro sentido, ya que ello desconocería abiertamente la autonomía e imparcialidad de los falladores disciplinarios de instancia, contrariando el debido proceso de los afectados. El Procurador General, si así lo considera procedente, puede impartir pautas*

A lo que atendiendo el requerimiento de esta entidad bajo los oficios E-2018-341723 y E-2018-353514, cuyo objeto señala la obtención de investigaciones disciplinarias contra cargos de elección popular y servidores públicos de las distintas ramas del poder público a nivel territorial y nacional iniciadas con motivo del incumplimiento de normas blandas (“soft law”) administrativas fue entregada una información.

De esta forma, fue comunicado que una vez adelantada la búsqueda en la base de datos del Sistema de información Misional SIM, se encontraron los siguientes resultados, discriminados por cargo y número de procesos de mil ochocientos setenta y nueve (1879), cuatrocientos seis (406) procesos activos y mil cuatrocientos setenta y tres (1473) procesos inactivos, de la siguiente manera:

<b>CARGO</b>	<b>PROCESOS</b>
Abogado asesor	1
Adjunto jefe	2
Agente especial	2
Alcalde	127
Alcalde distrital	4
Alcalde encargado	2
Alcalde local	4

*genéricas de interpretación de la ley aplicable a observar por los Procuradores Delegados en el ejercicio independiente de sus funciones, pero sin entrar a determinar por esta vía el desenlace específico de las investigaciones disciplinarias concretas que llevan a cabo dichos juzgadores disciplinarios”.*

Alcalde Mayor	3
Alcalde Municipal	154
Alta consejería de la presidencia	1
Analista	8
Asesor	6
Asesor de educación superior	1
Asesor jurídico	3
Asistente de Secretario General	1
Asistente de Jefe de Personal	1
Auditor auxiliar	1
Auxiliar	1
Auxiliar administrativo	1
Bacteriólogo	1
Comandante	1
Comisario de Familia	1
Concejales	44
Contador	1
Contralor auxiliar	1
Contralor municipal	3
Contralor departamental	6

Contratista	8
Coordinador	13
Coordinador administrativo	4
Coordinador de área	4
Coordinador de capacitación	2
Coronel	3
Curador	40
Defensor regional	1
Delegado	1
Diputado	2
Director	97
Director (e)	2
Director administrativo	9
Director area	1
Director de Departamento Administrativo	2
Director de gestión	1
Director de Hospital	2
Director de la Superintendencia	1
Director General	3
Director 1	1

Director o Gerente Regional	2
Director o Presidente	1
Director Operativo	1
Director Seccional	1
Director Técnico	2
Director Territorial	9
Docente	2
Dragoneante	2
Empleado Público	2
Fiscal General de la Nación	1
Gerente	56
Gerente de ESE	11
Gerente de Establecimiento Público	3
Gerente General	3
Gerente I	1
Gerente Seccional	1
Gerente, Presidente o Director General o Nacional de Entidad Descentralizada	1
Gobernador	47
Guarda	1

Inspector	2
Inspector de 3° a 6° categoría	3
Inspector Municipal de Policía	1
Interventor	6
Jefe	15
Jefe (de sección)	9
Jefe de Control Disciplinario interno	2
Jefe de Departamento	3
Jefe del Departamento de Recursos Humanos	1
Jefe de División	1
Jefe de Grupo	1
Jefe de Oficina	2
Jefe de Oficina de Estudios Jurídicos	1
Jefe de Oficina Jurídica	2
Jefe de Personal	1
Jefe de programación	1
Jurado de votación	1
Médico	1
Medico servicio social obligatorio	2
Miembros de junta directiva	3

Ministro	1
Particular	1
Personero	3
Personero Municipal	9
Por determinar	862
Presidente	7
Presidente Concejo	5
Procurador Judicial	1
Procurador Judicial I	2
Procurador Judicial II	2
Procurador Provincial	1
Procurador Regional	1
Profesional	12
Profesional de Sistemas	1
Profesional especializado	4
Profesional universitario	4
Rector	6
Rector de universidad	2
Registrador de instrumentos públicos y privados	1
Registrador municipal	1

Representante de Alcalde	1
Representante legal	4
Secretario (a)	19
Secretario administrativo	4
Secretario de despacho	20
Secretario de Educación	1
Secretario de Gobierno	6
Secretario de Hacienda	7
Secretario de Obras Públicas	2
Secretario de Planeación Municipal	3
Secretario de Salud	2
Secretario de Salud Departamental	2
Secretario General	3
Secretario Oficina	1
Secretario Privado	1
Segundo Comandante	1
Servidor público	30
Subdirector	9
Subdirector administrativo	1
Subdirector, subgerente o subcomisionado	1

Subgerente	13
Subgerente administrativo	8
Subgerente de despacho	2
Superintendente	3
Superintendente delegado	1
Supervisor	8
Técnico	3
Teniente	1
Tesorero	1
Tesorero Departamental	1
Tesorero Municipal	3
Vicepresidente	2
Viceministro	2
Sin registro	4
<b>TOTAL GENERAL</b>	<b>1879</b>

Con un corte desde el 2007 hasta el 2020, obtenemos que con ID del caso, IUS y el IUC -dependiendo si es indagación o investigación- (número de identificación del proceso en la Procuraduría General de la Nación), fecha de los hechos y de la radicación, estado (activo o inactivo), dependencia titular, municipio y departamento donde se cometieron los hechos, entidad, cargo, falta disciplinaria, materia en la falta disciplinaria, decisión y fecha de la misma, sanción y termino de la misma (si la hubiesen), normas infringidas, descripción de los hechos y de la solicitud, conductas e intervinientes, nos muestra los

datos necesarios para nuestra investigación, lo cual los clasificare por tipología (directivas, protocolos, circulares, instrucción o directriz, etc.).

Realizando un muestreo de los distintos casos que existen por — **incumplimiento de directivas**— que bien se tiene por no obedecer los derechos contenidos en las normas, y para no ser repetitivos podemos ver en el informe que fueron cometidos por varios alcaldes, curiosamente todos cometidos en el departamento del Atlántico, entre ellos: Piojó, Tubará, Puerto Colombia, Luruaco, Manatí, Campo de la Cruz, Galapa, Santo Tomás, Juan de Acosta y Ponedera, la mayoría estando inactivos, y por tanto declarados archivados por diferentes circunstancias entre ellas porque no existió el hecho, no podría proseguirse la acción, o bien por causal de exclusión de responsabilidad, como ejemplo de ello tenemos:

<b>ID CASO</b>	<b>456834</b>
Fecha de los hechos	18/10/2011
N° de proceso	D-2011-566-456834
Estado	Inactivo
Dependencia titular:	Procurador Provincial de Barranquilla
Municipio	Santa Lucía (Atlántico)
Entidad:	Alcaldía de Santa Lucia (Atlantico)
Cargo:	Alcalde
Falta disciplinaria:	Incumplir los deberes contenidos en las leyes (irregularidades administrativas)
Decisión:	Archivo, porque el hecho no existio

Descripción:	Por incumplimiento de la Directiva 011 del 5 de julio de 2011, por no remitir los presupuestos territoriales e incluir partidas para la población desplazada.
--------------	---

Realizando un muestreo de los distintos casos que existen por — **incumplimiento de protocolos**— que bien se tiene por incumplir los derechos contenidos en las leyes, y que de las distintas y presuntas irregularidades en el incumplimiento de protocolos en la impartición de órdenes a los ciudadanos en el control del espacio público, de seguridad internos, de salud o de uso indebido de ambulancias en ESE, y no parque de vehículos, en total de siete (7) hasta la fecha, que son:

ID CASO	1109450
Fecha de los hechos	Por determinar
N° de proceso	D-2018-1109450
Estado	Activo
Dependencia titular:	Procurador Regional del Valle del Cauca
Municipio	Sin determinar
Entidad:	Sin determinar
Cargo:	Sin determinar
Interviniente	Consejería de Derechos Humanos de la Organización Regional Indígena del Valle del Cauca

Falta disciplinaria:	Sin determinar
Decisión:	Estudio preliminar
Descripción:	Atropello, desconocimiento e intromisión de la fuerza pública de las políticas de gobierno e incumplimiento en los protocolos de la administración de justicia por parte de la Fiscalía General de la Nación en el caso de la judicialización de la Gobernadora suplente del cabildo ancestral del pueblo nuevo.

De las distintas y presuntas irregularidades en el **—incumplimiento de circulares—**

<b>ID CASO</b>	<b>1109450</b>
Fecha de los hechos	Por determinar
N° de proceso	D-2017-955942
Estado	Activo
Dependencia titular:	Procurador Provincial de Amagá
Municipio	La Pintada (Antioquia)
Entidad:	Alcaldía Municipal
Cargo:	Alcalde
Interviniente	Archivo General de la Nación

Falta disciplinaria:	Incumplir las normas contenidas en los distintos Decretos
Decisión:	Evaluación de indagación preliminar
Descripción:	Investigación por incumplimiento a circulares conjuntas de Contraloría y Procuraduría en el tema de archivo de entidades territoriales.

De las distintas y presuntas **—irregularidades en el incumplimiento de instrucción o directriz—**:

<b>ID CASO</b>	<b>146231</b>
Fecha de los hechos	26/05/2009
N° de proceso	D-2017-955942
Estado	Inactivo
Dependencia titular:	Procurador Primera Distrital
Municipio	Bogotá D.C
Entidad:	Alcaldía Municipal
Cargo:	Alcalde
Interviniente	Archivo General de la Nación
Falta disciplinaria:	Incumplir oficios
Decisión:	Archivo inhibitorio
Descripción:	Posible incumplimiento de

	instrucciones dadas por su superior (Secretario General), mediante oficios N° 2009018714, 2009019908 y 2209022143, esto, para desempeñar las funciones propias de su empleo en la dirección de hidrocarburos.
--	---

De lo anterior se obtiene que sigue vigente muchos de los procesos que al comienzo iniciaron como indagación, de esto tenemos que de estos aún siguen activos, y existen algunos con registro de sanción, otros con estudio preliminar, etapa probatoria, investigación, revocatoria directa o pliego de cargos.

<b>PROCESOS ACTIVOS</b>
-------------------------

<b>DECISIÓN</b>	<b>PROCESOS</b>
En procesos de registrar sanción	1
Estudio preliminar	109
Etapa probatoria indagación preliminar	149
Etapa probatoria investigación disciplinaria	109
Evaluación de indagación preliminar	49
Evaluación de investigación disciplinaria	13
Para resolver revocatoria directa de	2

fallo sancionatorio	
Pliego de cargos	3
Pruebas de descargos	1
<b>TOTAL</b>	<b>406</b>

Pero también muchos de ellos inactivos, ya sea porque se encuentra en archivo por inhibitorio, caducidad de la acción o la sanción, prescripción, por causal de exclusión de responsabilidad, porque el hecho no existió, no podía proseguirse, porque no era una falta, por traslado de competencia institucional, fallo absolutorio y bien condenatorio.

### PROCESOS INACTIVOS

<b>DECISIÓN</b>	<b>PROCESOS</b>
Archivo	169
Archivo inhibitorio	260
Archivo por caducidad	6
Archivo por caducidad de la acción	4
Archivo por causal de exclusión de responsabilidad	24
Archivo por prescripción de la acción	42
Archivo porque el hecho no existió	298
Archivo porque el investigado no cometió la falta	121

Archivo porque la acción no podía proseguirse	129
Archivo porque no estaba previsto como falta	47
Fallo absolutorio	33
Fallo sancionatorio	28
Traslado de competencia institucional	352
<b>TOTAL</b>	<b>1473</b>

### **III. CONSECUENCIAS DE LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS NORMAS BLANDAS EN EL ÁMBITO DISCIPLINARIO: ¿PROBLEMA DEL NEOINSTITUCIONALISMO Y DE LA GLOBALIZACIÓN?**

#### **A. INTERVENCIÓN MÍNIMA Y DEBIDO PROCESO EN LA ARTICULACIÓN DEL DESPLIEGUE DE LAS NORMAS BLANDAS CON EFECTOS AD INTRA EN EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA**

El derecho administrativo colombiano, como hemos notado, materialmente se expandió, lo que naturalmente reclama que el control judicial no quede rezagado a esa evolución.

Tal vez comentar sobre el modelo de la "*institución*" puede conducirnos a una noción "*ambigua*" y vaga; ya que primero, no todos tenemos la misma idea; por tanto, su término es inextricable por lo que parece. Y segundo, no toda "*institucionalidad*" puede tomarse de la misma forma. Esto significa que pueden existir varios tipos de "*institucionalidad*"; de ello, que podamos hablar de una institución social, política, religiosa... y no de una sola. Entonces, tenemos que la familia, el derecho, la ley, la iglesia, las empresas, el matrimonio, la democracia, el mercado, los sindicatos, la corrupción, la educación... son instituciones y subinstituciones en sus diferentes formas y vertientes, pero no igual de importantes<sup>154</sup>.

El término "*institución*", etimológicamente, significa instrucción, instructor, e instituto, no siempre ha correspondido a un lugar físico, también puede corresponder a algo intangible, tales como son los convencionalismos sociales (costumbres, tradiciones...), a las instituciones normas como las blandas (soft

---

<sup>154</sup> Daza, Mario. *¿Son débiles nuestras "instituciones" en Latinoamérica?* [Blog Derecho Público] Recuperado de: <https://derechopublicomd.blogspot.com/2016/04/son-debiles-nuestras-instituciones-en.html>, 2016

law) llamadas como instituciones cosas, o instituciones mecanismos: códigos, reglamentos, reservas de instrucción<sup>155</sup>.

También están las fuertemente establecidas como el Gobierno (instrucciones, directivas, protocolos...) o los hechos sociales (como subir las escaleras del lado derecho y bajar por el izquierdo), hasta incluso, el respeto, el aprecio, la honestidad..., una persona en sí (artistas, ideólogos, cantantes...) pueden ser considerados como una "*institución*" y a todo esto se debe su carácter ambiguo y vago, al que hemos alegado. De este modo, la formación de las instituciones requiere intencionalidad compartida, el lenguaje y otras habilidades cognitivas en gran medida ausentes en otros primates<sup>156</sup>.

La administración de la "posmodernidad", avalada por la Carta Política, está enfocada en la realización eficiente de políticas públicas y para ello involucra a los interesados; trabaja corporativamente con los actores de la sociedad. De acuerdo con lo anterior, el control judicial que realiza la jurisdicción contenciosa administrativa colombiana ya no solo se enfrenta al problema de mantener el orden jurídico en abstracto, de analizar los alcances de un contrato, de asignar de derechos o de reparar daños antijurídicos, debe verificar también si en esa

---

<sup>155</sup> Ibidem.

<sup>156</sup> Cfr, Simon T. Powers, Carel P. van Schaik, Laurent Lehmann. How institutions shaped the last major evolutionary transition to large-scale human societies. The royal society publishing, 2016.

alta producción regulatoria creativa, informal y flexible<sup>157</sup> de la Administración se acataron las garantías mínimas del debido proceso<sup>158</sup>.

La administración pública colombiana en la actualidad está alineada a los conceptos del “*Estado posmoderno*”<sup>159</sup> y “*Gobierno público corporativo*”. Ello implica para las autoridades públicas asumir con pragmatismo las condiciones altamente cambiantes que sobrelleva la “*posmodernidad*”, como son: el cambio climático, las nuevas tecnologías, la inteligencia artificial (legaltech), el neuroderecho, la ciencia, “*el libertarismo*”, la globalización y la supuesta tendencia desregulatoria, entre otras, por lo que la administración recurre al derecho blando o al soft law administrativo en razón a que no se encasilla en un procedimiento estrictamente reglado que impide muchas veces una solución oportuna, técnica y coherente con la problemática concreta.

El derecho blando administrativo encauza de manera más simple, dinámica y democrática las políticas de Estado y de gobierno más apremiantes, y permite además fijar estándares más allá de los que la ley obliga el derecho administrativo colombiano se encuentra en un proceso de actualización debido al impacto que trajo su constitucionalización, el control de convencionalidad y

---

<sup>157</sup> “Expresión conocida en el ámbito jurídico por la obra de J. Carbonnier, 1994) Incluso se emplea, en ocasiones, la terminología “*Derecho dúctil*”, expresión que se empleó para la traducción de la obra de G. Zagrebelsky, *Il Diritto mitte. Logge, diritto, giustizia*, por M. Gascón (Zagrebelsky: 1995). Como señalaba G. Peces-Barba, el término “*dúctil*” es próximo al de “*maleable*”, “*moldeable*” o “*flexible*”, aunque sea éste último el que se considere más apropiado para expresar, en sentido figurado, la idea del pluralismo, de ausencia de rigidez, de principios constitucionales no organizados jerárquicamente, de superación del legalismo y del sistema cerrado con que nuestro autor –se refiere a G. Zagrebelsky– identifica al sistema jurídico”, citado, por A. Saura, *La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*, p, 299.

<sup>158</sup> Martínez Jurado, p. 337.

<sup>159</sup> Cfr. Ob cit, Jacques Chevallier

la proliferación de fenómenos sociales, económicos y culturales propios de la globalización o bien del “*neoinstitucionalismo*”<sup>160</sup>.

Podemos hablar en principio como ya hemos comentado arriba, de dos tipos de efectos, la primera, que es interna, que es la que nos interesa en esta monografía (ad intra) y la externa (ad extra) -pero también una tercera considerado “*estatal-privada*”- (*delegación*), en el primer sentido está relacionada con la administración y los titulares de expedición de este tipo de instrumentos (tales como los procuradores), del cual se deriva de la obediencia que deban tener los servidores públicos en su aplicación, so pena, de una sanción disciplinaria y las otras dirigidas hacia los ciudadanos, tales como las normas técnicas, lo cual no genera en principio ningún tipo de derecho ni obligación.

Por ejemplo, para el profesor externadista las características generales de las normas técnicas, dice que sus especificaciones se encuentran en los conocimientos ya sea científicos, técnicos o en la experiencia de una cierta materia; por otra parte, indica que su expedición (igual como puede suceder en materia de normas blandas) se da en consonancia de un procedimiento consensuado y participativo jurídicamente habilitado, para ello, describen como ejemplo a las asociaciones privadas, que aunque sus decisiones no tienen

---

<sup>160</sup> “*Ciertamente en el contexto actual de globalización económica cada vez con mayor frecuencia e intensidad los diferentes Estados se ven obligados a reformar su ordenamiento siguiendo el soft law, dado que en caso contrario pueden sufrir determinado tipo de contramedidas por parte de las organizaciones e instituciones que las han dictado, como por ejemplo, la inclusión en una “lista negra” (blacklisting), sanciones económicas, obstaculización de las operaciones con el país incumplidor por parte de un bloque de países que establecen legislación a tal efecto (v. gr. “contramedidas” fiscales como la propuesta por el Comité Fiscal de la OCDE [o los BREF] en relación con los países que figuran en su blacklisting), o simplemente la suspensión de los pagos de un crédito internacional*”, citado por Caamaño Anido y Calderón Carrero, 2002, 263.

fuerza vinculante<sup>161</sup>, terminan siendo reiteradas y continuas en el tiempo y de acceso al público<sup>162</sup>.

En este punto muestra que los reglamentos técnicos tienen una categoría jurídica particular, tal como sucede con los acuerdos privados. Sea lo uno o lo otro, lo que sí se puede decir es que esta desprovisto del procedimiento normativo formal que conocemos normalmente, ya que estos son incorporados ya sea por medio de una Ley u otra norma de igual o inferior categoría, tal como lo determina el Decreto 2269 de 1993 en el artículo 2e, como por mencionar un ejemplo, en el área de la metrología<sup>163</sup>.

Esto no impide como hemos visto ut supra que la aplicación de una norma blanda de carácter interno (ad intra) no tenga repercusión en una externa (ad extra), indirectamente hacia el ciudadano (o privado-estatal).

Con el llamado modelo del "*institucionalismo*", ahora del "*neoinstitucionalismo*" y de la "*nueva gobernanza*" que surgió a partir del estudio de las "*instituciones*"<sup>164</sup>, viene adentrarse a este "rollo" la mezcla entre Estado y sociedad civil, en sus distintos niveles de regulación, pero es que este no solo se deriva de la economía misma, de la política o de lo jurídico, sino también de todas las ciencias sociales.

---

<sup>161</sup> Para el profesor Santaella: "*El derecho administrativo ya no es únicamente un derecho imperativo o autoritario, su nueva realidad nos enfrenta con que abarca asimismo formas de intervención no coactivas igualmente adecuadas para la persecución de los fines del interés general que le son inherentes*". Cfr. "Algunas reflexiones sobre las nuevas formas de actuación administrativas impuestas por el mercado y la técnica y sus implicaciones para la metodología de la ciencia jurídica-administrativa", en Revista Digital de Derecho Administrativo, N°5, primer semestre, p. 89, 2011.

<sup>162</sup> Santaella, 2008, p. 69.

<sup>163</sup> Santaella, 2008, p. 77.

<sup>164</sup> Por un lado, introducido originariamente por Ronald Coase en 1937.

El "*neoinstitucionalismo*" no tiene que ver mucho con partidos políticos o ideologías, por ello es que se puede concebir este a través de ideas de izquierda, derecha, totalitarias o liberales (o más bien libertarias), por ejemplo, podemos encontrar a personas de gran renombre apoyándose en este modelo<sup>165</sup>, de la cual pensaban que la sociedad es la suma de individuos que buscan sus propias metas particulares.

Por otro lado, el proceso de creación de normas se ha contagiado de la economía de escala, de ahí que un autor como Boix Palop se refiera a la *Mcdonalización* de la legislación como un proceso de decadencia del principio de racionalidad legislativa en el cual se evidencia la ausencia de técnica legislativa, representada básicamente por la aparición de normas abiertas e indeterminadas, de manera que hay una *legislación simbólica*<sup>166</sup>.

Mientras que los primeros institucionalistas trataron de introducir en la ciencia económica conceptos procedentes de otras ciencias, los nuevos institucionalistas (neoinstitucionalistas) tratan de utilizar los instrumentos de la economía para explicar la historia, el comportamiento animal, el comportamiento delictivo, el derecho, los contratos, la empresa, el derecho sancionatorio, la justicia, las redes de información, el gobierno, la familia y otras instituciones sociales<sup>167</sup> *¿y por qué no el uso de las normas de derecho blando?*

---

<sup>165</sup> Tales como lo son: Douglas North, Mauricio Hauriou, Santi Romano, Neil MacCormick, Ronald Coase, Willard Earl Atkins, Arthur Robert Burns, Simon Kuznets, Robert Heilbroner, Gunnar Myrdal, Elinor Ostrom, Hann Jong Chan, John Kenneth Galbraith, Peter Drucker, Harold Demsetz, Richard Posner, Oliver Williamson, Gary Becker, James Buchanan... Desde nuestra postura podemos encontrar a institucionalistas políticos clásicos y funcionalistas liberales (o libertarios) tales como Stuart Mill, Tocqueville, Hayek, Locke, Paine, Spencer, etc.

<sup>166</sup> Marcilla Córdoba, 2006.

<sup>167</sup> Ver al respecto el texto "*Freakonomics*" de Steve Levitt.

Es lo que también se ha llamado “*imperialismo económico*” (tramitado bajo el Análisis Económico del Derecho —Law and Economics—), la invasión por la ciencia económica de áreas del conocimiento que le habían sido ajenas; de aquí podemos rescatar los estudios de Gary Becker o su discípulo Steven Levitt, como también de la escuela de Chicago (ahora con la escuela austriaca). Está por tanto más interesado en las normas blandas (código de conductas, directivas, instrucciones...) que, en las leyes, más en el arbitraje y las soluciones privadas que en el proceso judicial (desmonopolización y descentralización) -teoría evolutiva del derecho<sup>168</sup>-.

Al respecto Douglas North expresa que las instituciones son una creación humana. Evolucionan y son alteradas por humanos; por consiguiente, nuestra teoría debe empezar con el individuo. Al mismo tiempo, las limitaciones que esas instituciones imponen a las elecciones individuales son generalizadoras<sup>169</sup>.

De este modo, el estudio de las “*instituciones*” tales como son las expedición de normas, reglamentos blandos, se encargan de desarrollar una teoría comprendida en el funcionamiento de la sociedad, de sus características y efectividad, con todo tipo de funciones (políticas, económicas, jurídicas...) con fin de que se pueda regular la acción humana<sup>170</sup>; es decir, es un tipo de organización de la sociedad a partir de reglas, costumbres, leyes (“*instituciones normas*”) que vienen a solucionar los conflictos de los intereses en la estructura social dentro de una entidad; la forma en que se relacionan los seres humanos de una determinada sociedad o colectivo, buscando el mayor provecho para

---

<sup>168</sup> Al respecto ver el texto de Mauro Zamboni “*Teoría evolutiva y positivismo jurídico: un matrimonio posible*”.

<sup>169</sup> 2006, p. 16.

<sup>170</sup> Al respecto se puede revisar el texto de Daniel González Lagier: “*Las paradojas de la acción*”, sobre la relevancia de la acción humana en la ética y el derecho.

los servidores públicos. El beneficio de la institución (Buchanan) es mayor cuanto más eficiencia genere<sup>171</sup> y minimice los costes de transacción y de información (Coase).

Ahora, las normas y convenciones sociales, como lo son las normas blandas o el soft law administrativo desde el “*neoinstitucionalismo*”, son un conjunto de reglas informales y frecuentemente tácitas. Son códigos de conducta que regulan los comportamientos en situaciones recurrentes y proporcionan un sistema de premios (sanción positiva) y castigos (sanción negativa). Estos convencionalismos blandos, como también leyes consuetudinarias son consideradas en el análisis económico del nuevo institucionalismo como superiores, más eficaces y de menor coste que la resolución judicial o administrativa.

Cuando se analizan grupos sociales concretos se observa que la gran mayoría de las querellas son resueltas muy tempranamente por estos mecanismos. Por otra parte, son estas normas las que han dado origen a las leyes y están continuamente transformándose a través de su influencia sobre las decisiones del legislador y la jurisprudencia.

Por ejemplo, si existe un contrato entre las partes de comprar un televisor, esto sería lo explícito, la compra y venta del bien, pero existen ciertas reglas que no están descritas tal cual, como el de no devolver el bien defectuoso en cierta cantidad de días no será reembolsado el dinero, si existe un daño anterior a la

---

<sup>171</sup> Para Juan Carlos Covilla: “*Los instrumentos de soft law pueden ser más efectivos para alinear a los gobiernos locales que los mecanismos tradicionales de coordinación, como los planes. El soft law es uno más entre la variedad de instrumentos que tiene la Administración pública para relacionarse con otras administraciones públicas o con los particulares. Es utilizado por ella no solo por su versatilidad, sino por su eficacia en el cumplimiento de los objetivos que establece*”, 2019, p. 100.

compra..., si, entonces todo esto hace parte de las instituciones que no permea el mercado mismo, son instituciones jurídicas que deben ser tomadas en cuenta ya sea por el Estado (mínimamente) a través de sus lineamientos y por los particulares por acuerdo, que es lo ideal, es decir, ya sea por un contrato regulador o por normas reguladoras<sup>172</sup>.

El mercado ha sido una institución bondadosa desde la existencia humana, a partir de la cooperación, el orden espontáneo, la cohesión social... pero no quiere decir que el mercado no tenga “*defectos naturales*” y tampoco quiere decir que no haya “*límites del mercado*” según como lo plantea Sandel; simplemente hay algunos tipos de instituciones tal como son el Derecho y la Política que le dan freno a este, como por ejemplo sucede con las políticas criminales, los marcos jurídicos, los contratos, la organización del Estado, los controles de poder y así también las normas blandas, por tanto estas instituciones constituyen un “*check and balances*”.

Por tanto las normas blandas con efectos ad intra como lo miramos desde nuestra investigación deben requerirse bajo “*el test de ductilidad*<sup>173</sup>” ahora en materia disciplinaria enmarcado a ser expedido bajo una intervención mínima coherente, que vaya acorde a los parámetros legales superiores, sin que esta sea óbice de una posible revisión, por tanto, es necesario que estos instrumentos sean utilizados de la mejor forma nunca escondiendo su real propósito, que es el de informar, recordar, establecer pautas, lineamientos, sin que raye en la arbitrariedad. Veamos.

---

<sup>172</sup> O. Williamson ha llamado esto como estructuras de gobierno.

<sup>173</sup> Para Sánchez Pérez, el test de ductilidad se basa en cuatro análisis que son: i) Principio de reserva de instrucción administrativa, ii) agregación normativa, iii) exclusión de control judicial y democrático y por último iv) mutación normativa.

<b>Instrumento<sup>174</sup></b>	<b>Reserva de instrucción administrativa</b>	<b>Agregación normativa</b>	<b>Exclusión de control de legalidad</b>	<b>Mutación normativa</b>
Circular conjunta <sup>175</sup> externa sobre vigencias futuras	Las operaciones de créditos aprobadas bajo la forma de vigencias futuras deberán ser derogadas	Transgrede la reserva de Ley, al alterar lo dispuesto en el artículo 12257 de la Ley 819 de 2003.	Evade el control judicial tanto constitucional como legal.	Se reforman las normas competenciales de las entidades territoriales. Se transmuta el principio de jerarquía normativa

Según Santaella los diferentes modelos de gobernanza cada vez se asemejan a la realidad administrativa, la proliferación de normas paccionadas y no vinculantes de normas (derecho blando) fuerza a reconocer esta nueva dimensión del sistema jurídico administrativo como parte de la normalidad de la acción de la administración, plagado de transformación y desafíos en su “esquema de fuentes”, esto se debe a que la pirámide tradicional ha perdido

<sup>174</sup> Fuente tomada de la tesis de maestría de Natalia Franco, 2019 y Sánchez Pérez, Alexander. Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial. Universidad Externado de Colombia. 2012, p. 150.

<sup>175</sup> Hasta la fecha (marzo de 2020) la Procuraduría General de la Nación ha expedido, 118 Circulares simples (desde el 2015), 17 Circulares conjuntas, 54 Directivas (desde el año 2016), 2 Directivas Conjuntas y 2 Directivas Unificadas. Cfr. Información generada como respuesta de petición del 17 de marzo de 2020, rubricado por el Profesional Universitario Grado N° 17: “Paulino Solano Camargo”. Solicitud E-2020-111783 del 11 de marzo.

capacidad explicativa de lo que sucede en el interior del denominado esquema normativo<sup>176</sup>.

A modo de exponer otro ejemplo, el pluricitado profesor Sánchez Pérez en su texto originario plantea que la Directiva 01 de 26 de enero de 2012 del Procurador General de la Nación sobre “*Evaluación de políticas en materia de la infancia, la adolescencia y la juventud*”, dirigida a Gobernadores y Alcaldes”, en el que se sobrepone el “*test de ductilidad*”, pero a la vez se advierte que su desconocimiento puede derivar en investigaciones disciplinarias, a pesar de ir en contra de ese esquema normativo o piramidal.

<b>Instrumento</b>	<b>Reserva de instrucción administrativa</b>	<b>Agregación normativa</b>	<b>Exclusión de control de legalidad</b>	<b>Mutación normativa</b>
Directiva 1 del 26 de enero de 2012	Evaluación de políticas públicas en materia de la infancia, la adolescencia y la juventud	Transgrede la Ley 1098 de 2006 y el artículo y la misma Ley 734 de 2002, al pretender obligar indirectamente a cofinanciar la ley de la aplicación	Evade el control judicial tanto constitucional como legal.	Se reforma la norma constitucional del artículo 365, basado en el principio de suficiencia hacendística y la ley 1098 de 2006 basado en supuestas transferencias de competencias.

<sup>176</sup> Ob cit, Franco, 2019, pp.177-178.

		de la ley a las entidades territoriales en sus planes de desarrollo.		
--	--	--	--	--

Consecuencia de ello, se encuentra que se genera un uso inadecuado de la reserva de instrucción<sup>177</sup>, que deriva en diferentes efectos sobre las fuentes del derecho, la reserva de Ley, el control de legalidad, los mecanismos de producción normativa y la organización administrativa nacional-territorial.

Entonces, el soft law o normas blandas administrativas no es solo el resultado de nuevas formas de colaboración con actores privados sino también la manifestación de técnicas de gestión administrativas, enmarcadas en un proceso de reformas que se ha venido llamándose en los últimos años: “*nueva gobernanza*”<sup>178</sup>, como búsqueda de nuevas técnicas de legitimación, globalización económica, realidad multicultural de las sociedades occidentales y otros fenómenos<sup>179</sup> (dinámica institucional) que ponen en jaque a las técnicas tradicionales. Lo que permite estas normas sin carácter obligatorio, es la integración de todos los actores partícipes de la realidad política y social, sin

---

<sup>177</sup> Que para Sánchez Pérez se da sobre: i) las fuentes del derecho, (para grabar contenido de reserva), ii) sobre la reserva de ley (sustituir), iii) sobre el control de legalidad (inmunidad judicial), iv) mecanismo de producción normativa (mutación sin tener procedimiento de reforma, derogación, creación), y v) sobre la organización de administración nacional-territorial (alterna el marco de competencias hacia una recentralización), 2012, p. 148.

<sup>178</sup> Sarmiento, 2008, pp. 49-50, de la misma forma lo llama Santaella, 2019.

<sup>179</sup> “*Las sociedades “posmodernas” se confrontan así con un problema de “gobernabilidad”, que requiere nuevos métodos, diferentes de las técnicas de gobierno*”. Jacques Chevallier. El Estado posmoderno, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 403.

que las disposiciones generen una respuesta desde las instancias jurisdiccionales y administrativas.

## **B. LA RELACIÓN BIPOLAR ENTRE EL NUEVO MICROPODER<sup>180</sup>, EL DEBILITAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO<sup>181</sup> Y EL FORTALECIMIENTO DE LA SEGURIDAD JURÍDICA**

García de Enterría<sup>182</sup> decía que existen algunas zonas de inmunidad basadas en tres (3) categorías del poder administrativo y exoneración del control judicial<sup>183</sup>:

1. Actos políticos.
2. Poderes discrecionales.
3. Poderes normativos.

---

<sup>180</sup> Según Druzin *“la norma blanda tiene tanto poder, lo cual puede conllevar a consecuencias negativas, me refiero a los instrumentos cuasi legales que no tienen fuerza legal, como declaraciones y directrices no vinculantes creado por gobiernos y organizaciones privadas, efecto de red cuando el valor de un producto o servicio aumenta a medida que el número de otros agentes que utilizan, crece el mismo producto o servicio, lo que a su vez atrae a más usuarios”*. Cfr. Los sistemas legales son sistemas en red, 2017, p. 6.

<sup>181</sup> *“Cuando se respeta el Estado de derecho, la gente puede tener una certeza razonable por adelantado acerca de las reglas y los estándares por medio de los cuales su conducta será juzgada, y los requisitos que deben satisfacer para que sus transacciones tengan validez jurídica”*. Cfr. Neil Maccormick. Retórica y Estado de derecho, p. 53.

<sup>182</sup> La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo, en Revista de administración pública, n° 38, mayo-agosto, 1962, pp. 159-208, Democracia, Ley e inmunidades del poder, Madrid, Civitas, 2011.

<sup>183</sup> Sala del Consejo de Estado en la providencia de 27 de noviembre de 2014, M.P. Vargas Ayala, concluyó que; *“Toda clase de circulares, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expidan, se encuentran sujetas al control de los jueces de la Administración”*.

4. Y ahora nosotros lo ampliamos a una cuarta categoría llamada: “reservas de instrucción” que son (circulares, directivas, protocolos, etc)

El soft law que ahora exponemos, se produce a raíz de una naturaleza dependiente del derecho administrativo, precisamente a partir de la ciencia de la administración<sup>184</sup> (con Bodin y Florentino González), tal como lo expresa también el profesor José Esteve Pardo, pero ahora dada por la incapacidad del legislativo de alcanzar acuerdos que se extiendan a todos los niveles de decisión en una sociedad muy compleja, del que no pueden ofrecerse desde el sistema formalizado y del derecho público estatal, por ello es que ahora se hable de un nuevo derecho basado en la “globalización” que sea diferente a las nuevas formas de producción normativa.

Es a través de ese consenso popular es que produce ese quite al “*poder salvaje*” como diría Luigi Ferrajoli, frente al abuso estatal en contrariedad a la seguridad y al orden jurídico liberal generado por la mala intención de crear reservas de instrucción a su acomodo (ya sea por razones políticas, ideológicas, etc), por parte de las administraciones públicas como también por los entes de control. Lo que se quiere es que, al momento de expedirse normas blandas, estas puedan someterse bajo un test que el profesor Sánchez Pérez llama de “*ductilidad*”, para poder examinar si verdaderamente produce efectos jurídicos o no, o si se trata de una agregación normativa en contra de ese “*esquema normativo*”, conculcando en últimas el Estado libertario de derecho.

---

<sup>184</sup> Para Sánchez Pérez, las normas de derecho blando han sido concebidas desde la ciencia de la administración como instrumentos dúctiles de regulación que ayuda a desarrollar la función administrativa de manera diferente, ágil y efectiva, cuya función esencial consiste en construir un puente de comunicación entre la norma de derecho positivo de carácter universal y el acto jurídico particular que la precisa, bisagra que articula el texto jurídico con la acción, 2012, p. 225.

Esto es una consecuencia normativa del principio de subsidiariedad<sup>185</sup> (y de intervención mínima); pues su función tiene por objeto una regulación de mínimos que deja un margen de decisión a quien se encuentre en una mejor posición reguladora, hasta incluso como técnica que incrementa la transparencia, como los: libros verdes o blancos, en los que se lanzan preguntas y respuestas a los sectores afectados, permitiéndoles participar, para pasar a disposiciones normativas, aunque no siempre<sup>186</sup>.

A partir de esto, Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero indica que el fundamento del *soft law* en el derecho administrativo se encuentra en el principio de subsidiariedad, según el cual los poderes normativos deben entregarse a quien tiene una mejor posición reguladora. Este estatus puede provenir de que el creador de *soft law* tenga una posición que permita la coordinación de distintas entidades o que —el *soft law*— sea una forma más directa de democracia y por tanto que cuente con mayor legitimación. Son normas que, a pesar de no hacer parte del derecho positivo de un Estado, evidentemente cuentan con una altísima eficacia<sup>187</sup>. Sobre este punto podría pensarse que el *soft law* se encuentra en el ámbito de las normas sociales, éticas o incluso morales.

Para el profesor Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero las funciones del *soft law* administrativo son<sup>188</sup>:

---

<sup>185</sup> Subsidiariedad resume dos ideas simples: “*Que la autoridad debe ejercerse en el nivel más adecuado para la eficiente aplicación de las medidas posibles y que el Gobierno debe completar no sustituir la acción de los individuos y de las familias*”. Cfr. Jaime Rodríguez Arana (1997). Estudios de derecho local, p. 19.

<sup>186</sup> Sarmiento, 2008, pp 152-160.

<sup>187</sup> “*Existe una serie de instrumentos que no son propiamente mecanismos de coordinación – debido a que les faltan uno o varios de los requisitos para que sean definidos como tal–, pero pueden ser igual o más eficaces que los mecanismos de coordinación para efectos de dirigir a un ente local. El ejemplo que utilizamos fue el de los instrumentos de soft law*”. Covilla, 2019, p.108.

<sup>188</sup> 2008, p. 67.

1. Sistematizar el conocimiento adquirido en ámbitos autorizados de decisión, con elevados grados de legitimidad y especialización.

2. Una manifestación de un retroceso del Estado (de derecho) y de sus mecanismos de decisión y solución de conflictos, en virtud del cual se delega en los actores directamente afectados la adopción de normas o la interpretación de estas.

Entonces, la aparición del soft law administrativo es el resultado de un complejo proceso de transformación, que va de la mano de la estructura del Estado contemporáneo, [como de las instituciones] la realidad social y al tejido económico, como nuevas formas de regular; añadido a la crisis del legislador, que bien se ha llamado: legislación motorizada, simbólica.., en la que se carece de efectividad, eficacia; esto a falta de incentivos, sanciones, órganos administrativos que la hagan cumplir, mecanismos de control, recursos económicos, materiales tecnológicos, personales...

La crisis ha generado mayor poder a los tribunales generando creacionismo judicial, (un nuevo micro poder) debido a la devaluación de la técnica legislativa, aumentando la discrecionalidad. Esto ha sucedido con las normas blandas como instrumentos atípicos con contenido normativo, como respuesta a la necesidad de flexibilidad<sup>189</sup> por parte de los reguladores, pero también como una técnica de inmunidad ante la actuación jurisdiccional, que encuentra dificultades para enjuiciar, y como problemas para reconocerles valor normativo concreto<sup>190</sup> .

---

<sup>189</sup> *“Una de las características del soft law es la flexibilidad para su emisión. La posibilidad de crear estos instrumentos por parte de las administraciones públicas lleva a que en la práctica administrativa se denominen desde “directrices” hasta “notas” y la única forma de agruparlas sea su carácter no vinculante”*, Covilla, 2019, p. 101.

<sup>190</sup> Sarmiento, 2008, p. 42.

Así las reglas de soft law se van a caracterizar por ser la máxima expresión de vinculatoriedad de esta fuente del derecho. Cuando el soft law se expresa en términos determinados, tanto en su antecedente como en su consecuente, nos encontramos ante un soft law pleno en la realización de efectos jurídicos, con las consecuencias interpretativas e indemnizatorias, en cambio los principios cuentan con un grado secundario de vinculatoriedad, dado su contenido indeterminado a la hora de definir las consecuencias jurídicas que imponen a sus destinatarios. A diferencia de las reglas, estos únicamente desplegarán efectos interpretativos y solo en determinados casos, indemnizatorios<sup>191</sup>.

Las consecuencias entonces de apartarse del soft law son<sup>192</sup>, en consonancia con un “*test de ductilidad*” son:

1. El deber de interpretación de la norma dura (constitución, ley, reglamento...) de conformidad con la norma dura y en caso de apartarse, decir por qué razonada y racionalmente.
--

2. El principio de legalidad [ahora de juridicidad] y la seguridad jurídica deben constituirse en el freno a los de la norma blanda administrativa expedida.
--

3. Podría producirse una responsabilidad jurídica (patrimonial, penal, disciplinaria) de los servidores públicos, derivada del cumplimiento o incumplimiento del <i>soft law</i> o norma blanda administrativa, por no acatar sus características mínimas.
--

En síntesis, para el profesor Daniel Sarmiento Ramírez-Escudero lo son<sup>193</sup>:

---

<sup>191</sup> Ibid., p. 105.

<sup>192</sup> Escalones, p. 200.

<sup>193</sup> 2008, p. 106.

1. El soft law es un segmento del ordenamiento jurídicos, cuya finalidad es la creación de normas cuyo cumplimiento se exige en grado y no de forma taxativa, por tanto, son mandatos de optimización<sup>194</sup> cuyo cumplimiento no entraña una respuesta jurídica concreta.

2. Debe adoptarse por los poderes públicos competentes tanto en términos territoriales como materiales, pero ello no significa que a través de estas normas no se modulen o compartan espacios competentes, que, en principio, le están vedados a los poderes públicos

3. No está sujeto a procedimientos para su aprobación (salvo disposición en contrario), pero sí deberá cumplir una fase del procedimiento si desea desplegar efectos ad extra y

4. Es una fuente del derecho imprevista por el constituyente, que se ha venido formando con el tiempo, que pese su anómala función, ha venido ganando terreno para poner en marcha una nueva gestión administrativa.

Con ello, se pueden encontrar varias puertas de entrada del *soft law* a un ordenamiento jurídico: i) es la remisión expresa de normas jurídicas al *soft law* ii) se da en el ámbito de la interpretación, especialmente cuando las normas objeto de interpretación son amplias, como son los mandatos de optimización —principios— o conceptos jurídicos indeterminados, iii) puerta se da en el ámbito de la aplicación de las normas, ya que en casos de lagunas se abre la posibilidad de aplicar analogía *iuris*, esto es, acudir a los principios generales de derecho que dada su abstracción pueden llegar a encontrar una concreción en el *soft law*.

---

<sup>194</sup> Cfr. del mismo autor la obra del 2007: "*Principio de proporcionalidad en el derecho administrativo. Un análisis desde el derecho español*", publicado en la editorial de la Universidad Externado de Colombia.

Tal como se ha dicho, las normas blandas son una fuente del Derecho cuya base ontológica está basada en un mandato de optimización. Se trata de un sector del ordenamiento que exige de sus destinatarios un cumplimiento en grado, sea cual sea su manifestación. El reverso de esta moneda lo encontramos en el hard law, cuya base ontológica no se caracteriza por exigir mandatos de optimización, sino mandatos taxativos<sup>195</sup>.

Por ejemplo, la norma técnica a diferencia de la norma jurídica, se da en que la primera no busca una legitimación política y por ende social, sino aquella que le otorga el consenso hallado para su elaboración dentro de la comunidad científico-técnica. Ello no excluye, por supuesto, que dentro del ámbito institucional jurídico-político se elaboren regulaciones técnicas. De allí, que se dé la diferencia entre normas técnicas (por fuera del derecho) y normas técnicas reglamentarias, estas últimas pertenecientes al ordenamiento jurídico, el quid de la cuestión, está en que la norma técnica constituye hoy día parte casi indisociable del contenido de aquellas normas jurídicas de naturaleza técnica, porque se terminan incluyendo en la norma que las regula<sup>196</sup>.

Mediante la técnica de remisión el contenido de normas provenientes de organizaciones privadas pasa a adquirir los atributos de validez y eficacia propios de la norma jurídica. Por este motivo no es de extrañar que las objeciones hechas por los juristas a este tipo de normas radiquen principalmente en los problemas constitucionales de legitimación y legalidad. De allí, que se predique la remisión por normas jurídicas a normas técnicas, evitando así el desfase de la reglamentación, adquiriendo un carácter completivo de la norma jurídica a través de la técnica del reenvío, que bien se puede terminar en últimas, si se quiere, en una norma blanda<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> Sarmiento, 2006, p. 229.

<sup>196</sup> Tarrés, 2003, p. 159

<sup>197</sup> Tarrés, 2003, pp. 170-171

Para el profesor español la historia de la reducción de las inmunidades, es constante y la administración se ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación. Hay que decir, en todo caso, que esa reducción de inmunidades no puede ser la obra de puras y abstractas declaraciones legales, sino que ha de ser el resultado de todo un vasto movimiento de lucha por el Derecho, en el que, naturalmente, no es sólo responsable, y ni siquiera quizá primariamente, el legislador, sino como parece el operador jurídico<sup>198</sup>.

Afirma en esta página que proclamar la inmunidad jurisdiccional de la Administración en estas materias (como las blandas), así genérica e imprecisamente llamadas políticas, implica ni más ni menos que consagrar que la administración puede obrar en las mismas sin límite legal ninguno, incluso atropellando los derechos más elementales y más obvios de los ciudadanos, puesto que no existe medio técnico ninguno, ni de imponerle esos límites legales, ni de exigirle el respeto a esos derechos hipotéticamente atropellados<sup>199</sup>.

Para este autor, si ha existido y sigue existiendo una disciplina jurídica claramente vinculada a la técnica, esa es, sin lugar a duda, el Derecho administrativo. La incorporación o, mejor dicho, la referencia a la norma técnica privada desde la norma jurídica y la concreción de ésta por aquélla es, sin duda, uno de los aspectos más relevantes que interesan al jurista y principalmente, por ahora y en nuestro país, a los administrativistas, como una de las muestras más genuinas de autorregulación<sup>200</sup>.

---

<sup>198</sup> García, 1962, p. 166.

<sup>199</sup> García, 1962, p, 186.

<sup>200</sup> Tarrés, 2003, p. 156.

El problema de todo esto ha radicado que los funcionarios y demás servidores no cumplan en estricto sentido las normas de raigambre legal, y formalmente vinculadas al sistema, sino que están en una disyuntiva de obedecer o no la circular, la guía, instructivo que se acaba de expedir como resultado muchas veces contrarias a las líneas precedidas del ordenamiento jurídico. Por tanto, se puede decir que estos instrumentos carecen de validez y existencia, pero sirve para que los entes de control puedan disciplinar, criminalizar a una persona o servidor X, lo que constituye una arbitrariedad en contravía a las normas de orden superior.

Puede resultar que un acto o instrumento de las normas blandas no se interprete de acuerdo a los requerimientos de las normas duras, lo que resulta en últimas en contra. Podría suceder que dos normas de esta categoría se enfrenten, pero la responsabilidad se deriva cuando lo hace con una superior, el daño se da cuando se presenta como antijurídico.

Entonces, es aquí donde se expone la crisis del legislador [como relación bipolar] en el poder afrontar los nuevos problemas actuales existentes en el derecho administrativo, y que por tanto de reconocer hoy en día, bien con el auge del -soft law- como suplemento el vacío normativo. Se estima que es un “nuevo poder” del gobierno la utilización de la forma de reserva de instrucción no vinculantes para la administración<sup>201</sup>.

Por tanto, aquí el soft law administrativo o normas blandas desempeña dos cosas<sup>202</sup>:

1. Un logro, que es la sistematización del conocimiento patentado en una norma blanda o normas blandas del cual desempeña un alto grado de

---

<sup>201</sup> Sarmiento, 2008, p. 32.

<sup>202</sup> Ibid., p.67.

especialización en la materia y

2. Un retroceso del Estado en el cual se delega a los actores expedir normas no vinculantes sin límites de las cuales el legislador no pudo definir.

El soft law por ser tan diverso e informal no tiene un procedimiento propio de como elaborarse o llevarse a cabo, lo que al parecer conlleva a carecer de efectos obligatorios no permitidos (en principio) para su enjuiciamiento ante la jurisdicción contenciosa. De esto se deriva que las normas blandas -soft law- ordenen que hacer o no a ciertas autoridades (con efectos ad intra) o personas (con efectos ad extra) pero sin valorar su grado de juridicidad<sup>203</sup> [obviando el “test de ductilidad”].

La administración ha sido atacada con instrumentos distintos a los tradicionales, que conocemos como “*normas duras*”, ahora exista una inmunidad de control judicial dictada por actos del gobernador o el alcalde, si se quiere, que permite establecer que se deba realizar o no, considerándose como reserva de instrucción, la cual puede incluso contrariar a la norma de superior jerarquía<sup>204</sup>.

Se determina que las normas blandas deben ser consideradas como actos de administración interior y que por tanto tengan que ser tomadas como actos administrativos no creadores de derecho, que en últimas se obtiene como órdenes, pero que pueda contrariar una norma de mayor raigambre<sup>205</sup>.

Si las normas de derecho blando se entienden por ser de característica metajurídica, tal como lo plantea el autor, *¿por qué no funge una función*

---

<sup>203</sup> Sarmiento, 2008, p.95.

<sup>204</sup> Sánchez, 2012, p.19.

<sup>205</sup> Sánchez, 2012, p.69-71.

*preventiva en la realidad?* Pues, porque los gobernantes lo toman como guía, pero a propósito, con miras a sus intereses (ya sea de cualquier índole), generando conflicto normativo y desorden administrativo. El problema de esto radica en que si existe ley habilitante previa se pueda expedir tantas normas blandas de las que sea posible (sin limitación alguna), haciendo del principio de legalidad una flexibilización no del todo acorde<sup>206</sup>.

Se discute sobre la intimidación existente que resulta en la producción de las normas blandas como consecuencia de los actos administrativos expedidos por la administración, de la cual se obtienen como: “*no vinculantes*”, pero que a la final terminan siendo obligatorias y necesarias para el servidor público, patentado en un reproche disciplinario, precisamente por el incumplimiento que pueda existir por no acatar esa norma blanda que establece que hacer o no en contra de una norma dura<sup>207</sup>.

Se puede entender que la falta de cumplimiento en un sentir blando conlleve a la responsabilidad disciplinaria, ya que puede traer en un supuesto un daño a la administración, esto es, que el servidor público debe acatar las órdenes jurídicas, indistintamente como se causen, y que se producen por ser contrario a derecho, derivado de una infracción al deber funcional<sup>208</sup>.

La cuestión radica en que el servidor público tenga que obedecer no solo normas materiales sino de otra índole, que se entiende válidas dentro del sistema de fuentes, pero del derecho administrativo. Siendo coactivo su cumplimiento permite que todos tengan que obedecer a la ley en sentido material, porque se considera vinculante (sin que lo sea); a la hora de la verdad termina reflejando una incertidumbre legal e intimidatorio porque podría

---

<sup>206</sup> Sánchez, 2012, p.75.

<sup>207</sup> López, 2016, pp.1-2.

<sup>208</sup> López, 2016, p.30.

contrariar una norma legal o constitucional<sup>209</sup>.

La utilización exabrupto de las reservas de instrucción, sobre todo en los entes de control (pero en nuestro caso de los organismos de control, como también en la administración central) determina un caos como forma de controlar este tipo de actos, lo que hace que exista e incluso un incumplimiento de las funciones del servidor público a cargo. Por tanto, el mensaje es uno: “*cumplirla o cumplirla*”, como remedio a esa intimidación que proviene de un órgano superior y no del hecho de que sea norma vinculante o no<sup>210</sup>.

Es este otro de los viacrucis que se deben tratar hoy en el derecho administrativo moderno, que ante este caos no puede controlarse fácilmente, acompañada de la posible responsabilidad del Estado por creación de normas blandas declaradas ilegales o inconstitucionales, marcando como resultado la indemnización de perjuicios asumidos por los ciudadanos.

Ya hasta la misma doctrina se ha dado cuenta de esto y lo ha contemplado, e incluso, la misma jurisprudencia,<sup>211</sup> poniendo de presente como tarea controlar estos actos aparentes debido a su “fuerza material”, que son disfrazados como verdaderos actos administrativos: “*los oficios, directivas, memorandos, etc*”, que son remitidos a los distintos servidores públicos (ad intra) bajo una falsa expectativa llenos de temor reverencial en caso de ser sancionados si no cumplen.

De lo comentado en este acápite y tomando las desventajas del soft law administrativo como críticas constructivas, se debe advertir de una vez que las

---

<sup>209</sup> López, 2016, *Ibid.*, p. 46.

<sup>210</sup> *Ibid.*, López, p. 70

<sup>211</sup> Cfr. Sentencia del 27 de noviembre de 2014 del Consejo de Estado, Sección primera. C.P. Vargas Ayala, rad, 05001-23-33-000-2012-00533-01 o rad, 2014-0645, Sentencia 14 de septiembre de 2017 de la misma sección.

normas blandas son un beneficio para la sociedad, ya que le da agilidad a los procesos administrativos estatales o privados (o mixtos), porque bien simplifica los trámites, coordina, es adaptable, planifica, da herramientas para la participación ciudadana, interpreta normas que no son claras, unifica criterios, envía mensajes a terceros advirtiendo de una situación en concreto (debido a su grado alto de complejidad o especialidad), todo ello se puede decir que ha sido producto de la transición de la burocratización al neoinstitucionalismo regentado por una actividad globalizadora, creadora de un mínimo de seguridad jurídica entre un mundo de ineficacia legislativa y desreguladora, fortaleciendo así el Estado libertario de derecho.

#### IV. LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL EN TORNO A LAS NORMAS DE DERECHO BLANDO CON EFECTOS AD INTRA EN MATERIA DISCIPLINARIA

Efectuando un cruce conforme al listado identificado en el tesoro de la Procuraduría General de la Nación se obtiene de ello dieciocho (18) búsquedas acerca Circulares (instrumentos de soft law administrativo colombiano) y de muy pocas jurisprudencias concernientes al tipo de reservas en sede judicial con relación al organismo de control mencionado. A su vez, es importante indicar que se llevó a cabo la búsqueda bajo el criterio de las palabras claves de la tesis, tales como: “soft law” o “derecho blando” en el Consejo de Estado, no encontrando muchos resultados concordantes, tan solo nueve (9) hallazgos<sup>212</sup> (la mayoría referente a temas de derecho internacional), solo dos (2) referidos a esta entidad o desde el punto de vista disciplinario.

Respecto a lo comentado anteriormente de forma general, nos preguntamos conforme a lo comentado por el profesor Martínez Jurado:

*¿Los actos de soft law administrativo –i. e. actos con efectos orientativos, instructivos o informativos al interior de la Administración (ad intra) o hacia los particulares (ad extra)–, por medio de los cuales la Administración conduce y orienta la función administrativa, son susceptibles de control jurisdiccional?, tal como se muestra a continuación<sup>213</sup>:*

---

<sup>212</sup> Sentencias 29 de octubre de 2012, exp, 21377; 11 de septiembre 2013, exp, 20601 (de unificación), 27 de septiembre de 2013, exp, 19886, Sentencia 30 de abril de 2014, exp, 28075; 9 de julio de 2017, exp. 53704A, Sentencia del 14 de febrero de 2018, exp, 53447; 29 de abril de 2019, exp, 36103, Sentencia del 7 de mayo de 2019 exp, 2004-2019; y 25 de noviembre de 2019, exp, 2007-0089-00.

<sup>213</sup> 2018, p. 332

<p style="text-align: center;"><b>TESIS A</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>TESIS B</b></p>
<p>No, en la medida en que no crean, modifican, ni extinguen una situación jurídica.</p> <p>Providencia del 14 de octubre de 1999, Exp, 5064, M.P. Urueta Oyola.</p> <p>Providencia del 3 de febrero de 2000, exp, 5236, M.P. Urueta Oyola.</p> <p>Providencia del 1 de febrero de 2001, exp, 6375, M.P. Navarrete Barrero.</p> <p>Providencia del 19 de marzo de 2009, exp, 2005-00285, M.P. Lafont Pianeta.</p> <p>Providencia (sala plena) del 17 de mayo de 2012, exp, 2556-08, M.P. Alvarado Ardila.</p> <p>Providencia del 20 de marzo de 2013, exp, 1575-12, M.P. Arenas Monsalve.</p> <p>Providencia del 31 de marzo de 2014, exp, 3496-2016, M.P. Vergara Quintero.</p>	<p>Si, sin que sea dable distinguir su contenido y/o determinante la afectación de una situación jurídica ya que no existen zonas de función administrativas inmunes al control judicial.</p> <p>Providencia del 27 de noviembre de 2014, exp, 2012-0533-01, M.P. Vargas Ayala.</p> <p>Providencia del 18 de julio de 2015, exp, 2011-0271-00. M.P. García González</p>

Al respecto, las jurisprudencias mencionadas en el cuadro y en relación a la teoría de relación especial de sujeción de la cual se le debemos a los profesores Paul Laband y Otto Mayer, en las que se situaba al recluso, soldado y luego al funcionario, este bebe de la ciencia de la administración y no del derecho, con “*órdenes, directrices, instrucciones, etc*”, por esta razón las circulares dictadas en el seno de esta potestad se consideran internas para el funcionamiento del servicio de la administración.

De esta manera Michael Foucault entendía la función legitimadora del Estado como función institucionalizada<sup>214</sup>, lo mismo que Max Weber al correlacionar la legalidad con la capacidad de imponer su voluntad con carácter de permanencia, en el sentido de una dominación, existiendo un deber funcional con el servidor público por no cumplirlo en este caso la orden impartida por el superior a través de una norma blanda.

Así, existen reglamentos que son dictados en ausencia de ley, que si bien, la jurisprudencia constitucional ha permitido habilitar expedir actos administrativos de estirpe general no puede sobrepasar el principio de legalidad, verbigracia, la Sentencia 3 de noviembre de 2016 del Consejo de Estado<sup>215</sup>, en la que se enjuicio una circular dictada por la Superintendencia Nacional de Salud, sin una cobertura legal expresa.

Para Kelsen es la justicia la que determina que no puede haber una verdad absoluta, pero que esta tampoco se puede supeditar a lo justo determinado por los operadores jurídicos disciplinarios, de lo que crean que es correcto, porque se corre el riesgo de rayar en la arbitrariedad, debido a la expedición de esta clase de instrumentos informales.

---

<sup>214</sup> Ver, El Sujeto y el Poder.

<sup>215</sup> Ver, Consejo de Estado, Sección Primera, 13 de octubre de 2016, exp. 2013-00257

Por ejemplo, en el ámbito contractual tenemos que las universidades públicas, tienen derecho a gestionar sus recursos para el cumplimiento de su objeto social y su función, a través de la Circular Externa 01 del 21 de junio de 2013 Colombia Compra Eficiente establece que las entidades que contraten de acuerdo con regímenes especiales deben publicar la actividad contractual en el SECOP.

Vale la pena involucrarse en el debate que se adelanta en el proceso de nulidad contra esas circulares en el Consejo de Estado.<sup>216</sup> Se olvida que la Ley 1150 de 2007 modificó la Ley 80 de 1993 precisando que estas no hacen parte de ninguna rama del poder público<sup>217</sup>, que en aras de garantizar la transparencia cada instituciones tiene la facultad de regular el mecanismo de dar publicidad a su actividad, el fundamento de la agencia de compra eficiente es que se deben publicar ya se está hablando de recursos públicos.

Lo curioso es que exigen que lo no regulado por normas se aplica el EGCP y sus reglamentos y para casos análogos también, siendo totalmente distintos, como el de estar inscrito los oferentes en el RUP, siendo propio de la contratación general, la norma especial de las universidades es la Ley 30 de 1992, especialmente el artículo 28 señala que están tiene derecho a gestionar autónomamente sus recursos y los artículos 57 y 93 y que los entes universitarios contarán con un régimen contractual especial<sup>218</sup>.

Ahora, se ha entendido que las normas blandas son aquellos actos que no son obligatorios ni vinculantes, que no hacen parte del sistema normativo jerarquizado, pero sí del orden jurídico, porque bien pertenece a ellos, así sea informalmente. De esto se desprende que si bien una Circular de Compra

---

<sup>216</sup> Ver, exp. 2016-00003.

<sup>217</sup> Al respecto, ver, Sentencia C-1019 de 2012

<sup>218</sup> Al respecto, ver, Sentencia C-547 de 1994.

Colombia Eficiente<sup>219</sup> contraria una disposición de la Ley 30 de 1992, puede entonces el operador jurídico disciplinario, como autoridad legal-racional en palabras de Weber o del criterio “*neoinstitucional*” adoptado en este tesis, se podría iniciar una investigación por ir en contravía de ese soft law administrativo.

Casos como el anterior, tenemos marcado en la jurisprudencia contenciosa administrativa, tales como:

<p><b>Sentencia del Consejo de Estado (sección primera) del 3 de febrero de 2000 exp, 5236, M.P. Urueta Oyola).</b></p>	<p>Se debe dar dable distinguir su contenido y/o determinante la afectación de una situación jurídica, ya que no existen zonas de función administrativa inmunes al control judicial<sup>220</sup></p> <p>En el caso mencionado se demandaba la nulidad de una circular expedida por la Jefe de la Oficina Nacional de Normativa y Doctrina de la Unidad Administrativa Especial Dirección General de Impuestos y</p>
---	---

<sup>219</sup> La Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente), expedirá guía de contratación para el manejo de ofertas artificialmente bajas. Según la entidad, el propósito es identificar las principales características de estas ofertas y ofrecer pautas para su manejo.

<sup>220</sup> “*Las circulares cuyo contenido consiste en reproducir normas jurídicas ya existentes no son objeto de control por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, al no contener decisiones vinculantes respecto de las cuales sea viable aducir que conformen actos administrativos*”. Cfr. Sentencia de 1 de octubre de 2004, exp, 8092, M.P. Lafont Pianeta, que recoge lo señalado en sentencias de 21 de septiembre de 2001, exp, 6371, M.P. Olga Inés Navarrete, y del 3 de febrero de 2000, exp, 5236, M.P. Manuel Santiago Urueta.

	<p>Aduanas Nacionales, en la cual se precisaban los alcances de la sentencia C-130 de 1998, relacionada con la aplicación del artículo 5 de la Ley 218 de 1995. Aquella norma es conocida como la Ley Páez, mediante la cual se establecieron incentivos tributarios para la transformación del aparato productivo caucano y la atracción de inversión al departamento del Cauca, el actor planteó que la circular demandada interpretó un punto, que ni la Ley o la sentencia de la Corte Constitucional abordaron. Se insiste en que no existe en ellas una “decisión” objeto de control. Efectivamente, verbigracia, en el asunto concluyó que la circular de servicio acusada no podía ser controlada judicialmente porque no creaba, extinguía o modificaba una situación jurídica.</p>
--	--

En ese orden de ideas, es notable que, en la actividad administrativa moderna, las autoridades públicas remitan en normas de hard law (leyes, decretos, resoluciones, actos administrativos en general) a normas técnicas, es decir, a reglas y principios no obligatorios establecidas por entes de carácter privado, los cuales están legitimados únicamente por el conocimiento de una

determinada técnica<sup>221</sup>.

<p><b>Consejo de Estado (Sección Primera) Sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 5410. M.P. Navarrete Barrero.</b></p>	<p>Si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. Pero si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales. Y en reciente providencia emanada de esta Sala se manifestó sobre el particular: Esa posibilidad de demandar las circulares de servicio está</p>
--	--

---

<sup>221</sup> Daniel Martínez Jurado, *“Un ejemplo oportuno para efectos de ilustrar la temática es la Resolución 1555 de 2005 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante la cual se reglamenta el uso de la etiqueta o sello ambiental”*, p. 318.

	<p>condicionada a que las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, para efectos de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces la circular no será un acto pasible de demanda<sup>222</sup>”</p>
--	---

Ahora desde la perspectiva empírica que afecta a cada acto o instrumento de soft law administrativo, encontraremos que este puede contar con la estructura propia de una regla o de un principio. En el terreno práctico, hallaremos múltiples ejemplos de instrumentos de soft law que se articulan como reglas, estableciendo un antecedente y un consecuente determinados, pero también encontramos el caso contrario (como mandatos de optimización): instrumentos de soft law con un consecuente indeterminado<sup>223</sup>, que reclaman un grado de cumplimiento de sus destinatarios<sup>224</sup>, del cual ahora sí pueden ser controlados judicialmente.

---

<sup>222</sup> La nota de relatoría señala que en esta sentencia se reitera el Auto 23 de abril de 1975 y la sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera del 14 de octubre de 1999, exp. 5064, M.P. Manuel Urueta Ayola.

<sup>223</sup> Ver al respecto el texto del profesor David Roa Salguero, *“Conceptos jurídicos indeterminados en el derecho disciplinario”*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2018.

<sup>224</sup> Sarmiento, 2006, p. 226.

Por ejemplo, en ejercicio del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por conducto de apoderado, la Asociación de Institutores de Antioquia (ADIDA) demandó ante el Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad de la Circular N° 060 de 3 de febrero de 2012, expedida por la Secretaria de Educación del Departamento de Antioquia en relación con el asunto jornada laboral docente, calendario académico, asignación académica y jornada escolar en los establecimientos educativos oficiales de los municipios no certificados del departamento de Antioquia<sup>225</sup>.

Aquí la jurisprudencia del Consejo de Estado precisó que: El alcance restrictivo del control judicial a cargo de los jueces de la Administración prohijado por la línea jurisprudencial en cuestión, así como el efecto de crear una suerte de inmunidad jurisdiccional a favor de actos que pese a ser expresión de la función administrativa presentan solo efectos orientativos, instructivos o informativos al interior de la Administración (ad intra) o hacia los particulares (ad extra), y el hecho de encerrar un desconocimiento de la regla hermenéutica según la cual todos los enunciados jurídicos deben interpretarse de tal forma que produzcan un efecto útil y que esta clase de interpretaciones debe preferirse sobre aquellas que supongan una redundancia en las disposiciones de la ley, llevan a la Sala al convencimiento de que es preciso replantearse dicha posición y entender que en virtud de lo previsto por el artículo 137 CPACA toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial<sup>226</sup>.

<b>Sentencia del 27 de noviembre de 2014 del Consejo de Estado,</b>	Tenemos que frente a la Circular 36 del 6 de julio de 2006 el Procurador
---	--

<sup>225</sup> Sentencia del 27 de noviembre de 2014 del Consejo de Estado, Sección primera. C.P. Vargas Ayala. Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00533-01.

<sup>226</sup> Sentencia del 4 de febrero de 2016 del Consejo de Estado, exp. 2006-00394, M.P. Rojas Lasso.

**(Sección primera). M.P. Vargas Ayala. Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00533-01.**

Edgardo Maya instó a los procuradores provinciales y regionales iniciar investigaciones disciplinarias derivadas de la Directiva 015 de 2005 en materia de servicios públicos domiciliarios, relacionadas con el acreditamiento de obligaciones legales en materia de servicios públicos domiciliarios a través del diligenciamiento de formularios dispuestos para tal fin en el Sistema Único de Información (SUI) administrado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, su fundamento legal se basó por encontrarse inmersos en falta disciplinaria, conforme al artículo 23 de la Ley 734 de 2002, por incumplimiento de deberes, artículo 34.1: "Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en (...) las leyes (...)" , "Cumplir con diligencia (...) y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial (...)" (Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios -Ley 142 de 1994) Así mismo, se tipifica violación al régimen

de prohibiciones, numerales 1, 7, y 8 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

En efecto, el hecho de actuar ésta en cada vez más oportunidades por medios que no pueden encuadrarse dentro de los denominados actos de poder, comando y control (command and control) o derecho duro (hard law) obligan a tomar en consideración el nuevo contexto en el que se desenvuelve la función administrativa. La proliferación contemporánea de actuaciones administrativas desprovistas del elemento de unilateralidad, coercibilidad o de jerarquía propio de los actos administrativos a favor de actuaciones de tipo más horizontal o dialógicas, en las que se negocia, colabora, promueve o informa sobre un determinado asunto (soft law), exigen de la jurisdicción contencioso administrativa una reflexión sobre la validez de preservar un modelo que, como el basado en la actuación por acto administrativo, hoy no es ya exclusivo en el panorama jurídico de la administración. Surge así el desafío de replantearse aspectos

relacionados con el objeto o la órbita de competencias del juez administrativo, de modo que se haga posible expandir el radio de acción del control judicial de forma paralela al ensanchamiento experimentado por las actuaciones de la administración, hoy mucho más ricas y diversas que la clásica resolución de una materia mediante acto administrativo. En un verdadero Estado de Derecho, en aras de asegurar tanto la vigencia plena de los referidos principios de constitucionalidad y legalidad como la mayor efectividad del derecho a la tutela judicial, estas nuevas formas de actuación de la Administración no pueden quedar fuera del alcance del contencioso administrativo. Así, con independencia de que por su contenido orientativo, instructivo o puramente informativo las circulares no afecten de manera directa los derechos o intereses particulares de las personas, su calidad de expresión de la función administrativa y su no poca capacidad de incidencia sobre las decisiones y actuaciones materiales de la Administración (ellas sí plenamente oponibles y

	<p>ejecutables en el ámbito de los particulares) justifican su sometimiento al control de esta jurisdicción.</p>
--	--

<p><b>Consejo de Estado, (sección primera), Auto del 22 de octubre de 2018, exp, 2014-0071, M.P. Giraldo López. En el mismo sentido, Consejo de Estado, (sección primera), Auto del 6 de mayo de 2019, exp, 2014-0071, C.P. Giraldo López; Auto del 22 de octubre de 2019, exp. 2014-00645, C.P. Giraldo López.</b></p>	<p>El Despacho advierte que, prima facie, no se observa una usurpación de la potestad reglamentaria por parte de la Procuraduría General de la Nación al expedir una Directiva (10 de 2012) que establece un evento en el cual se interrumpe la prescripción de la acción disciplinaria, dado que el fundamento de dicha directiva no es desarrollar una ley respecto de la cual se predica la potestad reglamentaria que alega el solicitante, sino adoptar el criterio señalado en una sentencia de unificación proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado, que fijó un criterio en relación con el momento a partir del cual se entiende impuesta una sanción disciplinaria; este es, cuando se notifica el fallo de única o primera instancia. De una lectura inicial del acto acusado y sus considerandos, no se infiere que la Procuraduría General de la Nación pretendió reglamentar una ley;</p>
---	--

	<p>simplemente reprodujo el contenido de una decisión judicial de relevancia indiscutible, cuyo contenido sería obligatorio para todos los operadores. La Directiva demandada se dirige exclusivamente a la Viceprocuraduría General de la Nación, al Procurador Judicial para Asuntos Disciplinarios, a los Procuradores Delegados con Funciones Disciplinarias, Regionales, Provinciales, Distritales, Asesores y demás autoridades disciplinarias. Luego, en principio, no es manifiesto derivar la usurpación de la facultad reglamentaria que le asiste al Presidente de la República en virtud del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política</p>
--	--

De todo lo expuesto podemos comentar es que a la mayor falta a la que se incurre frente a normas blandas es la de infracción de las normas superiores y falta de competencia, por ejemplo, siguiendo lo que expresa la jurisprudencia el Consejo de Estado en la Sección Primera, exp, 2014-0645, Sentencia 14 de septiembre de 2017 ha establecido que:

El Procurador General de la Nación en una Directiva de lo que ha denominado como “*circulares informativas*” de las que pretende realizar una compilación de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias; de algunas decisiones judiciales y de circulares emitidas por distintos órganos en el ámbito de sus competencias, relacionadas con la inembargabilidad de los recursos

destinados al Sistema de Seguridad Social, de las Rentas Incorporadas al Presupuesto General de la Nación y los recursos del Sistema General de Participaciones; para instarlos a las entidades públicas del orden nacional y territorial, a la Superintendencia Financiera, a los Jueces de la República y a la red bancaria a que las cumplan, so pena de las sanciones que para el efecto prevé el Código Disciplinario Único<sup>227</sup>, por lo puede encuadrarse, como se subrayó anteriormente, como una circular informativa<sup>228</sup>.

Al respecto se obtiene que:

<p><b>Consejo de Estado, Sentencia del 14 de septiembre de 2017, exp, 2014-00645, M.P. Serrato Valdés.</b></p>	<p>Ahora bien, aunque el Procurador General de la Nación denominó el acto acusado como una Directiva, lo cierto es que de su contenido se deduce que se trata de lo que repetidos fallos de esta Sala han denominado circulares informativas. La Directiva enjuiciada pretende realizar una compilación de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias; de algunas</p>
--	---

<sup>227</sup> Pues bien, partamos por resaltar que el artículo 7-36 del Decreto 262 de 2000 faculta al procurador general de la nación para expedir, como supremo director del Ministerio Público, las “*directivas*” y “*circulares*” que resulten conducentes para el ejercicio de las funciones públicas [...].

<sup>228</sup> Sobre como las Circulares pueden ser susceptibles o no, de control judicial, ver sentencia Consejo de Estado, Sección Primera, de 21 de noviembre de 2013, Radicación 11001-03-24-000-2006-00105-00, M.P. Velilla Moreno; de 27 de noviembre de 2014, exp, 2012-00533-01, M.P. Vargas Ayala; de 13 de noviembre de 2015, exp, 2012-00358-00, M.P. García González; de 8 de febrero de 2016, exp, 2015-00265-00, M.P. García González; de 7 de septiembre de 2000, exp, 2000-N6152, M.P. Polo Figueroa.

decisiones judiciales y de circulares emitidas por distintos órganos en el ámbito de sus competencias, relacionadas con la inembargabilidad de los recursos destinados al Sistema de Seguridad Social, de las Rentas Incorporadas al Presupuesto General de la Nación y los recursos del Sistema General de Participaciones; para instarlos a las entidades públicas del orden nacional y territorial, a la Superintendencia Financiera, a los Jueces de la República y a la red bancaria a que las cumplan, so pena de las sanciones que para el efecto prevé el Código Disciplinario Único, por lo puede encuadrarse, como se subrayó anteriormente, como una circular informativa, resulta procedente la revocatoria de la decisión de 30 de marzo de 2016, toda vez que la Directiva 22 de 2010, como circular expedida por la Procuraduría General de la Nación, es susceptible de control por parte de esta jurisdicción.

La Directiva enjuiciada pretende realizar una compilación de las disposiciones constitucionales,

	<p>legales y reglamentarias; de algunas decisiones judiciales y de circulares emitidas por distintos órganos en el ámbito de sus competencias, relacionadas con la inembargabilidad de los recursos destinados al Sistema de Seguridad Social, de las Rentas Incorporadas al Presupuesto General de la Nación y los recursos del Sistema General de Participaciones; para instarlos a las entidades públicas del orden nacional y territorial, a la Superintendencia Financiera, a los Jueces de la República y a la red bancaria a que las cumplan, so pena de las sanciones que para el efecto prevé el Código Disciplinario Único, por lo puede encuadrarse, como se subrayó anteriormente, como una circular informativa.</p>
--	---

Dicha norma blanda, teniendo en cuenta los razonamientos esbozados por esta Sala en la providencia de 27 de noviembre de 2014, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala, se concluye como ya se ha dicho arriba que *“toda clase de circulares, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expidan, se encuentran sujetas al control de los jueces de la Administración”*. Mencionado lo anterior las Directivas, Circulares informativas, o bien como acontece con los memorandos, son siempre susceptibles de estar controladas

judicialmente mientras que produzcan efectos jurídicos, sobre todo cuando estas contienen instrucciones internas (ad intra) para los funcionarios<sup>229</sup>.

---

<sup>229</sup> Cfr. Sentencia del Concejo de Estado del 11 de abril de 2019, rad, 2012-2011.

## V. CONCLUSIÓN

Hemos expuesto en esta monografía lo que significa la reserva de instrucción, asimismo abordamos un breve análisis de su origen, características, funciones, consecuencias, control judicial, tipología, efectos, etc.

Se planteó que con la aparición de este tipo de “*normas dúctiles, mudas o indefensas*” se da paso de una sociedad burocratizada a una denominada: “*de nueva gobernanza*” basada como producto del “*neoinstitucionalismo*” propio no solo de las acciones de la administración u organismos de control (ad intra) con relevancia hacia terceros (ad extra), sino también mixtos (estatal-privado) e incluso interorgánicos. Por tanto, las normas de derecho blando son una fuente aparentemente de relieve leve pero que tiene gran peso en el “*esquema normativo*”.

En todo caso las normas de derecho blando son “*las culpables*” de enviar mensajes a los demás servidores públicos u organismos, como a corporaciones privadas que bien reciben “*información, aclaración, instrucción, conceptos...*”, frente a un tema en concreto a asumir ya sea “*económico, social, jurídico, etc*”. Dicho incorporacionanismo se presenta por lo regular a través de una norma *hard law* (ley, decreto, resolución, etc) -como requisito habilitante-, es decir, que esta nunca es independiente y es introducida casi siempre por una norma dura. El peligro<sup>230</sup> de esto consta cuando toma su curso propio sin rigor de una norma de orden superior, lo cual implica arbitrariedad y desviación de poder.

---

<sup>230</sup> El soft law es una forma de regular la realidad que no hace parte directa del derecho positivo en la jerarquía normativa, pero cuenta con una alta eficacia que en últimas podría resultar peligroso porque en este punto podría incluirse normas sociales, éticas, incluso “*iusmorales*” en palabras del profesor García Amado.

Dentro del sistema de fuente normativa, planteado por Merkl (pero introducido por Putcha) basado ahora en un “*esquema piramidal*” no se encuentra un punto de referencia para el *soft law* administrativo, de este modo debe ser tratado formalmente debajo de las escalas jurídicas a nivel territorial y nacional en el lugar donde se encuentran las resoluciones o decretos (de lado), pero que de otra forma no tan clara y justa podría decirse que tienen una rimbombancia de mucho peso e incluso casi igual que el de las normas duras, pero concebido en distinto lugar, llegando al punto de reemplazar (formalmente más no materialmente), debido a su dinamismo y forma secundaria de creación informal hacia un desplazamiento interno (de afuera hacia adentro), a las normas de orden superior.

Por ello que sea importante que la forma de producción normativa debe estar desmonopolizada y no verse de tal forma que sean solo las clásicas maneras de concebirlo jurídicamente: ley, decreto, resolución..., esa flexibilización se data precisamente en favor del cambio de la burocratización a la neoinstitucionalización libertaria que proponemos como rompimiento del paradigma administrativo.

Nuestra insistencia se da cuando tratemos el tema del *soft law* o norma blanda administrativa, ya que destacamos una legalidad dúctil, llamado ahora de juridicidad (cuando se adecua a una norma superior) y no distorsionada en vía de su propio criterio, por eso la importancia del “*test de ductilidad*” que plantea el mencionado Sánchez en su texto: “*Las normas de derecho blando: Un análisis jurídico de los efectos de reserva de instrucción sobre el derecho territorial*”. De esto que se deba seguir entonces un criterio piramidal distinto al planteado por el mismo “*positivismo kelseniano*”, mirado ahora con otro

enfoque transdisciplinario y holístico, como dice el profesor Héctor Santaella<sup>231</sup>, que sea: “*esquemático*” y evolutivo<sup>232</sup>.

Como diría Sabino Cassese: “*El Cambio, revolución, reforma, transición, ruptura y crisis*”<sup>233</sup> de las normas blandas a menudo se presenta cuando no existe una técnica ni procedimiento al momento de elaborarse (tal como acontece actualmente), no se prepara ni siquiera un *nomen iuris*, dogmáticamente hablando (una tipología) entre los juristas, que sea propio, exacto, de la definición de las normas de derecho blando, para bien ser usado en momentos concretos. De esta manera una directiva no debería ser tratada de la misma forma que una circular, una recomendación, protocolo, oficio, dictamen, etc, esto debe cambiar (y esto sucede porque no hay una definición de las mismas ni de su uso, tal cual como se propone en este trabajo).

Desde esta noción se podría dictaminar que un moderno “*soft law administrativo*” debe basarse en la consensualidad (es decir debería ser paccionado y no unilateral tal como lo hemos notado mayoritariamente), esto, por las siguientes razones:

i) Para que no tenga consideraciones negativas a futuro.

---

<sup>231</sup> Cfr. “*Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia: El tránsito hacia un ordenamiento jurídico administrativo menos jerárquico, menos rígido, menos formal y menos estatal*”. Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo. (Tomo I): Homenaje al profesor Luciano Vandelli, 2019, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

<sup>232</sup> Al respecto se puede leer: “*Teoría evolutiva y positivismo jurídico: Un matrimonio posible*” del profesor Mauro Zamboni.

<sup>233</sup> Cfr. “*Crisis y transformaciones en el Derecho Administrativo*”, D.A, num. 250-251, 1998.

ii) Estar basado en el principio de legalidad ya que no puede apartarse de este (juridicidad), so pena de ser reprochado a través del control judicial.

iii) Deba consignarse unas garantías mínimas del derecho sancionatorio liberal, esto es, por medio del debido proceso en sentido general (*ne bis in ídem, reformatio in pejus, favorabilidad...*), en el entendido en que no pueden utilizarse estas reservas de instrucción por los órganos de control al momento de investigar a los servidores públicos, por ejemplo, creando conductas nuevas o sanciones que no están descritas en la ley socavando el principio de reserva.

Del párrafo anterior se predica entonces que normalmente veamos producción de normas blandas sin criterio estricto alguno, ni siquiera planteado bajo una técnica reglamentaria, sino más bien que por capricho del de cualquier jefe de entidad cuando decide expedir una directiva o circular, porque algo no le parece por X o Y razones y eso no está mal mientras esté dentro del “*esquema normativo*”. Lo que sucede es que al sobrepasar el margen al cual está sometido (y esto sucede más que todo con los *soft law* administrativo con efectos *ad intra* que tienen vocación unilateral y discrecional y no paccionado o convencionado), vaya más allá de lo que dice la ley (en sentido material) o del bloque de constitucionalidad (ahora convencional).

Su frecuente utilización se debe a la eficacia (y también eficiencia) de las normas de derecho blando expedidas en las distintas entidades y organismos en Colombia, esto se da porque no pueden dejar por fuera el control judicial que puedan tener sobre esta, aún más cuando sabemos que no existe una regulación dentro de sus procedimientos internos, es así, que legalmente se tendría que concebir que no solo las circulares de servicio tengan cierto análisis jurisdiccional sino también aquellos que modifique, crean o extinguen un

derecho particular o subjetivo en su contenido, tal como lo ha expresado ya la jurisprudencia (control material<sup>234</sup>), esto es lo que debe ser parte del “*nuevo derecho constitucionalizado administrativo*” (ahora convencional) del que se refiere el profesor Schmidt Assmann, lo que en palabras de este jurista alemán podemos afirmar que con la vigencia de la Ley 1437 de 2011 llamado coloquialmente como: “*CPACA*”, tengamos un verdadero “*derecho constitucional concretizado*”, al que la doctrina y jurisprudencia tradicional debe amoldarse<sup>235</sup>, pero ahora traspasado a un disciplinario moderno o convencionalizado<sup>236</sup>.

Tenemos que la emisión de una norma de derecho blando no es convencional, por tanto, su uso injustificado puede llevar a la arbitrariedad, a la conculcación de derechos fundamentales de los administrados y de los disciplinados, porque se crean como diría el profesor Sánchez Pérez, “*zonas inmunes*” de contrarrestar tales directivas u órdenes superiores. Hoy en día no es viable afirmar que la aplicación se presente fácilmente de forma piramidal, especialmente en lo que concierne a las normas de derecho blando ya que la jerarquía se torna borrosa. Las fuentes han variado<sup>237</sup> por cuenta de la inserción de nuevos instrumentos al orden jurídico administrativo.

---

<sup>234</sup> Contenido material de las normas blandas se puede revisar las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sentencias del 22 de enero de 1988, exp, 466, M.P. Aldana Duque; 14 de octubre de 1999, exp, 5064, M.P. Urueta Oyola; 16 de febrero de 2001, exp, 3531, M.P. Navarrete Barrero, citado por Sánchez Pérez, 2012, p. 99.

<sup>235</sup> Para Sánchez Pérez el Consejo de Estado no debe seguir amparado bajo el criterio material, más bien este tiene el reto de construir unos requisitos de juridicidad para la producción de normas de derecho blando y como corolario su elaboración, un control de juridicidad, 2012, p. 141.

<sup>236</sup> Esto a partir del Fallo en la Corte IDH del Caso Petro Urrego vs. Colombia del 8 de julio de 2020.

<sup>237</sup> Para Sánchez Pérez el indebido uso del soft law está desbordando el principio de legalidad, capturando la reserva legal, atentando contra los derechos subjetivos de las entidades territoriales, generando inseguridad jurídica y finalmente se está aceptando, una

Ahora, frente al caso de la Procuraduría General de la Nación como organismo de control disciplinario y jefe del Ministerio Público se deviene dos (2) cuestiones:

1. Cuando como autoridad y con competencia disciplinaria propia emana una directiva, circular, memorando (o bien otro tipo de instrumento) estando investido para hacerlo y lo hace por medio de un soft law administrativo, o porque una norma superior así lo ordena y allí es consagrada, en virtud del artículo 38 de la Ley 1952 de 2019 (o 34 de la Ley 734 de 2002).

2. Cuando por razones ideológicas, políticas<sup>238</sup> o convenientes adopta una norma blanda administrativa para esconder sus verdaderas intenciones<sup>239</sup> disimulando como si estuviera actuando bajo el marco de un hard law,

---

nueva fuente de derecho que ha entrado por la puerta trasera del ordenamiento jurídico, 2012, p. 228.

<sup>238</sup> *“El soft law es una forma de regular la realidad que no hace parte directa del derecho positivo en la jerarquía normativa, pero cuenta con una alta eficacia que en últimas podría resultar peligroso porque en este punto podría incluirse normas sociales, éticas, incluso iusmorales”.* Como Bothe señala, *“el hecho de que un acuerdo no sea vinculante jurídicamente no implica que tampoco lo sea desde otras perspectivas como la moral o la política. En caso contrario, la expresión “acuerdo no vinculante” parecería una contradicción en sus propios términos”.* Cfr. Bothe, Michael, *“Legal and Non-Legal Norms – A Meaningful Distinction in International Relations?”*, Netherlands Yearbook of International Law, vol. 11, 1980, pág. 68, citado por Alberto Vega, 2014, *El soft law en la fiscalidad internacional*, p. 24.

<sup>239</sup> La profesora española Moreno Rebato aclara sobre el punto: *“No obstante, tanto Rovovillanova como Garrido Falla, González Pérez y Boquera Oliver, en sus trabajos advierten que en muchos casos las circulares e instrucciones pueden encubrir auténticos reglamentos que, en expresión de Garrido, vienen a delimitar derechos y situaciones jurídicas de los particulares”.* Cfr. Mar Moreno Rebato, *Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico* Revista de Administración Pública, n.º 147, 1998. p. 161, citado por Martínez Jurado, 2018, p. 306.

vulnerando así el principio de legalidad y de reserva, en palabras de Herbert Hart de esa “*norma secundaria*” -*regla de reconocimiento*-.

De todo esto acontece que debemos pasar de un principio de legalidad a uno de juridicidad del cual se nutra el verdadero derecho a partir del sometimiento de la administración ya no precisamente a la Ley, sino a los preceptos establecidos en el bloque de constitucionalidad (control convencional), esto sumado a un control que le hemos llamado “*test de ductilidad*”, que permita evitar todo tipo de arbitrariedad.

Es así, que el operador jurídico que subsume normas de derecho blando como herramienta de fuente de derecho informal deba de manera vertical u horizontal, solventar las problemáticas derivadas de las mismas órdenes expedidas, resultando así indispensable la creación de un procedimiento interno (así como de una técnica reglamentaria) que regule el uso injustificado de este tipo de reservas, ya que antes de rubricarse debería exponer su participación<sup>240</sup> en los distintos esquemas evitando esos riesgos jurídicos existentes o de responsabilidad administrativa y disciplinaria que pudieran generarse (y no ser meramente unilateral como bien se ha pretendido).

La Procuraduría no puede ser un Heracles o un Juez al estilo Hércules a la hora de concretar o de hacer lo que le venga en gana<sup>241</sup> cuando del andar

---

<sup>240</sup> Para Isaiah Berlín: “*La libertad moderna se comprende como: positiva, interpretada como la posibilidad que tienen los hombres de crear principios normativos a partir de los cuales prescribir la propia acción, pero este concepto también se refiere a la facultad de participar en la creación de las leyes que regulen la vida de la comunidad política de la que hace parte*”. Cfr. Cuatro ensayos sobre la libertad.

<sup>241</sup> Ahora bien, la proliferación de normas de derecho blando en el ordenamiento jurídico colombiano obedece a un proceso de parálisis inducido por la dinámica de las normas administrativas, que son rígidas, complejas y se inclinan a un lógica pre-formateada de la jerarquía normativa debido a su carácter cerrado, que no logran explicar todos los fenómenos

disciplinario se trate, pues existen unas normas superiores que deben ser respetadas, vinculadas a un “*esquema normativo*” de las cuales deben cumplir una “*función, características y del que derivan unas consecuencias*”, simplemente por el invadir el ejercicio de las mismas o por error de técnica administrativa.

El pretexto de ser la “*máxima autoridad*” del Ministerio Público, no le da excusas de “*extralimitarse en sus funciones*”<sup>242</sup>, bien como lo ha hecho con “*agregaciones normativas*”, generando mutaciones y haciendo de esta praxis habitual un tema de control para algunos, pero no para todos, cobijados felizmente en el artículo 38 de la Ley 1952 de 2019 del nuevo Código General Disciplinario (o artículo 34 de la Ley 734 de 2002), en lo que se refiere a la facultad de las autoridades administrativas en poder disciplinar a los empleados estatales que no cumplan con las reservas de instrucciones impartidas, exactamente en lo que se refiere a: “*Las órdenes superiores emitidas por funcionario competente*” o bien subsidiariamente en el artículo 7 en sus numerales 7 y 36 del Decreto 262 de 2000, sobre las funciones del Procurador General de la Nación: “*Expedir los actos administrativos, órdenes, directivas y*

---

administrativos, en este ambiente en el que estamos, las normas blandas se han convertido en el manual de instrucciones de aplicación concreta de las reglas, son la guía del ciudadano para entender el lenguaje de la administración, ante el hecho de que las normas de derecho positivo se encuentran alternadas en un discurso bipolar entre la formulación y el control judicial, las normas de derecho blando adoptan las condiciones sociales, políticas, jurídicas, ideológicas, mediante un lenguaje corriente, asequible a todos los ciudadanos, para garantizar de manera práctica la efectividad del derecho, Sánchez, 2012, p. 226.

<sup>242</sup> “*No obstante puede ocurrir que, por “extralimitación de funciones” o por invadir el ejercicio de las mismas o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se tomen decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables por vicios en su formación ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo*”. Consejo de Estado, Auto del 30 de septiembre de 2019, exp, 2018-0166, M.P. Peña Garzón, también en Sentencia del 20 de marzo de 2013, exp, 1575-12, M.P. Arenas Monsalve.

*circulares que sean necesarios para el funcionamiento de la entidad y para desarrollar las funciones atribuidas por la ley”.*

Se debe entender que: *“Las órdenes superiores emitidas por un funcionario competente”* se basan no solo en las directivas expedidas por la Procuraduría General de la Nación, sino también en otro tipos de instrucción, por ejemplo un memorando o una delegación no cumplida; en todo caso, toda función debe estar detallada en la ley, el servidor público (*ad intra*) o el particular (*ad extra*) está llamado a la desobediencia civil al estilo de David Thoreau (como justificación) cuando esta vaya en contravía de la ley en sentido material o de frente al *“esquema normativo”* propuesto *ut supra*.

El asunto estriba en la intimidación que pueda infundir el superior jerárquico en el subordinado cuando no acate este tipo de norma, es decir, cuando no es cumplida la orden dada, en este caso por el organismo de control, lo cual exige que desde su expedición entregue el mensaje de: *“Si no lo cumples, te investigamos y sancionamos, sin ningún tipo de salida, así nuestra norma de derecho blando sea contra legem”*.

Para este problema puede ser útil la figura de la *“exigibilidad de otra conducta”*, esto es, cuando sabemos que el servidor público obró conforme a derecho, y que por esta razón no le debe ser porqué endilgado la falta.

Desde el plano de la culpabilidad, la libertad por cumplir una norma superior, debidamente sustentada, no debe porque ser imputada subjetivamente, al sujeto activo de la supuesta infracción disciplinaria, ya que el deber del funcionario o del servidor público en general es acatar la constitución y la ley, por tanto, debe ser atendido estos casos como exclusión de responsabilidad al no haber quebrantamiento del deber funcional ya que se trata de un deber

ajeno a la función que le corresponde desarrollar<sup>243</sup>.

Es evidente que el organismo de control mencionado es el que tiene mayor incidencia en la creación de normas blandas disciplinarias, producto del mismo “*legalismo*”, pues no está bien referirse a que este solo ha sido atañado a la ley (en sentido formal), concepción arrogante, sino más bien a uno material. Esta última teoría del derecho (que le llamamos iuspositivismo del siglo XXI o teoría neoinstitucional -evolutiva- del derecho) la cual no es ajena a los cambios, e inclusive puede ser propio de un Estado microscópico y del capitalismo de mercado (neoinstitucionalismo liberal), derivado de la discrecionalidad administrativa (considerado como dijimos en el resumen como “*mudo e inofensiva*”) evitando así todo tipo de legislación motorizada (hiperlegalismo) o “*derecho cursi*”<sup>244</sup> imperante en nuestro ordenamiento jurídico.

Con esto, se tiene, que el *soft law* es la finalización de una desburocratización que ha surgido producto de una globalización “*neoinstitucionalización*”, propiamente de un consenso activo de actores de todo tipo. Su elaboración no formalista da cabida a una fuente que debe ser descentralizada en el derecho<sup>245</sup>; por tanto, la producción normativa informal y desmonopolizada es

---

<sup>243</sup> Maurer, 2011, pp. 515-521.

<sup>244</sup> Daza, Mario. El derecho cursi. Lección N° 18: “*El uso injustificado de las normas blandas o del soft law administrativo*”, 2020, Bogotá: Editorial Ibáñez.

<sup>245</sup> “*Este es el criterio que defendemos en el texto derecho cursi (2020), recientemente publicado en la Editorial Ibáñez, que es precisamente la producción de normas y la administración de justicia desmonopolizadas y descentralizadas -evolutivos-, en Francia frente a estas figuras se llama: “técnicas de gobierno cooperativo” (instrumentos convencionales) ganando terreno frente a las clásicas fórmulas coactivas en campos con la regulación, la acción social, el medio ambiente o la cultura. El Estado se despoja así de la superioridad jurídica que acompaña la habitual definición unilateral de medidas de policía, para asumir un papel dialogante, no jerárquico, en el cual no ordena, sino que negocia, pacta, previene, aconseja, incentiva o promueve una conducta*”. Cfr. Santaella, H. (2008). Normas técnicas y derecho en Colombia, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 167 o también a Jorge Agudo González en “*Control administrativo y justicia administrativa*”.

una cuestión moderna en el universo jurídico, ahora en el campo administrativo con una carencia actual de *“regulación, reglamentación, sustento dogmático, tipología, control judicial, concepto propio, efectos claros, técnica, procedimiento, características, funciones, etc”*, cuando de sistema independiente se trata, más aún cuando lo relacionamos con otra área del derecho, como lo es en este caso el derecho disciplinario, hasta incluso del sancionatorio en general.

Por ello, es que todo este tema se deba encaminar de una vez a que el funcionario que expide una orden superior, tal como lo es una directiva (como por mencionar un ejemplo) que no está detallada en una ley y sobrepase el *“test de ductilidad”* deba ser investigado. Pero esto no va a suceder como se sabe, no solo por la presión institucional de la Procuraduría General de la Nación y demás organismos de control, sino también irónicamente porque aquel que imparte la norma blanda es el mismo que la desatiende.

Del mismo modo el que investiga y sanciona no la cumple, pero para aquellos servidores públicos que no la obedecen y de la cual, si deben sancionar por no *“acatar una orden superior emitida por funcionario competente”*, si le infunden terror, lo que se resume todo esto a un círculo vicioso. Por ello que creamos que con un *“test de ductilidad”* se pueda eliminar o al menos aminorar este yerro abusivo que se ha presentado en diversas investigaciones por parte de este organismo de control, de las cuales han dado como resultado múltiples sanciones disciplinarias totalmente inválidas e injustas en deseo de violar ese Estado libertario de derecho<sup>246</sup> que tanto defendemos.

---

<sup>246</sup> Sobre el *soft law*, en la sentencia T-235 de 2011, M.P. Vargas Silva, se sostuvo que: *“En concepto de esta Sala, independientemente de su valor (o no) como fuentes de derecho, tales instrumentos constituyen criterios y parámetros técnicos imprescindibles para la adopción de medidas razonables y adecuadas para la protección de los diversos intereses en juego, de*

## REFERENCIAS

### Textos, artículos o capítulos de libros

AGUDO, J. *Actuación material e informalidad. El ejemplo de la concertación con la administración*. Revista Aragonesa de Administración Pública, 2013, p. 123-172.

ALARCÓN, G. *El soft law y nuestro sistema de fuentes*. Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo/coord. por Andrés Báez Moreno, Domingo Jesús Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois; Juan Arrieta Martínez de Pisón (dir.), Miguel Ángel Collado Yurrita (dir.), Juan Zornoza Pérez (dir.), Vol. 1, 2010 (Tomo I), ISBN 978-84-9903-468-3, págs. 271-298.

ALONSO, R. *El soft law comunitario*. Revista de Administración Pública, 2001, N° 154.

BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización?* Barcelona Paidós, 2008.

BUSTOS ROMERO, M. F. (2020). *El soft law como fuente del derecho administrativo colombiano*. *Prolegómenos*, 22(44), 35-48. <https://doi.org/10.18359/prole.3432>

CAAMAÑO ANIDO, M. A. y Calderón Carrero, J. M. *Globalización Económica y Poder Tributario: ¿Hacia un nuevo Derecho Tributario?*, Civitas. Revista Española de Derecho Financiero, 114, 2002.

---

*manera que contribuyen al cumplimiento de la obligación central del juez en el estado de derecho, en el sentido de fallar con base en motivos razonables dentro del orden jurídico, y no mediante su capricho o arbitrariedad".* También ver C-659 de 2016, M.P. Arrieta Gómez.

CALDERÓN E. *Los incoterms como instrumento de derecho suave (soft law)*. En *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 17, n.º 1, enero-junio, 2018. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v17n1.02>

CARVAJAL, B. *El gobierno de lo público por medio de un derecho global no oficial. ¿El Estado constitucional en jaque?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

CARVAJAL, B. *The impact of OECD recommendations and the world bank's doing business report in the colombia legal system: The challenge of ensuring regulatory quality and performance within a culture of non compliance with rules*. Serie de Documentos de trabajo N° 90. Departamento de Derecho Constitucional, p. 1-11. Universidad Externado de Colombia.

CARVAJAL, B. *¿Cómo asegurar calidad regulatoria?*, Revista Digital de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

CARVAJAL, B. *Las fuentes del derecho y la globalización*, Working Papers, Universidad Externado de Colombia, 2016.

CARVAJAL, B. *Insertion, concurrence et interaction des normativités juridiques et non juridiques: le cas colombien*, (forthcoming publication – Les Cahiers de droit), 2017.

CARBONNIER, J. *Derecho flexible*. Para una sociología no rigurosa del derecho, 1974, Tecnos, Madrid.

CASTRO, A. M. *Los efectos jurídicos del soft law en materia de igualdad efectiva*. Anuario de filosofía del derecho, ISSN 0518-0872, N° 30, 2014 (Ejemplar dedicado a: Tiempos de crisis, nuevos escenarios del pensamiento jurídico), págs. 37-68.

CASTRO, E. *La actuación informal de concertación de la administración. Un estudio para la reconstrucción dogmática del concepto de actividad administrativa*, tomando al Derecho Ambiental colombiano como sector de referencia. Madrid, 2015. UAM. Tesis doctoral.

CASTRO, J. *El sistema normativo y la interpretación frente al soft law: especial referencia a los documentos creados por la OCDE en materia fiscal*. 46, ABR.-JUN./2011, PÁGS. 137-166, 2011.

CHEVALLIER, J. *El Estado posmoderno*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. *Fuerza vinculante de los manuales, guías y circulares para las entidades del orden municipal, departamental, de régimen especial y educativas*, 2017. Recuperado de: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/ficha/19552>

COSCULLUELA, L. *Manual de derecho administrativo: Parte general*. Madrid. Thomson Reuters, 2012.

COVILLA, J. *El soft law administrativo como instrumento para dirigir el gobierno local*, 2019.

DAZA, M. *¿Son débiles nuestras “instituciones” en Latinoamérica?* [Blog Derecho Público] Recuperado de: <https://derechopublicomd.blogspot.com/2016/04/son-debiles-nuestras-instituciones-en.html>, 2016.

DAZA, M. El derecho cursi. Lección N° 18: *“El uso injustificado de las normas blandas o del soft law administrativo”*. 2020, Bogotá: Editorial Ibáñez.

DAZA, M. *El soft law administrativo y sus implicaciones en el derecho disciplinario*. Ensayos sobre derecho disciplinario, Tomo V, Ediciones Nueva Jurídica, 2020.

DRUZIN, B. *Why does Soft Law have any Power anyway?*, in «Asian Journal of International Law», 7, 2017, pp. 361-378.

EMERSON, Blake. *The Claims of Official Reason: Administrative Guidance on Social Inclusion* (August 13, 2018). Yale Law Journal, Forthcoming; UCLA School of Law, Public Law Research Paper N° 18-36. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3230292>.

ESCUADERO, R. *El concepto de soft law*. Contribuciones a la filosofía del derecho. Marcial Pons, 2012, Madrid.

FRANCO, N. *Análisis de la utilización del soft law en la argumentación y justificación de providencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado en materia de autoridades regulatorias (2003-2019)*. Universidad del Rosario: Bogotá, 2019.

FRYDMAN, Benoit. *Breve manual práctico de derecho global*. Universidad Externado de Colombia, 2018.

GARCÍA ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Barcelona: Universidad de Barcelona, 1962.

GERSEN, E. and POSNER, E., *Soft Law*. Stanford Law Review, Forthcoming; U of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 213. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1113537>

GIRÓN, Paula. *La conversión del soft law de la ocde en hard law en Colombia, especial referencia a los Convenios para Evitar la Doble Imposición suscritos por Colombia con Francia y Reino Unido*. Revista de Derecho Fiscal n° 12 enero-junio de 2018, pp. 69-120.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. y LÓPEZ IGLESIAS, R. *Integración e incorporación de las normas internacionales del soft law sobre derechos humanos a los sistema penal y disciplinario en Colombia*. Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 37, n.º 103, julio-diciembre de 2016. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 53-80, doi: <https://doi.org/10.18601/01210483.v37n103.04>.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. *La dogmática jurídica como ciencia del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

JARAMILLO, M y LARA, J (s.f). *Acerca del denominado soft law administrativo: Notas frente a la experiencia japonesa y chilena*.

KLABBERS J. *The Undesirability of Soft Law*, Nordic Journal of International Law, vol. 67, núm. 4, 1998, pág. 391.

MARTINEZ JURADO, D. *El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia*. Revista digital de derecho administrativo, n° 20, segundo semestre, pp. 289-343, 2018.

MAURER, Hartmut. *Derecho administrativo: Parte general*, Madrid: Marcial Pons, 2011.

MAZUELO, A. *Soft law ¿muchos ruidos y pocas nueces?* Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2004.

MEDINA, K. *La presencia del soft law en el derecho administrativo colombiano: Los documentos Conpes como manifestación del soft law en Colombia.* [Tesis de grado]. Bogotá: Universidad del Rosario, 2016.

MORENO, M. *Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: Naturaleza y régimen jurídico.* Revista de administración pública, 1998.

MOSTACCI, E. *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato.* Italia, 2008.

NORTH, D. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico,* México: FCE, 2006.

PAREJO, L. *Algunas reflexiones sobre la evolución y situación actual del sistema de fuentes del derecho. Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo.* (Tomo I): Homenaje al profesor Luciano Vandelli. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

PASTORE, B. *Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho,* 2014.

ROA, D. *Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho disciplinario,* Editorial Ibáñez, Bogotá, 2018.

RESTREPO, M y NIETO, M.A. *El derecho administrativo sancionador en Colombia,* Legis, 2017.

SCHMIDT-ASSMANN, E. *La Teoría General del Derecho administrativo como sistema objeto y fundamentos de la construcción sistemática,* Marcial Pons,

2003.

LAPORTA, F. *Globalización e imperio de la ley*. AFDUAM 9, 2005

LAPORTA, F. *El imperio de la ley, una visión actual*. Trotta: Madrid, 2007

LAPORTA, F. *Gobernanza y soft law. nuevos perfiles jurídicos de la sociedad internacional. Entre Estado y Cosmópolis: Derecho y justicia en un mundo global*/Alfonso Ruiz Miguel (dir.), 2014, ISBN 9788498794540, pp. 41-82.

LOPEZ PEÑA, E. *Servidores públicos y "Soft Law"*. Bogota: Edmer. Temis.

DI ROBILANT, A. *Genealogies of Soft Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 54, 2006, 499-554, 2016.

RINCÓN, J. *La potestad disciplinaria en el derecho administrativo*, Universidad de Piura, 2016.

SHIONO, H. *Administrative Guidance in Japan (Gyosei-Shido)*, Volume: 48 issue: 2, page(s): 239-246. Issue published: June 1, 1982. Tokyo University.

SÁNCHEZ, A. *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, 2012.

SANTAELLA, H. *Normas técnicas y derecho en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

SANTAELLA, H. *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, n.º 5, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 91.

SANTAELLA, H. *Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta*. En A. Montaña y A. Ospina, *La constitucionalización del Derecho administrativo*. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo (págs. 79- 115), 2014, Bogotá: Universidad Externado De Colombia.

SANTAELLA, H. *Las mutaciones del sistema de fuentes del derecho administrativo en Colombia: El tránsito hacia un ordenamiento jurídico administrativo menos jerárquico, menos rígido, menos formal y menos estatal. Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*. (Tomo I): Homenaje al profesor Luciano Vandelli, 2019, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SANTAELLA, H. *El doble nivel, vinculante y no vinculante, de la contratación pública en Colombia, en Contratos públicos. Problemas, perspectivas y prospectivas*, Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo xviii, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

SANTAELLA, H. *La Constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia. Análisis de incidencia de la obra del legislador en este proceso*, *Revista de Derecho*, n.º 16, 2016, pp. 354-376.

SAURA, A. *Crisis de la capacidad regulativa y flexibilidad del derecho*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, N° 21, 2010.

SAURA, A. *La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa*, *AFD*, 2016 (XXXII), pp. 297-322, ISSN: 0518-0872

SARMIENTO, D. *La autoridad del derecho y la naturaleza del soft law*. Cuadernos de Derecho Público, núm. 28, 2006.

SARMIENTO, D. *El soft law administrativo*. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

SCHMIDT, A. *El concepto de la constitucionalización del derecho administrativo*, en *La constitucionalización del derecho administrativo*. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SOSA WAGNER, F. *Manual de Derecho Local*, Navarra: Thomson Aranzadi, 2005.

TARRÉS, M. *Las normas técnicas en el derecho administrativo*. Documentación administrativa/nº265-266 (enero-agosto), 2003.

THÜRER, D. *Soft law*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL], 2009.

TORO, M. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, 2006.

TEUBNER, G., SASSEN, S., y KRASNER, S. *Estado, soberanía y globalización*. Siglo del Hombre Editores, 2010, Bogotá. Colombia.

VAQUER, M. *Un apunte sobre las disposiciones administrativas y el soft law tras la ley del procedimiento administrativo común*. 2015. Proyecto de investigación DER2015-70714-P.

VEGA GARCÍA, A. *El soft law en la fiscalidad internacional*, Tesis Doctoral, Pompeu Fabra, Barcelona, 2014.

VIGO, R. *Una teoría de la validez jurídica*. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39, pp. 99-125, 2016.

ZERILLI, F. *The rule of soft law: An introduction*. *Focaal—Journal of Global and Historical Anthropology*, 2010.

### **Jurisprudencias**

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 18 de agosto de 1989, exp. 1110, M.P. Abella Zárate.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 11 de octubre de 1990, exp. 1051, M.P. Libardo Rodríguez.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 3 de febrero de 2000, exp. 5236.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 7 de septiembre de 2000, exp. 2000-6152, M.P. Polo Figueroa.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 21 de septiembre de 2001, exp. 6371, M.P. Olga Inés Navarrete.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 6 de diciembre de 2001, exp. 2000-6063, M.P. Palacios Mejía.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 1 de octubre de 2004, exp. 8092, M.P. Ostau de Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 8 de febrero de 2007, exp. 3001-05, M.P. Arango Mantilla

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 9 de marzo de 2009 exp. 2005-00285, M.P. Ostau de Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 18 de mayo de 2011, exp. 2004-00253-01

CONSEJO DE ESTADO. Auto del 18 de julio de 2012, exp. 2007-19300, M.P. García González.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 20 de marzo de 2013, exp. 1575-12, M.P. Arenas Monsalve

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 21 de noviembre de 2013, exp. 2006-00105, M.P. Velilla Moreno.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 10 de julio de 2014, exp, 2420-2011, M.P. Arenas Monsalve.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 27 de noviembre de 2014, exp. 2012-00533-01, M.P. Vargas Ayala.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 18 de junio de 2015, exp. 2011-00271.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 18 de junio de 2015, exp. 2011-00271-00.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 13 de noviembre de 2015, exp. M.P. García González.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 4 de febrero de 2016 del, exp. 2006-00394, M.P. Rojas Lasso.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 8 de febrero de 2016, exp. 2015-00265, M.P. García González.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 10 de octubre de 2016, exp. 55813, M.P. Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 13 de octubre de 2016, exp. 2013-00257.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 14 de septiembre de 2017, exp, 2014-00645, M.P. Serrato Valdés.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 26 de julio de 2018, exp. 1087-11. M.P. Perdomo Cuéter.

CONSEJO DE ESTADO. Auto del 22 de octubre de 2018, exp, 2014-0071, M.P. Giraldo López.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 11 de abril de 2019, exp. 2012-2011.

CONSEJO DE ESTADO. Auto del 6 de mayo de 2019, exp. 2014-0071, M.P. Giraldo López.

CONSEJO DE ESTADO. Auto del 30 de septiembre de 2019, exp. 2018-0166, M.P. Peña Garzón.

CONSEJO DE ESTADO. Auto del 22 de octubre de 2019, exp. 2014-00645, M.P. Giraldo López.

CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 25 de noviembre de 2019, exp. 2007-0089-00, M.P. Hernando Sánchez.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-564 de 1992, M.P. Cifuentes Muñoz

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-131 de 1993. M.P. Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-335 de 1997, M.P. Hernández Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-160 de 2000, M.P. Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1093 de 2004, M.P. Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-316 de 2006, M.P. Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-257 de 2008, M.P. Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-235 de 2011, M.P. Vargas Silva

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-405 de 2011, M.P. Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-077 de 2013, M.P. Julio Estrada.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-339 de 2014, M.P. Calle Correa

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-659 de 2016, M.P. Arrieta Gómez

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-252 de 2019, M.P. Bernal Pulido