

**EFICACIA DE LA APLICACIÓN DEL SOFT LAW
EN LA ADMINISTRACIÓN EN COLOMBIA**

CHRISTIAN BECERRA POSSO

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÁ – VALLE DEL CAUCA
2017**

**EFICACIA DE LA APLICACIÓN DEL SOFT LAW
EN LA ADMINISTRACIÓN EN COLOMBIA**

CHRISTIAN BECERRA POSSO

**Monografía para optar al título de
ABOGADO**

**Presidente de Monografía
Doctor JUAN CARLOS RICARDO LADINO
Abogado**

**UNIDAD CENTRAL DEL VALLE DEL CAUCA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y HUMANÍSTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
TULUÁ – VALLE DEL CAUCA
2017**

Nota de aceptación

Presidente de Jurado

Jurado

Jurado

Jurado

Tuluá, febrero de 2017

A mi madre, por su amor, la motivación y el esfuerzo que siempre han estado presentes en mi vida.

A mi tía María Elena, por darme su respaldo en momentos difíciles y brindarme su ayuda.

A mi tío Reynaldo, por darme su compañía y tener paciencia.

A toda mi familia, por ser un apoyo incondicional.

Christian

AGRADECIMIENTOS

El autor agradece a:

Doctor Juan Carlos Ricardo Ladino, Presidente de monografía, por su colaboración y ser guía a lo largo de esta investigación.

Doctor Juan David Arias, por su asesoría, motivación y aporte académico para sacar adelante este trabajo investigativo.

Christian

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	11
1. GENERALIDADES REFERENTES AL SOFT LAW O DERECHO BLANDO	13
1.1 BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL SURGIMIENTO DEL SOFT LAW	13
1.2 CONCEPTO DE SOFT LAW	14
1.2.1 Definición de soft law o normas de derecho blando en el derecho administrativo	14
1.2.2 Tipologías de normas de derecho blando	16
1.3 CARACTERÍSTICAS DE LOS INSTRUMENTOS DE SOFT LAW	17
1.4 IMPORTANCIA DEL SOFT LAW Y CONSECUENCIAS	18
1.5 NATURALEZA JURÍDICA DEL SOFT LAW	19
1.6 INCORPORACIÓN DEL SOFT LAW EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS	20
1.7 FINALIDADES DEL SOFT LAW	21
1.8 ASPECTOS LEGALES DEL SOFT LAW EN COLOMBIA	21
1.9 INSTRUMENTOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS SIN CARÁCTER OBLIGATORIO	24
1.9.1 Resolución	24
1.9.2 Manual	25
1.9.3 Directiva	25
1.9.4 Circular	26

1.9.5	Términos de referencia	27
1.9.6	Instructivo	27
1.9.7	Concepto jurídico	28
1.9.8	Código de Buen Gobierno y de Conducta Empresarial	28
1.9.9	Recomendaciones	28
1.9.10	Protocolos	28
2.	LA EXPERIENCIA DEL SOFT LAW EN JAPÓN Y CHILE	30
2.1	LA EXPERIENCIA DEL SOFT LAW EN JAPÓN	30
2.1.1	Casos de orientación administrativa práctica	32
2.2	LA EXPERIENCIA DE SOFT LAW EN CHILE	36
2.2.1	Casos de soft law en Chile	38
3.	EFFECTIVIDAD DE LA APLICACIÓN DEL SOFT LAW EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA	41
3.1	EL SOFT Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	41
3.2	LA EFICACIA DEL SOFT LAW	42
3.3	EFICACIA EN LA APLICABILIDAD DEL SOFT LAW EN DISTINTAS ENTIDADES COLOMBIANAS	43
4.	CONCLUSIONES	56
	BIBLIOGRAFÍA	58

LISTA DE CUADROS

	pág.
Cuadro 1. Directiva Unificada No. 015 de octubre 11 de 2011	44
Cuadro 2. Directiva No. 007 de octubre 21 de 2009	45
Cuadro 3. Directiva No. 002 de enero 12 de 2012	46
Cuadro 4. Circular Externa No. 000036 de septiembre 18 de 2015	47
Cuadro 5. Circular Externa No. 000015 de diciembre 24 de 2015	48
Cuadro 6. Circular Externa 000007 de octubre 5 de 2016	49
Cuadro 7. Circular Radicado 20164000424381 de septiembre 28 de 2016	49
Cuadro 8. Circular Radicado 20164000337501 de julio 28 de 2016	50
Cuadro 9. Circular Radicado 20164100264971 de junio 14 de 2016	51
Cuadro 10. Directiva Ministerial No. 73 de diciembre 17 de 2015	52
Cuadro 11. Circular No.17 de febrero 22 de 2016	53
Cuadro 12. Concepto jurídico. N° de radicación 2016-ER-039794 de abril 14 de 2016	54

GLOSARIO

ACUÑAR: dar forma expresiones o conceptos, especialmente cuando logran difusión o permanencia.

AGRAZ: sin madurar.

AUSPICAR: patrocinar, favorecer. Presagiar, adivinar, predecir.

COERCITIVO: que sirve para forzar la voluntad o la conducta de alguien. Represivo, inhibitorio.

COLEGIR: juntar. Inferir (sacar consecuencia de otra cosa).

CONSUECUDINARIO: que es de costumbre.

DEVENIR: sobrevenir, suceder, acaecer.

DICOTÓMICO: perteneciente o relativo a la dicotomía: división en dos partes.

EXHORTAR: incitar a alguien con palabras, razones y ruegos a que haga o deje de hacer algo.

FITOSANITARIA: perteneciente o relativo a la prevención y curación de las enfermedades de las plantas.

FORTUITO: que sucede inopinada y casualmente.

LEGE FERENDA: para una futura reforma de ley.

LEGE LATA: según la ley existente.

MORIGERAR: templar o moderar los excesos de los afectos y acciones.

PARÁMETRO: dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación.

PREMISA: prevenido, propuesto o enviado con anticipación. Señal o indicio por donde se infiere algo o se viene en conocimiento de ello. Cada una de las dos primeras proposiciones del silogismo, de donde se infiere y saca la conclusión.

SUCEDÁNEO: dicho de una sustancia: que, por tener propiedades parecidas a las de otra, puede reemplazarla.

TÁCITO: callado, silencioso. Que no se entiende, percibe, oye o dice formalmente, sino que se supone o infiere.

ULTERIOR: que está de la parte de allá de un sitio o territorio. Que se dice, sucede o se ejecuta después de otra cosa.

INTRODUCCIÓN

En el mundo actual, el soft law o derecho blando ha venido ganando importancia y se ha utilizado de manera diversa. Inicialmente, se usó en el derecho internacional, no obstante, se aplicó doctrinalmente en el ámbito legal de los Estados, siendo dos los elementos que están presentes en él: su carácter no jurídicamente vinculante y una indiscutible notoriedad jurídica.

De todas maneras se considera el soft law como una opción que no tiene la rigidez que puede tener una norma, que es indefinido y hasta un poco vago en contenido y que por lo general son actos o instrumentos jurídicos no obligatorios tales como instrucciones, circulares, cartas de servicios, acuerdos, códigos de buen gobierno, etc., que permiten optimizar operativamente procedimientos legales. Igualmente, permiten regular procedimientos dentro de una relativa libertad, destacándose que con respecto a las fuentes del derecho que es más flexible, siendo más abierto o general en el contenido por lo que es catalogado como más suave e incluso subsidiario.

A su vez, esta investigación es de tipo descriptiva en la que se aplicó la observación documental y se hizo uso del método analítico y de síntesis, obteniendo la información de fuentes doctrinarias secundarias tales como circulares, directivas, textos, artículos, etc.

Luego entonces, como objetivo general se analiza la eficacia de la aplicación del soft law o derecho blando en la administración en Colombia. Además, se desarrolla este objetivo mediante los siguientes objetivos específicos:

- Explicar aspectos generales del soft law como fuente de derecho.
- Comparar el soft law administrativo de la experiencia japonesa y chilena.
- Analizar la eficacia que ha tenido la aplicación del soft law en la administración pública tomando algunas de las circulares, directivas que ha emitido la Procuraduría General de la Nación, DIAN, Ministerio de Transporte y Ministerio de Educación en Colombia en diversos aspectos que competen al manejo del país.

Ahora bien, el documento se presenta en cuatro partes: en la primera se exponen generalidades referentes al soft law o derecho blando. En la segunda, se aborda la experiencia del soft law en Japón y Chile. La tercera parte se ocupa de la efectividad de la aplicación del soft law en el derecho administrativo en Colombia. Y por último, la cuarta parte se dedica a las conclusiones.

1. GENERALIDADES REFERENTES AL SOFT LAW O DERECHO BLANDO

1.1 BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL SURGIMIENTO DEL SOFT LAW

La aparición del soft law no ha tenido un origen claro según varios autores; pero, puede decirse que el soft law comienza a destacarse con el surgimiento de organizaciones multilaterales, de organizaciones internacionales de naturaleza tanto pública como privada por los años sesenta. Aunque existía desde antes, fue al inicio del siglo XX que estas organizaciones hicieron su aparición con más frecuencia en el ámbito internacional. Pero, fue después de la Segunda Guerra Mundial con el establecimiento de la ONU y de las organizaciones surgidas a partir de Breton Woods tales como el Fondo Monetario Internacional –FMI-, Banco Mundial, Organización Mundial del Comercio, en que se extiende y comienza a tener más influencia en las relaciones internacionales y pudiendo llegar a tener efectos jurídicos¹.

Por otro lado, según el profesor de Derecho Internacional de la UNAM (México) Mauricio Del Toro:

Aunque se reconoce que el término *soft law* fue introducido al lenguaje del derecho internacional por Lord McNair, lo cierto es que éste acuñó el término para distinguir entre proposiciones de *lege lata* y de *lege ferenda* y no para distinguir un fenómeno complejo que supone la existencia de variaciones normativas que van desde lo no vinculante hasta lo vinculante, del “no derecho” al derecho, de lo *soft* a lo *hard*. Con la expresión *soft law* se trataba de describir enunciados formulados como principios abstractos, presentes en todo ordenamiento jurídico, que devenían operativos a través de su aplicación judicial. El lugar del *soft law* en el debate académico como se manifiesta en nuestros días vendría a configurarse después².

¹ PEREIRA VALADAO, Marcos Aurelio. El soft law como fuente formal del derecho internacional público. Diciembre de 2003. P. 8. Disponible en Internet: <http://www.marcosvaladao.pro.br/pdf/O%20SOFT%20LAW%20COMO%20FONTE%20FORMAL%20DO%20DIP.pdf> {Consulta: 22 mayo de 2016}.

² DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/6/art/art12.htm> {Consulta: 2 junio de 2016}.

De todas maneras, la globalización y la agilización en las comunicaciones, ha llevado a que sean más complejas las relaciones y por tanto las fuentes clásicas de Derecho Internacional no traen satisfacción a las necesidades de la comunidad internacional tanto pública como privada, por lo que la normatividad se ve fortalecida por normas de soft law, así sean los tratados y las costumbres internacionales las que tenga una base de principios y de fuerza lógica.

1.2 CONCEPTO DE SOFT LAW

1.2.1 Definición de soft law o normas de derecho blando en el derecho administrativo. Al soft law en español se le ha llamado “*derecho flexible*’, *pre-derecho*’, *derecho blando o en agraz*”³. El ya citado profesor Mauricio del Toro, considera que:

La expresión *soft law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica. Ello supone la existencia de una normatividad relativa en el sistema internacional y la consecuente afrenta al modelo dicotómico tradicional⁴.

Asimismo, el profesor Pereira Valadao, manifiesta que soft law:

Son aquellas normas introducidas por los organismos internacionales, en el ámbito de organizaciones multilaterales, en lo que se refiere a personas jurídicas de derecho internacional público como la ONU, ya sea en organizaciones reguladoras, no necesariamente unidas a organizaciones internacionales de derecho público como la Cámara Internacional de Comercio (CCI), y también las declaraciones de intención que el conjunto de naciones hace, como resultado de importantes reuniones internacionales⁵.

Como ejemplos de soft law se tienen: la Declaración sobre el establecimiento de un nuevo orden internacional (aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1974), la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1948), las Declaraciones de Intenciones firmadas por los Estados (como la Agenda 21), las normas de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), las normas del Fondo Monetario Internacional (FMI –

³ Ibid. P. 4.

⁴ Ibid. P. 7.

⁵ PEREIRA VALADAO. Op. Cit. P. 3.

excepto el Acuerdo que hizo surgir la organización), las Decisiones del Bank of International Settlements (BIS), las normas adoptadas por la International Organization for Standardization (ISO), por la International Accounting Standards Committee (IASC) y por la International Telecommunication Union (ITU); las resoluciones del Comité de Basilea, sobre regulación bancaria y las introducidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS)⁶ y de acuerdo con la Convención de Viena no son tratados internacionales ni se ajustan al concepto de costumbre, no obstante, pueden ser utilizadas como prueba de su existencia.

Además, entre algunas de las características de los instrumentos soft law se encuentran:

Así es como Bodansky, distinguiéndolas de los tratados internacionales, enumera una serie de características de los instrumentos soft law: están formulados en términos exhortatorios; no cuentan con disposiciones finales relativas, por ejemplo, a la ratificación o a la entrada en vigor; tampoco cuentan con un cuerpo de normas que regulen su creación, aplicación, interpretación modificación, terminación y validez. Pero quizás el punto más destacable es que no tienen una limitación vinculada a la expresión del consentimiento, lo cual implica que si bien no vincula a los Estados que la formulan tampoco permite que los Estados que no la votaron se desentiendan de ella⁷.

En este orden de ideas, la mayor parte de la doctrina considera que las normas de derecho blando “*están a disposición de las autoridades superiores de la administración, las cuales en uso de un poder jerárquico, discrecional e informal, buscan interpretar y explicar el modo de empleo del derecho*”⁸. Además, el profesor Sánchez Pérez menciona que Harmut Maurer en lo que se refiere al derecho administrativo dice que:

Las normas de derecho blando son instrucciones administrativas que tienen como finalidad expedir mandatos generales-abstractos desde un órgano superior hacia sus

⁶ Ibid. P. 3-4.

⁷ BODANSKY D. *The Art and Craft of International Environmental Law*. London, Harvard University Press, 2010. En: COLMEGNA, Pablo Damián. Impacto de las normas de Soft law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Año VI, número 8, 2012. ISSN 1851-3069. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0008A006_0004_investigacion.pdf {Consulta: 18 junio de 2016}.

⁸ PÉREZ SÁNCHEZ, Alexander. Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial. Bogotá: Cadena S.A. Universidad Externado de Colombia. Serie Derecho Administrativo 17. Primera edición, julio de 2012. P. 71.

órganos inferiores, o de una autoridad a los empleados dependientes de ésta, afectando el ordenamiento interno de un órgano o la actuación objetiva de la administración. Su legitimidad descansa sobre el poder directiva de la instancia superior, que puede llevar a dictar órdenes, que son precisamente las instrucciones administrativas⁹.

1.2.2 Tipologías de normas de derecho blando. El profesor Sánchez Pérez identifica algunas tipologías de normas de derecho blando en la zona de actividad informal de la administración:

Las instrucciones organizativas y de servicio: que afectan la organización interna y el funcionamiento de los servicios del órgano administrativo.

Las instrucciones interpretativas de la ley u otras normas (directrices interpretativas): que determinan la interpretación y la aplicación de normas jurídicas, en especial allí donde existen conceptos jurídicos indeterminados – estas instrucciones ayudan a los órganos subordinados a interpretar la ley y garantizar una aplicación uniforme de ella–.

Las instrucciones administrativas directivas del ejercicio de la discrecionalidad: que determinan de qué manera debe hacerse uso de la discrecionalidad otorgada a la administración, la cual asegura un ejercicio uniforme e igualitario de la potestad discrecional.

Las instrucciones administrativas supletorias de la ley: que se dictan cuando falta o se necesita una regulación legal, bien porque ésta no existe en absoluto o porque, aun habiéndola, es tan general que se hace necesaria el uso de la reserva de instrucción administrativa que la concrete¹⁰.

De igual manera, este mismo autor cita al profesor Tokiyasu Fujita quien distingue tres subcategorías: *“la primera, de los actos dirigidos a los agentes administrativos, vinculantes para éstos, pero sin efecto de derecho sobre los administrados; la segunda, de los actos igualmente dirigidos a los agentes administrativos pero que no obligan ni a estos últimos, ni a los administrados; y la tercera, de los actos que se dirigen a los administrados pero sin crear efectos o vincularlos jurídicamente”*¹¹.

⁹ MAURER, Harmut. Derecho administrativo. Madrid: Marcial Ponds, 2011. En: PÉREZ SÁNCHEZ, Op. Cit., p. 71.

¹⁰ Ibid. P. 72-73.

¹¹ Ibid. P. 73.

1.3 CARACTERÍSTICAS DE LOS INSTRUMENTOS DE SOFT LAW

Los instrumentos internacionales de soft law presentan características tales como¹²:

- Se manifiestan como un reflejo de la tendencia actual de la comunidad internacional porque haya más interrelación, interdependencia y globalización.
- Buscan comenzar acciones en factores de interés general en lo que se refiere a temas nuevos en la comunidad internacional, en los que se presenta dificultad para que se llegue a un acuerdo general entre los Estados bien sea porque surgen distintos intereses políticos, económicos o de otro tipo.
- No imponen obligaciones a nivel internacional, no obstante, algunas veces expresan el desarrollo de normas consuetudinarias o sirven como fundamento para futuros tratados.
- Por su naturaleza crean expectativas de comportamiento, ya que se rigen de alguna forma por el principio de la buena fe, motivo que revela su utilidad y cumplimiento.
- Tienen capacidad de producir ciertos efectos jurídicos variables de acuerdo al compromiso, exactitud de sus cláusulas y el encargar de ciertas facultades a organismos internacionales de supervisión.

También, existen unos criterios que determinan la existencia de un instrumento de soft law internacional según Christine Chinkin citada por Del Toro Huerta:

...i) Que sean formulados en términos no obligatorios de acuerdo a los procesos tradicionales de creación de derechos (*v. gr.* tratado o costumbre); ii) contengan términos vagos e imprecisos; iii) procedan de órganos carentes de autoridad para crear normas internacionales; iv) estén dirigidos a actores no estatales, cuya práctica no pueda configurar una costumbre internacional; v) permanezcan ajenos a cualquier teoría de la responsabilidad internacional; vi) se basen exclusivamente en la adhesión voluntaria y no exista un mecanismo jurídico para su exigencia¹³.

¹² DEL TORO HUERTA. Op. Cit.

¹³ Ibid.

En otro orden, según Sarmiento citado por Castro Arango, en la doctrina del derecho administrativo el soft law tiene ciertas características así¹⁴:

- No presenta las condiciones para que sea derecho stricto sensu o hard law.
- Si se incumplen no tiene problemas con el ordenamiento.
- No sirven de medida de validez de otras normas.
- No se pueden impugnar.
- Habitualmente no se publican en diarios oficiales, ocasionalmente sucede.
- Tienen una gran aceptación y se cumplen muchísimo.
- No son normas jurídicas, pero son aplicadas en numerosas oportunidades por tribunales y otros operadores jurídicos.
- Establece la aplicación de otras normas.

En el derecho administrativo el soft law tiene como fundamento el principio de subsidiariedad ya que al otorgarle el poder normativo al que tiene la mejor posición de regular, hace que le permita coordinar distintas entidades, que sea más legítimo, ya que pueden ser organismos técnicos, asociaciones de gremios, entidades públicas, organismos internacionales, entre otros.

1.4 IMPORTANCIA DEL SOFT LAW Y CONSECUENCIAS

Suele considerarse importante el soft law porque¹⁵:

- Reducen costos que surgen de negociaciones convencionales y el impacto que pueden tener determinados instrumentos internacionales en la soberanía.

¹⁴ CASTRO ARANGO, José Manuel. El sistema normativo y la interpretación frente al soft law: especial referencia a los documentos creados por la OCDE en materia fiscal. Revista N° 46. Abril-Junio 2011. Disponible en Internet: http://legal.legis.com.co/document?obra=rcontador&document=rcontador_a0f476f1391a0084e0430a0101510084 {Consulta: 2 octubre de 2016}.

¹⁵ DEL TORO HUERTA, Op. Cit.

- No tienen los riesgos que conllevan el incumplimiento y sus posibles consecuencias derivadas de una responsabilidad internacional.
- A veces las instituciones internacionales solo cuentan con el soft law.
- Los instrumentos de soft law admiten que intervengan actores no estatales como organizaciones gubernamentales lo que presta legitimidad en el caso de que surjan normas de conferencias internacionales.

Aunque el soft law no es controlado por mecanismos institucionales, éste puede producir efectos en el ámbito interno del país, puesto que pueden ser adoptados por la legislación interna o dar pautas interpretativas de tratados internacionales, con el fin de establecer “la existencia de una costumbre o un principio general de derecho internacional”¹⁶.

1.5 NATURALEZA JURÍDICA DEL SOFT LAW

Respecto a la naturaleza jurídica del soft law:

Algunos consideran que se trata de un Derecho Programa, basado en principios éticos que contribuyen a prefigurar lo que ulteriormente se desarrollará como Derecho y, cuyo significativo ejemplo son las resoluciones de los organismos internacionales, recomendaciones e informes adaptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales, programas de acción textos que aún no han entrado en vigor¹⁷.

También algún sector de la doctrina piensa que el soft law surge a partir de los usos y costumbres que realizan los operadores jurídicos como un derecho abierto que comprende diversos tipos entre los que se encuentran resoluciones, recomendaciones, etc., que pasan a formar un grupo de reglas que nacen de las actuaciones de quienes participan en el contexto internacional, presentándose

¹⁶ Ibid.

¹⁷ PARDO SCHOTBORGH, Claudia Marcela y PAZ MONROY, Mery del Rosario. El soft law como fuente de derecho internacional, caso: resoluciones de comercio justo. Trabajo de monografía. Cartagena de Indias, D.T. y C.: Universidad de Cartagena. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2011. 127 p. Disponible en Internet: <http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/198/1/SOFT%20LAW%20COMO%20FUENTE%20DE%20DERECHO%20INTERNACIONAL%20CASO%20RESOLUCIONES%20DE%20COMERCIO%20JUSTO.pdf> {Consulta: 17 septiembre de 2016}.

algunas veces generales y en otras muy específicas. Y a pesar de no ser como ya se dijo un instrumento vinculante, tiene relevancia jurídica como se ha observado en algunos instrumentos internacionales que son más fuertes que los instrumentos jurídicos convencionales.

1.6 INCORPORACIÓN DEL SOFT LAW EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

De acuerdo con el tratadista español Daniel Sarmiento se presentan cuatro formas de incorporación al ordenamiento jurídico¹⁸:

- Incorporación en hard law

Introducir el soft law dentro de un texto de hard law, en el articulado de una norma legal o reglamentaria, puede ser como un anexo a la ley o reglamento, dejando una constancia que es una norma informal que a continuación es tomada por norma formal.

- Incorporación por referencia

Esta incorporación radica en formular una referencia del soft law desde un instrumento de hard law. La doctrina llama a estas referencias como reenvíos que pueden ser diversos como puede ser desde una norma reglamentaria o un acto.

- Incorporación por aval del legislador por medio de resoluciones no legislativas

El soft law toma efectos jurídicos debido a un aval parlamentario, ya que debido a la intervención de las Cámaras va a tener unas consecuencias que equivalen a hard law.

- Incorporación del soft law por una relación contractual

Se realiza un acuerdo entre dos partes que es negociable en una dinámica concebida por una relación contractual. En él, el poder público adquiere el

¹⁸ SARMIENTO, Daniel. La autoridad del Derecho y la naturaleza del Soft Law. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en Internet: http://danielsarmiento.es/pdf/soft_law.pdf {Consulta: 2 julio de 2016}.

compromiso con otra administración o con un particular de que el acuerdo tenga efectos bien sea por un instrumento de hard law o dejándolo entre las partes sin darle una definición exacta de su naturaleza ni de los efectos que pueda ocasionar.

1.7 FINALIDADES DEL SOFT LAW

De acuerdo con Castro Arango, entre las finalidades del soft law se encuentran¹⁹:

- Se presume que hay una flexibilización de la manera en que se elaboran las normas, lográndose así prorrogar las decisiones en procedimientos democráticos largos y evitar de esta forma el riesgo de no conseguir las mayorías decisorias.
- Genera la posibilidad de establecer contextos en los que haya regulación tanto pública como privada y la aprobación sea lo más importante, consiguiendo que las decisiones se presenten de manera razonable, democrática y legítima con un plus adicional: obtener una política más eficiente para transmitir las normas.
- Ayuda al juez a tomar decisiones que tengan más información y con mayor raciocinio, porque se adelanta al problema que significa la falta de conocimiento técnico del legislador tradicional.
- Se puede utilizar como una forma de encomendar responsabilidades en otras esferas e instancias se incluso se dice que puede ser posible que se convierta en un “modelo abierto de coordinación a nivel internacional y dentro de los distintos órganos y subdivisiones de los Estados”²⁰.

1.8 ASPECTOS LEGALES DEL SOFT LAW EN COLOMBIA

El artículo 241 de la Constitución Política colombiana de 1991, dice claramente que la Corte Constitucional es quien decide sobre demandas de

¹⁹ CASTRO ARANGO, Op. Cit.

²⁰ Ibid.

inconstitucionalidad que sean presentadas por actos reformativos de la Constitución, referendos sobre leyes, decretos-ley, decretos legislativos, leyes, tratados internacionales y leyes que los aprueben, entre otras; aunque no tiene control sobre normas de soft law o derecho blando así que muchas decisiones administrativas no tienen ni el Control de la Corte Constitucional ni del Congreso de la República. Pero, la Corte Constitucional en algunas sentencias menciona el soft law diciendo que algunos preceptos normativos son adoptados de manera discrecional o facultativa siendo posible que procedan de normas de naturaleza obligatoria:

En tal sentido, la doctrina ha propuesto que las regulaciones que componen el ámbito normativo de la responsabilidad social corporativa pueden emanar de dos clases distintas de fuentes. En efecto, el deber de acatar estos postulados puede proceder de normas vinculantes, obligatorias y exigibles procesalmente (*hard law*) o puede también derivarse de preceptos normativos voluntariamente adoptados por las compañías, renunciables y cuyo alcance y efectos pueden plantearse definirse por sus propios destinatarios. A esta última categoría de normas se les denomina *soft law* o derecho blando y allí se ubica la mayor parte de los contenidos que componen la denominada RSE.

Por lo anterior, en cuanto a la naturaleza jurídica de las normas de RSE se colige que existe una relación de complementariedad entre aquellos postulados de *soft law* y las normas vinculantes existentes, siendo aquellas un desarrollo de estas. Sin embargo, esta relación también puede implicar un deber reforzado de obedecer el contenido de este tipo de disposiciones, toda vez que las empresas o corporaciones han manifestado libremente su voluntad de cumplir con los mandatos de instrumentos de RSE. En este sentido lo ha entendido la jurisprudencia constitucional colombiana, como se explicará en detalle posteriormente.

En síntesis la RSE es, como se ha establecido, una integración de gestiones empresariales o corporativas que se preocupan por el impacto ambiental y social de sus operaciones, así como por la interacción con agentes interesados, dando lugar a una serie de políticas y lineamientos que las empresas suelen adoptar de forma discrecional o facultativa, en forma de *soft law*, siendo factible que provengan de normas de naturaleza obligatoria²¹.

Por otra parte, la Corte Constitucional de dos maneras ha utilizado el soft law o derecho blando: *“en primer lugar, como herramienta interpretativa en varios de sus pronunciamientos; en segundo lugar, incorporando al Bloque de Constitucionalidad los apartes de estos instrumentos que desarrollan normas de los TIDH y del DIH que forman parte del bloque, convirtiendo instrumentos de*

²¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-781 de octubre 20 de 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en Internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-781-14.htm> {Consulta: 17 septiembre de 2016}.

*derecho blando (soft law) del derecho internacional en derecho duro (hard law) en el orden interno*²².

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A. – Ley 1437 de enero 18 de 2011) en el artículo 137 establece que “*puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro*”²³; sin embargo, otras manifestaciones informales del soft law, quedan excluidas de un control, dejando así un vacío legislativo.

Así pues, las normas de derecho blando que se encuentran en la actividad administrativa informal tienen unos rasgos específicos según el tratadista Daniel Sarmiento, citado por el profesor Sánchez Pérez:

1. Se constituyen de normas jurídicas, dirigidas a una pluralidad de destinatarios, que no tienen efectos obligatorios ni poseen, como regla general, procedimientos tasados de elaboración.
2. Al carecer de efectos obligatorios, no son parámetros de enjuiciamiento, ni de disposiciones generales, ni de actos administrativos.
3. No son susceptibles de impugnación ante los tribunales del orden contencioso-administrativo.
4. Tienen su principal potencia en el terreno de la interpretación, dando sentido a las disposiciones del ordenamiento (hard law) y coadyuvando a éste en el proceso de enjuiciamiento de los actos administrativos²⁴.

Básicamente puede decirse que las normas de derecho blando ocupan un espacio que aparece entre las normas de derecho positivo (hard law: leyes, decretos, reglamentos generales, actos administrativos generales) y normas de derecho positivo (hard law: actos administrativos particulares, singulares y concretos)

²² LÓPEZ-MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ-MEJÍA, Astrid Liliana. La armonización del Derecho Internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano. En: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Bogotá, Colombia. Nº 12: 317-352. Edición Especial. Enero-Junio de 2008. ISSN 1692-8156. Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en Internet: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/11LAARMONIZACIONDELDERECHOINTERNACIONAL.pdf {Consulta: 18 junio de 2016}.

²³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 137.

²⁴ SÁNCHEZ PÉREZ, Op. Cit. P. 76.

puesto que este soft law comprende directivas, circulares, protocolos, documentos Conpes, entre otros²⁵.

1.9 INSTRUMENTOS JURÍDICOS ADMINISTRATIVOS SIN CARÁCTER OBLIGATORIO

1.9.1 Resolución. Es el “*acto administrativo que se expide de conformidad con unas competencias que señala la Ley, con el fin de adoptar decisiones de carácter específico, general o fijar procedimientos que deben ser cumplidos por los funcionarios de la institución*”²⁶. Este procedimiento administrativo está regido por la Constitución, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y leyes especiales que cumplan con el debido proceso.

En el caso de las resoluciones administrativas son promulgadas fundamentándose y apoyándose en normas legales y lo que disponen son de carácter obligatorio y forzoso y en caso de que se incumplan o haya desacato da lugar a que se presente una sanción disciplinaria, que puede llevar a responsabilidades administrativas que deriven en económicas y penales. En el evento de que una persona no esté de acuerdo con lo que dispone la resolución administrativa, puede presentar un recurso de impugnación siempre y cuando cumpla con el plazo y las exigencias de ley, y que si es atendido, la resolución impugnada puede ser suspendida, modificada o anulados los efectos legales. A través de las resoluciones la autoridad que tiene la competencia está facultada para que:

Nombre, contrate, ascienda, felicite, sancione, reduzca, cambie personal, designe funciones de confianza; nombre o encargue el ejercicio de cargos administrativos; incremente remuneraciones; otorgue licencia, vacaciones, becas, ayuda económica; apruebe proyectos, planes, programas, reglamentos, presupuesto institucional, racionalice los recursos humanos, materiales y financieros, autorice viajes, uso de locales; apruebe la realización de actividades; rectifique nombres y apellidos en documentos oficiales; convoque a elecciones para cambio de autoridades; apruebe el cese o jubilación de personal; resuelva recursos impugnativos, etc.²⁷.

²⁵ Ibid. P. 77.

²⁶ GALEANO REY, Juan Pablo. Soft law administrativo colombiano. Septiembre 30 de 2012. Disponible en Internet: <http://normatividaddesoftlaw.blogspot.com/> {Consulta: 2 julio de 2016}.

²⁷ Ibid.

Esto es, que cuando se utiliza una resolución, la autoridad administrativa cumple con sus atribuciones o funciones de gobierno, para que la institución u órgano que dirige trabaje de forma correcta. Las resoluciones administrativas son usadas en instituciones que dependen del Estado tales como: “*el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo (ministerios); el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones, las Fuerzas Armadas, La Policía Nacional, las municipalidades, las universidades nacionales, los centros educativos estatales, las empresas públicas, los organismos descentralizados y autónomos*”²⁸. También, el Sector Privado representado en ciertas empresas y centros educativos las emplea.

Asimismo, las resoluciones administrativas deben darse a conocer exceptuándose las que tienen un carácter reservado o secreto. Una resolución administrativa debe publicitarse para que se pueda cumplir y tenga efectos legales o pueda adquirir un valor legal. La redacción debe ser clara y precisa en donde se presentan tres proposiciones: una parte considerativa que lleva los fundamentos de hecho y derecho; otra resolutive con un razonamiento en que se adopta una medida y la parte final que concluye la resolución y utiliza fórmulas imperativas conocidas: “regístrese y comuníquese” y “regístrese, comuníquese y archívese”.

1.9.2 Manual. Es un “*documento que determina la forma de ejecutar un conjunto de actividades o tareas definidas en un proceso. Estos documentos incluyen criterios para la toma de decisiones; consolidando lineamientos, políticas, normas o disposiciones internas que se convierten en instrumentos guía de la acción individual y colectiva*”²⁹. Es decir, que permiten programar instrucciones y medios para realizar una actividad determinada, de una manera minuciosa y ordenada que permita un mejor desenvolvimiento de las autoridades u otro organismo y así optimizar los recursos que hacen parte de los proyectos, siendo una herramienta muy útil para tal fin. Debe contener básicamente una introducción, un contenido, un desarrollo del manual en capítulos, glosario y anexos.

1.9.3 Directiva. Se puede definir como:

Un acto administrativo emitido por una Jefatura, Dirección o Subdirección General para fijar pautas, directrices, lineamientos u objetivos de carácter operativo o administrativo, mediante la asignación precisa de responsabilidades y recursos, facilita el cumplimiento del plan estratégico institucional y demás normas del orden constitucional, legal o reglamentario.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

Con base en la directiva, las unidades subordinadas deben elaborar órdenes de servicio para el cumplimiento de las responsabilidades señaladas³⁰.

También, las directivas se considera que “*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*”³¹. Se clasifican en directivas: operativas, administrativas, permanentes, transitorias, presidenciales.

Las directivas se encuentran en la red interna de la administración y el no cumplirlas acarrea responsabilidad disciplinaria del funcionario al que está destinada, pero sin afectar la legalidad de la actuación. Jurisprudencialmente se ha repetido que los subalternos deben obediencia a la Directiva siempre y cuando no sea contraria ni a la Carta Magna ni a la Ley y ser tomada como normas de conducta por los demás funcionarios del Estado, ya que no son actos administrativos sino declaraciones de orientación para los subordinados. En ellas se plantean las condiciones en las que se puede realizar una determinada actividad y en ocasiones formula recomendaciones de un cierto comportamiento.

1.9.4 Circular. Se define como una “*comunicación oficial de carácter general informativa o normativa, se utiliza para dar a conocer actividades internas, normas generales, políticas y asuntos de interés común de la Institución; lo firma la Dirección*”³². Acerca de la naturaleza jurídica de las circulares, el Consejo de Estado se ha referido en los términos siguientes:

CIRCULARES ADMINISTRATIVAS - CIRCULAR - Naturaleza jurídica.

Ha precisado esta Corporación que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial. Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus

³⁰ Ibid.

³¹ DAZA, Mario. Las normas blandas (soft law) del derecho administrativo colombiano. Junio 19 de 2016. Disponible en Internet: <http://derechopublicomd.blogspot.com.co/2016/06/las-normas-blandas-soft-law-del-derecho.html> {Consulta: 2 octubre de 2016}.

³² GALEANO REY. Op. Cit.

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. Conforme a lo señalado, se parte de la premisa de que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados. 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 Administrativo³³.

Las circulares se dividen en: “*internas, externas, conjuntas y únicas (recogen todas las circulares expedidas)*”³⁴. Su objetivo principal es instruir, orientar o coordinar la función administrativa, pero no son obligatorias; pero, puede ocurrir que algunas circulares estén redactadas de tal forma que se constituyen en actos administrativos que son demandables, para lo cual se pide la nulidad (artículo 137 del C.P.A.C.A.)

1.9.5 Términos de referencia. “*Son lineamientos de la autoridad administrativa. Señala y publica para la elaboración y ejecución de estudios diagnósticos y planes presentados ante la autoridad ambiental competente al momento de solicitar el otorgamiento de una licencia o permiso*”³⁵. Los términos de referencia que dicta un Ministerio y la autoridad competente, son usados como fundamento para los estudios que realicen y que deberán tener sus propios rasgos y características. Así por ejemplo en el caso de una licencia ambiental el solicitante deberá utilizar los términos de referencia que ha expedido el Ministerio del Medio Ambiente de acuerdo con el proyecto, obra o actividad a realizar por el peticionante.

1.9.6 Instructivo. Se conceptúa como: “*documentos de cobertura general, de un tema concreto y específico, de vigencia indeterminada; está orientado a reiterar, aclarar o adicionar aspectos del servicio señalados en disposiciones anteriores.*”

³³ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Fallo 2556-08 de mayo 17 de 2012. C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Disponible en Internet: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=49406> {Consulta: 31 octubre de 2016}.

³⁴ GALEANO REY. Op. Cit.

³⁵ Ibid.

*Deben ser proyectados por las direcciones y oficinas asesoras para la aprobación del Director, previa revisión de la Oficina de Planeación*³⁶. Además, los instructivos deben ser elaborados y firmados por los directores, jefes de oficinas asesoras. Su principal objetivo es prestar ayuda a los órganos subordinados para presentar una interpretación de la ley (hard law) como una garantía de que haya aplicación correcta cuando existen conceptos jurídicos determinados o indeterminados. Entre ellos se encuentran: instructivos de servicio, interpretación de la ley que suelen llamarse directrices interpretativas, instrucciones supletorias de ley, etc.³⁷.

1.9.7 Concepto jurídico. Se define como *“la opinión que emite un órgano competente sobre un tema determinado, dando aplicación a lo establecido en la Constitución Política, las leyes y decretos, sobre el alcance de la interpretación”*³⁸. Un concepto jurídico debe llenar los siguientes requisitos como mínimo: el interrogante, las consideraciones preliminares, las consideraciones jurídicas, el caso concreto, conclusiones, recomendaciones en que caso que se necesiten y alcance del mismo³⁹.

1.9.8 Código de Buen Gobierno y de Conducta Empresarial. Busca mecanismos que permitan una adecuada administración tanto en el sector público como en el privado, tratando de obtener beneficios para las personas vinculadas y claridad para el público de la gestión llevada a cabo por el organismo o la empresa en cuestión.

1.9.9 Recomendaciones. Son normas informales facultadas para orientar, dirigir y recomendar. Por su naturaleza se dividen en consultativas y funcionales como los Documentos CONPES.

1.9.10 Protocolos. Se definen como *“procedimientos que deben seguir órdenes ante una situación concreta”*⁴⁰. Por ejemplo, en la Sentencia T-970 de 2014 la Corte Constitucional le ordena al Ministerio de Salud *“sugerir a los médicos un*

³⁶ GALEANO REY. Op. Cit.

³⁷ DAZA. Op. Cit.

³⁸ GALEANO REY. Op. Cit.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ DAZA. Op. Cit.

*protocolo médico que será discutido por expertos de distintas disciplinas y que servirá como referente para los procedimientos tendientes a garantizar el derecho a morir dignamente*⁴¹.

⁴¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-970 de diciembre 15 de 2014. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en Internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm> {Consulta: 31 octubre de 2016}.

2. LA EXPERIENCIA DEL SOFT LAW EN JAPÓN Y CHILE

2.1 LA EXPERIENCIA DEL SOFT LAW EN JAPÓN

En Japón una cierta clase de reglas son muy importantes y se toman como un gran instrumento del poder administrativo tanto de los órganos del Gobierno como de las autoridades regionales. Así pues, existen orientaciones administrativas que se clasifican en:

- Orientación Administrativa Conciliatoria

Sirve para intervenir en disputas entre empresas.

- Orientación Administrativa Promocional

Mediante ésta se orienta a las empresas para que las saquen adelante sea con información técnica o consejos financieros o de administración.

- Orientación administrativa regulatoria o Gyosei Shido

En este país el soft law es llamado Gyosei Shido u Orientación administrativa y existe desde hace mucho tiempo. Creado por los funcionarios públicos japoneses. Es *“un instrumento informal de los órganos administrativos, dirigido normalmente a entes privados (sociedades y personas naturales), y diseñada para influenciar y dirigir su comportamiento con el objeto de obtener una determinada meta de políticas públicas”*⁴². Igualmente, se le define como. *“un tipo de regulación informal de personas naturales, sociedades y asociaciones, tomando generalmente la forma de una petición, sin efecto legal coercitivo, hecho por una autoridad administrativa, pidiendo que se tome o evite un particular curso de acción, con el propósito de lograr un propósito administrativo o un objetivo de políticas públicas”*⁴³. Se conceptúa también como *“el procedimiento mediante el cual los*

⁴² JARAMILLO C., Marcos y LARA A., José Luis. Acerca del denominado “Soft Law Administrativo”: Notas frente a la experiencia japonesa y chilena. En: Archivo Philippi N° 292028, V. 1. Disponible en Internet: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/pacem/el-soft-law-administrativo.pdf> {Consulta: 18 junio de 2016}.

⁴³ Ibid.

*ministerios aplicaban amenazas implícitas de adopción o no adopción de medidas futuras para recabar el cumplimiento de las partes con el fin de obtener un objetivo administrativo*⁴⁴. Y en Japón, es definida como *“la orientación, la recomendación, el asesoramiento u otros actos mediante los cuales un órgano administrativo puede procurar, en el ámbito de sus atribuciones o funciones designadas, cierto cumplimiento o no cumplimiento por parte de determinadas personas, a fin de alcanzar sus objetivos administrativos, cuando esos actos no consisten en disposiciones”*⁴⁵.

Muy usada por la administración japonesa, y se dice que con ella se resguardan los valores de “armonía y consenso” entre el gobierno y la industria, muy importantes en la cultura japonesa de armonía social. Legalmente no se exige que se cumpla pero se acatan con libertad. Tiene como características especiales las siguientes:

La ausencia de revisión institucional.

El peligro de aplicación arbitraria o discriminatoria.

Su vulnerabilidad a la influencia de políticos.

Su potencial conflicto con objetivos legales.

Su posible incompatibilidad con el comercio internacional.

Las relaciones exteriores en general⁴⁶.

Pero, preocupa el hecho de que la orientación administrativa no pueda ser revisada ante los tribunales y que pueda actuar contra la ley, presentando falta de seguridad jurídica cuando se utiliza e inquieta al mundo occidental que esta práctica se está extendiendo por Asia, incluyendo China. Su importancia radica entre otras causas: *“i) las relaciones gobierno-empresa en Japón, ii) el respeto por la autoridad pública, iii) la afirmación del órgano gubernamental ‘de que habla por el interés nacional’, iv) presiones informales varias (cortar financiamiento público,*

⁴⁴ SHIONO, Hiroshi. Ley Administrativa I. P. 167. Ex. B-6 del Japón. En: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo. Informe del Grupo Especial. WT/DS44/R 31 de marzo de 1998 (98-0886). Disponible en Internet: <http://www.sice.oas.org/dispute/wto/japuss/japus27s.asp> {Consulta: 17 septiembre de 2016}.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

revocación de permisos, reducción de cuotas de importación, no entrega de subsidios, etc.”)⁴⁷. El profesor Matsushita citado en el Informe Especial de la Organización Mundial del Comercio realizó la clasificación de tres orientaciones administrativas:

Las orientaciones administrativas *reglamentarias* son las orientaciones dictadas por los organismos gubernamentales para reglamentar la conducta de las empresas y los particulares, a menudo como sucedáneo de una orden más formal. Las orientaciones administrativas utilizadas de esta manera sustituyen a las normas jurídicas coercitivas. Según los Estados Unidos, este tipo de orientaciones serían la regla universal.

Las orientaciones administrativas *indicativas*, que brindan asesoramiento e información a las empresas con el objeto de mejorar y fomentar sus propios intereses. Las Directrices de 1970 se inscriben perfectamente en esta categoría: el MITI asesoró de este modo a los fabricantes y distribuidores de películas sobre la manera de conseguir que sus actividades fueran más eficientes y competitivas, sin imponerles ninguna obligación para alcanzar un objetivo de política pública.

Las orientaciones administrativas *declarativas*, se destinan a ayudar a las empresas privadas a resolver las diferencias existentes entre sí⁴⁸.

En consonancia con lo anterior, en el Japón algunos ministerios tal como el MITI están facultados para hacer presión y promover que las empresas que se rigen por una reglamentación cumplan con las orientaciones administrativas. De todas formas, en el Informe citado, consideran que las orientaciones administrativas sean del tipo que fueren, son cumplidas porque tienen una tradición que las hace vinculantes:

El estilo informal japonés de regulación normativa, incluidas las orientaciones administrativas, evolucionó a partir de medios informales de regulación a lo largo de la historia japonesa. El sistema jurídico japonés y otras disposiciones institucionales, como el sistema *amakudari* [designación en puestos prominentes del sector privado después de la jubilación] y los consejos *shingikai*, que se basan en los vínculos estrechos e informales entre el Gobierno y las empresas, perpetúan el sistema reglamentario informal del Japón y fomentan el cumplimiento de las orientaciones administrativas⁴⁹.

2.1.1 Casos de orientación administrativa práctica.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid.

- Orientación administrativa de los gobiernos locales en la planificación urbana

Japón después de la Segunda Guerra Mundial creció muchísimo urbanísticamente, sobre todo Tokio su capital. Apareció la polución ambiental y otros problemas como la construcción de colegios y la ventilación de las casas que tenían mucho interés para los ciudadanos.

El Gobierno japonés expidió la Ley 201 de 1950 llamada Construction Standards Law (Ley de Construcción Estándar) cuyo objetivo principal era la seguridad y salubridad de la vivienda más no mencionaba el tema de la ventilación de las casas ni la construcción de colegios; pero, tampoco prohibía el permiso para construir invocando el problema de la ventilación ni que al construir grandes edificios iría a presionar a los colegios para recibir más alumnos. La ley específicamente decía que las municipalidades estaban autorizadas para reglamentar más específicamente por medio de ordenanzas (Jorei). Aunque ninguna lo hizo, porque las ordenanzas no se referían a la ley o irse en contra de la Constitución, lo que les acarrearía más problemas ya que el artículo 29 de la Constitución japonesa dice que: “*el Estado puede tomar la propiedad para uso público si se paga una justa indemnización*”⁵⁰, es decir, se presentaría una expropiación lo que traería más problemas.

De todas formas, los ciudadanos presionaron a las autoridades locales y llevó a emitieran Yokohama u Orientación resumen y lo hicieron alrededor de 800 municipalidades. La municipalidad de Musashino en Tokio, fue una de las primeras en el año 1971 y ordenó a las inmobiliarias o a las constructoras que llevaran a cabo lo siguiente: para los colegios debían proporcionar terreno gratis para un construir un colegio de enseñanza básica de 1.000 unidades familiares y un Junior High por cada 2.000. También, debían contribuir con los gastos de construcción de los establecimientos educacionales y en lo referente a la ventilación de las casas tenían que llegar a un acuerdo con los residentes locales⁵¹.

Sin embargo, las orientaciones no tenían fuerza de ley, y la municipalidad dejó a criterio de las inmobiliarias y constructoras para que hicieran el trabajo. No obstante, los que no cooperaran no les suministrarían los servicios de agua potable ni alcantarillado, ni les darían los permisos de construcción necesarios por

⁵⁰ JARAMILLO Y LARA. Op. Cit.

⁵¹ Ibid.

ley o no les dejaban llegar los equipos de construcción, así que las inmobiliarias y constructoras cumplieron con las orientaciones administradas dadas⁵².

- Lucha política entre las grandes cadenas de retail (ventas minoristas) y los pequeños y medianos comerciantes

Para regular las ventas minoristas se expidió la Ley Large-Scale Retail Stores Law o Big Store Law del año 1974. El ministerio del MITI oficialmente decía que su objetivo era fortalecer la protección a los consumidores y hacer una racionalización del retail. Se garantizaba en ella oportunidades para los pequeños comerciantes y en los artículos del 1 al 11 manifestaba claramente que hubiese una debida consideración a los intereses de los consumidores y beneficiar a la industrial del retail en su totalidad. Los requisitos que exigía la ley eran simples, pero estrictos, por lo que recibió comentarios favorables⁵³.

De acuerdo con la Ley para hacer una construcción de más de 1.500 m² de espacio de retail se debía notificar al MITI. Y si éste consideraba que la construcción del nuevo local podía tener impacto en los negocios de los pequeños y medianos comerciantes del sector, expedía una “recomendación” (Kankoku) en que aconsejaba al que hacía la solicitud para que atrasar la fecha de inauguración, hiciera una disminución de retail o modificare los planes que tuviese. El MITI para formular la recomendación solicitaba la opinión de dos organizaciones: i) el Large-Scale Retail Stores Deliberative Council (a nivel regional) y ii) el Commercial Activities Adjustemen Board (parte de la Cámara de Comercio local) que se encargaba de investigar las condiciones locales, negociaba con el solicitante los posibles cambios en los planes y le pasaba la información a la primera, que a su vez enviaba su opinión al MITI. La recomendación emitida se aceptaba o no voluntariamente; pero, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley, el MITI tenía poder para exigir su cumplimiento, con el fin de proteger a los comerciantes locales. Es decir, para que entrara una cadena de ventas minoristas al mercado local era muy difícil, dada la protección de los locales de parte del Gobierno⁵⁴.

Así que según la Ley, el trámite no debía pasar de ocho meses, pero, al pasar del antiguo sistema de permiso al de notificación la intervención estatal sería poca. Sin embargo, sucedió lo contrario ya que por una parte se tenía en cuenta las ventajas del libre mercado a los grandes retailers, por el otro lado, los funcionarios del MITI le prometían a los pequeños y medianos comerciantes que el sistema de

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid.

notificación iba a operar como un sistema de permiso, es decir, se iba a retardar el mayor tiempo posible. Y durante los 15 años siguientes el MITI les cumplió a los pequeños y medianos comerciantes, creando obstáculos para impedir el asentamiento de almacenes de cadena, cuyo fuerte es la venta minorista. No obstante, los comerciantes de retail, decidieron construir locales de menos de 1.500 m² de espacio y los gobiernos locales respondieron emitiendo ordenanzas y orientaciones administrativas con limitaciones para los locales de menos de 1.500 m² y los comerciantes independientes hacían presión para que el campo de aplicación de la ley se extendiera y fuese más difícil que entraran al mercado nuevos competidores⁵⁵.

Hacia el año 1978 el Congreso (Dieta en Japón) decidió ampliar el campo de acción de la ley y consideró dos tipos de locales: i) locales tipo A de más de 1.500 m² y se encontraban bajo la jurisdicción del MITI y ii) los locales Tipo B de más de 500 m² que estaban bajo la jurisdicción de los gobiernos locales. En 1979, el MITI emitió orientaciones administrativas que contemplaban el cambio de la fecha que con anticipación debían notificar los peticionarios de 7 meses que decía la ley a 13 meses. A principio de los años ochenta los pequeños comerciantes pedían que se volviera al sistema legal del permiso y una reorientación que regulara los locales comerciales. Por lo que para el año 1982 el MITI presentó una Orientación denominada "Interim Measures Concerning the Notification of Large-Scale Retail Stores", que cumplía lo solicitado por los pequeños comerciantes, sin una solución legal. Se les pedía a los posibles solicitantes de locales tipo A, que explicaran sus planes a los comerciantes locales, antes de la notificación inicial al MITI, esto es, exigió un prerrequisito llamado Explicación Prenotificatoria y Ajuste Prenotificatorio, lo que era previo a cualquier requisito legal que realizaran. El MITI protegió a los comerciantes locales bajo el auspicio de las cámaras de comercio. Y a principio de los años ochenta el MITI no aceptaba ninguna notificación sino se le adjuntaba un documento en términos acordados conforme con los comerciantes locales lo que llevaba un tiempo entre 7, 8 e incluso 10 años. Es decir, evitaban de esta forma que entraran la competencia, pues se debía discutir en el acuerdo la fecha de apertura, el espacio del retail, las horas diarias y los días de trabajo anuales. En otras palabras, los puntos eran más con las orientaciones administrativas de los que pedía la ley. Se les pedía que: el nuevo local arrendase los comerciantes locales en precios más favorables, que realizaran grandes donaciones a los comerciantes locales y que el precio de los bienes y servicios ofertados fuera igual al de los comerciantes locales. Pero, con inicio de la globalización, Estados Unidos entró a presionar para que se abriera el mercado japonés a las grandes cadenas de ventas minoristas de su país, por lo que a comienzos de los años noventa se puso en discusión la distribución comercial en Japón y se hicieron las "Structural Impediments Initiative (SII) Talks". Esta

⁵⁵ Ibid.

desregulación duró alrededor de diez años y en junio del año 2000 entró en vigor la Large-Scale Retail Store Location Law que reemplazó a la Large-Scale Retail Store Law. No se presentaron demandas de una gran cadena de retail, porque si el MITI no hubiese aceptado la notificación de un anexo con el acuerdo, la hubiesen podido demandar y si lo hubiere aceptado el peticionario quedaba en manos del MITI y éste podía demorar lo que quisiera el proceso y la cadena de retail no hubiese obtenido nada. Así que más adelante en el año 1993 se expidió una nueva ley la Administrative Procedura Act (Act No. 88 of 1993), que define lo que es la orientación administrativa como “cualquier acto (...) de un órgano administrativo, hecho con el objeto de pedir a un particular hacer o no hacer determinada acción o acciones, con miras a obtener una meta de políticas públicas dentro de la esfera de competencias de dicho órgano administrativo” (artículo 2º). Además, la orientación administrativa debe fundamentarse en un cumplimiento voluntario y que ningún órgano administrativo imponga un trato desigual a nadie porque no haya seguido sus recomendaciones, sin abusar de la autoridad (artículo 32). El órgano administrativo debe informar con claridad el objeto y contenido de las recomendaciones, pudiendo solicitarse que sean por escrito (artículo 35). Las orientaciones deben ser públicas, salvo las excepciones especiales, para que haya un trato justo e igualitario, ya que al no existir una forma de comparar era muy difícil demanda al órgano administrativo⁵⁶.

En el ámbito japonés, las orientaciones administrativas o derecho blando como puede apreciarse han tenido mucha importancia, en el manejo de las comunidades, ya que incluso se han aplicado más que ni las mismas leyes (hard law).

2.2 LA EXPERIENCIA DE SOFT LAW EN CHILE

En Chile definir el soft law y hablar de su existencia resulta complejo dado que por la organización de su sistema jurídico existen causas por las cuales es difícil conceptualarlo tales como⁵⁷:

- La existencia del principio de juridicidad

Se encuentra contemplado en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política chilena. Por esta razón la autoridad pública en su actuación debe ir conforme al

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

principio de juridicidad, y expedir solo normas que el ordenamiento jurídico explícitamente habilite y otorgándoles a las mismas, el alcance que les corresponda, y no invadir no el ámbito del reglamento ni la reserva legal.

- La amplitud de la noción de acto administrativo

Al expedirse la Ley 19.880 de mayo 29 de 2003, en el artículo 3º, señala una definición de acto administrativo: “...*para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de la potestad pública...*”⁵⁸. Esto es, que existe un reconocimiento tácito a las decisiones que tome la administración del Estado.

- La práctica administrativa reconoce que existen otras manifestaciones del acto administrativo

La práctica administrativa tradicionalmente ha dictado actos administrativos que comprenden “*instrucciones, circulares, oficios, dictámenes, acuerdos, reglamentos, decretos supremos, órdenes, etc.*”⁵⁹. Estos han sido vinculantes tanto para la administración como para los particulares, teniendo su base en presupuestos de actuación como es la confianza legítima o el acto propio. Por consiguiente, se puede suponer que han tenido validez otros tipos de prácticas administrativas: guías, manuales, pautas que comprenderían derecho de referencia o derecho blando.

- Mecanismos de control

Los mecanismos de control no se aplicarían al derecho de referencia (soft law) ni antes ni después de ser promulgados porque no serían propiamente actos administrativos al no aplicárseles leyes de regulación general, creándose así un régimen de inmunidad de actuación.

Por lo tanto, las normas soft law administrativo pueden presentar problemas de reserva legal.

⁵⁸ CHILE. Congreso Nacional. Ley 19.880 de mayo 29 de 2003. Artículo 3º. Disponible en Internet: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676> {Consulta: 30 octubre de 2016}.

⁵⁹ JARAMILLO Y LARA. Op. Cit.

2.2.1 Casos de soft law en Chile. Las normas de soft law se presentan en diferentes áreas, tales como:

- 1^{er} caso: el soft law en el Derecho de la Libre Competencia

Se expedido guías que han establecido directrices de actuación interna, pero que con su articulado afectan los agentes económicos. Algunas han sido emitidas por la Fiscalía Nacional Económica, sin tener la autoridad ni la atribución para ello, entre las que se cuentan las “Guías de Concentración de la Fiscalía Nacional Económica”: Guía Interna para el Análisis de Operaciones de Concentración Horizontales de 2006 cuyo objeto fue: “instruir a los funcionarios de esta institución e informar a las empresas interesadas, y a la comunidad en general, sobre los fundamentos, los principales aspectos y el procedimiento de análisis de las operaciones de concentración horizontales que utiliza la FNE, fijando al efecto criterios claros, objetivos y transparentes”. También, expidió la “Guía Interna sobre Beneficios de Exención y Reducción de multas en caso de colusión”, con el objeto de “establecer criterios y lineamientos de trabajo interno que utilizará para dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 39 bis del Decreto Ley N° 211”. Aunque fueron dictadas para mejorar la actuación de los funcionarios, ya en la vida práctica afecta a los particulares⁶⁰.

- 2^{do} caso: el soft law en la contratación pública

Se manifiesta en las Directivas, Guías y Manuales que son expedidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública (Chilecompra) en los que se dispone recomendaciones para la manera de actuar de las entidades que licitan en los procesos de compras públicas, pero que debido a su alcance producen efectos extra administración. Chilecompra puede establecer normas orientadoras fundamentándose en el artículo 30 literal h) del Capítulo VI, de la Ley 19.886 de julio 30 de 2003 que menciona las funciones del servicio: “...h) *establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles...*”⁶¹. Siendo muy utilizado este artículo para poder emitir directivas y otras manifestaciones normativas que no son realmente actos administrativos, puesto que son actos internos de la

⁶⁰ LARA ARROYO, José Luis. La regulación administrativa en materia económica y sus nuevas manifestaciones: la irrupción del denominado soft law. Pontificia Universidad Católica de Chile. Junio de 2011. Disponible en Internet: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/ART.5-LARA.pdf> {Consulta: 17 septiembre de 2016}.

⁶¹ CHILE. Congreso Nacional. Ley 19.886 de julio 30 de 2003. Artículo 30, literal h). Disponible en Internet: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213004> {Consulta: 30 octubre de 2016}.

administración y que se asemejan a los instructivos. Se pueden mencionar entre otras las siguientes:

i) Directiva n° 1 sobre Instrucciones de Uso, Tipos de Adjudicación y Emisión de Órdenes de Compra, de 02 de septiembre de 2005; ii) Directiva de Contratación Pública n° 6, Plan Anual de Compras, enero de 2007; iii) Directiva de Contratación Pública n° 7, instrucciones para uso de garantías en procesos de compras, 11 de octubre de 2007; iv) Directiva de Contratación Pública n° 8, instrucciones para la Contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de la información y Comunicaciones de 3 de julio de 2008; v) Directiva de Contratación Pública n° 9, instrucciones para la Contratación de bienes y servicios incorporando criterios de eficiencia energética, 14 de mayo de 2008; vi) Directiva de Contratación Pública n° 10, imparte instrucciones para la utilización del trato directo, 2 de octubre de 2008; vii) Manual Jurídico de compras públicas para las Municipalidades, octubre de 2005; viii) Guía de Apoyo a Evaluación de la Gestión de Compras Institucional indicadores de transparencia, 2006; ix) Guía Práctica de Ayuda Plan Anual de Compras; x) Guía Básica para la elaboración y Publicación del Manual de Procedimiento de Adquisición; xi) Guía Práctica de Eficiencia Energética; xii) Manual de Compras Energéticamente eficientes, marzo de 2008; xiii) Guía Rápida Contratación de Servicios Personales Especializados, febrero de 2010; xiv) Manual de Contratación de Servicios Personales Especializados compradores, febrero de 2010; xv) Guía Rápida Consultas al Mercado-RFI, febrero de 2010⁶².

- 3^{er} caso: el soft law en materia medioambiental

En esta rama del derecho también se ha producido manifestaciones del soft law que aunque no tienen sustento jurídico por no ser emitidas por las autoridades competentes se aplican. Entre ellos se cuentan: i) Guía de Participación Ciudadana en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y ii) Guía de Criterios para evaluar la alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos en proyectos que ingresen al SEIA⁶³.

Y no solamente en el derecho medioambiental también existen guías que contienen actos administrativos como sucede en la rama de la salud tales como las siguientes:

i) Guía Normativa Pericial de Salud Mental en las áreas de Psiquiatría y Psicología Médica Legal, contenida en Resolución N° 10655 del Servicio Médico Legal, publicada en el diario oficial del 29 de diciembre de 2009; ii) Guía que contiene recomendaciones para la selección, uso, mantención, limpieza, almacenamiento y control para trabajos con riesgo de carga, contenida en resolución N° 1031 del Instituto de Salud Pública, publicado en el diario

⁶² LARA ARROYO. Op. Cit.

⁶³ Ibid.

oficial de 9 de junio de 2009; iii) Guía Técnica para la realización de los estudios de Bioequivalencia de productos farmacéuticos monodrogas de liberación convencional y formularios para la presentación de antecedentes requeridos para la realización de dichos estudios, contenida en resolución n° 4886 del Instituto de Salud Pública, publicada en el Diario Oficial de 1 de agosto de 2008; iv) Guía que contiene recomendaciones para la selección, uso limpieza mantención y almacenamiento de equipos de protección respiratoria, contenidos en resolución n° 1391 del Instituto de Salud Pública, publicada en el diario oficial del 31 de enero de 2008; v) Guía que contiene recomendaciones para la selección, uso, limpieza, mantención y almacenamiento de equipos de protección auditiva en lugares de trabajo, contenidos en Resolución N° 1392 del Instituto de Salud Pública y publicada en el diario oficial de 31 de enero de 2008; vi) Guía para la realización y presentación de estudios de estabilidad de productos farmacéuticos en Chile, contenido en resolución N° 1773 de 2006 del Instituto de Salud Pública; y vii) Guía de especificaciones de productos farmacéuticos terminados, contenido en resolución N° 12.166, publicado en el diario oficial de 19 de enero de 2005⁶⁴.

Y los problemas aparecen cuando estas normas se aplican por fuera de la administración y entran a regular y legislar una actividad determinada.

⁶⁴ Ibid.

3. EFECTIVIDAD DE LA APLICACIÓN DEL SOFT LAW EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN COLOMBIA

3.1 EL SOFT Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El soft law reconoce especialmente que existen alternativas cuando se lleva a cabo una regulación con unos mínimos que permiten hacerlo y el principio de subsidiariedad que “*ordena que se traspase los poderes normativos a quien esté en mejor posición reguladora*”⁶⁵. La mejor posición reguladora puede encontrarse unida a tres motivos: “i) cuando la propia Constitución toma la decisión y atribuye la mejor posición reguladora a un poder del Estado, o a un escalón territorial del poder; ii) cuando la mejor situación reguladoras se vincula a criterios de eficacia y iii) en aquellos supuestos en los que la mejor situación es, a su vez, la más legítima, ligando este criterio a un mandato democrático”⁶⁶. Estos tres motivos se explican a continuación.

- Subsidiariedad y mandatos constitucionales.

En ocasiones el soft law se encuentra ligado a la competencia que tenga cada parte y el Estado lo utiliza en los casos en que se encuentra debilitado y consigue emitir un criterio que ayuda pero no tiene efectos jurídicos, aunque con el principio de subsidiariedad se refuerza y se consigue que participen todas las partes⁶⁷.

- Subsidiariedad y eficacia

El soft law resulta muy útil cuando la actuación pública no es la indicada desde la eficacia. Se presenta cuando la Administración lleva a cabo funciones relacionadas con el sector privado o cuando la regulación se refiere a un mercado muy volátil o técnico, el ejemplo más representativo de la subsidiariedad son los instrumentos y las normas técnicas de soft law propios del mercado financiero, ya que el soft law es una garantía que desde el poder público la intervención es muy poca, puesto que la confianza es depositada en los operadores del mercado para

⁶⁵ SARMIENTO. Op. Cit.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

que sean ellos los que creen mecanismos de autorregulación o ejecutando simplemente facultades de control sobre éstos⁶⁸.

- Subsidiariedad y democracia

El soft law surge de la vinculación entre el principio de subsidiariedad y el principio democrático en los que los instrumentos que surgen le dan legitimidad a la actuación pública para así permitir un mejor acceso a la prestación de servicios o consiguiendo que se abran espacios de cooperación para la adopción de compromisos, convirtiéndose así el soft law en una herramienta que otorga autoridad a la actuación de los poderes públicos, aunque sin tener la autoridad que tiene una norma integrada en el sistema de fuentes⁶⁹.

3.2 LA EFICACIA DEL SOFT LAW

Los instrumentos de soft law que son incorporados al ordenamiento hard law (normas legales o reglamentarias) pueden establecer efectos que debe cubrir la normativa.

- Interpretación del hard law de acuerdo con el soft law

Una norma con rango de ley o reglamento, contará con la interpretación soft law a fin de acomodar estos instrumentos y resolver el conflicto. Pero, esta interpretación deberá ser conforme al principio de seguridad jurídica, esto es, que tenga una coherencia dentro del sistema jurídico. Este deber de interpretación debe hacerse en un caso concreto con unas normas específicas, para solucionar eventos en los que se presentan normas de hard y soft law. La única condición previa para realizar la interpretación es publicar con anterioridad el acto o instrumento de hard law. El que invoque este instrumento deberá acreditar que fue difundido para poder afirmar que existe un conocimiento del mismo en el caso de un litigio. No se exigen condiciones específicas de publicación (a excepción de las normas de soft law con regulación propia), es suficiente que las partes conozcan del mismo o que haya tenido una difusión mediante un soporte adecuado para cumplir la exigencia de la publicidad⁷⁰.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

- La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos como opción ante la dificultad de hacer una interpretación acorde

Puede suceder que un litigio concreto el acto o instrumento de soft law es contradictorio con la norma de hard law, por lo que no se podría invocar; pero, se podría dirigir a la responsabilidad contractual de los poderes públicos. Y una actuación dañosa de los poderes públicos podría generar responsabilidad patrimonial cuando el acto que provoca el daño es antijurídico. Así que, *“el incumplimiento por parte de un poder público de una regla de soft law creada por aquél y dirigida al mismo, no solo constituye una infracción de un acto o instrumento de soft law sino que también trae consigo la infracción de una norma de hard law: el principio de confianza legítima”*⁷¹.

- El principio de legalidad y la seguridad jurídica como límites de los efectos del soft law

Cuando los actos e instrumentos de soft law se constituyen en fuente de obligaciones para los destinatarios deben ser disposiciones que fueron publicadas de forma correcta y dirigidas a los poderes públicos que las adoptaron, existiendo así una exigencia fundamentada en la seguridad jurídica que puede determinar que aparezca el principio de confianza legítima y la generación de responsabilidad. Pero, en el caso de que el destinatario no sea el poder público sino un tercero, la respuesta debe ser combinada. Cuando se dirige a un tercero, se establecen una serie de limitaciones basadas en el principio de legalidad como es la delimitación de situaciones jurídicas subjetivas y la ablación, porque el soft law no tiene una habilitación legal y aun cuando se tenga el soft law debe aplicarse con precaución y no se debe utilizar para dar contenido a conductas típicas tanto penales con sancionadoras. Con buen criterio, la adjudicación de un contrato administrativo puede ser reorientado por medio de instrumentos de soft law pero su función ya estaba establecida por el legislador, como puede ser una disposición general de rango administrativo. Así pues, el soft law al ser aplicado no puede llevar a que induzca a restricciones en el ámbito del individuo⁷².

3.3 EFICACIA EN LA APLICABILIDAD DEL SOFT LAW EN DISTINTAS ENTIDADES COLOMBIANAS

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid.

Cuadro 1. Directiva Unificada No. 015 de octubre 11 de 2011

ENTIDAD:
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
INSTRUMENTO:
Directiva Unificada No. 015 de octubre 11 de 2011.
DIRIGIDA A:
“Gobernadores, Alcaldes municipales y/o distritales, Directores de entes descentralizados del mismo orden, Procuradores Regionales, Distritales y Provinciales, Personeros Distritales y Municipales y demás funcionarios”.
PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA:
“Instruir a los servidores públicos para tomar medidas necesarias dirigidas a garantizar la transparencia en los procesos de actualización por demanda del Sisbén III, entrega de subsidios para el mejoramiento o adquisición de vivienda y la realización de brigadas de salud”.
MOTIVOS POR LOS QUE FUE EMITIDA:
El 30 de octubre de 2011 se celebraron las elecciones de gobernadores, alcaldes, asambleas departamentales, concejos municipales y juntas administradoras locales. Así que la Procuraduría emitió esta Circular para que hubiese transparencia en los procesos de actualización que exige el Sisben III, la entrega de subsidios para el mejoramiento de vivienda y realización de brigadas de salud, y así las autoridades departamentales, distritales y municipales no realizaran estas actividades durante las dos semanas anteriores a la fecha de la elección y una semana después de cualquier elección de tipo popular.
COMENTARIO – ANÁLISIS
<p>Esta directiva es emitida, para conseguir que las ofertas de mejoras para las personas más pobres del país, no se vean contaminadas al ser utilizadas para conseguir votos y de esta forma interviniendo en campañas políticas. Situación que resulta favorable cuando se trata de aprovecharse de las necesidades de las comunidades más pobres y así obtener votos para el candidato(s) que los funcionarios hubiesen decidido apoyar.</p> <p>Los directivos deberán vigilar que no se favorezca campañas políticas y partidistas, ya que así se estaría usando el presupuesto público en causas personales y mostrando una desviación del poder, porque estarían incurriendo en irregularidades que pueden llevar a tomar acciones disciplinarias. Además, la Procuraduría tiene la facultad de solicitar la suspensión de la actuación o revocatoria de los actos administrativos cuando se intente usar los procesos de entrega de subsidios para el mejoramiento o adquisición de vivienda, la aplicación de encuestas por demanda del Sisben III o programación de brigadas de salud en fines distintos a los que constitucionalmente y legalmente se le ha dado a estas actividades administrativas.</p>

Fuente: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva Unificada No. 015 de octubre 11 de 2011. Disponible en Internet: <https://www.sisben.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=du26uXoy0as%3D&tabid=48&mid=390> {Consulta: 6 noviembre de 2016}.

Cuadro 2. Directiva No. 007 de octubre 21 de 2009

ENTIDAD:
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
INSTRUMENTO:
Directiva No. 007 de octubre 21 de 2009.
DIRIGIDA A:
“Entidades territoriales: Gobernaciones (secretarías de salud, educación, desarrollo, agricultura, salud, ambiente, oficinas de atención de desastres) y Alcaldías (Unidades Municipales de Asistencia Técnica, UMATA)”.
PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA:
Realizar “ejercicio de control preventivo en relación con el cumplimiento de la Política Nacional de Educación Ambiental”.
MOTIVOS POR LOS QUE FUE EMITIDA:
Las entidades territoriales deben cumplir con la Política Nacional de Educación Ambiental de julio de 2002, que fue expedida para “proporcionar unas alternativas metodológicas, conceptuales, legales y operativas que permitan, desde lo educativo, incluir la dimensión ambiental y que faciliten a la sociedad en su conjunto la construcción de modelos de desarrollo orientados a la sostenibilidad sociocultural y natural. En últimas se plantea la necesidad de promover una educación que haga una lectura de la realidad, para poder incidir conscientemente en su transformación” ⁷³ .
COMENTARIO – ANÁLISIS
La Procuraduría insta a los entes territoriales para que informen a la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios del estado en que se encuentra el Plan de Gestión Municipal en lo referente a la educación ambiental en el que se encuentren integrados los sectores e instituciones a nivel local que comprenda: i) un diagnóstico de cómo se encuentran los recursos naturales y sus prioridades; ii) que tenga una programa de educación ambiental con acciones y planeamientos específicos; iii) conformar y fortalecer los Comités Técnicos Interinstitucionales de Educación Ambiental (CIDEA) departamentales y locales; iv) crear un sistema de evaluación en el que se encuentre un modelo de administración de resultados y las correcciones necesarias y permanentes a los proyectos ambientales; v) realizar un cronograma de actividades. Algunos de los CIDEA se encuentran en los departamentos de: Risaralda, Norte de Santander, Antioquia, Bolívar, Boyacá, Córdoba, Casanare, Cauca, Caldas, Guaviare, Nariño, Quindío, Valle del Cauca, entre otros. Además, los CIDEA se componen de las Corporaciones Autónomas y de Desarrollo Sostenible, las Secretarías de Educación municipales y departamentales, representantes de universidades y otras entidades representativas del sector ambiental en las regiones, cuyo objetivo es conseguir que la Política Nacional de Educación Ambiental se aplique en todo el país por medio del seguimiento a estrategias como los Proyectos Ambientales Escolares y los Proyectos Comunitarios de Educación Ambiental ⁷⁴ . En otras palabras, esta Directiva ayuda a

⁷³ MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE y MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Política Nacional de Educación Ambiental SINA. Bogotá, D.C., julio de 2002. P. 13. Disponible en Internet: http://cmap.upb.edu.co/rid=1195259861703_152904399_919/politi-ca_educacion_amb.pdf {Consulta: 6 noviembre de 2016}.

priorizar el cuidado del medio ambiente, siguiendo la directriz de la Constitución Política, que en su artículo 79 dice que “todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano”.

Fuente: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva Unificada No. 007 de octubre 21 de 2009. Disponible en Internet: <http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/Planeacion/Manual%20de%20Operaciones/MANUAL-DE-OPERACIONES/Libro-4-POLITICAS/PREVENTIVO/directiva007-09-politica-educacion-ambiental.pdf> {Consulta: 6 noviembre de 2016}.

Cuadro 3. Directiva No. 002 de enero 12 de 2012

ENTIDAD:
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
INSTRUMENTO:
Directiva Unificada No. 002 de enero 12 de 2012.
DIRIGIDA A:
“Alcaldes y alcaldesas, jefes de oficinas de planeación distrital y municipal, consejos distritales y municipales, comisarios y comisarias de familia”.
PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA:
El “deber de sujeción a los requisitos de ley en el nombramiento de los comisarios y las comisarias de familia por parte de las nuevas administraciones municipales”.
MOTIVOS POR LOS QUE FUE EMITIDA:
Después de las elecciones del 30 de octubre de 2011, la Procuraduría le pide a las nuevas administraciones que se les garantice a los comisarios y comisarias de familia independencia, imparcialidad, estabilidad en el cargo y respeto del proceso de capacitación y habilidades que son de su competencia ya que la Ley 575 de 2000 estableció que ellos fuesen funcionarios de carrera administrativa.
COMENTARIO – ANÁLISIS
Dada la importancia que tiene en la solución de conflictos, en el manejo de la violencia intrafamiliar, contra la mujer, la prevención y restablecimiento de derechos de la infancia y la adolescencia que realiza el (la) comisario(a) de familia, las nuevas administraciones deben incluir en sus Planes de Desarrollo Económico y Social y los Presupuestos de Renta y Gastos a las comisarias de familia como una entidad que es parte integrante del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, ya que deben proteger los derechos humanos de niños, niñas, las (os) adolescentes, mujer y familia. Y con la Directiva, se hace hincapié en el cumplimiento por parte de las administraciones de los requisitos indispensables para un buen funcionamiento de las comisarias procurando una buena dotación en infraestructura y en personal debidamente capacitado.

⁷⁴ MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Comités Técnicos de Educación Ambiental se reúnen y proponen iniciativas para la sostenibilidad ambiental del país. Agosto 3 de 2016. Disponible en Internet: <http://www.minambiente.gov.co/index.php/noticias/2384-comites-tecnicos-de-educacion-ambiental-se-reunen-y-proponen-iniciativas-para-la-sostenibilidad-ambiental-del-pais> {Consulta: 6 noviembre de 2016}.

Fuente: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva Unificada No. 002 de enero 12 de 2012. Disponible en Internet: http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes//51_Directiva%20002%20ComisariasFlia.pdf {Consulta: 6 noviembre de 2016}.

Cuadro 4. Circular Externa No. 000036 de septiembre 18 de 2015

ENTIDAD:
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
INSTRUMENTO:
Circular Externa 000036 de septiembre 18 de 2015.
DIRIGIDA A:
“Usuarios Aduaneros y de Comercio Exterior de todo el país”.
PROPÓSITO DE LA CIRCULAR:
Dar a conocer las “acciones y medidas adoptadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales frente al cierre de las fronteras terrestres nacionales con la República Bolivariana de Venezuela”.
MOTIVOS POR LOS QUE FUE EMITIDA:
Las relaciones binacionales con Venezuela, se enturbiaron debido a las medidas que tomó el Presidente Maduro, de cerrar la frontera en agosto 19 de 2015, afirmando que “dejarla abierta implicaba un riesgo de seguridad por la presencia de lo que él llamó paramilitares colombianos, y para frenar el contrabando de productos básicos...” ⁷⁵ .
COMENTARIO – ANÁLISIS
Con el cierre de la frontera colombo-venezolana, se presentó una crisis económica en las ciudades fronterizas debido a la falta de intercambio binacional de productos que existía. Pero, también el Gobierno nacional tuvo que tomar medidas respecto al traslado de mercancías de entrada y salida del territorio aduanero nacional ya que las formalidades aduaneras tales como: “i) entrega e incorporación de documentos al sistema informático aduanero, ii) reconocimiento físico cuando esta diligencia se necesitara, iii) revisión de precintos, unidades de carga y medios de transporte, no se estaban llevando a cabo. Así que en estas circunstancias los pasos fronterizos: Los Puentes Internacionales Francisco de Paula Santander, Simón Bolívar y la Unión (Cúcuta); el Puente Internacional José Antonio Páez (Arauca); el paso en Paraguachón (Guajira) y los muelles del río Inírida (Guainía) y río Orinoco (Vichada) mediante esta Circular confirmaron que estaban cerrados para fines aduaneros y de aplicación de los regímenes de importación, exportación y tránsito aduanero. Además, las Direcciones Seccionales de Cúcuta, Maicao y Arauca no podían realizar operaciones en los sistemas de importaciones, carga y salida de mercancías. También, recuerda que se expidieron dos actos administrativos una resolución y un memorando para otorgar plazos, finalización del tránsito de mercancías, cambios de ruta, procedimientos en caso de fuerza mayor o fortuito en caso de bloqueo o cierre de fronteras. Así que, la DIAN procuró

⁷⁵ COSOY, Natalio. Quien gana y quien pierde en Colombia por el cierre de la frontera con Venezuela. Julio 12 de 2016. Disponible en Internet: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-36771274> {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

administrativamente mejorar las condiciones de los usuarios aduaneros por el cierre de la frontera con Venezuela.

Fuente: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. Circular Externa 000036 de septiembre 18 de 2015. Disponible en Internet: http://www.dian.gov.co/descargas/normatividad/2015/Circulares/Circular_000036_del_18_Septiembre_2015.pdf {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

Cuadro 5. Circular Externa No. 000015 de diciembre 24 de 2015

ENTIDAD:
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
INSTRUMENTO:
Circular Externa 000015 de diciembre 24 de 2015.
DIRIGIDA A:
“Transportadores, Depósitos habilitados, Agencias de Aduana, Importadores, Exportadores y demás usuarios de comercio exterior, y funcionarios de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Ipiales”.
PROPÓSITO DE LA CIRCULAR:
Establecer el “horario de atención en el Puente Internacional de Rumichaca”.
MOTIVOS POR LOS QUE FUE EMITIDA:
En la frontera de Colombia con Ecuador existe un flujo importante tanto comercial como turístico de las dos naciones, razón por la cual se presta un servicio 7x24, es decir, 24 horas al día los siete días de la semana y se informa el horario de atención para varios procedimientos.
COMENTARIO – ANÁLISIS
El Puente Rumichaca es un paso en el que las aduanas registran una gran actividad comercial y turística con un intercambio de productos agrícolas, ropa, carros, etc., que se produce durante las 24 horas del día. Así que con esta Circular se busca regular varios procedimientos usuales en este paso fronterizo: i) ingreso de mercancías a la Aduana Nacional; ii) aceptación, reconocimiento y/o inspección, autorización y finalización del tránsito aduanero; iii) examen a la carga y mercancías de tráfico postal y envíos urgentes; iv) autorización, embarque y finalización de la salida de mercancías; v) autorización de importaciones temporales de vehículos en turismo; vi) inspección aduanera tomando en cuenta las solicitudes que presenten los usuarios por medio de los sistemas informáticos; vii) expedición de certificados de origen para productos colombianos de exportación, lo que se despacharán de acuerdo con las solicitudes radicadas mediante los servicios informáticos electrónicos de la DIAN. Con esta aclaración del horario se evita que los usuarios realicen solicitud escrita de horario adicional, agilizando así los trámites necesarios para el intercambio comercial y turístico.

Fuente: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. Circular Externa 000015 de diciembre 24 de 2015. Disponible en Internet: http://www.dian.gov.co/descargas/normatividad/2015/Circulares/Circular_Externa_000015_24_Diciembre_2015.pdf {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

Cuadro 6. Circular Externa 000007 de octubre 5 de 2016

ENTIDAD:
DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN
INSTRUMENTO:
Circular Externa 000007 de octubre 5 de 2016.
DIRIGIDA A:
“Usuarios Aduaneros y de Comercio Exterior de todo el país”.
PROPÓSITO DE LA CIRCULAR:
Se refiere a la “reapertura de las fronteras nacionales con la República Bolivariana de Venezuela”.
MOTIVOS POR LOS QUE FUE EMITIDA:
Debido a que la frontera entre Colombia y Venezuela durante casi un año estuvo cerrada y se procedió a reabrir el paso peatonal, se mencionan los pasos habilitados y después a conseguir que haya un mejor flujo de operaciones en comercio exterior de ingreso y salida por todos los medios de transporte.
COMENTARIO – ANÁLISIS
Con la apertura de la frontera colombo-venezolana se abrieron el 13 de agosto de 2016 siete pasos fronterizos: Los Puentes Internacionales Francisco de Paula Santander, Simón Bolívar y la Unión (Cúcuta); el Puente Internacional José Antonio Páez (Arauca); el paso en Paraguachón (Guajira) y los muelles del río Inírida (Guainía) y río Orinoco (Vichada). Además, la DIAN habilitó los Sistemas Informáticos Aduaneros con el fin de que pudieran entrar y salir mercancías por los pasos fronterizos reabiertos. Además, con el fin de cumplir con las normas sanitarias, fitosanitarias, ambientales, seguridad y transporte nacional e internacional, la DIAN exhorta a los Directores Seccionales y Jefes de Operación Aduanera para que ellos informen a los usuarios aduaneros y de comercio exterior acerca de las decisiones que se han tomado respecto a las operaciones fronterizas para que éstas cumplan con las formalidades exigidas y coordinen sus funciones con las demás autoridades competentes. Es decir, que esta Directiva ayuda a direccionar las cuestiones administrativas, en lo que se refiere a los asuntos fronterizos en este caso con Venezuela, que ha sido una frontera de difícil manejo.

Fuente: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. Circular Externa 000007 de octubre 5 de 2016. Disponible en Internet: http://www.dian.gov.co/descargas/normatividad/2016/Circulares/Circular_000007_del_05_de_Octubre_de_2016.pdf {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

Cuadro 7. Circular Radicado 20164000424381 de septiembre 28 de 2016

ENTIDAD:
MINISTERIO DE TRANSPORTE
INSTRUMENTO:

Circular Radicado 20164000424381 de septiembre 28 de 2016.
DIRIGIDA A:
“Gobernadores, Alcaldes Municipales y Organismos de Tránsito”.
PROPÓSITO DE LA CIRCULAR:
Control a “comparendo por SOAT y condiciones tecnomecánicas”.
MOTIVOS POR LOS QUE FUE EMITIDA:
En el caso de las infracciones de tránsito detectadas por medios técnicos y tecnológicos existe una formalidad que debe cumplirse de acuerdo a los principios de la función administrativa y que es el envío por correo certificado de la copia de la orden del comparendo dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de la captura de las imágenes y datos pertinentes con el fin de que surta efecto la gestión de envío definida en el artículo 3º de la Ley 1369 de 2009.
COMENTARIO – ANÁLISIS
Las ayudas técnicas y tecnológicas para obtener pruebas por infracciones de tránsito son importantes en su aplicación porque ayudan al ejercicio del control por parte de las autoridades de tránsito y así poder aplicar las sanciones correspondientes. Así pues, el envío de un comparendo obtenido de la manera anterior debe estar sometido a los términos que se han establecido legalmente, puesto que el ciudadano como tiene deberes también tiene derechos. Y las actuaciones administrativas deben observar de acuerdo con la Ley 1437 de 2011 los principios “del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad”. Por ello, los gobernadores, alcaldes municipales y organismos de tránsito deben de tomar las medidas necesarias con el fin de informar al propietario o conductor del vehículo, del comparendo obtenido por medios técnicos y tecnológicos con el fin de que el ciudadano conozca del vencimiento de los documentos concernientes a la infracción que cometió y se pueda cumplir el principio de publicidad de la actuación administrativa y el envío de la orden del comparendo correspondiente y el tratamiento que se le da a la correspondencia según la ley. Esta circular es de ayuda porque aclara la importancia de cumplir con la notificación al ciudadano y la forma correcta en que debe hacerlo en cuanto a términos de vencimiento y envío.

Fuente: MINISTERIO DE TRANSPORTE. Circular Radicado 20164000424381 de septiembre 28 de 2016. Disponible en Internet: file:///D:/Documents/Downloads/20164000424381.pdf {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

Cuadro 8. Circular Radicado 20164000337501 de julio 28 de 2016

ENTIDAD:
MINISTERIO DE TRANSPORTE
INSTRUMENTO:
Circular Radicado 20164000337501 de julio 28 de 2016.
DIRIGIDA A:
“Alcaldes municipales, organismos de tránsito, autoridades de tránsito”.
PROPÓSITO DE LA CIRCULAR:

Conocer de las “medidas de adoptar en materia de tránsito”.
MOTIVOS POR LOS QUE FUE EMITIDA:
Precisiones acerca de la imposición de órdenes de comparendo por la infracción “llantas lisas” del vehículo.
COMENTARIO – ANÁLISIS
La contravención debe ser identificada con mucha claridad, puesto que los vehículos deben transitar cumpliendo las condiciones tecno-mecánicas cuya revisión debe realizarse en los términos mandado por ley. Así que cuando se revisen las llantas de todo vehículo y sobre todo las de servicio público y carga debe realizarse con los elementos apropiados tal como el profundímetro o un equipo similar que pueda dictaminar que la llanta está lisa o en perfecto estado. Con esta Circular se aclara cómo se debe imponer la orden de comparendo, cuando se habla de la infracción de “llantas lisas”. Puesto que los vehículos deben circular por el territorio nacional en óptimas condiciones cumpliendo con las revisiones tecno-mecánicas que la ley impone y prevenir así la accidentalidad que puede ocasionar el que un vehículo no se encuentre en las adecuadas condiciones para su movilización.

Fuente: MINISTERIO DE TRANSPORTE. Circular Radicado 20164000337501 de julio 28 de 2016. Disponible en Internet: file:///D:/Documents/Downloads/20164000337501.pdf {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

Cuadro 9. Circular Radicado 20164100264971 de junio 14 de 2016

ENTIDAD:
MINISTERIO DE TRANSPORTE
INSTRUMENTO:
Circular Radicado 20164100264971 de junio 14 de 2016.
DIRIGIDA A:
“Alcaldes, autoridades de tránsito y transporte locales, dirección de transporte y tránsito de la Policía Nacional, empresas de transporte”.
PROPÓSITO DE LA CIRCULAR:
Ejercer “controles a la informalidad”.
MOTIVOS POR LOS QUE FUE EMITIDA:
Control del transporte informal, ya que el transporte ha sido considerado como un servicio público, y su organización y control debe hacerlo el Gobierno.
COMENTARIO – ANÁLISIS
El transporte informal se presenta de diversas maneras: i) cuando lo ofrecen vehículos particulares (automóviles y motocicletas), ii) transporte especial que sin autorización se convierte en individual; iii) cuando el transporte individual hace operaciones de transporte colectivo; iv) empresas habilitadas para transporte colectivo o carretero lo hacen en la contratación y prestación de servicio de transporte de asalariados o escolares. Todas estas formas de transporte aunque sean realizadas por empresas habilitadas, realizan transporte informal porque prestan servicios no autorizados. Y dado que el transporte informal cada día aumenta más, el Ministerio de Transporte

expidió la Resolución 2163 de mayo 27 de 2016 que reglamentó el transporte de lujo, señalando los requisitos que deberán cumplir las empresas de las plataformas tecnológicas, y uno de ellos será que los vehículos tendrán color negro cumpliendo unas especificaciones y características que se encuentran en el Decreto 2297 de 2015 entre las que se cuenta una franja a cuadros gris y negro que permita identificarlos (no puede decirse que es la respuesta que presentó el Gobierno a la aplicación Uber, que ha causado tanto problemas en las capitales de Colombia y otros países, porque el gremio de los taxistas dicen que es además un transporte informal que no se encontraba reglamentada), porque no habla específicamente de la empresa Uber sino que reglamentó el transporte de lujo. Con esta circular, se informa de la reglamentación del transporte de lujo con el fin de combatir la informalidad y prestar un mejor servicio.

Fuente: MINISTERIO DE TRANSPORTE. Circular Radicado 20164100264971 de junio 14 de 2016. Disponible en Internet: file:///D:/Documents/Downloads/20164000337501.pdf {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

Cuadro 10. Directiva Ministerial No. 73 de diciembre 17 de 2015

ENTIDAD:
MINISTERIO DE EDUCACIÓN
INSTRUMENTO:
Directiva Ministerial No. 73 de diciembre 17 de 2015.
DIRIGIDA A:
“Gobernadores, alcaldes, secretarios de educación y jefes de talento humano de las entidades territoriales certificadas y directivos docentes de instituciones educativas oficiales”.
PROPÓSITO DE LA DIRECTIVA:
Información sobre los “derechos de los funcionarios administrativos de instituciones educativas oficiales”.
MOTIVOS POR LOS QUE FUE EMITIDA:
Informar del proceso de mediante el cual se incorporó a los funcionarios administrativos de instituciones educativas oficiales a la planta de personal de cada entidad territorial certificada en educación.
COMENTARIO – ANÁLISIS
Se solicita a las entidades territoriales certificadas en educación (secretaría de educación) que al realizar el presupuesto ya sea a cargo del Sistema General de Participación o a recursos propios, tengan en cuenta de destinar los recursos necesarios para incorporar a los funcionarios administrativos de instituciones educativas oficiales, porque ellos trabajan en igualdad de condiciones y deben de tener las mismas oportunidades en lo referente a los programas de bienestar laboral y desarrollo humano y deben ser beneficiarios de ellos. Además, hacen parte integral de la planta de funcionarios administrativos y deben gozar de los mismos derechos que ofrece la carrera administrativa. Esta directiva permite que haya una igualdad de condiciones para los funcionarios administrativos de instituciones educativas oficiales, de tal manera que puedan llegar a participar en la dirección de las instituciones educativas, y puedan estos servidores participar efectivamente en las decisiones que puedan afectarles.

Fuente: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Directiva Ministerial No. 73 de diciembre 17 de 2015. Disponible en Internet: http://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-355434_recurso_normatividad.pdf {Consulta: 5 noviembre de 2016}.

Cuadro 11. Circular No.17 de febrero 22 de 2016

ENTIDAD:
MINISTERIO DE EDUCACIÓN
INSTRUMENTO:
Circular No. 17 de febrero 22 de 2016
DIRIGIDA A:
“Gobernadores, alcaldes y secretarios de educación de entidades territoriales certificadas en educación”.
PROPÓSITO DE LA CIRCULAR:
Ofrecer “orientaciones sobre reconocimiento y pago de bonificación por zonas de difícil acceso y ascensos en el escalafón nacional docente”.
MOTIVOS POR LOS QUE FUE EMITIDA:
Le sea reconocida y se le pague una bonificación al docente que trabaja en zonas rurales de difícil acceso y recomienda unas orientaciones respecto a pago por ascensos en el escalafón nacional docente.
COMENTARIO – ANÁLISIS
<p>Las zonas de difícil acceso rurales son determinadas por un acto administrativo cada año por el gobernador o el alcalde de la entidad territorial certificada en educación de acuerdo con el artículo 2º del Decreto 521 de 2010, siempre y cuando cumpla con unas condiciones determinadas: i) no existan vías de comunicación por las que se pueda hacer tránsito motorizado durante la mayor parte del año; ii) uso frecuente para trasladarse al perímetro urbano de dos o más medios de transporte; iii) el servicio público de transporte tenga una frecuencia ida o vuelta diaria ya sea por transporte terrestre, fluvial o marítimo; así que con esta circular se pide que mediante acto administrativo expedido antes del 1º de noviembre de cada año con vigencia para el año siguiente, las autoridades administrativas de cada entidad territorial certificada en educación tengan en cuenta los costos que significan este reconocimiento. Esta bonificación será financiada con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones – SGP –.</p> <p>En cuanto al costo acumulado por ascensos y reubicación en el escalafón nacional docente, dice la circular que se debe tener en cuenta que los costos con cargo al Sistema General de Participaciones “tendrá como límite el monto de los recursos disponibles” (artículo 21 Ley 715 de 2001), esto es, que si existe apropiación suficiente y libre de afectación deberá usarse para el pago de los ascensos en el escalafón docente. Asimismo, en el caso de que los ascensos no puedan cubrirse con las apropiaciones de la vigencia se hará en la siguiente vigencia fiscal. Y en el evento de que no haya suficiente apropiación o excedente en la vigencia fiscal siguiente, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, asistirá subsidiariamente con recursos del presupuesto general de la Nación (artículo 148 de la Ley 1450 de 2011). Es decir, que existe una garantía para cubrir estos montos.</p>

Fuente: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Circular No 17 de febrero 22 de 2016. Disponible en Internet: http://www.mineduacion.gov.co/1759/articles-356991_recurso_normatividad.pdf {Consulta: 5 noviembre de 2016}.

Cuadro 12. Concepto jurídico. N° de radicación 2016-ER-039794 de abril 14 de 2016

ENTIDAD:
MINISTERIO DE EDUCACIÓN
INSTRUMENTO:
Concepto jurídico. N° de radicación 2016-ER-039794 de abril 14 de 2016.
DIRIGIDA A:
Las personas que se encuentren en una situación similar y pueda servirles de referente.
PROPÓSITO DEL CONCEPTO:
Consulta acerca de si una Institución educativa puede solicitar docentes que profesen una religión determinada.
MOTIVOS POR LOS QUE FUE EMITIDO:
Ser tomado como referente para casos similares en los que presenta el hecho de la relevancia de la religión que practican los docentes bien sea en instituciones privadas o del Estado.
COMENTARIO – ANÁLISIS
<p>En la respuesta se menciona la libertad de culto que se encuentra en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991; además, los artículos 16, 18, 19, 68, concernientes a la libertad de cultos, libertad de conciencia, la fundación de establecimientos educativos. También, el artículo 19 de la Ley Estatutaria 133 de 1994 (artículos 4º y 6º), la Ley 115 de 1994 (Ley General de Educación – artículos 23, 24), Decreto Único Reglamentario del Sector Educación (Decreto 1075 de 2015 – artículo 2.3.3.4.4.2. El área de Educación Religiosa y el artículo 2.3.3.4.4.7. Docentes). Igualmente, cita las siguientes Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: Sentencia T-662 de 1999, M.P.: Alejandro Martínez Caballero; T-131 de 2006, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra; Sentencia T-314 de 2011, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia T-327 de 2009, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. De acuerdo con la normativa antes citada, el concepto emitido dice que las instituciones educativas oficiales no tiene permitido dictar clases de una religión determinada y mucho menos hacer proselitismo religioso, sin importar la creencia del docente, no se toma en cuenta para vincularlo y ejercer su profesión. Mientras que en las instituciones educativas privadas si tienen el derecho de elegir docentes de una religión determinada para cumplir con el modelo educativo que figura en el Proyecto Educativo Institucional (PEI), puesto que se debe respetar la libertad de culto de los fundadores y de los que hacen parte de esta comunidad educativa: padres, estudiantes, docentes, administrativos y exalumnos, ya que ellos tienen unas particularidades que están definidas en la institución, puesto que está dirigida a una comunidad específica. Así que este concepto aclara dudas acerca de si existe o no discriminación cuando una institución educativa privada exige un profesor que profese un credo determinado, aclarando que no existe discriminación por motivo de religión.</p>

Fuente: MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Concepto jurídico. N° de radicación 2016-ER-039794 de abril 14 de 2016. Disponible en Internet: http://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-357174_archivo_pdf_Consulta.pdf {Consulta: 5 noviembre de 2016}.

En consonancia con lo anterior, como puede verse el contenido del soft law es variado, puesto que explica o informa el uso de un determinado derecho en las configuraciones que puede tener la acción administrativa. No tienen un carácter reglamentario, más bien es o interpretativo o explicativo, pero de una forma coherente que permite dinamizar la función administrativa. En ocasiones se utiliza de manera preventiva o en otras como una guía de textos jurídicos y así evitar que se presente confusiones, falta de organización, conflictos, etc.

Así las cosas, el soft law o derecho blando puede utilizarse al existir una norma previa que está habilitada y tenga un interés general de tal forma que no exceda los límites impuestos por el ordenamiento jurídico. A su vez, según Jorge Precht Pizarro citado por Sánchez Pérez, las normas de derecho blando, “siendo normas técnicas internas de la administración y no normas jurídicas, en general al administrado le son indiferentes. Dado que en sí mismas no constituyen una decisión, no crean obligaciones ni derechos. No puede prevalecer de ellas la administración ni puede el administrado contestar su legalidad”⁷⁶, a excepción como ya se dijo de las circulares.

⁷⁶ PRECHT PIZARRO, Jorge. Valor jurídico de las directivas presidenciales, programas ministeriales, circulares e instrucciones de servicio. En: Revista Chilena de Derecho, Santiago de Chile, v. 16, 1989, p. 466. En: SÁNCHEZ PÉREZ, Op. Cit. P. 85-86.

4. CONCLUSIONES

- En el derecho existen distintos enunciados normativos que hacen parte de la sociedad, como es el caso del soft law que a pesar de no ser vinculante tiene relevancia jurídica con diversas manifestaciones que producen ciertos efectos como puede ser en eventos en los que se busca esclarecer el valor jurídico de determinadas normas de hard law, siendo los instrumentos de soft law una realidad construidos a partir de ciertos referentes teóricos y expresiones prácticas que necesitan acomodarse y transformarse.
- El origen del soft law se encuentra en el Derecho Internacional, ya que aplicar las normas jurídicas en el ámbito internacional suele ser difícil y los instrumentos de soft law permiten que las tensiones entre los gobiernos puedan ser morigeradas al no ser vinculantes.
- El soft law no pretende sustituir el hard law, en diversas oportunidades o lo antecede o lo complementa. Por ser de una naturaleza más bien informal, le permite adaptarse a los complejos desarrollos del sistema jurídico no solo a nivel interno de un país, sino globalmente y permite abrir espacios de participación dada su flexibilidad. Tiene un lado negativo representado en el informalismo, puesto que al no ser vinculantes sus disposiciones no se le puede dar la importancia que puede tener.
- El soft law tiene tres rasgos que lo configuran especialmente: adaptabilidad, temporalidad y adaptación, que permite nuevas técnicas de ejecución, pero adecuadas al marco constitucional, con el fin de cumplir programas normativos que fueron trazados por la Carta Magna.
- El soft law debe considerarse como una herramienta útil, pero que debe ser manejado con cuidado, puesto que debe formularse tomando como fundamento las normas de hard law, pero tratando de desarrollar políticas en casos concretos.
- En el ordenamiento jurídico chileno se refiere al soft law como un “derecho referencial”, que ha entrado en diferentes ámbitos tales como medio ambiente, libre competencia en la actividad económica comercial, en la contratación pública, entre otras, y produce una serie de efectos como: la presunción de

legalidad, la fuerza obligatoria, sometimiento a mecanismos de control, etc., que impone en algunos casos limitaciones y obligaciones, pero que materializan el derecho administrativo.

- En el ordenamiento jurídico de Japón ha tenido mucha fuerza el soft law, y se utiliza hace bastante tiempo. Aunque, por el impacto que tiene ha resultado en algunas ocasiones perjudicial, porque ha llegado a tener efectos jurídicos algunas medidas, pero sin llegar a ser normas de hard law, dejando a particulares las decisiones que pueden afectar a la comunidad en general y afectando en otros casos por ejemplo, la libre competencia económica.
- Las normas de derecho blando se componen de un hecho concreto y una consecuencia que puede ser un poco vaga o con un propósito genérico, en otras palabras, que sin ser impuestas, pueden provocar formas de cooperación, maneras de participación o integración, así no hayan efectos vinculantes en los administrados. Las diferentes circulares, directivas, conceptos jurídicos, que se estudiaron, permiten apreciar como el soft law colabora en ampliar información y cómo pueden determinadas normas de hard law pueden aplicarse y obtener mejores resultados las situaciones o actos que los ameriten.

BIBLIOGRAFÍA

CASTRO ARANGO, José Manuel. El sistema normativo y la interpretación frente al soft law: especial referencia a los documentos creados por la OCDE en materia fiscal. Revista N° 46. Abril-Junio 2011. Disponible en Internet: http://legal.legis.com.co/document?obra=rcontador&document=rcontador_a0f476f1391a0084e0430a0101510084 {Consulta: 2 octubre de 2016}.

COLMEGNA, Pablo Damián. Impacto de las normas de Soft law en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”. Universidad de Buenos Aires, Argentina. Año VI, número 8, 2012. ISSN 1851-3069. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0008A006_0004_investigacion.pdf {Consulta: 18 junio de 2016}.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 137.

COLOMBIA. Congreso de la República. Ley 1437 de enero 18 de 2011. Artículos 135 y 137. Disponible en Internet: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html {Consulta: 22 mayo de 2016}.

_____. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Fallo 2556-08 de mayo 17 de 2012. C.P.: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Disponible en Internet: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=49406> {Consulta: 31 octubre de 2016}.

_____. Corte Constitucional. Sentencia T-781 de octubre 20 de 2014. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en Internet: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-781-14.htm> {Consulta: 17 septiembre de 2016}.

_____. Corte Constitucional. Sentencia T-970 de diciembre 15 de 2014. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en Internet:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm> {Consulta: 31 octubre de 2016}.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

COSOY, Natalio. Quien gana y quien pierde en Colombia por el cierre de la frontera con Venezuela. Julio 12 de 2016. Disponible en Internet: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-36771274> {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

CHILE. Congreso Nacional. Ley 19.880 de mayo 29 de 2003. Artículo 3º. Disponible en Internet: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676> {Consulta: 30 octubre de 2016}.

_____. Congreso Nacional. Ley 19.886 de julio 30 de 2003. Artículo 30, literal h). Disponible en Internet: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213004> {Consulta: 30 octubre de 2016}.

DAZA, Mario. Las normas blandas (soft law) del derecho administrativo colombiano. Junio 19 de 2016. Disponible en Internet: <http://derechopublicomd.blogspot.com.co/2016/06/las-normas-blandas-soft-law-del-derecho.html> {Consulta: 2 octubre de 2016}.

DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván. El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional. Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/6/art/art12.htm> {Consulta: 2 julio de 2016}.

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. Circular Externa 000036 de septiembre 18 de 2015. Disponible en Internet: http://www.dian.gov.co/descargas/normatividad/2015/Circulares/Circular_000036_del_18_Septiembre_2015.pdf {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

_____. Circular Externa 000015 de diciembre 24 de 2015. Disponible en Internet: http://www.dian.gov.co/descargas/normatividad/2015/Circulares/Circular_Externa_000015_24_Diciembre_2015.pdf {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN. Circular Externa 000007 de octubre 5 de 2016. Disponible en Internet: http://www.dian.gov.co/descargas/normatividad/2016/Circulares/Circular_000007_del_05_de_Octubre_de_2016.pdf {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

GALEANO REY, Juan Pablo. Soft law administrativo colombiano. Septiembre 30 de 2012. Disponible en Internet: <http://normatividaddesoftlaw.blogspot.com/> {Consulta: 2 julio de 2016}.

JARAMILLO C., Marcos y LARA A., José Luis. Acerca del denominado “Soft Law Administrativo”: Notas frente a la experiencia japonesa y chilena. En: Archivo Philippi N° 292028, V. 1. Disponible en Internet: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/pacem/el-soft-law-administrativo.pdf> {Consulta: 18 junio de 2016}.

LARA ARROYO, José Luis. La regulación administrativa en materia económica y sus nuevas manifestaciones: la irrupción del denominado soft law. Pontificia Universidad Católica de Chile. Junio de 2011. Disponible en Internet: <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/ART.5-LARA.pdf> {Consulta: 17 septiembre de 2016}.

LÓPEZ-MEDINA, Diego Eduardo y SÁNCHEZ-MEJÍA, Astrid Liliana. La armonización del Derecho Internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano. En: Revista Colombiana de Derecho Internacional. Bogotá, Colombia. N° 12: 317-352. Edición Especial. Enero-Junio de 2008. ISSN 1692-8156. Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en Internet: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/11LAARMONIZACIONDELDERECHOINTERNACIONAL.pdf {Consulta: 18 junio de 2016}.

MAZUELOS BELLIDO, Ángeles. Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces? En: Revista Electrónica de Estudios Internacionales. 2004. P. 1-13. Disponible en: www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1004415.pdf {Consulta: 22 mayo de 2016}.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Directiva Ministerial No. 73 de diciembre 17 de 2015. Disponible en Internet: http://www.mineduccion.gov.co/1759/articles-355434_recurso_normatividad.pdf {Consulta: 5 noviembre de 2016}.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN. Circular No 17 de febrero 22 de 2016. Disponible en Internet: http://www.mineducacion.gov.co/1759/articulos-356991_recurso_normatividad.pdf {Consulta: 5 noviembre de 2016}.

_____. Concepto jurídico. N° de radicación 2016-ER-039794 de abril 14 de 2016. Disponible en Internet: http://www.mineducacion.gov.co/1759/articulos-357174_archivo_pdf_Consulta.pdf {Consulta: 5 noviembre de 2016}.

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE. Comités Técnicos de Educación Ambiental se reúnen y proponen iniciativas para la sostenibilidad ambiental del país. Agosto 3 de 2016. Disponible en Internet: <http://www.minambiente.gov.co/index.php/noticias/2384-comites-tecnicos-de-educacion-ambiental-se-reunen-y-proponen-iniciativas-para-la-sostenibilidad-ambiental-del-pais> {Consulta: 6 noviembre de 2016}.

MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE y MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Política Nacional de Educación Ambiental SINA. Bogotá, D.C., julio de 2002. P. 13. Disponible en Internet: http://cmap.upb.edu.co/rid=1195259861703_152904399_919/politica_educacion_amb.pdf {Consulta: 6 noviembre de 2016}.

MINISTERIO DE TRANSPORTE. Circular Radicado 20164000424381 de septiembre 28 de 2016. Disponible en Internet: <file:///D:/Documents/Downloads/20164000424381.pdf> {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

_____. Circular Radicado 20164000337501 de julio 28 de 2016. Disponible en Internet: <file:///D:/Documents/Downloads/20164000337501.pdf> {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

_____. Circular Radicado 20164100264971 de junio 14 de 2016. Disponible en Internet: <file:///D:/Documents/Downloads/20164000337501.pdf> {Consulta: 7 noviembre de 2016}.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo. Informe del Grupo Especial. WT/DS44/R 31 de marzo de 1998 (98-0886). Disponible en Internet:

<http://www.sice.oas.org/dispute/wto/japuss/japus27s.asp> {Consulta: 17 septiembre de 2016}.

PARDO SCHOTBORGH, Claudia Marcela y PAZ MONROY, Mery del Rosario. El soft law como fuente de derecho internacional, caso: resoluciones de comercio justo. Trabajo de monografía. Cartagena de Indias, D.T. y C.: Universidad de Cartagena. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. 2011. 127 p. Disponible en Internet:

<http://190.242.62.234:8080/jspui/bitstream/11227/198/1/SOFT%20LAW%20COMO%20FUENTE%20DE%20DERECHO%20INTERNACIONAL%20CASO%20RESOLUCIONES%20DE%20COMERCIO%20JUSTO.pdf> {Consulta: 17 septiembre de 2016}.

PEREIRA VALADAO, Marcos Aurélio. El Soft Law como fuente formal del derecho internacional público. Diciembre de 2003. P. 3. Disponible en Internet: <http://www.marcosvaladao.pro.br/pdf/O%20SOFT%20LAW%20COMO%20FONTE%20FORMAL%20DO%20DIP.pdf> {Consulta: 22 mayo de 2016}.

PÉREZ SÁNCHEZ, Alexander. Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial. Bogotá: Cadena S.A. Universidad Externado de Colombia. Serie Derecho Administrativo 17. Primera edición, julio de 2012.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva Unificada No. 015 de octubre 11 de 2011. Disponible en Internet: <https://www.sisben.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=du26uXoy0as%3D&tabid=48&mid=390> {Consulta: 6 noviembre de 2016}.

_____. Directiva Unificada No. 007 de octubre 21 de 2009. Disponible en Internet:

<http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/descargas/Planeacion/Manual%20de%20Operaciones/MANUAL-DE-OPERACIONES/Libro-4-POLITICAS/PREVENTIVO/directiva007-09-politica-educacion-ambiental.pdf> {Consulta: 6 noviembre de 2016}.

_____. Directiva Unificada No. 002 de enero 12 de 2012. Disponible en Internet:

http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes//51_Directiva%200002%20ComisariasFlia.pdf {Consulta: 6 noviembre de 2016}.

SARMIENTO, Daniel. La autoridad del Derecho y la naturaleza del Soft Law. Universidad Complutense de Madrid. Disponible en Internet: http://danielsarmiento.es/pdf/soft_law.pdf
{Consulta: 2 julio de 2016}